

Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad

Carlos Vicente de Roux

Juan Carlos Ramírez J.

Editores



NACIONES UNIDAS

CEPAL

Bogotá, noviembre de 2004

Este documento fue preparado por Carlos Vicente de Roux y Juan Carlos Ramírez J., Consultor de la Fundación Social y Director de la Oficina CEPAL en Colombia, respectivamente. Los editores agradecen los valiosos aportes de Paola Ximena Cortés y Tatiana Olarte para la elaboración del documento final. Este trabajo se desarrolló con el liderazgo y financiación de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) y la Fundación Social, y contó con el apoyo de la Personería de Bogotá y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Bogotá.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad de los editores y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas

ISSN impreso 1684-9469

ISSN electrónico 1684-9477

ISBN: 92-1-322613-6

LC/L.2222-P

LC/BOG/L.4

Nº de venta: S.04.II.G.140

Copyright © Naciones Unidas, noviembre de 2004. Todos los derechos reservados

Impreso en Naciones Unidas, Santiago de Chile

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse al Secretario de la Junta de Publicaciones, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, N. Y. 10017, Estados Unidos. Los Estados miembros y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Sólo se les solicita que mencionen la fuente e informen a las Naciones Unidas de tal reproducción.

Índice

Resumen	5
Presentación institucional	7
El sentido y la forma de esta convocatoria	9
I. La protección judicial de los derechos	11
II. Derechos, discriminación y justiciabilidad	15
III. Los grados y las estrategias de protección judicial (derecho comparado)	19
IV. Universalidad, mínimos y justiciabilidad	23
V. La mejor teoría	29
VI. ¿Quién juzga? ¿Cómo se juzga? ¿Quién legisla?	33
VII. La visión sistémica: el asunto fiscal, los derechos Individuales y los mínimos colectivos	39
VIII. Justiciabilidad de la política económica	47
Bibliografía	51
Serie Estudios y perspectiva: números publicados	53

Resumen

El presente documento, contiene la edición de la segunda parte de las discusiones sostenidas en el Foro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), auspiciado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Fundación Social, y que tuvo lugar en Bogotá en noviembre de 2001. Los participantes en este foro, provienen de distintas disciplinas, son abogados, economistas, administradores públicos, sociólogos, historiadores, filósofos y periodistas. Se desempeñan en distintas actividades en el sector público, la academia, la rama judicial, ONG y organismos internacionales, y no todos comparten la misma aproximación teórica a los temas del derecho, la política o la economía.

Esta relación de las discusiones reseña el debate acerca del alcance de la justiciabilidad¹ de los derechos económicos, sociales y culturales y de las decisiones de política económica, que tienen impacto sobre dichos derechos. Los panelistas hicieron interesantes afirmaciones que ratifican diferentes visiones, a partir de las ópticas jurídica y económica, y dan lugar a sugestivas convergencias y divergencias.

Las intervenciones de los participantes se han ordenado en la siguiente forma: en primer lugar se aborda el alcance de la protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales, y se profundiza en el principio de la no discriminación. A continuación se hace un análisis de derecho comparado acerca de los grados y las estrategias de protección judicial, que contempla aspectos teóricos de la justicia y escenarios con

¹ El diccionario de la Real Academia Española no contiene el sustantivo *justiciabilidad*, a pesar de que es objeto de un uso cada vez más frecuente. Sin embargo, define *justiciable* como adjetivo, que se dice de ciertos hechos, que pueden o deben “someterse a la acción de los tribunales de justicia”.

institucionalidades nacionales conocidas. Una parte central del dialogo giró alrededor de la justiciabilidad de los derechos, frente a la realidad de las políticas y beneficios sociales y la justiciabilidad de los derechos, donde se discutieron elementos centrales de las definiciones y las políticas públicas, la universalidad o la selectividad de los beneficios, las restricciones económicas y la necesidad de hacer explícitos –en la discusión democrática– los alcances materiales de tales derechos. Estos planteamientos dieron lugar a formulaciones acerca del alcance y el impacto de la actuación de los jueces, su papel político y el activismo judicial.

Finalmente, el diálogo concluye con unas reflexiones en torno a las restricciones presupuestales de los Estados, los mínimos colectivos, los derechos de cada persona y la justiciabilidad de la política económica.

Este documento es una apertura de un amplísimo debate alrededor de los DESC y del alcance, prioridades, restricciones y obligaciones de las políticas públicas relacionadas con dichos derechos.

Presentación institucional

Este foro surge de una iniciativa de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) y la Fundación Social, y se dirige a promover el tema de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

La CEPAL tiene inquietudes de vieja data sobre la necesidad de convertir la equidad y el desarrollo social en ejes del desarrollo de nuestros países. Pero, además de eso, la Organización de las Naciones Unidas, a la cual pertenece la CEPAL, ha venido insistiendo en que su marco fundamental de acción está conformado por los tratados, resoluciones y declaraciones de derechos humanos emitidos por los órganos competentes de dicha organización. Tales derechos se han convertido en algo que pertenece a la propia esencia del sistema de las Naciones Unidas, cuyos organismos están firmemente comprometidos en incorporar los principios de los derechos humanos en su trabajo cotidiano. En el documento de la CEPAL “Equidad, desarrollo y ciudadanía” (2000), se ha procurado establecer una articulación entre los planteamientos sobre el desarrollo económico de América Latina y el Caribe, y los principios de los derechos humanos. Un antecedente fue la publicación del texto *La igualdad de los modernos* (1997), efectuada en conjunto con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. En dicho texto se exploraba la relación entre el discurso de los derechos humanos y el de la CEPAL.

Con ocasión de la conferencia mundial contra la xenofobia y otras formas de intolerancia (Durban, 2001), la CEPAL celebró un acuerdo con la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con el fin de formalizar contactos y trabajos en común sobre derechos humanos. Este evento se ha producido en el marco de ese acuerdo.

Cabe recordar que los informes anuales sobre desarrollo humano, cuya elaboración promueve la Organización de las Naciones Unidas (PNUD), también han planteado los vínculos entre la pobreza, el desarrollo y los derechos económicos, sociales y culturales.

La Fundación Social es una entidad sin ánimo de lucro, creada en 1911 por el sacerdote jesuita José María Campoamor, cuya misión es contribuir a acabar con las estructuras de exclusión que generan pobreza y violencia en Colombia. La Fundación Social ha enfocado tradicionalmente los fenómenos de pobreza desde diversas perspectivas. Ha explorado, siguiendo un enfoque económico, los desajustes entre la oferta y la demanda de determinados bienes y servicios sociales. Desde un punto de vista más social, ha examinado los alcances de la falta de acceso a dichos bienes y servicios y, desde una perspectiva más moderna y más política, ha enfocado la pobreza como un fenómeno de exclusión. La Fundación quiere ahora abordar también el problema desde la óptica de los derechos del ser humano, que abre ventanas hacia la exigibilidad y la obligatoriedad de las prestaciones tendientes a superar la pobreza.

Las discusiones sostenidas en este foro tienen que ver con los aspectos centrales de la misión de la Fundación Social. La entidad ha cumplido en 2001 noventa años de vida, dedicados a trabajar por los pobres y por los excluidos. Es muy apropiado celebrarlos con este foro.

También patrocinaron este evento la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Personería de Bogotá, cuyos mandatos institucionales las comprometen con la promoción de los mencionados derechos.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos fue creado en 1993. Su Oficina, en Colombia, trabaja sobre la base de un acuerdo celebrado con el gobierno colombiano en noviembre de 1996. Entre las funciones que tiene esta oficina se cuenta la de observar la situación de los derechos humanos y el cumplimiento del derecho internacional humanitario en el país, asesorar a las autoridades y a la sociedad civil e informar sobre lo observado al Alto Comisionado, para que éste presente, a su vez, informes analíticos sobre Colombia ante la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

A las personerías municipales les corresponde entre otras funciones, por mandato de la Constitución, la guarda y promoción de los derechos humanos. La Personería de Bogotá se encuentra en un proceso de rediseño institucional para enfatizar su misión de defensoría de los mencionados derechos. Y tiene especial interés en la definición de criterios sobre la progresividad y priorización de los derechos económicos, sociales y culturales, la construcción de indicadores para la medición de los avances de los mismos y la búsqueda de consensos y pactos sociales entre los actores a los que les corresponde hacerlos efectivos –la administración pública, los legisladores, los organismos estatales de control y la ciudadanía–.

En el foro participaron Alejandro Angulo, Alfredo Sarmiento, Álvaro Tirado Mejía, Astrid Martínez, Carlos Gaviria, Carlos Vicente de Roux, César Vallejo, Diego López, Eduardo Villar, Ernesto Parra, Hernando Gómez, Isabel Martínez, Jorge Enrique Vargas, Jorge Iván Bula, Jorge Iván González, José Antonio Campo, Juan Carlos Ramírez, Juan Luis Londoño, Leonardo García, María Eugenia Álvarez, María Eugenia Querubín, María Mercedes Cuéllar, Olga Lucía Acosta, Pastor Murillo, Pedro Medellín, Rebeca Grynspan, Roberto Garretón, Rodolfo Arango y Rodrigo Uprimny.

El sentido y la forma de esta convocatoria

Los temas del evento se relacionan con interrogantes muy complejos. Se ha querido examinarlos en el marco de un diálogo entre el mundo de los abogados de derechos humanos y el de los científicos sociales, en particular de los economistas. Hasta ahora, éste ha sido un diálogo muy distante. Ambos mundos se miran con recelo y no han construido un terreno ni una terminología comunes, para elaborar visiones compartidas. Este foro se propone contribuir a ese diálogo.

Como esta reunión se ocupa de temas de intersección entre varias disciplinas, y de frontera, se va a desarrollar en forma de diálogo, en el que los participantes contarán con plena libertad para exponer sus ideas, aunque éstas no estén totalmente elaboradas.²

Los derechos económicos, sociales y culturales son un tema multidisciplinario. Es importante reconocerlo así. Esto implica que cada disciplina debe aportar sus instrumentos y tener la mente abierta, oír y participar en el debate en esa tónica. Otras disciplinas, además del derecho y la economía, como la antropología, la sociología, la ciencia política y la demografía, deberían participar en este diálogo, aportando sus perspectivas y saberes sobre los comportamientos sociales. Incluso, es necesario un diálogo permanente en el interior de cada disciplina, pues también son distantes las relaciones entre sus diferentes vertientes.

Estos temas adquieren particular relevancia en Colombia, porque la Constitución de 1991 otorga un lugar central a los derechos humanos,

² Este texto está basado en la transcripción de las grabaciones de las intervenciones de los participantes y ha conservado el lenguaje coloquial utilizado, conforme al carácter de diálogo que tuvo el evento.

y en las formulaciones con que se abre el texto constitucional se define a Colombia como un Estado social de derecho. Esto proporciona un anclaje a los derechos económicos, sociales y culturales, tanto como a los civiles y políticos, e impone la responsabilidad de aplicar los conceptos de los derechos humanos en el campo económico, social y cultural.

Tiene, pues, que haber un diálogo entre el discurso de derechos humanos y el mundo de las ciencias sociales, que oriente la práctica del Estado y de la sociedad en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de poner en contacto visiones políticas y éticas diversas sobre la definición de objetivos y prioridades sociales, introducir en ese marco el enfoque de los derechos humanos, y examinar las responsabilidades y las posibilidades de la política económica (y de otras políticas) en torno a la tarea de hacer efectivos dichos derechos.

Las tensiones que se dan entre la visión de derechos humanos y la de la economía en relación con las demandas sociales se expresan incluso en el interior del sistema de las Naciones Unidas, cuyas entidades buscan unir sus mandatos para trabajar más en torno a temas como el desarrollo humano sostenible y los derechos.³

³ Por haberse seguido un esquema de diálogo, fue muy frecuente que cada intervención se refiriera a varias materias. En múltiples casos, quien hablaba entraba a polemizar con alguien que había intervenido varios turnos antes, y vinculaba esa polémica con nuevos temas. Las discusiones siguieron, en consecuencia, varios caminos simultáneos. Esto les dio mucha riqueza pero sembró de dificultades el trabajo de relatoría. Para efectos de éste, el resultado de las deliberaciones se ha agrupado, en principio, en tres grandes temas: generalidades sobre los derechos económicos, sociales y culturales, justiciabilidad y progresividad. Con todo, hay multitud de materias que se relacionan, de diversas maneras, con cada uno de esos grandes temas, y a las cuales hay que hacer alusión, así sea al costo de ser repetitivos, con ocasión del examen de cada uno de ellos. Se ha previsto publicar los resultados del foro en varias secciones autónomas. Esta, por ser la primera, se referirá a las generalidades.

I. La protección judicial de los derechos

>>> *El deber estatal de adoptar medidas en orden a hacer efectivos los derechos económicos, sociales y culturales⁴ incluye la obligación de ofrecer recursos judiciales para tales fines. En principio, corresponde a cada sistema jurídico nacional determinar cuáles derechos deben considerarse justiciables y hasta qué punto.

Sometidos al poder de los tribunales, los gobiernos no pueden escamotear sus obligaciones aduciendo que han adoptado medidas de orden general para satisfacer los DESC. Teniendo en cuenta que muchos Estados eluden sus compromisos, apoyándose en que necesidades de la población son infinitas y los recursos muy escasos, el enfoque basado en la intervención de los jueces en casos concretos tiene mucha justificación. Posiblemente eso explique que el Comité del pacto de DESC no haya encarado el problema que se crea cuando las prestaciones que los jueces ordenan pagar o cumplir en los casos concretos pueden, por su contenido y su magnitud, desbalancear la acción del Estado en beneficio de quienes intervienen en los respectivos procesos, y en perjuicio de quienes no están representados en estos. El Comité ha señalado que cualquier medida regresiva en relación con los DESC debe ser plenamente justificada por el Estado por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto, pero no ha efectuado una conminación similar a tener en cuenta la totalidad de los derechos ni de las personas o grupos que puedan

* Se utiliza el símbolo >>> para indicar que está comenzando la intervención inicial o la intervención de una persona distinta a la que venía hablando.

⁴ En lo sucesivo se utilizará la sigla DESC.

resultar afectados por las sentencias emitidas por los jueces en los casos concretos sometidos a su consideración.

>>>El debate sobre la justiciabilidad en relación con los derechos sociales ha estado empantanado, porque quienes han participado se han dividido en dos posiciones prácticamente inamovibles y extremas. Para superar esta situación, y avanzar en la discusión, es conveniente desplazar el debate hacia las formas y grados de justiciabilidad más adecuados.

Un buen punto de partida es considerar la idea de que tanto los argumentos favorables como los contrarios a la justiciabilidad de los derechos sociales son muy buenos y que se presenta un empate teórico entre ellos. Y cuando en un debate hay un empate teórico es siempre una buena salida suponer que tal vez el problema está mal planteado y que es necesario buscar otras salidas. En todo caso, vale la pena recapitular los argumentos a favor y en contra de la justiciabilidad de los DESC antes de examinar distintas formas de justiciabilidad que pueden aplicarse, de acuerdo con la teoría y con las enseñanzas del derecho comparado.⁵

Algunos de los argumentos a favor se relacionan con la idea que los derechos sociales son bienes o servicios básicos para la dignidad, la autonomía y la libertad de las personas, y son precondiciones de la participación democrática; en esa medida, no pueden quedar abandonados a la suerte de las decisiones de las mayorías. Aquí se encuentra una idea fuerte de teoría constitucional: que un derecho es un as o carta de triunfo contra las mayorías, que no puede estar abandonado a la suerte de las mayorías, que tiene que estar protegido por los jueces. Colocar los derechos bajo protección judicial es la única forma de no comprometerlos en el debate democrático y en el proceso político. Ahora, si deben estar protegidos por los jueces, es obvio que tienen que ser justiciables. Este es un fuerte argumento ético-político en defensa de la justiciabilidad.

Las actuales estructuras procesales judiciales presentan varios problemas en relación con la justiciabilidad de los DESC, pero quienes la defienden, sostendrían que esos problemas deben resolverse, ingeniando nuevas formas de justiciabilidad, y no negando la justiciabilidad misma.

Sin embargo, los argumentos en contra de la justiciabilidad también son muy fuertes. Se resumen en dos: la legitimidad democrática y la inadecuación procesal. El de legitimidad democrática puede ser formulado así: los derechos sociales son muy indeterminados. Por ejemplo, los pactos internacionales sobre la materia señalan que las personas tienen derecho a la salud, pero no precisan hasta qué nivel de atención. Pero no todas las posibles formas de atención serían universalizables, porque los recursos son escasos y las necesidades son prácticamente infinitas. Por consiguiente, no es muy claro el alcance de la obligación estatal correlativa a ciertos derechos (el contenido obligatorio); además, subsiste un problema de arbitraje de recursos: ¿se debe invertir en educación o en salud? ¿en alimentación o en vivienda? Por ello, la regulación, el cumplimiento y la asignación de recursos para los DESC serían propios de las decisiones del proceso político y legislativo, y no de las de los jueces. En este sentido, la definición del alcance de las normas y la asignación de recursos no son un asunto judicial.

A este aspecto se le suma el de la inadecuación procesal cuando se afirma que el proceso judicial es una mala vía para resolver controversias de derechos sociales, mientras que puede ser muy bueno para resolver las de derechos civiles y políticos. Las estructuras judiciales actuales hacen difícil tomar decisiones adecuadas en materia de derechos sociales, por varias razones. Presentan cuestionamientos de legitimidad, porque es difícil saber quiénes son los actores relevantes en relación con un problema específico, de educación por ejemplo. Además, el proceso judicial, con su propósito de definir un ganador y un perdedor, no sería siempre el camino más adecuado para resolver cuestiones complejas de derechos sociales en los que hay intereses muy diversos en competencia. Por otra parte,

⁵ Se da el nombre de derecho comparado a aquella disciplina que se dedica a estudiar los contrastes y las coincidencias de diferentes sistemas jurídicos nacionales.

se presentan muchas dificultades para que las órdenes judiciales sean ejecutadas en pos de solucionar los litigios de derechos sociales.

A la luz de esta recapitulación de argumentos se puede concluir que, de seguir girando en torno a la cuestión de si debe haber justiciabilidad o no, la discusión no avanzará, porque supone pensar que la justiciabilidad es un concepto unívoco, y que se sabe con precisión a qué se está haciendo referencia cuando se lo usa.

>>> Solo debería tener la calidad de justiciable lo que es a todas luces obligatorio. Si la Constitución de un país dice —como lo dice el Pacto internacional de DESC— que todo el mundo tiene derecho a la educación básica gratuita, uno puede exigir ese derecho en virtud de la propia Constitución, sin necesidad de que intervengan leyes, reglamentos,⁶ estatutos ni contratos de ningún orden. Hay, pues, un piso o nivel básico conformado por ciertos “derechos mínimos justiciables”, en virtud de que el Pacto internacional o la Constitución son inequívocos al expresar que los Estados están obligados a satisfacerlos en términos más o menos inmediatos. No parece que esto pueda dar lugar a mayores discusiones. Más allá de ese mínimo, también hay DESC exigibles o justiciables, pero no por causa del Pacto o de la Constitución, sino por obra de decisión legal o reglamentaria. Las decisiones de carácter o alcance general, ya sean de tipo legislativo o administrativo, que consagran derechos económicos o sociales, deben ser justiciables: por ejemplo, la ley de seguridad social, el reglamento del Instituto de Seguros Sociales, un reglamento educativo contenido en una ley o promulgado de acuerdo con ella.

>>>> En la legislación colombiana existen dos formas de hacer efectiva la justiciabilidad de los DESC. La primera consiste en la acción de tutela,⁷ que permite formular un reclamo ante un juez con ocasión de la violación o amenaza inminente de violación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, e invocar la legislación nacional e internacional protectora. En cuanto a la legislación internacional, esa posibilidad está garantizada por el artículo 93 de la Constitución, que dice: “Los tratados y convenios internacionales [...] que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno [...] los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. La acción de tutela se tramita de manera expedita y sumaria, y es procedente cuando no existe otra vía de protección judicial. La segunda vía judicial consiste en presentar una demanda ordinaria ante un juez, con el fin de que restablezca el derecho violado, ordene proveer una adecuada reparación y eventualmente sancione a los responsables.

La universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos hacen que la exclusión del acceso a la justicia en relación con los DESC impida que se alcance la protección efectiva de los derechos civiles y políticos.

>>> La judicialización de los reclamos de cumplimiento de los DESC, aunque ofrece posibilidades, presenta también una gran cantidad de limitaciones que se derivan de cuatro elementos. El primero, la imprecisión de los derechos, que se hace evidente a la hora de concretarlos, de preguntar cuál es el derecho específico, o la obligación correlativa, cómo se tasan, cómo se dimensionan, cómo se miden; todo ello cuando no hay normas positivas expresas que resuelvan el problema, eventos que, por lo demás, son muy comunes. El segundo, la viabilidad económica; puede estar absolutamente claro que el derecho existe, y cuáles son su perfil y su contenido pero, a la hora de exigirlo, no siempre está claro si es factible para la sociedad satisfacerlo de manera inmediata. El tercero, quién es

⁶ En términos estrictos, los reglamentos son las disposiciones que desarrollan y complementan otras, de nivel superior, dándoles concreción, cuando esas normas superiores carecen de algunos de los elementos que se requieren para poder ejecutarlas o ponerlas en práctica. En tal sentido, la ley suele reglamentar la Constitución, y determinados tipos de decretos del poder ejecutivo suelen reglamentar la ley. Es obvio que las normas reglamentarias no pueden traspasar los límites de aquéllas que desarrollan.

⁷ Versión colombiana del *recurso de amparo* previsto en muchas legislaciones del hemisferio americano.

el obligado a satisfacer determinado derecho; se ha dicho que la obligada es la sociedad, pero quién (persona, institución u órgano) está sujeto a dicha obligación? Finalmente, los mecanismos procesales que le dan vía; los que existen no parecen ser siempre idóneos y eficaces para cumplir ese fin porque, de alguna manera, a través de ellos se judicializa un problema técnico o político y, en ocasiones, un problema ideológico. Se sabe que es imposible hablar de verdades absolutas, por lo menos en cuestiones económicas. Y no es pertinente convertir los mecanismos procesales en medios de resolución de esos complejos problemas.

II. Derechos, discriminación y justiciabilidad

Uno de los temas que es pertinente tocar a propósito de la justiciabilidad es el de la no discriminación.

>>> Al abordar la lucha contra la discriminación y el papel de los jueces, conviene recordar que el principio de no discriminación es un concepto básico en materia de derechos humanos. Perteneció a la esencia misma de los derechos humanos, pues éstos son inherentes a la persona humana independientemente de su condición social, económica, de sexo, religión o raza. En el campo de los DESC este principio es fundamental, pues la utilización de los recursos del Estado y la puesta en marcha de las políticas orientadas a proteger y a garantizar los derechos básicos de la población deben beneficiar a todas las personas, y se debe evitar que se creen privilegios a favor de uno o varios grupos de población. Sin embargo, hay que advertir que no se consideran discriminatorias las medidas especiales cuyo único fin sea asegurar el adecuado progreso de grupos o individuos que requieren de una protección que les garantice la igualdad en el disfrute de los derechos. El Pacto internacional de DESC exige a los Estados abstenerse de practicar la discriminación así como prohibir a las entidades privadas y, en general, a los particulares, incurrir en ella en cualquier esfera de la vida pública, y les exige que actúen para hacer realidad esa prohibición.

>>> Hay que advertir que cuando se hace referencia a los sectores más necesitados y a los conceptos de equidad e igualdad de oportunidades, se ponen de presente vacíos recurrentes de las estadísticas públicas. Es común la dificultad para identificar, con base en ellas, quiénes son realmente los más necesitados, y cuáles son los grupos (como las mujeres

y las minorías étnicas) que merecen la aplicación de acciones afirmativas o medidas de diferenciación positiva para efectos de los DESC.

El tema étnico constituye un ejemplo paradigmático entre los asuntos que permiten identificar la necesidad de una atención prioritaria. Asumir los DESC, e identificar a quienes presentan mayores carencias al respecto, exige mirar la diversidad étnica y cultural que nos caracteriza. Si se superponen los mapas de los municipios más pobres del país, y el de las características étnicas de la población, se encuentra que en esos municipios predomina la población afro-colombiana. En sentido similar, en una reciente conferencia regional sobre racismo (Cepal, Santiago de Chile, 2001) se concluyó que existe un estrecho vínculo entre racismo y discriminación racial, por una parte, y pobreza, marginalidad y subdesarrollo, por la otra.

>>>Por otra parte, cuando el Pacto ordena a los Estados adoptar medidas para garantizar progresivamente la plenitud de los DESC, está abarcando, en general, todas aquellas providencias que sean apropiadas para lograr ese propósito. Entre esas medidas deben figurar las que consisten en ofrecer recursos judiciales y otros recursos efectivos para reclamar la protección y el goce de los derechos, de manera que se garantice, de entrada, la no discriminación de grupos o personas.

El Comité encargado de vigilar el cumplimiento del Pacto internacional de DESC propende por un esquema de amparo judicial a estos derechos. El Comité ha señalado que, en algunos casos, la existencia de recursos administrativos puede ser suficiente garantía y, por tanto, éstos pueden ser considerados efectivos para los fines de la protección de los DESC. Pero cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

El Comité ha sido categórico en oponerse a la opinión que los DESC no son justiciables. Al respecto, ha afirmado que la negación de la justiciabilidad de tales derechos no encuentra fundamento ni en la naturaleza de esos derechos ni en las disposiciones del Pacto. Para el Comité no hay ningún derecho consagrado en el Pacto que no posea, en la gran mayoría de los sistemas jurídicos, por lo menos algunas dimensiones significativas de justiciabilidad.

Un derecho cuya violación no da lugar a ninguna sanción es, en el fondo, un derecho inexigible. En la práctica internacional, la exigibilidad de un derecho es un elemento esencial. Decir que un derecho es exigible significa dar por establecido que una autoridad del Estado —o de una organización intergubernamental— es competente para recibir reclamos por violaciones y determinar las sanciones o reparaciones correspondientes. Si esa autoridad es un juez o un tribunal, entonces se habla de justiciabilidad de un derecho. La protección judicial es la garantía más idónea de protección de los derechos.

La determinación de cuáles son los derechos que pueden ser justiciables u objeto de justiciabilidad corresponde a los propios Estados. En principio, a la legislación interna le corresponde decir si una persona puede o no acudir ante un juez para reclamar determinado derecho. Pero de acuerdo con el Pacto internacional de DESC, los Estados tienen el deber de establecer algunos derechos como justiciables. Por ejemplo, el Pacto señala que los Estados tienen un plazo de dos años para presentar un plan que provea de educación primaria, universal y gratuita a la población. Lo que el Pacto está diciendo es que los Estados están en la obligación, a partir de un determinado momento, de garantizar la primaria universal y gratuita, lo cual significa que debe haber recursos judiciales para exigir esa clase de educación. En todo caso, los DESC que una persona puede reclamar ante un tribunal nacional deben ser los que la legislación interna ha definido como justiciables en desarrollo de procesos de decisión democráticos. La manera como la Constitución o las leyes procedan a regular la justiciabilidad es una cuestión secundaria. Con todo, los Estados están obligados a reconocerle exigibilidad y, por ende, justiciabilidad, a algunos de esos derechos, en virtud del compromiso internacional adquirido por medio del Pacto.

Ahora bien, siempre deben ser justiciables los reclamos contra la discriminación, entendida en el sentido de discriminación pura, horizontal, la que se produce cuando, por ejemplo, al llegar una persona a un restaurante, le niegan el servicio por su raza o por su sexo. Esa clase de discriminación o, en forma positiva, el derecho a la igualdad, tiene que poder ser siempre materia justiciable. Hay, con todo, formas más complejas de discriminación, que tienen que ver con las orientaciones o los énfasis de la política social. Se puede hacer discriminación racial dejando de hacer inversión pública social en regiones en las que predomina la población de cierta raza. La falta de inversión sería una forma de discriminación compleja pero no por eso los afectados deberían dejar de ser objeto de protección judicial.

III. Los grados y las estrategias de protección judicial (derecho comparado)

A la luz del derecho comparado, se constata que hay múltiples formas de justiciabilidad. Establecer cuáles pueden ser las formas y grados más adecuados de protección judicial de los derechos sociales en una democracia, con elementos del derecho comparado, evita las dos posiciones extremas sobre la justiciabilidad. Si una Constitución ordena de manera inequívoca proporcionar educación primaria universal, difícilmente habría quien negara que se trata de un asunto justiciable. De manera similar, es inviable sostener hoy por hoy que debe existir una justiciabilidad plena y absoluta en relación con todos los derechos sociales.

Así por ejemplo, una es la manera como la Corte Constitucional colombiana protegió “el derecho a la vivienda digna” de los deudores hipotecarios del sistema UPAC;⁸ otra es la forma en que esa misma Corte amparó “el acceso a la vivienda digna” de personas que no la tienen y quieren obtener una, y otra fue la vía que escogió la Corte Suprema de Sudáfrica para proteger el mismo derecho en un caso de personas que vivían en asentamientos informales. Estas distintas decisiones protectoras de un mismo derecho revelan estrategias de protección judicial muy distintas.

Las decisiones referentes a los deudores hipotecarios son erga omnes, o sea, determinaciones que producen efectos sistémicos y que tienen, en términos jurídicos, alcances materiales, es decir, que se

⁸ Sistema financiero en que tanto los depósitos como los créditos se indexan y se expresan en “unidades de poder adquisitivo constante” UPAC. Figura similar a la UF (unidad de fomento) de Chile.

relacionan con el asunto de cómo debe estar diseñado un sistema para hacer efectivo el derecho. Pero la posición de la Corte colombiana ha sido otra, cuando se trata de proteger a quienes no tienen vivienda. En esas situaciones, la Corte ha buscado conseguir que haya imparcialidad y respeto por el debido proceso en los programas de subsidio a la vivienda, que no se haga trampa en la asignación de los subsidios. En el caso sudafricano, relacionado con un grupo de población en una situación precaria muy específica, y a quien el Estado quería expulsar de unos terrenos para desarrollar un programa urbanístico, la Corte concluyó que las autoridades podían proceder si le proporcionaban vivienda transitoria y, más tarde, una definitiva.

A partir de lo anterior se pueden construir esquemas de modalidades de justiciabilidad de los derechos sociales que alimenten la reflexión. Robert Alexy (1997) propone uno que toma en cuenta cuatro elementos: El primero, si los derechos están sometidos o no a control constitucional. El segundo, si las normas referentes a esos derechos sociales consagran derechos subjetivos o deberes objetivos.⁹ El tercero, si esos derechos están formulados en términos de reglas absolutas o de principios.¹⁰ El cuarto, si la noción de derechos sociales es máxima o mínima, si apunta a un máximo o a un mínimo de bienestar.

Si se combinan esas cuatro variables, siguiendo a Alexy, se encuentran dieciséis formas de protección judicial. No es del caso describirlas todas, pero vale la pena mirar las dos extremas. En el extremo máximo, que correspondería al mayor nivel de amparo judicial, estarían los derechos sociales que tienen protección constitucional, presentan la forma de derechos subjetivos, tienen una estructura de reglas y son derechos plenos, o mejor, derechos a una cobertura plena. Por contraste, en el extremo mínimo de justiciabilidad se ubicarían los derechos sociales carentes de protección constitucional, que no son derechos subjetivos, que expresan deberes objetivos del Estado, estructurados bajo la forma de principios, y que apuntan a establecer mínimos (no máximos) niveles de bienestar. El panorama de las formas de protección judicial de los derechos es muy diferenciado.

Fuera de las posibles combinaciones mencionadas, pueden existir otros grados de protección. Se puede llamar “grado negativo” a aquellas justicias constitucionales que son enemigas de los derechos sociales. No siempre la presencia de una justicia constitucional es favorable a los derechos sociales; de hecho este tipo de justicia puede actuar en contra de tales derechos. La experiencia clásica es la de Estados Unidos en buena parte de su historia, donde la justicia constitucional obstaculizó frecuentemente los intentos del legislativo por establecer programas de desarrollo de los derechos de bienestar.

Con base en la anterior caracterización, se pueden formular seis grados de protección judicial, en correspondencia con diversas experiencias nacionales.

Un “grado 1” de protección sería el de aquellos países donde se considera que los derechos sociales son normas pragmáticas que tienen el efecto de establecer autorizaciones u otorgar competencias a las autoridades del Estado. Ese sería el caso de España, donde los derechos sociales no son derechos subjetivos sino, como lo dice su Constitución, normas que generan el ordenamiento jurídico, que proporcionan a las autoridades posibilidades de hacer cosas que, si no existieran los derechos sociales, no se podrían llevar a cabo. En Colombia pueden encontrarse ejemplos correspondientes a este grado de protección, como el que surge de las sentencias en las que la Corte Constitucional ha dicho que la asignación de recursos públicos a programas de vivienda son legales.¹¹

⁹ La distinción entre derechos subjetivos y deberes objetivos puede entenderse con un ejemplo: en Colombia se considera que el derecho a la vivienda digna comporta el deber objetivo del Estado de realizar programas adecuados en la materia, pero no implica que todo individuo tenga un derecho personal (derecho subjetivo) para reclamar que se le proporcione una vivienda digna.

¹⁰ La contraposición entre reglas y principios se refiere a que las primeras son preceptos rígidos, de manera que cada vez que una persona queda cubierta, por el supuesto de hecho de la norma, tiene el derecho a reclamar que el Estado le proporcione lo que dicha norma establece; los principios, entre tanto, son mandatos que solo exigen ser realizados hasta donde sea jurídica y fácticamente posible.

Un “grado 2” de protección (o de realización) judicial se configura en aquellos países donde los derechos sociales no tienen eficacia jurídica, mientras no sean objeto de desarrollo legislativo, aunque una vez que son objeto de este desarrollo quedan protegidos por mecanismos judiciales supremamente efectivos. En este caso último caso se está frente a una mayor (doble) protección. El juez no podría imponerle al legislador obligaciones, pero su imposición por parte del legislador se acompaña de estructuras judiciales muy eficaces de realización de los mandatos legislativos. El modelo sueco de consagración de los derechos corresponde a esta modalidad de protección.

Un “grado 3” correspondería a la noción de derechos sociales como parámetros de constitucionalidad, que no tendrían el carácter de derechos subjetivos sino de pautas que sirven para establecer la constitucionalidad de una política o de una ley. Los derechos sociales pueden funcionar, al respecto, en un doble sentido. De un lado, como una especie de derecho de resistencia, en defensa de las conquistas logradas en la satisfacción de los DESC; esto corresponde aproximadamente al concepto de no regresividad recogido por la teoría internacional sobre los DESC: una vez que se ha alcanzado un determinado grado de efectividad o de protección de un derecho económico, social o cultural, ese logro no puede ser desmontado. Así, en el proceso de transición del socialismo a la economía de mercado, la Corte Constitucional húngara declaró inconstitucionales una serie de normas que reducían lo que ese mismo tribunal consideró previamente como avances en derechos sociales. Una segunda posibilidad de que éstos derechos funcionen como parámetros de constitucionalidad, se configura cuando sirven para analizar la adecuación a la Constitución y la razonabilidad de una determinada regulación legal en materias sociales. Un ejemplo colombiano son las sentencias sobre el sistema UPAC.

Un “grado 4” de protección se presenta cuando los derechos sociales consagran derechos subjetivos, pero no absolutos sino condicionados. Así, si en determinadas circunstancias una persona vive una situación de penuria extrema que el Estado está en condiciones de enfrentar, puede surgir, en cabeza de ella, un derecho subjetivo reclamable judicialmente. El caso sudafricano corresponde a esta protección; lo mismo ocurre con la teoría del mínimo vital elaborada por la jurisprudencia constitucional alemana.

Un “grado 5” de protección consiste en considerar los derechos sociales como derechos subjetivos, pero en conexidad con los civiles y políticos; esto sería, en el fondo, lo que hace gran parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.¹²

Un “grado 6” opera cuando el derecho social tiene el alcance de un derecho subjetivo directo para ciertos grupos de población. Pero no parecen existir sistemas en los que se aplique la idea de que los derechos sociales son subjetivos fundamentales, reclamables por todo el mundo en cualquier circunstancia.

El anterior panorama sobre grados de protección debe ahora cruzarse con visiones de protección, que también varían. Existen estrategias diferenciadas de protección constitucional y judicial de los derechos sociales. Básicamente hay dos estrategias distintas: en esencia, una es procesal y la otra material. La procesal consiste en que los jueces constitucionales procuran garantizar la transparencia y la imparcialidad del proceso de deliberación política tendiente a hacer efectivos los derechos sociales, pero sin dar pasos hacia establecer mínimos y máximos en la materia. Bajo esta hipótesis, los jueces dejan las respectivas decisiones en manos de la actividad legislativa, pero intervienen para garantizar

¹¹ A pesar de que equivalen a una donación unilateral del Estado. La Constitución prohibió al Congreso y al Ejecutivo conceder auxilios monetarios a favor de instituciones y personas, para evitar corruptelas.

¹² En muchas de sus sentencias de revisión de tutelas (versión colombiana del recurso de amparo que existe en casi todos los países de América Latina), la Corte Constitucional colombiana ha protegido derechos económicos y sociales cuando, en los casos concretos, están colocados en tal relación de conexidad con los derechos civiles y políticos que la violación de uno de aquéllos acarrea la violación de uno de éstos. Un caso típico se presenta cuando el desconocimiento del derecho a la salud pone en grave peligro el derecho a la vida.

la imparcialidad o el debido proceso en la definición (y realización) de las prestaciones que satisfacen los respectivos derechos. La estrategia material (o sustantiva) opera cuando los jueces determinan el contenido de las obligaciones estatales correlativas a dichos derechos. El camino para proporcionarle a éstos una mayor eficacia podría consistir en comparar las experiencias de diferentes países y reflexionar sobre la manera de diseñar las estructuras de justiciabilidad más adecuadas para proteger los derechos sociales en una sociedad democrática.

IV. Universalidad, mínimos y justiciabilidad

>>> Un aspecto central es definir qué prestaciones correspondientes a los DESC deben ser universales, en el sentido de que, cuando la sociedad se comprometa a proporcionar los correspondientes bienes o servicios, su entrega se pueda garantizar efectivamente a todos. La sociedad se debe comprometer ante todos y cumplirle a todos. Este es un punto de fondo. Si la sociedad considera que está en condiciones de darle a todo el mundo cinco años de educación, hechos los cálculos y establecida su viabilidad, entonces debe garantizárselos a todos. Ese sería el único tipo de casos en que podría haber una exigibilidad individual, el que corresponde a situaciones en que la sociedad se ha comprometido a que las correspondientes prestaciones sean universales.

>>> Hay conflictos entre el ejercicio individual de los derechos y la universalidad de los derechos, y eso conduce a la necesidad de adoptar el enfoque de riesgo en el ejercicio de los mismos. Esto puede ser explicado con un ejemplo: actualmente se practican en los Estados Unidos pruebas diagnósticas, previas a las cirugías, que permiten identificar los muy pocos casos de personas a quienes las drogas anestésicas les causarían riesgos de salud. Si dichas pruebas se suprimieran, se ahorrarían millones de dólares que podrían mejorar sustancialmente los servicios de salud, pero se presentarían unos 150 casos anuales de complicación de la cirugía, de los cuales unos 20 serían mortales.

Se está prescindiendo de hacer mejoras a los servicios de salud para toda la población para encarar el riesgo de que algunas personas mueran en la sala de cirugía. Un ejemplo similar es el del clasificador

en los servicios de urgencia,¹³ que descongestiona los servicios en beneficio de la población que realmente necesita ser atendida con apremio. Pero esta clasificación tiene un pequeño margen de error, y puede dar lugar a remisiones equivocadas de casos que habrían debido ser atendidos con la máxima celeridad. Un juez ordenó desmontar esta clasificación en la principal clínica del Instituto de Seguros Sociales en Bogotá, basado en el argumento de que se corre el riesgo de incurrir en equivocaciones. El problema consiste en que si se quiere garantizar la universalidad de los derechos hay que asumir un margen de riesgo.

>>> En el debate colombiano se han propuesto derechos que no pueden ser universales, pero que han sido reconocidos mediante tutelas. Esto es inapropiado, porque si algo no puede garantizarse a todos, como derecho, no está claro por qué deba suministrarse a algunos. La judicialización debe, pues, referirse sólo a aquellos derechos que la sociedad pueda comprometerse en forma efectiva a garantizarle a todos los ciudadanos, en algunos casos mediante leyes que desarrollen las normas constitucionales.

Hay que tener en cuenta el efecto económico de este tipo de decisiones sobre personas no representadas en los procesos judiciales, sobre su capacidad de acceder a la vivienda, a la salud o a la educación. Si resulta abrumadoramente costoso atender las respectivas prestaciones de manera universal (por ejemplo, en el caso de las “enfermedades catastróficas”), o si se destruye el sistema económico que garantiza a muchos otros el acceso a los respectivos bienes, sería perjudicial poner en práctica dichas prestaciones. Con las decisiones que la Corte Constitucional tomó a propósito del UPAC, se destruyó un sistema de financiación que, salvo por algunos eventos críticos, había funcionado muy bien en Colombia, y había proporcionado acceso a la vivienda a centenares de miles de personas. Una vez destruido ha sido muy difícil reconstruirlo.

No hay que ignorar, por supuesto, que con frecuencia otorgar algo a alguien implica quitarle a otro. En otras palabras, que aunque puede haber juegos de suma positiva, donde ambas partes ganan, hay muchas otras situaciones que corresponden a juegos de suma cero, en que unos costean los beneficios de otros.

>>> Considerar como derecho solo lo que es efectivamente universalizable, y que solo lo universalizable debe ser objeto de un proceso judicial, no significa que la sociedad no pueda otorgar a algunos sectores algo más que lo mínimo establecido. Si la sociedad ha declarado, por ejemplo, que toda persona tiene derecho a doce años de educación, entonces cualquier niño, o sus padres, pueden reclamar al Estado el reconocimiento efectivo de ese derecho, a través de un proceso judicial, como la acción de tutela en el caso colombiano. Esto es lo que significa tener un derecho económico, social o cultural. Pero la Corte Constitucional ha considerado, por ejemplo, que en protección del derecho a la salud, los demandantes deben tener acceso a medicinas muy costosas no reglamentadas en el plan obligatorio de salud, reconociendo así como un derecho una prestación que no puede alcanzar cobertura universal. Aquí aparece la pregunta ¿hasta dónde la Corte asume responsabilidades legislativas o ejecutivas a través de estas decisiones?

Ahora, dado que los recursos son escasos, es conveniente jerarquizar entre los derechos, y en cada uno de ellos. El Pacto internacional de DESC así lo hace, cuando dice que éstos deben satisfacerse de acuerdo con los recursos disponibles. Los derechos deben ser políticos, en el sentido que deben surgir de un acuerdo social sobre el nivel que debe protegerse. Ese acuerdo debe estar precedido de una discusión amplia y general que permita crear una opinión pública ilustrada, orientada por instrumentos y formas de medición de las necesidades sociales y del impacto de distintas políticas de asignación de recursos en la satisfacción de dichas necesidades. Es a la sociedad, y no al gobierno, a quien le corresponde garantizar, por esa vía, que los derechos se respeten y se cumplan. Las demandas

¹³ Una persona con conocimientos médicos que sirve de filtro a las demandas de atención de urgencia en los centros hospitalarios, y remite al servicio ordinario a los pacientes que no necesitan ser tratados de inmediato.

que se definen como derechos deben ser factibles. Si no lo son, el declararlas derechos se queda en una declaración más y, desde el punto de vista económico, no es más que poesía.

Los mínimos garantizables de manera universal, que tienen que ser objeto de todas las defensas a favor de los ciudadanos, deben incrementarse en forma gradual. En eso consiste la progresividad de los DESC. Pero superar los mínimos a favor de algunas personas implica despojar con seguridad a otras de un mayor nivel mínimo de satisfacción universal de un derecho, más allá del cual no se puede ir por falta de recursos.

>>> En relación con la determinación de los mínimos, el aspecto material de los DESC, hay más discusión. ¿Qué pasa cuando la Constitución consagra un derecho y no hay una norma de mínimos, por llamarla así, expedida por el Congreso o la Asamblea Legislativa en relación con ese derecho? En estas situaciones, el poder democrático, que se expresa en el legislativo, no se ha puesto de acuerdo sobre los mínimos. Entonces a la Corte Constitucional le corresponde actuar frente a los casos individuales. Y allí se presenta la mayor tensión. Parece, pues, que lo adecuado sería que los mínimos que van a ser considerados universales, y a los que se considera que todo el mundo tiene derecho, fueran fijados democráticamente, con lo que se reducirían las tensiones entre lo judicial y lo político democrático.

>>> Otra forma de ver las cosas consiste en considerar que la Constitución (colombiana) es la expresión de una utopía social y que, por consiguiente, no es automática ni inmediatamente exigible. Eso hace que los beneficios establecidos en la Constitución tengan que ser administrados por los funcionarios, por los políticos o por los jueces. Así entonces, la gente no tiene derechos inmediatos y automáticos; el órgano legislador conformado por políticos los tiene que conceder, o la gente tiene que tener acceso, de alguna manera, a los organismos judiciales en busca de que se le garanticen. Así concebidos, ciertamente, no toda la población tiene la posibilidad de alcanzar la satisfacción de los derechos. De allí la importancia de definir los DESC como mínimos, pero universales y exigibles por todos, lo cual implica, por supuesto, un pacto social. La sociedad, en consecuencia, debe ponerse de acuerdo en cuál es el mínimo, económicamente factible, que va a garantizar a todos sus miembros, y que, por comprender estándares y metas claras, es exigible y justiciable.

>>> También es importante definir quién, en la estructura pública, es el garante de ese mínimo, el responsable de su cumplimiento. En algunos casos no se sabe muy bien quién es. En la educación, no es claro a quién le compete cubrirla, si a la nación, al departamento o al municipio. ¿Se le debe reclamar al representante político, al funcionario nacional, regional o local?

>>> Aquí vale otro enfoque. Pueden existir ciertos derechos universales, para todo aquel que cumple con determinadas condiciones, para ciertos grupos. Podrían tener esa condición los derechos de los niños, de las mujeres, de los inválidos, de los desempleados, etc., si se los quiere hacer objeto de una especial atención, y la sociedad está dispuesta a costear el reconocimiento de una atención especial que se convierte en un derecho. Se trataría de lograr la universalidad de la protección desde la particularidad de diversas condiciones humanas.

>>> Al efecto, merecen traerse a cuento algunos de los criterios que ha trazado el Comité del pacto internacional de DESC; en particular dos de ellos. El Comité ha dicho que la acción del Estado tiene que estar orientada por una planificación deliberada, pero que no puede tener una meta inferior a la plena efectividad de los respectivos derechos. Este interesante concepto indica que el Comité está poniendo la bandera en la cima de la plena efectividad de los derechos, y que nos tenemos que mover hacia allá. Si los recursos no dan para eso, habrá que justificarlo, pero la orientación está completamente definida, y hay que pasarle una factura de cobro a los Estados que no asumen la obligación de trazarse esa meta. El Comité del pacto también ha dicho que moverse progresivamente hacia la plena satisfacción de los DESC no exonera al Estado de la obligación de garantizar “de entrada” los niveles esenciales de satisfacción de cada uno de los derechos. Esto significa, en otras palabras, que debe haber una

política de mínimos, de mínimos esenciales, y que el Estado tiene la carga de la prueba y de la justificación, la necesidad de explicar por qué, en un momento determinado, no puede garantizar ese mínimo. Hay un piso básico en el cual el Estado está obligado a situarse de entrada.

Quienes sostienen que la justiciabilidad debe estar relacionada básicamente con los mínimos, no están necesariamente en desacuerdo con que haya una exigibilidad judicial adicional a los mínimos. También debe ser exigible la progresividad, el avance gradual hacia la plena satisfacción de los DESC. Otra cuestión es quién define lo que es exigible judicialmente. Porque alguien debe poder definir, desde el exterior, los límites a los que deben estar sometidos los jueces.

>>> Cuando se afirma que un derecho es algo que por consenso puede definirse como universalizable, no es lo que en filosofía política se entiende por ello: lo que puede defenderse con las mejores razones, independientemente de si hay o no consenso sobre ello. Esto ayuda a entender la diferencia entre derechos humanos y derechos fundamentales. Son fundamentales, en principio, los que se consagran normativamente, porque hay un consenso político al respecto, en determinado momento.

Resulta simple la idea de que los únicos derechos justiciables (derechos de verdad) son los universalizables, los que se pueden aplicar como una regla (no solo como un principio), olvida que la exigencia de protección de los derechos con estructura de regla no es la única forma de justiciabilidad. Si así lo fuera, entonces no habría progresividad. No se puede pensar en judicializar la progresividad, que significaría que derechos hoy no universalizables están cubiertos por un mandato que puede ser judicialmente controlado, aun cuando dicho mandato tiene estructura de principio, y no de regla. Compleja es la respuesta a la pregunta: ¿cómo puede ejercerse ese control? Así, cuando el Pacto internacional de DESC consagra el derecho a la vivienda digna, tiene en cuenta que si un Estado es pobre no puede garantizárselo inmediatamente a la población. Pero de la respectiva disposición del Pacto se derivan obligaciones que pueden ser, de una manera u otra, controlables judicialmente. Obligaciones como asignar hasta el máximo de los recursos disponibles a la construcción y financiación de vivienda a quienes carecen de ella, dotarse de nuevos recursos mediante políticas tributarias, etc. Vincular la justiciabilidad a la posibilidad de universalizar inmediatamente un derecho es algo que limita demasiado su radio de acción.

>>> Se ha hablado de dos estrategias de protección de los derechos. Una es, por así decirlo, más procesal. Trata de garantizar la transparencia, la imparcialidad en la atención de los derechos. Un campo muy importante para los jueces en la justiciabilidad de los derechos sociales, es ser órganos de decisión imparciales en la distribución de bienes escasos. El juez puede intervenir para que no haya manejos clientelistas de recursos escasos. Esta sería una forma de justiciabilidad no necesariamente referida a bienes universalizables. Un ejemplo sencillo es la intervención de un juez para que se respete el derecho de turno, la cola. La otra es más material, y se dirige a establecer y garantizar unos mínimos de atención.

Parece haber más acuerdo en relación con la primera forma de protección. No hay manera de tener derechos económicos y sociales si esa protección procesal no existe, porque sólo ella permite pasar de la regalía, del privilegio, al derecho. Solo es viable convertir un simple beneficio en un derecho si una persona puede exigir, ante una instancia judicial, y no al Congreso o a la Asamblea Legislativa, que se le trate en igualdad de condiciones con respecto a un beneficio o a un programa social. Para poder hablar de derechos económicos y sociales tiene que haber un gran fortalecimiento del aspecto procesal. Los órganos judiciales hacen mejor que cualquier otro tipo de instancias la labor de garantizar la imparcialidad en el acceso, o la no discriminación en la aplicación de cualquier prestación o beneficio que haya sido definido por la Asamblea Legislativa o por el Ejecutivo. Donde no existen cortes constitucionales u otras instancias judiciales, y donde no hay mecanismos procesales para hacer efectivos los derechos económicos

y sociales, como derechos y no como privilegios, hay un problema muy serio. Esto es tan cierto que, cuando el derecho al recurso procesal no está consagrado en los textos, los jueces terminan inventándolo.¹⁴

>>> Los jueces constitucionales juegan un papel grande en corregirle la plana a un legislador que es cooptado por las fuerzas reales de las sociedades. Y esto es especialmente claro si se tiene en cuenta que se trata de sociedades inequitativas, donde los recursos se encuentran mal repartidos.

>>> Los jueces están sujetos a la Constitución y a la ley, o deben estarlo, y no pueden dejarse tentar por el constructivismo jurídico o, más exactamente, judicial. La judicialización de los DESC que merece ser promovida es la ceñida o sometida a la ley.

>>> Hay ciertas formas de extraprotección o de protección desigual de los derechos impuestas por los jueces, que emanan de la propia ley o, incluso, de la Constitución; entonces, es injusto echarle la culpa a la Corte Constitucional, a los tribunales o a los jueces, por algo que se sale de sus manos.

>>> Hay que judicializar el cumplimiento de las leyes y de las reglamentaciones generales, antes que pedirle al juez, que está sujeto a la ley y al reglamento, que trate de suplir, con productos de su propia cosecha, lo que aquélla y éste dejan de hacer, o trate de corregir lo que supuestamente hacen mal.

>>> En varios momentos se ha planteado la restricción de recursos como razón para no satisfacer los DESC; sería mejor hablar de factibilidad. Cuando se trata de derechos económicos y sociales hay una fuerte tendencia a mirar las cosas en términos de un pastel que se reparte. Eso hace que un juez defina el pedazo para cada quien. La simple disponibilidad de recursos se queda en el pastel. La factibilidad lleva a reconocer que no existe un pastel sino procesos dinámicos que generan riqueza o la destruyen, que la asignan, que dan lugar a determinadas formas de apropiación entre los agentes sociales. En consecuencia, frente al requerimiento de un derecho, y a los pasos que la sociedad debiera dar para reconocerlo, cabe preguntarse qué pasa en la sociedad, cómo se desarrollan en ella los procesos dinámicos de generación y asignación de la riqueza, para poder establecer la viabilidad del reconocimiento.

>>> Aquí se ha hecho referencia al derecho de propiedad en un sentido interesante, un derecho que podríamos llamar sustantivado, y que no se limita a asegurar el uso, goce, disfrute y disposición de bienes adquiridos con justo título, sino que involucra también, entre otros, los derechos pensionales, las prestaciones sociales e incluso la provisión mínima de medios necesaria para el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas por parte del Estado, cuando la persona no puede valerse por sí misma ni puede exigir de otros primariamente obligados la satisfacción de un tal derecho. Al respecto, es pertinente traer a colación que, ya en 1953, un tribunal administrativo alemán (en Alemania Occidental, no la esfera socialista) le corrigió la plana a la legislación y la jurisdicción social, obligando al Estado a tomarse en serio los derechos sociales. A tal efecto, el tribunal acuñó el concepto de “mínimo existencial”, equivalente a un derecho de propiedad sustantivado en los términos anotados. Se trata de un derecho al mínimo existencial, que construyeron argumentativamente los jueces administrativos, y luego los constitucionales, a partir de la interpretación de una Constitución liberal. Se requiere de un planteamiento tendiente a proteger las posiciones minimalistas en materia de derechos sociales, que deben reconocerse y consagrarse en una sociedad democrática y constitucional de derecho.

>>> El asunto es de balances y simetrías. En Alemania los derechos sociales pueden funcionar porque están en un contexto diferente. En el caso colombiano, latinoamericano, o en el Tercer Mundo,

¹⁴ El recurso de amparo de derechos fundamentales existe en la actual Constitución Argentina, pero no existía en una anterior, y los jueces terminaron inventándolo; dijeron: no podemos abandonar a las personas en la indefensión, dejar que, para proteger sus derechos, tengan que recurrir a un juicio ordinario, que no se sabe cuándo va a terminar: inventaron los recursos.

hay una tendencia mayor a la asimetría entre, por una parte, las conquistas de la lucha social, el desarrollo tecnológico y los logros de la política económica y, por la otra, las aspiraciones o las formulaciones jurídicas. Entre los órdenes normativos de Colombia y Alemania no hay tanta distancia como entre los niveles de vida de uno y otro país. Eso pone a la juridicidad, en un país como Colombia, en una gran tensión que hay que reconocer. En el fondo, esto coloca sobre la mesa el carácter relativo del derecho. Podría decirse, entonces, que las necesidades o los reclamos que van más allá de lo que ya ha sido adquirido como derecho por las grandes mayorías, que van más allá de lo que es universalizable, tienen el carácter de cuasi derechos, inicios de derechos, derechos imperfectos. Esto no les quita legitimidad, pero obliga a quienes lo aplican, a entender el contexto en el que se mueven, y a plantearse el problema de la escasez, que hay que tener en cuenta incluso en relación con la vida, que es el caso más dramático. En este caso, la pregunta pertinente es: ¿y si esta decisión judicial, a favor de la vida de una persona, cuesta otras vidas?

>>> En la base de muchas de las discusiones está la cuestión de si los derechos son exigibles independientemente de las consecuencias. Quienes consideran que los derechos son válidos por sí mismos se enfrentan a las visiones económicas, que han sido básicamente consecuencialistas.

Unas veces la realidad desborda a la teoría y, otras, la teoría jalona la realidad. Al hablar de DESC, hay una enorme deficiencia teórica porque la realidad ha avasallado la teoría. Se trata de un campo de muy complejas y polémicas relaciones entre el derecho, la política y la moral. Para contribuir “terapéuticamente” a ver lo problemático que son estos asuntos, merece observarse que es recurrente confundir (hipóstasis, en filosofía) un hecho histórico con una fundamentación filosófica. El hecho de que los derechos civiles y políticos hayan sido reconocidos primeramente, no quiere decir que ellos sí sean universalizables mientras que los que perdieron la batalla política, en 1966, los DESC, no lo sean, porque son progresivos. No hay que hipostasiar la realidad diciendo que lo que fue primero históricamente, es lo fundamental y lo universalizable.

Perder una batalla, como sucedió al no expedir un solo Pacto internacional de Derechos, exigibles ante las instancias internacionales como sucede con el Pacto de derechos políticos y civiles, no es perder la guerra. El hecho histórico que los DESC hayan sido consagrados en un Pacto internacional con diferente fuerza jurídica al Pacto de derechos civiles y políticos no dice nada sobre su importancia o su universalidad. Por el contrario, la mayoría liberal que se impuso en contra de un tratamiento integrado de ambos tipos de derechos humanos sólo demuestra la precariedad del desarrollo teórico en torno al tema de los derechos, su estructura, su fundamentación y su exigibilidad; véase Arango (2002).

V. La mejor teoría

>>> Se ha dicho que no deben ser los jueces quienes definan lo que es exigible judicialmente, porque eso sería autorreferencial. Pues bien: los jueces constitucionales no pretenden ser quienes adopten esas definiciones. Pretenden que sea la filosofía moral y política quien las suministre. Que ella determine, por ejemplo, cuáles son los mínimos universalizables y los derechos exigibles más allá de esos mínimos. Entonces, la decisión constitucional correcta será la que esté fundada en la mejor teoría moral y política disponible.

>>> Es muy sugestivo decir que los jueces constitucionales tienen que basarse en la mejor teoría moral y política disponible. Eso es muy fuerte, es una carga de profundidad. Cuando alguien afirma eso, se le suele preguntar: ¿usted sabe cuál es esa mejor teoría; tiene los criterios para saber cuál es? Se trata de una pregunta muy justificada.

Hay que ser radical en oponerse a quienes consideran que un determinado cuerpo de cultores del conocimiento, de sabios o de expertos, puede determinar lo que le conviene a la población, o lo que debe imponérsele. La actitud de “la mejor teoría disponible” como fuente de inspiración de un cuerpo con poderes constitucionales suena totalitaria. Se podría asimilar a la teoría de la vanguardia del proletariado, según la cual una minoría se autoasigna la función de definir los intereses de la mayoría y de garantizar que se realicen.

>>> Eso no puede llevar a desconocer que sí es posible escoger entre teorías políticas y morales mejores que otras. Se debe recordar, al respecto, a John Rawls. No es que no se pueda hablar ni debatir sobre la justicia. Lo que ocurre es que el debate es muy álgido, y hay que lograr que llegue a un resultado, porque sin unos principios de justicia claros,

que estén a la base de su Constitución, no es defendible una sociedad que se llama respetuosa de ciertos valores, en este caso de los valores liberales progresistas. Estos son los valores de Rawls, quien sí afronta el tema de la objetividad de los juicios de valor y toma posiciones muy centradas. Ahora, ¿por qué es viable decir que es posible escoger entre teorías políticas y morales mejores que otras? El mismo Rawls tuvo la grandeza, en 1992, de derogar prácticamente lo que había dicho en 1970 en “Teoría de la justicia”, y revisó la prioridad estricta del principio número uno, relativo a la maximización de la libertad sobre la igualdad. En 1992 Rawls afirmó que hay que introducir un mínimo social en las esencias constitucionales, el necesario para satisfacer las necesidades básicas de las personas. Rawls cree en la teoría y en que es posible el progreso en la misma.

>>> Este planteamiento da lugar a responder que creer en las teorías no es malo, pero sí lo es que los partidarios se abroguen la facultad de imponerla y aplicarla a todo el mundo.

>>> Quienes rechazan la idea de incorporar elementos de valoración política en el trabajo de los jueces, olvidan que éstos asumen, por supuesto, posiciones políticas, y en ese sentido afectan la vida de la sociedad; no tienen en cuenta que las construcciones y formulaciones que hacen deben ser defendibles y aceptables para toda persona que quiera tomar parte en la elaboración o discusión de un discurso racional. Un consenso fuerte, no meramente fáctico, requiere alcanzar consensos teóricos. Hay que tomar en serio la teoría moral y política. No hay que desmeritarla, ni ser escépticos frente a la posibilidad de que la mejor teoría política y moral le dé sustento o refuerce un fallo constitucional. Esta posibilidad existe, al menos si la Constitución se toma en serio, si se parte de un concepto que no la reduce a ser una mera Carta de distribución de competencias entre instancias del Estado.

En el rechazo a la pretensión de “la mejor teoría” todos podemos estar de acuerdo; pero, para los defensores de un destacado papel de las teorías en la discusión sobre diseño institucional y los derechos humanos, hay que situar las cosas en su adecuado contexto. El norteamericano Ronald Dworkin, influido por Rawls, defendió en alguna etapa de su vida la idea que hay respuestas correctas en el derecho.¹⁵ Parecería que Dworkin estuviera llamando en su apoyo a Lenin, el gestor de la teoría de la vanguardia del proletariado. Esto no cuadra muy bien con un liberal progresista como él, quien, no obstante, ha defendido la teoría de las respuestas correctas en derecho con el fin de mostrar que en las decisiones de la justicia constitucional, ejercida por la Corte Suprema de Estados Unidos, se puede diferenciar entre decisiones correctas e incorrectas. La apuesta de Dworkin sería aplicable en las llamadas “sociedades bien ordenadas”, en las que existe una acumulación tal de precedentes jurisprudenciales que puede descartarse la posibilidad de que se presenten empates en los procesos de adopción de las decisiones judiciales, porque el material jurídico de respaldo a la decisión muestra cuál es la decisión correcta en un caso concreto, la que mejor interpreta el derecho como un todo integral y coherente. En esas condiciones, de acuerdo con Dworkin, se puede establecer si una decisión es correcta a la luz de la argumentación jurídica que la cultura específica ha construido a través de los tiempos. Si un juez no toma en serio los precedentes judiciales, para resguardar su discrecionalidad y poder político, como sucede muchas veces en Colombia, acaba por destruir el sistema y, con ello, la seguridad jurídica. De ahí la importancia de tomarse en serio el derecho y su estrecha relación con las demás disciplinas sociales. Vale la pena hacer estas referencias para mostrar un ejemplo de una buena teoría política sobre el control constitucional, que afortunadamente triunfó durante muchos años en Estados Unidos. No es la única; de suyo, hay mejores teorías que las de Dworkin, pero también es posible determinar qué tan buenas son estas últimas.

¹⁵ Los jueces tienen que efectuar complejas ponderaciones, asignando mediante una sentencia, a una masa de hechos, en función de lo que dispone la ley (o de los precedentes establecidos por la jurisprudencia), determinados efectos jurídicos (por ejemplo, condenando al demandado a hacer o dejar de hacer determinadas cosas). Los jueces resuelven la cuestión con fuerza de autoridad, pero frecuentemente queda la duda si sus sentencias son correctas y, más en el fondo, si el ordenamiento jurídico, dada su complejidad —los vacíos, las ambigüedades, las tensiones entre las normas que lo componen— puede dar lugar a decisiones que deban ser consideradas correctas de manera inequívoca. En relación con esta cuestión, Ronald Dworkin formuló los planteamientos aludidos.

Se puede estar de acuerdo con la fórmula de Dworkin, tal vez la más adecuada, según la cual la función de quien interpreta la ley es dar la mejor lectura moral posible al cuerpo legal existente. Así, sería posible entender los textos sobre los DESC, a la luz de la mejor lectura moral posible, en el sentido de que establecen que primero hay que atender al más necesitado, y garantizar un mínimo de satisfacción de sus necesidades a las grandes mayorías, a través de los medios y recursos públicos. A tal efecto, hay intentos discutibles pero interesantes de clasificar y hacer una graduación de los derechos para establecer cuáles son prioritarios, y poder responder si la nutrición, por ejemplo, lo es respecto a la educación superior. Se debe precisar que la forma de garantizar la atención de los DESC a las grandes mayorías no tiene por qué consistir en que el Estado proporcione directamente todos los medios necesarios para la satisfacción de esos derechos. El Estado debe proporcionar una red mínima de garantía de satisfacción, que sirva de esquema supletorio para las personas que no puedan obtener un acceso a los DESC por otras vías.

>>> Aunque hay que reconocer y aceptar que el juez hace política al interpretar la ley, debe añadirse que su interpretación de la ley debe ser restrictiva, tiene que ceñirse al cuerpo de la ley o de los tratados internacionales sobre los DESC. En esto hay diferencia con posiciones que también defienden la naturaleza política del papel de los jueces.

>>> Hay que recordar que los DESC son conquistas, logradas por la gente. En ninguna parte del mundo el desarrollo jurídico —los tratados, la Constitución, las cortes— ha hecho realidad los derechos. El ámbito jurídico es una dimensión de la protección de los mismos; es uno de los elementos que pueden apalancar y empujar a los derechos sociales. Eso hay que rescatarlo y defenderlo, y se hizo en Colombia, afortunadamente, con la reforma de la Constitución en 1991 y con las aplicaciones de que ha sido objeto. Pero el ámbito jurídico no es necesariamente la dimensión principal de protección de los derechos. Se sabe que cuando hay que acudir al juez algo está muy mal. El ideal en la protección es que no haya que acudir al juez. Y de eso se trata: que los derechos sean vigentes sin jueces.

VI. ¿Quién juzga? ¿Cómo juzga? ¿Quién legisla?

>>> Hay un reclamo a las instancias judiciales con el propósito que intervengan para garantizar los DESC, haciéndolos satisfacer, en ese panorama complejo de las diferentes formas de justiciabilidad. Pero se encuentra también que se le reclama al poder judicial que reconozca criterios de ponderación y valoración política, al tomar las correspondientes decisiones. Más específicamente, se pide al poder judicial que tenga en cuenta las conveniencias del conjunto de los derechos y las conveniencias del conjunto de los actores involucrados. Allí se refleja un movimiento pendular muy interesante. Pero no se olvide que el poder judicial es un poder muy raro, no es un poder plebiscitario, mayoritario; está situado, casi por definición, por fuera de las corrientes de opinión de las mayorías ciudadanas, del electorado. En el poder judicial hay algo bien especial y extraño.

>>> ¿Cuál es el campo de los jueces y cuál el de la política en una sociedad democrática? Esta pregunta ha sido planteada en diferentes formas. ¿Por qué las sanciones por incumplimiento de los DESC tienen que provenir de los jueces? ¿No es, en último término, la democracia misma, o la ciudadanía ejerciendo la democracia, directamente o a través del Congreso, la que sanciona a los gobiernos que incumplen los derechos? ¿No habría que privilegiar, pues, a las instancias democráticas? Al definir los alcances de los DESC ¿debería dársele al poder legislativo un papel crucial?

>>> Se ha dicho que en el ejercicio jurídico también entran las consideraciones políticas y que cuando se ejerce el derecho se está haciendo política y que, por consiguiente, se puede trabajar más o menos

proactivamente por los DESC en el campo del derecho. Esta no es una cuestión de extremos, hay distintas formas y distintos grados de justiciabilidad. Un buen criterio práctico es buscar la máxima justiciabilidad posible en el contexto concreto de cada derecho. Este sería un criterio concreto, positivo, de avance en el cumplimiento de los DESC.

>>> La búsqueda de un consenso teórico para fundamentar los fallos de los jueces exige reconceptualizar lo que se entiende por derechos. Se ha planteado un concepto importante, según el cual éstos son cartas de triunfo contra la mayoría. Ese fue un punto de vista muy importante de la teoría liberal; pero hay que avanzar. Podría proponerse que se acogiera el concepto según el cual los derechos son demandas de una persona cuya falta de reconocimiento (desconocimiento) le genera un daño inminente. Ese reconocimiento podría ser político o judicial. En todo caso, se podría defender un concepto de derechos que fuera suficientemente flexible para operar tanto en discursos morales como jurídicos. Es necesario avanzar en la definición de lo que se entiende por derechos, para empezar a alcanzar un acuerdo sobre la intervención de los jueces en la compleja cuestión de la distribución de los recursos en una sociedad.

>>> La interpretación de la ley tiene un ámbito propio, distinto al de la deliberación democrática y puede estar basada, por supuesto, en una “interpretación razonable” de la misma. De lo contrario, no existiría el derecho ni tendrían sentido las ciencias normativas. Hay, pues, elementos que no se relacionan simplemente con el juego democrático, sino que tienen que ver con el razonable diálogo jurídico y la razonable reflexión jurídica, que pueden llevar a trazar prioridades.

>>> Aun si se está de acuerdo con que en una democracia debe prevalecer la opinión de la mayoría, expresada según lo previsto en las reglas del juego democráticas, vale recordar que hay dos momentos de cristalización de los puntos de vista mayoritarios: el constitucional (estable y vigilado por una Corte Constitucional) y el legislativo (variable a corto plazo). El poder judicial es el guardián de decisiones mayoritarias de largo plazo, que pueden entrar en conflicto con el legislativo. Pero hay un problema. Personas que no son abogadas creen que muchas normas constitucionales necesitan detallarse, para desarrollar el principio básico que contienen y, de hecho, muchas leyes son un desarrollo, en distintos campos, de las normas constitucionales. Introducir esos desarrollos, convertir los principios constitucionales en normas concretas, es una tarea del legislador, que se cumple bajo el control de la Corte Constitucional, que debe determinar si el legislador se desvía al desarrollar la norma constitucional. Si un funcionario público se atreve a ir más allá de sus funciones, termina en la cárcel. Si el poder ejecutivo emite un decreto contrario a una ley, el Consejo de Estado (máximo tribunal de lo contencioso-administrativo en Colombia) lo declara nulo. El poder legislativo está controlado por la Corte Constitucional.

Si se toma, por ejemplo, la norma constitucional referente a la salud básica. La Constitución determina que es un derecho. Y hay una ley de seguridad social que establece el mecanismo por el cual el Consejo Nacional de Salud define el plan obligatorio de salud (POS), y las prestaciones básicas que contempla. Si el Consejo, instancia que debe desarrollar esta norma constitucional, lo hace en contravía de la Constitución, pues la Corte Constitucional puede decirlo. Lo que no parece correcto es que la Corte entre a definir qué prestaciones deben reconocerse en desarrollo de la Constitución.

>>> En estas materias no hay que dejarse confundir. Las tareas que tienen por emprender nuestros países son sumamente graves y difíciles. Como no se moderniza y tenemos grandes problemas para el acceso a la ciencia y para ponerla al servicio del desarrollo o de la superación de la pobreza, que son cosas difíciles, se hacen las cosas fáciles, y una de éstas es hacer Constituciones. Es algo más fácil que cambiar la realidad. Los problemas que conocemos no los crea, pues, una Corte Constitucional. El único pecado de la Corte, en el caso colombiano, consiste en tomarse en serio la Constitución, y a muchos eso no les parece bien. Lo que ha querido hacer la Corte colombiana ha sido volver derecho en la vida lo que es derecho en el papel. Sin embargo,

el derecho sí pone su parte en la tarea de impulsar y empujar los derechos sociales y eso se ha hecho, a su manera, en Colombia y en otros países.

>>> Una vez el socialismo marxista fracasó en Europa Oriental, ciertas cosas no se volvieron a decir, aunque eran verdades que podían plantearse con base en el sentido común. Una de ellas se refería a la función ideológica del derecho; sigue siendo cierto que éste se presta para engañar, que sirve para hacer pensar que en una sociedad, o en una comunidad, las cosas ocurren de un modo totalmente distinto a como suceden en la realidad, o que el derecho sirve para velar la realidad, para distorsionarla o para que se tenga de ella una visión engañosa. Por eso resulta tan importante la tarea de tratar de convertir en realidad lo que tan solo existe, o solo existe parcialmente, en los textos jurídicos.

>>> Vale la pena preguntarse qué tipo de juez debe velar por los DESC. ¿El constitucional o el ordinario? ¿Sería necesario crear una jurisdicción especial para la protección de los DESC? El conocimiento de la acción de tutela no fue asignado a jueces especiales sino a los ordinarios. Una de las grandes ventajas de la Constitución de 1991 es que previó que todo juez lo sea de tutela, y que todo juez esté comprometido con la defensa de la Constitución, aunque esto haya podido traer consigo problemas, pues se ha retardado la atención de los conflictos y casos ordinarios por parte del conjunto de jueces en el país. Estábamos acostumbrados a que la Constitución no se tomara en serio, a que el legislador no la desarrollara. El legislador hizo de eso un hábito. Entonces, aparecen quienes quieren que los jueces no se metan con la Constitución, no la toquen, cuando en realidad hay unos derechos que son de protección inmediata, lo que significa que no tiene que haber ninguna instancia mediadora entre el constituyente y el juez, sino que el juez puede y debe tomar decisiones por su propia cuenta. ¿Cuáles son o deben ser esas decisiones? Eso es materia de discusión. Pero, la Corte Constitucional colombiana ha convertido en derechos de primera generación, inmediatamente tutelables, derechos que en principio no lo serían. Así, el derecho a la salud es objeto de tutela si está en íntima conexión con el derecho a la vida. ¿Habrá que esperar, para proteger el derecho a la salud, cuando está en íntima conexión con el derecho a la vida, a ver qué dice el legislador? ¿O qué dice el legislador respecto a la protección del derecho a gozar de un ambiente sano aunque, al vulnerarse este último derecho, la vida de una persona esté en peligro? ¿El juez no puede hacer nada para tutelar ese derecho? No se puede descartar que en algunos casos posiblemente haya habido excesos de la Corte. Pero lo importante es que lo que establece la Constitución de 1991 es sano y positivo, y que lo que la Corte ha hecho está a tono con esa Constitución. Estos problemas son nuevos. Por lo menos en Colombia y en Costa Rica, el fenómeno de la existencia de una Corte Constitucional es nuevo, y ha desencadenado un proceso de tensiones y ajustes políticos.

>>> Esto da lugar a muchos comentarios relacionados con Colombia. Si es cierto que un derecho consagrado en la Constitución no ha sido objeto de reglamentación y de desarrollo legal, entonces, para protegerlo, la Corte debe intervenir en los casos individuales, sobre todo cuando se trata de impedir un acto de discriminación. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, después de la Constitución de 1991, en Colombia se han expedido muchas leyes que desarrollan los derechos. Se puede estar en desacuerdo con lo que dicen las leyes, pero es difícil negar que, un gran número de ellas, se dirigen a desarrollar derechos como la seguridad social, la salud o la educación. Virtualmente todos los derechos tienen ya un desarrollo legal. Por otra parte, cuando hay un vacío legal en el desarrollo de un derecho, lo correcto sería que la Corte le dijera al Congreso que está incumpliendo su tarea, que tiene que llenar ese vacío, que legisle. De suyo, la Corte Constitucional colombiana ha actuado así en algunos eventos, y le ha planteado al Congreso que, en relación con determinada materia, no ha desarrollado la norma constitucional pertinente, y que debe hacerlo. Se trata de respetar el principio constitucional según el cual las leyes son dictadas por el poder legislativo.

¿Quién define cuáles son los derechos directamente amparables y los indirectamente amparables? Un ejemplo: Una niña se va a matricular en una escuela, pero no la aceptan por su origen étnico.

Entonces va donde el juez de tutela y dice que le están vulnerando el derecho a la igualdad. Sería absurdo que el juez le contestara que le va a pedir al legislador que regule ese derecho. Nadie puede estar de acuerdo con eso. En otro caso, como el derecho a la nutrición, que no está claramente definido en la Constitución, ante una demanda que le solicita al juez protegerlo, ¿quién define el alcance de ese derecho? En la opinión de muchos, debe ser el legislador. Entonces, si el alcance no ha sido definido por la ley, corresponde a la Corte Constitucional dirigirse a los miembros del Congreso para establecer un plazo perentorio para legislar sobre la materia.

>>> Sin embargo, vale preguntarse, con mente abierta, sin ideas preconcebidas: ¿habría que remitirle el asunto al legislador, aunque el derecho de que se trate guarde directa relación con el derecho a la vida, como suele ocurrir con la nutrición?

>>> En Colombia no se han reglamentado legalmente todos los derechos constitucionales, y las experiencias han sido malas, porque cada vez que el Congreso ha reglamentado sectores extensos de la Constitución no los ha activado para propósitos de emancipación social sino que los ha metido en una especie de refrigerador, como ocurrió con los mecanismos de la democracia participativa.

>>> A propósito de la igualdad, falta un desarrollo legal, democrático, de este derecho. Quizá todas estas discusiones sobre la nutrición básica, la salud básica y otras cosas básicas, en materia de derechos, se aclararían si se tuvieran unos consolidados de interpretación. Entonces, ciertas decisiones de la Corte Constitucional colombiana que han sido criticadas, habrían sido menos arbitrarias.

>>> Quienes se oponen a reconocerle un amplio papel a los jueces en materia de control constitucional asumen, a veces, posiciones absolutistas. Muchas personas están, afortunadamente, en desacuerdo con la idea que los jueces empiecen, por ejemplo, a ampliar, a su gusto, un plan de salud definido por un órgano democráticamente elegido. Sin embargo, si se piensa en el siguiente caso hipotético: si el órgano democráticamente electo, compuesto en su mayoría por blancos, dice que las prestaciones para ellos son unas y que para los negros son menores, y un negro presenta una acción de tutela, y el tribunal constitucional dice que el sistema de prestaciones es inconstitucional, y lo amplía, esa decisión parecería absolutamente legítima. Y ¿por qué amplió el tribunal constitucional lo establecido por el órgano democráticamente elegido? Porque detectó una desviación en el resultado del procedimiento democrático. Ese procedimiento, por más legitimidad democrática, no era imparcial, violaba el principio de igualdad. Frente a esta decisión, uno no podría decirle a la población de raza negra, que es minoritaria: vayan y defiendan sus derechos en el marco del proceso democrático; fracasarían, porque son minoría. Podrían darse otros ejemplos. ¿No existe acaso un estigma sobre los enfermos de sida, por ejemplo?

Cabe entonces la pregunta ¿hasta qué punto existen en cada sociedad ciertas poblaciones que difícilmente lograrán participar en los órganos de representación democrática? Frente a eso la intervención del juez constitucional es legítima, aún a riesgo de ampliar los contenidos o coberturas de los programas sociales del Estado. En los procesos legislativos y en los administrativos se presentan muchas imperfecciones y vulneraciones de la igualdad. La administración de justicia, cumple, por supuesto, en esos casos determinados, una tarea muy distinta; conduce a lograr que, cuando se defina un plan social, se tome en cuenta toda la población porque, de no ser así, los jueces podrían llegar a extender la cobertura de las prestaciones que lo componen. Esto es inobjetable desde un punto de vista democrático. Y sostenerlo no significa dejar de ser defensor del debate, de la deliberación democrática vigorosa, porque no se trata de que los jueces sustituyan el debate democrático; al contrario, se trata de pensar cuáles son las intervenciones judiciales que pueden cualificar y hacer más profunda la deliberación democrática.

>>> Algunos economistas colombianos han descalificado las sentencias de la Corte Constitucional en materia económica, con el argumento simplista que la Corte es ignorante. Esta posición olvida que, desde la perspectiva del valor razonable, y desde la lógica institucional de

Commons, la elaboración de los diagnósticos y la construcción de los imaginarios pasa por la personalidad institucionalizada, y ésta no es única. Por tanto, hay espacio para diagnósticos y apreciaciones alternativas. Ahora, las gradualidades no pueden ser definidas por fuera de la mediación del legislador.

>>> Si se acepta que debe haber instancias donde los derechos sociales se hacen exigibles, surge la pregunta de si, dada la complicada interrelación entre los temas jurídicos, políticos y económicos que tienen que ver con esos derechos, los cuerpos judiciales correspondientes, en vez de estar conformados exclusivamente por abogados, deberían incluir expertos de otras disciplinas (vgr. sociólogos, antropólogos, economistas), que contribuirían a determinar la razonabilidad de un reclamo en el terreno de los DESC. A propósito del cumplimiento de los deberes del Estado en materia económica y social, o en relación con los derechos económicos y sociales, cabe la pregunta: ¿por qué el juicio debe ser realizado y la sanción impuesta por jueces, o más exactamente, por jueces con formación de abogados? Usualmente se dice que la Constitución es un contrato social. Pues bien, algunos economistas se han ocupado de los contratos y estudian las normas que deben regirlos, sus características, la información que requieren, en qué consiste su incumplimiento, cómo se deben dirimir las diferencias entre las partes que los celebran; se trata de incursiones en el terreno de los elementos del juicio.

De hecho, algo de eso existe en el panorama internacional. En el marco de las Naciones Unidas, además de una Comisión de derechos humanos, que evalúa, en general, el respeto por los derechos, existen múltiples instancias adicionales, como las que hacen seguimiento a los compromisos internacionales, suscritos en las Cumbres social, de la mujer, de la infancia, de la educación y del milenio. Aquellas instancias hacen seguimiento a los respectivos problemas desde una perspectiva multidisciplinaria. También hay que recordar que en muchos países se aplican formas de solucionar conflictos que no están confiadas a jueces abogados. Los tribunales de arbitramento, que pueden estar conformados por personas pertenecientes a muchas disciplinas, son un buen ejemplo, exitoso además, de esas formas de resolución de conflictos.

VII. La visión sistémica: el asunto fiscal, los derechos individuales y los mínimos colectivos

>>> La protección judicial está centrada en la atención de los casos concretos puestos a consideración de los juzgados y los tribunales. Formalmente es muy igualitaria, porque está en manos de cualquier persona acceder a los tribunales para hacer valer sus derechos, y tiene la ventaja de que produce un impacto específico sobre la situación concreta puesta a consideración del juez. Pero la sensibilidad por el caso ha contribuido a que no haya cobrado fuerza la necesidad de una perspectiva integral desde la cual se pueda juzgar si son o no correctos, a la luz de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, los balances y ponderaciones realizados por los Estados cuando generan programas y asignan recursos orientados a hacer efectivos los DESC.

>>> Existen preguntas sobre si la titularidad del reclamo por los derechos económicos y sociales es individual o colectiva. Al encarar las relaciones entre el derecho individual y las coberturas colectivas hay que tener en cuenta que los resultados de las políticas públicas dedicadas a proteger y garantizar los DESC deben evaluarse tanto por la igualdad de los marcos para garantizar un proceso equitativo, como por el beneficio de los resultados logrados para todos gracias a la igualdad en las normas del juego aplicadas, y especialmente para los más débiles. Este beneficio debe medirse en términos de liberación de la miseria, y de inclusión política y social. Es bien conocido que, en relación con los procesos o con sus resultados, cuando no se discrimina positivamente a favor del más débil, la protección beneficia únicamente a quienes cuentan socialmente con la posibilidad de exigir los derechos, es decir, a quienes

tienen voz para reclamarlos o disponen de alternativas para satisfacerlos. En otras palabras, beneficia a los ricos o a quienes tienen lazos sociales o políticos (clientelismo) que les facilitan el acceso preferencial a los recursos del Estado.

>>> La referencia al concepto de personalidad institucionalizada de Commons se vincula con la forma como la sociedad imagina su futuro. Se alude, al hablar de la progresividad de los DESC, al concepto de valor razonable (del mismo autor) que permite vincular las restricciones económicas con los hábitos y las costumbres de la sociedad, y permite mostrar cómo, frente a una cantidad de recursos dada, las sociedades priorizan de maneras muy diversas el reconocimiento efectivo de los DESC; y cómo, entonces, por razones que tienen que ver con la historia y las tradiciones, la gradualidad se desarrolla a velocidades muy distintas en las sociedades.

El conflicto entre la atención individual de los derechos y la ampliación de su cobertura puede plantearse en los siguientes términos: mientras más intensa sea la atención individual, más habrá que sacrificar la universalidad efectiva del respectivo derecho. La atención universal solo dejaría de sufrir daño en alguno de los dos casos hipotéticos siguientes: cuando la personalidad institucionalizada fuera de tal naturaleza que aceptara la equiproporcionalidad, caso en el que todas las personas disfrutarían de los mismos beneficios aunque no necesariamente en condiciones óptimas, o cuando la abundancia de recursos fuera tan grande que el conflicto entre lo individual y lo colectivo perdiera su razón de ser. En la vida real estas situaciones ideales no se presentan, y el conflicto es inevitable.

>>> Una tensión que hay que abordar, y que representa el punto moral de esta discusión, es la asimetría entre demandas individuales y mínimos colectivos, y la tensión que comportan, que hace que la irrealidad de los derechos se convierta en una fortuna para los elegidos que logran acceso a la tutela y a la protección de su derecho. Mientras tanto, la mayoría, entre otras cosas por causa del costo de ese derecho, no logra resolver su problema.

>>> Hay que pedirle a los jueces que, al proferir sus fallos, no tengan solo en cuenta a la persona de carne y hueso que tienen en frente, y que actúa como demandante, sino que hagan “una lectura sistémica” del impacto de la respectiva decisión sobre el conjunto de los derechos del conjunto de las personas que tienen aspiraciones, pretensiones o reivindicaciones legítimas en relación con el mismo derecho o el mismo tipo de derecho cuya protección busca el demandante. El llamado a esa lectura sistémica revela la existencia de una tensión entre distintas visiones, pero su alcance se presenta sin que se ponga en duda el propósito de hacer efectivos los DESC.

Ahora bien, si se piensa en un juez a quien le llega un caso concreto, muy dramático, de una persona que tiene un gravísimo problema en el corazón y a quien, dentro de cierto margen de probabilidad, solo se le puede salvar si se le somete a una intervención muy costosa de alta cirugía, en un hospital europeo o norteamericano. Nuestro juez se hace la siguiente consideración: si ordena a las autoridades de la seguridad social costear la intervención, dejará a varias personas, que padecen afecciones similares, sin la posibilidad de ser operadas en clínicas u hospitales nacionales que prestan servicios quirúrgicos idóneos, aunque ofrecen probabilidades de éxito menores que las del centro hospitalario extranjero. Así las cosas, el juez se inclina por no decretar la operación en el extranjero. Pero entonces, le surge una preocupación: ¿y quién garantiza que los recursos que no se van a utilizar en este caso se asignen a operar a las otras personas? Si por un momento se piensa que el mismo juez puede controlar los recursos que se niega a asignarle a la atención excesiva del derecho de una persona (para usar este calificativo en gracia de discusión). Y que gracias a esa facultad, puede obtener que tales recursos se destinen a garantizar, en términos razonables, proporcionados y sensatos, derechos similares de un amplio grupo de personas. Así, el juez dispondría de un poder sobre una suerte de caja de recursos, para la satisfacción de los derechos. ¿Pero esto es pensable, o mejor, es viable? El juez tiene razón al hacerse esa pregunta, porque no está claro que haya alguien que pueda responder por qué la lectura sistémica en beneficio de los DESC tenga el impacto deseado. Desde luego, nuestro

juez no puede responder por eso; el asunto se encuentra por fuera de los límites del caso que le ha sido sometido. Pero hay algo más de fondo. Se tiene la ilusión que los economistas proporcionen unos criterios claros, apodícticos, sobre la manera de tratar la cuestión, pero puede ser mucho pedir.

En el impacto, positivo o negativo, de las políticas económicas sobre la situación de los DESC, están involucrados factores muy complejos. Ahora, esa complejidad deja a nuestro buen juez sumido en la perplejidad. El insiste, sin embargo, en pensar en términos sistémicos, y consulta a economistas, para que lo ayuden a configurar un punto de vista sistémico en relación con los DESC, que le permita resolver el caso. Pero se encuentra con unas nubes, unos velos de complejidad, que le impiden resolverlo. Sacará la conclusión de que existe un déficit de pensamiento económico sobre problemas como el que tiene entre manos. ¿Cómo se proporciona, desde las disciplinas no jurídicas, herramientas que le permitan responder holísticamente, sistémicamente, al desafío de preservar los DESC?

>>> Lo que se acaba de decir es discutible. Los economistas están tratando de interpretar, en su propio lenguaje, de qué se trata cuando se habla de las necesidades y demandas sociales como derechos. No se están oponiendo a que sean exigibles judicialmente. Pero consideran que, para que sean exigibles, debe estar claro lo que se va a exigir. Y han hecho un esfuerzo por definir lo que es exigible, trabajando en torno al concepto de bienes meritorios¹⁶ y al establecimiento de umbrales mínimos, que se puedan universalizar efectivamente y que, al ser universales, sean exigibles al Estado.

Si se habla entonces, más bien, de un déficit de instancias que puedan resolver el problema de garantizar la protección de todos los DESC desde una perspectiva sistémica. Más concretamente, el problema de garantizarle al juez, que quiere dictar sus sentencias en función de esta perspectiva, que los recursos que él orienta mediante fallos, que tienen en cuenta los costos de oportunidad,¹⁷ se inviertan en proteger los DESC. Que alguien cuide esos recursos no gastados en prestaciones excesivas.

>>> Está bien, no hay que extremar las cosas. Por fortuna, no todo es oscuridad en estos terrenos. En un fallo reciente, en que se decretaba el aumento diferenciado de los salarios del sector público con respecto al valor de la inflación, la Corte Constitucional colombiana dijo que los recursos que se ahorraran, si se aplicaran a los criterios que la sentencia le traza al Ejecutivo, se tienen que destinar a la atención de otros DESC. Quizá fue la primera vez que la Corte razonó de manera sistémica, en el marco de un caso concreto sometido a su consideración, en función de la protección del conjunto de los DESC.

Entre las instancias que deben apropiarse de la visión sistémica, se destaca la Corte Constitucional y, como se ve, está dando pasos en la dirección correcta. Sin embargo, eso no basta. Sería conveniente especular con la posibilidad de introducir en la Constitución una cláusula referente al papel de los jueces en la tarea de hacer efectivos los DESC. De acuerdo con dicha cláusula, al dictar sentencia en los casos concretos, los jueces deberían tener en cuenta el impacto del fallo sobre la totalidad de los derechos vinculados con el caso, para la totalidad de los grupos y personas a quienes les asiste un legítimo interés en la cuestión. Se trataría de una disposición de carácter general, de esas que trazan criterios de orientación. Esta orientación es similar, para traer un ejemplo, a los artículos que suelen

¹⁶ Son bienes meritorios los bienes y servicios cuyos beneficios sociales exceden los beneficios individuales. Los bienes meritorios no son suficientemente provistos por el mercado, ya que los individuos no tienen en cuenta las externalidades positivas que surgen de su consumo. Esto lleva a que la cantidad de equilibrio de mercado sea menor que el óptimo social. Una de las razones para la provisión insuficiente es que los individuos encuentran difícil tomar decisiones racionales cuando los costos surgen hoy y los beneficios sólo se reciben en el futuro. Esto lleva a distintas formas de intervención pública para estimular el consumo creciente de los bienes meritorios. Esta traducción corresponde al vocablo inglés “merit goods”. Cepal (2000, p.2) ha preferido utilizar la expresión “bienes de valor social”.

¹⁷ El término “costo de oportunidad” introduce la noción de que elegir frente a la escasez implica un costo. Y este costo está asociado al sacrificio que implica desechar las demás alternativas. El costo de oportunidad es el valor de la alternativa u oportunidad más valorada dentro de la canasta de opciones rechazadas. Es decir, si se debe escoger entre diferentes alternativas, el valor de la mejor alternativa desechada es el costo de oportunidad.

incluirse en las leyes procesales para dejar en claro que su objetivo no se agota en el plano procesal, y que no consiste en hacer más fluidos o más elegantes los procedimientos, sino en hacer efectivos los derechos sustanciales contemplados en los códigos.

>>> La cuestión de quién es el obligado a satisfacer o hacer efectivos los DESC es complicada. Se ha planteado que es la sociedad y no el Estado quien en últimas reconoce los derechos, en un proceso dinámico y en un determinado sistema económico. Esto hay que tomarlo así, en toda su complejidad. De lo contrario se corre el riesgo de que, como ya ha ocurrido en Colombia, determinados derechos terminen siéndole reconocidos al primero que pasa por la puerta del tribunal, con el sano deseo que se proteja ese derecho, pero sobre una muy limitada comprensión del complejo proceso que ha conducido al menoscabo o a la violación del mismo, y de una inadecuada apreciación de la viabilidad o de la factibilidad de la modalidad de reconocimiento del derecho impuesta por el tribunal.

>>> Al sistema jurídico se le están pidiendo cosas contrapuestas. Hay que preguntarse si cuando un acreedor se presenta ante un juez para pedirle que inicie un proceso ejecutivo tendiente a obtener el pago de su crédito, le está permitido al juez mirar los datos sociales que forman el contexto del caso, como la existencia de un acreedor al que no le falta nada y un deudor al que le falta todo. Algunos le piden al sistema jurídico que tenga sensibilidad social y reconozca que hay escasez, y otros le exigen, al mismo tiempo, que no la tenga, porque no está permitido que el deudor presente como medio legal de defensa su pobreza o su insolvencia, sosteniendo que la escasez es una excepción legítima al cobro de deudas, frente al demandante que lo acosa para que le pague hasta el último centavo. Si el sistema jurídico se abre a los datos externos tiene que ser holísticamente. Las restricciones, relacionadas con la escasez, no solo deberían plantearse en relación con el derecho público, comenzando por el constitucional; tienen efectos en el derecho privado, el civil y el comercial, donde habría que generar mecanismos de defensa en beneficio de personas en determinadas situaciones. Al sistema jurídico se le pide, contradictoriamente, tanto que mire los datos como que no los mire.

Los contratos hay que cumplirlos. Esto vale para el derecho privado y para el derecho público. ¿Y no es la Constitución un pacto o un contrato? No es por razones socialistas que hay que cumplir la Carta, es por razones liberales, *pacta sunt servanda*.

>>> Se han hecho muchas referencias, que preocupan, al hecho de que, cuando los tribunales han reconocido goces de derechos económicos y sociales no se han quedado en el piso mínimo, sino que se han preocupado por poner a los beneficiarios de sus decisiones en un piso superior. Cuando los tribunales se exceden en la concesión de derechos, más allá de los mínimos, no están haciendo enseñanza y pedagogía en materia de derechos, como a veces lo han pretendido, sino creando privilegios y restricciones de recursos que impiden la universalidad de los demás derechos. Si se quisiera que algunas personas accedan a los derechos por encima de los mínimos, habría que crear criterios y normas específicos de los que por ahora se carece.

Es cierto que en algunos casos se le ha dado un reconocimiento judicial a un paso superior, a un estado superior al mínimo. Pero en esos eventos, lo relevante es que cuando se reconocen determinados derechos más allá del mínimo, en beneficio de unos y no de otros, los tribunales protegen el derecho a la no discriminación. Merece que se haga referencia a un caso de Costa Rica, donde está garantizado el derecho a la educación básica y, además, hay un bono para los niños que están en esa modalidad. El bono, que es algo más que el mínimo, está concedido sólo a costarricenses, a pesar de que hay muchos que no son nacionales y viven legalmente en Costa Rica. La Corte Constitucional dijo que se estaba discriminando y que se les debía dar el bono también a los extranjeros. La no discriminación es un principio que inspira todo el derecho de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y al desarrollo.

>>> La situación de los niños ha dado lugar a decisiones judiciales que revelan un enfoque especial, y esto guarda relación con la protección por vía general de los derechos de ciertos sectores,

como los niños o las mujeres. En la unidad infantil de tratamientos intensivos de un hospital de Argentina no había enfermeros, estaban solos. Entonces, la corte de la provincia obligó al gobernador a contratar tres enfermeros para cuidar a los que se encontraban en esa unidad. Al hacerlo, rompió con lo previsto sobre las plantas de personal fijadas por el Estado. Y lo hizo fundamentándose en la protección de los derechos de los niños, y no del derecho a la vida. Para la corte fue más importante la salud de los pequeños que la planta de personal fijada por la ley.

>>> En Colombia la tensión entre la atención individual y la cobertura general se presenta en esferas muy heterogéneas. Pero el debate ha aparecido con especial fuerza en los campos de la salud y la educación.

>>> En los casos vinculados al derecho a la salud, el derecho que estaba en juego no era tanto la salud sino la vida. Era tan grave la desatención de la salud, que la persona estaba en riesgo de ver afectado su derecho a la vida, y por eso se ha obligado al Estado a proporcionar algún paliativo a esa situación. Entonces, lo que se está reconociendo es un nivel mínimo de satisfacción del derecho a la salud.

>>> No hay que tenerle tanto miedo a que los jueces desequilibren los presupuestos en reconocimiento de los derechos, aunque vayan más allá de los mínimos. A veces se acude al estereotipo que la Corte Constitucional es una loca innovadora que está extendiendo sin control los derechos sociales. Eso describe mal la jurisprudencia constitucional en derechos sociales. La Corte Constitucional colombiana ha avanzado en ese campo en los márgenes de las relaciones legales, reglamentarias y contractuales. Salvo unas decisiones adoptadas al comienzo de sus actividades, en los años 1992 y 1993, en las que sí pareció actuar como una máquina autónoma de generación de derechos sociales, la Corte se ha dedicado a ejercer el papel de correctora de situaciones colocadas en los márgenes de las relaciones legales, reglamentarias y contractuales atinentes a los derechos sociales, y que han sido definidas por el legislador.

Y muchas de las correcciones introducidas por la Corte tienen que ver con valores liberales superiores, como aquellos a los que apela para resolver problemas de discriminación; éste ha sido el caso, por ejemplo, de sus decisiones sobre la extensión del plan obligatorio de salud.

Hoy en día, la Corte no emite muchas sentencias amparando el derecho a la salud con base en el texto constitucional. En relación con el derecho a la salud y la noción del mínimo vital, ha venido sosteniendo, desde 1996, que está claramente sujeta por los marcos legales, reglamentarios y contractuales. Así que la Corte, en muchos casos, no está dispuesta a atender los reclamos de derechos sociales por fuera de esas relaciones. No hay mucha jurisprudencia a través de la cual la Corte incluya gente pobre, que está por fuera del sistema de seguridad social, sin que haya un proceso previo reglamentario, contractual, de pago de cotizaciones, etc.; pero sí para que se aumenten ciertas prestaciones del POS cuando está amenazado el mínimo vital. No hay jurisprudencia para escolarizar pobres en el sistema de educación; no hay en Colombia derecho constitucional de acceso a la educación, aunque sí de permanencia sobre la base de disposiciones legales o reglamentarias que dejaron de acatarse en el caso concreto.

Los derechos sociales, como salud o trabajo, se reivindican hoy en día en Colombia a través de procesos ejecutivos.¹⁸ Muchas veces el papel de la Corte en relación con esa clase de derechos es muy limitado; se restringe a examinar contratos como los celebrados, por ejemplo, entre una entidad

¹⁸ Los procesos ejecutivos son procesos judiciales en que la actuación del juez se dirige a hacer efectivo lo previsto en un documento que “presta mérito ejecutivo”, es decir, en el que consta una obligación clara, expresa y exigible a cargo del demandado. A la vista de un título que reúna esas condiciones, el juez procede directamente a ordenar al demandado que cumpla con lo previsto en el documento. En orden a garantizar el pago, el juez puede decretar, asimismo, con base en el título, un embargo previo de bienes. Los procesos ejecutivos contrastan con los declarativos, en los que la causa debe abrirse a pruebas y concluir en una sentencia en la que se declara la existencia de la obligación —sentencia que, a su vez, puede “prestar mérito ejecutivo” en un posterior proceso ejecutivo—.

prestadora de servicios de salud y uno de sus usuarios, a comprobar si dicha entidad está cumpliendo con el contrato o con sus obligaciones de ley, y a ordenarle que las cumpla. En el fondo, la Corte no está garantizando derechos sociales, sino civiles en el sentido común de la expresión, es decir, derechos amparados por el derecho civil y, más concretamente, por el *pacta sunt servanda*. El hecho es que hay más jurisprudencia de la Corte sobre esa suerte de procesos ejecutivos laborales o de salud, que ejercicios de extensión activista de los respectivos derechos.

>>> La perspectiva de la complementariedad entre la visión económica y la jurídica en relación con los DESC es muy interesante, entendiéndose que hace referencia a una complementariedad de doble vía. El razonamiento económico debe incorporar cada vez más la lógica de los derechos al diseño de la política económica. La contrapartida sería que el razonamiento jurídico tuviera sensibilidad hacia las consecuencias, que sin adoptar un razonamiento estrictamente consecuencialista, dejara de ser indiferente a los complejos efectos que puede tener una decisión judicial en el ámbito sistémico. Que los economistas tomen en serio la restricción constitucional y los abogados la presupuestal y de recursos. El punto de encuentro entre abogados y economistas podría ser que es posible juzgar una situación económica y una política económica, desde la perspectiva del conjunto de lo que se debe lograr. Es necesario evaluar tanto los logros en crecimiento económico como en equidad e inclusión social en el desarrollo. Hay que conseguir que la economía se preocupe de eso. De lo contrario no habrá recursos para alcanzar o hacer efectivos los derechos.

>>> Las normas y el normatismo no contribuyen a la búsqueda de soluciones. Las decisiones se tienen que tomar aceptando que hay relaciones de preferencia que no son completas, ni desde la perspectiva del individuo ni desde la óptica de la sociedad. Las relaciones son completas cuando las elecciones son siempre posibles entre dos alternativas, pero en muchos casos abundan las zonas grises, y las preferencias están marcadas por numerosas dudas. Además la información es incompleta y no es posible predecir las secuencias que desencadenan las decisiones actuales. Es ingenuo pretender que las relaciones de preferencia sean completas. Amartya Sen cuestiona la “tiranía de los ordenamientos completos”. Como no se sabe todo lo que habría que saber, se debe aceptar que la racionalidad es limitada y que los conjuntos de elección son borrosos. Esto contrasta con posiciones públicas en el debate económico, que parten del supuesto de que es posible tener ordenamientos completos, y que afirman: “flexibilización o caos”, “reforma fiscal o recesión”, “ajuste fiscal o depresión económica”.

A propósito de cómo se ordena (preferencias, derechos, etc), y en el marco de la teoría de la elección, algunos autores hacen la distinción entre ordenamientos y meta-ordenamientos (ordenamientos de los ordenamientos), y entre preferencias y meta-preferencias (preferencias de las preferencias). Estas distinciones son pertinentes porque, para avanzar en las discusiones relacionadas con las dimensiones individuales y colectivas de los DESC, es indispensable introducir ciertos meta-ordenamientos y meta-preferencias que han estado ausentes de la discusión. Aunque siempre habrá problemas para lo completo, la elección puede ser más rica si se pasa de un ordenamiento a un meta-ordenamiento, o si la preferencia actual se interpreta a la luz de una meta-preferencia.

El tema de los meta-ordenamientos ha sido trabajado por Sen, el de las meta-preferencias por Buchanan. Los meta-ordenamientos de Sen se plantean en una perspectiva consecuencialista, mientras que las meta-preferencias de Brennan y Buchanan responden a una óptica más deontológica, relacionada con deberes y valores. Dados los diferentes contextos analíticos en que se mueven esos autores, la relación entre ambos tipos de categorías puede ser infructuosa. Basta con resaltar que ambos grupos reconocen que los ángulos de aprehensión de los problemas pueden ampliarse, y que ello ayuda a entender mejor la forma como se plasman y se realizan los ordenamientos. Para encarar las tensiones entre la atención individual y la cobertura de los derechos, o para proponer formas de gradualidad pertinentes, es necesario explicitar los meta-ordenamientos y las meta-preferencias.

Por ejemplo, en Colombia, durante los diez años de la vigencia de la Constitución de 1991, se ha vivido una tensión que tiene tres vértices: la Corte Constitucional; la Junta Directiva del Banco de la República y el Ministerio de Hacienda; y las autoridades responsables de políticas económicas sectoriales. De un lado, la Corte trata de definir el meta-ordenamiento constitucional. De otra parte, las autoridades macro-económicas operan con diversos meta-ordenamientos; el de la Junta Directiva del Banco suele ser más claro que el del Ministerio de Hacienda, pero ambos se pueden traslapar e incluso enfrentar, y es siempre factible que ambos riñan con los principios constitucionales. Por otra parte, se suele intentar resolver los problemas económicos sectoriales a partir de ordenamientos estrechos, que pueden no ser compatibles con los meta-ordenamientos explícitos de la Corte, ni con los de las autoridades macro-económicas. Esta confusión de niveles y la diversidad de propósitos son manifestaciones, en términos de Rawls, de una sociedad no ordenada.

Estas reflexiones pueden ilustrarse. Lo que está sucediendo con la salud¹⁹ es bastante diciente sobre la forma como los ordenamientos se pretenden autoconcebir. La reforma a la salud avanza considerablemente en el campo de la solidaridad pero, al depositar su confianza en la elección racional que el usuario hace del prestador de los servicios, ha obstaculizado el paso de la solidaridad a la equidad. No se ha podido desarrollar la potencialidad que tiene la ley al conjugar los regímenes contributivos y subsidiados, en gran parte porque los incentivos propios de la elección racional han incubado dos tendencias contraproducentes: de un lado, el afán de ganancia de los intermediarios va en contra del interés general, de otra parte, la equivocada percepción de que los servicios de salud son autocontenidos no ha permitido repensarlos desde una perspectiva más global que abarque el conjunto del sistema de la seguridad social. La lógica de los ordenamientos no supera los procesos de las aseguradoras y de las prestadoras de los servicios de salud. Para ir más allá se requiere de un meta-ordenamiento en el que la seguridad social en salud sea uno de los elementos de un conjunto más amplio, el del sistema global de la seguridad social. Los cubanos dicen, por ejemplo, que la salud es un proyecto nacional. Este tipo de expresión refleja una meta-preferencia que va más allá del sistema de salud en sí mismo. Para avanzar hacia la equidad es necesario salirse del campo de la salud y pensar en meta-preferencias, que lleven a optar por procesos redistributivos, lo que toca cuestiones tributarias localizadas por fuera de los cánones de la seguridad social en salud.

En el caso del derecho al trabajo, la regulación se presenta bajo normas y políticas de remuneración, estabilidad y seguridad social. En muchos casos se argumenta que tales normas pueden acentuar el desempleo, porque, por ejemplo, el aumento de los salarios de los ocupados o de las cotizaciones a la seguridad social desestimulan el empleo. O, en otro escenario, se pretende reducir la inflación en beneficio del conjunto de la sociedad, con el peligro de contraer la economía y aumentar el desempleo. Frente a estas y otras disyuntivas no hay soluciones acabadas y, otra vez, como en relación con la progresividad, la respuesta solo podrá darse en función del valor razonable de cada opción.

¹⁹ En particular, a raíz de la expedición de la ley 100 de 1993. El artículo 49 de la Constitución Política de Colombia alude a la salud como un servicio público y no como derecho. La ley 100 de 1993 regula y desarrolla el servicio público de la salud. El enfoque que adopta para hacerlo se basa en la identificación de un modelo de financiación y distribución de los servicios de salud, desde una perspectiva contractual y de mercado. Uno de los principales objetivos de la ley 100 consistió en cambiar el ineficiente modelo de la financiación de la oferta por el de la demanda. La ley aborda la protección de la salud de las personas como la atención a la enfermedad, y no como un derecho fundamental y progresivo.

VIII. Justiciabilidad de la política económica

>>> Otra dimensión se refiere a la justiciabilidad de la política económica, es decir, del conjunto de las decisiones del sector público sobre los recursos, los mercados y los precios.

Una política pública expresamente dirigida a la satisfacción de los DESC y a la superación de la pobreza, puede tener resultados diversos, que podrían ser cuestionables desde una perspectiva jurídica basada en que la capacidad de reclamar esos derechos es individual e irrenunciable. Esta diversidad de metas y propósitos muestra la dificultad para evaluar las políticas económicas.

En presencia de múltiples carencias, en países pobres, no es posible avanzar en hacer efectivos todos los derechos al mismo tiempo. Las metas y las opciones de una política económica y social conforman un cuadro complejo. En un país, en donde la mitad de la población es pobre, que obtienen un ingreso promedio equivalente al 45% de la línea de pobreza,²⁰ como resultado de una determinada política pública, se pueden obtener, entre muchos, dos resultados diferentes. Mediante transferencia pública de recursos a los más pobres se puede lograr que no cambie la proporción de los habitantes que siguen siendo pobres, pero que ahora dicha población recibe en promedio ingresos equivalentes a 70% de la línea de pobreza. Alternativamente, se podría tener una situación, inducida por otra política tendiente a mejorar la situación de quienes estaban cerca de la línea de pobreza, con lo que ahora solo la tercera parte de la población estaría en situación de pobreza, pero los ingresos de esas

²⁰ Cantidad de dinero necesaria para comprar un conjunto de bienes y servicios que constituyan la canasta básica mínima de un hogar.

personas serían inferiores a la mitad del ingreso equivalente al umbral. Entonces, cabe preguntarse si el avance diferenciado es enjuiciable, en situaciones en las que naturalmente se debe contar y actuar con prioridades. En toda circunstancia, aún en escenarios de círculos virtuosos, los avances en la satisfacción de los DESC son diferenciados.

Frente a la afirmación frecuente de que no es posible satisfacer los derechos en virtud de la situación económica, surge la cuestión de hasta qué punto la política económica es la responsable de dicha situación. Hay que reconocer que todas las decisiones económicas tienen consecuencias sociales: no todos los agentes económicos o los ciudadanos pueden aprovecharlas en la misma forma, y esas decisiones perjudican a algunos; toda decisión de política económica produce ganadores y perdedores, produce nuevos equilibrios y desequilibrios. Las políticas tienen consecuencias heterogéneas; muchas no son predecibles, otras son inevitables, y generalmente no existe una salida en la que no haya perdedores. Por ejemplo, la disminución de aranceles para los productos agrícolas produjo un efecto positivo de reducción de la pobreza en el país, con un escenario de mejoramiento en las zonas urbanas y de empeoramiento en las rurales. Se produjeron, pues, nuevos efectos distributivos. Si se evaluara esa política ¿qué se valoraría? ¿El resultado neto, el resultado total, o cada uno de los resultados parciales? Todas las crisis, cortas o largas, cada una de distinta manera, tienden a afectar los derechos económicos y sociales. Incluso, se pueden sufrir pérdidas irreparables, muchas con consecuencias definitivas, en nutrición, deserción escolar, salud. Es más, muchos analistas aseguran que son necesarias más restricciones y sacrificios para superar las crisis.

¿La política económica puede ser responsable, en sentido jurídico, y enjuiciable por los logros en DESC? ¿Se puede someter a un tribunal de derechos humanos la política económica de un gobierno (sus decisiones en materia cambiaria, tributaria, rediseños institucionales con impacto en el manejo económico)? En general, no se puede afirmar que determinadas decisiones económicas conducen inexorablemente a un auge o a una crisis, porque no todas las consecuencias se pueden asegurar antes de tomar las decisiones, entre otras cosas, porque los resultados no se producen en forma unívoca a partir de una o de algún grupo de decisiones. Pero la sociedad y las personas obviamente se preguntan si la aspiración a ver garantizados sus derechos no puede asegurarse, y no quieren que esté sujeta a dinámicas que se apartan de su control. Así, ¿qué debe ser objeto de enjuiciamiento: el medio (la política) o el resultado (la pobreza)? La política económica es un elemento altamente discutible, y no puede asegurarse, ni técnicamente ni en sentido jurídico, unos resultados, ni tampoco unos plazos precisos; está sujeta a muchas contingencias. La mejor política contra la pobreza es el empleo, acompañado de sistemas de protección; y el crecimiento es una condición. Pero no existen axiomas sobre el conjunto de políticas que deben adoptarse para garantizar el crecimiento. Es un asunto que entra en el debate democrático. Ninguna política económica puede asegurar resultados frente a una crisis. El ejercicio de la democracia debe conducir a que, si el resultado es negativo, cambien los medios.

>>> En Colombia no ha sido unánime el reconocimiento acerca de la legitimidad de las incursiones del tribunal constitucional en asuntos de política económica, como los niveles salariales del sector público, la financiación de la vivienda y la determinación de “estados de emergencia económica”.²¹ La insatisfacción o inquietud que hay entre sectores progresistas con ciertas decisiones de la Corte Constitucional colombiana no se debe a que ésta aplique o haga aplicar la Constitución. Se relaciona con el costo de oportunidad de los recursos públicos que se requieren para dar cumplimiento a la respectiva decisión de la Corte. Porque siempre es menester preguntarse ¿cuál es el costo de oportunidad de atender un derecho en cumplimiento, por ejemplo, de una sentencia de tutela?

²¹ De acuerdo con las facultades contenidas en el artículo 215 de la Constitución Política de Colombia y en la ley estatutaria 137 de 1997, el Presidente de la República, con la firma de todos sus ministros, podrá declarar el estado de emergencia económica cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico.

Todos los poderes públicos tienen que ser objeto de control. Pero, ¿a qué controles está sometida la Corte? Si, como se ha dicho, la Corte tiene funciones políticas, pues con mayor razón debe estar sometida a controles, pues toda instancia que ejerce esa clase de funciones debe estar sujeta ellos, si la sociedad es en verdad democrática.

Bibliografía

- Alexy, Robert (1993), “Teoría de los derechos fundamentales”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, Rodolfo (2002), “Promoción de los derechos sociales constitucionales por vía de protección judicial”, *Otras miradas de la justicia, Revista El otro derecho*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales alternativos, Nº. 28.
- Arrow, Kenneth (1997), “The Functions of Social Choice Theory”, en Arrow Kenneth., Sen Amartya., Suzumura Kotaro., London, ed. Social Choice Re-examined, vol. 1, International Economic Association, IEA, MacMillan.
- Brennan, Geoffrey. y Buchanan, James (1985), “La Razón de las Normas”, Barcelona, Biblioteca de Economía, Unión Editorial, 1987.
- CEPAL (Comisión Económica para América Latina) (2000). “Equidad, Desarrollo y Ciudadanía”, Vol. II, Agenda Social, Cepal-Alfaomega.
- Commons, John (1936), “Institutional Economics”, *American Economic Review*, vol. 26, Nº. 1, mar.
- _____ (1934), “Institutional Economics: Its Place in Political Economy”, 2 vol., Transactions Publishers, New Brunswick, 1990.
- _____ (1924), “Legal Foundations of Capitalism”, University of Wisconsin Press, Madison.
- _____ (1905), “Types of American Labor Organization - The Teamsters of Chicago”, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 19, Nº. 3, may.
- Dworkin, Ronald (1984), “Los derechos en serio”. Editorial Ariel.
- Rawls, John (1992), Fondo de Cultura Económica. México. 1995
- Sen, Amartya (1985), “Commodities and Capabilities”, New York, Oxford University Press, 1999.



Serie

OFICINA
DE LA CEPAL
EN
BOGOTÁ

CEPAL estudios y perspectivas

Números publicados

1. Determinantes de la pobreza en Colombia. Años recientes, Jairo Núñez M. y Juan Carlos Ramírez J., (LC/L.1785-P; LC/BOG/L.1), N° de venta: S.02.II.G.113 (US\$ 10.00), 2002. [www](#)
2. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales economía y democracia. Carlos Vicente de Roux y Juan Carlos Ramírez J., (LC/L.2101-P; LC/BOG/L.2), N° de venta: S.04.II.G.39 (US\$ 10.00), 2004. [www](#)
3. Diseño de un sistema de indicadores socio - ambientales para el Distrito Capital de Bogotá. Edith Guttman Sterimberg, Carlos Zorro Sánchez, Adriana Cuervo de Forero y Juan Carlos Ramírez J., (LC/L.2102-P; LC/BOG/L.3), N° de venta: S.04.II.G.40 (US\$ 10.00), 2004. [www](#)
4. Derechos económicos, sociales y culturales, política pública y justiciabilidad. Carlos Vicente de Roux y Juan Carlos Ramírez J., (L.2222-P), N° de venta: S.04.II.G.140 (US\$ 10.00), 2004. [www](#)

Algunos títulos de años anteriores se encuentran disponibles

Otras publicaciones de la CEPAL relacionadas con este número

- El lector interesado en adquirir números anteriores de esta serie puede solicitarlos dirigiendo su correspondencia a la Unidad de Distribución, CEPAL, Casilla 179-D, Santiago, Chile, Fax (562) 210 2069, correo electrónico: publications@eclac.cl.

[www](#) Disponible también en Internet: <http://www.cepal.org/> o <http://www.eclac.org>

Nombre:..... Actividad:..... Dirección:..... Código postal, ciudad, país:..... Tel.:..... Fax: E.mail:.....
