

LA CORTE CONSTITUCIONAL: USURPADORA O GARANTISTA

CLARA LÓPEZ OBREGÓN

1. Del Estado Liberal al Estado Democrático y Social de Derecho

Los fallos en materia económica proferidos por la Corte Constitucional han generado una enconada pero saludable polémica, apenas natural en el proceso de adaptación social a una nueva Constitución, orientada a transformar la forma de Estado y, con ella, la función misma del derecho en la sociedad. No deben sorprender entonces las diferencias de opinión que suscita la teoría de interpretación que viene desarrollando la Corte Constitucional, ni la sistemática resistencia al cambio frente a las costumbres, experiencias y prácticas desarrolladas durante el siglo largo de vigencia del anterior ordenamiento constitucional.

Los extremos de la polémica tienen particularidades, pero pueden caracterizarse de manera general entre quienes ven en la Corte Constitucional un ente abusivo que viene usurpando las competencias de los demás órganos del poder público y, en especial, del Legislativo, y quienes sostienen que, por el contrario, lejos de ser usurpadora, la Corte Constitucional se erige en el legítimo poder garante de la soberanía popular objetivada en el proceso de elaboración y aprobación de la Constitución de 1991, con la cual nuestro país inicia el complejo y dilatado tránsito de un Estado Liberal hacia un Estado Democrático y Social de Derecho.

Para muchos agentes y “detentadores del poder”¹, adaptar el ordenamiento constitucional a las nuevas corrientes del derecho occidental era tarea fácil. Simplemente, había que encajar el vocablo “social” entre Estado y Derecho para entrar a engrosar la lista de los Estados Constitucionales Democráticos Contemporáneos. Poco importaba cambiar de Constitución, si las relaciones de producción y el papel de la propiedad privada como función social formal permanecían intactos. Le ha correspondido a la Corte Constitucional defraudar tan ilusas expectativas.

La nueva Constitución que consagra el Estado Social de Derecho es garantista por antonomasia y no admite quedarse en la retórica de la defensa de los derechos.

¹ Lowenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*.

Reclama supremacía dentro del ordenamiento jurídico, sus normas son directamente aplicables, prioriza la materialización del derecho frente a la literalidad de la propia ley y erige a la Corte Constitucional en guardián de su integridad, que es tanto como decir de su efectividad.

Esa concepción garantista de la Constitución exige un esfuerzo de interpretación acorde con las directrices profundamente democráticas que la animan, lo cual convierte a la Corte en piedra de choque cuando tropieza con intereses constituidos bajo la protección del anterior ordenamiento constitucional. La variedad de formas y contenidos que adoptan sus sentencias moduladoras e interpretativas no corresponden a simple “exuberancia y desbordamiento tropical”² con lo cual se busca soslayar lo medular del control constitucional en toda sociedad, que debería servir para hacer del derecho un instrumento del cambio real pero pacífico.

En esta ponencia se pretende analizar las críticas de mayor calado al ejercicio que viene haciendo la Corte de sus funciones y a las propuestas de reforma institucional que las acompañan, con el propósito de descubrir las reales causas del desacuerdo planteado entre Corte Usurpadora o Corte Garantista.

2. Las críticas: Corte Usurpadora

Los críticos de la Corte Constitucional sostienen que ésta se ha arrogado en sus sentencias las competencias y funciones del Congreso, del Presidente de la República y de la Junta Directiva del Banco de la República. Al invadir la esfera de atribuciones del Congreso, la Corte legisla violando el principio de la separación de los poderes, uno de los ejes principales de la forma republicana de gobierno. Consideran que, con la creación y reconocimiento de derechos y la modulación de sus sentencias, un cuerpo reducido de jueces sin origen en elección popular, sustituye la voluntad del órgano de representación popular en la toma de decisiones de carácter político, con grave desmedro del principio democrático.

Cuando esta usurpación afecta temas económicos, agregan, reviste particular gravedad, por cuanto las actividades productivas requieren seguridad jurídica y derechos de propiedad claros para progresar. Adicionalmente, preocupa que los magistrados no sean expertos en materia económica y desconozcan el impacto real de sus fallos sobre aspectos tan sensibles de la economía como la eficiencia del aparato productivo o el desarrollo del mercado de capitales, los cuales se rigen por las leyes del mercado cuya manipulación debe ser materia exclusiva de expertos calificados y sofisticados técnicos en los temas económicos específicos.

Muchos de los fallos de la Corte, tanto de tutela como de constitucionalidad, se consideran muy costosos y generadores de una inestabilidad peligrosa en las finanzas públicas que, por conducto del déficit fiscal, alteran el normal desarrollo del mercado, la eficiencia económica, el bienestar general y la misma estabilidad política del estado. Quizás quien mejor argumenta las críticas a la Corte es el reconocido jurista Hugo Palacios Mejía, compañero de debate en este foro. Son dos los problemas centrales

² Palacios Mejía, Hugo, “En busca de un control constitucional eficiente”. En *memorias del Seminario Corte Constitucional y Economía: Una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*, BID y Universidad de los Andes, Agosto, 2000.

que identifica: 1) la posibilidad de abuso del poder por parte de la Corte que puede dejar a la economía, o a cualquier otro de los sectores de la vida social, sujetos a la arbitrariedad so pretexto de estar cumpliéndose la Constitución; y 2) la probabilidad de que muchas decisiones de la Corte, y en particular las que tienen que ver con asuntos económicos, conduzcan a que la sociedad colombiana sea “ineficiente”, es decir que se reduzca el bienestar general por efecto de las decisiones redistributivas que favorecen a determinados grupos de presión.

3. Las propuestas de los críticos

Para contrarrestar lo que ven como los abusos de la Corte Constitucional, los críticos han elaborado un amplio catálogo de reformas a su funcionamiento, orientadas a limitar su autonomía. Los más radicales incluso proponen excluir de sus atribuciones el grueso de las materias con implicaciones económicas. Entre las propuestas más sobresalientes se encuentran la modificación del sistema de selección de los Magistrados con regreso a la cooptación³ o mediante la nominación por parte del ejecutivo y confirmación del Senado con designación vitalicia⁴; el requisito de una mayoría calificada para la adopción de las sentencias de constitucionalidad⁵; el control previo de constitucionalidad de las leyes de contenido económico⁶; la eliminación del control abstracto de constitucionalidad; el regreso al control constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia⁷; el establecimiento de un cuerpo de notables para juzgar las decisiones de la Corte y sancionar a sus Magistrados con la pérdida de investidura, mediante la evaluación económica de sus sentencias con base en criterios de eficiencia utilitarista, elevando las consideraciones de costo-beneficio neoclásicas a criterio único de satisfacción del interés general y requisito indispensable para “promover la prosperidad general”.⁸

4. La otra visión: Corte Garantista

El objetivo de las propuestas que se debaten para cercenar la autonomía a la Corte Constitucional es nitido: regresar a la comodidad del pasado, acudiendo a las fórmulas ya ensayadas con éxito para la concepción restringida del derecho que caracterizó al Estado Liberal, como son la cooptación, la designación controlada y vitalicia de magistrados y la toma efectiva de decisiones por una élite ilustrada. Buscan, por vía de la reforma institucional y constitucional, si se puede, obligar a la Corte Constitucional a regresar a las fórmulas de interpretación positivista-

³ Amaya, Carlos O., “Corte Constitucional y Economía: *Una propuesta para los poderes públicos y la Sociedad Civil*”. En memorias del Seminario *Corte Constitucional y Economía: Una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*, BID y Universidad de los Andes, Agosto, 2000.

⁴ Alessina, Alberto, “Misión para la Reforma Institucional en Colombia”, Universidad de Harvard, Resumen de *El Tiempo*, 11 de febrero de 2001.

⁵ Alessina, *ibid.*

⁶ Amaya, *ibid.*

⁷ Palacios, *ibid.*

⁸ Palacios, *ibid.*

formalista del Estado Liberal que hizo crisis no solo en Colombia, sino en el mundo entero, por haber suprimido gran parte del contenido material a la legalidad y permitido la apertura de una enorme brecha entre la teoría y la praxis del derecho y de los derechos. En resumen, siguen interpretando la nueva Constitución con métodos y conceptos exegéticos y formalistas, en un esfuerzo por negar su esencia democratizadora.

Pero la Constitución de 1991 no es una Carta continuista. Donde la Constitución de 1886 exigió la incorporación del capítulo de los derechos civiles y políticos al Código Civil para que fueran aplicables, la del 91 tiene fuerza vinculante directa y exige perentoriamente la materialización y efectividad de los derechos. El tránsito conceptual de la soberanía nacional a la soberanía popular está lleno de implicaciones, entre ellas la reducción del estatus del Congreso de depositario de la soberanía a agente de la supremacía de los postulados, directrices y normatividad de la Constitución, como los demás poderes. El hecho de que la mayor parte de las normas constitucionales sean de textura abierta y a la vez directamente aplicables, exige una nueva forma de interpretación que incorpora al concepto de derecho, los principios y valores que subyacen a los derechos.⁹ Pero no unos principios o valores jerarquizados o llevados a la cúspide de la pirámide a partir de la doctrina gemela del positivismo jurídico, formulada desde las orillas utilitaristas del análisis económico de la ley, sino ponderados, como corresponde, dentro de los méritos de cada situación constitucional concreta, con pleno reconocimiento del pluralismo que anima el cuerpo y espíritu democrático de la Constitución.

5. Relaciones Corte - Congreso

Coincido con el Dr. Palacios Mejía cuando afirma que la Corte tiene facultades “políticas”, en el más alto sentido de la palabra, y facultades legislativas limitadas en la medida en que, al aceptar la necesidad del control constitucional, se está aceptando implícitamente que la “ley” no es solo lo que produce el Congreso, sino también la interpretación que de ese texto hacen los jueces.¹⁰ Pero creo que aquí termina nuestra coincidencia.

24 La Constitución, al ser “norma de normas”, cumple una nueva función dentro del ordenamiento que hace perentorio que, a través de la interpretación constitucional, la Corte desarrolle y tenga en cuenta principios y valores que no están literalmente consagrados en el texto de la Carta, con lo cual crea, o como diría Dworkin, reconoce derecho y derechos. No se trata de una invasión abusiva de la órbita del legislador, sino del ejercicio legítimo y necesario de sus facultades para salvaguardar la integridad de la Constitución.

Como es bien sabido, detrás de cada norma constitucional de textura abierta se encuentran valores y principios que no están escritos por cuanto sería materialmente imposible enumerarlos y colocarlos frente a cada realidad concreta. Si de garantizar la efectividad de la Constitución se trata, la Corte no podría limitarse al tradicional papel de legislador negativo, excluir sin más un artículo, un inciso o una palabra

⁹ Al respecto ver Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Madrid, 1989, en polémica con Hart.

¹⁰ Palacios, *ibid.*, p. 3

del ordenamiento por ser contrario a la Constitución, porque con ello estaría abdicando a su función controladora de la Carta.

El caso norteamericano es preciso para ejemplificar este argumento. La Constitución de los Estados Unidos no prevé expresamente, en ninguno de sus artículos, el control constitucional, pero la Corte Suprema de Justicia de ese país no hace cosa diferente, desde 1803¹¹, a ejercer el control de constitucionalidad sin permiso expresa del legislador, con lo cual ha logrado convertirse en árbitro eficiente de toda clase de disputas que incluyen los temas económicos más espinosos. Sus sentencias pisan callos a los poderosos que abusan de su posición dominante, al abrigo de disposiciones aprobadas por el poder legislativo y, desde luego, producen efectos económicos directos y colaterales.

6. Voluntad de Constitución

Mas allá de la letra escueta, están los objetivos estratégicos señalados por el Constituyente. Es la aspiración final o “voluntad de Constitución”¹² que hay que edificar, contando con criterios de control de constitucionalidad que le pongan techo, pero también piso, al accionar de los distintos órganos del poder. De ahí que, como señala Pérez Luño, “la hermenéutica constitucional, lejos de agotarse en la mera subsunción lógica o en la elaboración conceptual, exija la firme voluntad del intérprete dirigida a realizar de forma óptima los objetivos de la Constitución”.¹³

Es esa la razón de ser de las sentencias moduladoras, condicionadas e interpretativas que se descalifican como mero “activismo judicial”. Un ejemplo ilustrativo de la necesidad del carácter expansivo del control constitucional se encuentra en la sentencia que declaró exequible, pero de manera condicionada, la expresión “moral cristiana” que el Código Civil trae como criterio auxiliar de interpretación. Aquí cabrían varias posibilidades: excluir de plano la expresión por ser contraria al pluralismo religioso o, respetando la primacía del legislador en cuanto a producción jurídica, excluir del ordenamiento la posibilidad de interpretaciones inconstitucionales. En este tipo de sentencias la Corte asume, por así decirlo, una actitud conservadora de la voluntad del legislador y se limita a evitar, con la modulación de la sentencia, que los operadores jurídicos adopten interpretaciones contrarias a la Constitución cobijando con visos de legalidad consecuencias y estado de cosas inconstitucionales, so pretexto de estar cumpliendo la ley.

Tal vez el fenómeno que mejor ilustra el hecho de que, lejos de estar abusando de su poder con el malentendido “activismo judicial”, la Corte está cumpliendo un deber constitucional indisponible, se encuentra en el control constitucional de las omisiones del legislador que tanto alarma a quienes sostienen que ello involucra abuso de poder. En estos casos, la Corte se manifiesta dando órdenes al Congreso para que complete su tarea legislativa. No hay duda de que la Constitución, entendida en su formulación liberal, se circunscribía a ponerle escasos límites a la actividad del legislador, fundamentalmente en cuanto a los procedimientos para

¹¹ Sentencia *Marbury v. Madison*, M.P. Marshall, 1803

¹² Pérez Luño, *o.c.p.* 253, citando a Konrad Hesse

¹³ *Ibid.*, p. 254

pronunciar su voluntad, entendida como depositaria de la soberanía nacional, mas no popular, la cual se subsumía en la voluntad parlamentaria. Al respecto, no hay más que recordar que la Constitución de 1886 prohibía expresamente su reforma por conducto de la apelación al Constituyente primario. Constitución y ley, entonces, eran ambas expresión de una misma voluntad, la del legislador soberano, quien siguiendo apenas un procedimiento más exigente podía disponer de las condiciones y límites mismos del ejercicio de su función legislativa.¹⁴

7. Soberanía y Constitución

La Constituyente de 1991 modificó expresamente esa concepción formal de soberanía, le otorgó contenido sustancial al declarar la supremacía de la Constitución y, con ella, la ruptura con la ley vista como expresión de voluntad soberana. El problema de fondo es de atribución de soberanía, pues en un Estado democrático ya no se afirma la existencia de un sujeto titular de soberanía, sino que se habla de soberanía “objetivada” en la Constitución. Ni legislador, ni órgano jurisdiccional alguno pueden reclamar para sí esa soberanía. Lo que sucede es que la Constitución misma otorga la discrecionalidad sobre su interpretación a la Corte Constitucional. Valga la pena aclarar que me refiero a las acepciones débiles del término, “discrecionalidad” tal como las define Dworkin, en el sentido que “las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento”, o que algún funcionario específico “tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario”. En oposición a la acepción fuerte del término, según la cual el funcionario que toma la decisión “no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión”, en nuestro caso, por la voluntad soberana objetivada en los principios, valores, directrices y normas de la Constitución.¹⁵

Pero si la discrecionalidad así matizada, en materia de interpretación de los mandatos constitucionales reposa en la Corte, ese mismo tipo de discrecionalidad para ejercer sus propias competencias en aquellas materias que la Constitución deja a su disponibilidad, corresponde al Congreso. Cualquier intromisión sobre las materias que la Constitución deja a su disponibilidad, rompería el principio de la división de poderes y se constituiría en un abuso de poder. Aquí, sin embargo, debemos ser muy cuidadosos con el lenguaje. No se trata de discrecionalidad para ejercer su competencia de legislar sin más como se entiende desde la perspectiva del Estado Liberal de Derecho, sino de ejercerla solamente en aquellas materias que la Constitución entrega privativamente a la mediatización de la ley.

8. Los silencios inconstitucionales de la ley

Pero allí donde la Constitución ordena, el legislador pierde su discrecionalidad y su silencio se torna inconstitucional. La Constitución se infringe, entonces, cuando la

¹⁴ Villaverde Menéndez, Ignacio, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw Hill, Madrid, 1997, pp. 12-13 y siguientes.

¹⁵ Dworkin, *o.c.*, pp. 84-85

omisión del legislador o de la ley, según el caso, permite, genera o conserva situaciones jurídicas contrarias a la Constitución.¹⁶ Hasta la fecha, la Corte solamente ha admitido examinar los casos de omisión relativa y no absoluta, es decir de la omisión de la ley y no del legislador, con lo cual adopta, acertadamente en mi modesto criterio, una actitud de *judicial restraint* respetuosa de los fueros del Congreso y ajena al activismo abusivo del cual se le tacha.

La tan criticada sentencia¹⁷ que obligó el reconocimiento del ajuste salarial a los servidores públicos es un ejemplo del ejercicio del control de constitucionalidad de las omisiones de la ley que venimos analizando. En ella, se declara la exequibilidad del artículo 2º de la ley de Presupuesto para el año 2000 (Ley 547 de 1999), salvo en cuanto se omitió el deber jurídico de prever los recursos fiscales necesarios para ajustar, que no incrementar, los referidos salarios, conforme al artículo 53 de la Constitución, que dispone que los salarios deben ser móviles, y a la Ley Marco¹⁸ emanada del propio Congreso que contiene las directrices que se deben seguir para realizar dichos ajustes. De igual forma se ordena al Congreso y al Ejecutivo ejercer sus competencias para subsanar la falta cometida.

En la parte motiva de la sentencia, se hacen importantes consideraciones sobre cómo, en una economía inflacionaria, el salario no puede ser una deuda de dinero, sino una deuda de valor, como sucedía con las antiguas UPAC o con las actuales UVR, que en ese aspecto no reciben glosa alguna por parte de los críticos, a pesar de no contar con artículo expreso como el 53 para el caso de los salarios. Y es precisamente ese artículo 53 el que, pese a las limitaciones de orden fiscal y económico, al decir de la Corte, “ni el Gobierno, ni el Congreso, gozan de facultad discrecional absoluta para definir *ad libitum*, el incremento (sic, debió decir ajuste) salarial anual de los servidores públicos, porque median disposiciones constitucionales que limitan su actuación y le imponen unos criterios que son de rigurosa observancia, como son, entre otros, el reconocimiento del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, de una remuneración mínima, vital y móvil y de su necesario ajuste por inflación y el tratamiento equitativo, sin ningún tipo de discriminación.”¹⁹ Es de anotar que esta sentencia fue suscrita por 8 de los 9 magistrados²⁰, conformando una mayoría “calificada” como la propuesta por los críticos de la Corte. ¿Será que los magistrados de esa mayoría calificada²¹, de procedencia partidista diferente y concepciones ideológicas diversas coincidieron solo para abusar de sus funciones o fueron capturados por las presiones de los sindicatos del sector público o se negaron a promover el bienestar general? La argumentación de la sentencia y su adopción por una mayoría de 8 magistrados

¹⁶ Sobre este tema, ver Villaverde Menéndez, o.c., pp.35 y siguientes

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1433 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁸ Ley 4 de 1992

¹⁹ Corte Constitucional. l.c.

²⁰ La sentencia cuenta con salvamento de voto del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, en el cual acepta la jurisprudencia de la Corte referente a la inconstitucionalidad de las omisiones de la Ley, pero cuestiona que el requisito que dicha jurisprudencia exige como presupuesto para su declaratoria – que se trate de un deber jurídico impuesto directamente por la Constitución – no se da en este caso. Ver Sentencia 1433/00, Salvamento de Voto del M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²¹ Más del 98% de las sentencias de la Corte Constitucional se adoptan por unanimidad.

dan respuesta negativa a todos esos interrogantes. Lo que sucedió fue que Gobierno y Congreso desconocieron las obligaciones impuestas por la Constitución, y óigase bien, la propia ley, y le correspondió a la Corte ejercer el control de constitucionalidad sobre la doble omisión de ejecutivo y legislativo.

9. Todos los derechos cuestan

No hay duda. El costo del cumplimiento de esta sentencia fue grande, cercano a los \$800.000 millones de pesos. Sumada a la del UPAC que llevó al Congreso a ordenar la reliquidación de la cartera de vivienda hipotecaria, y al grueso número de tutelas por desconocimiento de los derechos sociales,²² el costo económico de las sentencias puede alcanzar una cifra posiblemente comparable, por ejemplo, a la del salvamento del sector financiero, que hasta la fecha asciende a más de 6 billones de pesos. La intervención estatal, ya sea ordenada por la Constitución mediante sentencia de la Corte, por el Congreso por conducto de una ley o por el Gobierno a partir de directrices administrativas, cuesta. La garantía de todos los derechos exige prestaciones económicas del Estado. Tanto los llamados derechos negativos del Estado Liberal, como la defensa de la propiedad privada para lo cual se ha edificado gran parte de la estructura penal; como los económicos y colectivos que son de la esencia de la intervención estatal ordenada por la Constitución en el campo de los salarios, del ambiente sano o de la seguridad social.

Es por ello que Stephen Holmes y Cass Sunstein afirman en su obra sobre *el costo de los derechos*, que “la libertad depende de los impuestos”²³. Lo cual nos lleva al delicado tema de las finanzas públicas en lo referente a la selección de prioridades en el gasto público, que está en el corazón de la acusación de ineficiencia con que se pretende descalificar las sentencias que ordenan acomodar, en las preferencias del gasto público, las previstas en la Constitución. El tema tiene muchas facetas, por lo que me limitaré a la discusión suscitada por lo relacionado con la eficiencia económica.

10. Sentencias ineficientes

Con innegable maestría, el Dr. Hugo Palacios elabora una interpretación novedosa del objetivo estatal de la promoción de la prosperidad general, basada en la “búsqueda de decisiones eficientes”.

A partir de la definición económica de eficiencia, señala que “puede afirmarse que una decisión es ‘ineficiente’ cuando, al final, reduce el bienestar de todas las personas relacionadas con ella”. El ejemplo que trae para ilustrar una decisión ineficiente es

²² Ver Dueñas Ruiz, Oscar, *Jurisprudencia humanista en el Constitucionalismo colombiano*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 2000. Entre 1991 y 1999 se tramitaron en Colombia 282.072 tutelas. De 259 diarias que llegaban para revisión de la Corte en 1999, se pasó a 475 en el 2000. La distribución por temas es la siguiente: Salud: 17.6%, pensiones: 27.4 y relaciones laborales: 32% para un gran total en estos rubros del 77%, sin contar las que entran por derecho de petición, que en elevado número corresponden a estos mismos conceptos.

²³ Holmes, Stephen y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights*, W.W. Norton & Company, New York, 1999.

precisamente el caso de los salarios, cuando una empresa o el propio Estado, al verse obligado a reajustarlos, toma la decisión de cerrar sus puertas o despedir trabajadores.

Las decisiones eficientes, por el contrario, elevan el bienestar de todas las personas afectadas. En el campo intermedio, el Dr. Palacios atribuye las decisiones redistributivas - aquellas que desmejoran a unos para beneficiar a otros -, exclusivamente a la gestión abusiva de intereses por parte de grupos de presión, con lo cual extiende un manto de desconfianza sobre las intervenciones estatales redistributivas en el campo de la imposición y del gasto público, necesarias para garantizar la efectividad de los derechos sociales de los débiles o la solución de las necesidades insatisfechas de la población, también fines del Estado.²⁴

La conclusión es impactante por su aparente sencillez: el mandato de promover el bienestar general “debe ser algo como aumentar el bienestar de todo el mundo, y no solo de un grupo de personas; y, sin duda, no puede ser algo que disminuya el bienestar de todos.”, es decir algo como la eficiencia.²⁵ Vista así, con abstracción de contenidos, valores y derechos individuales, es posiblemente fácil de aceptar.

El problema está en determinar qué es el interés o el bienestar general, comodín que todos, o casi todos, tendemos a identificar con el propio bienestar, y en consecuencia, poder concluir qué es lo eficiente. Aquí se adentra en el terreno procedimental. Como el ideal del consentimiento unánime no es alcanzable o muy difícil de lograr, debemos acudir a una equivalencia cercana en la participación ciudadana, cuya promoción es otra de las finalidades esenciales del Estado.²⁶ Así, mientras todos puedan participar en la adopción de decisiones y las mayorías con que se tomen sean más altas, es más probable que el resultado sea “eficiente”. Como en el caso anterior, sin profundizar, es difícil apartarse de la lógica de esta argumentación.

La Corte, al decir del Dr. Palacios, no refleja el ideal descrito. Sus procedimientos no permiten adoptar decisiones que expresen amplios consensos sociales, siendo probable, inclusive, la captura de la corporación por parte de “grupos de presión” que buscan rentas redistributivas a expensas del bienestar general y, por tanto, de la eficiencia. La solución: crear una Supra-Corte de Notables, de carácter independiente, para evaluar el grado de acercamiento a la promoción del bienestar general, léase eficiencia, de las sentencias proferidas; y disciplinar, con pérdida de investidura e inhabilidad para ocupar cargos públicos, a los magistrados que redacten y voten aquellos fallos que se aparten, en la interpretación de la Constitución, del consenso - ya no creo que calificable de social y amplio - que ese “notablato”, nombrado *ad hoc* por los demás altos tribunales, supuestamente reflejaría. Adicionalmente se supone, sin base alguna, que este cuerpo no sería susceptible de captura por intereses poderosos o grupos de presión.

Vayamos por partes. Para ello centraré la discusión alrededor de los siguientes interrogantes: 1) ¿Si será cierto que la eficiencia es la mejor medición del bienestar general? Y de manera más general, ¿será que la eficiencia puede convertirse en medición privilegiada del avance hacia un Estado Constitucional Democrático? 2) ¿Cuáles

²⁴ Ver artículo 2 y 366 de la *Constitución Política*

²⁵ Palacios. *ibid.*, p. 5

²⁶ *Constitución Política de Colombia*, artículo 2.

son las condiciones de una participación efectiva y cuál el alcance de los derechos de las mayorías? Y finalmente, 3) ¿Estamos obligados a aceptar como justos todos los resultados que arrojen las reglas de juego, incluso cuando en su contenido son manifiestamente inconstitucionales?

11. La eficiencia

La eficiencia como valor único para evaluar el bienestar general es injustificablemente vacía, y desde luego, no está exenta de convertirse en instrumento de grupos de interés aun cuando puede convertirse en fuente de ineficacia, si se prescinde de ella. Creo que en eso vale la pena escuchar a Dworkin cuando afirma que “los problemas de la jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia.”²⁷ No podemos, como se afirmó arriba, sustraernos de nuestros propios intereses en el momento de decidir y tampoco de las convicciones filosóficas o ideológicas en que los fundamentamos o justificamos. A falta de una teoría de la justicia unánimemente aceptada, en una sociedad pluralista debemos contentarnos con defender nuestra propia concepción y escuchar las de los demás para buscar, a través de una argumentación lo más transparente posible, ampliar los consensos democráticos necesarios para la convivencia pacífica fundada en la misión pacificadora del derecho de que hablaba Hobbes.

La prioridad otorgada a la eficiencia como valor fundamental para evaluar el bienestar general se enmarca dentro de una de las varias concepciones existentes de la justicia, la utilitarista desarrollada por Bentham, que ha encontrado serias críticas desde el contractualismo, por ejemplo, de John Rawls²⁸. Se resume en el concepto del mayor bienestar para el mayor número, que subyace al pensamiento económico capitalista de las burguesías triunfantes del siglo 18, y está en la base de los supuestos del modelo económico neoclásico que proporciona las herramientas analíticas a la nueva disciplina del análisis económico de la ley, como el que realiza el Dr. Palacios en su estudio.

Desde esta escuela del pensamiento económico, se somete la ley a un análisis de costo-beneficio y a conceptos de eficiencia que nos permiten llegar a ciertas conclusiones sobre las consecuencias y el supuesto valor social de arreglos institucionales alternativos. Lo que no podemos soslayar es que los valores del modelo neoclásico son supuestos y no verdades comprobadas y que, dentro de esos supuestos, se encuentra la distribución actual de la riqueza y del ingreso. Por ello, dada la actual distribución de ingresos, tal o cual decisión se puede considerar eficiente. Pero la propia teoría económica prevé que la eficiencia también puede lograrse con cualquier distribución alternativa de riqueza.

Entonces, si en gracia de discusión se aceptara la eficiencia como valor primario, tendríamos que preguntar: ¿la eficiencia en relación con qué? Las definiciones económicas del término son compatibles con el uso común de la palabra que la Real Academia define como “la facultad para lograr un efecto determinado.”²⁹ Este

²⁷ Dworkin, *ibid.*, p. 51

²⁸ Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997

²⁹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 21ª Edición, Madrid, 1992

carácter neutro de “efecto determinado” que dicha definición da a la eficiencia nos obliga, ineluctablemente, a acudir a la ponderación de principios y valores. La eficiencia sí, pero ponderada con la igualdad, la dignidad y demás normas, principios y valores que informan el ordenamiento constitucional.

12. El bienestar general

Dentro de las sentencias más atacadas como ineficientes se encuentran las relativas al sistema UPAC.³⁰ Para estimular la concesión de crédito a largo plazo para la adquisición de vivienda, se concibió la unidad de poder adquisitivo constante, con el objeto de proteger a los acreedores de la pérdida de valor de sus acreencias por razón de la inflación. Cuando la Junta Directiva del Banco de la República modificó el concepto de corrección monetaria para vincularlo con la tasa de interés, trasladó el riesgo de la política monetaria y financiera de quienes en razón de su oficio conocen las contingencias y pueden entonces asegurarse contra ellas, a los particulares, legos en la materia, que se acercaban de buena fe a suscribir los contratos de mutuo cuyas cláusulas estaban enteramente predisuestas. El aumento inusitado de la tasa de interés, producto de la política monetaria y cambiaria seguida por la Junta Directiva del Banco de la República, generó una situación perversa: los deudores terminaron debiendo valores reales muy superiores a los inicialmente recibidos.

En las previsiones de las matemáticas financieras, para los dueños del capital el nuevo sistema de cálculo de la UPAC con base en la DTF era eficiente. Con una nueva reglamentación expedida por la autoridad monetaria, por una parte recuperaban, vía de la corrección monetaria, no solamente la inflación sino también la remuneración del dinero, ya que la DTF incorpora ambos conceptos, y por la otra, con la tasa de interés pactada se aseguraban una segunda remuneración. Para las sumas y restas más primarias de la canasta familiar, el análisis costo-beneficio anunciaba la quiebra. Mientras los salarios se ajustaban a regañadientes con la inflación, los saldos de los préstamos hipotecarios y las cuotas mensuales resultantes se multiplicaban geométricamente. Eficiente para unos e ineficiente para otros, pero un solo bienestar general, lo que nos lleva al segundo tema: la conformación del consenso social mayoritario a través de la participación de todos en las decisiones que nos afectan.

31

13. Participación y mayorías

En las teorías de participación, también hay grandes disparidades de criterio. El Estado Liberal inicial se conformaba con la tesis de “un hombre, un voto”. Claro que hombre calificado, es decir, adulto, propietario y educado. Dentro de las grandes conquistas del Estado de Derecho se encuentra la ampliación de tan restringido concepto de participación para incluir a los analfabetas, a los pobres, a las mujeres y a los jóvenes. En razón de ello, se argumenta que como todos tenemos el derecho de participar en las elecciones y contribuir con nuestro voto a conformar los poderes públicos,

³⁰ Corte Constitucional, Sentencias C-393/99, C-747/99 y C-955/2000.

32

cumplido el requisito del derecho a participar en las elecciones, el consenso social a que lleguen mayoritariamente nuestros representantes refleja el interés general. Esa es la esencia de la democracia representativa. Fuimos escuchados. Si no quedamos en la mayoría, nos quedan dos caminos: reunir los recursos humanos y materiales suficientes para conformar un grupo de presión y sacar nuestro interés del anonimato de la minoría inefectiva, - interés, valga la pena anotar, descalificado de antemano por mezquino y ajeno al interés general en su calidad de minoritario - o, en ausencia de dinero y poder, esperar mejor suerte en las próximas elecciones. Con el tránsito a un Estado Democrático y Social de Derecho, se hace más exigente el contenido del derecho de participación y menos desprotegida la categoría de minoría, cuyos intereses merecen igual trato y consideración. Por ello, el catálogo de derechos que trae la Constitución, la cual ahora cobija no solo las relaciones entre el Estado y los particulares, sino también las relaciones de los particulares entre sí, son derechos frente al Estado y las mayorías; y el instrumento para su garantía es la Corte Constitucional. Mal haríamos en colocar, como lo propone el Dr. Palacios, un cuerpo imbuido del consenso mayoritario a juzgar las sentencias de la Corte Constitucional que defienden, por su misma naturaleza, los derechos de los individuos y de las minorías política y económicamente débiles. Sería tanto como invitar a quienes ostentan el poder político y económico “a ser jueces exclusivos de sus propias decisiones, a verificar si tienen el derecho de hacer lo que han decidido que quieren hacer”.³¹ Es como poner al ratón a cuidar el queso, o mejor, al gato a cuidar al ratón.

En tales circunstancias, la mayoría se tornaría tiránica y los derechos de las personas individualmente consideradas o de las minorías políticamente inefectivas serían disponibles, desechables por ineficientes, problemáticos o costosos. Ello no es compatible con el valor de la dignidad, que requiere que “todas las personas sean tratadas como moralmente equivalentes, como individuos dotados de una igual capacidad de expresar evaluaciones entre opciones relevantes”,³² que está en la base de la argumentación de la participación y que hace parte de los supuestos conceptuales de la escuela de la Escogencia Pública, liderada por James Buchanan. Principios tan caros a la civilización occidental como la presunción de inocencia o el debido proceso, quedarían a la vera del camino cuando los estudios técnicos mostraran que contribuyen a la ineficiencia en la persecución del delito en la cual estaría fincado ese concepto de bienestar general.

14. La Corte como árbitro del proceso de representación

Ante la obvia dificultad de conformar un consenso que abarque contradicciones antagónicas como la del derecho a la propiedad, que consiste en conservarla para quien la tiene y en obtenerla para quien carece de ella, nos hemos acostumbrado a acudir al procedimiento para garantizar que a título de insumo se tenga en cuenta la opinión de cada cual, así los resultados desconozcan los más elementales derechos. John Hart Ely³³ ha llevado el planteamiento procedimental un paso más allá para

³¹ Dworkin, o.c., p. 225

³² Brennan, Geoffrey y Buchanan James, *La razón de las normas*, Ediciones Folio, Barcelona, 1987.

³³ Ely, John H., *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, p. 97 y siguientes.

juzgar, a partir del resultado de la decisión, si los intereses de todos los grupos, subgrupos e individuos fueron sometidos a igual consideración y trato. La Corte, en esta construcción, aparece como el árbitro de la vigilancia del proceso de representación, con el encargo de ampliar la cobertura a todos, de los beneficios que las mayorías se otorgan para sí, y de excluir del ordenamiento toda decisión de la mayoría que discrimine o perjudique solamente a grupos minoritarios o incluso a mayorías inactivas como las mujeres. La aplicación del principio de igualdad, como lo hace la Corte colombiana, se convierte bajo este enfoque en una especie de “test” de la efectividad del proceso de representación, que cuando falla, hace partícipes a los discriminados y excluidos de los beneficios que se haya arrogado la mayoría y, a estas, de las cargas que trate de eludir. En este escenario, se solucionan en parte las deficiencias del criterio de la participación formal, al buscar incluir los intereses de todos, así sea de manera virtual, en las consideraciones que desembocan en la adopción de una decisión, aunque no hayan participado o no hayan tenido la oportunidad de hacerlo efectivamente.

15. Condiciones de la participación efectiva

Desde otra óptica, Amartya Sen cuestiona el enfoque procedimental de la participación como legitimador de las decisiones, al señalar que “las más atroces formas de desigualdad y explotación subsisten en el mundo mediante el reclutamiento de los desposeídos y explotados.” Sus investigaciones arrojan evidencia empírica que muestra el funcionamiento de una especie de síndrome de Estocolmo entre los pobres y super-explotados, consistente en la aceptación sumisa de su carga, lo cual distorsiona los procesos de participación.³⁴ Para que podamos hablar de participación real y efectiva, Sen sugiere que los partícipes deben ser real o materialmente libres, lo que denomina tener “capacidad de funcionar”. Es una concepción de la libertad entendida como derecho positivo con todas las implicaciones que de ello se derivan en materia de prestaciones estatales para las finanzas públicas y privadas. Entonces, no es suficiente que se sigan al pie de la letra los procedimientos de participación para establecer las reglas de propiedad y contratos, sino que cabe preguntarse, a partir de los resultados, si esas son las reglas correctas, con lo que regresamos al campo de la ponderación de valores, principios y normas y, muy especialmente, al dilema de la materialización de los derechos, en una sociedad pobre, con un pretendido consenso inoperante y polarizaciones insalvables.³⁵

Con estas consideraciones solamente pretendo llamar la atención sobre lo vacío que resulta legitimar determinaciones con el argumento de la participación formal. Esta debe entenderse en el sentido real, teniendo en cuenta las capacidades de las personas y su igual dignidad, que reclama igualdad de consideración y trato y, por qué no decirlo, acceso

³⁴ Sen, Amartya, *Rights and Capabilities*, en Honderich, Ted, editor: *Morality and Objectivity*, Routledge & Kegan Paul, London, 1985. pp. 130-32

³⁵ Bajo el título, “El país, en la trampa de la miseria”, *El Tiempo* publicó, en su edición del 18 de febrero de 2001, las siguientes estadísticas: el porcentaje de pobres se disparó en 1999 al preocupante 56.3%, porcentaje que representa un total de 22.7 millones de personas, de las cuales 7.4 millones viven en la miseria. El 79% de los hogares manifiesta pavor a quedar sin empleo, el 55% de las familias recortó el consumo de alimentos y vestuario y el producto interno bruto *per cápita* se redujo de US\$ 2.716 por habitante en 1997 a US\$ 1.986 en el 2000.

a la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales. La Utopía de un mundo mejor, que al decir de Sábato cumple la función de ampliar el horizonte de lo posible.

16. Conclusiones

A manera de conclusiones quiero hacer unas reflexiones finales:

1. Las sentencias de la Corte Constitucional despiertan toda clase de polémicas y críticas, debido, sobre todo, a la etapa de transición de la centenaria Constitución de 1886 a la joven de 1991. Como es apenas lógico, buena parte de la normatividad generada bajo la vigencia de la Carta anterior subsiste, anclada en el pasado, bajo otros parámetros políticos y otra concepción de Estado.
2. Algunos juristas críticos, pero muy especialmente el Dr. Hugo Palacios Mejía, en análisis juicioso, consideran que la Corte incurre en “abuso de poder”, considerándola usurpadora, porque incursiona en terrenos del poder legislativo o del Presidente de la República. La realidad es que, en la nueva forma de Estado que es el Estado Democrático y Social de Derecho, la Carta Superior se convirtió en “norma de normas” y todos los órganos del poder público están sometidas a sus dictados, que son directamente aplicables, sin mediación del legislador. Es apenas natural que cuando la Corte se pronuncia en temas tan litigiosos como la economía y la propiedad (“la manzana de la discordia”, según Madison), está pisando los terrenos movedizos y sensibles que despiertan toda clase de recelos y cuestionamientos. No hay que olvidar, como lo señala el ex-Presidente de la Corte Constitucional, Alejandro Martínez Caballero, que “existe una doble relación de libertad y subordinación. La instancia política escoge, elige el modelo, pero dentro de los parámetros que señala la Carta.”³⁶
3. Creo que estamos totalmente de acuerdo en que todos los órganos del poder público necesitan y requieren un control. Pero no se trata de que una Super-Corte controle a la Corte, pues entonces, ¿quien controlará a esa nueva instancia? Y, ¿no será, según los argumentos del Dr. Palacios, también “capturable” esta nueva instancia, padeciendo la solución de los defectos que se pretenden con ella superar? Caeríamos en un círculo vicioso y, lo que es más preocupante, se colocaría una especie de espada de Damocles sobre la Corte Constitucional, intimidando a sus magistrados para que no cuenten con la autonomía requerida en el ejercicio del control constitucional. El control debe darse, como lo anotaba Wechsler, garantizando el carácter colegiado de las decisiones judiciales y exigiendo una motivación que les impida ser objeto de los caprichos, o simple reflejo de uno u otro Magistrado. Estos son verdaderos controles, que pueden contribuir a garantizar decisiones en derecho observando, como diría John Rawls, un criterio de justicia imparcial.
4. Finalmente, las sentencias no se pueden juzgar en función de su eficiencia, con su tremenda carga subjetiva, ni sujetarse a mayorías “representativas” o al consenso unánime, ni mucho menos estar condicionadas a que no afecten a “ningún” sujeto, tratando de hacer del control constitucional una actividad indolora y neutra frente al tema de la desigualdad política, social y económica. Deben, eso sí, despertar, como lo insinuaba Montesquieu, el apoyo y la aceptación libre de los asociados.

³⁶ Citado por Dueñas Ruiz, Oscar, o.c.