



Libertad individual, salud y habitantes de la calle*

Individual freedom, health and homeless people

{ Iván Astwood }**

* Recibido: 31 de agosto de 2017. Aceptado: 31 de octubre de 2017.

** Licenciado en Filosofía y Letras de la Universidad Santo Tomás de Aquino. Abogado de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante de cursos intensivos para Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. DOI: <https://doi.org/10.18601/25390406.n2.04>

RESUMEN

El reconocimiento de la salud en el contexto de las personas que habitan en la calle plantea un conflicto entre la obligación estatal de garantizar el acceso a este derecho en igualdad de condiciones y el ejercicio del derecho a la libertad individual. Esto supone un análisis de la idea de igualdad establecida en la Constitución Política en relación con los principios en los que se basan los fines del Estado y, en particular, con la noción de justicia en la que se inspira el orden jurídico.

PALABRAS CLAVE:

Igualdad; salud; habitabilidad de la calle; derechos y principios fundamentales

ABSTRACT

The recognition of health in the context of people that lives in homelessness condition rises a conflict between the State's obligation to guarantee access to this right under equal conditions and the exercise of the right to individual freedom. This implies an analysis of the idea of equality established in the Political Constitution in relation to the principles on which the aims of the state are based, and in particular, with the notion of justice in which the legal order is inspired.

KEYWORDS:

Equality; health; homelessness; fundamental rights and principles.

INTRODUCCIÓN

En 1991 se convocó a una Asamblea Nacional Constituyente que dio origen al modelo de Estado que hoy existe en Colombia. Mediante este hecho político se hizo el tránsito de un Estado de derecho fundado en Dios y en la ley, a un Estado social de derecho “laico” orientado por principios, valores y derechos fundamentados en la idea de dignidad humana. De este modo se incorporó a la estructura constitucional un catálogo de derechos de primera, segunda y tercera generación que a partir de entonces ha hecho posible la creación y el desarrollo de un marco jurídico apropiado para garantizar todas aquellas facultades relacionadas con valores como la vida, la prevalencia del interés general sobre el particular, la solidaridad, el pluralismo y la participación ciudadana, entre otros. El texto del artículo 1.º de la Constitución Política lo describe así:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.¹

De lo anterior, se desprende que la acción del Estado debe orientarse a garantizar las libertades fundamentales de los ciudadanos, no solo absteniéndose de intervenir en su individualidad, sino, además, contrarrestando las diferencias sociales para hacer posible que todos se desarrollen como personas. Así puede inferirse de un fragmento del texto de la Constitución Política que hace referencia a los fines esenciales del Estado:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.²

Cabe anotar, que los dos textos hasta aquí citados describen principios establecidos por la Asamblea que da origen a la nueva Constitución, fundamentales para desarrollar los derechos de primera, segunda y tercera generación. En este

1 Colombia, Constitución Política (1991), art. 1.

2 Constitución, art. 2.

sentido, la igualdad es uno de los ámbitos necesarios para que los individuos puedan desarrollar su dimensión personal, como lo establece la Constitución y lo desarrollan diferentes jurisprudencias nacionales. Se trata de un derecho de primera generación que tiene como base la dignidad humana y que exige al Estado una doble labor: por un lado, lo obliga a proporcionar las condiciones suficientes para lograr que esta igualdad sea efectiva y, por otro, le exige proteger a las personas que por su condición se encuentran en situaciones de inferioridad o desigualdad:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.³

Una estructura como la descrita hasta acá, sugiere la idea de los principios formulados por John Rawls en la *Teoría de la justicia*:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.⁴

Lo anterior significa que no basta con garantizar la igualdad en el acceso a los derechos para todos en forma equitativa, sino que además es necesario asegurar que las desigualdades sociales sean válidas solo bajo la condición de que favorezcan a todos, especialmente a los menos favorecidos. En este esquema es posible suponer que habrá momentos en que aparezcan conflictos entre libertades fundamentales o entre principios y libertades o incluso entre derechos que puedan o no tener el mismo rango constitucional o legal.

Ahora bien, en diferentes ámbitos, pero en particular, en lo que se refiere a libertades fundamentales, Colombia ha evidenciado históricamente diversas dificultades sociales, culturales y económicas de alto impacto y difícil solución.

3 Constitución, art. 13.

4 John Rawls, *Teoría de la justicia* (México: Fondo de Cultura Económica, 1979), 82.

Dentro de este gran catálogo de apremios, la pobreza es una de las situaciones que más problemas asociados evidencia: uno de ellos se refiere a la población marginal denominada “habitantes de la calle”, que ha estado presente en la sociedad colombiana incluso desde antes de que se configurara el Estado como cuerpo legítimamente constituido. En la época de la colonia la mendicidad ya era un problema social, con la diferencia de que, en ese entonces, el Estado no se ocupaba de la salud o el bienestar de este grupo social ni, en general, de la gente en situación marginal. Así lo relata Julián Vargas Lesmes en *La sociedad de Santa Fe colonial*.

Durante gran parte de la época colonial, la protección del desvalido social fue una tarea emprendida por particulares. Cofradías, hermandades, gremios y limosnas ayudaban al menesteroso y a las personas necesitadas en casos de emergencia. Estas formas de asistencia, corrientes en sociedades menos complejas, protegían al prójimo en esta vida y en la otra. Capitales cedidos por particulares eran consagrados al amparo del necesitado, cuidado que tenía una aceptación más amplia de la actual, pues la noción de “necesidades básicas” abarcaba el cuidado del cuerpo, la moral y el alma. [...] Los seres excluidos del “cuerpo místico” que era la sociedad hispano-colonial, es decir, aquellos hacia los cuales se dirigía la piedad pública, cambiaron con la época. Pero en términos generales se trataba de personas que por diversas razones no tenían ninguna fuente de sustento, o que tenían una condición social desventajosa como los indígenas o los esclavos.⁵

Así pues, el problema de la pobreza y, en particular, el de la marginalidad no fue conjurado por el Estado en el pasado ni ha sido regulado en forma efectiva en el presente. Por el contrario, los “habitantes de la calle” han sido relegados a una condición de confinamiento y exclusión social en la que con frecuencia son considerados “criminales” por el hecho de vivir en condiciones desfavorables. Pese a la transformación que ocurrió en el Estado luego de la Constitución de 1991, aún existe una amplia brecha entre el Estado, la sociedad y los “habitantes de la calle” que impide la materialización de los derechos contemplados en la Carta Política. En este contexto, la necesidad de proteger y garantizar los derechos fundamentales adquiere la mayor relevancia, ya que exige implementar verdaderas políticas públicas y mecanismos que hagan posible el acceso al “mínimo vital”; so pena de contrariar los principios y derechos establecidos al constituir el “nuevo modelo de Estado”.

5 Julián Vargas Lesmes, *La sociedad de Santa Fe colonial* (Bogotá: CINEP, 1999).

Sin embargo, y debido a que en el catálogo de derechos creado con la Constitución de 1991 algunas facultades no tenían el rango fundamental del que gozan ahora, ha sido necesario resolver los conflictos que han resultado de la aplicación y el ejercicio de derechos de diversa generación para asignar a algunos el carácter de fundamentales. Esto se ha logrado mediante la aplicación del criterio de conexidad entre derechos, que adquiere sentido gracias a la idea orientadora de la dignidad humana en la que se fundamenta el Estado colombiano y en virtud de la cual se han logrado avances jurisprudenciales y legales que han hecho posible que algunos derechos adquieran un nuevo rango constitucional. Tal es el caso, por ejemplo, del carácter moral del derecho de autor, el derecho al agua y, en particular, el que más interesa a esta reflexión: el derecho a la salud.

Lo anterior sugiere la aparición de tensiones que, con anterioridad al reconocimiento de la salud como derecho fundamental, eran resueltas por vías legales o constitucionales que daban prelación a los derechos de primera generación (fundamentales), como la salud no era un principio fundamental, los ciudadanos debían acudir permanentemente a la acción de tutela para buscar el reconocimiento de este derecho por la vía judicial. Luego de muchos conflictos y de desarrollos jurisprudenciales, la Corte Constitucional reconoció el carácter fundamental del derecho a la salud. En la Sentencia T-760 de 2008 se pueden apreciar algunas de sus razones:

[L]a Corte Constitucional en pleno ha subrayado que la salud es un derecho fundamental que debe ser garantizado a todos los seres humanos igualmente dignos. No hacerlo conduce a que se presenta un déficit de protección constitucionalmente inadmisibles. Por ejemplo, la Corte decidió que representaba una violación al derecho a la dignidad humana excluir del régimen de salud a la pareja de una persona homosexual, extendiendo así el alcance de la primera sentencia de constitucionalidad relativa al déficit de protección en que se encuentran las parejas homosexuales. En este caso resolvió reiterar la decisión jurisprudencial de reconocer *“que el derecho a la salud es, autónomamente, un derecho fundamental y que, en esa medida, la garantía de protección debe partir de las políticas estatales, de conformidad con la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura”*. Esta decisión se adoptó considerando la estrecha relación entre la salud y el concepto de la “dignidad humana”, (...) *“elemento fundante del estado social de derecho que impone a las autoridades y a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición”*.⁶

Uno de los posibles conflictos que plantea el reconocimiento de la salud como derecho fundamental en el contexto del fenómeno de la habitabilidad de la calle

6 Colombia, Sentencia (T-760 de 2008), núm. 3.2.1.4, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

se refiere a la tensión entre el ejercicio de la libertad individual y la obligación estatal de garantizar el derecho a la salud y procurar su acceso a toda la población en igualdad de condiciones. Esto no solo tiene relación con los fines esenciales del Estado, sino también con la idea de equidad contenida en el artículo 13 de la Constitución, que no es otra cosa que un intento de desarrollar la formulación ya citada de Rawls sobre los principios de la justicia.

Lo anterior implica analizar, en general, el acceso de los “habitantes de la calle” a los derechos fundamentales y, en particular, el ejercicio de la libertad individual de estas personas en relación con la actividad preventiva, protectora y reguladora del Estado que por razones evidentes puede limitar el ejercicio de la libertad particular. Esto requiere un examen del marco jurisprudencial y normativo que permita explorar la forma en que ha sido desarrollado el ámbito político constitucional en relación con la habitabilidad de la calle, para determinar si se trata de un ejercicio político, si no legítimo, al menos cercano a la noción de dignidad humana que se supone orientadora del Estado social de derecho en Colombia. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional ha considerado que:

[C]ada persona es “libre” de desarrollar su personalidad acorde con su plan de vida. Es a cada individuo a quien corresponde señalar los caminos por los cuales pretende llevar su existencia, sin afectar los derechos de los demás “Es únicamente a través de esta manera donde efectivamente se es digno consigo mismo”. De este modo, la “mendicidad” ejercida por una persona de manera autónoma y personal, sin incurrir en la intervención de un agente intermediario a través de la trata de personas, no es un delito ni una contravención. De hecho, cualquier tipo de reproche jurídico, sea en forma de sanciones o intervenciones terapéuticas forzadas, resulta inadmisibles en tanto cosifica al habitante de la calle en aras de un supuesto modelo ideal del ciudadano virtuoso o a manera de una acción preventiva en contra de un potencial criminal.⁷

Normativamente, la Ley 1641 del 2013 reconoció la necesidad de incorporar a esta población marginal a la sociedad y de proveerle los medios necesarios para el desarrollo individual y la garantía de la dignidad humana. Esta Ley quiso diferenciar la indigencia de la habitabilidad de la calle con el propósito de otorgarle un estatus social a quienes viven en esta circunstancia (y a la circunstancia misma), alejándola de las políticas económicas. Por tal razón se ha buscado implementar políticas públicas para atender esta problemática, que quizá evidencian la preocupación del Estado social de derecho por mitigar este fenómeno de

7 Colombia, Sentencia (T-043 de 2015), núm. 3.2.1., párr. 3, M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

miseria, aunque resulten insuficientes para eliminar la difusa barrera que separa las categorías conceptuales en la realidad⁸.

A pesar de lo anterior, el Estado no ha desarrollado programas que demuestren su compromiso con lo establecido mediante la jurisprudencia y la ley. Los derechos de los habitantes de la calle siguen representando un punto crítico en el ejercicio legítimo del poder político soberano en relación con el derecho a la salud, que como fue analizado hace parte del catálogo de libertades fundamentales; este es uno de los principales detonantes de la problemática de exclusión padecida por este grupo que hoy es una cuestión de salud pública. Al respecto, la postura que expuso la Corte Constitucional en el 2015 ha generado efectos contradictorios, quizá porque ha evidenciado que el derecho a la salud en el ámbito de los “habitantes de la calle” sugiere posiciones encontradas relacionadas con el ejercicio de la libertad individual que pueden afectar el acceso a la salud y, en consecuencia, parecen ir en contravía del ordenamiento constitucional y legal, ya que plantean cuestionamientos sobre el “deber ser” y el “ser” (del individuo y del Estado) que hacen necesario establecer si sería legítimo o no restringir la libertad individual de los “habitantes de la calle” para proteger su salud, teniendo en cuenta que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Esto implica reflexionar si la regulación actual es o no adecuada para garantizar el derecho a la salud de la población habitante de la calle y si son necesarias políticas estatales y mecanismos públicos que faciliten la aplicación y el desarrollo de la legislación.

Para responder este interrogante es necesario hacer una breve descripción del fenómeno de los “habitantes de la calle” en Colombia, con el objetivo de contextualizar y evidenciar la forma en que el Estado ha enfrentado esta problemática, como parte de su obligación de garantizar los derechos fundamentales, en particular, en lo que se refiere al derecho a la salud relacionado con el ejercicio de la libertad individual.

LA HABITABILIDAD DE LA CALLE: UNA MIRADA GENERAL DEL FENÓMENO EN COLOMBIA

La comprensión del fenómeno de *la habitabilidad de la calle* y sus causas remite a la idea de *imperium*, entendido como el dominio del Estado sobre los sujetos en los planos económico, sanitario, educativo, corporal, vital y de control político. Se refiere a la forma en que la economía social, que es la forma en que el Estado administra a la sociedad, ocasiona problemas como la represión de la autoridad pública (justificada en la libertad de la sociedad), que relega al ciudadano a estar

8 Carolina Gómez Urueta, “El habitante de la calle en Colombia: presentación desde una perspectiva social preventiva”, *Actualidad Jurídica* 8 (2015): 28.

preso en el imperium del Estado por el simple hecho de pertenecer a una nación creada por un sujeto “impersonal” y “artificial” llamado *Estado Moderno*⁹.

De acuerdo con esta idea expuesta por Victoria Camps, la pobreza extrema, que ha estado presente en la mayoría de las sociedades del mundo durante toda la historia, responde a circunstancias políticas y a la relación de estas con la ciudadanía y la economía (en especial, la economía social); pues en este contexto el poder público siempre es considerado el responsable natural de los efectos de las decisiones políticas o legales en una sociedad, como permitir la exclusión de grupos sociales o la descomposición social que favorece el surgimiento de fenómenos como la indigencia.

De este modo, la *habitabilidad de la calle* puede enmarcarse en el ámbito descrito, no solo por ser considerada como un aspecto negativo de la sociedad, destinado a la exclusión y al rechazo, sino tal vez porque existe la idea colectiva de que los indigentes, “pordioseros o vagos”, como se les ha llamado en diferentes épocas y lugares, no contribuyen al desarrollo de la sociedad y por esto deben ser controlados para prevenir o evitar el efecto nocivo de su presencia en la sociedad. Así, el *dominium*, como lo denomina Victoria Camps¹⁰, es solo una cara de la moneda, ya que en paralelo ocurre un proceso antipolítico en el que el poder del Estado sobre los sujetos en los planos económico, sanitario, educativo, corporal y vital se convierte en un poder sobre la vida: en lo que autores como Michel Foucault o Giorgio Agamben han entendido como *biopolítica*.

Lo anterior se manifiesta en el hecho de que el “reconocimiento” de los derechos y libertades de los “habitantes de la calle”, que se suponen otorgados en igualdad de condiciones, resulte algo puramente formal, pues aunque la Constitución y la ley los “incluyan” en igualdad de condiciones, no ocurre una materialización de tales derechos en el ámbito fáctico de la sociedad. Se configura así lo que Agamben denomina el “Estado de excepción”, ya que este “reconocimiento” no es otra cosa que el efecto de un movimiento que incluye al ciudadano en el orden estatal y que, a su vez, lo excluye mediante esta inclusión. Así lo describe Giorgio Agamben:

La relación de abandono es tan ambigua que nada es más difícil que desligarse de ella. El bando es esencialmente el poder de entregar algo a sí mismo, es decir el poder de mantenerse en relación con un presupuesto que está fuera de toda relación. Lo que ha sido puesto en bando es entregado a la propia separación y, al mismo tiempo, consignado e la merced de quien lo abandona, excluido e incluido, apartado y apresado a la vez.¹¹

9 Victoria Camps, *Democracia sin ciudadanos* (Madrid: Trotta, 2010).

10 Camps, *Democracia*.

11 Giorgio Agamben, *Homo Sacer* (Valencia: Pre-textos, 2006), 142.

Es quizá por lo anterior que Agamben considera la soberanía como un elemento propio del individuo y no del Estado, por esta suerte de exclusión-inclusión que resulta del ejercicio del poder estatal y que cuestiona la idea soberana basada en el contractualismo, sosteniendo que el elemento originario del poder se halla en la “nuda vida”.

Otro factor que influyó en la idea construida sobre los “habitantes de la calle” fue el derecho penal, cuyas concepciones positivistas explicaron la criminalidad como producto de circunstancias naturales, biológicas, antropológicas, sociológicas y culturales propias de los seres humanos. Bajo estas teorías los “habitantes de la calle” serían vistos como sujetos peligrosos o sospechosos. Para algunos autores, la articulación del derecho penal y la criminología, conocida como “ciencia total del derecho penal”, debía conservar la independencia de las explicaciones jurídicas de las empíricas. En este sentido, el jurista, además de elaborar los conceptos propios del derecho penal, debería asumir la función de impulsar su transformación.

Para otros, como Ferri, los fenómenos jurídicos no son más que hechos sociales porque derecho y sociedad son términos inseparables, por lo que es absurdo separar el aspecto material-social del ámbito jurídico. Luego, con el abandono de los puntos de vista causalistas sobre el derecho penal, se avanza hacia un ámbito que ha exigido repensar la forma en que se comprenden los fenómenos sociales relacionados con la delincuencia. Un ejemplo de ello es la superación del derecho penal de autor y el tránsito hacia el derecho penal de acto, que sugiere también una evolución de la ley penal hacia un enfoque más preventivo que sancionador. A pesar de que en Colombia persisten algunas posiciones que impiden el desarrollo de posturas más cercanas a los derechos fundamentales, desde hace algunos años se ha adoptado la postura del derecho penal garantista tanto en el ámbito jurídico y judicial como en el práctico. Así puede evidenciarse en un concepto de la Corte Constitucional:

El positivismo penal ejerció una fuerte influencia en la legislación nacional, y concretamente en la represión de la mendicidad. La Ley 48 de 1936, denominada “*Sobre vagos, maleantes y rateros*”, tipificó la vagancia como conducta contravencional, y como presunción de la misma, la dedicación habitual y sin causa justificada a la mendicidad. Estableció además como pena principal la relegación a colonia agrícola penal de seis meses a cuatro años, y como pena accesoria que podía ser impuesta por el funcionario teniendo en cuenta “*el carácter más o menos antisocial*” de la persona, la prohibición de residir en determinado lugar, por un espacio de seis meses a dos años. Posteriormente, el Presidente de la República expidió el Decreto legislativo No. 014 de 1955, “*por el cual se dictan disposiciones sobre prevención social*”, dispuso que las medidas allí contempladas se aplicarían a “*las personas*”

cuyos antecedentes, hábitos o forma de vivir, las coloquen en estado de especial peligrosidad social”; se consideraba en dicho estado, entre otros, a “*los que fingieren enfermedad o defecto orgánico para dedicarse a la mendicidad*”. Esta corriente peligrosista se mantuvo en el Decreto 522 de 1971, aunque retirando 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 mediante el aislamiento en colonia agrícola.

No obstante, con la expedición del Código Penal de 1980 se afirmó el abandono de toda postura peligrosista para fundamentar la responsabilidad penal sólo en la culpabilidad. Por ello, se excluyeron las sanciones que no estuviesen basadas en esta, al tiempo que las medidas de seguridad se ubicaron como sanciones —pero no como penas— con fines curativos, de tutela y rehabilitación para inimputables (art. 12). En dicho Código se suprimió la sanción de relegación a colonia agrícola penal, supresión que afectó también las contravenciones establecidas por el Decreto 522 1971. Por esta razón se eliminaron del ordenamiento todos los tipos penales o contravencionales que tuvieran establecida dicha sanción, como era el caso de las disposiciones contra “mendigos” y “vagos”.¹²

Lo anterior evidencia cómo antes de la Constitución de 1991 (en especial, en los setenta), la problemática de los “habitantes de la calle” fue abordada desde una perspectiva correctiva que concibió a estas personas como potencialmente dañinas y peligrosas para la sociedad. Esta situación persistió hasta 1992, cuando la Corte Constitucional se refirió por primera vez a la posibilidad de que los “indigentes” fueran excepcionalmente asistidos por el Estado de forma inmediata ante el peligro o riesgo de transgresión de sus derechos fundamentales y, en particular, del derecho a la salud, por considerarlos personas en situación de debilidad manifiesta¹³. Luego, con la promulgación de la Ley 599 del 2000 se establece en Colombia el modelo garantista de derecho penal, que sería uno de los grandes avances hacia el reconocimiento de los derechos de este sector de la población. Por último, en 2013 se adopta el término “habitante de la calle” para definir un estatus social y se expide una regulación adecuada por medio de la Ley 1641 del mismo año.

De acuerdo con esta norma, el habitante de la calle se define como la “persona sin distinción de sexo, raza o edad, que hace de la calle su lugar de habitación, ya sea de forma permanente o transitoria, y que ha roto vínculos con

12 Sentencia (T-043 de 2015).

13 Colombia, Sentencia (T-533 de 1992), M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz.

su entorno familiar”¹⁴. Así, el Estado reconoce la necesidad de intervenir en este fenómeno, no para coaccionar o reprochar la opción de vida¹⁵ de los habitantes de calle, sino para proteger su derecho a la dignidad humana y específicamente al mínimo vital. Esto teniendo en cuenta su circunstancia y las implicaciones de vivir en la calle: el hambre, la intemperie, la situación de vulnerabilidad que los expone a diversas enfermedades a quebrantos de salud o a ser víctimas del hostigamiento físico y mental e incluso la “elección” del crimen como medio de subsistencia¹⁶.

DERECHOS FUNDAMENTALES, LIBERTAD INDIVIDUAL E INTERVENCIÓN DEL ESTADO

Entre los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991 se encuentra la libre determinación de la persona, facultad que tiene su base en el principio de la dignidad humana descrito en el artículo 1.º de la Carta Política. Por esta razón, la Corte Constitucional afirma que no se puede concebir la idea de implementar medidas represivas contra los “habitantes de la calle” porque Colombia es un “Estado que reconoce la autonomía de la persona y el pluralismo en otros campos”¹⁷ y porque aunque a algunos les parezca reprochable su forma de vida, se trata de personas que hacen parte de la sociedad y, en tal sentido, tienen derecho a la libre realización de su individualidad en la forma en que ellos lo consideren. En palabras de Rawls: “[c]ada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”¹⁸.

Sin embargo, y siguiendo a este autor, el esquema básico de libertades puede plantear situaciones contradictorias derivadas de la necesidad de garantizar el acceso a la salud de los “habitantes de la calle”, ya que si se parte del hecho de que es el Estado quien está obligado a velar por el bienestar ciudadano y, en particular, por sus derechos fundamentales (entre ellos, la salud), resulta un poco “contrario” a este principio que el mismo Estado permita al individuo “elegir” entre su salud y su libertad individual, a sabiendas de que su condición particular

14 Colombia, Ley (1641 de 2013), sobre los lineamientos para la formulación de la política pública social para habitantes de la calle, art 2. núm. b.

15 La idea de “opción de vida” se refiere a las condiciones de vida de los habitantes de la calle, aunque pueda parecer un eufemismo denominar “opción” a una circunstancia que podría no serlo (o ser la única). En este sentido, el concepto “opción” se presume incorporado en el Estado social de derecho bajo la idea de que todos nacen en igualdad de derechos y libertades: todos tienen las mismas posibilidades y oportunidades de desarrollar su plan de vida, aunque a algunas personas les resulte casi imposible lograrlo debido a diversas circunstancias de orden social o económico. El Estado/ordenamiento jurídico lo asume como si fuera una elección.

16 Sentencia (T-533 de 1992).

17 Sentencia (T-533 de 1992).

18 Rawls, *Teoría*, 82.

le “impone” una serie de “decisiones” que quizá serían diferentes en otras circunstancias; con lo que la determinación que se toma sobre la propia salud en el caso de un habitante de la calle puede no ser tan “libre” y “voluntaria” como la que tomaría un ciudadano común o promedio en situaciones similares.

Por esta razón, es posible pensar que la situación del habitante de la calle sea quizás el ámbito perfecto para poner en práctica el segundo principio formulado por Rawls, ya que el derecho a la salud de estas personas podría garantizarse mediante un ejercicio de discriminación “positiva” que restrinja su libertad individual con el propósito de garantizar su desintoxicación y mejorar sus condiciones de salud. Como es claro, la Corte Constitucional se ha opuesto a esto argumentando que no se puede constreñir a las personas a “encajar” en una especie de “modelo de ciudadano ideal”, obligándolas a comportarse de cierta manera; ante lo cual debe decirse que la razón en la que se fundamentaría una hipotética restricción de la libertad nada tiene que ver con un “modelo ideal de ciudadano”, ni con una concepción de lo moralmente correcto, sino con un principio fundamental del Estado colombiano que lo obliga a esforzarse por garantizar a todos los ciudadanos los mismos derechos en igualdad de condiciones, aunque esto implique restringir las libertades fundamentales de manera temporal y específica. Si se obliga a un adolescente a quedarse en casa, mediante una medida como el “toque de queda” (restringiendo con ello su libertad individual), ¿por qué no puede usarse el mismo argumento para obligar a un habitante de la calle a desintoxicarse? ¿No es acaso más lúcido un adolescente para decidir cómo comportarse en una situación particular, en ausencia de sus padres, que un “adicto”?

La polémica tiene su contexto en una circunstancia que se vive a menudo cuando los “habitantes de la calle” son detenidos por la policía y se les lleva a un centro de asistencia donde son atendidos, alimentados y aseados para luego ofrecerles algunas opciones de “rehabilitación”, como aprender un oficio, practicar algún deporte y desintoxicarse, pero siempre con la libertad de “marcharse cuando quieran” en caso de que “tomen la decisión” de no desintoxicarse. Es preciso en este punto en el que surge y adquiere relevancia el problema planteado, pues se trata de una circunstancia que cuestiona la legitimidad misma del Estado, ya que restringir la libertad individual sugiere ir en contra de los principios constitucionales establecidos en la Asamblea de 1991 y afecta directamente la dignidad de la persona.

Si asumimos que un modelo de Estado constitucional de derecho como el colombiano, cuyo énfasis es el bienestar de la comunidad, basa su carácter legítimo en el monopolio de la fuerza y en la aceptación del poder político por parte de los ciudadanos sobre quienes recae esta potestad, resulta imperioso aceptar que un ejercicio de discriminación encaminado a garantizar la salud de una población que, como el habitante de la calle, se encuentra en una situación de in-

defensión es evidentemente legítimo porque se basa en el ejercicio de la fuerza que el mismo pueblo soberano le ha confiado al Estado, y en la aceptación de este monopolio, que no es otra cosa que la anuencia y el reconocimiento de que el poder político elegido representa los intereses de quienes constituyeron el Estado¹⁹.

No se trata de un ejercicio de simples electores, sino de una decisión y aceptación derivada del hecho de que el pueblo mismo es el soberano que ha decidido organizarse políticamente y ha confiado en cierto grupo de personas para que administren el poder político. Si como resultado de ese ejercicio aceptado, la libertad individual es restringida con el propósito de garantizar el bienestar del mismo pueblo que ha constituido el Estado, este ejercicio no debería entenderse como excesivo ni, mucho menos, como ilegítimo.

De este modo, es claro que en el ámbito colombiano, una restricción como la sugerida resulta odiosa, aunque políticamente se trate de una justificación de la ineficiencia y el ausentismo del Estado para dar respuestas a la problemática de inasistencia de los “habitantes de la calle”. Se ha entendido que en el momento en que el individuo abandona su hogar o su familia y opta por habitar las calles y por la drogadicción, la delincuencia o la prostitución, renuncia a la asistencia social, con base en esta idea el Estado adopta una posición quizá “constitucional”, pero a su vez indiferente, porque favorece con ella la persistencia del problema sin aportar mucho a la solución del conflicto derivado de la protección de la libertad individual en relación con el derecho a la salud. Esta aparente paradoja se evidencia en el siguiente apartado de la sentencia citada en el que se recuerda la obligación estatal de asistir a la población (como el habitante de la calle) que se encuentra en una situación vulnerable:

Una de las bases del Estado Social de Derecho es la consagración del principio de igualdad material, es decir, de igualdad real y efectiva, como expresión del designio del poder público de eliminar o reducir las condiciones de inequidad y marginación de las personas o los grupos sociales y lograr unas condiciones de vida acordes con la dignidad del ser humano (Art. 1º de la Constitución) y un orden político, económico y social justo (preámbulo *ibídem*)” [44].

Tal mandato no es una simple fórmula retórica sino una obligación exigible jurídicamente. Implica que “el Estado tiene un deber constante con los ciudadanos consistente en proporcionarles bienestar, lo cual se traduce en proveer un mínimo de bienes y servicios, materiales y espirituales al alcance de los individuos y propender porque todos los colombianos tengan empleo, seguridad social, vivien-

19 Max Weber, *Economía y sociedad* (Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002).

da, educación, alimentos, etc”. En consecuencia, las autoridades deben valorar las condiciones de marginalidad, alienación, ignorancia o pobreza extrema de los habitantes de la calle para erigir acciones afirmativas focalizadas en sectores poblaciones especialmente vulnerables.²⁰

Ahora bien, aun cuando existe un marco jurídico aplicable a las personas en situación de habitantes de calle²¹, que por primera vez intenta promover, proteger y reestablecer los derechos de estas personas con el objetivo de lograr su inclusión social, este se enfoca únicamente en el restablecimiento de los derechos, sin implementar medidas para prevenir que las situaciones marginales, como la pobreza extrema, entre otras, se conviertan en indigencia o habitabilidad de calle. Por esta razón, el restablecimiento no debe ser la única ni la primera medida, antes de esto deben agotarse otros mecanismos de inclusión que eviten que el individuo llegue a estados de indignidad que impliquen o exijan el restablecimiento de sus derechos.

Además de lo anterior, la regulación actual sobre el fenómeno de habitabilidad de la calle, no prevé situaciones contradictorias como las derivadas de la oposición entre derechos fundamentales (salud y la libertad individual), por lo que es imposible obligar a un habitante de la calle a realizar o continuar un tratamiento necesario para superar sus padecimientos físicos o psicológicos. Las normas existentes se limitan a describir mecanismos de restablecimiento de derechos para esta población sin tener en cuenta otros factores, como su entorno sociocultural, sus rasgos de personalidad u otros aspectos. Esto hace que las medidas legales sean ineficientes e inefectivas, pues lo que se requiere (y esta es la obligación estatal) es reconocer las circunstancias reales en que viven los “habitantes de la calle” para así brindar soluciones que se puedan materializar.

Lo anterior significa que es necesario desarrollar políticas públicas que se ocupen de situaciones como la pobreza, la falta de educación, el desempleo y la ausencia de oportunidades concretas y ciertas que, entre otros factores, impiden que los individuos desarrollen un plan de vida apropiado. Todo ello con el propósito de eliminar las condiciones de miseria de la sociedad colombiana y garantizar el acceso a los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de quienes se encuentran en esta situación de vulnerabilidad manifiesta. Esto quiere decir, en otras palabras, que la libertad individual no es en sí misma una garantía para la efectividad del Estado social de derecho, pues para ello es necesario asegurar el bienestar social, más allá de lo que los individuos consideran adecuado o inadecuado para ellos, lo cual no supone la restricción del ejercicio de la libertad individual, sino la obligación estatal de generar condiciones

20 Sentencia (T-043 de 2015).

21 Ley (1641 de 2013).

sociales que, favoreciendo el desarrollo individual, prevengan las ocurrencias de situaciones de marginalidad. Se trata de facilitar el acceso de los individuos a un mínimo vital valorando “las condiciones de marginalidad, alienación, ignorancia o pobreza extrema de los habitantes de la calle para erigir acciones afirmativas focalizadas en sectores poblacionales especialmente vulnerables”²².

Sin embargo, lo anterior no deja sin piso el dilema planteado sobre el carácter legítimo de la restricción a la libertad individual en el caso del habitante de la calle que se encuentra en los programas de rehabilitación, porque se trata de una situación que va más allá de las políticas de prevención. Esto significa que aún bajo el supuesto de que el Estado logre disminuir a su mínima expresión el fenómeno de la habitabilidad de la calle y, en especial, las condiciones infrahumanas en que llegan a vivir estas personas, siempre será posible que se desarrollen hábitos contrarios a la salud en el seno de cualquier circunstancia marginal, dentro de los cuáles la contradicción planteada adquiere plena relevancia.

Un ejemplo de ello puede referirse a la comparación de las circunstancias de marginalidad de los países desarrollados con las de los mal llamados “países en desarrollo”, pues es claro que en los primeros pueden encontrarse condiciones que en principio podrían pensarse como “más favorables” para desarrollar el potencial individual de las personas por ofrecer mayores oportunidades, justamente donde los países subdesarrollados no lo logran, como en los ámbitos de la educación, el empleo y el acceso general a la satisfacción de las necesidades básicas. Sin embargo, no es un secreto que aún en el contexto de los países desarrollados, las personas también “optan” por vivir de la mendicidad en la calle, en situaciones que en principio pueden ser pensadas como opciones o elecciones de vida derivadas del ejercicio de su libertad individual, pero que en el mediano o largo plazo se convierten en cuestiones patológicas que afectan gravemente la salud, incluso por circunstancias diferentes a la drogadicción. Son estas circunstancias las que dan vigencia al problema planteado y cuestionan una vez más el esquema de los fines esenciales del Estado en relación con los derechos y deberes del individuo, además de evidenciar que quizás la indigencia o habitabilidad de la calle tiene su arraigo en cuestiones más complejas y particulares que las circunstancias socio-políticas en las que se manifiestan²³.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD Y POBLACIÓN HABITANTE DE LA CALLE

Como se mencionó en líneas anteriores, el derecho a la salud ingresa al ámbito de los derechos fundamentales en virtud del análisis jurisprudencial que, basado

22 Sentencia (T-043 de 2015).

23 Algunas cifras y datos del informe de la CEPAL del 2003 ilustran parte de lo expresado en este párrafo. Ver “Anuario estadístico de América Latina y el Caribe 2002”, (CEPAL, 2003). <http://www.eclac.org>.

en la teoría de las “generaciones de derechos” propuesta por Karel Vasak, le otorga este rango por considerarlo un aspecto directamente relacionado con los derechos fundamentales. Siguiendo a Vasak, la “recategorización” o “reconsideración” de este derecho es posible en virtud de la conexión que supone la salud con el ejercicio de otros derechos como la igualdad y la libertad, así como con el principio constitucional por excelencia, que es la *dignidad humana*. Así, al examinar la dinámica del derecho a la salud es imposible desconocer que su relación con el pilar fundamental del Estado (dignidad humana) es directa y que, en esta medida, la idea contenida en el primer artículo de la Constitución Política expresa no solo uno sino varios criterios de optimización (como denomina Dworkin a los principios) que exigen la protección de los derechos fundamentales con el único propósito de hacer posible la realización personal, en el ámbito individual, y el desarrollo y cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en el ámbito colectivo.

Así, puede decirse, como lo afirma la Corte Constitucional que:

[Los principios son mandatos jurídicos generales que] restringen el espacio de interpretación [y se convierten en] normas de aplicación inmediata (...) Su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden.²⁴

En relación con lo anterior, los derechos fundamentales adquieren vital trascendencia por su interconexión con los principios, pero también son respaldados tanto en el caso colombiano como en el de muchos países latinoamericanos, por una estructura jurídico-procedimental orientada a proteger las libertades contenidas en estos. Un ejemplo de ello es la acción de tutela (acción de amparo en otros países) que procede como mecanismo de protección inmediata de estos derechos contra la intervención de terceros y, en particular, de alguna autoridad pública. Mediante este tipo de acciones se pretende reestablecer el orden jurídico en el que se fundamenta el Estado y para esto se acude a la conexidad que los principios jurídicos guardan con los derechos y obligaciones como bases jurídicas sobre las que construye el sistema normativo. Dado que ninguna norma puede ir en contra de estos derechos:

.....
24 Colombia, Sentencia (T-406 de 1992), M.P.: Ciro Angarita Barón.

...toda la discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios, y los derechos fundamentales son, como todas las normas [...]: emanación de los valores y principios constitucionales [cuya] vinculación es más directa, más inmediata [y] se aprecia con mayor evidencia.²⁵

Esta interconexión con los principios en la que se fundamentan las acciones constitucionales es la que explica, a su vez, cuándo un derecho que no ha sido considerado fundamental puede ser tomado como emanado, directamente, de un principio. Así, algunos derechos económicos, sociales y culturales (de segunda generación), que han sido objeto de protección especial por medio de la acción de tutela, han sido tratados como derechos fundamentales. Tal es el caso del derecho a la salud, al igual que ha ocurrido con los derechos de los niños, los principios mínimos fundamentales de los trabajadores y el derecho a la obtención de información contenida en documentos públicos, entre otros. De acuerdo con la Corte Constitucional colombiana:

[P]ueden ser objeto de tutela casos en los cuales el juez considere que una prestación del Estado consagrada como derecho económico, social o cultural, o la falta de ella, ponga en entredicho de manera directa y evidente un principio constitucional o uno o varios derechos fundamentales, de tal manera que, a partir de una interpretación global, el caso sub iudice resulte directamente protegido por la Constitución.²⁶

De este modo se protege y garantiza toda la esfera normativa-constitucional relacionada con los derechos de primera, segunda y tercera generación. Esto significa que la conexidad como criterio de análisis de aquellos derechos que, sin ser expresamente fundamentales, implican un vínculo con otros que sí tienen el rango de tales, es vital para que se haga eficaz la garantía de los derechos económicos, sociales y colectivos. Si no se vincula la salud con el derecho a la igualdad y con el principio de la dignidad humana y la integridad personal, la pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en la Constitución Política, se reduce a un simple formalismo, pues la protección de los derechos civiles es inversamente proporcional a la de los derechos económicos, sociales y culturales: la garantía de unos depende de los otros²⁷. Al otorgar a la salud el rango de derecho fundamental se amplía su espectro de acción, no solo porque se la refiere directamente a la idea de dignidad humana, sino porque

25 Sentencia (T-406 de 1992).

26 Sentencia (T-406 de 1992).

27 Sentencia (T-406 de 1992).

se extiende su protección a todas aquellas personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, a los niños y a los trabajadores agrarios²⁸.

Así, se supera la idea de que este derecho se garantizaba mediante acciones aisladas como la asistencia social o como un servicio público a cargo del Estado, que en la mayoría de casos dependía de la capacidad económica del Gobierno para hacer efectiva la asistencia y garantizar el derecho a la salud. Luego de la Constitución de 1991, y gracias al análisis jurisprudencial, la salud se concibió conectada con otros derechos como la integridad personal y la vida, otorgándole así un carácter autónomo encaminado a la realización de la dignidad humana.

Lo anterior hace pensar que, al garantizar el derecho a la salud, se le permite al ser humano el ejercicio de otros derechos fundamentales sin referirse exclusivamente a la ausencia de padecimientos físicos y reconociendo que los individuos tienen derecho a disfrutar del funcionamiento normal de su organismo y de su vida tanto en el aspecto físico como en el psicosocial. Es lo que se infiere del análisis estructural de la salud en el contexto de la teoría de las generaciones de derechos desde donde ha sido concebida la constitución vigente en Colombia y a partir de la cual se le ha otorgado a este derecho la categoría de fundamental. Sin embargo, desde cierto punto de vista, este análisis puede resultar relativo o contradictorio si se examinan algunas inferencias puntuales de los razonamientos jurídicos y políticos en los que se fundamenta la idea de la salud como derecho fundamental. Así como los principios son criterios de optimización para categorizar y aplicar los derechos en contexto, también existen ciertos criterios para determinar cuándo dos o más derechos del mismo rango (en este caso, fundamentales) pueden evidenciar contradicciones o dilemas en su aplicación.

En *Los derechos en serio*, Dworkin expresa la anterior idea con precisión. Con base en el análisis del bienestar individual y colectivo que expone en el capítulo “¿Qué derechos tenemos?”, puede afirmarse que la obligación Estatal de garantizar a todos los individuos el derecho a la salud tiene como objetivo la búsqueda de la igualdad. Sin embargo, esta obligación encuentra su límite en la libertad individual bajo el criterio de que el Estado no puede restringir las decisiones de los individuos con respecto a sí mismos mientras estas no afecten a la colectividad. Así, dado que la decisión de abandonar su hogar, ir a vivir afuera y adoptar el modo de vida propio de los “habitantes de la calle”, no solo es individual, sino que no afecta, en principio, el bienestar general, resulta injustificable (e injusto) que el Estado restrinja la libertad de estos individuos bajo el argumento de garantizar el derecho a la salud (que no es otra cosa que la búsqueda de la igualdad). Si las restricciones son suficientemente graves o severas, entonces el

.....
28 Constitución, arts. 13, 44, 64.

Gobierno no debería estar autorizado para imponerlas argumentando que estas restricciones favorecen el interés general²⁹.

Sin embargo, Dworkin amplía un poco su reflexión al ámbito del conflicto entre igualdad y libertad individual, concluyendo que a pesar de que las ideas sobre la protección a la libertad se han fundamentado en el bienestar general como un límite a la idea de restricción del querer individual, estas concepciones se basan en la idea de utilidad porque reducen el análisis al supuesto de que existen unas libertades básicas que prevalecen sobre “otras libertades” y sobre esta base es legítimo que se restrinjan unas u otras de acuerdo con el resultado de dichas restricciones. Así, puede inferirse de los siguientes fragmentos de *Los derechos en serio*:

[S]i se defiende ... la distinción entre libertades básicas y otras libertades, entonces se ha abandonado por completo la noción de un derecho general a la libertad como tal. Si no tenemos derecho a las libertades básicas porque sean casos en los cuales ..., el bien que es la libertad está especialmente en juego, sino porque un ataque a las libertades básicas nos lesiona o nos disminuye de alguna manera que trasciende el impacto que tenga sobre la libertad, entonces a lo que tenemos derecho no es, en modo alguno, a la libertad, sino a los valores, intereses o reputación que resultan lesionados por esa restricción en particular...

La idea de un derecho a la libertad nos permite decir que estas restricciones son injustas porque afectan de manera especial a la libertad como tal. Una vez que reconocemos que esta respuesta es ilegítima, tendremos que enfrentar la difícil cuestión de precisar qué es lo que de hecho está en juego en estos casos...

Si queremos defender los derechos individuales en el sentido en que los reivindicamos, entonces debemos tratar de descubrir, para su defensa, algo que vaya más allá de la utilidad.³⁰

Así pues, lo expresado por Dworkin implica que es necesario buscar un fundamento que vaya más allá del conflicto entre libertad individual y bienestar general para defender la existencia de un derecho a ciertas libertades, esto requiere examinar en el ámbito de los valores que son moralmente significativos para la sociedad con el propósito de buscar un motivo que justifique la privación de algunas libertades con respecto a otras. En el contexto del presente artículo, la discusión entre salud y libertad individual plantea un reto particular porque

29 Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 2012), 380-395.

30 Dworkin, *Los derechos*, 380-395.

ilustra con algún acierto el conflicto planteado por Dworkin entre igualdad y libertad, porque si se tiene en cuenta lo expuesto por este autor, una solución a este conflicto dista mucho de acercarse a las posiciones jurisprudenciales o legales expresadas en los diversos textos jurídicos y normativos, precisamente porque estas posiciones tienen su fundamento en la idea de que debe optimizarse el bienestar (porque resulta más útil) sin incurrir en violaciones de la libertad individual. Al respecto, resulta paradójico que se restrinja la libertad individual para proteger derechos que ni siquiera tienen el mismo rango (si se atiende a la lógica de las generaciones de derechos), como ocurre en el caso de las limitaciones a la libertad con respecto a la propiedad privada, pero es aún más paradójico que esto sea visto como “algo normal” o “justo”, y, sin embargo, resulte escandaloso restringir la libertad individual de un habitante de la calle con el legítimo fin (si se sostiene lo expuesto desde Weber) de restablecer su derecho a la salud, porque tanto la protección a la propiedad como la salud son obligaciones del Estado.

De acuerdo con la lógica expuesta en este último apartado, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los “habitantes de la calle” por considerarlos un grupo “en situación de debilidad manifiesta”, que carece de recursos económicos y oportunidades para vivir dignamente y que, adicionalmente, está incapacitado para trabajar por factores como su estado de salud, pero para lograr esto no puede restringir su libertad bajo el argumento de que es necesario garantizar o reestablecer el acceso a la salud. Si en ejercicio de su individualidad, los “habitantes de la calle” deciden abandonar el tratamiento médico que requieren cuando han sido llevados a centros de asistencia social, simplemente pierden la asistencia del Estado, pero no es posible forzarlos a “rehabilitarse” porque de acuerdo con la Corte Constitucional se estaría “cosificando a la persona buscando convertirla en un ideal de ciudadano”. Este argumento de la Corte evidencia que la mencionada libertad (como la explica Dworkin) se basa más en valores y preceptos cercanos a lo que se acepta moralmente como deseable o reprochable en una sociedad, que en verdaderos pilares políticos objetivos o principios como criterios orientadores. Sería necesario establecer si desde el punto de vista de lo que es socialmente significativo es más valiosa la libertad individual o el derecho a la salud o si es más aceptable la drogadicción y la habitabilidad de la calle comparada con otras opciones de vida, pues desde el punto de vista de la utilidad, la solución es quizá más práctica, por no decir, fácil.

Un ejemplo de lo anterior ocurrió en Bogotá, el 28 de mayo de 2016, luego de que la policía realizara un operativo ordenado y organizado en conjunto con la Alcaldía para intervenir una zona conocida como “la calle del Bronx”, se inició un proceso de rehabilitación voluntaria de los habitantes de la calle, con el objetivo de conseguir que al menos un 10% de esta población terminara con éxito sus tratamientos. La Secretaría de Integración Social comenzó a ofrecer

programas de rehabilitación a los adictos (hogares de paso y albergues), pero paradójicamente, estos se enfocaron únicamente en asistir a los “habitantes de la calle”, ya que existe el impedimento jurídico impuesto por la Sentencia T-043 de 2015, que prohíbe obligar a los habitantes de calle a rehabilitarse.

Así, el rango de derecho fundamental otorgado a la salud mediante el análisis jurisprudencial y en virtud del criterio de conexidad resulta contradictorio si se tienen en cuenta los demás factores explicados hasta aquí. Es claro que la problemática generada por los vacíos existentes en la legislación actual, con respecto al fenómeno de la habitabilidad de la calle es más compleja. Ello se evidencia en aspectos concretos, como el hecho de que no se haya tenido en cuenta la prevención como mecanismo de protección del derecho a la salud de esta población y de que no exista acompañamiento completo de las instituciones.

Al parecer, la labor del Estado llega hasta ofrecer un catálogo de posibilidades de “vida digna” para estas personas, sin reconocer que por tratarse de un grupo en situación de vulnerabilidad manifiesta y con complejas problemáticas sociales, económicas, políticas y culturales, no solo necesitan ese listado de ofertas, sino que también requieren especial cuidado y asistencia, sin que ello necesariamente signifique transgredir su libertad individual. De esta forma, la libertad no debe ser vista de manera limitada y literal, aduciendo que en razón a la protección de esta máxima del Estado social de derecho, a las autoridades públicas se les imposibilita la garantía del derecho a la salud a los habitantes de la calle, pues las personas se desarrollan como libres e iguales³¹ en una sociedad que garantice justicia política y social³². La falta de políticas públicas en relación con el acceso al derecho a la salud de los habitantes de la calle no es justificación para el ausentismo del Estado frente a esta problemática, puesto que como se ha señalado a lo largo de este artículo, ya se ha reiterado constitucional, legal y jurisprudencialmente que las autoridades públicas tienen la obligación de garantizar un mínimo vital a este grupo poblacional, en aras de procurar una igualdad material respecto de los demás miembros de la sociedad y de lograr que los “habitantes de la calle” tengan la posibilidad de desarrollarse como personas y eventualmente reintegrarse a la sociedad.

CONCLUSIONES

La garantía del derecho a la salud de los “habitantes de la calle” plantea posiciones contradictorias y dilemas morales relacionados con la libertad individual y la igualdad, porque no basta con adoptar políticas estatales basadas en servicios ins-

31 John Rawls define a los sujetos libres e iguales como “miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de toda una vida”.

32 Rawls, *Teoría*.

titucionales que, como se vio, son puramente asistenciales, ni con la prevención y acompañamiento durante los programas de rehabilitación, aunque con ello se quiera hacer ver que se contribuye a la realización de los fines del Estado. Si bien las decisiones normativas de la administración pública se suponen legítimas con base en la idea de la voluntad popular soberana como constituyente del Estado, debe tenerse en cuenta que no toda la población comprende y acepta la forma de legislar del Estado ni está de acuerdo con ella; de otra manera, no tomaría la decisión de habitar la calle. “Hablar de que la masa acepta estas reglas, tal como los miembros de alguna pequeña tribu podrían aceptar la regla que confiere autoridad a sus sucesivos jefes, implicaría atribuir a los ciudadanos ordinarios una comprensión de cuestiones constitucionales que ellos podrían no tener”³³.

En este sentido, es válido afirmar que la legitimidad de una restricción al derecho a la libertad individual de los “habitantes de la calle” para garantizar su protección al derecho a la salud es relativa, ya que la voluntad del pueblo no suele querer que se le restrinjan ciertos derechos para que puedan protegerse otros. El querer de una sociedad se acerca más a la realización plena y efectiva de todo el catálogo de derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. Así, al existir un choque entre el derecho a la salud y a la libertad individual, la solución “legítima” no sería limitar la garantía de un derecho para proteger el otro, sino concebirlos de tal forma que protejan al individuo y logren su desarrollo personal y en sociedad.

Sin embargo, no es claro de qué manera puede desarrollarse esta concepción individuo-sociedad-Estado, porque aunque pueda pensarse (como fue analizado) que la solución a la problemática del acceso al derecho a la salud por parte de los habitantes de la calle es la implementación de políticas públicas preventivas y correctivas, también es pensable que tras un fracaso de estas políticas la prevención pueda consistir en la “transgresión” de los derechos de los “habitantes de la calle”. Para autores como James P. Thompson³⁴, la indigencia significa una pérdida de potencial humano, que en el caso de Colombia asciende a 4,6 millones de personas, de acuerdo con cifras de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe³⁵. La idea de atender las causas de la habitabilidad de la calle supone que no sería necesario el restablecimiento de derechos en la medida en que se pueda prevenir la aparición y desarrollo de este fenómeno como una forma de hacer cumplir los principios contenidos en la Carta Fundamental³⁶. En tal sentido, un problema como el descrito requiere soluciones estructurales que eviten a toda costa o por lo menos disminuyan el riesgo de que se presente

33 Herbert Hart, *El concepto de derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961), 75.

34 James P. Thompson, T. R. Anderson, J. Alexander Boeringa y Lewis Frederick. “Los indigentes: aspectos psicológicos de su rehabilitación”, *Rev. Lat. Psicol.*, 25, n.º 3 (1993): 365-374.

35 “Anuario” (CEPAL, 2003).

36 Gómez Urueta, “El habitante”, 28.

la vulneración de derechos de las personas en condición de vulnerabilidad, al menos mientras puede resolverse el dilema planteado entre igualdad y libertad. Mientras esto sucede, parecemos estar condenados a seguir la fórmula de: *adoptar políticas estatales que restituyan los derechos, desarrollar mecanismos que prevengan situaciones de marginalidad y garantizar de manera efectiva los fines del Estado social de derecho.*

BIBLIOGRAFÍA

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer*. Valencia: Pre-textos, 2006.
- Camps, Victoria. *Democracia sin ciudadanos*. Madrid: Trotta, 2010.
- CEPAL. “Anuario estadístico de América Latina y el Caribe 2002”. CEPAL. <http://www.eclac.org>.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2012.
- Gómez Urueta, Carolina. “El habitante de la calle en Colombia: presentación desde una perspectiva social-preventiva”. *Actualidad Jurídica* 8, (2015): 28.
- Hart, Herbert L. *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961.
- Rawls, John. *Sobre las libertades*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1982.
- Rawls, John. *Teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1979.
- Thompson, James P., T. R. Anderson, J. Alexander Boeringa, y Frederick Lewis. “Los indigentes: aspectos psicológicos de su rehabilitación”. *Revista Latinoamericana de Psicología* 25, n.º 3 (1993): 365-374.
- Vargas Lesmes Julián. *La sociedad de Santa Fe colonial*. Bogotá: CINEP, 1990.
- Weber, Max. *Economía y sociedad*. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2002.