

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS SOCIALES Y ECONOMÍA: UN ANÁLISIS TEÓRICO Y UNA DISCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS DE UPAC (I PARTE)*

RODRIGO UPRIMNY**

En el curso de su actividad, y en especial en el último año, la Corte Constitucional ha tomado varias decisiones de gran impacto social y económico, como las relativas a la declaración de emergencia económica y la aplicación del impuesto del dos por mil a las transacciones bancarias, el análisis del sentido de la autonomía del Banco de la República en el control de la inflación, la determinación del alcance de las obligaciones de las EPS y de las entidades de medicina prepagada frente a sus usuarios y, en especial, el estudio de la constitucionalidad del sistema UPAC para la financiación de la vivienda¹.

* Una primera versión de la parte teórica de este trabajo apareció, desafortunadamente incompleta, por errores de edición, en VV AA., *Construyendo democracia. El papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*, Bogotá: Viva la Ciudadanía, 1999. Debido a la extensión del presente trabajo, en este número de *Pensamiento Jurídico* sólo se publica la primera parte del análisis teórico, mientras que la segunda será publicada en la próxima entrega.

** Profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

1. Ver, entre otras, las sentencias C-122/99 (control a la declaratoria de emergencia), C-136/99 (alivio a deudores e impuesto del dos por mil), C-481/99 (Autonomía del Banco de la República y control de la inflación), C-383/99 (la UPAC debe estar

Estas determinaciones han polarizado las opiniones políticas y académicas: para algunos, la Corte es el único órgano estatal que ha tomado en serio la idea del Estado social de derecho, pues ha sido prácticamente la única autoridad estatal receptiva a los reclamos de grupos humanos marginados y estigmatizados —como los enfermos de SIDA—, o de sectores sociales empobrecidos por las políticas económicas de los últimos años, como son, por ejemplo, todas aquellas personas que no han podido cancelar sus deudas hipotecarias para adquirir vivienda, debido al crecimiento astronómico de los saldos por pagar. En cambio, según otras perspectivas, ese tribunal está entrando en terrenos peligrosos, pues se está inmiscuyendo en temas económicos, en los cuales los jueces constitucionales no son competentes. Incluso, algunos han planteado que es necesario reformar la Cons-

stata a la inflación y no a las tasas de interés), C-700/99 (inconstitucionalidad diferida de las normas que regulan el sistema UPAC, por ausencia de ley marco que defina los lineamientos generales de la financiación a largo plazo de la vivienda), la C-747/99, que decreta la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses, en los programas de adquisición de vivienda, y la SU-819/99 sobre derechos de los usuarios de la salud, en relación con tratamientos excluidos del POS.

titución para eliminar la Corte Constitucional o, al menos, para sustraerle toda posibilidad de pronunciarse sobre temas económicos, pues sus decisiones no sólo agravan el déficit fiscal sino que, además, están generando una enorme inseguridad jurídica, que agudiza la recesión económica, ya que paraliza y ahuyenta la inversión².

Esa polémica suscita al menos dos preguntas. Una general: ¿qué papel deben jugar, en una democracia, los jueces constitucionales en el desarrollo de la política económica? Y otra más específica: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido estas decisiones concretas de la Corte? Este artículo intenta responder a estos dos interrogantes. Así, la primera parte aborda el debate teórico sobre si es o no legítima y conveniente la intervención de los jueces constitucionales en la economía, mientras que la segunda parte, que será publicada en el próximo número de *Pensamiento Jurídico*, discute algunas sentencias económicas de la Corte Constitucional, en especial aquéllas relacionadas con el sistema de financiación de vivienda, para

2. Para las presentaciones más agudas de esas críticas, ver algunos de los artículos de Hernando Gómez Buendía y Salomón Kalmanovitz en *El Tiempo*, entre mayo y octubre de 1999. De Kalmanovitz, ver también su artículo "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", en *Economía Colombiana*, No. 276, nov. 1999. Para defensas igualmente interesantes, ver los artículos de Jorge Iván González en *Caja de Herramientas*, Nos. 64 y 66. En la misma publicación, ver los textos de Fabio Giraldo Isaza, "La UPAC y la Corte Constitucional", y de Jorge Iván González, "Incompatibilidades entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho". Al lado de esos textos, polémicos y severos, algunos columnistas recurrieron incluso al ataque personal, como el ex ministro Rudolf Hommes, quien señaló que en los temas económicos, "los magistrados han demostrado, hasta ahora, que, mejor que juriconsultos son unos burriconsultos" (*El Colombiano*, julio 4 de 1999).

extraer, en una reflexión final, las conclusiones de rigor de ese análisis teórico y jurisprudencial.

I Parte: Control constitucional, política económica y derechos sociales

El examen teórico comienza por reseñar las principales razones que algunos estudiosos aducen en contra del control constitucional de la economía, para luego intentar responder a cada una de ellas, y mostrar así las posibilidades y límites de la intervención de los jueces constitucionales en esa esfera.

a. Las críticas a la intromisión judicial en la economía

Según algunos analistas, los tribunales constitucionales no deben conocer de asuntos económicos, por muchas razones, que pueden ser englobadas en algunas objeciones básicas.

Un primer tipo de críticas cuestiona la idoneidad técnica de los jueces constitucionales en este campo, por lo cual su intervención produce malas políticas económicas. Según estas objeciones, no sólo los jueces no son expertos en estos temas sino que, además, son "botaratas", o por utilizar el argot de los economistas, no toman en cuenta las restricciones presupuestales, ya que no les corresponde la difícil tarea de cobrar los impuestos y obtener los recursos para financiar las políticas sociales. Permitir entonces que los tribunales intervengan en la política económica y decreten gasto sería entonces inconveniente, pues no sólo podría conducir a una suerte de "populismo judicial", sino que, además, son muy altos los riesgos de que los jueces se equivoquen, debido a su falta de conocimientos técnicos en la materia.

Según estos planteamientos, los riesgos son mayores en los países del Tercer Mundo, con escaso de

sarrollo de las fuerzas productivas, como Colombia, pues hoy en día, en general, las intervenciones judiciales en las decisiones económicas pretenden realizar los derechos sociales, lo cual implica casi siempre erogaciones presupuestarias importantes; sin embargo, en estos países, la posibilidad de financiar efectivamente la satisfacción de la totalidad de los derechos sociales es todavía muy precaria, por lo cual son aún más altos los peligros de que caigamos en un populismo judicial, que tenga efectos macroeconómicos desastrosos. Jugando con las palabras, habría entonces que concluir que, al decidir estos casos económicos, los jueces "fallan" mucho, y que en los países subdesarrollados, sus "fallos" son aún mayores.

Un segundo tipo de críticas se funda en la filosofía democrática y participativa, pues parte de la idea de que, en las democracias, los parlamentos y los gobiernos son quienes tienen derecho a decidir sobre el modelo económico del país y sobre la orientación del gasto público, pues al fin y al cabo, para eso fueron electos por las mayorías políticas. La intervención judicial en la economía sería entonces antidemocrática, pues los tribunales constitucionales, compuestos por jueces no electos, impondrían su filosofía económica y arrebatarían a las mayorías el derecho que éstas tienen a tomar las opciones básicas sobre el desarrollo social y económico de un país.

Directamente ligado a lo anterior, un tercer tipo de reparos considera que la intervención de las cortes constitucionales en la economía desfigura y deslegitima la función de las Constituciones en las complejas sociedades pluralistas contemporáneas. Según esta perspectiva, la anulación por el juez constitucional de determinadas decisiones económicas implica una inevitable "constitucionalización" de un cierto modelo de desarrollo, pues el tribunal estaría señalando que algunas estrategias económicas no caben dentro del or-

denamiento jurídico o que, a veces, sólo una determinada política es posible, lo cual tiene dos efectos perversos: de un lado, introduce una excesiva rigidez en el manejo económico, pues para modificar una estrategia económica, podría ser necesaria una muy dispendiosa reforma constitucional; y, de otro lado, la exclusión por el juez constitucional de ciertas opciones económicas, que pueden ser apoyadas por grupos importantes de la población, implica que esos sectores sociales pueden a su vez sentirse excluidos de la Constitución, que pierde entonces apoyo y legitimidad social. La Constitución dejaría entonces de ser un marco pluralista, en donde caben la mayor parte de opciones y modos de vida de los ciudadanos, para convertirse en la expresión de ciertas doctrinas económicas y ciertos modelos de desarrollo: aquéllos que son más apreciados por los magistrados.

Un cuarto tipo de críticas invoca los efectos perversos que esas injerencias judiciales en la economía tienen sobre el sistema político y sobre la propia administración de justicia. Así, según estas objeciones, la intromisión de los tribunales en las políticas económicas erosiona la participación democrática, puesto que los ciudadanos reemplazan la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales. Además, esta "judicialización" de la política económica acarrea casi inevitablemente una "politización", en el mal sentido del término, de la justicia, pues los tribunales y los procesos se convierten en escenarios e instrumentos de estrategias de los actores políticos, lo cual afecta la independencia judicial y desestabiliza en forma profunda el papel del sistema judicial como garante de los derechos de las personas y de las reglas del juego democrático. Igualmente grave, según esta perspectiva, es que este proceso puede comportar una sobrecarga del aparato judicial, que empieza a asumir con dificultad tareas que no le corresponden y para las cuales carece de los medios téc-

nicos y materiales necesarios. Así, la transferencia de la resolución de los problemas económicos a los jueces, y en especial al tribunal constitucional, puede terminar por afectar la propia legitimidad de la administración de justicia, que no tiene en el largo plazo la capacidad de enfrentar tales retos.

Las anteriores objeciones a la intervención de los tribunales constitucionales en la economía son generales y pueden ser invocadas en todos los Estados democráticos contemporáneos, pues en todos ellos podría cuestionarse la falta de idoneidad técnica de los jueces, el carácter antidemocrático de su injerencia en el manejo económico, y sus efectos perversos sobre el sistema político, la administración de justicia y la legitimidad del propio ordenamiento constitucional. A ellas, los críticos en Colombia agregan unos cuestionamientos específicos a la Corte Constitucional de nuestro país y a sus decisiones en este campo: según estos analistas, e incluso conforme a los votos disidentes de los propios integrantes de la Corte, no sólo algunas de las sentencias no serían convincentes, por la precariedad y ambigüedad de su fundamentación jurídica y económica sino que, además, este tribunal habría tendido a variar injustificadamente su jurisprudencia, con lo cual estaría introduciendo una enorme inseguridad jurídica, que ahuyenta las inversiones y retarda el desarrollo³.

3. Ver, en particular, los salvamentos de voto de los magistrados Cifuentes y Naranjo a las sentencias sobre UPAC (C-383/99, C-700/99 y C-747/99), quienes critican duramente a la Corte no sólo por haber desconocido, según ellos, la cosa juzgada constitucional, y haber variado injustificadamente su doctrina sobre la competencia del Ejecutivo para compilar normas financieras, sino, además, por la precariedad argumentativa de las sentencias.

Estas críticas, que he reseñado muy brevemente, no son para nada deleznable, pues se basan en argumentos teóricos razonables y en experiencias históricas desafortunadas. Así, es indudable que en general los jueces, por su formación profesional, no suelen ser expertos en el manejo de las variables económicas y tienden a ignorar las consecuencias financieras de sus fallos.

Además, es cierto que a veces los tribunales constitucionales han tenido intervenciones antidemocráticas, ya que han bloqueado o, al menos, obstaculizado durablemente, los cambios económicos, invocando filosofías personales o argumentos formalistas, para anular políticas económicas masivamente apoyadas por la ciudadanía y por los órganos de elección popular. El ejemplo clásico, pero no el único, fue la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos en las primeras décadas del siglo XX; así, entre 1905 y 1937, ese tribunal anuló leyes que establecían salarios mínimos o jornadas máximas de trabajo, con el argumento de que violaban la libertad contractual, con lo cual entorpeció la puesta en marcha de políticas sociales, y en especial el desarrollo del "New Deal" de Franklin Delano Roosevelt⁴. El caso más célebre, por cuanto simboliza este proceso, fue *Lochner vs. Nueva York* de 1905, en donde la Corte anuló una ley de ese Estado que limitaba la jornada de trabajo a diez horas diarias, con lo cual la jurisprudencia dio preferencia al liberalismo económico sobre los criterios de las mayorías, el pluralismo económico y la búsqueda de la igualdad social. Y el activismo judicial de ese tribunal

4. La bibliografía sobre este tema, y en general sobre el papel de la Corte Suprema en el sistema político estadounidense, es inmensa. Ver, entre muchos otros, Laurence Tribe, *Constitutional Law*, (2 ed.), Nueva York: The Foundation Press, 1998. Ver igualmente Cass Sunstein, *The partial constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1993, capítulo 2.

en materia económica, en esa época, se acompañó de una pasividad y complacencia sorprendente en materia de eventuales violaciones a los derechos civiles. Así, mientras anulaba las leyes de intervención económica, por supuestamente afectar la libertad contractual, la Corte Suprema defendía la constitucionalidad de las leyes que establecían la segregación racial, en el sur de los Estados Unidos, por cuanto consideraba que éstas no desconocían la igualdad, en virtud de la tristemente célebre doctrina de "separados pero iguales", desarrollada en el caso *Plessy vs. Ferguson* de 1896. Y eso que Estados Unidos había vivido una guerra civil que estuvo en gran parte motivada por la idea de abolir la esclavitud y lograr una mayor igualdad entre las razas. No siempre los tribunales constitucionales han sido entonces paladines de la justicia, por lo cual, los ciudadanos no pueden depositar ciegamente en ellos toda su confianza para la construcción de un mundo justo. Es más, muchos analistas consideran que los jueces en general, y en especial los tribunales constitucionales, pueden ser muy poderosos para bloquear, de manera durable, las tentativas de progreso social, mientras que su eficacia para producir reformas emancipatorias es muy limitada⁵.

En ese mismo orden de ideas, también creo que los críticos aciertan en señalar que una judicialización excesiva de la política económica, y de la política en general, puede ser muy negativa para la dinámica democrática y para el propio aparato judicial, pues no sólo puede generar un exceso de expectativas en las posibilidades de que unos tribunales providenciales materialicen la justicia social sino que, además, acentúa la desmovilización ciudadana. Y ambas cosas son perjudiciales para la ad-

ministración de justicia y el desarrollo democrático, de suerte que las victorias democráticas de los movimientos progresistas ante la justicia constitucional terminan por ser muchas veces ilusorias, pues la decisión judicial conduce a la pasividad ciudadana y los propios tribunales no tienen los medios necesarios para poner en marcha las reformas sociales. Por ello, como dice ilustrativamente Benjamin Barber, "la democracia sólo puede sobrevivir como democracia fuerte, asegurada no por grandes líderes sino por ciudadanos responsables y competentes. Las dictaduras efectivas requieren grandes líderes. Las democracias efectivas requieren grandes ciudadanos"⁶. La democracia, más que grandes jueces, requiere de grandes ciudadanos.

Los riesgos de un gobierno de los jueces, en especial en el ámbito económico, y sus efectos perversos sobre el desarrollo, la democracia, y la legitimidad misma de la Constitución, no son entonces meramente hipotéticos, por lo cual, muchos países han tendido a limitar el papel de la justicia constitucional en este campo. Así, en Estados Unidos, en los años treinta, luego de vigorosas críticas por parte de la opinión pública y de amenazas del presidente Roosevelt de modificar la composición de la Corte Suprema, ese tribunal varió, a partir del caso *West Coast Hotel Co vs. Parrish*, de 1937, su jurisprudencia en materia de libertad contractual y reconoció la posibilidad que tenían las mayorías democráticas de establecer normas diversas para la intervención estatal en los procesos económicos. En la práctica, después de esa verdadera "revolución constitucional", como la denominan algunos autores⁷, la Corte Suprema asumió entonces los

5. Ver Gerald Rosember, *The hollow hope. Can courts bring about social change?*, Chicago: The University of Chicago, 1993, en especial pp. 5 y ss., y pp. 336 y ss.

6. Benjamin Barber, *Strong Democracy. Participatory politics for a new age*, Berkeley: University of California Press, 1990, p. xvii.

7. Ver Cass Sunstein, obra citada, capítulo 2.

críterios del juez Oliver Holmes, quien en su célebre voto disidente en el caso *Lochner* de 1905, había indicado que "la Constitución no pretende adoptar una particular teoría económica, sea ésta paternalista, o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, o del *laissez faire*. Según Holmes, la función de un juez constitucional no es determinar la corrección de una determinada política o doctrina económica pues, en una democracia, las mayorías tienen derecho a experimentar y a convertir sus opiniones económicas en ley y las Constituciones están hechas para personas con puntos de vista muy diferentes. A partir de esa sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha abstenido, casi totalmente, de cuestionar las políticas económicas de los órganos políticos.

Igualmente, y tal vez orientada por esa evolución estadounidense, la doctrina y la jurisprudencia constitucionales alemanas consideran que la Carta de Bonn es "neutra" desde el punto de vista económico, a fin de permitir al Legislador que desarrolle la estrategia de desarrollo que a su juicio sea la más adecuada. Por ello, el control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre la orientación de esas políticas ha sido muy escaso⁸. En España, también el sector mayoritario de la doctrina, y las orientaciones básicas de la jurisprudencia constitucional, consideran que la Constitución de 1978 no incorpora un modelo económico específico sino que es un texto abierto en esta materia, por lo cual son posibles políticas distintas, e incluso contradictorias⁹.

8. Al respecto ver Juan Jorge Papier, "Ley Fundamental y orden económico", en Ernesto Benda et al., *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 561 y ss.

9. Ver una presentación de esas posiciones en Oscar de Juan Asenjo, *La Constitución económica española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, capítulo III. Ver también Martín Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1985, capítulos 1 y 2.

Existen pues críticas poderosas a la intervención de los tribunales constitucionales en la economía. ¿Significa lo anterior que debemos entonces suprimir a la Corte Constitucional colombiana cualquier posibilidad de entrar a examinar la legitimidad de las decisiones de política económica, tal y como lo han sugerido algunos representantes gremiales¹⁰. ¿O que esta competencia debería estar radicada en una sala económica especial, como lo han planteado otros críticos? No lo creo, pues las objeciones anteriores, a pesar de que son relevantes, y no pueden ser ignoradas, no son contundentes, como intentaré mostrarlo a continuación.

b. La incapacidad técnica de los jueces constitucionales

Comencemos entonces con las críticas sobre la incapacidad técnica de los tribunales constitucionales para decidir asuntos económicos, pues creo que son las más fáciles de responder, a pesar de que pueden ser aparentemente las más efectistas.

1. La falta de conocimientos económicos especializados

El argumento sobre la falta de conocimientos económicos de los jueces es fácilmente rebatible, pues en derecho existen los peritos, las audiencias y los conceptos técnicos, precisamente para que los tribunales se familiaricen con los alcances de los temas que no conocen, sean estos económicos o de otra naturaleza. Y si se acepta que un juez puede decidir un homicidio con base en un concepto médico, o un asunto contractual a

10. Así, según Jorge Humberto Botero, presidente de Asobancaria, es necesario "adoptar un modelo que limite ese superpoder que hoy tienen los magistrados y que amenaza el normal curso de la economía nacional" (*El Espectador*, julio 6 de 1999).

partir de un peritazgo arquitectónico o químico, o una discusión sobre derechos de las comunidades indígenas tomando en cuenta análisis antropológicos, ¿por qué no podría pronunciarse sobre un asunto financiero o sobre una política macroeconómica? ¿Cuál es la especial dificultad de la ciencia económica frente a otras disciplinas, igualmente complejas, como la medicina, la ingeniería o la antropología? No parece que exista, como lo demuestran los permanentes pronunciamientos de los jueces y tribunales, en otros países, sobre complejas materias económicas. Así, si quisiéramos un ejemplo reciente, bastaría recordar la decisión, en noviembre de 1999, en Estados Unidos, del juez federal Thomas Penfield Jackson, quien señaló que la empresa Microsoft, del poderoso Bill Gates, tiene un control monopólico de los sistemas operativos y ha abusado de ellos en perjuicio de los consumidores. Esta intervención judicial podría llevar al fraccionamiento obligado de la más poderosa empresa del mundo, en el más estratégico de los sectores, como es la informática y el Internet¹¹. ¿Podemos entonces seguir sosteniendo que el mundo de la economía y de los negocios no debe estar contaminado por el derecho constitucional y por las decisiones judiciales?

Con todo, podría objetarse que el anterior ejemplo no es relevante, ya que en ese caso, el juez no retiró del ordenamiento jurídico una disposición legal de contenido económico, sino que se limitó a aplicar sus mandatos, mientras que las críticas a la Corte derivan de que ésta ha anulado, o incluso modificado, el alcance de las políticas económicas y de las leyes financieras aprobadas por el Congreso o por el Gobierno.

11. Ver al respecto, la edición de *Time* del 12 de noviembre de 1999, pp. 5 y ss. Ver igualmente *Time*, mayo 5 de 2000, en donde se evalúan los distintos posibles desarrollos prácticos de este caso.

Pero ese reparo tampoco es admisible, por cuanto en derecho comparado, no es inusual que los jueces constitucionales controlen las leyes de contenido económico. En este campo, el ejemplo tal vez más impactante es el Tribunal de las Comunidades Europeas de Luxemburgo, que tiene, como uno de sus cometidos esenciales, la tarea de controlar que las legislaciones de los países de la Comunidad, y las decisiones de los jueces nacionales, se adecúen a las normas comunitarias, las cuales han tenido esencialmente un contenido económico. Ese tribunal puede entonces ser caracterizado como una especie de Corte Económica Internacional¹². Pero el anterior no es el único caso de una incidencia decisiva de los jueces en asuntos económicos complejos y de gran trascendencia. Así, el Tribunal Constitucional Español, por ejemplo, en la sentencia 103 de 1983, consideró que era contrario a la Constitución un modelo de seguridad social basado en la compensación del daño, y lo sustituyó por uno fundado en la protección frente a la necesidad o la pobreza económica¹³. Por su parte, el Consejo Constitucional en Francia, uno de los países más temerosos al "gobierno de los jueces", tuvo una intervención importante en el control de las nacionalizaciones adelantadas por el gobierno socialista en 1981, pues en la sentencia del 16 de enero de 1982 declaró la inconstitucionalidad de las normas que regulaban el cálculo de las indemnizaciones, por desconocer el derecho de propiedad¹⁴. ¿Podemos entonces seguir sostenien-

12. Retomo este ejemplo de la charla dictada, en la Universidad de Los Andes, el 23 de marzo de 1999, por Manuel José Cepeda sobre temas relacionados con el control judicial de la actividad económica.

13. Ver Luis Prieto Sanchis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 22, (1995), p. 40.

14. Ver Javier Pardo Falcón, *El Consejo Constitucional Francés*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 51 y ss.

do que el mundo de la economía y de los negocios no debe estar contaminado por el derecho constitucional y por las decisiones judiciales?

Además, el argumento de la falta de conocimientos económicos por parte de los jueces conduce a resultados antidemocráticos, pues tampoco los parlamentarios ni los ciudadanos suelen ser peritos en esta materia. ¿Significa entonces que las decisiones macroeconómicas deben ser sustraídas del debate ciudadano y radicadas en el cuerpo selecto de los sabios que conocen de estas materias, como el FMI o el Banco de la República? No parece tampoco razonable.

Es más, el control constitucional de las políticas económicas puede tener efectos positivos, en términos de transparencia de las políticas públicas, pues el debate judicial obliga a quienes toman determinadas decisiones a defenderlas en un lenguaje que sea accesible a quien es lego en la materia, ya que deben explicar y convencer a los jueces de la legitimidad constitucional de las estrategias económicas. De esa manera, la población tiene también oportunidad de entender mejor cuáles son las razones que justifican determinadas decisiones públicas, lo cual estimula la democracia, pues incrementa el control ciudadano a las autoridades y alimenta el debate y la deliberación política.

En síntesis, es cierto que la teoría económica no siempre es un asunto fácil, ya que las dinámicas sectoriales y los procesos macroeconómicos a veces son muy complejos, y su lógica puede incluso vulnerar el sentido común. Así, para quien no ha trabajado mínimamente esas materias, puede parecer incomprensible que un hecho aparentemente afortunado para un país —como puede ser el descubrimiento de enormes reservas petroleras— pueda tener efectos negativos, en virtud de la llamada “enfermedad holandesa”, que tiende a generar economías rentísticas y a afectar desfavorablemente al sector industrial nacional. Es cierto

también que las explicaciones de algunos economistas complican, más allá de lo necesario, la presentación de esos fenómenos. Sin embargo, eso no significa que los mecanismos económicos sean incomprensibles, puesto que un buen concepto académico permite que una persona razonable —como se espera que sean los jueces— entienda la dinámica básica de esos procesos. Así, volviendo a nuestro ejemplo de la “enfermedad holandesa”, no se necesita ser Einstein para entender que un incremento súbito y masivo de las exportaciones de petróleo, que no sea adecuadamente controlado por las autoridades económicas, genera un ingreso masivo de divisas, que tiende a sobrevalorar la moneda local, lo cual favorece las importaciones y disminuye la competitividad de las exportaciones nacionales, y puede por ende tener efectos negativos para la industria nacional que trabaja con bienes “transables”, esto es, vinculados al mercado internacional.

2. El “populismo” y la insensibilidad de los jueces frente a las consecuencias de sus decisiones

Las objeciones por la falta de conocimientos económicos de los tribunales no son entonces convincentes. En ese mismo contexto, la crítica basada en la falta de sensibilidad de los jueces por las consecuencias financieras de sus fallos es en parte válida, pero insuficiente, pues desconoce ciertas particularidades de la función judicial y el papel del derecho en una sociedad democrática.

Así, es indudable que una decisión judicial deja de ser adecuada, por bien fundamentada que se encuentre a nivel normativo, si tiene resultados catastróficos en la práctica. Los buenos jueces no pueden entonces ignorar totalmente los posibles efectos de sus decisiones, por lo cual, en todos los campos, y en especial en materia económica, es razonable que los tri-

bunales presten consideración a las posibles consecuencias de optar por una u otra determinación. Y tal fue precisamente la razón por la cual la sentencia C-700 de 1999 decidió mantener, por algunos meses, el sistema UPAC, a pesar de considerar que era inconstitucional, con el fin de evitar vacíos normativos capaces de generar graves traumatismos económicos. Dijo entonces la Corte que era necesario consagrar un plazo para permitir que la ley "establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable". Sin embargo, esa prudencia judicial de la Corte Constitucional fue criticada por ciertos comentaristas, e incluso por algunos de los magistrados que aclararon su voto, quienes consideraron que era lógicamente inconsistente, y contrario a sus funciones, que la Corte decidiera mantener en el ordenamiento una disposición que era inconstitucional, por lo cual la sentencia debió declarar su inexecutable, sin importar las consecuencias. Como vemos, si la Corte declara la inmediata inconstitucionalidad de una norma económica, entonces se la critica por no tener en cuenta los efectos de esa decisión; pero si, debido a las consecuencias traumáticas de una inexecutable inmediata, la Corte decide mantener temporalmente en el ordenamiento una disposición, que ha constatado que es inconstitucional, se la cuestiona por no cumplir sus funciones de guardiana de la supremacía de la Constitución. Como dice el dicho, "palo porque bogas y palo porque no bogas"¹⁵.

15. Ver, por ejemplo, el artículo de Alfonso López Michelsen en *El Tiempo* del 3 de octubre de 1999, en donde afirma que "mal puede la Corte mantener la vigencia de una disposición inconstitucional, cuando su misión es la guarda de la Constitución y, precisamente, si hay determinación, es sobre por

Es, pues, válido que se exija de los jueces una cierta valoración de los eventuales efectos de las sentencias. Sin embargo, en un régimen que reconoce los derechos de la persona, una cierta insensibilidad de los jueces por las consecuencias —financieras o políticas— de sus decisiones es también recomendable, pues implica que existe una autoridad estatal —el juez— que estará dispuesta a proteger ciertos valores, sin importar que su decisión sea impopular o cueste mucho

cuál de los dos conceptos se opta: si la ley es inconstitucional, para no aplicarla, o si es constitucional, para mantenerla". En el mismo sentido, ver la aclaración de voto de los magistrados Alfredo Beltrán y José Gregorio Hernández a esa sentencia C-700 de 1999, en donde arguyen que "riñe con la lógica jurídica que lo que es inconstitucional prolongue su existencia en el tiempo con posterioridad al fallo en el que así se declara por esta Corporación". A pesar de su aparente fuerza, estas críticas son infundadas y desconocen el derecho constitucional contemporáneo, que admite las constitucionalidades temporales, o lo que es lo mismo, las inconstitucionalidades diferidas. Además, estas objeciones se basan en una confusión conceptual. Una cosa es que el juez constitucional precise si una norma legal viola o no la Constitución, que es un acto de conocimiento, y otra que decida declarar su inexecutable, anularla, o retirarla del ordenamiento, que es una decisión. Como dirían algunos filósofos, como Austin, la constatación de la contradicción entre la ley y la Constitución es un acto en donde el lenguaje juega una función puramente descriptiva, mientras que en la declaración de inexecutable estamos frente a un acto "performativo", pues el juez transforma el mundo jurídico con su pronunciamiento. Por ende, no existe ninguna contradicción en que un juez constitucional constate la incompatibilidad de la disposición acusada con la Constitución, pero decida no anularla, como lo ha hecho, en innumerables ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán, quien precisamente distingue entre la verificación de la contradicción de una ley con la Constitución, o "inconstitucionalidad simple", y la decisión de anularla (Ver al respecto, Klaus Schlaich, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en *Varios autores, Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 192 y ss.) ¿Y por qué recurre el tribunal alemán a esa

al erario público. En eso consiste precisamente la independencia judicial, que es una de las grandes conquistas del Estado de derecho. O imaginen ustedes ¿en qué quedan los derechos humanos, si los jueces se abstuvieran de proteger al inocente, por el temor a las reacciones sociales por un fallo absolutorio, o de condenar al Estado por el daño ocasionado por sus agentes, por los efectos financieros negativos de esa decisión sobre el equilibrio fiscal?

El siguiente es un ejemplo, entre muchos otros, que me parece ilustrativo de las bondades que significa para el Estado democrático que los jueces tengan una cierta insensibilidad financiera: en Estados Unidos, en numerosas oportunidades, los jueces y tribunales han decretado órdenes para mejorar las condiciones de las prisiones, a fin de que éstas se adecúen a estándares mínimos de dignidad humana. Esa inter-

distinción? Precisamente para tener en cuenta los efectos de las sentencias, pues ¿qué sucede si el juez constitucional concluye que una norma es inconstitucional, pero su anulación inmediata genera una situación peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, que preservar la disposición en el ordenamiento? ¿Debe el tribunal anular la norma, a pesar de esos efectos de la decisión? No es razonable, pues estaría generando una situación constitucionalmente más crítica. ¿Debe entonces declararla constitucional? No es procedente pues la norma es en sí misma inconstitucional. En tales casos, la única alternativa parece ser la constitucionalidad temporal, o la inconstitucionalidad diferida, a fin de permitir que el legislador modifique, en un plazo prudencial, la disposición inconstitucional. Por ello, en la sentencia C-221 de 1997, en donde estudió in extenso los fundamentos y la necesidad de este tipo de sentencias, la Corte concluyó que esa situación explica "la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales".

vención judicial, a pesar de que supone un gasto público considerable, ha sido considerada necesaria, por cuanto la sociedad y el sistema político no parecen desvelarse mucho por la suerte de los presos, quienes carecen de voto, son políticamente impopulares y son vistos como una amenaza para la sociedad. ¿Quién podría interesarse entonces en su suerte? En tal contexto, como lo señaló el juez Brennan, de la Corte Suprema de ese país, "las cortes han emergido como una fuerza crítica detrás de los esfuerzos para mejorar condiciones inhumanas". ¿Y por qué ese papel? La respuesta de Brennan es ilustrativa: "Aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las condiciones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo"¹⁶.

Lo anterior muestra que si los jueces decidieran exclusivamente tomando en cuenta las consecuencias eventuales de su determinación, entonces dejarían de ser jueces independientes para convertirse en órganos políticos, y el derecho perdería todo su sentido como instancia normativa de cohesión social. En efecto, defender que los jueces tomen sus decisiones con criterios puramente "consecuencialistas", esto es, basados únicamente en los eventuales efectos del fallo, puede conducir a una politización extrema de la administración de justicia, con graves efectos sobre la seguridad jurídica y sobre los derechos individuales, por las siguientes tres razones: de un lado, como lo sabe cualquier sociólogo o economista que haya estudiado un poco el tema, conocer con precisión los

16. Ver su voto concurrente, en el caso *Rhodes vs. Chapman*, 452 U.S. 337 (1981). En ese voto, Brennan relata las condiciones inhumanas de muchas prisiones estadounidenses, y los esfuerzos judiciales por mejorar esas condiciones.

efectos sociales de una decisión judicial es, en muchos casos, no sólo una labor muy ardua, sino que conduce a conclusiones encontradas entre los propios investigadores. Por ejemplo, y retomando el ejemplo del fallo del juez federal Jackson sobre Microsoft, muchos economistas están en desacuerdo sobre su impacto sobre los consumidores; para algunos, esa decisión estimula la competencia y debería entonces favorecer a los usuarios por la disminución de precios y la oferta de productos diversificados, mientras que otros argumentan que el dominio del mercado de Microsoft había tenido un efecto positivo, ya que había logrado estandarizar los sistemas operativos de las computadoras. Por ende, si las ciencias sociales empíricas no logran ponerse de acuerdo sobre qué podría suceder si un funcionario judicial falla de determinada manera, entonces ¿qué puede hacer el juez que no quiera decidir con base en las consecuencias sino basarse en una evaluación subjetiva de lo que pueda acontecer?¹⁷ Por ello, Niklas Luhmann ha criticado vigorosamente esta orientación consecuencialista, pues

17. En otros campos, no económicos, es igualmente usual encontrar posiciones opuestas sobre los efectos de una decisión judicial o de una regulación jurídica, como lo demuestra el actual debate sobre si una democracia debe o no prohibir el llamado "discurso de odio" (hate speech). Así, algunos argumentan que es necesario censurar las prédicas racistas o fascistas, ya que ellas estimulan la violencia y ponen en peligro la democracia, mientras que otros consideran que es más riesgoso para la estabilidad democrática prohibir esos discursos. Y parece muy difícil, por no decir imposible, llegar a conclusiones claras sobre los eventuales efectos de la autorización o el veto a esos discursos de odio, por lo cual, como lo muestra Michel Rosenfeld, no es posible resolver esta controversia por medio de un razonamiento puramente consecuencialista. Ver su artículo "Pragmatism, pluralism and legal interpretation: Posner's and Rorty's Justice without Metaphysics Meet Hate Speech", en Merris Dickstein, *The revival of Pragmatism*, Durham: Duke University Press, 1998, pp. 324 y ss.

considera que conduce "hacia una sociologización masiva e irreflexiva de la aplicación del derecho, sin que la propia sociología proporcione instrumentos o teorías para ello"¹⁸.

De otro lado, incluso si lográramos determinar con precisión las consecuencias de la decisión, de todos modos el grado de subjetividad judicial sería muy importante ya que, salvo en el mundo ideal de los óptimos paretianos, toda sentencia favorece unos intereses, mientras que afecta negativamente a otras personas. En tales condiciones, ¿cuál es la decisión óptima? No es posible determinarlo, sin que exista un juicio de valor, explícito o implícito, sobre cuáles de esos intereses ameritan mayor protección judicial, en el balance global de pérdidas y ganancias. Por eso, Guido Calabresi, considerado como uno de los fundadores del llamado análisis económico del derecho, reconoce empero que una evaluación puramente consecuencialista de una decisión jurídica, basada en la maximización de la riqueza, no puede ser éticamente neutral¹⁹.

Finalmente, una actitud consecuencialista de los jueces plantea el riesgo de que el sistema jurídico se oriente con criterios puramente utilitarios. Ahora bien, la concepción utilitaria es, para determinadas disputas, una perspectiva interesante de análisis y evaluación, pero en materia de derechos individuales

18. N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 16.

19. En este punto, Calabresi se distancia considerablemente de otro de los representantes de este movimiento, el juez Richard Posner, quien defiende la supuesta neutralidad valorativa del análisis económico del derecho, en la medida en que se funda en la "ciencia" económica. Calabresi objeta que la comparación ética es inevitable, pues la "identidad y el mérito de los ganadores y perdedores se hace esencial" (Citado por Libano Hierro, "La pobreza como injusticia (Dworkin vs. Calabresi)", en *Dava*, Alicante, 1994, Nos. 15-16, pp. 951 y ss.).

es peligrosa, pues puede conducir a una disolución de esos derechos, a fin de favorecer la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general. Así, con criterios utilitarios, habría que considerar eventualmente correcta la decisión del juez que decide aceptar la tortura de un detenido, por cuanto de esa manera la policía logró desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido ocasionar esos delincuentes, compensa el dolor ocasionado por el Estado al detenido. Es obvio que esa conclusión resulta inaceptable en una democracia constitucional fundada en la dignidad humana²⁰.

Una rama judicial puramente consecuencialista deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de reglas, pues deviene un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas. Es precisamente para evitar esa disolución del sistema jurídico que la democracia postula que los jueces deben decidir con base en las pautas normativas del ordenamiento jurídico, pues sólo así se logra una cierta seguridad jurídica. Como dice sugestivamente Luhmann, el "ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico. Precisamente por eso la decisión de este sistema jurídico no puede basarse a su vez tan sólo en la previsión de sus propias consecuencias. Esto obligaría al ciudadano a prever las previsiones"²¹. Resulta entonces, por lo menos paradójico, que muchos economistas, que critican la inseguridad jurídica provocada por la

Corte Constitucional, tiendan a creer que la solución es que la jurisprudencia tome más en serio los efectos financieros y sociales de los fallos, cuando es muy posible que ese tipo de práctica judicial sea menos segura jurídicamente. Por formularlo paradójicamente, un análisis consecuencialista parece llevar a la conclusión de que lo mejor es que los jueces no sean consecuencialistas.

En tales condiciones, para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir primariamente conforme al derecho vigente, y no de acuerdo a un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye un cierta valoración de esos efectos, pero ésta no puede convertirse en el elemento decisivo para la solución de las controversias judiciales. En ese sentido, son relevantes las palabras del Tribunal Europeo de Justicia, en la sentencia del 15 de diciembre de 1995, cuando rechazó la solicitud de una de las partes en el proceso, la cual había pedido que no se tomara una determinada decisión, por los graves efectos económicos que ésta tendría. Dijo entonces esa corporación judicial que "las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente" pero que "no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo".

Por todo lo anterior, creo que las objeciones basadas en la falta de conocimientos económicos de los jueces, o su eventual insensibilidad frente a las conse-

20 Sobre las críticas al utilitarismo y la defensa de un razonamiento fundado en derechos, la "teoría de la justicia" de Rawls y "los derechos en serio" de Dworkin siguen siendo obras ineludibles.

21 N. Luhmann, obra citada, p. 68.

cuencias financieras de las decisiones, no son decisivas, ni representan un obstáculo insalvable para el control constitucional de las políticas económicas. Sin embargo, los críticos aciertan en resaltar dos aspectos que deben ser tomados en cuenta para mejorar la labor de los jueces colombianos, y en especial de la justicia constitucional. De un lado, los jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, pues la actitud de que se debe hacer justicia aunque perezca el mundo no parece razonable en una democracia. Sin embargo, los cálculos consecuenciales, de tipo puramente económico y sociológico, no pueden ser el criterio esencial de la decisión judicial. Uno de los retos más difíciles e interesantes de una buena dogmática constitucional es entonces incorporar esa dimensión consecuencial, sin que el derecho se disuelva en un puro cálculo pragmático de los eventuales efectos financieros y sociales de las sentencias. De otro lado, como indica Kalmanovitz, es necesario que los tribunales constitucionales consulten y escuchen a los expertos y peritos en estas materias, y de ser posible, que cuenten incluso con equipos técnicos capacitados de economistas, que puedan asesorarlos de manera imparcial²². Y lo cierto es que en la práctica, la Corte Constitucional colombiana ha tratado de avanzar en ambas direcciones, y no sólo en el campo económico sino en muchos otros temas, como lo muestran numerosas sentencias en donde ha tomado decisiones basándose en amplias consultas a los expertos, y en donde ha evaluado cuidadosamente las eventuales consecuencias de su determinación²³. Es

22. Ver Salomón Kalmanovitz, artículo citado, p. 128.

23. Ver, por ejemplo, la sentencia C-320 de 1997, fundamentos 15 y 16, donde la Corte evaluó las consecuencias eventuales de su decisión de limitar el alcance del "pase", o los derechos deportivos. Sobre consultas a expertos, ver la sentencia SU-510 de 1998, relativa a un conflicto entre libertad religiosa y auto-

más; incluso podría pensarse que, ampliando esa posibilidad de consultar expertos, la Corte Constitucional recurriera a mecanismos similares a los que ha usado la Corte Suprema de India para resolver controversias sobre derechos sociales. En muchos casos, ese tribunal ha nombrado comisiones socio-jurídicas de ciudadanos notables, científicos sociales, universidades, y otras personas, a fin de que examine las condiciones que pueden generar el desconocimiento de una garantía social. Los informes de esas comisiones proveen el material empírico y teórico necesario para decidir esos casos²⁴.

Es, pues, válido exigir de los jueces que tomen en cuenta los conocimientos especializados de las materias sobre las cuales van a tomar una decisión. Pero una cosa es exigir esa consulta a expertos, y otra muy diferente es sostener que los jueces sólo pueden decidir en las materias en que sean ellos mismos especialistas, por lo cual la Corte Constitucional colombiana-

nomía cultural de la comunidad arhuaca, en donde la Corte consultó una gran cantidad de expertos en el tema. Igualmente, la sentencia SU-337 de 1999, sobre consentimiento informado en casos de hermafroditismo o ambigüedad genital, en donde la Corte consultó a los principales expertos nacionales e internacionales sobre este tema. Y en el tema económico, ver la sentencia C-481 de 1999, sobre el alcance de la autonomía del Banco de la República, donde la Corte consultó a numerosos expertos y examinó la principal literatura económica sobre la materia, al punto de que, según el prestigioso economista Jorge Iván González, esa sentencia es "una pieza maestra de análisis de las interacciones macro de la política económica", que debería incluirse en "los cursos de macroeconomía aplicada", ya que "resume muy bien el debate nacional e internacional sobre la forma como la actividad monetaria afecta la actividad real" (Ver artículo citado, pp. 133 y 134).

24. Ver Upendra Baxi, "Judicial discourse: The dialectics of the face and the mask", 35, *Journal of the Indian Institute* (1993), p. 7.

na no puede conocer de asuntos económicos y debería existir una sala económica para esas materias. Si esa crítica fuera válida, entonces debería también ponerse en funcionamiento una "sala médica" para estudiar los derechos de los pacientes, un "sala antropológica" para decidir los casos de comunidades indígenas, e incluso, como dijo irónicamente en una entrevista radial uno de los magistrados de la Corte Constitucional, una "sala cuna" para analizar los casos de los derechos de los niños. Pero es más: esa fragmentación de la justicia constitucional aumentaría considerablemente la inseguridad jurídica, pues no existiría un órgano de cierre, con la facultad de unificar la interpretación de la Constitución.

Por todo lo anterior, la acusación de parte de los órganos de dirección económica y de algunos gremios de la producción de que el tribunal constitucional no debe participar en las controversias económicas, porque no comprenden la dinámica económica, no deja de evocar el reproche clásico de muchos policías contra los jueces, según el cual, los funcionarios judiciales no deberían inspeccionar la acción policial, porque no comprenden verdaderamente qué es luchar contra la delincuencia. En ambos casos, parecería que la motivación subyacente es eliminar los controles judiciales a esas actividades. Esto nos lleva pues a la segunda objeción contra el control constitucional de la economía, y es la siguiente: ¿que tan legítima es esa intervención judicial en una democracia?

c. Sobre el carácter antidemocrático del control constitucional de los procesos económicos

Las críticas sobre el carácter antidemocrático del control constitucional de las decisiones económicas de los órganos legislativos son mucho más profundas y difíciles de responder, ya que remiten a discusiones filosóficas y jurídicas muy complejas. En efecto, esta objeción se funda, en el fondo, en una aplicación, al

campo económico, de la llamada "dificultad contra-mayoritaria", según la sugestiva expresión de Bickel²⁵, con la cual se ha querido impugnar la legitimidad del control constitucional en todos los campos. Este cuestionamiento podría ser formulado así: ¿cómo es posible aceptar que en una democracia unas pocas personas, que no fueron electas popularmente, sean capaces de anular las decisiones tomadas por los representantes del pueblo? ¿Es acaso compatible el control constitucional con el principio de mayoría, que es el fundamento democrático de un régimen democrático? O, por el contrario, ¿no implica ese poder exorbitante del tribunal constitucional la incorporación, en nuestras Constituciones, de un elemento aristocrático que es incompatible con el principio democrático?

Resulta ingenuo intentar resolver, en unos pocos párrafos, estos arduos interrogantes, que han dado lugar al desarrollo de algunas de las reflexiones más profundas e interesantes en teoría constitucional²⁶. Además, no es procedente entrar de lleno en estas dis-

25. Ver Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (2ª ed.), New Haven: Yale University Press, 1986.

26. La literatura sobre el tema es muy extensa, sobre todo en Estados Unidos. Así, fuera del texto ya clásico de Bickel, una de las obras contemporáneas más influyentes es la John Hart Ely, *Democracy and distrust: A theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University Press, 1982, libro que fue recientemente traducido por la Universidad de Los Andes. Desde enfoques diversos, ver John Elster y Rune Slagstad (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988. En el marco europeo, ver Mauro Cappelletti, "Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional", en Varios autores, *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. En Latinoamérica, pueden consultarse los notables trabajos de Carlos Santiago Nino. Ver, por ejemplo, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa, 1997. Para una buenas síntesis del debate, ver Eduardo

usiones, pues en la actualidad no se está cuestionando el control constitucional en general –o al menos eso parece– sino únicamente la intervención de la Corte y de los jueces de tutela en el ámbito económico. Sin embargo, no es posible dejar totalmente de lado esta discusión, pues si en general el control judicial de constitucionalidad es antidemocrático, entonces también es ilegítimo en relación con las políticas económicas. Por ello, lo que haré será intentar resumir brevemente las justificaciones más lúcidas del control constitucional, para luego examinar si existen especificidades en el ámbito económico que expliquen la exclusión de la intervención de los jueces constitucionales en tales esferas.

1. La llamada “dificultad contramayoritaria” y una defensa democrática del control constitucional

Existen²⁷ tres justificaciones clásicas del control constitucional, que fueron formuladas desde los orígenes de esta institución, en *El Federalista*, No. 78, de Hamilton y en la célebre sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Marbury vs. Madison* de 1803, y que fueron retomadas posteriormente por otros autores como Hans Kelsen. De un lado, estos textos argumentan que si la Constitución es una norma suprema, o una ley fundamental, entonces alguien debe garantizar que las normas de inferior jerarquía no la desconozcan; y ese papel sólo lo pueden jugar no los jueces, o un tribunal constitucional, y no el legisla-

García de Enterría, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, 1985, cap. IV, V y VI. Y también ver Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Ariel, 1996.

²⁷ En este aparte me baso mucho en los textos citados en la nota anterior, y en especial en los trabajos de Nino, aunque no los citaré sistemáticamente para evitar que la exposición sea demasiado engorrosa.

dor, ni el jefe de Estado, por cuanto la Constitución busca precisamente limitar a los órganos políticos y en especial al Congreso. De otro lado, y directamente ligado a lo anterior, esa supremacía de la Constitución es considerada necesaria para asegurar un gobierno limitado y no arbitrario, pues si no existiera, o no fuera una norma suprema, el parlamento podría hacer lo que quisiera, lo cual pone en riesgo los derechos de la persona. Y, en tercer término, la Constitución contiene los mandatos del pueblo soberano, mientras que los legisladores son simplemente sus representantes. Por ende, el tribunal constitucional, al anular una ley, no está contradiciendo la voluntad popular e imponiendo su criterio sobre los legisladores. Por el contrario, esa anulación lo único que hace es ratificar una voluntad popular superior encarnada en la Constitución, la cual prima sobre los deseos de las distintas mayorías históricas. Como dice Hamilton en *El Federalista*, No. 78, la anulación de las leyes por el tribunal constitucional “no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se encuentra en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última antes que por las primeras”.

Estas justificaciones tienen elementos válidos y sustanciales, que les permiten seguir siendo importantes. Por ejemplo, es indudable que si asumimos que la Constitución es una norma de jerarquía superior, que vincula al legislador, entonces debe haber un control constitucional por un órgano judicial o semijudicial. Así, según Kelsen, sólo la existencia de un tribunal constitucional, con esas características, asegura la vinculación del legislador a la Constitución pues, como dice el jurista vienés, “no es, pues, con el propio parlamento con quien hay que contar para hacer efectiva su

subordinación a la Constitución", por lo cual hay que concluir que "una Constitución que carezca de la garantía de anulabilidad de los actos inconstitucionales no es una Constitución plenamente obligatoria, en sentido técnico"²⁸. Sin embargo, un examen crítico muestra que esas justificaciones clásicas son insuficientes. Así, el argumento sobre la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía no resuelve el problema sino que simplemente lo desplaza, pues inevitablemente surgen nuevos interrogantes: ¿por qué las Constituciones deben ser consideradas normas y por qué tienen que tener una fuerza normativa superior a la de las leyes? ¿No es acaso más democrático considerarlas simplemente documentos políticos que guían la acción de los órganos políticos, a fin de permitir que las mayorías puedan gobernar sin ataduras?

Por su parte, el argumento relativo al gobierno limitado es también discutible, por cuanto el control judicial de constitucionalidad convierte a los jueces constitucionales en órganos supremos del ordenamiento, ya que son depositarios de la última palabra sobre el alcance de la norma fundamental, con lo cual devienen, en cierta medida, en órgano jurídicamente infalible. Así, el juez Jackson de la Corte Suprema de Estados Unidos decía explícitamente: "No tenemos la última palabra porque seamos infalibles pero somos infalibles porque tenemos la última palabra"²⁹. Surgen entonces nuevas preguntas: ¿quién garantiza que el tribunal constitucional no se desborde a su vez, con lo cual el gobierno deja de ser limitado? ¿Y por qué no considerar que la soberanía del parlamento asegura mejor que el control constitucional los derechos de las

personas y el carácter limitado del gobierno? Y si de todos modos va a existir un órgano supremo ¿no es mejor que sea el parlamento, que tiene origen democrático, y no el tribunal constitucional, que carece de esa legitimación? Al fin y al cabo, podría aducir un demócrata: "Al menos a los congresistas podemos no reelegirlos, si no nos gusta lo que hacen, ¿pero qué podemos hacer con los jueces del tribunal constitucional?"

Finalmente, la justificación de Hamilton, basada en la idea de que el juez constitucional se limita a expresar la voluntad del pueblo contenida en la Constitución, es cuestionable desde tres puntos de vista: (i) no es históricamente claro que las asambleas que hacen las Constituciones sean más democráticas que los congresos que hacen las leyes, ni existe ningún mecanismo que permita concluir que en estas asambleas se manifiesta el pueblo, mientras que en las legislaturas operan únicamente sus representantes; (ii) incluso si aceptáramos que la Constitución efectivamente fue obra del pueblo (por ejemplo, porque fue aprobada por un referéndum) ¿cuál es la razón para que generaciones posteriores deban ajustarse a los mandatos de una Constitución que no tuvieron la oportunidad de aprobar?; y (iii), la tesis de Hamilton supone que una Constitución tiene un sentido inequívoco y no está sujeta a controversias, pues si el texto implica debates hermenéuticos, y existen interpretaciones disímiles y contradictorias sobre su alcance, como suele suceder, entonces resulta difícil sostener que el tribunal constitucional lo único que hace es ejecutar la voluntad popular constituyente.

Las defensas clásicas, sin ser irrelevantes, no son entonces concluyentes. Sin embargo, eso no significa que no exista una posibilidad de fundamentar democráticamente el control constitucional, por cuanto existen justificaciones contemporáneas que son mu-

28. Hans Kelsen, "La garantía jurisdiccional de la Constitución", en *Escritos sobre democracia y socialismo*, Madrid, 1988, pp. 129 y 150.

29. Ver su voto concurrente en el caso *Brown vs. Allen*, 344 U.S. 443, 540 (1953).

cho más convincentes. Ellas reposan, a mi juicio, sobre dos ideas elementales, pero profundas y comple-mentarias: los "defectos" y "paradojas" del principio de mayoría, y la importancia de los derechos funda-mentales en las sociedades contemporáneas³⁰.

Así, en primer término, la democracia no puede ser concebida simplemente como el gobierno omni-modo de las mayorías, por cuanto esa concepción conduce a una anulación de la propia democracia. En efecto, supongamos que una mayoría política ocasion-al aprueba una norma en virtud de la cual delega todo el poder en un dictador, o establece que las leyes aprobadas por esa mayoría no podrán ser cambiadas en el futuro. ¿Debemos aceptar esa decisión por ser expresión del principio de mayoría? No parece posi-ble, por cuanto esa determinación acaba con la opera-tividad futura de ese principio democrático. Por consi-guiente, existen algunas cosas que no pueden ser decididas por el principio de mayoría, pues si lo per-mitimos, corremos el riesgo de que ese principio se anule a sí mismo, por cuanto una mayoría ocasional trataría de autoperpetuarse en el poder, modificando las reglas de los procesos electorales, o imponiendo el silencio a sus oponentes. Hay pues aspectos que no deben ser debatidos ni decididos en el proceso demo-crático, por cuanto constituyen las reglas mismas del juego democrático, ya que representan el presupues-to de funcionamiento del principio de mayoría.

La democracia y el principio de mayoría, si quie-ten ser funcionales y perdurar, deben entonces admi-

tir que no deben tocar ciertos temas, a saber, aquellos que definen el proceso democrático. Por ello, como sugiere un analista, la democracia, si quiere preservar sus manos —esto es, subsistir como democracia— debe atarse un poco las manos, esto es, aceptar que ciertos asuntos, y en especial, las reglas del juego democrá-tico, quedan sustraídas del debate democrático³¹. Y esto es lo que explica los pactos constituyentes, la su-premacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias, así como la legitimidad democrática del control judi-cial de constitucionalidad. En efecto, estos pactos re-presentan el acuerdo sobre las reglas del juego demo-crático; y deben tener supremacía sobre las leyes, pues es la única forma de que esas reglas no puedan ser afectadas por el debate democrático ordinario; y, finalmente, para que esas reglas de juego sean respe-tadas, es necesario que exista un guardián que las haga cumplir. Y como es obvio, ese garante del cum-plimiento del juego democrático no puede a su vez pertenecer a las mayorías, pues precisamente preten-de controlarlas; debe ser un órgano independiente, esto es, algo parecido a un tribunal constitucional, sin importar el nombre que se le dé. Por ende, si bien no tiene un origen democrático, el juez constitucional cumple un papel democrático esencial pues es el guardián de la continuidad del proceso democrático.

La anterior justificación del control constitu-cional se vincula además a la importancia que tienen los derechos fundamentales en una sociedad democrá-tica. La idea es que muchos de esos derechos son en primer término presupuestos procesales del funciona-

30. El lector atento notará que, aunque no sigo literalmente sus textos, mis deudas teóricas con Ely y Nino, y en especial con este último, son enormes. Y es que no pretendo ser original sino simplemente incorporar al debate colombiano unas re-flexiones muy sugestivas pero que, desafortunadamente, no son suficientemente conocidas en nuestro medio.

31. Ver Stephen Holmes, "Precommitment and the paradox of democracy", en John Elster y Rune Slagstad (comps.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, p. 232. Según este autor, la paradoja de la democracia es que "sin atarse las manos, el pueblo no tendría manos".

miento de la democracia, pues mal podría existir un verdadero debate democrático si no se garantiza la libertad de expresión y de movilización, los derechos de asociación, los derechos políticos, etc. La existencia de esos derechos es, pues, un elemento esencial para que la democracia pueda realmente ser considerada un régimen en donde los ciudadanos son libres y deliberan para autogobernarse. Pero para que esas personas sean verdaderamente libres, es además necesario asegurarles unas condiciones mínimas de dignidad, que les permitan desenvolverse como individuos autónomos. Los derechos fundamentales representan entonces esos bienes, que se consideran que son indispensables para que todas las personas gocen de la dignidad necesaria para ser ciudadanos verdaderamente libres, iguales y autónomos. En esa medida, esos derechos aparecen también como una suerte de presupuestos materiales del régimen democrático, pues sin ciudadanos libres e iguales, mal podríamos hablar de gobierno democrático. Por ende, si los derechos fundamentales son tanto presupuestos procesales como materiales de la democracia, es obvio que estos derechos deben ser garantizados, independientemente de la opinión de las mayorías. Esto explica la sugestiva idea de Ronald Dworkin³², según la cual, los derechos constitucionales constituyen, en el sentido riguroso del término, cartas de triunfo contra las mayorías y la persecución del bienestar colectivo, pues sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar. Es pues lógico que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional. En tal con-

texto, si los derechos fundamentales son indispensables para la democracia, entonces es obvio que al asegurar su realización, el juez constitucional cumple una función democrática esencial.

Las reflexiones precedentes conducen finalmente a otra conclusión, que constituye una tercera justificación del control constitucional, y es la siguiente: la democracia, para que conserve aquellos elementos por los cuales es un régimen digno de ser respetado y obedecido, no puede ser tampoco pensada como un gobierno de las mayorías en beneficio de las mayorías; la democracia utiliza como criterio de decisión el principio mayoritario, por cuanto, en materias complejas y en organizaciones numerosas, es imposible alcanzar el consenso, que parece ser el único criterio de justicia aceptable en nuestras sociedades pluralistas. El principio de mayoría opera entonces como una especie de consenso imperfecto, y por eso parece el mecanismo más adecuado y justo de decisión. Pero esto no significa que las mayorías que controlan el parlamento puedan gozar exclusivamente de los beneficios de las políticas que allí se decretan, mientras que descargan sus costos en aquellas minorías que no pueden acceder al poder, puesto que la idea del consenso, que es la que justifica el principio de mayoría, implica que es justa aquella decisión que toma en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los eventuales afectados por esa determinación. La democracia no es entonces una tiranía de la mayoría sino que es un régimen basado en el principio de mayoría pero que debe procurar satisfacer igualmente los intereses de todos. Las mayorías tienen entonces el derecho de optar por determinadas políticas, siempre y cuando esas estrategias tomen en consideración, de manera imparcial, los intereses de todos los gobernados. Por ende, también debe existir un órgano que asegure la imparcialidad de los resultados del proceso democrático. Y, por las mismas razo-

³² Ver Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona: Ariel, 1984.

nes que señale anteriormente, esta institución debe ser independiente de las mayorías, esto es, debe ser algo como un tribunal constitucional.

Conforme a lo anterior, y utilizando la terminología sugerida por Luigi Ferrajoli³³, aunque los tribunales constitucionales carecen de legitimidad democrática formal, pues no tienen origen en la voluntad popular, lo cierto es que gozan de una legitimidad democrática sustancial, en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. El control judicial de constitucionalidad tiene entonces una amplia justificación democrática. Esto no significa, sin embargo, que cualquier intervención del juez constitucional sea legítima, puesto que si desborda estas funciones de protección del proceso democrático y garantía de los derechos humanos, entonces su actividad es cuestionable en términos democráticos. Una cosa es entonces defender democráticamente cierta forma de control judicial de constitucionalidad, que es lo que he intentado hacer en los párrafos precedentes, y otra muy diferente es respaldar ciegamente toda intervención de los jueces constitucionales. Una pregunta obvia surge: ¿tiene la regulación de la economía ciertas especificidades que justifican que se excluya al juez constitucional de este campo?

2. La especificidad del ámbito económico y el problema de la "justiciabilidad" de los derechos sociales

Algunos críticos podrían compartir las anteriores consideraciones sobre la legitimidad democrática del control constitucional, pero argüir sin embargo que, en materia económica, los tribunales constitucionales

no deben intervenir, o al menos deben hacerlo de manera muy prudente y limitada, por cuanto estas decisiones son mucho más delicadas, ya que implican una reorientación del gasto público y de las dinámicas financieras, con consecuencias macroeconómicas que los jueces no pueden prever adecuadamente. Esta me parece que es, en cierta medida, la posición de Kalmanovitz, quien defiende la labor de la Corte Constitucional en el campo de las libertades individuales y la limitación de los poderes excesivos del Congreso y del presidente, pero cuestiona duramente sus intervenciones en la regulación del sector financiero y la economía³⁴.

Según este punto de vista, ni siquiera el argumento de los derechos sociales es suficiente, ya que éstos no pueden ser satisfechos de la misma forma que los derechos civiles y políticos, por la sencilla razón de que la realización de los primeros implica, en general, un ordenamiento del gasto público, a partir de recursos que no son infinitos, mientras que la protección de los derechos civiles clásicos no implica ese tipo de erogaciones. Por ende, podría continuar la objeción, si la Corte Constitucional decide inaplicar o anular una regulación legal para satisfacer un determinado derecho social, en una situación específica, entonces pueden seguirse varios efectos complejos y delicados: de un lado, si es un caso de tutela y la Corte limita su decisión a la situación particular y la singulariza, entonces paradójicamente el tribunal constitucional podría estar propiciando una violación al principio de igualdad, ya que sólo gozarían de ese derecho social aquellos peticionarios que tuvieron la suerte de que su tutela fuera seleccionada y decidida por esa corporación judicial, lo cual no parece muy compatible con los valores constitucionales del Esta-

33. Ver Luigi Ferrajoli, *Razon y derecho*, Madrid: Tróika, 1985, pp. 855 y ss.

34. Ver Salomón Kalmanovitz, artículo citado, p. 124.

do social de derecho. Si, por el contrario, con el fin de evitar esa afectación de la igualdad, la Corte establece una regla general que cubra todos los casos que tienen ciertas características, que en el fondo es lo jurídicamente correcto, pues los jueces deben fallar guiados por el principio de universalidad que obliga a tratar de la misma manera los casos semejantes³⁵, entonces esa decisión puede tener consecuencias financieras y presupuestales muy complejas. Puede ser que la determinación genere desequilibrios en campos que el juez constitucional no podía prever, agudizando, por ejemplo, una recesión o un déficit fiscal, o que la sentencia sustraiga recursos importantes que estaban destinados a satisfacer otros derechos sociales, con lo cual, la determinación del juez constitucional podría convertirse, paradójicamente, en un factor de violación de derechos fundamentales. Por ejemplo, algunos criticaron la sentencia C-136 de 1999, que extendió el impuesto del dos por mil a las transacciones interbancarias, argumentando que ésta habría obstaculizado el descenso de las tasas de interés, y con ello, habría introducido un nuevo factor recesivo en la economía. Otros han criticado las tutelas en donde la Corte ha ordenado medicamentos para ciertas enfermedades catastróficas, por fuera del plan obligatorio de salud, por cuanto esas providencias estarían desequilibrando el sistema de seguridad social, de suerte que, a veces, por atender a uno de esos enfermos, es posible que se deje de vacunar a centenares de niños. Así, según Kalmanovitz, con este tipo de sentencias, "la Corte le está resolviendo el problema a un paciente

35. La exigencia de universalidad es tan importante que es para muchos teóricos contemporáneos el requisito elemental de racionalidad de toda decisión judicial. Ver, entre muchos otros, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 214 y ss. La Corte Constitucional explicó en detalle ese principio en los fundamentos 48 y ss. de la sentencia SU-047 de 1999.

pero está comprometiendo el derecho a la salud de 12 millones de colombianos que cotizan responsablemente"³⁶. No entro a analizar, por el momento, la validez de estas críticas; simplemente las cito como una ilustración del tipo de objeciones que se formulan a estas decisiones judiciales.

Por todo ello, concluirían los críticos, los tribunales constitucionales deben abstenerse de invocar el Estado social de derecho y los derechos sociales para intervenir en los procesos económicos, ya que es imposible satisfacer todos esos derechos al mismo tiempo. Las decisiones sobre asignación y distribución de los recursos económicos, por definición escasos, para la realización de esos derechos, debe entonces, según tales enfoques, dejarse a los órganos políticos, no sólo porque ellos tienen la responsabilidad de financiar esas políticas, sino además, porque se adecúa más a la filosofía democrática que las mayorías sociales decidan acerca del modelo de desarrollo y adopten las estrategias económicas para lograr la justicia social. Por tales razones, muchos autores importantes y algunos sistemas constitucionales han negado una verdadera eficacia jurídica a los derechos sociales. Por ejemplo, en su clásica teoría de la Constitución, Carl Schmitt distingue entre los verdaderos derechos fundamentales, que son aquellos de la tradición liberal, y los derechos sociales, que son a lo sumo mandatos al legislador, pero que no deben ser considerados derechos fundamentales subjetivos, ya que no pueden ser exigidos judicialmente³⁷. Por esas mismas razones, algunas constituciones, como la de India o la de España, no establecen expresamente "derechos sociales", sino que proclaman "principios sociales", precisamente con

36. Salomón Kalmanovitz, artículo citado, p. 12.

37. Ver Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1934, p. 196.

el ánimo de evitar que las garantías sociales sean concebidas como derechos subjetivos, que puedan ser invocadas directamente ante los jueces³⁸. En el mismo sentido, en el debate sobre la reforma a la declaración de derechos en Canadá, en 1992, el llamado "Comité Beaudoin Dobbie" prefirió adoptar una Carta Social, basada en una declaración de "compromisos sociales", en vez de recurrir a una proclamación de derechos sociales justiciables. Las razones invocadas fueron las siguientes:

Estos compromisos son, en muchos aspectos, tan importantes para los canadienses como sus derechos y libertades; pero son diferentes. Estos compromisos expresan objetivos, no derechos, y abarcan responsabilidades enormes. Por consiguiente, aunque son materias apropiadas para ser reconocidas en la Constitución, los órganos electos deben conservar la atribución de decidir cómo es la mejor forma de cumplirlos. Creemos que los temas tratados en la Carta Social son resueltos mejor por medios democráticos³⁹.

Las anteriores objeciones no son deleznable y a que nadie puede negar las enormes dificultades que plantea la protección judicial de los derechos sociales, debido a su carácter esencialmente "prestacional", esto es, a que su satisfacción supone una acción estatal, a fin de que la persona pueda acceder a un bien o servicio, como la alimentación, la educación, la salud o la vivienda⁴⁰. Las órdenes judiciales para realizar

esos derechos tienen entonces, sin lugar a dudas, efectos complejos sobre las dinámicas económicas, el gasto público y el arbitraje de recursos económicos escasos, en especial en los países del Tercer Mundo, como el nuestro. Sin embargo, el reconocimiento de esa dificultad no implica la consecuencia que algunos intentan extraer, que es negar toda eficacia jurídica o "justiciabilidad" a esos derechos sociales, a fin de concebirllos como pautas puramente programáticas, que el legislador podría desarrollar, pero que no pueden ser exigidas por la vía judicial.

En primer término, sin negar la especificidad de los derechos sociales, es indudable que la oposición entre los derechos civiles, que supuestamente implicarían únicamente abstenciones u obligaciones "negativas" del Estado, y derechos sociales, que implicarían prestaciones "positivas" de las autoridades, debe ser matizada, pues no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas para el Estado, ni todos los derechos civiles y políticos únicamente generan deberes de abstención. La situación es más compleja. Así, muchos derechos sociales no establecen una prestación sino un mandato de respeto de parte de las autoridades, como sucede con el derecho de sindicalización de los trabajadores, que implica ante todo que el Estado no interfiera en el desarrollo de estas asociaciones. Y, más importante aún, la garantía de los derechos civiles supone, en muchos casos, no sólo

38. Sobre el caso español, ver Martín Bassols Coma, obra citada, pp. 987 y ss.

39. Ver Martha Jackman, "Constitutional rhetoric and social justice: reflections on the justiciability debate", en Joel Bakan y D. Schneiderman (eds.), *Social justice and the Constitution. Perspectives on a Social Union for Canada*, 17 (1992), 18.

40. Para análisis profundos de la complejidad jurídica y conceptual de esos derechos, ver el capítulo sobre derechos presta-

cionales de Robert Alexy, en *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 435 y ss. Ver igualmente Luis Prieto Sanchis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 22, 1995. Ver también J. J. Gomes Canotilho Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra editora, 1991, pp. 127 y ss. En la doctrina colombiana, ver Rodolfo Arango, "Los derechos sociales fundamentales como derechos subjetivos", en *Pensamiento Jurídico*, No. 8, pp. 63 y ss.

claras prestaciones positivas, como sucede con el derecho de defensa, que incluye el deber del Estado de suministrar un abogado al acusado pobre sino que, además, la vigencia efectiva de las libertades más clásicas, como la intimidad, requiere que existan unas autoridades policiales y judiciales capaces de amparar a las personas contra las agresiones a sus derechos por parte de los otros ciudadanos. Por ello, como lo han mostrado Sunstein y Holmes, la protección de todos los derechos, incluso de las libertades civiles, tiene costos económicos y supone un arbitraje entre usos alternativos de recursos escasos⁴¹. Por ende, si el argumento fuera exclusivamente de costos y de ordenamiento de gasto por la vía judicial, entonces habría también que eliminar las decisiones judiciales para amparar los derechos civiles, ya que esas intervenciones también implican, en muchos casos, erogaciones presupuestarias.

De otro lado, el argumento sobre la absoluta libertad de los órganos políticos y de las mayorías para optar por cualquier modelo económico se basa, en el fondo, en un deseo de eliminar toda fuerza normativa al contenido social de la Constitución y a los pactos internacionales que reconocen derechos sociales. Y eso es inaceptable ya que, así como no puede existir una verdadera democracia sin una garantía a la libertad de expresión y una protección del debido proceso, la incorporación de los derechos sociales parte del supuesto de que no puede existir una verdadera deliberación democrática, si no existe una cierta igualdad social y no se garantiza a las personas al menos una satisfacción básica de sus necesidades. En efecto, ¿quien puede razonablemente negar que la falta de alimentación, salud, vivienda o educación afecta la

dignidad humana, y por ende disminuye la capacidad de las personas para ser ciudadanos autónomos? Como lo señaló Rousseau, hace más de doscientos años, el ejercicio de la libertad democrática supone un mínimo de igualdad fáctica, a fin de que "ningún ciudadano sea suficientemente opulento como para comprar a otro, ni ninguno tan pobre como para ser obligado a venderse"⁴². Esto muestra entonces que una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin de amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tienen su expresión más clara en la universalidad del voto; y, finalmente, unas garantías materiales, que configuran una suerte de "ciudadanía social", pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales⁴³.

Esta dimensión social de la ciudadanía y de la dignidad de la persona justifican y explican entonces que la Constitución haya incorporado derechos sociales —como el derecho a la vivienda o el derecho a la salud— que tienen fuerza normativa. Por consiguiente, las mayorías políticas no son totalmente libres para escoger cualquier política económica, ya que, como lo explicamos anteriormente, un derecho constitucional

42. Ver Rousseau, *El contrato social*.

43. Sobre esta ampliación de los derechos y de la ciudadanía, ver a un nivel sociológico, el trabajo ya clásico de T.H. Marshall, *Class, Citizenship and Social Development*, Westport: Greenwood, 1973. En mi texto, *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*, Bogotá: FUAC, 1990, capítulo dos, analicé más en detalle esta evolución. Finalmente, para una aplicación sugestiva de estos tipos de derechos en la teoría constitucional, ver J.J. Gomes Canotilho Vital Moreira, obra citada, capítulo III.

41. Ver Stephen Holmes y Cass Sunstein, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Nueva York: Norton, 1999.

es precisamente algo que ha sido sustraído al debate democrático, pues se considera que debe ser garantizado, independientemente de la opinión de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad humana y para preservar el propio proceso democrático. En tales circunstancias, el reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben estar orientadas a realizar progresivamente esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. Por ello, incluso en aquellos países cuyas constituciones prefirieron hablar de "principios sociales" en vez de "derechos sociales", la jurisprudencia ha terminado por señalar que esos principios son verdaderas normas, que deben ser aplicadas por los jueces y que condicionan la validez de las leyes expedidas por los parlamentos.

Ahora bien, y siguiendo el argumento desarrollado en el punto anterior, si los derechos sociales son límites normativos, que deben ser respetados por las mayorías políticas, pues es obvio que alguien debe garantizar que tales límites no sean violados, si no queremos que los derechos sociales tengan una pura eficacia retórica. Y nuevamente es claro que ese alguien debe ser un órgano contramayoritario, como el tribunal constitucional, puesto que se trata precisamente de controlar que las mayorías cumplan con el deber de realizar esos derechos a fin de materializar la ciudadanía social.

En ese orden de ideas, creo que las dificultades de las decisiones relativas a la realización de los derechos sociales no impiden que el tribunal constitucional se pronuncie sobre estos temas; es más, es su deber hacerlo, por cuanto así lo ordenan la propia Constitución y los pactos de derechos humanos. Sin embargo, esas dificultades tienen consecuencias so-

bre la función judicial que no deben ser ignoradas. Así, el juez constitucional no puede intervenir en este campo de la misma manera que como lo hace en relación con los derechos civiles y políticos, al menos por dos razones, íntimamente relacionadas con el carácter esencialmente prestacional de los derechos sociales: (i) la progresividad del deber estatal de realizar esos derechos y (ii) la amplia libertad que tiene la ley para delimitar el contenido mismo de esos derechos y configurar los mecanismos para su satisfacción.

En primer término, conforme a los pactos internacionales, la Constitución y la doctrina más autorizada, la obligación que tiene el Estado, y en especial el Legislativo y el Ejecutivo, de asegurar la vigencia de los derechos sociales, debido precisamente a su carácter prestacional, no es idéntica a los deberes que tiene el Estado en relación con los derechos civiles y políticos. Por ello, estos textos señalan que esos derechos no son de aplicación inmediata integral sino de "realización progresiva" pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos. Por ende, la labor interpretativa del juez constitucional es, sin lugar a dudas, más difícil en este campo, pues debe no sólo tener en cuenta el problema de la existencia de recursos limitados para satisfacer distintos derechos sino que, además, debe tomar en cuenta el principio de progresividad.

Sin embargo, es claro que la progresividad no implica una ausencia total de justiciabilidad, esto es, una imposibilidad de control judicial, pues el Estado debe, de todos modos, conforme a los pactos internacionales, adoptar todas las medidas que sean necesarias, y hasta el máximo de los recursos disponibles, según su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos sociales prestacionales. Esto explica que existen obligaciones inmediatas, controlables judicialmente, pues, como

han señalado los intérpretes autorizados de estos pactos, el Estado debe inmediatamente tomar medidas para la realización de esos derechos, pues si se abstiene de hacerlo, incurre en una violación a estos compromisos internacionales, que es justiciable. Así, el máximo intérprete del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, ha sintetizado el sentido y alcance de este deber de realización progresiva, en los siguientes términos:

Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga⁴⁴.

44. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general No. 3, adoptada en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Sobre el alcance de estas obligaciones, ver también los cuatro informes del Relator de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas publicados en 1989 (E/CN2/Sub.2/1989/19), 1990 (E/CN4/Sub.2/1990/19), 1991 (E/CN4/Sub.2/1991/17) y 1992 (E/CN4/Sub.2/1992/16).

De otro lado, como hemos visto, los derechos sociales suponen una prestación pública, ya sea porque el Estado directamente distribuye el bien o el servicio respectivo, o ya sea porque las autoridades subsidian a las personas que carecen de recursos a fin de que éstas satisfagan su necesidad por otras vías, como puede ser el mercado. Esto significa que el Estado debe determinar la manera como presta el servicio o suministra los subsidios, y por ende debe arbitrar los correspondientes recursos, organizar los procedimientos de distribución a la población, e incluso, en ocasiones, establecer entidades específicas encargadas de llevar a cabo esas tareas. Como lo señaló la sentencia SU-111 de 1997 de la Corte Constitucional, esta características confieren al legislador un papel decisivo en el desarrollo de esos derechos, pues corresponde, en principio, a los representantes del pueblo realizar los diseños institucionales y tomar las decisiones presupuestales para lograr su satisfacción⁴⁵. El control constitucional no puede entonces ignorar el papel enorme que tiene la ley en la concreción del contenido de los derechos sociales y en la definición de los mecanismos para su realización. Pero una cosa es reconocer la amplia libertad que tiene el legislador para desarrollar distintas estrategias para satisfacer los derechos sociales, las cuales incluso pueden ser contradictorias en el tiempo, según los cambios de mayorías políticas; y otra muy diferente es inferir de ese hecho que no puede haber un control constitucional sobre las políticas económicas y sociales.

Las anteriores reflexiones permiten concluir entonces que la intervención de los jueces constitucio-

45. En el mismo sentido, ver las sentencias C-222 de 1992, y C-189 de 1987 del Tribunal Constitucional Español, que resaltan la libertad de configuración del legislador para escoger medios distintos para cumplir con los fines sociales del Estado.

nales en la política económica, a fin de satisfacer los derechos sociales y los mandatos constitucionales, es más compleja y difícil, y requiere una mayor responsabilidad de los jueces; pero no es en sí misma antidemocrática, por cuanto a ella se aplican exactamente las mismas razones que justifican el control constitucional en general. Si bien estos jueces carecen de legitimidad democrática formal, pues no son, ni deben ser, electos popularmente, estas intervenciones son sustantivamente democráticas, pues se orientan a preservar la dignidad de las personas y a materializar la ciudadanía social, y en esa medida contribuyen a asegurar la continuidad e imparcialidad del proceso democrático. Esto no significa, obviamente, que toda intervención de los tribunales constitucionales en estas materias sea adecuada, pues algunas decisiones pueden ser perjudiciales, por una mala ponderación de los derechos y principios constitucionales en conflicto, o antidemocráticas, por una extralimitación del juez en sus competencias. Es además innegable que el examen precedente ha mostrado que los derechos sociales, por su dimensión prestacional, no se adaptan fácilmente a las instituciones y técnicas jurisdiccionales⁴⁶, lo cual hace que el control constitucional en este campo sea más difícil y requiera de jueces muy competentes y de construcciones conceptuales depuradas y sofisticadas. Pero creo que es absolutamente legítimo que exista un cierto control constitucional a la política económica, pues las mayorías democráticas no son totalmente libres, ya que deben plantear estrategias de desarrollo que logren progresivamente una satisfacción de los derechos sociales de la población.

46 Como dice Geoffrey Marshall, "nadie es verdaderamente un experto a la hora de elaborar y aplicar los derechos económicos del hombre, y menos que nadie, los jueces" (*Teoría constitucional*, Madrid: Espasa-Calpe, 1982, p. 176).

d. Sobre los efectos perversos de la "constitucionalización" y "judicialización" de la economía

Una vez mostrada la posibilidad técnica y la legitimidad democrática del control constitucional de la actividad económica, procedo, por último, a analizar aquellas críticas más consecuencialistas, relacionadas con los supuestos efectos perversos de esas intervenciones judiciales.

1. Los riesgos de rigidez constitucional

El análisis adelantado en los puntos precedentes es suficiente para concluir que no es cierto que el control judicial de las políticas de desarrollo, y una cierta constitucionalización del tema económico, provoquen *per se* una desnaturalización de la Constitución, y que ésta pierda su legitimidad y su carácter pluralista. En efecto, una Constitución que reconoce los derechos sociales no puede ser absolutamente neutra en materia económica, como tampoco es neutra, en política criminal, una Constitución que reconoce el debido proceso penal y prohíbe la tortura, pues en ambos casos, la ley fundamental está excluyendo ciertas opciones políticas a las mayorías democráticas. Así, no puede el Congreso invocar el principio democrático para poner en marcha una estrategia contra el delito fundada en la tortura sistemática y en el desconocimiento masivo del derecho de defensa de los acusados. En ese mismo orden de ideas, tampoco pueden las mayorías democráticas poner en marcha estrategias de crecimiento contrarias a los derechos sociales prestacionales, o fundadas en la eliminación del derecho de huelga de los trabajadores. Es, pues, indudable que ciertas opciones económicas son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la Constitución excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo, pero todas dentro de los marcos que fijan los derechos sociales. La Constitución de un

lidad del proceso democrático, entonces debemos admitir algún control judicial sobre las decisiones económicas. Preservar el control constitucional sobre las decisiones económicas es entonces defender la eficacia jurídica de los derechos sociales, lo cual es importante para la consolidación democrática en un país como Colombia, con desigualdades profundas y niveles intolerables de pobreza. En esas situaciones, la defensa de la fuerza normativa de los derechos sociales adquiere aún mayor sentido, precisamente porque las necesidades insatisfechas de las personas son enormes⁵³. La Corte Constitucional ha tenido entonces razón en entrar a analizar esos temas y en defender vigorosamente los derechos sociales, pues si queremos construir un verdadero Estado social de derecho, debemos, parafraseando a Dworkin, tomar en serio los derechos sociales.

Sin embargo, el examen precedente también ha mostrado la complejidad conceptual de los derechos sociales y las dificultades objetivas que existen para protegerlos judicialmente de manera adecuada. Estos obstáculos son aún mayores en contextos de pobreza e inequidad, como los que dominan en Colombia y en

América Latina, pues los recursos son más escasos y las carencias que deben ser colmadas mayores. La paradoja es evidente: en estas sociedades, el constitucionalismo social y la protección judicial de los derechos sociales son más necesarios que en los países desarrollados, pero tienen menores posibilidades de realización. Esto plantea desafíos teóricos indudables al punto de que, como sugiere Eduardo Cifuentes, "el proceso constituyente latinoamericano está en mora de una nueva construcción teórica" pues el activismo constitucional, de contenido social, en estos contextos de pobreza, no se adapta fácilmente a los esquemas teóricos desarrollados en otras latitudes⁵⁴. E igualmente, esta situación pone a los jueces constitucionales latinoamericanos frente a retos hermenéuticos formidables, pues deben ser capaces de defender la fuerza normativa de los derechos sociales, en contextos fácticos que hacen muy problemática la aplicación judicial de esos mismos derechos. Una pregunta surge inevitablemente: ¿ha enfrentado adecuadamente la Corte Constitucional ese desafío? Para responder a este interrogante, resulta necesario que entremos a estudiar su jurisprudencia en materia de derechos sociales, lo cual abordaremos en la siguiente entrega.

53. Ver Eduardo Cifuentes Muñoz, "El constitucionalismo de la pobreza", en *Lecturas constitucionales andinas*, Lima: Comisión Andina de Juristas, No. 3, 1994.

54. *Ibidem*.