El Consejo de Facultad de Derecho en su sesión N° 637 realizada el 5 de Febrero de 2016.

CONSIDERANDO:

1. Que Ab. LEONARDO ZHER SANDOVAL, identificado con cédula de ciudadanía número 1.098.662.475 de Bucaramanga y código Universitario 2100210, presentó y sustentó el trabajo de grado denominado **"EL PRINCIPIO DE LIBERTAD FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA MENDICIDAD COMO LIBRE EMPRESA"** de la Maestría en Derecho, como requisito reglamentario para optar el título de Magister.
2. Que de conformidad con el Artículo 39 del Reglamento de Posgrados los jurados recomendaron el reconocimiento del trabajo de grado como "Tesis Meritoria".
3. Que es deber de la Facultad estimular a los estudiantes que se distingan por su aprovechamiento académico.

RESUELVE:

ARTÍCULO UNICO: OTORGAR LA DISTINCIÓN DE TESIS MERITORIA a LEONARDO ZHER SANDOVAL, identificado con cédula de ciudadanía número 1098662475 de Bucaramanga y código Universitario 2100210

Comuníquese y cúmplase en la ciudad de Floridablanca, a los 10 días del mes de Febrero del año 2016.

F. MAURICIO ANTONIO CORTES GALLEGO
Presidente del Consejo de Facultad (E)

C.C. Hoja de vida del estudiante
Consecutivo Consejo Facultad de Derecho

**EL PRINCIPIO DE LIBERTAD, FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA
MENDICIDAD COMO LIBRE EMPRESA**

Autor

Leonardo Zher Sandoval

Tesis Meritoria

División de Ciencias Jurídico Políticos

Facultad de Derecho

Universidad Santo Tomás, Floridablanca

Bucaramanga

2015

Contenido

Dedicatoria.....	
Agradecimientos.....	
Presentación.....	
Introducción.....	
I. CAPITULO	11
1. Análisis histórico y conceptual de la libertad, la libre empresa y la mendicidad	11
<i>1.1 De la libertad abstracta y genérica a las libertades individuales y concretas.....</i>	<i>11</i>
<i>1.1.1 De la libertad restringida a la igualdad de todos: el aporte de los filósofos griegos. 12</i>	
<i>1.1.2 Libre albedrio y acto humano: Edad media.</i>	<i>19</i>
<i>1.1.3 David Hume.</i>	<i>20</i>
<i>1.1.4. J.J Rousseau y Emmanuel Kant: contractualismo y libertad autónoma.</i>	<i>22</i>
<i>1.1.5 El influjo de J.J Rousseau en la perspectiva Kantiana de libertad.</i>	<i>26</i>
<i>1.1.6 Aportes jurídicos al debate actual sobre libertad y democracia.</i>	<i>27</i>
<i>1.1.7 Algunos aportes significativos de Kelsen sobre el principio de libertad.</i>	<i>28</i>
<i>1.1.8 El debate sobre las dos libertades.</i>	<i>30</i>
<i>1.1.9 La libre negociación en Rawls.....</i>	<i>33</i>
<i>1.1.10 Libertad y socialismo liberal democrático: Norberto Bobbio.....</i>	<i>37</i>
<i>1.1.11 Aportes del positivismo jurídico de H.L.A Hart al debate actual sobre la libertad. 44</i>	

El principio de libertad, fundamento constitucional de la mendicidad como libre empresa	3
<i>1.1.12 Robert Alexy.</i>	47
<i>1.1.13. Aportes de Jhon Rawls al desarrollo de libertad económica.</i>	55
<i>1.1.14. Libertad económica y libertad de empresa: fundamentos y desarrollo jurídico.</i>	58
<i>1.1.15 El estatus de la libertad económica y empresarial en relación con los derechos fundamentales, humanos y socio-culturales.</i>	59
<i>1.1.16. El estatus de la libertad económica y empresarial dentro del estado social de derecho y en relación con la globalización.</i>	61
<i>1.2 Devenir histórico, conceptual y jurídico de la mendicidad y la pobreza.</i>	62
<i>1.2.1 La transformación de la mendicidad- pobreza.</i>	63
<i>1.2.2 La valoración del trabajo y la demonización de la mendicidad.</i>	66
<i>1.2.3. Mercantilismo, utilitarismo: mendicidad y trabajo.</i>	67
<i>1.2.4. T.R. Malthus, J, Bentham y la mendicidad.</i>	68
<i>1.2.5 La pobreza vista por los utópicos.</i>	69
<i>1.2.6 Robert Torrens y el influjo de lo económico en la organización social.</i>	70
<i>1.2.7. La teoría económica y la mendicidad desde los enfoques de James Mill y John Stuart Mill.</i>	71
<i>1.2.8 Dos percepciones, dos propuestas: Smith y Malthus, pobreza y población.</i>	74
<i>1.2.9 Los modos diversos de percibir la pobreza y las leyes de pobres.</i>	77
<i>1.2.10 Del nivel de comodidad al estándar de vida.</i>	78
<i>1.2.11 La pobreza y la mendicidad un atentado contra la dignidad humana: Amartya Kumar Sen.</i>	79

El principio de libertad, fundamento constitucional de la mendicidad como libre empresa 4

1.2.12 Dignidad Humana y Mendicidad.....81

II CAPITULO83

2. Aproximación al desarrollo empírico jurisprudencial sobre libre empresa y mendicidad
en Colombia.....83

2.1 Derecho de libertad económica: libre empresa y competencia.88

2.1.1 Límites a la libertad económica o de empresa.....93

2.1.2 Libertad económica y libre empresa97

2.1.3 Libertad económica y libre empresa97

2.1.4 Libertad económica y libre empresa97

*2.2. De la mendicidad como contravención a la mendicidad como opción libre y autónoma
de empresa y trabajo.....98*

2.2.1 Enfoques jurídicos sobre mendicidad.....108

III CAPITULO109

3. Contextualización normativa del análisis y la jurisprudencia relacionada con la
mendicidad como libre opción de empresa.....109

*3. 1De la libertad economica y la libertad de empresa a la mendicidad como libre opción
de vida.115*

El principio de libertad, fundamento constitucional de la mendicidad como libre empresa	5
3. 2 <i>El estatus de la libertad económica y empresarial dentro del estado social de derecho y en relación con la globalización.</i>	115
3.3 <i>Posible colisión entre principios fundamentales.</i>	116
3. 4 <i>La libre opción por la mendicidad como modus vivendi tiene que ver con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.</i>	118
3.5 <i>El principio de solidaridad y la mendicidad.</i>	120
IV CAPITULO	122
4. Conclusiones de la investigación.	122
4.1 <i>En relación con los objetivos de investigación ¿Cuáles son las condiciones que el estado debe garantizar a quien opta por la mendicidad como libre empresa?</i>	126
4.2 <i>Se cuenta con el marco legal para ejercer la mendicidad como libre empresa.</i>	126
4.3. <i>Se cuenta con el marco de “ético” y los principios que fundamentan el ejercicio de la mendicidad como libre empresa.</i>	127
Referencias Bibliográficas	129

Lista de tablas

Tabla 1. Libertad económica y libre empresa.....	97
Tabla 2. <i>Enfoques jurídicos sobre mendicidad</i>	108

Dedicatoria.

Dedico este esfuerzo de indagación a todos los estudiantes que se empeñan en hacer de la investigación jurídica un camino de respuesta a los problemas y situaciones reales que preocupan al común de los ciudadanos; a los docentes que se consagran con entera disposición a incentivar la búsqueda, el debate informado y la construcción de nuevas respuestas jurídicas, y a mi familia que apunala mis esfuerzos y disfruta de mis logros humanos, profesionales y académicos.

Agradecimientos.

Agradezco a la Universidad Santo Tomás, Seccional Bucaramanga, el apoyo brindado para llevar a cabo la formación de maestría en derecho, al Doctor Jaime Rodríguez Navas quien insinuó, entre otros, el tema investigado, y de manera especial a Fray Guillermo Villa H. O.P que asumió el acompañamiento metodológico, investigativo y académico con permanente exigencia y dedicación.

Leonardo Zher Sandoval.

Presentación

Aunque la carta política de 1991 amplió el abanico de los derechos en torno al eje autonomía-justicia, el desarrollo y progresividad de los mismos no satisface las necesidades reales de los colombianos después de veinte años de promulgación. La tendencia regresiva, la falta de depuración y actualización de los marcos y los supuestos del derecho dificultan la comprensión jurídica de los hechos sociales, de los contextos en que se generan y de las implicaciones en la consolidación del estado social de derecho.

Por eso, al plantearse como asunto de investigación la “viabilidad jurídica de la mendicidad como libre empresa”, se asume el reto de adoptar un diseño de investigación que facilite realizar la deconstrucción de las categorías más significativas relacionadas con la libertad, la libre empresa y la mendicidad y, la evolución histórico-cultural de las mismas y de los enfoques jurídicos que las sustentan. Para, reinterpretar actual del marco jurídico relacionado con la libre empresa y la mendicidad, a fin de identificar evidencias de progresividad, gradualidad y razonabilidad argumentativa que, contribuyan a hacer claridad jurídica sobre la pregunta de investigación y, a elaborar marcos legales atemperados al hecho social que nos ocupa: “El ejercicio de la mendicidad como libre empresa”.

Nota: Los señores abogados José L Arias R y Cesar A. Romero presidieron la defensa de tesis y emitieron la calificación de meritoria el 29 de enero de 2015, petición que el Consejo de la Facultad de derecho certifica el día 05 de febrero de 2016, bajo la presidencia de Fray Mauricio Cortez, vicerrector académico de la seccional.

Introducción

La presente investigación se lleva a cabo según el diseño hermenéutico-jurídico propuesto por Alexy (2001), que integra tres perspectivas de indagación jurídica con tres fases de análisis que se ocupan de la evolución histórica y sociocultural de los “significados” asignados a los conceptos, categorías y teorías sobre los cuales se sustenta la argumentación del asunto de investigación y de su impacto en la consecución de los objetivos de la investigación sobre el reconocimiento legal de la mendicidad como libre empresa. La primera fase se aborda en las dos primeras partes correspondientes al primer capítulo de este escrito.

Capítulo II que corresponde a la segunda fase denominada empírica, se ocupa del análisis de la doctrina y la argumentación jurisprudencial vigente y concerniente a las categorías de libertad, mendicidad-pobreza, libre empresa y “modus vivendi”; a la aplicación de los principios de gradualidad, progresividad, pertinencia e integralidad jurídica, tenidos en cuenta en cada caso y consignados por las cortes en las sentencias correspondientes. El capítulo III o fase normativa- contextual, aborda desde la perspectiva deontológica el hecho concreto de la mendicidad como libre empresa. Fases que se abordan desde la perspectiva formal, procedimental y material de los derechos fundamentales. El capítulo IV recoge las conclusiones más significativas en relación con los propósitos de investigación planteados en el preproyecto.

I. CAPÍTULO

1. Análisis histórico y conceptual de la libertad, la libre empresa y la mendicidad

De acuerdo con el enfoque epistémico-investigativo, sustentado con anterioridad, el presente capítulo se ocupa de indagar, en una primera etapa, por la evolución histórica, teórica y conceptual, tanto del contenido del principio de libertad, desde las concepciones más especulativas hasta llegar a la concreción de dicho principio en la libertad económica y la libre empresa; así como de abordar de manera histórica la evolución teórica y conceptual de la mendicidad y la pobreza y, sus implicaciones sociales, económicas, morales y jurídicas, en una segunda parte.

1.1 De la libertad abstracta y genérica a las libertades individuales y concretas.

Con el análisis que a continuación se efectúa sobre el desarrollo histórico- jurídico del derecho fundamental a la libertad, no se pretende ser exhaustivo ni agotar lo que con abundancia y experticia se ha escrito al respecto. Solo busca evidenciar lo que a nuestro juicio es coherente con los objetivos de la presente investigación, desde la perspectiva analítica de

la indagación jurídica, con énfasis en los hitos conceptuales que iluminan una posible solución a la hipótesis planteada.

1.1.1 De la libertad restringida a la igualdad de todos: el aporte de los filósofos griegos.

La distinción que Bobbio (2003) establece a cerca de la libertad en Kant, en cuanto facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser limitado por los otros, por la organización social o por el poder estatal y en cuanto obediencia a las normas por las cuales se ha optado. Tiene su raíz histórica en la tradición griega clásica y matiza el papel que la libertad ha jugado en la construcción de la cultura de Occidente, en tanto opuesta a la esclavitud (Patterson, 1995). Así pues, si nos adentramos en *Antígona* de Sófocles (siglo V a.C) se evidencia cómo la obsesión por la libertad y la justicia emerge de la toma de conciencia de la posibilidad de que las personas opten por liberarse del destino impuesto por los dioses, aún en contra de lo tradicionalmente aceptado por la sociedad. Lo cual conlleva al sacrificio de la propia vida, tal y como se narra en la tragedia (Patterson, 1995).

De la toma de conciencia del aprecio de la libertad, como valor, se avanza en la polis ateniense a la toma de conciencia de las condiciones que se requieren para garantizarla, entre otras; la independencia económica, que posibilita autonomía personal y responsabilidad política¹ (Patterson, 1995). Sin embargo la sociedad griega altamente machista y excluyente de la mujer es incapaz de asumirla en igualdad de condiciones que a los varones, tal y como lo denuncia *Antígona*. En el caso de los esclavos que pagan por ser libres, su condición de plenos ciudadanos les está restringida en cuanto que no gozan de la plena ciudadanía o

¹ Es de anotar que se trata de la libertad del aristócrata griego, pues aunque los esclavos libertos, hayan comprado su libertad, siguen siendo esclavos y reverenciando al amo que se las ha otorgado.

libertad cívica (Patterson, 1995); así, se entiende por qué surge en estos la búsqueda de la libertad interior.

Avanzado el siglo IV a.C; en Atenas se constatan tres tipos de libertad: libertad cívica, libertad personal y libertad soberana. La libertad personal es el derecho a no ser esclavizado; la libertad cívica tiene que ver con el trato de igualdad como ciudadano de la *polis*, y la libertad soberana es la que detenta el que ejerce el poder en cuanto domina sobre los demás. La libertad cívica predomina en la Atenas del siglo V a.C y la libertad personal se destaca en el siglo IV a.C.

Aunque, durante el siglo IV a.C el ateniense busque concretar la libertad a través de hechos materiales, reales y explícitos (Patterson, 1995), sin embargo por influjo de los intelectuales, a final de dicho siglo se hace énfasis en la libertad interior, trasladándose el interés del plano secular al plano individual y religioso: “conócete a ti mismo”. En consecuencia, el punto de enfoque de todo juicio se centra en el hombre, tal como lo afirma Protágoras: “El hombre es la medida de todas las cosas” (Patterson, 1995, p. 216). De este modo, por influjo de los sofistas adquiere preeminencia el tipo de relaciones entre sujetos y el tipo de libertad que estas relaciones implican: ética, política, jurídica.

La distinción entre leyes sociales producto de la cultura y naturaleza conducen a enjuiciar aquellas normas que coartan la libertad de los ciudadanos, aunque se aleje que han sido reveladas por los dioses. La tensión entre lenguaje normativo y lenguaje de la práctica se agudiza, ambos mutuamente se condicionan y mutuamente comprometen el sentido de la

libertad, lo cual induce a la relativización de la norma. A su vez, esto puede conducir, tanto a la tolerancia como al escepticismo, de manera tal que emerge la pregunta acerca de si es buena o mala la restricción que la ley impone a la naturaleza. Dicha cuestión ronda todas las teorías del derecho desde la modernidad hasta la actualidad.

De otra parte, a juicio de Protágoras los hombres son iguales por naturaleza; lo cual obliga a que las leyes buenas y la justicia se requieran para garantizarles la libertad ciudadana que les posibilite el despliegue de dicha naturaleza, puesto que el cuerpo social es construido de modo dialéctico por las interacciones entre personas, cultura y tradición. De esta manera, se generan buenos ciudadanos según el arte de la política solo en la medida en que creencias, libertad y motivaciones interactúen en procura del desarrollo del hombre cívico (Patterson, 1995).

Así pues, la realización personal y los requerimientos de la polis deben armonizarse para que se garantice la libertad y el orden, a sabiendas de que es el ser humano quien se crea así mismo y crea su propio orden social. El papel de la polis es en este caso el de garantizar las pretensiones de realización de los ciudadanos por medio de la defensa de la libertad personal y la supresión de toda restricción innecesaria. Tal idea defendida por los sofistas liberales, anticipa lo que con posterioridad serán las notas características de la democracia liberal del siglo XVIII – XIX, como se verá más adelante en J.J Rousseau y Emmanuel Kant.

En cambio, la tendencia conservadora sofista hace énfasis en el determinismo natural y en los nuevos valores que de allí se infieren para los hombres y la sociedad. Según estos,

la libertad deseable es aquella que detenta quien tiene el poder, es decir, la persona superior, más libre y por consiguiente más capaz de mandar o de ejercer la autoridad proveniente de su valía. En consecuencia estos sofistas subrayarán la libertad soberana, que al decir de algunos se concretará más adelante como Estado Totalitario (Patterson, 1995), cuyo precursor según los mismos es J.J Rousseau, autor del Contrato Social.

Como si fuera poco, las posturas conservadoras de algunos sofistas se reforzarán con los aportes de Platón, quien se comporta como un reaccionario frente al valor que dan a la libertad los gobiernos democráticos pues a su juicio, inducen al desorden y a la falta de autoridad. De hecho, este filósofo reemplaza con fina ironía en sus obras el término libertad por el de justicia y, as, ataca las ideas liberales y progresistas de igualdad y autogobierno de los estados democráticos² (Patterson, 1995).

De hecho, se analiza la concepción naturalista del estado diseñado por Platón en la República (líder, guardián y siervo; orientada al beneficio del estado según los valores de coraje, disciplina y justicia), ésta se opone a la democracia ateniense y, por consiguiente a la libertad civil y personal. La razón por la cual Platón rechaza la igualdad de los ciudadanos, opuesta a las jerarquías determinadas por la naturaleza, lo inducen a ver en la libertad la causa del derrumbe de la democracia. Aun así, Platón defiende la libertad soberana y orgánica que armoniza con el beneficio del estado.

² También de este asunto se ocupará Bobbio (1993).

De otra parte, si los juicios de Platón son tan peyorativos frente a la libertad individual en que se fundamenta la democracia ateniense; en el caso de Aristóteles el avance es bastante restrictivo, a no ser por los vínculos y los interrogantes que plantea entorno a la integración de libertad política, personal y cívica. Aun así, Aristóteles defiende la libertad como opuesta a la esclavitud, aunque en su momento en la sociedad ateniense los esclavos hayan expandido su presencia, el filósofo los considera significativos en el tejido social³.

Aunque se acepte que el paradigma subyacente en la reflexión acerca de la libertad en Occidente está constituido por la relación “amo –esclavo”, “libre – sometido” y, que a pesar de la reflexión hecha por los filósofos griegos desde el siglo V a.C sobre las dimensiones de la libertad, nunca éstos superaron el modelo de sociedad esclavista. También, es importante evidenciar como en el discurso elaborado por éstos sobre la libertad se consolidan dos dimensiones de la misma: la libertad exterior, de la cual se ha hablado con anterioridad, y la libertad interior que se hace evidente y toma fuerza, sobre todo a partir de la tragedia de *“Prometeo Encadenado”* de Esquilo. Dicha acepción se expande por influjo de los estoicos en la cultura romana y a través de éstos en la espiritualidad de los primeros cristianos.

En esta tragedia se plantea la lucha entre “justicia y tiranía”, “saber y fuerza”, “inteligencia e ignorancia” y, entre “humanidad y divinidad”. En el caso de Prometeo la libertad interior fruto de la voluntad se enfrenta a la libertad exterior impuesta como destino por los dioses. Así, el señorío sobre sí mismo es el contenido de la verdadera libertad, es decir, de aquella que brota de la voluntad y de la mente orientada por la esperanza (Patterson,

³ Aristóteles no es ningún liberal, aun así considere que la posibilidad de elegir estaba a la altura de la dignidad humana. También, consideraba que el afán de riqueza no era el objetivo primordial de una sociedad digna y justa, pues ésta no es más que un medio, por eso no es recomendable que sea el deseo el que guíe el bien común de una sociedad (Nussbaum, 2012).

1995). La crudeza de la tragedia de Prometeo denuncia la tiranía de la divinidad que con celo y saña desprecia la pretensión de los humanos de ser libres, acceder al conocimiento y superar a través de la esperanza la “crisis” primigenia de saberse abocados a la muerte.

Con Epicuro que la libertad adquiere el significado de capacidad de elegir, libre albedrío en tanto no determinado por la deidad y en cuanto requisito indispensable para hacerse responsable de los actos. Por esto la libertad humana lo es en la medida que es elegida de manera autónoma, base sobre la cual se hace el desarrollo de la teoría moderna de libertad propia del iluminismo⁴. La pregunta por el más allá y por el sinsentido de la existencia condujo a la libertad interior que utiliza la razón para oponerse a la injusticia que infringe destino sobre el ser humano. Un paso más adelante en *Edipo*, Sófocles considera la libertad interior no solo como ejercicio de la voluntad humana, si no como verdadero acto de poder que plantea el conflicto entre: orden y libertad, poder y emancipación, naturaleza y razón (Patterson, 1995).

A manera de conclusión provisional en cuanto al papel de la libertad si se comparan los aportes de Eurípides en *Las Bacantes* con los aportes de Platón en *Los Diálogos*, se podrá constatar que para Eurípides el camino de la libertad es el conocimiento interior que, como revelación de sí mismo, conduce a la verdad práctica, comprometida y personal ejercitada en la cotidianidad del individuo, pues para este filósofo naturaleza es la ley. Recuérdese que

⁴ Recuérdese que Sócrates a través del auto examen y el dialogo crítico y reflexivo buscaba los principios de la justicia, la naturaleza del bien y una vida examinada, en cuyo caso la libertad sería renovarse de aquellas normas y conceptos que impiden lo propio de la naturaleza humana, a saber: la razón; en contra de lo guiado por el instinto. En cambio para Prometeo la libertad es la capacidad de ser señor de sí mismo, en este sentido la libertad es empoderarse de modo que de la libertad interior surja la libertad exterior según Esquilo. Lo que conlleva a que Prometeo se revele contra el destino impuesto, la muerte, la tiranía de los dioses, la fuerza, la deidad y la norma que esclaviza, a través de la justicia el conocimiento la inteligencia la razón y la libertad humana. Expectativas que se anticipan a los desarrollos logrados por el iluminismo y la modernidad.

este asunto ocupará buena parte de las reflexiones de Kant cuando en las mencionadas críticas acentúe la preeminencia del uso de la razón práctica sobre el uso de la razón especulativa.

En cambio, para Platón la vida interior brota de la razón en tanto que esta participa de la divinidad y permite acceder al conocimiento interior a través de la especulación que se remonta hasta la esencia. En consecuencia, por este camino Platón no opone naturaleza y ley, pues para él la naturaleza es la encarnación de la ley. De todos modos, Epicuro atempera el aporte de Platón y da una visión más realista de la libertad al subrayar la dimensión interna y externa de esta y al considerar el libre albedrío como la capacidad de elegir de manera independiente por encima de los determinismos e imposiciones; de no ser así, las personas no podrían hacerse responsables de sus actos ya que la libertad se mantendría en el plano de lo instintivo o animal (Patterson, 1995).

Para los estoicos la libertad pasa a significar conformidad con las leyes, pues para estos las leyes del estado democrático benéfico y orgánico, además de ser razonadas, son promulgadas para personas razonables, libres, sabias y dignas, es decir, capaces de entenderlas en procura del bien común y la autonomía personal⁵.

En conclusión, como se podrá constatar en lo analizado hasta el momento, en los aportes de los griegos acerca de la libertad, además de tener que ver con el abordaje reflexivo y crítico al cual la sometieron en decurso de varios siglos, sobresale el hecho de sondear las

⁵ Fueron los estoicos los que respondieron a algunos de los vacíos dejados por Aristóteles con relación a la democracia restrictiva solo de ciudadanos varones libres y no inmigrantes, pues parece carecer de toda idea de igualdad humana más allá de género, clase y etnia. La corriente estoica es la de más alto influjo en el pensamiento occidental iniciando por el concepto de ley natural, base de los derechos humanos; enseñaron que todo ser humano por el sólo hecho de serlo es digno y de valía incommensurable; reverenciaban la capacidad de juicio ético (Patterson, 1995, p.275-276).

implicaciones que esta tiene en la vida ética, política y jurídica de los individuos y las colectividades; los modos como el estado se organiza a fin de garantizar la dignificación de las personas, el ejercicio de la igualdad, el goce de los derechos humanos y el crecimiento autónomo en armonía con el bien común. En suma, aún hoy muchos de los interrogantes y cuestionamientos planteados por los filósofos griegos siguen alimentando la indagación y planteando tensiones en torno al ejercicio y disfrute de la libertad en una sociedad cada vez más individualista, controlada y globalizada.

1.1.2 Libre albedrío y acto humano: Edad media.. Como se puede constatar en la *disputación quolibetal* sobre la verdad, si para Tomás de Aquino, que sigue a Aristóteles, la raíz de la libertad es la razón que guía los actos humanos, también para él la voluntad es la que los expresa⁶.

Mientras la razón sopesa lo conveniente, la voluntad elige. En tanto que los hábitos, las virtudes adquiridas, los fines que se buscan, los contextos, los conflictos que surgen y las posibles consecuencias previstas condicionan el ejercicio de la libertad⁷. La razón dispone a los sujetos al conocimiento de la totalidad de la realidad y por ello orienta a la voluntad para que elija. En coherencia con Aristóteles, para el *Aquinate* la libertad es connatural al ser humano en tanto que humano.

⁶ Cfr. Santo Tomas, *De Veritate*, q. 24, a.2.

⁷ Por eso para Tomás de Aquino el ejercicio de la libertad debe estar en armonía con la búsqueda de los bienes a los cuales tiende la naturaleza humana: externos, corporales y del alma. Aún, no solo debe buscar los bienes individuales, sino también el bien común fundamento de la vida buena; dimensión política del ejercicio de la libertad (Santo Tomas, *Summa theologiae*. I-II, 94, 2).

Sin embargo, con el ejercicio permanente del juicio, la decisión, la elección, el compromiso y la acción se amplía el ámbito de la libertad (Santo Tomas, *Summa theologiae. I-II, q. 47 aa. 1ss; q. 51, aa. 1ss*), de modo tal que se expresa de manera diferencial según los momentos, los contextos, las situaciones y las personas. Así, en el ámbito socio cultural la libertad se concreta como desarrollo político; en el ámbito laboral como libertad de trabajo; en el ámbito académico como libertad de pensamiento (Santo Tomas, *Summa theologiae. I-II, qq 82-83; y I-II, q.6*).

En la baja edad media la libertad es sinónimo de espontaneidad. Y en la filosofía moderna de origen kantiano es autonomía y búsqueda del bien común sin coacciones, ya que tras el planteamiento de Emanuel Kant subyace la pregunta por la tensión entre el concepto de libertad y la experiencia de la libertad misma, y entre la liberación política, como condición para el ejercicio autónomo de la libertad. Pues que para Kant (1785), la libertad está unida a la capacidad de la voluntad racional del hombre para darse sus propias leyes, en cuanto que la autonomía orienta la libertad a la acción humana en reciprocidad e interdependencia.

1.1.3 David Hume.. Dado el impacto que tiene su ética secular en el pensamiento Kantiano, las corrientes iluministas y por sobre todo en la obra de los utilitaristas económicos como Adam Smith y J. Bentham, aunque no pueda calificarse al escocés de filósofo del derecho (Botero, 2005)⁸; la sospecha de que sobre la razón no se pueda fundamentar la moral, dado que ésta no nos podría brindar certezas, seguras, y objetivas, lo conduce a fundar la ética

⁸ A juicio de éste investigador sus aportes concluyen, por desconocimiento del contexto histórico y del contenido de los conceptos, aseveraciones que no corresponden al juicio hermenéutico coherente.

sobre los “sentimientos”, pues a su juicio son éstos los que movilizan el obrar, cuando se busca alcanzar lo agradable y rechazar el dolor (Hume, 1984)⁹.

Para David Hume, la libertad es un concepto vacío, que no se puede fundar sobre la realidad, son las pasiones las que marcan el rumbo de las acciones éticas, evaluables solo en función de la utilidad, sobre todo en el campo de la economía, en el que cada cual busca su propio interés, a veces con demasiado egoísmo y, dificultad para abastecer las necesidades que son múltiples, sobre todo si no se cuenta con el apoyo de los otros, con la experticia que se logra a través de la división del trabajo y, con la seguridad que brinda el apoyo mutuo(Hume, 1984).

A juicio de Hume (1984), para que subsista la sociedad y se garantice la estabilidad y perpetuación de la propiedad, los individuos y los grupos humanos han llegado a las “convenciones”, por medio de la palabra comprometida y del acuerdo de honor, lo que equivale a la justicia, que en fin de cuentas es una construcción social, orientada a que los sujetos gocen de lo que han adquirido por medio del trabajo, la fortuna y la industria; así se tiene que la relación de las personas con la propiedad, no es natural, sino moral y, por consiguiente fundada sobre la justicia, en consecuencia el origen de la justicia explica el de la propiedad. En síntesis, la justicia se establece porque es útil para nuestro interés y el de

⁹ Se le considera continuador de Locke y Berkeley. Algunos lo hacen ver como un nuevo Epicureísta. Además, lo califican de antidogmático por su afirmación de que la justicia es constructo artificial, lo que la despoja de las pretensiones absolutistas y dogmáticas, en contra del iusnaturalismo racionalista y teológico; si la justicia se observa es porque se ha convenido que es útil para la sociedad y, no para el interés público que es un asunto abstracto. La justicia es asumida porque garantiza la preservación de la propiedad, el dominio, la posesión y la organización social. En consecuencia la fuente del derecho y del sistema jurídico es el derecho de propiedad que, dicho sea de paso es también un constructo artificial, una convención, validada por generaciones y tradiciones culturales, para evitar el conflicto social. Para algunos el derecho de propiedad funda los demás derechos; para otros es la dignidad humana, basada en la libertad de conciencia, que da inclusión y autonomía al individuo.

nuestra sociedad, aún más se conviene que la ociosidad y la vagancia atentan contra la estabilidad de lo social, dado que no contribuyen a satisfacer las necesidades públicas, atenta contra nuestra buena reputación y no son de utilidad.

1.1.4. J.J Rousseau y Emmanuel Kant: contractualismo y libertad autónoma. Antes de avanzar sobre los presupuestos Kantianos a los cuales se ha hecho referencia con anterioridad y dado el influjo de J.J Rousseau en el filósofo alemán, detengámonos en los aportes hechos por el autor del “*contrato social*” entorno al concepto moderno de libertad¹⁰. Entre los presupuestos de este filósofo se debe subrayar el de “estado natural del hombre”, que hace referencia a la condición de bondad y rectitud propios de la naturaleza humana no contaminada por el egoísmo y capaz de acceder “a la voluntad general” cuando se dejan guiar de la razón que procura la “armonía” entre quienes buscan el consenso sin enajenar ni alienar la propia libertad. Aunque las preocupaciones del filósofo de Ginebra no son nuevas y los asuntos de los cuales se ocupa al tratar de la libertad ya han sido tratados por otros, sin embargo, las soluciones que propone a la pregunta: ¿porque un hombre debe obedecer a otros?, se distancia de la solución rigorista y autoritaria subrayada por Hobbes, que parte del hecho de que el ser humano es malo y por lo tanto requiere coacción y autoridad (Berlín, 2006). Pero, también se distancia el autor del Contrato Social de las soluciones propuestas por Locke, que aunque sean más positivas en relación con el comportamiento humano no explican suficientemente los medios para el consenso social (Berlín, 2006).

¹⁰ No se preocupa Rousseau de ahondar en las libertades de los individuos, a pesar de esto su influjo en los contractualistas modernos es tan evidente con el influjo de Locke y Kant.

Ténganse en cuenta que, para J.J. Rousseau la libertad es un valor absoluto y, en tanto valor del cual depende la vida humana es irrenunciable, pues en sí mismo implica la naturaleza humana y, en consecuencia cualquier decisión que haya que tomar alrededor de la libertad debe ser guiada por la razón y, no por las emociones, pasiones o deseos que casi siempre yerran.

Como puede notarse en la solución propuesta por el autor del *''Emilio''*, en lugar de dedicarse a responder a la pregunta por: ¿cuánta libertad? o ¿cuánta autoridad?; se ocupa mejor de integrar libertad y autoridad. Pues, para él, decir ser humano significa decir libertad, lo cual conlleva la posibilidad de exigirle responsabilidad moral en sus actos, en la medida en la cual, elige entre alternativas sin coacción alguna. Si se restringe la libertad y se impide la capacidad de elección se reduce al ser humano al nivel de los objetos, de los esclavos y de los siervos, situación que es siempre repugnante para el filósofo Ginebrino (Berlín, 2006).

Aún más, no se puede ceder los derechos, así como no se puede anular el ser humano, pues esto conduciría a la degradación del sujeto en objeto que, buscando la seguridad a causa del miedo trueca su dignidad por sometimiento.

Hasta aquí tenemos que: en la concepción de Rousseau la libertad es un fin absoluto que permite elegir de manera independiente y autónoma aun compaginando con las exigencias del convivir en sociedad. Pues, la tendencia del ser humano a agruparse, coexistir y vincularse con otros, es propia de la naturaleza humana y en este sentido de igual valor que la libertad.

Pero, ¿cómo puedo ser libre un ser humano dentro de una estructura de regulación y autoridad externa? (Berlín, 2006).

Aunque, J.J Rousseau es consciente de las tensiones entre bien y mal, justicia e injusticia, acciones debidas y acciones indebidas, a su juicio estas son acciones que brotan de la naturaleza humana y que en cuanto conductas requieren ser expresadas y reguladas por la razón: eterna, universal y absoluta. Por este camino se llega a la paradoja de oposición entre valores absolutos: libertad y valor de las reglas justas. Se vio con anterioridad que dicha paradoja no se resuelve ni por el camino de Hobbes ni por camino de Locke (Berlín, 2006).

También se vio con anterioridad que J.J. Rousseau busca justificar la necesidad de asociación humana como obediencia a la propia naturaleza que lo impulsa al vínculo con los demás, a la vez que lo motiva a obrar con libertad¹¹(Nussbaum, 2006). Tal y cual sucede con una moneda que requiere dos caras opuestas para poder serlo, en este caso se requiere libertad y autoridad. Porque, reconocerse vinculados con otros para obrar con mayor libertad reporta al sujeto mayor valía y dominio de sí y por tanto mayor capacidad para exigir que lo que se desee no se le impida conseguirlo. Además “la razón” que brota de la “naturaleza humana”, sin que este viciada por el egoísmo siempre guiara al ser humano a lo bueno para sí y por tanto bueno para los demás; satisfactorio para sí y satisfactorio para los demás y, en consecuencia razonablemente valido (Nussbaum, 2006).

¹¹ La tradición del contrato social es compleja, pues entre otras figuras incluye a J.J Rousseau, que plantea el contrato entre individuos independientes y, además se basa en el concepto de “voluntad general” (Nussbaum, 2006).

Qué duda cabe que Rousseau es idealista al considerar que el fin de la sociedad humana y de los sujetos es volver al estado de armonía inicial, libres de egoísmos, deseos de dominación e impulsos perversos. Lo cual lo condujo a denunciar a poderosos, explotadores, intelectuales, expertos y artificiosos que se distancian de la búsqueda de lo natural en lo cual reside la sabiduría primigenia. En palabras de Berlin (2006), además de ser el Ginebrino pionero del socialismo, del comunismo y del anarquismo es también el promulgador de un cierto sentido de libertad deseable en la medida en que el ser humano se libera de obstáculos: refinamiento, cultura, ciencia, arte que le impiden llegar a la libertad natural; aunque, por este camino se de paso al posicionamiento del autoritarismo.

A despecho de Berlín (2006), otros analistas de los aportes de Rousseau consideran que así como en sus teorías beben corrientes conservadoras, liberales y marxistas es de destacar la primacía que da a la razón práctica, giro que ahonda posteriormente Kant. Por eso enfatiza en que el estado de naturaleza vivido en la ciudad es el lugar ideal para el ejercicio de la libertad y la igualdad, asunto que le ocupan sus reflexiones en torno a la relación del individuo y la sociedad (Bello, 1990).

Aportes, que recobran vigencia en la actualidad, sobre todo en las corrientes republicanas que perciben en el igualitarismo rousseniano al precursor de la permanente transformación del estado en procura de responder a los requerimientos de los ciudadanos y, también de las corrientes distribucionistas que afirman que es indispensable que el estado eleve el nivel de satisfacción básica con el fin de garantizar el ejercicio libre de los deberes y derechos democráticos, en contra de quienes juzgan al Ginebrino como el precursor del estado

totalitario. Se olvidan estos que el autor del *“Emilio”* criticó fuertemente las desviaciones de la democracia representativa e introdujo el principio de “transformación permanente”, lo cual indujo a J. Rawls a elaborar la teoría de justicia con base en el “contractualismo” o distribucionismo, pues, a juicio de N. Bobbio (1993), el problema del cual nos debemos ocupar no es tanto el de la democracia cuanto el de la justicia.

1.1.5 El influjo de J.J Rousseau en la perspectiva Kantiana de libertad. El influjo de Rousseau en la propuesta Kantiana de la primacía de la Razón Práctica sobre cualquier otro uso de la razón es constatable, precisamente en “la Crítica de la Razón Práctica”. Obra en la cual Kant insiste en que el ser humano debe asumirse a sí mismo como valor absoluto, es decir como fin y nunca como medio. Pues de no ser así, éste se apartaría de la búsqueda de la propia realización, a lo cual está obligado como ser libre y responsable (Gómez, 2010). Es en el orden de los valores, real-real, en el cual están circunscritos la autonomía y la libertad, es decir que el uno supone el otro: “en tanto que capacidad de actuar o no, previos los requisitos que lo permitan”. Solo así el ser humano se hace responsable de sus actuaciones guiado por el sentido moral. El primado que Kant reconoce a la razón práctica está dado por la necesidad de saber ¿qué hacer?, en cada momento, según los intereses es decir la búsqueda de la propia realización; aún más es de lo que se haga ahora, de lo cual depende el futuro que se desea (Gómez, 2010).

Así pues, las acciones humanas cargan la vida de los sujetos de moralidad, mientras que la razón especulativa, es decir el conocimiento, le ayuda a juzgar la razonabilidad de lo que

espera hacer; pero solo el ejercicio de actuar tomándose como fin en sí mismo y con el conocimiento requerido para hacerlo, es lo que nos hace libres, según Kant.

A demás de las vías de los sentidos para encontrarnos con la realidad, Kant propone, también la razón práctica como otro medio para volcarnos a los hechos preguntándonos: ¿Qué hacer? y ¿Por qué debo hacerlo? El hecho de darle importancia al hacer no significa restarle valor a la razón especulativa o conocimiento; de todos modos los valores tienen sentido en la medida en la cual puedan ejecutarse o concretar y, quien media esa posibilidad es la libertad¹² (Sandel, 2013).

Así, la autonomía kantiana o capacidad para darse leyes orientadas al bien común en contexto de solidaridad, nada tiene que ver con la búsqueda individualista de los propios intereses cuando se obra en contra de la reciprocidad y de la interdependencia promulgada por dicho filósofo (Rossi, 1984).

1.1.6 Aportes jurídicos al debate actual sobre libertad y democracia. En el debate actual sobre las implicaciones éticas, jurídicas y políticas que conlleva el ejercicio de la libertad individual, tendiente a concretarse en nuevos derechos y libertades y, por consiguiente a demandar del estado mayor horizonte de acción individual y menor intervención controladora, reguladora y normativa, sobre todo cuando se trata de la vida privada; se constatan al respecto, de posturas, de juicios y desarrollos doctrinales que se enmarcan entre

¹² Más allá del utilitarismo y de la búsqueda de la máxima felicidad, las acciones humanas se fundamentan en la dignidad y el respeto que merecen las personas, pues para Kant la justicia, la moral y la libertad se vinculan como vasos comunicantes, en niveles más altas en los cuales los derechos no sean tan vulnerables a las meras preferencias y deseos dejando expuesta la dignidad humana a intereses que tratan al ser humano con fin en sí mismo, la autonomía para actuar por mí mismo, sin que me dominen los deseos o la imposiciones externas de satisfacción y, en su lugar me impulse el “deber”, es decir lo moral (Sandel, 2013, pp. 121-160).

los que defienden la injerencia coercitiva de la autoridad en el mayor grado posible, hasta los que propugnan por mayores espacios de libertad para los sujetos y, mínimo control estatal. Desde quienes defienden el retorno al derecho natural en sus versiones más estáticas y conservadoras, hasta aquellos como Kelsen (1994), que promueven una visión más amplia, situacional, histórica, evolutiva y relativa del principio de libertad.

1.1.7 Algunos aportes significativos de Kelsen sobre el principio de libertad. A juicio de dicho pensador, los sistemas jurídicos asentados sobre bases absolutistas, deshistorizadas, incapaces de responder a la diversidad cultural y axiológica, tanto como a los requerimientos de tiempo y lugar de las personas; atentan contra el ejercicio de la libertad razonable orientada a la búsqueda y florecimiento de la verdad, la ciencia y la sinceridad, lo mismo que: a “la justicia de la paz”, “la justicia de la libertad”, “la justicia de la democracia” y la “justicia de la tolerancia”.

Pues, la aceptación de la diversidad, según éste jurista, es presupuesto previo sobre el cual se puede esperar llegar a consensos democráticos, hechos reales de diversidad axiológica que obligan a rechazar toda forma de absolutismo, totalitarismo e imposición autoritaria de un sistema de valores único y eterno.

La libertad y la igualdad, soportes fundamentales de la democracia actual, aunque existan tensiones entre ellos, requieren ser asumidos en diversidad y complejidad de matices y percepciones, de modo tal que sea del diálogo de los diversos del cual brote el consenso

democrático, así se participa en la creación del orden social al cual se está sometido (Kelsen, citado por Correas, 1989).

Por consiguiente, para Kelsen la libertad y la igualdad son indispensables para que haya democracia, pero como la aspiración de todo ser humano es comprometer la libertad sin someter la voluntad a otros y favorecer de igual manera el ejercicio de la autoridad, aspirando a gobernarnos por nosotros mismos, debemos propiciar y garantizar la reciprocidad entre quienes adecuan su conducta al orden escogido, de aquí que sea perentorio que los ciudadanos ejerzan la libertad y decidan por ellos mismos. Pues, no se puede pasar por alto que detrás de la “personalidad anónima del estado” campean los intereses de unos pocos que los quieren imponer a los demás. Así, en las democracias la libertad será un modo concreto de participar, un hilo conductor para decidir y, no solo el pretexto para volver al estado original de naturaleza buena (Kelsen, 1992).

Según Kelsen la garantía de la libertad se concreta, a su vez, en garantizar los intereses y derechos de los individuos, sobre todo de las minorías, en lo concerniente a derechos y libertades fundamentales. En consecuencia, como el individuo es el centro y sostén de la democracia liberal según Kelsen, es al mismo estado a quien le compete garantizarle que obre de acuerdo con su propia razón: libre de todo absolutismo e imposición externa; así la democracia se concretará en el goce de libertades específicas y no solo en formalismos de tipo político (Kelsen, 1995).

Ya hemos visto como desde la antigüedad el grado de libertad de la cual goza el individuo ha servido de racero para clasificar los estados y los gobiernos, en contextos históricos específicos. Aunque, para Kelsen (1995), los individuos cedan un poco de libertad al estado, en las democracias modernas ésta se mide por el grado de participación de éstos en la creación del orden jurídico al cual se someten. En la medida en la cual el estado aplicando el principio de las mayorías, también garantice a las minorías su expresión y derechos, hasta lograr que los individuos alcancen grados de mayor autodeterminación (Kelsen, 1995).

Es de entender que detrás de la crítica y reacción contra toda forma de absolutismo, de parte de Kelsen, subyace la experiencia histórica y personal de la persecución Alemana en la segunda guerra mundial, lo mismo que la consolidación de los estados autoritarios de la cortina de hierro, sobre todo con Stalin. Sus propuestas, también hacen acopio de los aportes de la filosofía centrada en la razón comunicacional de J. Habermas, de aquí su insistencia en el debate y la búsqueda de consenso entre quienes participan de una misma democracia.

1.1.8 El debate sobre las dos libertades. Contemporáneo de H. Kelsen, Isaiah Berlin lucha contra los mismos absolutismos, de los cuales son críticos, pero desde la perspectiva de las ventajas que brinda el liberalismo capitalista británico al desarrollo de la democracia liberal.

Entre sus muchos aportes a la filosofía jurídica sobresale la distinción que hace éste pensador entre libertad positiva y libertad negativa, las que en un primer momento calificó de “libertad liberal” y “libertad romántica” respectivamente (Ignatieff, 1999). Aunque tal asunto ya había sido abordado por J.J Rousseau y denunciado por Kant, en las falacias del racionalismo

ilustrado, el contexto de las aclaraciones hechas por Isaiah Berlín y la crítica acerba que hace contra el autor del “*Contrato Social*”, acusándolo de poner las bases de los totalitarismos de estado, obran como razones suficientes para traerlos a colación en este apartado.

Berlin (2005), percibe que desde las posturas absolutas sobre la libertad es imposible hacer claridad sobre las alternativas que se le presentan a los individuos para obrar libremente, de acuerdo con el marco legal estatuido, en el que ha nacido sin haberlo escogido y, sin embargo, en tanto le posibilita vivir con otros razonablemente, le exige acogerlo cediendo parte de su libertad individual: libertad negativa. Pero, de igual manera, le impele a desplegar las posibilidades creativas e inventivas que apuntan a la realización genuina, original y autónoma: libertad positiva. Dicho de otra manera: libertad para la convivencia o libertad negativa y libertad para la autorrealización o libertad positiva.

En el mismo sentido en que Hans Kelsen percibe que los valores están en tensión de cara a las instituciones razonables, al estado democrático y a los otros; así también Isaías Berlín, percibe que el ser humano experimenta hacia dentro de sí el conflicto entre deseos, fines y medios para lograr la plena vivencia de la libertad en sociedad. De hecho se enfrenta a errores de todo tipo; mentales, intelectuales y paradigmáticos; incertidumbres de fundamentación y conocimiento; pero, sobre todo a la tendencia a reducir lo real o a separar las caras que conforman la misma moneda. Por esto, los conflictos entre libertad y dependencia, autonomía y autoridad, individualidad y comunidad, impulsividad natural y razonabilidad, indujeron a oponer libertad-razonabilidad-elección contra autonomía personal o, resolverlos desde intereses de estado diversos y contradictorios; lo cual condujo a la llamada: falsa conciencia

(Ignatieff, 1999). Pues, si en lugar de negar u ocultar los conflictos entre las personas y, de estas con el estado; se visibilizaran y asumieran se dinamizaría la naturaleza incluyente de la democracia, esta se adecuaría a las necesidades de aquellos y se generarían nuevas formas institucionales de solución (Ignatieff, 1999).

En palabras de Berlín (2005), en la libertad negativa está la base de la democracia liberal, que consiste fundamentalmente en: “permitir al individuo que haga lo que quiera, siempre y cuando sus actos no interfieran en la libertad de los demás” (p. 306). En cambio la libertad positiva, brota de la necesidad de expansión, de liberación creativa y emancipadora de los individuos. Por eso para Berlín (2005), el estado liberal debe solo ocuparse de lo que las personas manifiesten que quieren, en tanto que, orientan las decisiones prácticas de quienes gobiernan o hacen las leyes en favor de los individuos o como protección de las minorías, a fin de salvaguardar los valores más apreciados de la democracia, a saber: libertad, igualdad y justicia, sin que pretendiendo acrecentar la libertad económica o social del grupo se justifique la pérdida de libertad individual (Hardy y Hausseer, citado por Ignatieff, 1999).

Por esto, para Isaías Berlín (2005), era indispensable la libertad negativa pues garantiza la libertad dentro de un marco de valores, que aunque estuvieran en conflicto entre sí, deben contribuir, de alguna manera al ejercicio de la libertad con el fin de garantizar la democracia; llegando por esta vía a dar preminencia a la libertad liberal, más que a la libertad romántica. De todos modos se distancia de J. Rawls al considerar el choque entre los valores que sostienen el obrar con libertad y autonomía.

En síntesis, a la par que Kelsen, Berlín reconoce que dentro de un sistema de valores democráticos se dan tensiones entre ellos, así: de la libertad frente a la igualdad y la justicia social; como de esta última con la clemencia y la tolerancia o, en resumidas cuentas entre individuo y sociedad; libertad y dependencia. Pero, de todos modos habrá que reconocer, al decir de Berlin (2005), cierta preeminencia de la libertad sobre los demás valores, aún dentro de una visión pluralista, a fin de que quede a salvo la capacidad de decidir, elegir y actuar, pues de no ser así las sociedades se verían impelidas a las soluciones finales; por sobre todo lo que se busca es que quede a salvo la libertad de los individuos, frente al riesgo de invasión de los estados paternalistas y totalitarios.

1.1.9 La libre negociación en Rawls. Bajo el principio de oportunidad y diferencia nos preguntamos con J. Rawls¹³ sobre la posibilidad del ejercicio de la libre negociación entre partes, si se tiene en cuenta que en las sociedades capitalistas las clases con ventajas económicas perpetúan las asimetrías en favor de ellas haciendo que las normas sociales y las instituciones funjan a su favor en detrimento de lo más conveniente para la sociedad en general¹⁴. Asunto por el cual, para Rawls la intervención del estado es indispensable tanto para modelar y remodelar el orden establecido como para normar las estrategias de libre negociación en situación de asimetrías económicas constatables. Bajo el principio de imparcialidad de la justicia Rawls espera que el estado garantice la uniformidad de las

¹³ Nussbaum (2006), destaca la importancia que la libertad, la igualdad y la independencia tiene en la concepción de Rawls, por la que al hablar del contractualismo de éste afirma que los tres atributos anteriores son indispensables en la práctica de la justicia. En cuanto a la libertad, quienes contratan deben ser libres, sin sometimiento a ningún amo. Sin interferir en la libertad de otros de acuerdo con la ley natural de libertad y una posible ley general. Aunque, Rawls no acepta derechos naturales prepolíticos, sostiene que la igualdad se basa en cierta capacidad para albergar la justicia (p. 47-48).

¹⁴ Nussbaum (2006), considera que la “teoría de Rawls es de naturaleza mixta pues combina elementos del contrato social clásico con aportes de la moral Kantiana que imponen ciertos límites a principios importantes” (p. 72). Aunque el principio de, “la equidad requiere que cada persona sea respetada como igual y como fin en sí misma” (p. 72); por consiguiente, aunque las personas decidan realizar un contrato por beneficio mutuo, en un proyecto común que asegure una mejor vida, requiere ajustarse al principio de aquiescencia similar a aquellos que se han beneficiado de su sumisión” (p. 73). Así mismo, para Nussbaum (2006), existe un vínculo entre las teorías de Rawls y la teoría De la elección racional, e insiste en que la diferencia entre ambas es que las teorías de Rawls incorpora premisas morales (p.74).

libertades en procura del bien social y el tratamiento igualitario, pues es de exigencia moral, para este tratadista que el estado provea a cada individuo de lo requerido para la consecución de su proyecto de vida en armonía con los bienes primarios: libertades, oportunidades y riquezas¹⁵.

Téngase en cuenta que el derecho a reclamar que tiene toda persona frente al estado incluye los bienes políticos y sociales: la propia valía, el auto respeto, derechos y libertades que se concretan de modo objetivo en derechos que deben ser protegidos, es decir en libertades. En una sociedad bien ordenada, según J. Rawls la libertad es parte de lo indispensable para que se ejerza la democracia siempre adecuándose a nuevos desarrollos y concreciones históricas (Rodriguez 2004).

En comparación con las libertades que constituyen bienes primarios equiparables a la igualdad, para Rawls (citado por Rodriguez, 2004) las prerrogativas de autoridad e ingreso pueden variar en su distribución exigiéndose mayor equidad a la hora de garantizar oportunidades justas, pues según él tal requerimiento mínimo de los bienes primarios posibilita el desarrollo del proyecto de vida en libertad.

Entonces, quienes proveen la justicia deben garantizar la igualdad de oportunidades que medien el ejercicio de las libertades (Rodriguez, 2004). Si bien es cierto que la teoría

¹⁵ A juicio de Nussbaum (2006), en dos aspectos se diferencia la teoría del contrato social de Rawls de los otros contractualistas, a saber: no atribuye ningún derecho natural a los seres humanos y, en buscar a partir de un conjunto de premisas un procedimiento correcto desde el cual se pueda definir el resultado correcto, “justicia procedimental pura”. La otra diferencia es la que asigna Rawls a los elementos morales en el procedimiento contractual, bajo los principios de reciprocidad e igualdad. Por consiguiente se siente continuador de la tradición del contrato social, pero muy a su manera. También, afirma la filósofa que los argumentos de Rawls se oponen al utilitarismo económico y político, propugna por principios políticos más morales (p. 32-34).

distributiva de J. Rawls es genérica y especulativa, ilumina la concreción de la libertad en libertades. Pues se preocupa de que se garanticen aquellos bienes primarios requeridos para que los sujetos participen de manera plena, racional y consciente en la comunidad, asociación o empresa; así, el garantizar el ingreso y la riqueza permite el desarrollo de otras capacidades relacionadas con la igualdad, necesarias para la sociedad bien ordenada (Rodríguez, 2004).

En definitiva, garantizar los bienes primarios es garantizar el ejercicio de la libertad y la igualdad en contextos multiculturales (Rawls, 1995). Ser ciudadanos libres e iguales conlleva participar, cooperar, consensuar acuerdos de actuación posponiendo los intereses personales en procura de la sociedad bien ordenada y recíprocamente gestionada. En tanto agentes morales, libres e iguales los ciudadanos ejercen su autonomía a través de medios dialógicos que posibilitan acuerdos en torno a necesidades comunes, para que se disminuyan las desigualdades excesivas y se ejerzan los derechos y las libertades de manera homogénea (Rawls, 1995).

Aunque Nussbaum (2006), considera que su propuesta de las capacidades es deudora de algunos aportes de J. Rawls, de igual manera afirma que en muchos aspectos se distancia de él, sobre todo en la falta de respuesta de éste a cuestiones relacionadas con la equidad con los discapacitados, la justicia transnacional, la justicia con los animales y, en relación con la previsión del bienestar de las próximas generaciones; pues, a su juicio no da respuesta a las cuestiones anteriores. Si bien es cierto que critica el utilitarismo por no proteger la libertad política, frente a los sistemas compensatorios que introduce en diversos bienes, en detrimento

de otros, pues al parecer, dice Nussbaum (2006) refiriéndose a Rawls: el utilitarismo “desvía nuestra atención de la elección democrática y la libertad personal” (p.86).

El enfoque de capacidades propuesto por Nussbaum (2006), se fundamenta en la concepción de dignidad del ser humano acorde con una vida que puede ser vivida de manera auténtica, según requisitos básicos que dan forma y contenido a la idea de dignidad dentro de los cuales se incluye el “poder asociarse y moverse libremente”, poder expresarse, crear e innovar de manera libre, así como el gozar de libertad de conciencia, de práctica religiosa, afectiva y sexual sin discriminación alguna¹⁶.

En cuanto a la cercanía y diferenciación de los enfoques contractualista y el basado en capacidades, se puede afirmar que, mientras el primero es un “enfoque procedimental de la justicia”, que confía en un proceso equitativo e imparcial que asegure un resultado seguro y equidad; el enfoque basado en capacidades identifica previamente resultados correctos y, desde allí diseña el procedimiento que conduce al resultado deseable: justicia como resultado. Aunque, Rawls, al decir de Nussbaum (2006), no anticipa un criterio que oriente el procedimiento hacia el resultado justo¹⁷; sin embargo, afirma Nussbaum que sus razones para “insistir en la estricta igualdad en cuestiones de libertad religiosa, libertad de expresión y libertad política son de naturaleza rawlsiana, unidas a los principios de respeto y reciprocidad (p. 184).

¹⁶ El listado de las capacidades prerequisite para la vivencia de la dignidad humana de manera auténtica, además de ser propuestas por Nussbaum (2006, pp. 86-92); han sido desarrolladas en forma reciente por la misma autora en su obra *Crear Capacidades* del 2012.

¹⁷ El enfoque de las capacidades parte de la concepción aristotélico-marxista del ser humano que se realiza junto con los otros, como sujeto político y, por tanto esta requerido de elegir durante toda su vida, por su misma condición humana animal y social (Nussbaum, 2006, pp. 93-100).

Aún más, para M. Nussbaum (2012), no está claro que teniendo como base el principio de libertad, se pueda sustentar una propuesta política coherente, pues como lo demuestran las estratagemas de la corrupción, el gozar de amplias libertades de poder, autoridad, decisión y comunicación con frecuencia se emplea para coartar, comprar y manipular las libertades de otros, preferiblemente de excluidos, discapacitados o empobrecidos. Acerca de dichos cuestionamientos Rawls no aporta nada, afirma Nussbaum (p. 93). Es necesario, pues afirmar que no todas las libertades forman parte del núcleo de derechos fundamentales exigibles en el marco constitucional de una sociedad bien ordenada.

Como se dijo con anterioridad, las teorías de Rawls descienden del contrato social clásico y de aportes morales de tipo kantiano que, a pesar de ser iluminadores, no contribuyen a la solución de ciertos problemas actuales, por ejemplo en lo que respecta a los derechos de los discapacitados, la igualdad de oportunidades para la mujer y las minorías, la superación de las asimetrías de riqueza, clase y prestigio, la justicia con los animales no humanos. El supuesto original y fundante de igualdad humana e igual poder físico y mental entre todos los vinculados al contrato social, solo es una utopía que vale como expectativa, pero no como punto de inicio real¹⁸.

1.1.10 Libertad y socialismo liberal democrático: Norberto Bobbio.. Abordar el asunto de la libertad en Norberto Bobbio desde el ámbito político y jurídico implica referirse de manera preliminar a los tópicos más sobresalientes sobre la igualdad y valores analizados de manera

¹⁸ El hecho de que Nussbaum (2012), sustente la relevancia de los sujetos como fines en sí mismos, implica que la capacidad de libertad sea transversal y concrete como libertades en cada una de las demás capacidades y, por consiguiente demande protecciones específicas de parte del estado para cada una de ellas. En este sentido es iluminadora la referencia que hace con relación a la diferenciación establecida por Sen sobre libertad de agencia y libertad de bienestar, así ella no esté muy de acuerdo con la misma (pp. 229-233).

comparativa, dadas las relaciones recíprocas, múltiples y tensionadas que el jurista establece entre estas categorías. Sobra destacar los dinamismos de tensión que se generan entre la igualdad y la libertad, sobre todo en lo concerniente a la sexualidad, la raza y la desigualdad de clase (Bobbio, 1993).

Aunque, la cuestión de las dos libertades, negativa y positiva, en lenguaje de Berlin es asunto de vieja data, Bobbio mete baza en sus implicaciones sociales, políticas y por consiguiente en sus implicaciones jurídicas. A su juicio, la libertad negativa es la libertad que posibilita la acción humana y por consiguiente la realización de los sujetos “situación en la cual un sujeto tiene la posibilidad de obrar o no sin que nadie se lo impida” (Bobbio, 1993, p. 97). Pero, es la libertad positiva la que amplía la proyección del sujeto sin límite alguno, pues las decisiones dependen de sí mismo, con entera autonomía. De alguna manera tiene que ver con la libertad general en Rousseau y con la autonomía defendida por Kant, como se explicó con anterioridad. Si por una parte la libertad negativa se orienta al obrar que se concreta en las libertades civiles propias del individuo; por otra la libertad positiva se orienta al ejercicio de la voluntad política, propia del colectivo, pues en este segundo caso, el asunto de la autodeterminación del individuo se circunscribe a lo moral y, por lo tanto habrá que dar mayor relevancia a las libertades del sujeto colectivo, del cual el individuo forma parte (Bobbio, 1993).

Pero, ¿qué implicaciones políticas y jurídicas concretas, tiene para N. Bobbio la distinción entre libertad positiva y libertad negativa?

En contra del juicio hecho por Berlin de asignarle preeminencia a la libertad negativa, para él base de la democracia liberal moderna y, de otra parte, relacionar la libertad positiva con el surgimiento de los totalitarismos y colectivismo de corte socialista y marxista; N. Bobbio, considera que ambos modos de la libertad se refuerzan y complementan el uno al otro, aportando de esta manera soluciones nuevas a las cuestiones latentes con relación a la igualdad.

Norberto Bobbio ve en los aportes de Kant, S. Mill y Spencer, teóricos de la libertad negativa y; en la teorías de J.J Rousseau y C. Marx, defensores de la libertad positiva riquezas que se pueden complementar. Ya, que a juicio del jurista, la libertad positiva obraría a modo de causa eficiente, mientras que la libertad negativa sería la causa final, en clara alusión a Aristóteles, así la autodeterminación política y, la invención individual se apoyarían. Por consiguiente se entiende que, las tensiones entre los dos tipos de libertad dinamicen los debates actuales sobre los medios de regulación de la una y de nuevos desarrollo de la otra y, que autodeterminación colectiva y libertad operativa de los individuos se complementen.

En consecuencia, para Bobbio no hay para que oponerlas, puesto que la libertad es solo una, en tanto dinamismo que nace del hombre e impulsa la voluntad de éste a una mayor realización, pero que sin embargo encuentra en la autodeterminación comunitaria el contexto político apropiado para la concreción del autogobierno. Aun así, al no tener claro, “cómo” se llega al autogobierno comunitario y, ¿hasta dónde éste se instituye en contra de los individuos?, Bobbio opta por defender la libertad negativa como un mal menor, que en

coincidencia con Berlin, resulta más de fiar, más humana y plural, menos ingenua frente a las múltiples tensiones e interés individualistas y totalitarios (Berlin, 1988).

Del análisis que Norberto Bobbio (2003), realiza sobre la libertad se establece que dicho termino al menos el tratadista lo diferencia de dos maneras: libertad en tanto facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por otros y, libertad como capacidad de no obedecer otras normas por las cuales no se haya optado. En cuanto al primer significado, como se explicó con anterioridad, para Bobbio tiene que ver con la teoría liberal clásica, libre del control del poder y ejercitada en un campo de acción cada vez más amplio; en relación con el segundo significado, Bobbio la vincula con la teoría democrática: darse las propias leyes. En el sentido liberal de “libertad” se busca la reducción de la intervención y coacción por otros individuos; en cambio en relación con el contenido democrático se insiste en la auto-regulación y apropiación de aquello que se considera obligatorio.

Para Bobbio ambos sentidos de libertad están vinculados a la autodeterminación es decir, al estado de perfecta libertad en el cual cada uno ordena sus acciones a través de la razón y el justo juicio, lo cual hace que en torno a la autodeterminación coincida la libertad liberal y la libertad democrática, la primera amplía el ámbito de la autodeterminación del sujeto y la segunda amplía la codeterminación. Si bien es cierto que la teoría liberal de la libertad se comprende desde el punto de vista del individuo autónomo y aislado; también es cierto que la teoría democrática de la libertad, según N. Bobbio se concreta en las acciones del individuo circunscrito en una comunidad específica.

En relación con Kant, Bobbio (2003) afirma que dicho filósofo hace coincidir el ejercicio de la libertad individual con la autonomía política y el vínculo a una comunidad dentro de la cual gana libertad civil, lo cual le implica renunciar al ejercicio egoísta de la libertad individual. Pero esto no es suficiente para afirmar que Kant sea un demócrata pues, de hecho el filósofo considera que los derechos políticos se deben solo otorgar a quienes tienen dependencia económica y reconocimiento social (Bobbio, 2003).

En el mismo sentido, como el derecho está orientado a restablecer la libertad política en comunidad, por eso no riñe con la coacción a veces indispensable para asegurar el Estado de derecho (Bobbio, 2003). Pues para Kant posesión y libertad son conceptos íntimamente relacionados en tanto que tienen que ver con el uso de lo indispensable para el ejercicio de la libertad. En cuyo caso, es el estado quien debe garantizar el ejercicio de la libertad dentro del ámbito de lo permitido y lo lícito, es decir que es el derecho orientado a la salud pública el que garantiza el ejercicio de las libertades; para que a medida que los individuos lleguen a la mayoría de edad se amplíe el ámbito del ejercicio de la libertad y se reduzca todo tipo de constreñimiento material y espiritual y, se promuevan aquellas acciones lícitas económicas y políticas que amplían las condiciones de goce de la libertad: fin regulador del estado (Bobbio, 2003).

Según lo percibe Bobbio (2003), en la actualidad se presentan al ejercicio de la libertad tensiones que tienen que ver con las políticas, los contextos y las normas que limitan o promueven el ejercicio de las libertades, sobre todo en el proceso de avance de los regímenes

liberales modernos a los estados democráticos que buscan como fin la consolidación de la convivencia republicana¹⁹.

Conflictos que según este autor han sido resueltos de mejor manera a través de los desarrollos liberales igualitarios propios de las llamadas democracias progresivas o social–democracias en las cuales se garantizan niveles de igualdad básicos que limitan las asimetrías sociales generadas por la libre empresa y por la economía de mercado²⁰. Estas son progresivas en tanto que no solo permiten y respetan el ejercicio de la libertad en la vida cotidiana, “libertad menor”, sino que además promueven al individuo a cuotas de mayor libertad en el contexto de las relaciones colectivas orientadas al bien común de todos (Bobbio, 2003).

Como se vio con anterioridad, con relación a la “libertad negativa”, Bobbio (2003), la califica de acción libre, en tanto que acción lícita sobre la cual no existe impedimento alguno. Y, en relación con la libertad positiva como ejercida en el contexto de lo convenido por otros y permitido por la ley. Así pues, en ambas modalidades de la libertad se ejerce la autonomía siendo esta el punto de convergencia de aquellas²¹.

¹⁹ Recuérdese que según Bobbio (2003), son rasgos identitativos del liberalismo el repudio al absolutismo dogmático, el goce de derechos y libertades plenas, la división moderna de los poderes republicanos y, entre otras el respeto por la diferencia política (p. 295).

²⁰ En palabras de Bobbio (2003), el estado liberal es limitado material y formalmente, tanto por el respeto a los derechos de los individuos, como por la división de los poderes públicos que le permiten a los sujetos ejercer control (p. 300). Es decir, al reaccionar contra el poder absoluto lo que se busca es frenar el abuso, favorecer la convivencia y ampliar el ámbito del ejercicio de la libertad a niveles de mayor satisfacción para los individuos (p. 302).

²¹ Al confrontar Bobbio los puntos de discusión entre el liberalismo político y las democracias autónomas, el tratadista considera que el liberalismo extremo aboga por un Estado pequeño, no interventor que no obstaculice las libres decisiones de los individuos y que a través de leyes favorezca un ejercicio más amplio de la libertad. En cambio afirma que en las democracias a ultranza las minorías quedan sometidas y sus decisiones autónomas hipotecadas a lo que determine las mayorías. de aquí que resulte indispensable conectar libertad como no impedimento con libertad como autonomía para que se enriquezca el ámbito de posibilidades del ejercicio individual de la libertad en contexto de comunidad propio de la democracia liberal no burguesa. *Ibíd*em P.308.

Aun así, para Norberto Bobbio en las sociedades conflictivas el incremento de la libertad de ciertos individuos se logra diezmando la libertad de otros. Asunto tratado por C. Marx cuando se refiere a las diferencias entre libertad real y libertad formal. Ya que esta última no es verdadera libertad al ser deslindada por múltiples impedimentos de naturaleza jurídica, normas de tradición cultural y económica, que le coartan su expansión.

A pesar, de que los límites jurídicos se puedan transformar, son los impedimentos económicos los que frenan el desarrollo de la libertad positiva en libertades concretas. Recuérdese que para Berlin, la libertad negativa es la libertad jurídica. Como se afirmó con anterioridad el problema actual de la libertad es ante todo asunto de autodeterminación positiva del individuo frente a la autodeterminación positiva de la colectividad, meta difícilmente logable en sociedades altamente jerarquizadas, excluyentes, conflictivas y dinamizadas por los poderes político, económico e ideológico altamente hegemónicos y tecnócratas. Hechos que ponen en evidencia que solo se han expandido ciertas libertades de origen burgués, pero que aún faltan muchos otros logros de libertad en relación con: el neo capitalismo rentista y usurero de naturaleza global; frente a la corrupción de origen burócrata y representativista y de cara a los medios de comunicación que manipulan ideológicamente a la población.

En conclusión: la conexión política establecida por Bobbio entre derechos humanos, democracia y paz pone en evidencia la necesidad de marcar límites al poder y a las funciones del estado. Por consiguiente en una sociedad de ciudadanos prevalece la perspectiva de los derechos humanos que, aunque miren a los individuos, se salvaguardan cuando hacen

referencia al colectivo al cual los individuos pertenecen. Para Bobbio proteger la igualdad de las personas y el goce de los derechos requiere especificarlos, situarlos y concretarlos de modo que se proteja el “status” de dignidad de cada quien. En relación con los derechos anejos a la libertad, Bobbio (citado por Peces-Barba, 2004), afirma que estos buscan evitar los daños que pueda causar el estado, mientras que los derechos sociales buscan que las personas gocen de los beneficios del estado.

1.1.11 Aportes del positivismo jurídico de H.L.A Hart al debate actual sobre la libertad.

Para comprender las precisiones hechas por H.L.A Hart sobre el contenido y las implicaciones del ejercicio de la libertad dentro de una sociedad bien ordenada, es indispensable hacer referencia a las “libertades básicas”, en tanto categoría articuladora de la teoría jurídica defendida por éste: “son el tipo de libertades que se requieren para vivir la vida de ciudadano libre, según las siguientes exigencias: extensión viable, importancia personal y, disfrute conjunto igualitario. Como se infiere del análisis hecho por Pettit, Kramer, Grant, Colburn, y Hatzistavrou (2008), sobre Hart, dichas exigencias se vinculan con el goce de las libertades básicas, piezas de toque del significado republicano de libertad y de justicia, subrayado también por Rawls (1971)²².

En relación con la libertad, Pettit et al. (2008), diferencia en Hart: la libertad singular y la libertad en plural; la primera se pregunta: ¿hasta qué punto una persona es libre para hacer o

²²“Recuérdese que para los republicanos la libertad de los ciudadanos es libertad en la medida en la cual estas sean protegidas de manera adecuada, en tanto protección de las elecciones hechas por los ciudadanos, de manera que ninguno domine, restrinja, bloquee, dirija, impida o distorsione la elección hecha por los otros” (Pettit, et al., 2008, pp. 271). Para Pettit et al., 2008, “solo la elección del ciudadano es libre cuando evade el control dominante, pues sólo después de garantizar que son protegidas de manera adecuada, se buscará cuales elecciones son las adecuadas y si por consiguiente ameritan ser elegidas, por su vínculo con la libertades básicas propias de la república, base de la libertad civil”.

no hacer? Y, en relación con la segunda: ¿hasta qué punto la persona goza de las libertades básicas de pensamiento, expresión, empresa y asociación...?, entre otras. Ya que, las libertades básicas no deberían ser restringidas de manera innecesaria y, por consiguiente deberían extenderse como las demás exigencias; de modo tal que respondan a la importancia que las personas les adjudican para sus vidas; al mismo tiempo que dichas libertades deben ser disfrutadas por un conjunto más amplio de iguales (Pettit, 2012)²³.

Vale acotar que, Hart y Rawls (1971), consideran que las libertades básicas “son elecciones de carácter significativo y particular: del propio juicio, de opinión, de asociación, de propiedad privada, de sufragio y de ser elegido” (Pettit, 2012, p. 274). Estas libertades adquieren mayor valor en la medida en la cual, se garantizan los medios con los cuales ejecutarlas, de manera frecuente, con fácil acceso y de forma amplia, en tanto ciudadanos libres (Pettit, 2012).

Es de esperar que las libertades básicas, indispensables para el ejercicio de la plena ciudadanía, sean las más numerosas, amplias, asequibles y consistentes dentro del marco conjunto e igual para todos, así: “si existe ya un grupo de libertades viables que por extensión pertenecen a cierto tipo de libertades básicas ya protegidas, por extensión las primeras deben ser también protegidas. De acuerdo con la anterior directriz, por analogía, afirma Pettit (2012, p. 276): “por extensión viable si hay ciertos tipos de elecciones que pueden ser protegidas

²³ También, Rawls (1995), consideraba que los ciudadanos deben gozar de una libertad tan amplia, como la requieran todos: “Cada persona debe tener un derecho igual al más extenso sistema de libertades básicas iguales, compatible con un sistema similar para todos” (p. 302). Una libertad básica lo es en la medida en la cual los ciudadanos de una colectividad la disfruten en conjunto y por igual en condiciones de accesibilidad, igualdad y simultaneidad. De otra parte el goce igualitario demanda capacidad de elección, sin que se dificulte el goce de una libertad básica por la presencia de otra, pues lo que se busca es la satisfacción plena garantizada por el principio de consistencia.

como libertas básicas sin negarles esa calidad a los tipos de elecciones que ya la poseen, entonces ese es el camino que ha de seguirse”²⁴.

Del vínculo entre ciudadanía libre y libertades básicas, las elecciones de las libertades básicas deben tener en cuenta el sentido de importancia que les otorgan las personas, en tanto les permiten obrar con entera libertad, según criterios amplios, consensuados y, comunes entre iguales (Pettit, 2012).

Pero es la exigencia de disfrute conjunto igualitario, la que marca los criterios de inclusión, accesibilidad, disponibilidad y simultaneidad de una “libertad” para que se le considere “básica” y, asociada al ejercicio de la ciudadanía libre. Más, sin embargo, Pettit et al. (2008), hila mucho más fino con relación a la exigencia de goce conjunto igualitario, de ser posible lógica y físicamente la libertad básica analizada, agrega con relación a las condiciones que debe cumplir de oportunidad, en cuanto que no “haya otras opciones particulares del agente, sino la que encuentra y no en otra libertad básica; con miras a la “acción”: no existan opciones mutuamente competitivas entre sí; y, en cuanto a la condición de “beneficio”: que no haya opciones colectivamente contraproducentes²⁵.

²⁴ Asunto que se complementaría excluyendo las restricciones innecesarias que impiden la exigencia de extensión viable y amplia. Hart (2006), critica el uso indiscriminado incorrecto e incriminalizador de la ley para interferir en la vida privada de las personas, sobre todo del derecho penal, pues a veces generan vaguedad e incertidumbre. Para Hart (2006), el “moralismo legal afecta la misma idea de moralidad pues se impone la coerción y la fuerza por encima de la voluntad, justificando la interferencia bajo el pretexto de corregir lo que se logra es controlar a través del miedo” (p. 106). En consonancia con Mill, (1997), Hart defiende la necesidad de controlar el poder del gobierno sobre los individuos, dado que es indispensable defender las minorías del poder de la mayoría.

²⁵ La identificación de las posibles ambigüedades en relación con las exigencias y condiciones para clasificar como “libertades básicas” hecha por Pettit, et al. (2008), aportan, además de la secuencia de análisis, las categorías, criterios e instrumentos jurídicos para abordar el caso de investigación que nos ocupa en la presente investigación: la mendicidad como alternativa empresarial, legalmente viable. La posibilidad de su reconocimiento obedece a su vínculo con la “libertad de empresa” y el derecho al trabajo, pero de todos modos, se analizará en el contexto de los derechos fundamentales protegidos en la constitución vigente. Al respecto, cabe tener en cuenta el análisis de Pettit (2012), sobre a las elecciones particularísimas, pues de éste se infiere que estas “no pueden ser tratadas como libertades básicas” (p. 283).

1.1.12 Robert Alexy. En cuanto a los aportes de Robert Alexy sobre la libertad, estos hay que enmarcarlos desde la perspectiva de la fundamentación racional de los derechos humanos, en tanto principios de optimización²⁶, basados en leyes objetivas, libres de toda retórica política y, capaces de soportar el análisis teórico o estructural jurídico. Según Alexy (1997), “las libertades” forman parte de las posiciones jurídicas junto con los “derechos de algo” y “las competencias”. En especial dentro de las libertades adscribe la libertad negativa como alternativa para la acción o posibilidad de hacer algo; también adscribe las libertades protegidas y las no protegidas. En cuanto a las permitidas, las considera como normas y derechos que permiten asegurar acciones permitidas; no así, las no protegidas que no requieren estar escritas para permitir la acción²⁷(Alexy, 2001).

Con relación al derecho general de libertad, lo vincula con la dignidad e igual de las personas orientada a “hacer o no hacer”, previendo no hacer daño ni limitar la libertad de los otros, pero, de todos modos en búsqueda del libre desarrollo de la personalidad de los individuos²⁸. Téngase en cuenta que para Alexy (2007), los derechos, los principios, valores, normas y reglas hacen parte del mundo de sentido axiológico jurídico en el que se mueven las personas en la cotidianidad, aún más el mismo ordenamiento jurídico los integra y vincula

²⁶ Para J. Habermas, el hecho de que R. Alexy, considere a los derechos fundamentales como derechos de optimización, los debilita por “demasiado poco”. El influjo de la filosofía comunicacional, del discurso y de juegos del lenguaje son evidentes en la propuesta de Alexy, así pues en el plano de la argumentación la igualdad y la libertad entre personas se deben ajustar a las siguientes reglas del discurso: Quien puede hablar puede tomar parte en el discurso; todos pueden problematizar cualquier aserción; todos pueden introducir cualquier aserción en el discurso, todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades; a ningún hablante se le puede impedir ejercer sus derechos fijados previamente. En síntesis los elementos fundamentales de la teoría discursiva son libertad e igualdad que, deben ser garantizados por el equilibrio y la ponderación que busca la justicia.

²⁷ Para este constitucionalista estructural a los derechos fundamentales les caben: restricciones de naturaleza constitucional, e implícitas, también, indirectas o reservadas, pero de todos modos autorizadas por la ley fundamental. expresas e implícitas, también, indirectas o reservadas, pero de todos modos autorizadas por la ley fundamental.

²⁸ El peso que Alexy (2001), concede al derecho de libertad general, tiene que ver, de alguna manera, con la relación que existe entre este principio y el de igualdad, que retoma de la tradición aristotélica y, que por tanto amerita ser tratado en el tribunal constitucional, a fin de evitar arbitrariedades y sesgos políticos cuando éste entra en colisión con otros principios de igual rango, según procedimientos de ponderación, establecidos por el mismo autor, tomados de ejemplos de su país: Alemania (pp. 385-395).

como un todo, aunque establezca diferencias entre éstos, sin que ello signifique que los jerarquiza²⁹ (Carrillo, 2009). Al respecto, Alexy (2007), los derechos humanos, entre otros los de libertad e igualdad, son la piedra de toque de todos los demás derechos, también de los fundamentales, vinculados con los derechos humanos de manera positiva. En este sentido, en la constitución colombiana de 1991 los derechos individuales (Art 1-19) son derechos fundamentales³⁰.

Al decir de Alexy (2012), los individuos son sujetos de derechos que les son propios por su condición de personas y de ciudadanos y, a dichos principios se deben sujetar también las instituciones, los órganos de gobierno y la legislación estatal pues, tanto los unos como los otros sin excepción deben proteger la libertad de decisión de los individuos, la igualdad y la dignidad humanas, frente a todo conato de autoritarismo estatal o totalitarismo social; dado que estos son el nudo angular del estado social de derecho. Y, en consecuencia los derechos fundamentales tienen que ver con la gestión política y los desarrollos jurídicos según las necesidades reales de los individuos y las sociedades en cada momento histórico.

Enfocar la presente investigación desde la teoría de los derechos fundamentales según Alexy (2012), no implica desconocer los aportes de otros teóricos del derecho y de otras teorías que tratan de las implicaciones de los derechos en las democracias modernas, como son: la teoría

²⁹ Aunque, la propuesta de Alexy (2007), es dirimir la colisión entre principios cuando este se presente buscando a través de la precedencia, el análisis de contrapesos y la compensación, la satisfacción, aplicabilidad y posibilidad fáctico-operativa de los principios que resulten afectados en la ejecución del ordenamiento jurídico.

³⁰ En lo que se relaciona con la aplicación de principios: derechos humanos y derechos fundamentales, debe tenerse en cuenta la posibilidad fáctica de su aplicación, previendo resultados y cumplimiento de los mismos, la operatividad jurídica que resulte de la ponderación en el caso de que haya colisión de principios: aplicación de la precedencia con: el mínimo vital, la vida digna, la salud y el juicio de proporcionalidad; asignación de peso específico y cargas de argumentación en cada caso; procedimiento propuesto por Bernal (2008). La jurisprudencia actual diferencia entre derechos de primera, segunda y tercera generación. Como se afirmó con anterioridad los derechos económicos se consideran de segunda generación.

liberal de los derechos humanos, teoría institucional de los derechos humanos, teoría axiológica de los derechos humanos, teoría democrática, teoría del estado social y teoría del procedimiento³¹.

Desde el inicio, Alexy (2012), se plantea el dilema entre: teorías de los derechos fundamentales centradas en un solo valor o teorías de los derechos fundamentales que reúnen varios valores. Al parecer, la complejidad, variedad e historicidad de los valores no da para que se absolutice y reconozca la máxima significación, precisamente cuando existen tantos puntos de vista al respecto. Por esto él opta por la teoría combinada de varios valores, que tan poco se libra de críticas por su mucha relatividad y bajo peso orientativo. De aquí que más adelante introduzca el principio de colisión y ponderación para dirimir los choques entre los valores y los principios fundamentales.

Así, pues como de lo que se trata es de responder a ¿cuál es la decisión correcta en torno a la opción de la mendicidad voluntaria como libre empresa? La propuesta de investigación acoge lo sugerido por Alexy (2012), con relación a los procesos de construcción de la “dogmática jurídica”, con el fin de resolver este caso concreto aprovechando la jurisprudencia vigente, fundamentada en el análisis de los conceptos y las categorías de libertad, libre empresa y mendicidad voluntaria.

Como se afirmó con anterioridad, la dogmática jurídica intenta responder de manera fundamentada a problemas valorativos que ameritan respuestas jurídicas, con base en marcos

³¹ El listado de las teorías más significativas que tratan de los derechos humanos las recoge Alexy (2012) cuando en la cita (33) puntualiza los aportes de Böckenförde en diversas publicaciones.

amplios y generales de principios y derechos fundamentales, en jurisprudencia vigente y para contextos socio-culturales específicos. La construcción de la dogmática jurídica comprende tres procesos, dimensiones o momentos: analítico, empírico y normativo. En primera instancia se identifican, exploran y fundamentan de manera sistémica los conceptos, categorías y argumentos jurídicos vigentes, se establecen límites conceptuales y posibles vínculos con otros principios y derechos fundamentales; en este caso el de libertad, con el de libre empresa y mendicidad voluntaria.

El abordaje empírico tiene que ver con la verificación e interpretación del derecho positivo válido, de los hechos a los cuales se refiere, de las premisas y argumentos en las cuales se sustenta y, de los posibles desarrollos en que se proyecta. La parte normativa, recoge los aportes sistémico-conceptuales y valora su aplicabilidad en cada caso concreto³². Lo cual implica que para responder a la pregunta: ¿Cuál es la decisión correcta y la fundamentación racional desde el punto de vista del derecho vigente relacionado con la libertad, específicamente con la libertad de empresa, cuando se pide que se reconozca a la mendicidad voluntaria el derecho a ejercerla como libre empresa? Nos vemos en el proceso de investigación obligados a fundamentar la racionalidad de los conceptos, categorías y premisas que las sustentan, a hacer claridad sobre las normas y argumentaciones relevantes relacionadas con el derecho a la libertad, a revisar los enunciados jurídicos particulares en relación con la libre empresa y la mendicidad voluntaria.

³² Se tratará dentro de una teoría general de los derechos fundamentales, elaborar una dogmática jurídica con base en una teoría específica de la libertad, aplicada al caso concreto de la mendicidad voluntaria como libre empresa. También, se debe considerar que para Alexy (2012), los principios y derechos fundamentales son mandatos de “optimización”, deben realizarse en la medida en la cual sea posible dentro del marco jurídico existente (p.68).

Además de los aportes de Alexy, es fundamental para el logro de los objetivos de la presente investigación la contribución de Rawls (1995), con relación a los principios de libertad, igualdad y dignidad humana y su vínculo con la justicia en los regímenes democráticos modernos; pues, para que estas sean viables se requiere del vínculo de las relaciones entre estos principios. Cuando se trata del principio de libertad, Rawls (1995), agrega a los anteriores el principio de equidad con base en el valor absoluto de cada persona, en tanto fin en sí misma y, también, el principio de aquiescencia que: garantiza los mismos beneficios de mejoramiento de vida, en igualdad de condiciones a quienes han elegido someterse a las mismas reglas de convivencia racional.

Aunque los aportes de Rawls (1995), sobre la teoría procedimental pura, son largamente cuestionados, el fundamentarlos sobre premisas previas que orientan el procedimiento correcto contribuye a elaborar la dogmática jurídica adecuada al caso que nos ocupa en la presente propuesta de investigación.

En la vida práctica es un concepto fundamental, pero a la hora de definirlo “en sí mismo” es amplio y fugaz, relacionado de múltiples maneras con lo emotivo, lo político, lo social y lo cultural. Para esta investigación interesan sobre todo las implicaciones jurídicas de este concepto, en tanto permiso para actuar. Dada la complejidad de este principio Alexy (2012), sugiere que siempre se analice en relación con: “la persona que no es libre en”, “el impedimento que se lo hace difícil” y, “ el contenido de lo impedido” (p. 186); por lo cual propone que se tengan en cuenta las libertades particulares de las personas, pues la suma de las libertades de la persona serían su libertad y, el campo de libertad de una sociedad sería la

suma de las libertades de las personas que en ella viven. Por consiguiente, son las personas las titulares de la libertad bien se exprese ésta en acciones o manifiesten como voluntad de actuar. La estructura de la libertad entendida como alternativa de acción está constituida por la siguiente relación triádica: el titular de la libertad, el impedimento a la libertad y, el objeto de esta libertad.

Para el caso concreto de esta investigación se trata de la libertad en tanto alternativa de acción o libertad negativa y, no de la libertad de acción o libertad positiva pues, esta se impone irremediamente. En el lenguaje de Berlin (2005), de la libertad de cual se trata es de la libertad negativa dentro de un marco jurídico en el cual se hace referencia a las posibilidades de actuación como ciudadano, es decir de la libertad propia de las democracias liberales.

En conclusión, cuando se presenta un vacío jurídico, es el estado el llamado a garantizar jurídicamente la transformación de una libertad negativa en una libertad positiva; aunque, siempre que se presente una omisión por parte del estado, en consecuencia se genera una situación de libertad jurídica perfectamente defendible (Alexy, 2012).

Con relación a la libertad negativa, Alexy (2012) considera que es indispensable diferenciarla en su acepción amplia y en su sentido estricto. En el caso del análisis triádico de la libertad negativa en sentido estricto, “las alternativas de acción son el objeto de la libertad y las acciones que obstaculizan la libertad son realizadas por el estado, casi siempre” (Alexy, 2012, p. 190). A juicio de éste jurista, la concepción triádica de la libertad, además

de permitir el surgimiento, desarrollo y explicación de nuevas libertades, posibilita también la clasificación de las mismas³³.

Subraya (Alexy, 2012), la importancia de la libertad jurídica, en tanto que establece una relación “analítica entre el objeto de la libertad y el obstáculo a la libertad, pues la prohibición jurídica es la prohibición del objeto de la libertad” (p.193). Para dar paso a la diferenciación entre libertades jurídicas protegidas y libertades jurídicas no protegidas. La libertad jurídica en tanto libertad negativa no se circunscribe únicamente a lo que está permitido hacer u omitir, pues como permiso jurídico la libertad no protegida corresponde a la conjunción de lo que está permitido hacer y también omitir jurídicamente, es decir al vínculo del permiso positivo y el negativo, en tanto que mandatos. Precisando el alcance de la libertad no protegida, puede ser absoluto y relativo, pues puede estar no protegida frente a todos los sujetos jurídicos, absoluta o, frente a uno solo de los sujetos jurídicos, relativa³⁴.

Una acción es permitida de manera explícita por una norma que así lo determine o porque en el sistema jurídico vigente no haya una norma que lo prohíba. Sin embargo, esta acepción ha sido tradicionalmente cuestionada, por hacer referencia a sistemas jurídicos tan abiertos que es casi imposible aplicarles procesos de regulación y control. Así que, para Alexy (2012)

³³ A través de la introducción de elementos diferenciadores en los componentes de la triada, así: en el titular de la libertad (x), en el obstáculo a la libertad (y) y en el objeto de la libertad (z). Al respecto, con relación al concepto provisional de “de libertad socio-económica” y, el análisis respectivo a cerca de lo que el derecho fundamental debe hacer para asegurar libertad cuando este restringida por causa económicas, pero también cabe la aclaración sobre el contenido emotivo persuasivo del concepto de libertad (Alexy, 2012, pp. 190-191).

³⁴ A juicio de Alexy (2012), “las libertades no protegidas no son más que determinadas combinaciones de negaciones del deber ser..., lo cual muestra que las libertades no protegidas no implican el derecho a no ser obstaculizado en el ejercicio de estas libertades. Un derecho semejante es un derecho a algo, que al adicionarse hace que la libertad no protegida se convierta en una libertad protegida... Existe una libertad no protegida cuando tanto una acción como su omisión tienen que ser calificadas como permitidas” (pp. 197-198).

dicha libertad debería formularse, así: “lo que no está expresa o tácitamente prohibido está permitido” (p 197)³⁵.

Por consiguiente, cuando la libertad se vincula con determinadas normas y derechos establecidos es una libertad directa o indirectamente protegida, así: protegida por protección de igualdad, equivale a libertad directamente protegida o, protegida por un perímetro de protección, que equivale a libertad indirectamente protegida.

En síntesis, las libertades consideradas dentro del marco de los derechos fundamentales gozan de protección directa y subjetiva por el hecho de estar relacionadas con un estado, pues no se le puede impedir u obstaculizar al titular el disfrute de dichas libertades³⁶. Si se echa mano del “principio de la libertad negativa” para examinar el alcance de la libertad liberal o libertad negativa en sentido estricto, lo que se busca es percibir la medida de la libertad jurídica, en relación, también con la situación y la posición; asegurándose de que se garantice el goce pleno de los derechos fundamentales del titular, los cuales en suma dará, según Alexy (2012) el “principio de la libertad negativa”, como se expresó con anterioridad. El jurista diferencia el anterior principio del “principio constitucional de libertad” en la medida en que este último comprende el haz de libertades: negativa, real, social, democrática y política,

³⁵ Recuérdese que entre las normas permisivas están las de mandato fundamental o rango constitucional y por tanto tienen la función de establecer los límites del deber ser, por eso las normas de derecho fundamental son normas que confieren permisos (Alexy, 2012, p. 199).

³⁶ Alexy (2012), aclara que: “A los derechos a acciones negativas les son correlativas las prohibiciones de estas acciones. Las protecciones que se surten por medio de prohibiciones serán llamadas “protecciones negativas”. Cuando se habla de los derechos fundamentales como derechos de defensa, se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al estado a acciones negativas que protegen libertades de derecho fundamental” (p. 200). Las reivindicaciones sociales hacen trámite a derechos humanos a través de procesos graduales, hasta que se toma conciencia que su valor y significatividad no es negociable; recuérdese que los derechos humanos hacen referencia a valores a punto de ser reconocidos en el orden jurídico internacional, son inacabados en su proceso de consolidación, se condicionan mutuamente y a ellos corresponden los derechos económicos, sociales y culturales (Alexy. 2012, pp 200-201).

buscando establecer el equilibrio necesario entre éstas y los otros bienes con los cuales puedan colisionar.

1.1.13. Aportes de John Rawls al desarrollo de libertad económica.. El avance y posicionamiento de la democracia en distintos ámbitos de la geografía mundial ha traído consigo el debate acerca del papel que los derechos económicos cumplen en la consolidación de este régimen político. De aquí que resulte indispensable sondear la postura de John Rawls al respecto pues, aunque su postura se enmarca dentro de la corriente liberal de primera línea, sus aportes se distancian de los realizados por John, Stuart Mill³⁷, entre otros, contribuyendo así al desarrollo insospechado de los derechos económicos y sociales, fruto de la integración de los principios de igualdad socio-económica con los principios de tolerancia y diversidad, vinculados al de libertad personal. Pues, al decir del mismo las estructuras socio-jurídicas y económicas moldean la vida de las personas, las restringen o posibilitan, en dependencia de las políticas que las justifican, reproducen o transforman: consecuencia del giro de lo justo y de lo injusto del plano individual al plano socio-colectivo. Sin embargo, con todo y el avance del liberalismo hacia lo social, el núcleo de la soberanía moral de cada persona sigue siendo el centro de ésta corriente democrática y política, al cual se agrega la igualdad política y

³⁷ A juicio de Isaiah Berlin, en el comentario introductorio a la obra de Mill (2000), toma cartas en defensa de la libertad individual, sustentándose en la necesidad de tolerancia y razonabilidad de las acciones, por encima de los autoritarismos, dogmatismos y mezquindades de quienes pretenden un modo único de comportamiento y estilo de vida. Por sobre dicho pensador defiende la capacidad de elección de los individuos, en tanto que éstos se orientan por fines, buscan posibilidades, exploran y actúan enjuiciando, mejor que otros, sus propias decisiones.

jurídica (Nagel, 2005)^{38,39}. En síntesis la protección de la pluralidad, la autonomía moral individual y la promoción de la igualdad socio-económica, concretan la búsqueda de la igualdad de los individuos, de la cual deben ocuparse de manera prioritaria las instituciones democráticas, aspecto en el cual se distancia de Mill (2000), que propugna por disminuir al máximo toda intervención del estado en la vida privada de los individuos⁴⁰, desde una visión utilitaristas de dichas instituciones. También, Rawls se distancia de Mill en su concepción no instrumentalista de los derechos individuales, pues el valor y significado de los mismos no se puede medir de acuerdo a resultados, sino en sí mismos, como principios fundantes del derecho, en tanto igualdad de derechos y libertades y, por consiguiente justa igualdad de oportunidades (Nagel, 2005).

El vínculo que establece Rawls entre libertad económica y sistema institucional de tributación y distribución a justado a normas, se debe a que dicho autor no considera la libertad económica como valor en sí mismo, es decir en igual de rango y significatividad que la libertad de privacidad o de opinión, sino como consecuencia de la “justicia de las instituciones económicas” establecidas para que determinen qué “producto de su esfuerzo”

³⁸ Nagel (2005) destaca el esfuerzo de Rawls por complementar el núcleo de los derechos protegidos, libertad de culto, vida privada y soberanía moral del individuo con los exigibles al estado para que evite la reproducción de las desigualdades sociales, económicas y culturales (pp. 220-222), pues a juicio de John Rawls las oportunidades son para unos pocos. Por consiguiente el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra estrechamente vinculado a las condiciones de vida que lo posibiliten, no solo como “modus vivendi”, sino también a que se garantice el “núcleo esencial” de la libre empresa, en el caso que nos ocupa en la investigación; favorecida por la razón publica que orienta el actuar de las instituciones (Rawls, 1996, p. 247). Hay que aclarar que en el derecho internacional el “modus vivendi” hace referencia a pactos entre estados cuyos propósitos e intereses se encuentran en conflicto y, conviene actuar con prudencia y sabiduría (Rawls, 1996, p148). La defensa del pluralismo razonable propicia la cooperación social entre personas libres e iguales en una sociedad bien ordenada.

³⁹ Véase Rawls (1996, 2001) y Bjarme (2006).

⁴⁰ A juicio de Isaiah Berlin, en el comentario introductorio a la obra de Mill (2000), los seres humanos en general quieren restringir la libertad de los otros, imponer una sola manera de vivir, pensar y actuar; bajo el afán de suprimir lo distinto, pretendiendo perpetuar lo provisional (p 24-30). Razón por la cual para éste autor es indispensable limitar el derecho que se abrogan algunas instituciones a coaccionar (pp.31-34). Dado que, además de la complejidad de la vida misma, ocurren ciertas situaciones particulares que ameritan tratamientos específicos y singular (p. 35). Llama la atención que Mill (2000, pp. 57-67), para responderse a cómo hacer el balance entre independencia individual e intervención social, traiga a colación el hecho de que en la antigua democracia griega, se busque proteger la libertad del individuo de toda intromisión y tiranía del gobierno; aún más la tiranía que puede venir también del colectivo contra las minorías, de los magistrados o de la “opinión”. En definitiva, al decir Mill (2000, pp. 67-73), la intervención del estado solo se justifica para asegurar la integridad del individuo, garantizar su independencia y promover su desarrollo.

puede gozar un individuo. De otra parte, con relación al principio de igualdad de oportunidades, Rawls (citado por Nagel, 2005), hace uno de los mayores aportes afirmando que: “las desigualdades sociales y económicas deben redundar en el máximo beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad” (p. 231)⁴¹, en contra de la sociedad estratificada y, por consiguiente en coherencia con el principio de diferenciación, dado que: las desigualdades que no son consecuencia de las acciones erróneas de los individuos y, que impiden su desarrollo integral son injustas. Así, pues el sistema económico legítimamente establecido de acuerdo a procesos, deberá ser evaluado⁴² de cara al éxito logrado de máximos beneficios para los más desfavorecidos (Nagel, 2005).

En conclusión, si de la concepción del hombre como animal político, emerge el republicanismo garante de la participación de los ciudadanos en la “res” publica, en la decisiones que afectan a la polis; también, por influjo de la “ley natural” deviene la jurisprudencia de los derechos humanos y, la demanda de la protección de la ley en el desarrollo de las actividades humanas. Sin embargo, con el paso del tiempo, el enfoque jurídico de la libertad desplaza el lenguaje republicano, hasta que en la modernidad la libertad se concentró en la defensa de los derechos individuales, de modo tal que en la actualidad la tensión se presenta entre la libertad individual y la libertad política. Pues, reducida la participación activa de los ciudadanos en las decisiones que afectan el bien común y,

⁴¹ Decisiones que deben tomarse con fundamento en la “razón pública razonable” y, no como fruto de convicciones morales, religiosas o partidistas propias de sistemas de valores individualistas; sino como resultado del debate, argumentado y contra argumentado sobre la base de la tolerancia, la libertad y, la igualdad justa de oportunidades (Nagel, 2005, pp. 231-238).

⁴² En efecto, buena parte de la investigación interdisciplinaria sobre los efectos recíprocos entre desarrollo económico, consolidación de las instituciones democráticas de corte liberal y, superación de los índices de pobreza se ocupan de analizar el tipo de relaciones y condicionamientos que se establecen entre libertad económica, libertad civil, derechos políticos, democracia y crecimiento económico. El interés en este tipo de investigaciones ha conducido a la generación de los llamados índices de: libertad económica, de libertades civiles y de derechos políticos. A juicio de los autores citados a continuación, la libertad económica y la libertad política, son las determinantes del índice de desarrollo económico Aixelá, Fabro y Simón (2004).

supeditada la democracia al “voto”; se exonera el sujeto de las responsabilidades comunitarias y, se escapa en búsqueda de sí mismo por el camino del individualismo y la racionalidad positivo-universalista.

1.1.14. Libertad económica y libertad de empresa: fundamentos y desarrollo jurídico.. Según el análisis anterior la libertad económica forma parte del haz de libertades abarcadas por el principio constitucional de libertad, que nace y se desarrolla a partir de los aportes de la ilustración, en especial de las teorías de Adan Smith y David Ricardo, en cuanto que la consideran como concreción de las libertades individuales, pues surge de la iniciativa individual y, por tanto amerita la protección del estado, al cual le obliga garantizarle a cada persona el ejercicio de la facultad de realizar actividades de carácter económico según sus disposiciones para crear, mantener e incrementar su patrimonio.

Dentro del estado social de derecho, vigente en Colombia, a partir de la carta política de 1991, la libertad económica se considera pilar fundamental del derecho económico, junto con la libertad de empresa y el de libre competencia (art. 333), delimitadas, eso sí por el bien común relacionado con el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la nación, según lo determine el Estado en cuanto director general de la política económica (Constitución política de Colombia, art. 339).

Y, en consonancia con en el artículo 333 de la constitución establece los principios que orientan el ejercicio de la libre empresa, a saber: a nadie se le puede exigir permisos previos ni requisitos que estén por fuera de la ley; salvo las relacionadas con el ejercicio bursátil y

financiero (Constitución política de Colombia, art. 335 y 189, numerales 24 y 25). Y, también el derecho de ejercer y explotar la propia profesión, supeditándose a lo que el artículo 78 de la constitución determina sobre seguridad, salubridad, higiene pública y control de publicidad.

1.1.15 El estatus de la libertad económica y empresarial en relación con los derechos fundamentales, humanos y socio-culturales.. El asunto del desarrollo y prelación de los derechos fundamentales de cara a los derechos humanos y, de suyo al ejercicio de las libertades que los unos y los otros implican, tiene que ver con las viejas y complejas tensiones entre: dependencia y libertad, individuo y sociedad, bienestar personal y bien común que, como se verá más adelante sirve para caracterizar los énfasis bien, en relación con la preponderancia del individuo respecto del estado o viceversa; así como de la economía respecto de las decisiones políticas que garanticen su desarrollo y, por consiguiente, de los modelos democráticos que adopten medidas regulativas y eliminen la tendencia a la intervención. En síntesis, para los tratadistas de los derechos económicos, el avance en su desarrollo debe ir aparejado con las transformaciones requeridas en lo constitucional, político y legal.

Razón por la cual la exigibilidad de un derecho económico depende de los contextos, de las posibilidades de cada uno de los estados, dado que no siempre estos cuentan con los recursos para cumplir con lo determinado en las cartas políticas. En el caso colombiano, vale la pena preguntarse cómo se establece la relación entre derechos y políticas, entre efectividad de los derechos y ejecución de las políticas, pues aunque en la carta de 1991, se amplía el

abánico de los derechos económicos, el avance real no ha sido el esperado. Ante todo, porque dicho avance depende del grado en que se conozca la realidad y, se adopten medidas sostenibles y sustentables que afecten positivamente la vida cotidiana de las personas en lo económico, social y cultural.

La construcción del estado de derecho implica que además de llevar a cabo las políticas correspondientes, los jueces decidan en derecho y los protejan; dándole mayor énfasis al desarrollo del derecho de propiedad, tal como lo concibe Sen (1999), en tanto “desarrollo integral de sí mismo” y “libre auto despliegue de las propias capacidades”, incluidas las posibilidades económicas. Así como se ha dado notorio despliegue a los derechos económicos vinculados con el goce de los servicios sociales, aunque no a los mecanismos por medio de los cuales las personas deberían luchar por estos; así también, se requiere que se prevean las repercusiones que tiene el fortalecimiento y expansión, gradual y progresiva, de dichos derechos en la sostenibilidad presupuestal del estado, a través de procesos de planeación participativa conducentes a la generación de ciudadanía y a la eficacia de la democracia desde la localidad según circuito de mutua implicación entre lo privado y lo público, dado que en el caso de los derechos económicos son notorios los condicionamientos que ejercen estos sobre lo político y lo legislativo. De lo cual se deduce que a la institucionalidad, corresponde hacer efectivos dichos derechos, previendo las políticas, los mecanismos adecuados para lograrlo y, las estrategias para su desarrollo.

En síntesis, la significatividad, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, requiere de estados que den preeminencia a las necesidades reales de la población, sin que devengan

en entes reguladores de las políticas implantadas por los intereses del mercado rentista. Pues, el giro hacia los derechos fundamentales, incluidos los sociales y económicos, implica de suyo que el estado reconoce la libertad y la justicia como los fundamentos de la democracia moderna, en tanto concretan el derecho a la vida y, lo vinculan con los otros derechos que la proveen, la salvaguardan, el permiten el desarrollo íntegro al dar satisfacción a las necesidades reales de los individuos.

1.1.16. El estatus de la libertad económica y empresarial dentro del estado social de derecho y en relación con la globalización.. Como se vio con anterioridad la eficacia en el cumplimiento de los derechos económicos y sociales dentro del estado social de derecho depende, en buena medida, de que el estado cuente con los recursos para llevarlos a cabo. De esta manera, llegan dichos derechos a estar sometidos, a los intereses y decisiones políticas que los hagan factibles en la realidad, manteniéndose así la tensión entre derechos jurídicos y derechos reales. Sin embargo, el mayor configurador del estado regulador contemporáneo y, de su papel en la garantía de los derechos económicos y sociales es la economía rentista: brazo de expansión de la globalización; que promueve la compatibilidad de los derechos fundamentales con el estado social de derecho. Replegándose el estado a elaborar leyes que protejan la economía rentista, la libre competencia y los derechos económicos y sociales de los ciudadanos a través de procedimientos de orientación, facilitación e intervención reguladora, que por medio de leyes adecuadas a los intereses del mercado garanticen la estabilidad jurídica, indispensable y exigida por la inversión extranjera .

Por consiguiente, dado el impacto que estas políticas tienen en la reconfiguración del estado social de derecho, es prioritario que éste, además de preservar los derechos civiles y políticos enfatice, en los derechos económicos, sociales y culturales; sobre todo en la libertad económica de los individuos más desprotegidos.

1.2 Devenir histórico, conceptual y jurídico de la mendicidad y la pobreza.

El fenómeno de la mendicidad es un hecho antiguo, complejo, de múltiples interpretaciones que ha dependido de las cosmovisiones dominantes en cada momento histórico, según los contextos sociales y religiosos dentro de los cuales se sitúa. Cabe anotar que subyacente a la exclusión social, racial, política, económica, sexual y religiosa se encuentra el paradigma occidental esencialista: “según el cual para que unos pocos sean otros en su mayoría, les toca no ser”. (Levinas, 2000, p. 53). Paradigma que asimilado dentro de la cosmovisión cristiana devino en virtud, o signo fehaciente de vivencia evangélica, de modo tal que muchos desearon ser pobres y mendicantes, sólo con el propósito de diferenciarse de los paganos e incrédulos que se dedicaban, al vil negocio del dinero: la usura propia de judíos. Así, lo que es una situación de vulnerabilidad y fragilidad individual y colectiva, se convirtió en signo de fidelidad y sumisión cristiana con el consabido incremento de la dependencia de la providencia de Dios que, no era, ni más ni menos, que la abundancia o generosidad de los ricos implementándose el círculo vicioso: pobreza-virtud; riqueza-generosidad, reciprocidad-salvífica. Pues, según la doctrina evangélica de “pobres tendrán siempre con vosotros” y, reforzada por el platonismo dualista, determinista condujo a la connaturalización de la exclusión de clase.

1.2.1 La transformación de la mendicidad- pobreza.. Terminado el régimen feudal los siervos devienen campesinos y arrendatarios, méndigos, vagabundos y salteadores, situación que da pie para que emerjan legislaciones en donde son tratados como delincuentes, sobre todo en el caso de quienes siendo aptos se niegan a trabajar (Marx, 1973). Detrás del debate sobre la indignidad o dignidad de los méndigos, existen múltiples intereses: desde quienes la ven beneficiosa para la salud del sistema capitalista, hasta quienes proponen su exterminio, pues los consideran un subproducto de éste sistema, como Marx y Engels lo afirman.

El contenido del término méndigo o pobre es equivoco y, por lo regular resulta de contraponerse a “poderoso”, caballero, ciudadano o rico, con fuerte carga de “indignidad”, relacionada con lo religioso o lo económico. Pero, es en Inglaterra, en donde a partir del XV, se toma en serio la condición de los nuevos pobres, se legisla a cerca de situación, estatus social, posibilidad de reintegrarse y hacerse productivos y, sobre las exigencias para acceder a la ayuda de la caridad privada y estatal (Villarespe, 2002), entre otras: estar inscrito en una parroquia, ser reconocido por sus vecinos como necesitado, pues aunque el estatuto de la reina Elizabeth ordena, que sea en estos distritos administrativos donde se organice la caridad, (estatuto 43, ley 1601), dicha norma tiene sus dificultades de implementación (Quinn, 2001). Con miras a dar respuesta a la situación de la mendicidad y la pobreza se establecieron casas de hospedaje y aprendizaje de labores, para aquellos que estaban en condiciones de salud, para aprender (Himmelfarh, 1998). Según la Ley de Pobres, existen dos tipos de méndigos: los que no pueden trabajar, son impotentes y aquellos que, aunque

están en capacidad no quieren trabajar, a quienes se les resocializa en casas talleres (Villarespe, 2002)⁴³.

Sin embargo, las guerras, las pestes, el mercantilismo y el inicio incipiente de la era industrial, entre los siglos XVI y XIX, multiplican las migraciones y los méndigos, a quienes se les ofrecen alternativas de soluciones sociales, jurídicas de apoyo estatal, aunque valga decir que fueron las organizaciones religiosas las que se encargaron de implementarlas, sobre todo aquellas de origen católico, a quienes por infljo del concilio de Trento se les conminó a resocializar a los méndigos por medio del trabajo que: salva y disciplina (Villarespe, 2002).

Al parecer dentro de los utilitaristas ingleses es J. Bentham quien se ocupa con mayor detención del asunto de los méndigos y los pobres, no solo propone la reforma del sistema carcelario Ingles o, panóptico, sino que además recomienda el establecimiento de granjas de resocialización agrícola (Stephen, 1900).

Pero la solidaridad con los méndigos, migrantes y pobres tiene simpatizantes y detractores en la Inglaterra y en la Europa de los siglos XVI y XIX. Por ejemplo, Sir Frederick Morton Eden (1766-1809), discípulo de Adam Smith, en sintonía con el maestro; considera que las leyes de regulación de los salarios y de ayuda, promueven la pereza y, en algunos casos se prestan para asaltar la buena fe de los feligreses (Villarespe, 2002, p.30)⁴⁴. Pero, dicho

⁴³ Las leyes de pobres de Elizabeth, se complementan con los certificados de asentamiento o vecindad, correspondientes a los Estatutos de Carlos II. Adam Smith ve en estos certificados modos de regulación de la migración y la movilidad y, del empleo entre obreros y campesinos.

⁴⁴ Las parroquias eran las unidades administrativas que en Inglaterra regulaban y certificaban el asentamiento, Estatuto 43 de 1601, los habitantes pertenecían a sus grupos parroquiales y estos controlaban la movilidad de aquellos. (Villarespe, 2002, pp. 31-32).

sistema de solidaridad y reciprocidad colapso a medida que crecía la movilidad, emergían nuevos sistemas de producción industrial, se multiplicaron los impuestos de ayuda y, se emitieron normas jurídicas de castigo a los mendigos y pordioseros, en síntesis a medida que se incrementaba la riqueza, también se multiplicaba la pobreza (Villarespe, 2002).

La implementación de ciertas medidas de salubridad e higiene, el desarrollo de la vacuna contra la viruela, la siembra y producción masiva de alimentos, posibilitó el crecimiento poblacional, pero de igual manera masificó el empleo infantil y el trabajo de las mujeres (Villarespe, 2002). Se consolidaron las grandes compañías de mercado internacional, los países acumularon capital, pasaron a un segundo lugar los terratenientes, se multiplicaron los pobres; las ayudas se orientan a sufragar a los desempleados; y desaparece poco a poco el sistema de ayuda estatal a mendigos y pobres.

En Inglaterra surgieron otro tipo de necesidades para la clase obrera, necesidades impuestas por el progreso. Ya no son las necesidades medievales de falta de alimentación, protección o cobijo que suplía el Señor a los siervos; ahora se trata de necesidades menos básicas, cada vez más individuales, intimas y refinadas. Será, más adelante el estado de bienestar el que se encargue de suplir dichas necesidades de manera legal y obligatoria. La nueva solidaridad es de naturaleza secular, material y estatal (Villarespe, 2002).

Modo de solidaridad que emerge a la par que la “percepción de la dimensión subjetiva humana” (Villarespe, 2002, p. 57), fruto de la razón, la individualización, el materialismo burgués, el pensamiento Kantiano y la ética secular, de aquí que aparezcan nuevas pobreza

y carencias humanas,⁴⁵ como: la falta de libertad básica para el autogobierno y la responsabilidad, y la ignorancia que, impide la actitud crítica y reflexiva.

1.2.2 La valoración del trabajo y la demonización de la mendicidad.. Si bien es cierto que desde siglos anteriores existen en Europa y específicamente en Francia antes del siglo XVII, medidas para restringir y castigar la pobreza, con el Comité de Mendicidad de 1790 se consolida el trabajo como un valor social que hay que salvaguardar y promover, tomando las medidas que sean indispensables contra los vagabundos y méndigos⁴⁶, sobre todo contra aquellos que gozan de buena salud y no se emplean. Se recomienda recluirllos en casa taller, deportarlos o enviarlos a colonias agrícolas; Villarespe (2002) nos recuerda que en el 1810 la mendicidad se tífica como delito en los artículos 274 y 282 el código Real de éste año.

Por este camino se evolucionó de la práctica caritativa de motivación religiosa personal, a la práctica solidaria de motivación social; de compromisos por motivos morales a exigencias de naturaleza legal. Según los detractores de las leyes de Pobres inglesas, estas dieron pie al paternalismo filantrópico que, tenía como propósito perpetuar el estado de inseguridad y dependencia de los obreros y trabajadores, para que mantuvieran las motivaciones, no bajaran en la producción y aspiraran siempre a más; en consecuencia se diversifican las formas de pobreza y de pobres: el trabajador, el vergonzante y el residual (Habermas, 1989). El discurso filosófico de la modernidad. España, Madrid, Editorial Taurus⁴⁷.

⁴⁵ Habermas, Jürgen (1989, pp. 28-39). *El discurso filosófico de la modernidad*. España, Madrid, Editorial Taurus.

⁴⁶ Villarespe, Verónica (2002). *Pobreza, teoría e historia*. México. Instituto de investigaciones económicas, UNAM, pp. 59-60. Recuperado de: <http://ru.iiec.UNAM.MX/1947/pobrezateoriahistoria>. En Alemania

⁴⁷ Véase Woolf (1989). Pero, para otros como Tomás Moro, es imposible que un estado sea justo mientras sea quien respalde la existencia de la propiedad privada, mantenga las prebendas de los ricos y sostenga las desigualdades (p. 65).

A juicio de Villarespe (2002), la situación de los méndigos y pobres de Europa y Francia especialmente se agudiza, cuando emergen los interrogantes acerca de la libertad e individual y las obligaciones de las personas con la sociedad; entre las obligaciones políticas y económicas de los individuos y las exigencias del estado; cuestionamientos resultantes de la sociedad jerarquizada, burguesa y mercantilista que no permite la vida ociosa ni la vagancia.

1.2.3. Mercantilismo, utilitarismo: mendicidad y trabajo.. Lo más conveniente para algunos mercantilistas es mantener a los pobres carentes, deseosos de trabajar para suplir sus necesidades, de aquí que se aconseje que los salarios no sobrepasen lo indispensable; pues solo si éstos son bajos se garantiza la sumisión de los obreros, el trabajo que requiere la economía, las exportaciones y el incremento de la riqueza. Regulación que debe ir acompañada de medidas de crecimiento demográfico y resocialización de los mendigos en casas talleres, hasta que aprendan a trabajar (Villarespe, 2002)⁴⁸.

En cambio desde la perspectiva utilitarista, hay suficiente empleo y trabajo para quienes lo necesiten y quieran emplearse, por consiguiente en Inglaterra no hacen falta leyes de protección de mendigos y obreros desempleados; desde, dicha perspectiva, el desgano de los méndigos y vagabundos para trabajar se debe a la pereza, lujuria y arrogancia; sin embargo,

⁴⁸ El credo mercantilista se extendió por las colonias europeas junto con las medidas recomendadas de mantenimiento de la pobreza como estrategia útil para regular y mantener la sanidad del sistema económico desde el siglo XVI hasta el siglo XVIII. La utilidad de la pobreza para los mercantilistas obedece a que esta sirve de válvula de regulación y control de costos en la medida en la cual los salarios se mantengan bajos.

para otros de la misma escuela esto se debe a la desnutrición (Defoe citado por Villarespe, 2002)⁴⁹.

Para Mandeville, que también es utilitarista, el problema es que los pobres se tornen ambiciosos, pretendan el aumento de los salarios, encarezcan el trabajo y en consecuencia se incrementen los precios de las mercancías, a causa de la falta de modestia de los pobres. Por consiguiente los empleadores deben exigirse contratar trabajadores humildes, laboriosos, conformes con su vida sencilla y básica, que no tengan falsas expectativas y, que por tanto no busquen educarse, pues, no lo requieren⁵⁰.

Un juicio disonante en medio del concierto utilitarista es el de Willian Godwin, para quien la intervención del estado en favor de unos pocos con legislación y jurisprudencia que les favorece, distorsiona las garantías que éste debe ofrecer a todos en su vida, conciencia y potencialidades y, por tanto es la mala intervención del estado la que ahonda la pobreza: “la necesidad, la dependencia y la miseria” (Godwin citado por Villarespe, 2002, p. 81).

1.2.4. T.R. Malthus, J. Bentham y la mendicidad.. Para T.R Malthus, el asunto de la mendicidad es demográfico, pues detrás del ropaje de la “caridad” que utilizan los gobiernos subyace el interés del estado de pagar menos a los trabajadores, sin que se percaten que las necesidades de los pobres aumentan, la población de méndigos y migrantes se expande, como lo muestran las leyes demográficas, hasta un momento tal que los fondos de ayuda estatal

⁴⁹ Villarespe (2002) se refiere a los aportes de Defoe (1970).

⁵⁰ Villarespe (2002) se refiere a los comentarios de Bernard Mandeville (1982).

que ya no alcanzan a cubrir las expectativas, pues siempre serán insuficientes con relación al crecimiento poblacional.

Anqué, se constate el crecimiento de la riqueza de las naciones, dicho crecimiento aún no se refleja en el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores (Godwin, 1798, citado por Villarespe, 2002)⁵¹.

De otra parte, si echa mano de la razón y la ley para averiguar las causas de la pobreza y la mendicidad, como lo sugiere Bentham (citado por Sandel, 2013), se hace indispensable diferenciar y hacer a un lado las salidas sofistas y románticas y, orientarse a las reformas lógicas concretas: legislativas y políticas que, como en el caso de los pobres y méndigos, implementaran un sistema de talleres o casas de trabajo de pobres, para que aprendan a ser útiles, generen riqueza, aporten al fisco y devuelvan parte de la inversión hecha por los ricos. En definitiva J. Bentham propone un sistema de “administración de los mendigos” (p. 89)⁵².

1.2.5 La pobreza vista por los utópicos. Villarespe (2002, pp.97-98), al hacer referencia al análisis de Federico Engels sobre los economistas utópicos destaca los aportes de Robert

⁵¹ Villarespe (2002), recomienda la crítica compendiada de autores que como T.R. Malthus se ocupan de analizar la relación entre crecimiento poblacional, desarrollo económico y pobreza.

⁵² Al parecer el argumento dominante en el utilitarismo actual es la valoración entre el costo y el beneficio de las acciones humanas, al decir de Sandel (2013) sopesa, además el impacto que tienen las teorías de J. Bentham en el pensamiento actual de gestores públicos, líderes financieros y del público en general, en tanto que también buscan “el máximo de felicidad y realización por medio de lo que reporte mayor utilidad” pp. 42). Así, como para David Hume, también para J. Bentham, la base de la moral son las sensaciones que promueven la felicidad, la utilidad, por consiguiente no asume que “haya derechos naturales” (pp.45-46). Con relación a la postura de Bentham sobre las “leyes de pobres” de su tiempo, dejan ver con claridad su postura utilitarista respecto de la mendicidad: “de utilizarse casas talleres para que aprendan a trabajar los méndigos, se evitaría que para algunos despierten lástima, mientras que para otros, rechazo Hacerlos productivos revierte en beneficio para todos, habrá algunos que se sientan felices trabajando, pero no ocurre eso con todos; de todos modos es más útil para la sociedad que recojan los méndigos y les exijan trabajar para auto-sostenerse. Como se colige, se violan los derechos de los individuos, bajo la justificación del bien colectivo, se “intercambian las vidas de las personas por ventajas y bienes sociales, al decir de Sandel” (pp. 48-60). Por el camino de búsqueda de la mayor felicidad, como valor absoluto, se deja en un segundo plano la dignidad de las personas como individuos y se reduce la “valoración” de lo moral a ponderar el grado de placer que proporciona (p. 61).

Owen⁵³, por encima de Claude Henri de Saint Simón y Charles Fourier pues, desde la experiencia “comunitarista” personal, el primero promueve el “cooperativismo” sostenible, sobrio, industrioso y honesto entre campesinos y migrantes pobres; a fin de contrarrestar el desplazamiento que sobre estos ejerce el empleo de máquinas, las largas jornadas de trabajo y, la utilización de mujeres y niños (Engels, 1986).

Aunque, utilitaristas y utopistas reconozcan que la naturaleza humana puede ser modificada por las condiciones de trabajo, salubridad, convivencia y cultura, en líneas generales son opositores acérrimos.

1.2.6 Robert Torrens y el influjo de lo económico en la organización social.. A pesar de simpatizar con las teorías de David Ricardo sus puntos de vista sobre el influjo de la economía en las otras ciencias y sectores sociales es independiente. Analiza el impacto que tiene la reducción o prolongación de la jornada laboral en la producción, en el costo de los salarios, en el bienestar de la población y en el costo de los alimentos. Sobre el mínimo valor de los salarios conceptúa que debajo de este tope nunca debe haber otro, pues de darse tal situación no se podrían preservar las condiciones dignas de los trabajadores; aunque dicho mínimo sea fluctuante y dependa del clima, la salubridad, la educación de la clase trabajadora y de los avances en maquinaria, éste se debe garantizar (Villarespe, 2002).

A juicio de Robert Torrens, el crecimiento del capital siempre es más rápido y mayor que el de la población, conclusión a la cual llega después de estudiar los factores que inciden en

⁵³ Con sus propios aportes Owen organiza en New Lanark una experiencia de comunidad sostenible, en la que integra a la producción manufacturera, los talleres de aprendizaje de labores y la escuela para niños.

el crecimiento del capital de los países jóvenes, como los Estados Unidos; de los países de poblaciones mayores como los europeos; de los que tienen costumbres culturales diferentes a los occidentales como los asiáticos y de los países de crecimiento demográfico acelerado, para concluir que en todos el trabajo es valorado de distinta manera y en consecuencia la mendicidad en es entendida bajo parámetros diversos.

Con relación a las responsabilidades del estado y de la sociedad frente a los trabajadores que son desplazados por las maquinas, Torrens considera que estos deben ser ayudados por los fondos públicos o implementando estrategias que les eviten caer en la pobreza, por medio de medidas legislativas que impidan la acumulación de la riqueza en pocas manos que atentan contra el bienestar del pequeño manufacturero, que bajan el nivel de vida del trabajador o que le impiden ingresar al mercado laboral. De hecho, así como en el capital equivale a “trabajo acumulado”, al decir de David Ricardo, también para R. Torrens dicho capital debe mirar al bien de la sociedad (Villarespe, 2002)⁵⁴.

1.2.7. La teoría económica y la mendicidad desde los enfoques de James Mill y John Stuart Mill. Los aportes de James Mill son múltiples y fundamentales para la teoría económica, sobre todo en lo relacionado con los factores y criterios que deben tenerse en cuenta para tasar qué del “trabajo” corresponde al trabajador como “salario” y, lo que corresponde al “capitalista” como ganancia, pues siempre habrá que tener en cuenta que el salario del trabajador equivale a “bienes”. Por ello se requiere ponderar los múltiples factores que lo determinan, a saber: la ley de la oferta y la demanda de empleo, el flujo de capital que impacta

⁵⁴ En los aportes de este autor se anticipa a lo que hoy se considera como salario mínimo. Cfr. Mill, (1844). Elements of Political Economy. 3 edición. Londres.

los salarios, los niveles de bienestar de la sociedad y los tipos de pobreza que sufre la población (Villarespe, 2002)⁵⁵. En conclusión se necesita regular y mantener en equilibrio crecimiento económico, capital y población. Con relación a las rentas cobradas para sostener el sistema de ayuda de los pobres, considera que el gravamen a las rentas es un impuesto sobre las ganancias o los rendimientos de la tierra y, por tanto, sobre el “capital”, del cual depende la salvación del sistema económico.

En la línea de David Ricardo sintoniza, también John Stuart Mill, quien al igual que James Mill, afirma Villarespe (2002), propone para enfrentar la mendicidad y la pobreza: “la oferta de igualdad de oportunidades, los incentivos para el trabajo y la reducción de los impuestos regresivos” (p. 109). Recomendaciones emanadas del análisis que realizaba sobre las relaciones entre los movimientos sociales y las transformaciones económicas, asunto que preocupaba a filósofos, moralistas y economistas por igual.

Para Stuart Mill (citado por Sandel, 2013) la preocupación por promover la solidaridad entre las personas, es una actividad que siempre se debe incentivar, sobre todo cuando a causa de la producción industrial y distribución de la riqueza, se provoca mendicidad y pobreza o cuando en el caso de las poblaciones agrícolas, éstas aumentan más rápido que los recursos de subsistencia⁵⁶. En todo caso, en una economía racional de un sistema político precavido,

⁵⁵ Mill (1844), ha constatado como al decrecer los salarios aumenta la miseria y mortandad infantil.

⁵⁶ Alumno de e Hijo de James Mill y discípulo de J. Bentham, Stuart Mill (1806-1873) trata de encontrar puntos de convergencia entre la defensa de la libertad individual y la búsqueda de lo útil: “las personas deberían ser Tan libres cuanto puedan sin que eso perjudique a los demás”, “ por eso el estado nunca deberá intervenir en la vida de los individuos para imponer un modo particular de felicidad ni para proteger una persona de sí misma, pues se supone que la persona es “soberano” sobre sí mismo sus afectos, cuerpo y manera de pensar. Pero este derecho a la libertad absoluta requiere fundamentarse en un valor más sólido que la utilidad. Sobre todo si lo útil para la mayoría, no lo es para la minoría, así se provea el bienestar para la mayoría. Pero, para Stuart Mill un acto está bien con tal de que provea felicidad, solo y solo si no denigra de la dignidad de la persona, pues no vale la pena llegar a la satisfacción por medio de que obran en contra de la dignidad de las personas (pp. 61-70).

la lucha para adquirir lo necesario no se debería presentar (Mill, 1951 citado por Villarespe (2002). Y, por consiguiente no habría personas exentas de trabajar, pues esto sería un gran daño para la sociedad (Villarespe, 2002, p.111).

Dada la responsabilidad que tienen los empleadores y las personas de las clases altas sobre los trabajadores, es a dichas personas a quienes les compete cuidarlos y protegerlos, pensando y decidiendo lo más conveniente para los empleados, en razón a que las personas destacadas están mejor preparadas y generan mayor confianza; en consecuencia, también les corresponde a dichas clases salir al paso de la pobreza. Por el contrario, si se deja a los trabajadores que sean ellos con sus propios medios y recursos, los que se esfuercen por salir de la pobreza, entonces estos buscaran mejores salarios, avanzar de empleados a empleadores y, por consiguiente se atentaría contra el orden social y la moral económica establecida (Villarespe, 2002)⁵⁷.

Aunque, para Stuart Mill la existencia de la pobreza no implique una deuda con los pobres, resulta paradójico que “defienda la justicia social”, en torno a la cual se plantee la cuestión, acerca de: ¿cuáles son los justos derechos de los trabajadores? Y, ¿cuáles son los justos derechos del capital?, pues con miras a solucionar la pobreza lo que hay que buscar son sus causas y, las posibles alternativas estatales, legislativas y políticas (Villarespe, 2002)⁵⁸.

⁵⁷ La postura de la dependencia e incapacidad de los trabajadores para tomar sus propias decisiones los equipara a los niños, se acentuaría el paternalismo; pero este sistema colapsó cuando a los trabajadores se les permitió tomar sus propias decisiones, estudiar y anteponer sus intereses a los intereses de los empleadores. De igual manera para Malthus (citado por Villarespe, 2002), la raíz del malestar social era la injusta distribución de la riqueza y, no la falta de acceso a la propiedad, el no poder contar con básico conducía irremediablemente a la miseria, sobre todo si converge la sobrepoblación- y la pobreza.

⁵⁸ Para entender lo que los comunitaristas y solidaristas entienden por pobreza en el siglo XVIII, hay recordar que la búsqueda de las causas de los hechos no les preocupa en demasía. Trasformada la percepción sobre la pobreza a causa de la revolución francesa de un acto privado y religioso a un hechos social que agrede el “trabajo como valor” y, que por tanto debe ser rechazada en el caso de quienes pudiendo

El “problema social” planteado por Stuart Mill, se desplazó por influjo de Malthus hacia el debate y rechazo de las leyes de pobres. Los defensores de la “ética del trabajo”, se opusieron a cualquier ayuda a los pobres, con todo y que la expansión de la industria y el posicionamiento del “capital”, provocaban mayor depauperización. Por este camino se pasó de la “responsabilidad moral”⁵⁹ frente a la pobreza a la responsabilidad social frente al pobre, del cual debe ocuparse el “estado benefactor” (Villarespe, 2002, P. 121).

1.2.8 Dos percepciones, dos propuestas: Smith y Malthus, pobreza y población.. En el momento en el cual en Inglaterra y, en sus satélites surge el “libre cambio”, se industrializa la economía y se expande la teoría de que el sistema económico se “auto regula de manera natural”, se consolidan, de igual manera el influjo de la “economía moral” y la “filosofía moral” que, en palabras de Smith sostiene que: “ninguna sociedad puede ser floreciente si la mayor parte de sus miembros son pobres”; caso concreto de los trabajadores que no pueden gozar de los bienes sociales que producen, por no contar con los salarios justos que se lo permiten. Conceptúa dicho autor que en un “sistema económico, auto regulado por sus propias leyes, es de esperar que los salarios altos reduzcan la pobreza, se equilibren los intereses generales con los individuales, la agricultura con la industria, libertad con la riqueza y la productividad con el bienestar de los trabajadores”. Sin embargo, se debe procurar que

trabajar no lo hacen...”la idea de pobreza transita del optimismo de Adam Smith al pesimismo de Malthus y de David Ricardo (1772-1823), de la amargura de la década de 1830 a la conciencia social de la década de 1840, hasta el espíritu de reconciliación y equilibrio de la década de 1850”(Villarespe, 2002, p. 116).

⁵⁹ La responsabilidad moral se concretaba en el mejoramiento de las condiciones salariales de los pobres, pues la economía moral, afirma Adam Smith, se sustenta en la equidad, la protección y el cumplimiento de la ley, para que la riqueza y el bienestar lleguen a los “pobres trabajadores” (Villarespe, 2002, P. 123).

no haya ociosos, vagos o mendigos cuya improductividad atente contra la moral económica de la sociedad.

Buena parte de las diferencias entre Malthus y Smith giran en torno a lo que cada uno concibe como “política social”. En tanto que este último simpatiza con las leyes que protegen a los pobres y, se opone al comercio internacional del trigo, Malthus defiende las leyes de exportación de granos y ataca duramente “las leyes de pobres”, pues distorsionan las leyes naturales que regulan la economía, a los empleados les posibilita ahorrar, desplazar a las clases medias, hacerse independientes de los empleadores y, por consiguiente atentan contra el orden social (Villarespe, 2002, P. 145)⁶⁰.

Entre los promotores de la libre competencia, David Ricardo ocupa lugar destacado, siguiendo los postulados de Malthus sobre la “renta” y los efectos dañinos que se producen cuando es grabada con aportes para auxiliar a los pobres. De aquí que considere que los aportes de J. Stuart Mill, Adam Smith y Turgot, adolecen de fundamentos relacionados con la naturaleza de la renta, la ganancia y los salarios. Se opone a las leyes de pobres porque estas no se ajustan a las leyes de la libre competencia, razón por la cual se empeña en que sean derogadas de manera gradual, pues las mismas se han mimetizado en el sistema económico y social y, turban la dinámica de auto-regulación natural del mercado con los gravámenes que hay que pagar para sostenerlas (Ricardo, 1956). Por causa de estas leyes se

⁶⁰ Para Malthus las leyes de pobres tienen el efecto contrario de lo que se esperaba, incrementan la dependencia de las ayudas parroquiales, disparan el presupuesto ya que los pobres siempre tendrán necesidades nuevas difíciles de suplir.

encarecen los productos agrícolas, las ganancias del capital, la renta de la tierra y el consumo de las manufacturas.

El impacto de las teorías económicas de Malthus y de Ricardo, provocó que se pasara de la moralización de la economía a la naturalización de las leyes económicas. Por este camino se llegó a erosionar el fundamento moral de la dignidad de los pobres que, defendía Adam Smith como incentivo de su progreso social y material. Pues, aunque la racionalidad industrial sirve de anclaje a la racionalidad económica y, ambas sustentan el mito del “progreso”, auto-regulado por las leyes del mercado y la producción de riqueza, al decir de Malthus es imposible eliminar la pobreza (Villarespe, 2002)⁶¹.

El esfuerzo de Stuart Mill por integrar justicia social, basada en la redistribución de las ganancias del mercado, con otras medidas que apoyaran el cambio de estilos de vida de los trabajadores, propiciados por una buena educación y por lo que él llamaba “incentivos económicos positivos”, correspondían a la percepción de que la mendicidad y la pobreza se debían enfrentar por medidas políticas y no por la caridad privada⁶².

La importancia de ocuparnos de las leyes de pobres en esta investigación, se debe entre otras razones a que fueron tenidas en cuenta en alto porcentaje en las naciones Europeas,

⁶¹ Según Malthus las leyes de pobres distorsionan la economía por que los auxilios que los pobres reciben los emplean para artículos suntuarios que incrementan el precio de los mismos y de las provisiones por la ley de la demanda, así como a encarecer el trabajo, en consecuencia: “las leyes de pobres producen los pobres que sostienen”. A juicio de Villarespe (2002), “Smith mostró el poder del trabajo como causa de la riqueza y, Malthus el poder de la pobreza como causa del trabajo”. “Si para Smith los pobres eran trabajadores, para Malthus los trabajadores eran pobres por condición. Para Smith la pobreza es relativa y se puede salir de ella; para Malthus la pobreza es absoluta y tiende a la miseria y, si a causa de la pobreza se establecen dependencias, tal situación es una desgracia..., entonces hay que obligar a trabajar a quien puede hacerlo” (p. 165.)

⁶² Así como las Leyes de Pobres fueron un hito en su tiempo también la erogación de las mismas y las Nuevas Leyes de Pobres, lo fueron después de tres siglos (Villarespe, 2002, p.182). Cfr. El texto completo de las Nuevas Leyes de Pobres puede consultarse <http://users.ox.ac.uk/peter/workhouse/poorLaws/poorLaws.html>.

adaptándolas, agregándoles nuevos desarrollos como en Alemania o, como ocurrió en España y sus colonias, rechazándolas en un primer momento, pero trayéndolas por influjo de los códigos franceses. En las referidas leyes de pobres trasluce la incompreensión que sobre el estatus jurídico de la mendicidad se da en su momento, confusión que perdura hasta el día de hoy en nuestro país.

1.2.9 Los modos diversos de percibir la pobreza y las leyes de pobres.. Desde la visión paternalista el méndigo, el pobre, es un “infante” que amerita protección, no cuenta con las condiciones mentales, sociales, físicas y morales para suplir sus necesidades y por lo tanto depende de otros: la sociedad, las iglesias o el estado. La corriente positiva enfatiza en la capacidad que tienen los méndigos y los pobres para salir por sus propios medios de la situación de miseria. Por este camino la laboriosidad se impondrá a la ociosidad; el mercado con sus leyes les exigirá hacerlo, con el apoyo en las políticas de estado que les muestre cómo hacerlo.

Por la fuerza de la economía de bienestar que se impone en toda Europa va quedando del concepto medieval del pobre. Aunque la corriente neoclásica de bienestar no se ocupa del hecho de la pobreza, si se detiene en sus consecuencias, en establecer las relaciones entre lo económico, lo político, la pobreza, la industria y la religión, es decir, entre los “factores cuya suma posibilita a los individuos la satisfacción de todas sus necesidades”: el bienestar (Villarespe, 2002, p. 191)⁶³.

⁶³ Según Marshall (1890), estudiar las causas de la mendicidad y la pobreza es estudiar las causas de la degradación de buena parte de la humanidad, porque la industrialización no trajo consigo el bienestar que se espera, la pobreza se acentuó y extendió.

Porque las leyes de pobres acentuaron la dependencia de estos de los sistemas de ayuda, bajo justificaciones morales al estilo de Bentham y, distanció el análisis de los efectos de su relación con la utilidad económica, Alfred Marshall critica la conveniencia de las leyes de Pobres. En cambio reconoce los aportes de Malthus a los estudios sobre control poblacional, crecimiento de las ganancias y estabilidad social, pues las naciones no dan abasto con sus recursos para responder al crecimiento poblacional, en consecuencia la pobreza es requerida para que frene la natalidad.

1.2.10 Del nivel de comodidad al estándar de vida.. En tanto que el nivel de comodidad tiene que ver con la justicia distributiva de los bienes materiales entre toda la población, el estándar de vida integra los bienes morales, culturales, intelectuales, y las capacidades de realización y de respeto por sí mismo⁶⁴. La perfección ética, como se afirma, corresponde al bienestar del individuo, en relación con los otros y; la función social de utilidad tiene que ver con la perfección subjetiva, con las motivaciones personales íntimas que, inducen a buscar lo que le procura mayor satisfacción (Marx, 1857)⁶⁵. Sin embargo, ¿cómo se puede resolver o aceptar sin que haya inconsistencia ética y política el hecho de que un individuo asuma personal y subjetivamente un medio rechazado socialmente, para lucrarse económicamente ejerciendo la mendicidad como empresa? Al parecer hay colisión entre la percepción social de la mendicidad y las implicaciones éticas de lucrarse de esta. ¿Cómo ajustarse al marco

⁶⁴ La economía del bienestar, se divide en economía de la producción y la distribución, orientada al logro de los satisfactores, que posibilita el ingreso social y la máxima realización en bien de todos los miembros de la sociedad. Afrontar la pobreza desde las políticas sociales implica preguntarse: ¿Qué le corresponde del todo a la comunidad, que no conduzca a quitarle a las partes, a los individuos? ¿Hasta dónde la benevolencia es justa, cuando al ejercitarla se le da todo al que lo necesita, sin exigirle que se esfuerce por ganarlo con el justo trabajo? ¿Hasta dónde hay verdadera libertad, si de entrada la justicia impone sus límites y la comunidad también? ¿cómo integrar el enfoque abstracto, moralizante y deductivo de la justicia económica inglesa, con el enfoque empírico, inductivo de la justicia económica alemana? De ambos surgen enfoques diferenciados de pobreza y mendicidad.

⁶⁵ Para detenerse en el análisis de la falsa conciencia y en los puntos de encuentro entre economía, política, realidad y acción revolucionaria.

jurídico vigente sobre el ejercicio de la mendicidad y la libre empresa sin chocar con el marco ético propuesto en la constitución actual? (Kenneth, Arrow y Sütovsky citados por Villarespe, 2002).

1.2.11 La pobreza y la mendicidad un atentado contra la dignidad humana: Amartya Kumar Sen.. Si en las democracias actuales las decisiones no solo las toman los individuos por medio de elecciones, sino que el sistema financiero y de mercado, entrelazado con los gastos de los individuos, también toma sus decisiones siguiendo la dinámica de la racionalidad social ¿qué tipo de elecciones pueden hacer los pobres, si el mismo mercado los trata como marginales e incapaces de elegir? ¿Cómo explicar la consistencia de quien decide mantenerse en la economía de mercado, pero ejerciendo la mendicidad, sin adecuarse en todo a las exigencias legales de la libre empresa? (Sen, 2007).

La crítica de Amartya Sen a la “economía de bienestar”, tiene que ver con hecho de que esta no explica ¿cómo se armoniza la sobre abundancia desmedida de unos pocos, con la vida miserable de la gran masa de población? (Villarespe, 2002).

Desde” la escuela de la pobreza”, Sen (1998), intenta que el desarrollo económico, en cuando dimensión humana; se integre a la construcción “del desarrollo pleno de las capacidades humanas,” lo cual significa que no hay que atenderla como “ingreso y utilidad” únicamente, sino como despliegue de todas las potenciales de las personas, requeridas en el desempeño de lo cotidiano y, en consecuencia se evite su deprivación que, en muchos casos termina en la miseria.

En síntesis, la mendicidad tiene que ver con múltiples factores concurrentes en la potenciación o impedimento del desarrollo humano. A la comunidad corresponde tomar conciencia de los costos que acarrea la pobreza de los individuos, pues la naturaleza de dicho “síndrome” es acumulativa, expansiva y recesiva, trae efectos en el bajo consumo, en la desnutrición, en la calidad de convivencia y en la baja escolaridad, entre otros (Sen citado por Villarespe, 2002)⁶⁶.

A manera de conclusión, las percepciones que se tienen sobre la mendicidad evolucionan de cara a una cosmovisión dominante, a la idea que se tenga de pobreza, de bienestar y comodidad. También los estamentos sociales diversos multiplican las posibles miradas sobre la pobreza: filantrópicas, terapéuticas, previsionistas, proteccionistas, entre otras, cargadas siempre de subjetividad.

Para algunos, la pobreza y la mendicidad forman parte de lo cotidiano de la sociedad. Para otros, la mendicidad brota donde hay carencia de regulación estatal sobre ocupación y salarios. De igual manera, tanto la economía de bienestar como la teoría de la elección colectiva concluyen que la pobreza tiene que existir (Villarespe, 2002, p. 232). En síntesis, los conceptos de mendicidad y pobreza son relativos y dependen de los modos como se conciba el desarrollo humano.

⁶⁶ Con relación al estado de bienestar, Sen (citado por Villarespe, 2002), afirma “que éste surge de la necesidad de que todo estado regente el ciclo económico, expanda los niveles de bienestar de la sociedad y sirva de marco jurídico y político en el cual se apoye el crecimiento económico. El estado debe liderar nuevas responsabilidades sociales, promueve el consenso sobre lo que es benéfico a todos, implementa nuevos mecanismos de relación estado-sociedad, garantiza la universalidad y calidad de los servicios, el acceso y la equidad; promueve el desarrollo de las familias, entre otros asuntos” (p. 235)

1.2.12 Dignidad Humana y Mendicidad.. Aunque la dignidad sea la piedra fundante de los derechos humanos subjetivos y fundamentales, su evolución ha estado marcada, como se constató con anterioridad, por las cosmovisiones antropológicas, socioculturales y económicas imperantes en un momento histórico. Si bien en Grecia la dignidad estuvo ligada al prestigio, la heroicidad y la posición de clase, más adelante por influjo del iluminismo la dignidad se ligó a la igualdad de todos los seres humanos. Siguiendo la dinámica de reflexionar y precisar significados la Corte Constitucional en la Sentencia T 881 del 2002 hizo la siguiente diferenciación entre: “dignidad humana como autonomía en tanto capacidad de gestar y dirigir el propio proyecto de vida y, dignidad en cuanto condiciones socio materiales concretas de autoestima e integridad bio-psíco-física”(Colombia, Corte Constitucional, 2002). De esta manera distinguió los significados pero los vinculó como la base del ordenamiento jurídico, principio constitucional y autonomía del sujeto.

Así, la dignidad en tanto valor deviene jurídicamente en democracia constitucional o en estado social de derecho, según se infiere en las sentencias T-401 de 1992 y T-011 de 1993. A su vez, de la dignidad humana, principio constitucional y piedra angular de la autonomía del sujeto, deviene el principio de acción que demanda la concreción de las condiciones legales que promuevan el goce subjetivo de la misma.

Además, sobre la base de la singularidad, la unicidad, la irrepetibilidad y fragilidad del ser humano se fundamenta la dignidad subjetiva que demanda del estado la protección de todos los derechos de los cuales es titular.

Aunque, la lectura reflexiva de las sentencias citadas emitidas por la Corte Constitucional con relación a la dignidad humana y a los derechos fundamentales, subjetivos y sociales muestren distintas posturas jurídicas, es apreciable constatar que se propugna en todas ellas por el principio de progresividad y por vincular sus desarrollos con posturas jurídicas actuales centradas en las capacidad de autodeterminación y libre desarrollo de la personalidad de los sujetos.

II CAPÍTULO

2. Aproximación al desarrollo empírico jurisprudencial sobre libre empresa y mendicidad en Colombia

El desarrollo de la fase empírica de la investigación subraya algunos puntos cruciales tomados del análisis anterior, sondea en forma somera algunos hitos históricos⁶⁷ de los códigos del siglo XIX y XX que abordan el asunto de la mendicidad en Colombia y se detiene en el desarrollo jurisprudencial que se ha ocupado de la libre empresa y de la mendicidad en los últimos años, sobre todo, a raíz de la carta política 1991.

Recuérdese que con la aparición de la burguesía, la ociosidad y la mendicidad dejaron de verse según la cosmovisión medieval como necesidad de protección y, por el contrario, se les repudio y sancionó como vicios y delitos que atentaban contra la moral social y la virtud del trabajo.

Por eso en la “controversia entre Domingo de Soto y Juan de Robles” acerca de prohibir o no la mendicidad, en el año 1545 los catedráticos de Salamanca diferencian entre mendicidad voluntaria que debe ser sancionada y castigada en tanto que propicia los vicios, provoca el desorden atenta contra el trabajo y propicia la despoblación y, la mendicidad del inválido. Por eso para De Soto el rey hace bien en reprimir las causas de la mendicidad

⁶⁷ La asistencia cristiana a los mendigos es una herencia medieval, clasificados como deseados e indeseados desde el siglo XVI, para poderlos regular. La ley 9 del seis de Abril 1836 fija pautas para diferenciarlos de los vagos, como ya se dijo. Las reformas de corte liberal de 1851, 1863 y 1876 secularizan lo relacionado con el trato de la mendicidad. La asistencia a la mendicidad tuvo vigencia en Colombia desde el XVIII por medio de juntas de caridad (Castro, 2011, p. 163).

voluntaria y en recompensar el trabajo, al tener en cuenta que entre los pobres involuntarios se deben defender los ancianos, las familias con muchos hijos y aquellos que por eventos de fuerza mayor se quedan desocupados⁶⁸. Las leyes de pobres, que también se promulgaron en otros países distintos a Inglaterra, se diferenciaron en España por la carga religiosa y moralizante y, sobre todo, por el peso de la Contrarreforma que evitaba asimilarse a tendencias y disposiciones distintas a las del Concilio de Trento.

La indefinición sobre el mendigo que se mantuvo desde la colonia se perpetúa hasta bien entrada la República. Reorganizada la administración del estado en los tres poderes, el legislativo lideró la promulgación y aplicación de las leyes relacionadas con la mendicidad. Cabe subrayar que solo hasta 1836 las leyes del seis de abril del presidente Santander, atinan a diferenciar entre méndigos y vagos, y a estipular sanciones en cada caso, como se abordará más adelante.

Hasta entonces la naturaleza socio jurídica de los mendigos ni se definió en la colonia ni de ella se ocuparon concienzudamente en la naciente república. Las soluciones frente a la gran masa de menesterosos y vagos, fluctuaban entre lo asistencial y lo represivo. Dependiendo de diversas cosmovisiones, se les agrupaba entre: tolerados- socorridos y no tolerados, peligrosos y no peligrosos. Los socorridos y no peligrosos eran los inválidos en extrema necesidad certificada por las localidades parroquiales; el ocioso a quien no se le

⁶⁸ La mendicidad casi siempre se relacionaba con otros “vicios” como el alcoholismo y la vagancia, por lo que algunas leyes los relacionaban (D. Felipe, 1733).

comprobaba residencia se le sancionaba en un principio con unos días de prisión (Castell, 2003)⁶⁹.

Lo que buscaba la legislación de la incipiente república era hacerse creíble y confiable en medio del caos provocado por las guerras, la migración de las masas desocupadas y, la vagancia de los soldados que habían participado en los sucesivos conflictos. Por eso, las nuevas leyes pretendían hacerlos capaces, morales, trabajadores, pues con regularidad pasmosa se les asimilaba con alcohólicos, ladrones y asaltantes peligrosos, tal y como aparece en las constituciones de 1821 y en el código penal 1837 (Hensel, 2006)⁷⁰.

Precisamente para dar respuesta a tal desorden, Francisco de Paula Santander, en su condición de vicepresidente de la República emite la ley del 3 de mayo de 1836, para controlar la mendicidad, los vicios, los hurtos y la ociosidad que traen inseguridad y desorden⁷¹. No obstante, en la letra de la legislación se confunde méndigo con vago, tal y como se desprende del artículo 29, numeral 3 y numeral 10, de la ley del 3 de mayo 1826⁷². Esta ley fue criticada por abstracta, poco práctica e inespecífica, la presión condujo a que Santander, ya presidente, promulgara una ley, en la cual se diferencian y clasifican los vagos y los méndigos; se deja en claro que los pobres extremos, inválidos y menesterosos serán

⁶⁹ Al influjo de la iglesia obedecía el que algunos se les catalogara como inmorales y ociosos.

⁷⁰ La prisión, el exilio y los trabajos forzados dieron buena cuenta de los méndigos y vagabundos, soldadesca disoluta que se negaron a entrar por la puerta de la civilidad y el orden, era indispensable repeler la ociosidad y promover la virtud del trabajo. Salvo huérfanos y viudas que se atendían por medio de la caridad de las organizaciones parroquiales.

⁷¹ En la exigencia de certificado de vecindad se percibe el influjo de las leyes de Pobres de Inglaterra.

⁷² Dato confrontable en la Codificación Nacional de las leyes Tomo III, 361. Los méndigos son asimilados a sospechosos, calificados de lepra social, causantes del retroceso social. La mendicidad y la vagancia eran una endemia social, para contrarrestarlas se busca moralizar, hacer que trabajen y se hagan productivos, aunque haya que enviarlos a tierras salvajes en proceso de civilización, como el Quindío. *Cfr* ley del 14 de junio de 1842, sobre procedimientos judiciales; con la ley del 29 de mayo de 1842, se hicieron indicaciones para que los hijos de esclavos no cayeran en la mendicidad y la vagancia, leyes que fueron ratificadas en 1843.

atendidos debidamente por la caridad. La ley ordena que ningún mendigo pida limosna sin la licencia respectiva del alcalde de la parroquia. Quien no acatara lo ordenado será perseguido como vago y llevado a prisión de 3 a 7 días. Cuidado especial se pedía para los hijos de esclavos a fin de que no cayeran en la vagancia o en la mendicidad.

Como se verá más adelante, a inicios de 1912 y en 1936 se promulgan leyes y códigos que clasifican la mendicidad como una contravención que debe ser castigada en colonias agrícolas.

La migración del campesinado a las áreas urbanas, ocasionada, sobre todo, por el fenómeno de la violencia política desde los años 40, ha intensificado en Colombia el fenómeno de la mendicidad vinculada al trabajo ambulante y a la prostitución. Razón por la cual algunas personas y grupos sociales asumen la mendicidad voluntaria como opción de vida en rechazo de la sociedad de lucro y rendimiento capitalista, llamando la atención sobre la sostenibilidad de la vida y del medio ambiente e invita a la construcción de sociedades solidarias e incluyentes.

Téngase en cuenta que en el caso colombiano los legisladores no han sabido tipificar la naturaleza jurídica de la mendicidad. Solo a partir de 1997 la Corte Constitucional se pronuncia de fondo en la sentencia 016, “la analiza como un hecho social que no puede ser sancionado como contravención”, dado que con el decreto 100 de 1980, las contravenciones han sido excluidas del código penal.

A dicha situación se llegó por el influjo del positivismo penal, cuyos representantes más ilustres César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri, promovían la idea de prever hechos atentatorios de la seguridad y el bienestar colectivo, por medio de medidas salubristas que abordaran al sospecho y al delincuente como a enfermos que requieren tratamiento para la “anormalidad” que padecen. Así, se tiene que la gravedad de la mendicidad radica en negarse a trabajar pudiendo hacerlo recurriendo al engaño de aparentar incapacidad, limitación física o mental. En consecuencia, para defender el cuerpo social de ser infestado por la “mendicidad”, de quienes la ejercen sin justificación comprobada, se les “relega” a colonias de trabajo agrícola, aunque el sujeto no demuestre ser “peligroso”; solo para atenerse a lo que determina el Código Penal de 1936, ley 95, en los artículos 2 y 33-42.

En el caso de los habitantes de la calle la Corte Constitucional subrayó que gozan de todos los derechos constitucionales en tanto condición esencial de su dignidad como seres humanos pues, aunque por causas forzosas lleven una vida subnormal no pueden ser discriminados ni tratados como desechables (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 1993). Como resultado de los convenios celebrados y del protocolo de Washington suscrito en 1992 las normas colombianas se comprometen a combatir las causas de la pobreza hasta su erradicación, favoreciendo sobre todo el principio de solidaridad; luego las instituciones oficiales que tienen como misión garantizar y proteger las personas en estado de indigencia y desprotección debe atenerse a la legislación vigente (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-046 de 1997).

Sin embargo, cabe preguntarse hasta dónde los recursos del Estado son suficientes para atender la masa poblacional cada vez más pobre y desprotegida, por lo cual se insiste en que el juez de tutela aplique principios que ponderen la posibilidad y concreción de los fallos (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T- 177 de 1999). Asuntos que se debaten en la actualidad en términos de exigibilidad y justiciabilidad.

Como se podrá evidenciar en el análisis jurisprudencial, tanto de la libertad económica que se expresa por medio de la libertad de empresa, libre iniciativa y, libre competencia; como en el análisis de la jurisprudencia relacionada con la mendicidad, dicha práctica deja de ser contravención y, por consiguiente las teorías del “peligrosismo” y “la prevención del posible daño al orden social” que la sustenta, pierden vigencia frente al marco de derechos de la persona considerados en la Constitución de 1991.

2.1 Derecho de libertad económica: libre empresa y competencia.

El artículo 333 de la carta política sirve de marco para indagar si la libertad de empresa se considera como derecho fundamental y, de igual manera, para fundamentar la jurisprudencia relacionada con la libertad económica y la iniciativa privada en atención a los requisitos que impone la ley. En este escrito a la libre competencia se le da el tratamiento de derecho, así como a la iniciativa privada o libre empresa y, a ambos se les demanda responsabilidad, orientación al bien común y sometimiento a los límites que establezca la economía social de mercado, en coherencia con la democracia social derecho, tal y como lo subraya la Corte Constitucional en las sentencias C-265 de 1994 y C-535 de 1997. Pero, ¿es posible dentro

del actual marco jurídico optar por la mendicidad como libre empresa? Para responder a éste cuestionamiento se analiza de manera dinámica la jurisprudencia que acentúa el carácter de derecho fundamental de la libertad de empresa, incluidas aquellas sentencias que se apartan de ese calificativo de manera evidente, así como las que se mantienen en un punto intermedio.

En sentencia C-263 del 2011, con ponencia del magistrado Jorge Ignacio Pretel⁷³, la Corte Constitucional clarifica ciertos conceptos y categorías jurídicas relacionados con la libertad económica y la libertad de empresa, indispensables a la hora de analizar la viabilidad legal de la mendicidad como libre empresa, a saber: dentro de una democracia social de derecho, la economía social de mercado favorece el desarrollo empresarial, en tanto eje del desarrollo social; pero, a la vez, exige al estado que intervenga cuando sea necesario y corrija las distorsiones, fallas y vacíos que atenten contra el bien común, la justicia y la solidaridad (Constitución política de Colombia, art. 333, 334 y 335).

En consecuencia recuerda que dentro de una economía social de mercado las libertades económicas no son absolutas y por consiguiente se pueden restringir⁷⁴.

⁷³ Sentencia que sirve de sustento a la también sentencia de la Corte Constitucional C-264 de 2013, sobre todo en lo relacionado con el núcleo esencial de la libertad económica y la libre empresa en. Sobre los requisitos para limitar la libertad de empresa, sentencia C-361 de 2002; sobre la materialización organizativa o no organizativa de la libertad económica, sentencia C-616 de 2001 y, sobre el contenido y la definición de la libertad económica en la sentencia T-425 de 1992. En cuanto a la Sentencia C-263 de 2011, la misma analiza el alcance de las libertades económicas en la constitución de 1991

⁷⁴ En sentencia C-615 de 2002, con ponencia del magistrado Dr. Marco Gerardo Monroy C, relacionada con la regulación de la oferta de la salud, la corte constitucional considera que por el vínculo de estos servicios con la vida y la dignidad humana, los mismos deben ser regulados e intervenidos conforme a lo legislado, obedecer a motivos a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la intervención, al principio de solidaridad y, a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; para no caer en la estatización del servicio y, además para no afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa. Aunque el artículo 365 de la C.P establece que el estado debe regular, controlar y vigilar los servicios públicos. En dicha sentencia se recuerde que aunque la libertad económica, de empresa y de competencia sean la base del desarrollo económico y social no son derecho fundamental, salvo que en algunos casos estén conexas a derechos fundamentales; el estado debe evitar la intromisión, el abuso y el control que restrinja la libre competencia, para lo cual remite a la Sentencia C-616 de 2001. En tanto derecho individual, la libre competencia entraña responsabilidades y obligaciones (Sentencia C-535 de 1997. M.P. Eduardo Cinfuentes) y la intervención del Estado debe efectuarse de acuerdo con las exigencias y principios establecidos en la sentencia T-291 de 1994. M.P. Eduardo Cinfuentes; al principio de solidaridad (sentencia T- 240 de 1993. M.P Eduardo Cinfuentes) y, obedecer al principio de solidaridad, sentencia C-398 de 1995 (M.P José Gregorio Hernández). Al comentar los alcances de las libertades económicas en la

Si bien, “los individuos gozan de libertad para realizar actividades económicas, de acuerdo con sus intereses, habilidades y preferencias, con miras a crear, mantener e incrementar su patrimonio” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995), sobre dichas libertades el estado tiene control cuando lo exija el interés social, la protección del medio ambiente y el patrimonio cultural de la nación. En todos los casos cuando se trate de limitar estas libertades se deben respetar los principios de igualdad, razonabilidad, solidaridad y proporcionalidad en relación con el núcleo de la libertad involucrada; si se tiene en cuenta que las libertades económicas no constituyen derechos fundamentales.

Al tratar de valorar la viabilidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas que regulen la mendicidad como libre empresa habrá que analizar el tipo de “actividad que es la mendicidad”; el modo de efectuarla por sí mismo y para sí mismo; lo cual excluye de entrada el uso de menores de edad para lucrarse de dicha actividad. Con relación a la organización, tipo de financiación, servicio que ofrece y estrategias de distribución, no se tienen en cuenta en el caso de la mendicidad como libre empresa.

La libertad de empresa se fundamenta sobre ciertos derechos, prerrogativas y garantías de las cuales gozan las personas para destinar bienes de cualquier tipo a la realización de actividades económicas de producción, intercambio de bienes y prestación de servicios, de acuerdo con

Constitución de 1991, la sentencia C- 263 de 2011, recuerda que al adoptarse el modelo de estado social de derecho, se adopta en consecuencia la economía social de mercado que, si bien es cierto reconoce la importancia de la economía de mercado (artículo 33), facultad al estado para racionalizarla “(...) con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del medio ambiente”. En la sentencia C-865 de 2004, la Corte puntualiza sobre las características de la economía social de mercado; en idéntico sentido la sentencia C-228 de 2010, M.P Luis Ernesto Vargas Silva, prescribe que, así como el modelo económico liberal clásico es incompatible con el modelo de economía social de mercado, así también modelos planificados de economía centralizada; dicha economía social de mercado, reconoce las desigualdades existentes y se orienta por valores como la paz social, la igualdad y la equidad”.

modelos organizativos de dicha actividad, con el propósito de obtener ganancias y beneficios. Para esto, a las personas se les garantiza la libertad contractual y la iniciativa privada, con miras a que el núcleo de derechos que conforman la libre empresa este siempre a salvo: igualdad y no discriminación entre empresarios y competidores, a entrar y salir del mercado a libre voluntad; a organizarse; a la no interferencia estatal; a la libre iniciativa privada; a constituir establecimientos comerciales en los términos que disponga la ley y, derecho a obtener y gozar del beneficio económico (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-263 del 2011).

En cuanto a la libre competencia, la corte considera que esta tiene que ver con el derecho que tiene todo empresario a conquistar un nicho del mercado en igualdad de garantías para ingresar al mercado, ofertar sus servicios y contratar con sus usuarios, respetando el interés general, la equidad y el mejoramiento de las condiciones de vida, de quienes se lucran de la empresa así, como de quienes se benefician de sus servicios. En varias ocasiones la Corte Constitucional se refiere a la libertad de empresa⁷⁵ y a la libertad de competencia⁷⁶ en relación con la libertad económica dentro del estado social de derecho, caso concreto de las siguientes sentencias: C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-389 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas, Hernández; C-992 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-486 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; C-228 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; entre otras.

⁷⁵ Conlleva afectar bienes para obtener ganancias (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-524 de 1995. M.P Carlos Gaviria Díaz). Libertad que comprende la libre iniciativa y la capacidad de contratar (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-228 2010. M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

⁷⁶ Libertad que se ejerce con la salvaguarda de tres prerrogativas: concurrir al mercado, mostrar las ventajas que se ofrecen y contar con el consumidor y usuario. Para facilitarlo al estado le compete eliminar las barreras de acceso, sentencia 616 de 2001, M.P Rodrigo Escobar Gil. Pero, de igual manera intervenir, cuando lo exija el bien común, de las maneras que sean necesarias y que no afecten el núcleo del derecho a la libre competencia, sentencia C-1064 de 2001, M.P Manuel José Cepeda.

En consecuencia, es la facultad que tienen las personas de realizar actividades económicas, de acuerdo con sus habilidades, preferencias y expectativas, la que genera el derecho correspondiente, que a juicio de la corte podrá ser ejercido solo bajo exigencias razonables, dado el carácter de derecho fundamental (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1992)⁷⁷. Postura clarificada por la Corte en la sentencia C-265 de 1994, al diferenciar los derechos y libertades de la persona relacionados con lo político, ético e intelectual, los cuales considera preferentes; en relación con aquellos de carácter patrimonial.

Por consiguiente, el estado tiene la facultad de regular el ejercicio de la libertad de empresa, salvo en los casos en los cuales dicha libertad se halle vinculada a un derecho fundamental, como el derecho a la vida, la igualdad, la libertad de conciencia, a la reparación o al trabajo (Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-375 de 1997) o a proteger la discriminación positiva, como en el caso de los discapacitados (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1118 de 2002). Pero, en todos los casos la regulación que imponga la ley garantizará los principios de razonabilidad y proporcionalidad, que miran a proteger la esencia del núcleo de la libertad de empresa (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-535 de 1997).

En síntesis, un número apreciable de las sentencias que se plantean ¿si la libertad de empresa es derecho fundamental o no y, de sí las autoridades la pueden regular y en qué términos?, son las sentencias C-265 de 1994 y T-425 de 1992, también la C-263 de 2011,

⁷⁷ Reconocer que las libertades económicas están en cabeza de los individuos, conlleva el reconocer que éstas pueden realizar actividades de carácter económico, de acuerdo con sus preferencias y habilidades a fin de crear, mantener o incrementar el patrimonio, ciñéndose a los límites del bien común, a competir sin excluir a otros, y a ejercer el derecho sin requisitos que no estén en la ley (artículo 333. C.P).

que recogen lo determinado en las sentencias anteriores, definen la naturaleza de derecho de la libertad de empresa, dentro de la economía social de derecho y, proponen los principios que la deben regular. Entre otras sentencias que avanzan en el desarrollo de la línea y en la clarificación sobre la naturaleza y límites de la libertad de empresa, sobresalen la C-624 de 1998, la C-242 de 1997, C-535 de 1997, T-1118-02, C-228 2010, C-830 de 2010 y C- 197 de 2012 que llegan al fondo de la doctrina de la libre empresa y con base en la sentencia C-1052 de 2001 determinan las características que ésta debe reunir.

Así, las sentencias que definen la libertad de empresa como un derecho fundamental en vínculo con los derechos de la persona T-425 de 1992, T-475 de 1992, C-535 de 1997 se apartan de la jurisprudencia más reciente, que aunque la reconocen como un derecho, no lo califican de prevalente ni fundamental, sino de naturaleza económica, a saber: C-265 1994, T-1118 de 2002; T-073 de 2002; T-763 de 2005; C-228 2010; C-830 de 2010; C-263 de 2011 y C-197 de 2012.

2.1.1 Límites a la libertad económica o de empresa.. En una democracia social de derecho como es Colombia, la economía es regulada por el Estado en procura del bien común, el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural y en consecuencia este exige responsabilidad en el ejercicio del derecho, a través de permisos y licencias en las cuales se determinan las pautas legales de cumplimiento (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1008 del 2008). De otra parte, como la mendicidad no se considera delito ni contravención en el orden jurídico colombiano, la intervención de la policía debe limitarse a que dicha actividad no atente contra la seguridad, la tranquilidad ni la salubridad (Colombia, Corte

Constitucional, sentencias C-251/02 y C-825/04). De atenderse a lo estipulado por la ley 232 de 1995, tan poco habrá necesidad de obtener permisos previos para ejercer la mendicidad como libre empresa.

Porque es responsabilidad del estado salvaguardar el bien común (Colombia, constitución política, art 1), es que la ley faculta a las autoridades para regular e intervenir el mercado cuando lo juzguen conveniente (Colombia, constitución política, art. 333, 334 y 335). Al respecto, la Corte Constitucional establece que los límites a la libertad económica se derivan de la prevalencia del interés común sobre los intereses particulares, de la necesidad de regular la competencia, la calidad y la equidad y, también de la obligación que tienen las autoridades de garantizar la razonabilidad y proporcionalidad, según lo dispuesto por el legislativo (Colombia, Corte constitucional, sentencia T 425 de 1992, sentencia T-419 de 1992).

En todos los casos no se debe afectar el núcleo esencial del derecho que se limita o restringe, como el derecho al trabajo o a la libre empresa (Colombia, Corte constitucional, sentencia C-182 de 1998 y C-624 de 1998): Sobre todo, si la actividad que se pretende restringir “no está expresamente prohibida por el ordenamiento constitucional, es innecesaria o desproporcionada” (Colombia, Corte constitucional, sentencia C-333/99); también, “cuando los límites impuestos a la libre empresa carecen de seriedad y razonabilidad en las medidas que coartan la libertad económica” (Colombia, Corte constitucional, sentencia C-524 de 1995).

Los límites que la corte establece entre libertades y derechos ligados a la persona y, libertades y derechos económicos (Colombia, Corte constitucional, sentencia C-265/94) ofrecen pautas para analizar la posibilidad de ejercer la mendicidad como libre empresa, al menos desde dos puntos de vista: en tanto ejercicio de derechos civiles, relacionados con el *modus vivendi* y la ética y, en cuanto ejercicio de una actividad con ánimo de lucro que apunta al bienestar, contribuye al fisco y genera empleo.

Pero, ¿cómo conciliar los anteriores enfoques de modo tal que se salvaguarden los derechos prevalentes ligados al sujeto y a la vez se impida la injerencia indebida de quienes pretende imponer requisitos no legislados ni vigentes, en cuanto al ejercicio de la mendicidad como libre empresa?. Al respecto, cabe preguntarse si tiene mayor opción jurídica la mendicidad como trabajo que como libre empresa.

Hay ciertas actividades empresariales, económicas y profesionales, que ameritan ser reguladas de manera diferencial y particular, por el impacto en el bien común, como los servicios públicos, la banca, la producción de medicamentos y la de armamentos, entre otras. Por tanto las pautas de intervención del estado deben ser concretas y puntuales, sobre todo cuando las actividades empresariales ameritan especial intervención (Colombia, constitución política, art 26, 223, 333 y 335; Colombia, Corte constitucional, sentencia T-425 de 1992, sentencia C-176 de 1996) nos lo recuerdan la constitución política y la anterior jurisprudencia.

Una persona natural una vez inscribe la empresa, caso concreto de mendicidad, conforma una persona jurídica que, para el caso de la mendicidad como libre empresa deberá someterse a las restricciones que se señalan al inicio del presente artículo y a lo establecido por la ley 222 de 1995, artículo 71. Sin embargo, queda latente la pregunta acerca de ¿Cuál es el propósito al exigirle capacidad legal de contratación y adquisición de obligaciones, a quien ejerce la mendicidad por sí y para sí, haciendo uso de propia corporalidad? Al parecer, en dicho caso, el artículo 12 del código de comercio no tiene aplicación.

2.1.2 Libertad económica y libre empresa

Tabla 1. Libertad económica y libre empresa

Sentencias consultadas			
<ul style="list-style-type: none"> • T. 419/1992 • T. 425/92 • T. 475/92 • C. 564/92 • T. 605/92 • C. 040/92 • T. 254/1993 • T. 469/93 • C. 040/93 • T. 125/1994 	<ul style="list-style-type: none"> • C. 265/94 • C. 377/94 • T. 291/94 • T. 425/1995 • C. 445/95 • C. 524/95 • C. 560/95 • C. 398/95 • T. 026/1996 • T. 375/1997 	<ul style="list-style-type: none"> • C. 242/97 • C. 535/97 • SU. 182/98 • C. 333/99 • T. 394/99 • T. 0356/99 • C. 379/99 • C. 579/99 • C. 616/2001 • C.1064/01 	<ul style="list-style-type: none"> • C. 361/02 • C. 615/02 • T. 1118/02 • C. 389/02 • C. 615/02 • C. 361/02 • C. 865/04 • C. 228/10 • C. 263/11 • C. 264/13

2.1.3 Libertad económica y libre empresa

Sentencias seleccionadas			
<ul style="list-style-type: none"> • T. 419/1992 • T. 425/92 • T. 475/92 • C. 564/92 • T. 605/92 • C. 040/92 • T. 254/1993 • T. 469/93 • C. 040/93 • T. 125/1994 	<ul style="list-style-type: none"> • C. 265/94 • C. 377/94 • T. 425/1995 • C. 445/95 • C. 524/95 • C. 560/95 • C. 398/95 • T. 375/1997 	<ul style="list-style-type: none"> • C. 535/97 • SU. 182/98 • C. 333/99 • T. 394/99 • T. 0356/99 • C. 379/99 • C. 616/2001 • C.1064/01 	<ul style="list-style-type: none"> • C. 361/02 • C. 615/02 • T. 1118/02 • C. 389/02 • C. 615/02 • C. 361/02 • C. 865/04 • C. 228/10 • C. 263/11 • C. 264/13

2.1.4 Libertad económica y libre empresa

Enfoques jurídicos		
Derechos económicos equiparables a derechos personales, civiles y políticos. Principio: Libertad económica condición necesaria de libertad política y civil, soberanía moral del sujeto.	Derechos económicos condicionados en ciertos casos por derechos personales. Afectación económica con libertad civil, libertad política, libertad democrática. Nunca se debe afectar el núcleo esencial de la libertad económica.	Los derechos económicos no son prevalentes ni equiparables a derechos personales, civiles o políticos: son derechos reales regulados por la razón pública.
T. 425/92; T. 475/92; T. 419/92; C. 535/97; C. 176/96	C. 1008/2008; C. 182/98; C. 624/98; C. 333/99; C. 524/95	C. 265/94; C. 830/2010; C. 228/10; T. 073/02; T. 1118/02; T. 763/05; C. 263/11; C. 197/12

2.2. De la mendicidad como contravención a la mendicidad como opción libre y autónoma de empresa y trabajo.

La sentencia C-040/06 declara que la mendicidad no es un delito ni tan poco contravención y que por tanto se viola el principio de legalidad cuando se recluye en un establecimiento público a quien la ejerce, pues aplicar una sanción a alguien por un delito que no está tipificado en el ordenamiento jurídico es incurrir en violación de la dignidad de la persona. Con base en el anterior argumento la Corte Constitucional acepta la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 4, parciales, del decreto ley 1136 de 1970, amplía el análisis cronológico de las corrientes en las cuales se sustenta el código penal de 1936, que da a la mendicidad tratamiento de delito y de contravención castigable en colonias agrícolas y, en coherencia, con las sentencias C-016/97 y C-1068/02 controvierte los supuestos filosóficos y jurídicos de la ley 1136 con base en la constitución actual desde la cual concluye que la mendicidad no es delito y por consiguiente no se puede tratar de sospechoso a quien la ejerza sin que se atente contra el ordenamiento jurídico vigente.

La corte constitucional se ocupa de la demanda interpuesta contra los artículos 1 y 4, parciales, del decreto ley 1136 de 1970 que, en su momento promulgó medidas de protección social determinando que los méndigos debían ser “recluidos en asilo, hospital, clínica u otro establecimiento público adecuado”. Pues según la demandante se vulneran “ los artículos 1,5,13,16 y 28 de la Constitución Política en lo concerniente a la dignidad humana, garantía de protección del ejercicio de los derechos y deberes, autonomía, libertad, libre desarrollo de

la personalidad e igualdad. Además, sostiene la demandante que se viola el fuero personal y la autonomía de los méndigos cuando, en contra de su voluntad se les recluye en hospicios o colonias agrícolas.

Durante el análisis de la demanda el Ministerio de Protección Social pide a la Corte Constitucional que declare exequibles los artículos cuestionados, pues considera que de no ser así se “avalaría la mendicidad como negocio”, “se daría pie a fortalecer el individualismo de quien decide por cuenta propia, ejercer la mendicidad”, “se desconocería la primacía del interés de la familia y el bien colectivo, pues “el pretexto del libre desarrollo de la personalidad no puede constituirse en algo ilimitado que atente contra la dignidad de los méndigos”. Para el representante del Ministerio del Interior y de Justicia el artículo 1 del decreto 1136/70 en todo se ajusta a la Constitución Política, siempre cuando el méndigo “acepte voluntariamente” dicha medida preventiva con fin de garantizarle el derecho “actual y futuro”, pues “los derechos tienen límites, no son absolutos y se deben regular si van en contra del bien general”.

En cambio el Ministerio Público pide a la Honorable Corte Constitucional declare inexecutable el apartado del artículo uno (1) del decreto ley 1136/70, que reza así: “será recluido en el asilo, hospital, clínica y otro establecimiento público adecuado”, dado que la medida resulta coactiva y no logrará el fin propuesto pues la mendicidad no es una enfermedad. Por consiguiente, se vulnera el principio de dignidad humana si el estado no se solidariza y facilita los medios que dignifiquen la vida de los méndigos.

Después, de declararse competente para atender la demanda interpuesta la Corte Constitucional se pronuncia a fondo sobre el asunto con base en el artículo 241 de la CPC. Sin embargo, al tratar el problema de: “si el ejercicio de la mendicidad por parte de persona física o síquicamente inhábil para trabajar que no posea medios de subsistencia ni persona obligada y capaz de prestárselos, puede implicar su reclusión en asilo, hospital, clínica u otro establecimiento público adecuado”; la Corte en su argumentación expurga en las corrientes “sancionatorias” y “perfeccionistas” del obrar humano, tomando como punto de partida el código penal de 1936, hasta llegar al actual ordenamiento jurídico, sobre todo a la sentencia C-016/97 en la cual la mendicidad es tratada como un hecho social y, además clarifica el contenido del término, al afirmar que: “ en tanto acción de mendigar consiste en pedir limosnas, solicitar favores, a veces de manera inoportuna”.

Dichas corrientes recurren a la excusa de la “protección social y el bien común”, para sostener que quien ejerza la mendicidad sin tener necesidad o fingiendo cualquier limitación mental o daño físico que resulte sospechoso o peligroso para la tranquilidad y orden social, debe ser recluido en colonias agrícolas o asilos públicos (Colombia, Presidencia de la república, Decreto 522/1971, arts. 23-25)⁷⁸. Dada la urgencia de sanar el cuerpo social de los gérmenes que provocan el comportamiento enfermizo delincuencial, tomando las medidas preventivas y curativas necesarias hasta lograrlo.

⁷⁸ “Idea que encontró su máximo desarrollo en la escuela positiva o antropológica del derecho penal, que surgió a finales del siglo pasado en Europa, y cuyos más ilustres representantes fueron: César Lombroso, Rafael Garófalo y Enrico Ferri” (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-040/06).

Ya desde la ley 95 de 1936, de claro influjo positivista se establece que las infracciones a la ley se dividen en delitos penales y contravenciones y, que entre las sanciones se pueden aplicar, entre otras, la de “relegación a una colonia agrícola”, recomendada en el caso de la mendicidad⁷⁹. La sentencia C-040/06, recuerda como la ley 48 de 1936, catalogó la vagancia y la dedicación habitual a la mendicidad, como una contravención de incumbencia policial; ley que en el año 1955 sirve de fundamento al decreto legislativo 014, en el cual se insiste en la relegación a colonia agrícola a “quienes aparenten o finjan limitación o enfermedad para dedicarse a la mendicidad”; pues de alguna manera atentan contra el orden social. Tendencia que de nuevo se recoge y subraya el decreto 1699 de 1964 que, toma medidas en contra de las conductas antisociales que atentan contra la seguridad y la propiedad como la “mendicidad”.

Más adelante en el año 1970, en el decreto 1118, del Código de Contravenciones se toman medidas contra quien teniendo medios ejerce la mendicidad (art.19), aparenta enfermedad para ejercer la mendicidad (art.20), relegándolo a colonias agrícolas. Medidas que se prolongan en 1971 con el decreto 522, calificándolas como contravenciones especiales.

Con relación al trato que el código penal daba a la mendicidad, la Corte concluye en la sentencia que el legislador nunca tuvo claridad sobre el tratamiento que debía darle a dicha realidad social, unas veces era la policía y otras veces eran los jueces quienes debían ocuparse

⁷⁹ “La sanción de relegación a colonia agrícola penal consistía, según el artículo 57 del Código Penal anterior, en “la permanencia del condenado en los lugares de colonización que señale la Dirección General de Prisiones, en donde deberá dedicarse a trabajos agrícolas o en obras públicas, sin estar sometido a otro régimen que el determinado especialmente para la colonia por la ley correspondiente”. El penado podía “residir en la colonia con su familia”. En la legislación penitenciaria (decreto 1405 de 1934, modificado por el decreto 1817 de 1964) se reguló lo referente a las colonias agrícolas penales, que eran en realidad sitios de reclusión, sometidos a estrictas reglas, lo cual se verifica al examinar la manera como se dispuso el funcionamiento de las colonias de segunda clase, donde se cumplían las sanciones menores...” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-040/06).

de sancionarla. Por lo cual determina que este enfoque peligrosista se fundamentó en el positivismo penal, vigente hasta que se implementó el ordenamiento jurídico actual, dentro del cual la mendicidad no es un delito si se ejerce de manera personal, autónoma, para sí y por sí mismo, por su propia corporeidad y destreza⁸⁰. En tanto se salvaguarde la dignidad y libre determinación de la persona, fundamento del orden jurídico colombiano y, se mantenga lo determinado por la sentencia C-1068/2012 que sanciona el uso de la mendicidad para encubrir la trata de personas.

Con ponencia del magistrado Carlos Gaviria Díaz, en el año 1997, la honorable Corte Constitucional se había pronunciado en la sentencia C-016, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra los artículos 23, 24 y 25 del decreto 522 de 1971, específicamente contra “la sanción de contravención”, que desapareció del código penal actual y que en el antiguo régimen se aplicaba a quien “sin necesidad evidente recurría a la mendicidad” pues, de continuarse se estaría desconociendo el principio de legalidad, en palabras de la corte: “*nullum crimen, nullum pena sine lege*” y, por tanto derogada la conducta típica o derogada la sanción, como se hizo en el decreto 100 de 1980, “*se quiebra la estructura de la norma penal*”.

En su momento, por influjo de las corrientes positivistas, de perfección y daño social, como se explicó con anterioridad, en el código de policía vigente en su momento, decreto 522 de 1971, se incluyó dentro de las contravenciones especiales a la mendicidad, en el caso

⁸⁰ Recuerda la Corte Constitucional que: “Sea lo primero señalar que el artículo 231 de la ley 599 de 2000 no establece como tipo penal el ejercicio de la mendicidad para sí, de manera autónoma y personal; vale decir, prescindiendo de la utilización del agente intermediario allí descrito, no constituye conducta punible el pedir limosna por decisión personal y valiéndose de su propia corporeidad y destreza. En otras palabras, con la salvedad expuesta, en Colombia no es delito pedir limosna” (Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-040/06).

de quien la ejerce sin necesidad (art.23) o recurre al engaño para hacerlo (art.24), exponiéndose a ser relegado en colonia agrícola (art.25). De dichos artículos, el defensor del pueblo conceptuó que vulneran el principio de dignidad humana, pues al esgrimir el argumento de protección de la seguridad ciudadana, incurren en “peligrosismos” preventivos y tipificaciones predilectuales, que desconocen que entre delito y ejercicio libre, autónomo y personal de la mendicidad no hay ninguna conexión que justifique la represión penal. Además, agrega que se vulnera el principio del libre desarrollo de la personalidad bajo la apariencia de protección social. De lo cual dice, el ministerio de justicia que considera que dichas normas “no vulneran la dignidad humana ni el derecho a la igualdad de quienes ejercen la mendicidad” y, pide a la Corte que las declare exequibles, en razón a que: “son medio de subsistencia” y sub-empleo, aunque en algunos casos se abuse de la buena voluntad de las personas. Desde la perspectiva de la fiscalía, entre otros tópicos, no se puede esgrimir en un estado social de derecho la obligación de que todos contribuyan al crecimiento económico, para imponer por medios coercitivos la obligación de trabajar, lo que sería restringir la libertad recurriendo a medidas punitivas.

La sentencia C-1068 del 2002, tuvo en cuenta que los derechos de los menores de edad, es decir de las personas menores de 18 años, según la constitución, las convenciones sobre los derechos del niño y el desarrollo jurisprudencial, prevalecen sobre los derechos de los mayores, en razón de lo cual clarifica que la mendicidad ejercida para sí y por sí mismo no es delito, pero no puede prestarse para el tráfico de menores, conclusión a la cual llega entre otras, después de ocuparse de la demanda contra el artículo 231, parcial, de la ley 599 de 2000, pues tal como es redactado, excluye a los menores de 18 a 12, al no considerarlos como

tales, en desconocimiento de lo que la Constitución ordena en los artículos 5, 13, 44 y 93. De otra parte, se ignora el principio de interés superior de los derechos de los niños y las niñas, vinculante y vigente desde la declaración de los derechos del niño 1959. La corte conceptúa que la mendicidad no es delito en sí, sino cuando se ejerce manipulando e intimidando menores de edad.

Téngase en cuenta que la misma Corte afirma que las libertades económicas no constituyen derechos fundamentales. En dicho caso cabría preguntarse si quien opta por la mendicidad voluntaria puede exigir la libertad de empresa en tanto al Estado le compete garantizarle libre contratación, organización, protección y la prestación de los derechos sociales. (IIDH 2008). Para otros, la libertad económica forma parte de los derechos subjetivos que tiene como propósito ayudar a los fines sociales y concretar los derechos fundamentales, reconocen además el papel regulador y directivo del Estado en cuanto a la actividad económica, pero tiene reticencias frente al papel discriminatorio del Estado en cuanto que favorece grandes empresas, el capital financiero y las multinacionales. Además, expresan que aunque el modelo adoptado es de economía social de mercado el Estado no ha tomado las medidas necesarias para conciliar los intereses privados con los intereses sociales y del bien común (Constitución Política, art. 333, 334, y 335). De igual manera, conceptúa que al Estado se le ha dotado de las herramientas constitucionales suficientes para que racionalice la economía e impulse la distribución equitativa, el acceso a las oportunidades, la calidad de vida y los beneficios económicos para todos, pero aún no se han implementado de manera efectiva dichas políticas, presentándose como hasta el momento prácticas de beneficencia social con fines electorales y políticos (Becerra, 2002).

De nuevo se reafirman en que las libertades económicas no son absolutas y, que en el actual momento urge la intervención del Estado, en algunos sectores empresariales con miras a proteger la economía de la injerencia desleal de los TLC. Dado que al Estado le compete intervenir, no sólo para determinar requisitos de existencia y formalización; sino que debería hacerlo para proteger los fines sociales de la economía y para fijar reglas y condiciones de nuevas formas de trabajo (Rivadeneira, 2009).

Los derechos sociales, al decir de Espejo, “son obligaciones” vagas e imprecisas, que demandan legislaciones que los concreten y faciliten su gestión; por eso se les llama derechos de papel o, también “aspiraciones de justicia social”. En razón de lo cual algunos afirman que de su contenido no pueden derivarse obligaciones de parte del estado, lo que constituye para otros una apreciación falsa. Pues, según estos últimos se olvidan que los derechos humanos son derechos específicos alrededor de los cuales se generan otras obligaciones correlativas y procedimentales que impiden la discriminación y la regresividad de los derechos.

En este sentido la exigibilidad judicial de los mismos debe basarse en la razonabilidad, idoneidad y efectividad que al aplicarse el marco de las decisiones judiciales. Aún más, al interior del Estado social de derecho las funciones ejecutivas y legislativas deben complementarse las funciones judiciales para garantizar el goce efectivo de los derechos sociales.

A juicio de Espejo para proteger los derechos sociales es indispensable someter las normas al test de razonabilidad para que estén a tono con las exigencias del Estado social de derecho y con la diferenciación de las ramas del poder así, las medidas que se adopten son comprensivas, coordinadas y diferenciadas según los niveles de responsabilidad institucional. En consecuencia, se asegura el equilibrio entre las determinaciones políticas, las leyes y el respeto a los derechos fundamentales, según criterios de coherencia, generalidad, discrecionalidad y efectividad. En síntesis, “los derechos sociales permiten defender adecuadamente los valores de libertad, igualdad y deliberación” en el marco del estado social de derecho.

Si antes de 1991 en el decreto 522 de 1971 la mendicidad es considerada anormal, peligrosa y atentatoria contra el orden social establecido es, entre otras causas por el “positivismo” jurídico acogido ampliamente en la legislación penal colombiana (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1068 del 2002)⁸¹.

Y, que condujo a que en la ley 48 de 1936 se considerara la vagancia como contravención, vinculada a la mendicidad y en consecuencia a ser sancionada con reclusión en colonia agrícola de seis meses a cuatro años. Más adelante en el año 1955 por medio del decreto

⁸¹ “El Código Penal de 1936 (Ley 95 de abril 24 de 1936, que comenzó a regir el 1 de julio de 1938) de clara estirpe positivista, estableció en su artículo 2 que las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones; atribuyó la represión de las contravenciones a la policía, y en relación con las penas consagró como principales la de presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa (art.41), y como accesoria (cuando no estuviere establecida como principal), entre otras, “la relegación a las colonias agrícolas penales” (art. 42), pudiendo ser aplicadas en forma acumulativa una sanción principal y la de relegación a colonia agrícola, en los casos de concurso de delitos y reincidencia (arts. 33 a 35). La sanción de relegación a colonia agrícola penal consistía, según el artículo 57 del Código Penal anterior, en “la permanencia del condenado en los lugares de colonización que señale la Dirección General de Prisiones, en donde deberá dedicarse a trabajos agrícolas o en obras públicas, sin estar sometido a otro régimen que el determinado especialmente para la colonia por la ley correspondiente”. El penado podía “residir en la colonia con su familia”. En la legislación penitenciaria (decreto 1405 de 1934, modificado por el decreto 1817 de 1964) se reguló lo referente a las colonias agrícolas penales, que eran en realidad sitios de reclusión, sometidos a estrictas reglas, lo cual se verifica al examinar la manera como se dispuso el funcionamiento de las colonias de segunda clase, donde se cumplían las sanciones menores” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1068 del 2002).

legislativo No. 014, se dispuso prever los actos peligrosos, por medio de medidas de seguridad, entre otros contra quienes se dediquen a la mendicidad, relegándolos a colonias agrícolas en 1 a 4 años según los antecedentes penales de los condenados.

Con base en la ley 27 de 1963, el presidente de la república en 1964 expidió el decreto 1699, que considera la mendicidad como conducta antisocial, si se recurre a esta por medio de conductas engañosas (art.38). Más adelante, con base en la ley 16 de 1968, el presidente de la república promulga el decreto 1118 de julio 15 de 1970, en el cual, entre otros asuntos se expide el “estatuto de las contravenciones que afectan el orden social”, en cuyos artículos 19, 20 y 21 se sanciona la mendicidad, en el caso de quienes la ejerzan teniendo medios de subsistencia o recurriendo al engaño, por medio de relegación a colonia agrícola de seis a dos años, según sea el caso y, siempre sometiéndolo a tratamiento (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1068 del 2002)⁸².

En el desarrollo de la doctrina jurídica sobre mendicidad, desde el año 1936, los Códigos Penales no han hecho claridad sobre el tratamiento jurídico que se le debe dar, desde el enfoque positivista, peligrosista y de prevención: “unas veces se le trata como delito, otras como contravención”, además algunas veces el conocimiento del “hecho” y la imposición de la pena se le atribuye al juez y otras al inspector de policía.

⁸² “Por último, el decreto 522 de 1971 dictado con fundamento en las mismas facultades extraordinarias acabadas de citar, derogó el decreto 1118 de 1970, retiró las contravenciones del Código Penal, a las que denominó “contravenciones especiales”, para incorporarlas al Código de Policía, decreto 1355 de 1970, conservando el mismo bien jurídico protegido, la misma descripción del tipo y la misma sanción” (Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1068 del 2002).

En conclusión, al derogarse el enfoque peligrosista del Código Penal de 1980, se derogan, también todas las sanciones que no se basaban en la culpabilidad, entre ellas la relegación a colonia agrícola penal, como resultado las contravenciones establecidas en el decreto 522 de 1971, pasan a ser tratadas como “delitos menores” y no como “contravenciones especiales”, impuestas solo por los jueces (artículo 28 CPC, ley 228 de 1995).

2.2.1 Enfoques jurídicos sobre mendicidad

Tabla 2. *Enfoques jurídicos sobre mendicidad*

El debate actual sobre mendicidad se sustenta y relaciona con los siguientes artículos de la Constitución: 1, 5, 13, 16, 26, es decir, con aquellos relacionados con la dignidad humana, la libertad de decisión, la autonomía, la equidad, el derecho al trabajo y el libre desarrollo de la personalidad.		
Positivismo penal César Lombroso – Enrico Ferri	Dignidad humana: no son desechables. Principio de exigibilidad y justicialidad	Autodeterminación, libre desarrollo de la personalidad, se puede violar con buenas intenciones
Mendigo equiparable a enfermo, necesitado de tratamiento, aislado del cuerpo social: C. Penal 1936, ley 95 art. 2, 33-42. Peligrosismo - proteccionismo - previsionismo: Decreto 522/71. Contravenciones especiales. Decreto 1699/64. Medidas contra antisociales. Decreto ley 1136/70. Proteger la sociedad. Decreto 1118/70 Código de contravenciones contra mendigos.	Sentencia T. 376/93. Deben ser protegidos por el Estado en instituciones especializadas. Sentencia T. 046/97. El principio de dignidad humana. Sentencia T. 881/2002. Diferencia entre la dignidad como autonomía y derechos subjetivos y la dignidad relacionada con las condiciones económicas, físicas y sociales de subsistencia, derecho objetivo. T. 401/92 y T. 011/93 El decreto 100 de 1980 deroga las sanciones a las contravenciones.	Sentencia C. 040/2006: La mendicidad no es un delito ni se cataloga como contravención. La mendicidad es un hecho social y en cuanto tal amerita atención del Estado: C. 016/97 y C. 1068/02. En la ley 599 de 2000, artículo 231 se dice que no constituye delito mendigar por sí y para sí, prohíbe el uso de menores de edad para la mendicidad.

III CAPÍTULO

3. Contextualización normativa del análisis y la jurisprudencia relacionada con la mendicidad como libre opción de empresa

Del acercamiento analítico a las categorías y conceptos que fundamentan la presente investigación, relacionadas con la libertad en general y, de manera específica con la libertad de empresa, se colige que: ambos conceptos, contenidos y significaciones han evolucionado de acuerdo con las cosmovisiones dominantes, dentro de las cuales, sin embargo se han dado disidencias sobresalientes que la historia ha validado con posterioridad. Tanto, en el campo de la libertad personal, como en las concepciones económicas, subyacen los ejes dinamizadores de la cultura occidental, a saber: dependencia vs independencia, conceptualización de la oposición amo-esclavo, propietario-propiedad, autónomo-sometido; también, el eje comunidad vs individuo, conceptualización de pertenencia-tribal vs subjetividad-emancipada. En consecuencia los valores que gravitan, alrededor de dichos ejes, evolucionan, se construyen y reconstruyen, de acuerdo con las dinámicas históricas y, los intereses de los grupos imperantes o, como afirma Hume (citado por Sandel, 2013): son fruto de las convenciones humanas que, al validarlos en la práctica la los asumen y perpetúan⁸³.

⁸³Eliminar poco a poco la intervención del estado en la vida de las personas para permitirles a estas que hagan lo que quieran con lo que tienen, con lo que son o con lo sienten, al parecer es la nueva versión del utilitarismo, en este caso para defender la libertad y, no simplemente para buscar la mayor felicidad (Sandel, 2013, p. 71), sino para que el mercado esté libre de toda atadura del estado, razón por la cual el “libertarismo” se opone al “paternalismo, en el sentido de que el estado no debe gastar en proteger a quien corre el riesgo de hacerse daño por sus acciones, mientras que no haya terceros perjudicados (Sandel, 2013).

De igual manera esta corriente “libertaria” se opone a que se instrumentalicen las leyes para imponer una moral, una religión o un estilo de vida; también, se oponen a la redistribución de la riqueza. El libertarismo nació con las ideas de Hayeck (1982), planteo la colisión entre la búsqueda de la igualdad económica y la libertad de mercado, por medios coercitivos. También, a los libertarios se suma Milton Friedman

Dado que, que para Hume (citado por Sandel, 2013) la realidad no merece la confianza suficiente para fundar en ella las decisiones humanas, entonces hay que echar mano de los sentimientos, pues éstos mueven al ejercicio de la libertad, la protección de la propiedad, la justicia y al cumplimiento de la moralidad económica que exige trabajar, pues sobre el derecho de propiedad se fundan los otros derechos. Hay quien afirme que la libertad es un valor absoluto, como J.J Rousseau. Para otros como Emmanuel Kant, es con base en la razón que se ejerce el autogobierno y las decisiones cotidianas.

Las democracias actuales lidian con las colisiones entre valores, heredadas de las cosmovisiones anteriores, como al parecer ocurre al optar por la mendicidad como libre empresa que da preminencia a la libertad económica, según lo sugiere Bobbio; lo que exige que para su aplicación concreta se integren al núcleo esencial de esta los condicionamientos que la limitan, así las posibilidades de autodeterminación que la amplían. Desafío para aquellos que al aplicar la ley lo hacen desde los requerimientos de mayor libertad y autonomía, mayor equidad, responsabilidad, en contra de las interpretaciones regresivas e irracionales. En consecuencia el estado que garantiza las condiciones y los medios de goce de la libertad económica⁸⁴, lo evidencia al posibilitar el acceso a los bienes primarios de manera expansiva, progresiva y simultánea. Aunque, a la vez el mismo estado deslinda los modos del goce de ciertas libertades que, no forman parte del núcleo de los derechos

(1912-2006) quien se opuso abiertamente al intervencionismo de estado en la libertad de individual de las personas: exigir el pago de pensión, impedir que un empresario pague el salario que quiera, a implementar procesos de selección que puedan discriminar, a exigir tarjeta profesional. En general esta escuela se opone a la justicia distributiva, por eso promueven un estado mínimo y no intervencionista, según Robert Nozick. (Sandel, 2013, pp. 71-80). Pero, tanto como ser dueños de nosotros mismos, a la vez le pertenecemos a otros, tenemos responsabilidades democráticas y, otros nos pertenecen, el “relacionismo” o la intersubjetividad o la reciprocidad mutua nos podrían ayudar a mirar desde otro punto de vista, el llamado “libertarismo” (p. 81-89).

⁸⁴ La libertad y la democracia mutuamente se modulan, regulan y, recíprocamente ganan cuotas de concreción (Pettit, et. al, 2012).

humanos, al decir de Nussbaum (2006), dado que no se cumple en la realidad que todos (as) tengan igual poder, iguales capacidades e iguales condiciones físicas que les permitan en “equidad y accesibilidad” disfrutar de todas las posibilidades. Téngase en cuenta que no son los frenos jurídicos los que impiden el ejercicio transformador de la libertad, sino los impedimentos económicos.

Sin embargo, en el caso de la libre opción por la mendicidad como libre empresa, aflora la tensión entre la autodeterminación positiva del individuo, frente a la aceptación y autodeterminación positiva de la colectividad. No es suficiente con que la comunidad acepte la expansión de las libertades burguesas, se requiere además que asuma la expansión de las libertades de “autoafirmación de la personalidad y la conciencia”; así como al estado le compete, también a la comunidad le corresponde proteger el “estatus” que elija cada quien.

Después de analizar las principales teorías, categorías y derechos indispensable para sustentar la posible viabilidad jurídica de optar por la mendicidad como libre opción de vida y, efectuado el proceso exploratorio de la jurisprudencia de mayor significación sobre mendicidad, modo de vida y libre empresa, corresponde en el presente apartado ocuparse de sopesar, cotejar y correlacionar en contexto de “libre opción por la mendicidad”, la implicaciones que conlleva asumir la mendicidad como “libre empresa”.

3.1 De la libertad económica y la libertad de empresa a la mendicidad como libre opción de vida

Según el análisis anterior la libertad económica forma parte del haz de libertades abarcadas por el principio constitucional de libertad, que nace y se desarrolla a partir de los aportes de la ilustración, en especial de las teorías de Adan Smith y David Ricardo, quienes la consideraron como concreción de las libertades individuales, pues surge de la iniciativa individual y, por tanto amerita la protección del estado, en cuanto le corresponde a éste garantizarle a cada persona el ejercicio de crear, mantener e incrementar su patrimonio económico.

Dentro del estado social de derecho, vigente en Colombia, a partir de la carta política de 1991, la libertad económica se considera pilar fundamental del derecho económico, de igual manera que la libertad de empresa y el de libre competencia (art, 333), delimitadas, eso sí por el bien común relacionado con el interés social, el medio ambiente y el patrimonio cultural de la nación, según lo determine el Estado como director general de la política económica (Colombia, Constitución política, art. 339).

Según, el artículo 333 de la constitución que establece los principios que orientan el ejercicio de la libre empresa, a saber: para establecer, instalarse y ejercer el derecho a la libre empresa a nadie se le puede exigir permisos previos ni requisitos que estén por fuera de la ley; salvo las relacionadas con el ejercicio bursátil y financiero (Colombia, Constitución política, art. 335 y 189 numerales 24 y 25). Y, también el derecho de ejercer y explotar la propia profesión,

supeditándose a lo que el artículo 78 de la constitución determina sobre seguridad, salubridad, higiene pública y control de publicidad.

El asunto del desarrollo y prelación de los derechos fundamentales de cara a los derechos humanos y al ejercicio de las libertades que implican, tiene que ver con las viejas y complejas tensiones entre: dependencia y libertad, individuo y sociedad, bienestar personal y bien común que, como se verá más adelante sirve para caracterizar las tendencias que enfatizan bien en la preponderancia del individuo respecto del estado o viceversa, así como de la economía con relación a las decisiones políticas que garanticen su desarrollo por medio de medidas regulativas no intervencionistas. En síntesis, para los tratadistas de los derechos económicos, el avance en su desarrollo debe ir aparejado con las transformaciones requeridas en lo constitucional, político y legal.

Razón por la cual la exigibilidad de un derecho económico depende de los contextos, de las posibilidades de cada uno de los estados, dado que no siempre estos cuentan con los recursos para cumplir con lo determinado en las cartas políticas. En el caso colombiano, valga la pena preguntarse cómo se establece la relación entre derechos y políticas, entre efectividad de los derechos y ejecución de las políticas, pues aunque en la carta de 1991, se amplía el abanico de los derechos económicos, el avance real no ha sido el esperado. Ante todo, porque dicho avance depende del grado en que se conozca la realidad y, se adopten medidas sostenibles y sustentables que afecten positivamente la vida cotidiana de las personas en lo económico, social y cultural.

La construcción del estado de derecho implica que además de llevar a cabo las políticas correspondientes, los jueces decidan en derecho y los protejan dándole mayor énfasis al desarrollo al derecho de propiedad, tal como lo concibe Sen (2007) en tanto “desarrollo integral de sí mismo”, “libre auto despliegue de las propias capacidades”, incluidas las posibilidades económicas.

Así como se ha dado notoria importancia a los derechos económicos vinculados con el goce de los servicios sociales, aunque no a los mecanismos por medio de los cuales las personas deberían luchar por estos ; así también, se requiere que se prevean las repercusiones que tiene el fortalecimiento y expansión, gradual y progresiva, de dichos derechos en la sostenibilidad presupuestal del estado, implementando procesos de planeación participativa conducentes a la generación de ciudadanía y a la eficacia de la democracia desde la localidad, según circuito de mutua implicación entre lo privado y lo público. Y, en el caso de los derechos económicos, teniendo en cuenta los condicionamientos que ejerce sobre lo político y las leyes, el modelo económico. De lo cual se deduce que a la institucionalidad, corresponde hacer efectivos dichos derechos, previendo las políticas, los mecanismos adecuados para lograrlo y, las estrategias para su desarrollo.

En síntesis, la significatividad, vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, requiere de estados que den preeminencia a las necesidades reales de la población, sin que esto suponga que deben adoptar mecanismos reguladores de las políticas implantadas por los intereses del mercado rentista. Pues, el giro hacia los derechos fundamentales, incluidos los sociales y económicos, implica que el estado reconozca en libertad y la justicia los

fundamentos de la democracia moderna, en tanto concretan el derecho a la vida y, lo vinculan con los otros derechos que la proveen, la salvaguardan, le permiten su desarrollo íntegro y, garantizan la satisfacción de sus necesidades reales.

3. 2 El estatus de la libertad económica y empresarial dentro del estado social de derecho y en relación con la globalización.

Como se vio con anterioridad la eficacia en el cumplimiento de los derechos económicos y sociales dentro del estado social de derecho depende, en buena medida, de que el estado cuente con los recursos para llevarlos a cabo. La aplicación de los derechos en la realidad depende, en cierta medida, de los intereses políticos y mecanismos de regulación que subyacen detrás de los derechos jurídicos. Sin embargo, el mayor configurador del estado regulador contemporáneo y, de su papel en la garantía de los derechos económicos y sociales es la economía rentista: brazo de expansión de la globalización; que promueve la compatibilidad de los derechos fundamentales con el estado social de derecho, empuja al estado replegarse tras la elaboración de leyes que protejan la economía rentista, garanticen la estabilidad jurídica, favorezcan la libre competencia y protejan la inversión extranjera. Mientras que los derechos económicos y sociales de los “otros” ciudadanos se orientan, facilitan y regulan, según los intereses del mercado.

Por consiguiente, dado el impacto que estas políticas tienen en la reconfiguración del estado social de derecho, es prioritario que éste, además de preservar los derechos civiles y

políticos enfatice, en los derechos económicos, sociales y culturales; sobre todo en la libertad económica de los individuos más desprotegidos.

3.3 Posible colisión entre principios fundamentales.

Para ahondar y, resolver de fondo las posibles colisiones que se presenten al optar por la mendicidad como modo de vida y empresa de subsistencia, cabe anotar que el fin del derecho es regular las acciones de las personas en la medida en la cual estas interfieran en el contexto vital y de actuación de otras personas, en este sentido la norma jurídica salvaguarda la reciprocidad y la correlación entre derechos y deberes, frente a lo que debería hacerse con relación a los demás. Nunca el derecho puede regular lo que debe hacer o dejar de hacer un individuo consigo mismo, a no ser que su conducta afecte a otras personas, caso concreto de la regulación vigente sobre el ejercicio de la mendicidad: “por sí mismo, por los propios medios corporales, para sí mismo” y, nunca empleando menores de edad ni en beneficio de terceros (Colombia, Corte constitucional, sentencia C-016/97). En consecuencia, el ejercicio de la mendicidad no es punible bajo ningún pretexto o doctrina: “peligrosista, preventivista o de bienestar social”, las cuales resultarían abusivas de la dignidad de las personas y del ejercicio de los derechos fundamentales (Colombia, Corte constitucional sentencia No. C-221/94); sustento del “personalismo” democrático.

El que se esgrima que: “se presenta inconsistencia en el hecho de que un individuo asuma personal y subjetivamente un medio rechazado socialmente, para lucrarse económicamente de éste mismo medio organizándolo al modo empresa o, que se exprese que existe colisión

entre la mendicidad, porque degrada la condición humana, dadas las implicaciones éticas de lucrarse de ella, no sigue que haya norma jurídica vigente que lo prohíba, a no ser en los términos que la jurisprudencia a determinado excluyendo a los menores de edad, ejerciéndolo en función de terceros o por medios que no sea por sí mismo”.

En relación a cómo puede un individuo aceptar, sin inconsistencia, una función de bienestar social en conflicto con sus propios valores y, sólo sea entendible cuando sus funciones de bienestar social representen preferencias de una clase, distintas de las que representan sus valores, se asume, en este caso que los valores son preferencias subjetivas y no preferencias éticas.

Ahora, bien tan poco puede alejarse que se atenta contra la propia dignidad humana si se permite dicha opción de hacer empresa, pues la dignidad es un valor previo y fundante de la libertad y del derecho al libre desarrollo de la personalidad⁸⁵.

De presentarse una colisión, le corresponde al estado llenar el vacío jurídico, de modo que se pueda sustentar la mendicidad como libre empresa, previendo que no se afecten los núcleos esenciales del derecho de libertad y el derecho a la libre empresa. Le compete también garantizar la transformación de una libertad negativa en una libertad positiva, aunque siempre se presenten omisiones de parte del estado, en consecuencia se presenta una situación de libertad jurídica perfectamente defendible⁸⁶. Sin embargo, quedan abiertos los siguientes

⁸⁵ A las personas les compete evitar los daños que el estado cause y gozar de los beneficios que le propicie, mientras se le aseguren los principios de inclusión, accesibilidad, disponibilidad y simultaneidad. Para Alexy (2001), la suma de las libertades es la “libertad”, real de la cual disfruta la persona

⁸⁶ Las libertades gozan de protección directa y subjetiva que no se pueden impedir (Alexy, 2012, pp. 190-191).

interrogantes ¿Qué le corresponde a la sociedad que no conlleve quitarle a los individuos de lo que necesitan para vivir una vida digna? ¿Hasta dónde hay libertad real si de entrada lo económico marca las posibilidades de su goce real?

3. 4 La libre opción por la mendicidad como modus vivendi tiene que ver con la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad.

El hecho de poder elegir y construir un proyecto de vida según el sentido que se le quiera dar, forma parte de la autonomía que el estado reconoce y salvaguarda en cada caso concreto, sin imponer más regulaciones que aquellas que eviten interferir en la autonomía de las otras personas. Dicha postura de parte del estado conlleva el reconocimiento del mundo privado y de la dimensión ética de los individuos, de su capacidad para elegir, valorar, optar y comprometerse, en resumidas cuentas para responder por sus actuaciones personales (Colombia, Constitución política, art. 16).

Si con base en el positivismo y en el proteccionismo jurídico, anterior a la constitución de 1991, se tomaron medidas punitivas contra los méndigos, a quienes se les asimiló con ladrones, vagos, drogadictos y alcohólicos y, por consiguiente se les recluyó en sanatorios y colonias agrícolas sin su consentimiento y libre decisión; medidas que en el actual régimen constitucional y jurídico resultan violatorias de las bases fundamentales de la democracia social de derecho; también, habrá que considerar que, aún si desde una postura proteccionista, de “bienestar social” y “perfeccionista”, se promoviera el trabajo como “virtud” deseable y exigible por el “bien común”, dicha medida resultaría de igual manera violatoria del derecho

de autonomía y libre desarrollo de la personalidad, pues, aún bajo el pretexto de buscar lo “mejor”, no se puede imponer “*modus vivendi*”, en contravía de la libre elección de las personas.

Al insistir la Constitución vigente en el “libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que impone el ordenamiento jurídico”, en tanto que cada persona es “un fin en sí misma”, capaz de actuar de manera autónoma, de decidir y elegir en coherencia con el rumbo que dé a su vida (Colombia, constitución Política, Art. 1.), según el “horizonte amplio de libertades de las cuales pueden disfrutar todos los otros”. Surge, entonces la pregunta sobre ¿Cuál es el núcleo esencial de la autonomía individual y del libre desarrollo de la personalidad?, regulados como derechos por los derechos de los otros.

Cabe inferir que, ante todo es un derecho genérico aplicable en todos los campos del actuar humano, lo cual lo hace expansivo y dinámico, dentro del orden jurídico constitucional, marco dentro del cual es legítimamente regulado (Colombia, corte constitucional, sentencia T-532 de 1992), pues, la Carta Política reconoce que es propio del ejercicio de la autodeterminación, “el escoger libremente dentro de las opciones y circunstancias posibles, aquellas que le dan sentido a la propia existencia, le permiten la realización personal y la auto-regulación del plan de vida” (Colombia, corte constitucional, Sentencia T-429 de 1994, Art. 7 y 16). Así, las condiciones que posibilitan el libre desarrollo de la personalidad forman parte del núcleo de éste derecho.

La mendicidad como libre opción de empresa, se deslinda de la pobreza entendida del modo tradicional y se abre a otras indagaciones acerca de la naturaleza de lo económico y lo empresarial.

3.5 El principio de solidaridad y la mendicidad.

Desgastado el estado de bienestar en la burocratización y en la corrupción, e incapaz el neoliberalismo de garantizar la equidad, la redistribución y el pleno empleo, se hace perentorio idear nuevas alternativas de solidaridad que, salvaguarden la autonomía de los sujetos, a la par que promuevan la corresponsabilidad de los ciudadanos aparejada con la responsabilidad del estado social de derecho.

Por eso, ahora nos detenemos en el principio solidaridad jurídica, que junto con los de dignidad, igualdad, libertad, autonomía y libre empresa, sirven de fundamento a la corresponsabilidad entre el estado y los ciudadanos, de los ciudadanos entre sí y, posibilitan la organización de la convivencia y, la redistribución de los beneficios, de acuerdo con las necesidades de los ciudadanos y las posibilidades presupuestales del estado.

Por su naturaleza jurídico-relacional, el principio de solidaridad, desborda el ámbito de lo moral o filantrópico, la conmiseración religiosa y asistencialista y, se proyecta más allá de la precariedad: “a garantizar la vida digna y buena” de quienes hacen parte de la democracia social de derecho (De Lucas, 1996). Comparte dicho principio la evolución histórica, cultural y social que han sufrido las categorías de libertad, mendicidad y libre empresa, desde posturas

iniciales abstractas, genéricas, totalitarias y deductivas; a concreciones específicas, diferenciadas, contextuales y acordes con la concepción de ciudadano de cada momento (De Lucas, 1996)⁸⁷.

⁸⁷ De Lucas (1996), recoge los aportes de Marshall, T.H (1963) y Titmuss, R.M (1963); para enfatizar en la corresponsabilidad y reciprocidad en la contribución al bienestar de todos, pues la ciudadanía nos hace mutuamente pertenecientes y, al estado lo obliga a satisfacer las necesidades de sus ciudadanos, al menos a garantizar los medios para que los derechos no se queden en la abstracción. La opción por la mendicidad como libre empresa, no se resuelve invocando los derechos del estado o el orden la sociedad, sino la obligación del estado a respaldar la libre iniciativa de quien considera que el ejercicio de la mendicidad le provee para la satisfacción de sus necesidades y, le posibilita el goce del derecho a la libre empresa.

IV CAPÍTULO

4. Conclusiones de la investigación.

Del desarrollo conceptual de “la libertad” efectuado en el primer capítulo se concluye que la misma se puede resignificar en función del objetivo de ésta investigación desde al menos tres perspectivas: la libertad negativa y su influjo en el contrato social; la libertad reflexiva y las condiciones justas y, la libertad social y la responsabilidad con los otros.

En cuanto a la libertad negativa⁸⁸ y la diferenciación con la libertad positiva, de las referencias hechas a Issaih Berlín y a Norberto Bobbio, se podría concluir que: al ser la libertad negativa, la fundadora de la democracia moderna, en tanto propugna por la norma como limitadora de los excesos y posibilitadora de los horizontes de acción, ayuda a identificar para la opción de la mendicidad como libre empresa, los límites que la normatividad vigente a impuesto: “que sea ejercida directamente por el propio beneficiario, nunca en favor de terceros y, excluyendo siempre la utilización de menores de edad.

En cambio, para N. Bobbio la libertad es solo una y, por consiguiente la libertad “positiva” permite concebir otros significados y posibilidades de acción libre. Cabe subrayar, que la

⁸⁸ La evolución del contenido y el impacto que la libertad negativa tendría hacia el futuro no fue previsto por Thomas Hobbes, según lo afirma Honneth (2014), Como evolución de la libertad natural, sin que se haya necesidad de plantearse el fin de la misma y, con solo tener en cuenta que esta sirva a la realización de los deseos de los sujetos sin impedimentos externos, de modo tal que los individuos cuenten con un horizonte de posibilidades de lo “propio” e identitativo. Y, no estén supeditados a objetivos previos que la determinen o respecto de los cuales el actuar con libertad tenga que ser ponderado. Si lo que en un principio busca T. Hobbes es la libertad de cultos; con el posicionamiento del individualismo moderno lo que acentúa la libertad negativa es la posibilidad de que el plan de vida se lleve a cabo sin mayores restricciones, solo con éste que sea compatible con los objetivos de vida de los demás individuos. El tipo de libertad negativa, así concebida no corresponde a los supuestos filosóficos de la antigüedad ni del medioevo, al decir de Honneth (2014, p.47).

libertad “negativa”, dio pie a la libertad como propia auto-determinación; pero no dio cabida a la participación del ciudadano en la construcción de sus parámetros jurídicos y sociales ni a la crítica y aceptación de las restricciones impuestas para su seguridad por las instituciones.

Otro de los ejes entorno al cual se articulan los aportes sobre la libertad y aún sobre la libre empresa, es el eje de la libertad reflexiva, entendida como la conciben los antiguos, en tanto expresión del propio juicio interior o voluntad de la persona⁸⁹. Kant retoma el concepto de libertad como auto legislación, propuesto por Rousseau y lo enriquece desde la racionalidad que busca “que las intenciones que mueven a la acción se puedan convertir en ley universal”⁹⁰, en consecuencia somos libres si al actuar nos guía la ley moral fruto de la voluntad individual guiada por la razón.

Pero, el asunto de la libertad reflexiva, cuyo precursor es Rousseau, se complica cuando siguiendo a Kant, se afirma la libertad como autodeterminación y por consiguiente la justicia tiene que ver con los medios sociales que lo facilitan en los mismos términos de respeto para todos; frente a la libertad como autorreflexión que conduce a lo auténtico y por consiguiente al “proceso” que lo hace posible: la concreción de los acuerdos colectivos que permiten

⁸⁹ El autor hace la aclaración de que la llamada por él libertad reflexiva corresponde a aquella que Isaiah Berlin denomina libertad “positiva”. La misma es inspirada por Rousseau como expresión externa de la voluntad autónoma y no por los apetitos. Anticipada por éste en el “contrato social”, pero desarrollada en extenso en el Emilio o de la educación. La capacidad de discernir enriquece la reflexibilidad de la libertad al evitar que las acciones sean fruto de la imposición externa subrayan la necesidad de la autodeterminación o autonomía. En el caso de la libertad guiada por la voluntad recta que nace del deseo, en Rousseau, lo que se busca es la autorealización que conduce a la autenticidad (pp. 55-56). Más adelante con K. Appel y J. Habermas, el sujeto trascendental se descentrará y pasará al sujeto colectivo fruto de la intersubjetividad. Por consiguiente se pasa de la libertad autoreflexiva y monológica de Kant a la libertad fruto de la conversación intersubjetiva en Habermas.

⁹⁰ Honneth (2014), recoge así los aportes de Kant en: “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, pues el imperativo categórico se basa en que las personas son fines y nunca medios, merecedoras del máximo respeto. Más adelante F. Hegel y C. Marx harán notar como estas doctrinas de soluciones abstractas y de razonabilidad circular, atrapadas en los procedimientos y en la multiplicidad de opciones individuales (p.80) pues se piensa como libre la subjetividad interna, pero no se avanza hacia la concreción de las condiciones e instituciones externas que la hacen posible.

“construirlo” en cada momento histórico⁹¹. Sin embargo, ninguno de los modelos de la libertad reflexiva: auto-legislación-autodeterminación-voluntad y autorreflexión-deseo-autenticidad, desarrollan lo suficiente el papel que cumple la sociedad y la propuesta de justicia que se faciliten dichas libertades (Honneth, 2014).

Sin embargo, a la libertad interpretada solo como capacidad, como facultad, es decir en el ámbito subjetivo, le hacen falta las condiciones objetivas que la posibiliten de manera externa, en la sociedad, de cara al “reconocimiento de los otros” mediadas por las instituciones (Honneth, 2014)⁹², a las cuales F. Hegel considera como el espacio en que convergen las diversas prácticas de ethicidad moderna (Honneth, 2014)⁹³, considerado como el contexto social, dentro del cual las instituciones encarnan, regulan y posibilitan el derecho y la justicia.

Del análisis efectuado en el apartado primero del capítulo uno se concluye que aparejado al proceso de construcción de la identidad del sujeto moderno, desde hace trescientos años, avanza a la par el proceso de integración y solapamiento de las ideas de justicia y autonomía individual, en el sentido de que el núcleo central de los valores de la sociedad y la democracia modernas lo ocupa la libertad-autonomía y, que entorno a dicho núcleo giran los valores relacionados con el “orden natural”, con la conquista de la “interioridad”, con las implicaciones de la vida comunitaria y, con la autenticidad de los sujetos (Honneth, 2014). Evolución siempre tensionada entre lo “mejor para el individuo” y, las “condiciones socio-

⁹¹ Como se vio al tratar de los utilitaristas estos hacen de la auto-realización individual el parámetro de lo justo. Pero también hay autorrealización colectivista al estilo de las propuestas republicanas de Michael Sandel.

⁹² Que tanto para Hegel como para Marx en la medida en que encarnan y facilitan la libertad intersubjetiva.

⁹³ Patrones previos del actuar social que legitiman o institucionalizan dichas prácticas.

históricas” que lo hacen posible; pues al “avanzar el contenido de la libertad” de los sujetos, irremediablemente, las condiciones y las reglas que la posibilitan demandan actualizarse; hasta llegar al acoplamiento entre la idea de libertad y la idea de justicia de las democracias modernas.

Los modos como las condiciones sociales hacen posible que la libertad se concrete y exprese de manera autónoma, corresponde al orden justo requerido para que los individuos sientan que se les garantiza la protección, la realización y la autonomía.

Sin embargo, por la preponderancia del libre mercado sobre la política económica y, del empoderamiento del “mercado financiero” para irrumpir y constreñir el espacio vital de los individuos a favor de los intereses del capital; parece que el estado haya renunciado a la obligación que le corresponde para regular, legitimar e intervenir el mercado, a favor de la libertad social. En consecuencia, lo económico se auto-regula y, regula la concreción de las libertades del individuo, supedita la subsistencia de éste a los intereses del mercado laboral. Razón por la cual, las personas se ven impelidas a adoptar estrategias de auto-optimización, a auto-mercantilizarse como individuo y, a recurrir a modos de subsistencia de auto-aprovechamiento. El impacto del mercado des-socializa la integración anunciada de autonomía y justicia; pierde lo económico el carácter de “institucionalidad social”; orienta la búsqueda de lo óptimo hacia la rentabilidad del mismo capital y, no hacia el bien común (Honneth, 2014).

4.1 En relación con los objetivos de investigación ¿Cuáles son las condiciones que el estado debe garantizar a quien opta por la mendicidad como libre empresa?

Para concluir acerca de las garantías necesarias para que la mendicidad se pueda ejercer como libre empresa, debe tenerse en cuenta el capítulo II, sobre los hechos jurídicos o realidades empíricas, pues la realidad de la libertad, en concreto de la libertad de empresa, en la democracia social de derecho, se circunscribe a la ethicidad democrática, es decir, a la validez de los principios sobre los cuales se fundamentan las “instituciones” legalmente establecidas en Colombia, producto de la voluntad política que demanda:” reciprocidad”, “autonomía” , “satisfacción de las necesidades” ⁹⁴, respeto a la dignidad humana, trato igualitario y libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto al derecho a optar por los medios de subsistencia o libertad básica, para Hart y Rawls se hace cada vez más significativo contar con los medios para ejecutarla, de manera frecuente, asequible y amplia; pues dichos medios juegan papel preponderante en la opción autónoma por la mendicidad como libre empresa⁹⁵.

4.2 Se cuenta con el marco legal para ejercer la mendicidad como libre empresa.

Como se concluyó con anterioridad “las percepciones que se tienen sobre la mendicidad evolucionan de cara a una cosmovisión dominante, a la idea que se tenga de pobreza, de

⁹⁴ Consolidado el espacio público, como el lugar de la actividad pública donde los derechos son protegidos, la expresión de nuevas actuaciones es garantizada y el foro entre lo “privado” y “lo estatal” es permitido, los ciudadanos cuentan con una zona de actuación, protegida, incluyente, garante de igualdad, la solidaridad y la corresponsabilidad pública.

⁹⁵ Cfr. Pettit (2012).

bienestar y comodidad. También los estamentos sociales diversos multiplican las posibles miradas filantrópicas, terapéuticas, previsionistas, proteccionistas sobre la pobreza; cargadas siempre de subjetividad” (Villarespe, 2002).

“Para algunos la mendicidad forma parte de lo cotidiano de la sociedad; para otros la mendicidad brota donde hay carencia de regulación estatal sobre ocupación y salarios. El concepto de mendicidad es relativo, depende de los modos como se conciba el desarrollo humano y, en el caso concreto de las consecuencias de la integración entre la autonomía y la justicia, en la democracia social de derecho.

En el cuadro 2.2.1, de la presente investigación, se recoge la jurisprudencia actual sobre la mendicidad, en la cual se constata que no es contravención (decreto 100 de 1980), por consiguiente no es un delito (Colombia, Corte constitucional, Sentencia C-040/2006). Es un hecho social que demanda atención del estado y creatividad en las soluciones (Colombia, Corte constitucional, sentencia C. 016/97 y 1068/02); se prohíbe la utilización de menores, ley 599 de 2000, art 231 o ejercerla en favor de terceros. De lo cual se infiere que se puede ejercer como libre empresa.

4.3. Se cuenta con el marco “ético” y los principios que fundamentan el ejercicio de la mendicidad como libre empresa.

El ejercicio de la mendicidad como libre empresa, en los términos legales vigentes en la actualidad, respeta el núcleo esencial del ejercicio de la libre empresa, respeta la soberanía moral del sujeto y se acoge a la regulación pública, tal como se consignó, en esta

investigación en el cuadro (2.1.5) sobre libre empresa. De modo tal que la dignidad humana se salvaguarda como principio, tanto el libre desarrollo de la personalidad, la exigibilidad y la justiciabilidad, como se analizó en el capítulo II de este trabajo, en relación con los artículos (333, 334 y 335 de CPC) y con la dinámica evolutiva del núcleo de principios y valores, en torno a la integración entre autonomía y justicia, según los aportes de Hart (2006) y Rawls (1995).

Referencias Bibliográficas

CAPITULO 1

Aixalá, José; Fabro, G. y Simón, Blanca. (2004). Libertad económica, libertades civiles, derechos políticos y crecimiento: un análisis de causalidad. España, Universidad de Zaragoza, Departamento de Estructura, Historia Económica y Economía Pública.

Alexy, Robert. (1997). Justicia como Corrección (Ines Haquin, trad.). *Razón Práctica*, 9, pp. 103-113. Universidad Christian. Albrecht de Kiel.

Alexy, Robert. (2001). *Teoría de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, Robert. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales* (Carlos Bernal Pulido, trad.). Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales.

Alexy, Robert. (2012). *Teoría de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de estudios políticos y constitucionales.

Bello, Eduardo. (1990). *Isegoria* (2). Universidad de Murcia, pp. 139-141.

Berlin, Isaiah. (1988). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Madrid: Alianza Universitaria, pp. 187-243.

Berlin, Isaiah. (2005). *Dos conceptos de libertad y otros escritos*. Filosofía. Madrid: Alianza Editorial, 160 páginas. José María López Jiménez (Comp.)

Berlín, Isaiah. (2006). *La tradición de la libertad*. Ciudad de México: Fondo de cultura económica, pp. 49-51.

Bernal, Carlos. (2008). El derecho de los Derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 95-97

Bjarne, Melkevik. (2006). Rawls o Habermas. *Un debate de filosofía del derecho (42)*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Bobbio, Norberto. (1993). *Igualdad y Libertad*. Madrid: Paidós. (Aragón Rincón, trad.).

Bobbio, Norberto. (2003). *Teoría general de la política*. Madrid: Trotá.

Botero Bernal, Andrés. (2005). Una aproximación histórica-filosófica al pensamiento de David Hume: sus ideas acerca de la justicia, lo propiedad y lo judicial. *Anuario mexicano de historia del derecho (XVII)*. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/17/cnt/cnt3.htm>

Carrillo, Yesid (2009). *Temas y problemas de la filosofía del derecho*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Colombia (2013). Constitución Política. Bogotá: Legis.

Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-881/02. Principio de dignidad humana. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre.

Correas, Oscar (comp). (1989). El otro Kelsen. México: UNAM p. 240. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/970/4.pdf>

Defoe, Daniel (1970). Giving Alms no Charity. Ujuzibooks. Recuperado de <http://ujuzi.com.ng/books/storage/books/files/de160bcc0e29d3617f7b91bd86667c91.pdf>

Engels Federico (1986). *Del socialismo Utópico al socialismo científico*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Godwin, William (1793). An essay on the principle of population, as it affects the future improvement of society, with remarks on the speculations of. London, ed J. Johnson.

Godwin, William (1793). Enquiry concerning political justice and its influence on modern morals and happiness. En: The powers of Man Considered in social capacity, capítulo 1.

Gómez Chafaron, José. (2010). Diez lecciones sobre Kant. Trotta, p. 65-66.

Habermas, Jürgen. (1989). *El discurso filosófico de la modernidad*. Madrid: Editorial Taurus.

Hart, H.L. (2006). Derecho, libertad y moralidad (Dykinson, trad.). Madrid. ISBN 84-9772-949-8.

Himmelfarh, Gertrude (1998). La idea de la Pobreza. Inglaterra a principios de la era Industrial, México, Fondo de cultura económica.

Hume, David. (1984). Tratado de la naturaleza Humana. (Félix Duque, trad.). *Orbis*, Tomos I, II y III. Buenos Aires.

Ignatieff, Michael. (1999). Isaiah Berlin, su Vida. Taurus, pp. 274-275.

Kant, Immanuel. (2013). Grundlengung zur Metaphysik der Sitten [*Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*]. (Manuel García Morente, trad.). Centaur Editions. (Obra original publicada en 1785).

Kelsen, Hans. (1992). Esencia y Valor de la Democracia. Ed. Colofón, México, pp 16-26.

Kelsen, Hans. (1994). *¿Qué es la Justicia?*. (Ernesto Garzón Valdés, Trad.), México: Ed. Fontamara, pp. 84-85.

Kelsen, Hans. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. UNAM. México, pp. 341-342.

Kenneth J., Arrow y Sütovsky, Tibor. (1955). El bienestar cardinal, la ética individualista y las comparaciones interpersonales de utilidad. *Ensayos sobre economía del Bienestar*. Artículo publicado originalmente en *The Journal of Political Economy*, 63,

Kramer, Grant, Colburn, Pettit & Hatzistavrou A. (2012). *El Legado de H.L.A Hart*. España, Madrid, Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, pp. 271-273.

Lévinas, Emmanuel. (2000). *Ética e infinito*. Madrid: Machado Libros, S.A.

Mandeville, Bernard. (1982). *La Fábula de las abejas o los vicios privados hacen la prosperidad pública*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Marshall, Alfred. (1890). *Principles of Economics: An Introductory*. Libro I, Capítulo I.

Marx, Carlos (1857). *Introducción general a la crítica de la economía política*. *Cuadernos pasado y presente*, (1), 3 Ed. Buenos Aires, Julio de 1970.

Mill, James (1844). *Elements of Political Economy*. Tercera edición. Londres.

Marx, Carlos. (1973). *El Capital*. (W. Roces, Trad.). Tomo I, Sexta Reimpresión. México D.F.: Fondo de Cultura económica.

Mill John Stuart. (1951). *Principios de Economía*. México. Fondo de cultura económica.
Recuperado de <http://melbe-con.unimelb.edu.au/het/mill/book4/bk4ch02>.

Mill, John. (1997). *Sobre la Libertad* (Azcárate, trad.). Madrid: Alianza. (Obra original publicada en 1859).

Nagel, Thomas (2005). Rawls y el liberalismo. *Estudios Públicos* (97). Con las debidas licencias y permisos de Cambridge University Press, del original: Rawls and Liberalism, en Samuel Freeman (ed.). *The Cambridge Companion to Rawls* (Cambridge University Press, 2003).

Nussbaum, Martha (2006). *La Frontera de la Justicia*. Barcelona: Paidós.

Nussbaum, Martha. (2012). *Crear Capacidades*. Barcelona: Paidós.

Patterson, Orlando. (1995). *La libertad, la libertad en la construcción de la cultura de Occidente*. Santiago de Chile: Ed. Andrés Bello.

Peces-Barba, Gregorio. (2004). Los derechos Humanos en Norberto Bobbio. *Claves* (144).

Madrid: Promotora Central de Revistas, pp. 44-47.

Petit, Hatzistavrou, Kramer, M. H; Grant, B. Colburn. (2008). The Legacy of H. L. A. Hart:

Legal, Political, and Moral Philosophy. *Philosophy in Review* XXX. Oxford: Oxford

University Press.

Petit, Philip (2012). Las libertades Básicas. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y

sociales

Quinn, Michael (comp.). (2001). Writings on the Poor Laws, vol. 1, En The Collected Works

of Jeremy Bentham, Clarendon Press, Oxford University Press.

Rawls, John. (1995). Liberalismo Político. Facultad de derecho de la UNAM. México D.F.

Rawls, John. (1996). Liberalismo Político y libre opción de vida. México. Fondo de Cultura

Económica.

Rawls, John. (2001). El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública. Madrid:

Paidós.

Ricardo, D. (1956). *Principios de economía política y tributación*. Madrid: Ediciones

Pirámide.

Rodriguez Zepeda, Jesús. (2004). El igualitarismo radical de John Rawls. *Revista internacional de filosofía política (RIFR)* (23). Madrid. pp. 34-50.

Sandel, Michael J. (2013). *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?* Bogotá: Editorial Debate.

Santo Tomas, *Summa theologiae. I-II, q. 47 a.a. 1ss; q. 51, aa. 1ss*

Sen, Amartya (1999), *Development as Freedom*. Anchor Books, Random House, Inc. New York.

Sen, Amartya K (2007). *Elección Colectiva y bienestar Social*. Madrid: Editorial Alianza.

Sen, Amartya. K (1998). “Capacidad y bienestar”, en Nussbaum, Martha y Sen,. (Comps). *La Calidad de Vida*. México: Fondo de cultura económica.

Stephen, Leslie (1900). *The English Utilitarians*; III Vols., Nueva York, G.P: Putnamis sons. Recuperado de: <http://www.mebbecon.unimelb.edu.au/het/stephen/stephen1.html>

Villarespe, Verónica (2002). *Pobreza, teoría e historia*. México. Instituto de investigaciones económicas, UNAM, p.14. Recuperado de: <http://ru.iiec.UNAM.MX/1947/pobrezateoriahistoria>

Woolf Stuart. (1989). *Los Pobres en la Europa Moderna*. Barcelona: Editorial Crítica

CAPITULO 2

Castel, Robert. (2003). *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salario.*

Argentina. Buenos Aires: Paidós.

Castro Blanco, Elías (2011). El Derecho como positivación fáctica de exclusión frente a los vagos en Colombia. Bogotá; Universidad Libre, *Diálogos de Saberes* (34), Enero-Junio.

Colombia, Corte Constitucional. (1992). sentencia T 425 de 1992. Magistrado: Ciro

Angarita Barón. Santafé de Bogotá, D.C., 24 de junio de 1992

Colombia, Corte Constitucional. (1993). Sentencia T-376 de 1993. Magistrado Ponente: Dr.

José Gregorio Hernández Galindo. Santafé de Bogotá, D.C., siete (7) de septiembre.

Colombia, Corte Constitucional. (1995). Sentencia C-524 de 1995, Exequibilidad del

artículo 19 de la ley 30 de 1986. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de noviembre.

Colombia, Corte Constitucional. (1997). Sentencia T-046 de 1997. Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de febrero.

Colombia, Corte Constitucional. (1997). sentencia T-375 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, D.C., a los catorce (14) días del mes de agosto.

Colombia, Corte constitucional. (1998). sentencia C-182 de 1998. Magistrados Ponentes: Dr. Carlos Gaviria Díaz Y Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Santa Fe de Bogotá, D.C., a los seis (6) días del mes de mayo.

Colombia, Corte Constitucional. (1999). Sentencia T- 177. Inaplicación de norma reglamentaria en salud. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Colombia, Corte Constitucional. (2002). sentencia C-1068 del 2002. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 231 (parcial) de la ley 599 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil dos (2002)

Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-1118 de 2002: derecho a la igualdad- Discriminación por no cotización póliza de accidentes a grupo discapacitado. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre.

Colombia, Corte Constitucional. (2002). Sentencia T-881/02. Principio de dignidad humana.

Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Bogotá D.C., diecisiete (17) de octubre.

Colombia, Corte constitucional. (2006). Sentencia C-040/06. Magistrado Ponente: Dr. Jaime

Araujo Rentería. Bogotá, D. C., Primero (1) de febrero de dos mil seis (2006).

Colombia, Corte Constitucional. (2008) sentencia C-1008 del 2008. Demanda de inconstitucionalidad: de los numerales 1 y 2 del artículo 4° de la Ley 232 de 1995.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C., octubre 15 de 2008.

Colombia, Corte Constitucional. (2010). Sentencia C-228 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9, 11, 12, 13, 22 y 25 (parcial) de la Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Colombia, Corte Constitucional. (2011). Sentencia C-263 del 2011. Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo 2° del artículo 13 de la Ley 1101 de 2006 “por la cual se modifica la Ley 300 de 1996. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D. C., seis (6) de abril.

Colombia (2013). Constitución Política, Bogotá, Legis.

D. Felipe V. (1733). “Observancia de ciertas leyes”. En Novísima recopilación de las leyes de España. Elderean / Biblioteca de la facultad de derecho y ciencias del trabajo de la universidad de Sevilla. Recuperado de: <http://es.scribd.com/doc/26709295/Novisima-recopilación-de-las-leyes-de-España-T-5-1805>

Hayek, F. V. (1982). *Los fundamentos de la libertad*. Madrid: Unión Editorial.

Hensel, Franz D. (2006). *Vicios, Virtudes y educación moral en la construcción de la república, 1821-1852*. Colombia, Bogotá: Ediciones Uniandes.

Rivadeneira Frisch, Juan. (2009). *Economía social de mercado*. Quito. Fundación Konrad Adenauer.

CAPITULO 3

Alexy, Robert. (2001). *Teoría de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales

Alexy, Robert. (2012). *Teoría de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centros de estudios políticos constitucionales.

Colombia, Corte constitucional. (1992). Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Santafé de Bogotá, D.C., Septiembre 23 .

Colombia, Corte constitucional. (1994). Sentencia No. C-221/94. Despenalización del consumo de la dosis personal. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

Santafé de Bogotá, D.C., a los cinco (5) días del mes de mayo.

Colombia, corte constitucional (1994). Sentencia T-429 de 1994. Magistrado Ponente:

Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá D.C., a los 29 días del mes septiembre.

Colombia, Corte constitucional. (1997). sentencia C-016/97. Demanda de

inconstitucionalidad contra los artículos 23, 24 y 25 del decreto 522 de 1971.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C, enero veintitrés (23).

Colombia (2013). Constitución Política, Bogotá, Legis.

De Lucas, Javier (1996). La obligatoriedad de un servicio social y los deberes de

solidaridad. *Cuadernos de trabajo social*, (9), pp. 153-186. Editorial Universidad

Complutense. España, Madrid. Recuperado de

<http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS9696110153A/8361>

Nussbaum, Martha (2006). La Frontera de la Justicia. Barcelona: Paidós.

Pettit, Philip (2012). *Las libertades Básicas*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales

Sen, Amartya K (2007). *Elección Colectiva y bienestar Social*. Madrid: Editorial Alianza

CAPITULO 4

Colombia, Corte constitucional. (1997). Sentencia. 016/97. Demanda de
inconstitucionalidad contra los artículos 23, 24 y 25 del decreto 522 de 1971.

Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Santafé de Bogotá, D.C, enero
veintitrés (23).

Colombia, Corte constitucional. (2002). Sentencia 1068/02. Demanda de
inconstitucionalidad contra el artículo 231 (parcial) de la ley 599 de 2000. Magistrado
Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre.

Colombia, Corte constitucional. (2006). Sentencia C-040/06. Magistrado Ponente: Dr.
Jaime Araujo Rentería. Bogotá, D. C., Primero (1) de febrero.

Colombia (2013). *Constitución Política*, Bogotá, Legis.

Hart, H.L. (2006). *Derecho, libertad y moralidad* (Dykinson, trad.). Madrid. ISBN 84-9772-
949-8.

Honneth, Axel. (2014). *El derecho de la libertad*. Esbozo de una ethicidad democrática.

Buenos Aires: Katz editores

Pettit, Philip (2012). *Las libertades Básicas*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales

Rawls, John. (1995). *Liberalismo Político*. Facultad de derecho de la UNAM. México D.F.

Rawls, John. (1996). *Liberalismo Político y libre opción de vida*. México. Fondo de Cultura Económica

Rawls, John. (2001). *El derecho de gentes y una revisión de la idea de razón pública*. Madrid: Paidós