

Democracia social, jueces y lucha contra la pobreza

RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA*

*De cómo hacer cosas con la Constitución y
no (des-)fallecer en el intento*

Resumen

A partir del análisis de un caso concreto fallado por la Corte Constitucional Colombiana, se plantea la necesidad de proteger, no sólo judicialmente sino también a partir de la movilización política, a quienes son golpeados por la pobreza y necesitan acciones afirmativas de las autoridades públicas.

De este modo, el autor plantea la necesidad de una reinterpretación del Derecho para poder conceptualizar el rol de los jueces cuando fallan conflictos sociales. Así, la hermenéutica constitucional debe ser vista como un proceso continuo de Derecho, política y moral, que logre una alta sensibilidad de los aplicadores jurídicos hacia la discriminación, el marginamiento y la exclusión; logrando la implementación de una fórmula (Democracia Social) que permita la realización verdadera de un Estado Social, democrático y constitucional de Derecho.

* Doctor en Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad de Kiel, Magister en Filosofía de la Universidad Nacional de Colombia (1995) y abogado de la Universidad de los Andes (1987). Ex Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional; profesor de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, Kiel (Alemania).

Abstract

Based on the analysis of a case decided by The Constitutional Court of Colombia the author underlines the need of protecting, not only judicially, but also by means of political activism, those who suffer from poverty and need positive actions of public authorities.

Taking into consideration this reality, the author explains how a reinterpretation of Law is needed to conceptualize the role of judges deciding on social conflicts. In this context the constitutional hermeneutics must be seen as a continuous process that takes into account Law, politics and morals, achieving a high degree of sensitivity in legal operators in regard to discrimination, marginalization and social exclusion; to manage the development of a formula (Social Democracy) that will allow the accomplishment of the Social Democratic Welfare State.

Palabras Clave

Democracia social, constitucionalismo crítico latinoamericano, derechos sociales fundamentales.

Key words

Social democracy, Latin-American constitutional criticism, social human rights.

Sumario

A. Introducción. B. Contenido. 1. Actitudes (de teóricos y prácticos). a) Actitud cínica desinformada. b) Actitud escéptico resignada. c) Actitud activista progresista. 2. Conceptualizaciones (de y para los jueces). a) Teoría constitucional vs. el (juez) cínico. b) Democracia social vs. el (juez) escéptico. c) Teoría constitucional pro (jueces) activistas progresistas. C. Conclusión. D. Bibliografía.

A. Introducción

Hace tres lustros empresarios colombianos en ejercicio de su derecho a la libertad de empresa se percataron de que las basuras eran un negocio rentable inexplorado. Por eso pusieron a andar empresas cuyo objeto social es el servicio público de aseo, amparados en la decisión del constituyente de 1991 de permitir la participación de particulares en la prestación de los servicios públicos con el fin de asegurar el cumplimiento de los fines sociales del Estado.

El ingreso de empresarios particulares al negocio de las basuras se hizo de manera abrupta. Los recicladores que por generaciones habían ejercido el reciclaje como forma de vida fueron desplazados del negocio y su oficio elevado a la categoría de contravención ambiental sancionada pecuniariamente. Los visionarios del aseo promovieron leyes¹ en las cuales se prohibió el acceso al bien privado de los desechos sólidos, su transporte y almacenamiento, pese a que miles de familias vivían de la actividad. El interés general del medio ambiente primó en la voluntad general expresada en la ley sobre los intereses de los recicladores de basuras. Personas cercanas al gobierno que sancionó la prohibición legal en 2008 resultaron por coincidencia ser algunos empresarios favorecidos por las licitaciones para la prestación del servicio público de aseo, incluyendo los hijos del Presidente de la República Álvaro Uribe Vélez.

Un caso en la ciudad de Cali reveló el conflicto entre nuevos empresarios y antiguos recicladores en lo atinente al lucrativo negocio de las basuras. El cierre del botadero de Navarro por el peligro ambiental que representaba para la ciudadanía en general, la posterior apertura y concesión de una licitación para la administración de la recolección, manejo y disposición de las basuras en la que fuera favorecida la empresa privada de un novel potentado, y la promesa incumplida de la Alcaldía local de ayudar a los recicladores desplazados del botadero de Navarro, desencadenaron la acción de Civicol, una fundación dedicada a modificar normas culturales y jurídicas que generan exclusión social. El juez ordinario en funciones constitucionales rechazó la tutela solicitada por los recicladores con el argumento de la inexistencia de un contrato laboral entre la empresa prestadora de basuras y los afectados. Para el juez, a la empresa de aseo no se le podía endilgar ningún tipo de responsabilidad frente a los desfavorecidos por el proceso de modernización del servicio público.

La Corte Constitucional, en decisión que hace honor a su misión de guardianía suprema de la Carta Política de 1991, revocó la decisión judicial revisada y anuló las acciones administrativas de licitación y adjudicación del manejo de basuras². A juicio de los magistrados, los recicladores no fueron debidamente incluidos en la política pública de manejo de los desechos. Entre las varias órdenes con efectos *inter pares* o *inter*

1 Ley 142 de 1994 y Ley 1259 de 2008.

2 Corte Constitucional, sentencia T-291 de 2009.

communis que no *erga omnes*, en ejercicio de la suprema autoridad de interpretación de la Constitución, la Corte estableció que en las futuras convocatorias para la recolección de basuras deberá privilegiarse “la calidad de empresarios autónomos de los recicladores” y adoptarse un criterio de puntuación en la licitación que premie la inclusión de los recicladores en la nueva empresa. De paso los sensibles magistrados – liderados por la ponente Clara Elena Reales– ordenaron la inclusión de los demandantes en programas de salud y vivienda de la Alcaldía de Cali.

Los anteriores hechos son suficientes para desarrollar una inicial reflexión con miras a un trabajo académico de más largo aliento sobre *democracia social, jueces y lucha contra la pobreza*, esto en el contexto del neoconstitucionalismo³ y el Estado Social de Derecho. A continuación me referiré (1) a las actitudes que caracterizan el tratamiento de esta temática en la teoría y la práctica constitucionales; (2) a las conceptualizaciones sociales, políticas y jurídicas que subyacen a las actuaciones de los jueces mencionados; y, (3) al papel que la sociedad civil, los jueces constitucionales y la academia podrían llegar a cumplir en el futuro en la lucha contra la pobreza por vía del Derecho.

B. Contenido

1. Actitudes (de teóricos y prácticos)

Tres actitudes académicas y profesionales son claramente discernibles frente al tema de la democracia, jueces y pobreza. A ellas las he bautizado (a) la actitud “cínica desinformada”; (b) la actitud “escéptico resignada”; y, (c) la actitud “activista progresista”, con sus dos variantes complementarias la “idealista utópica” y la “realista movilizadora”. El enfoque teórico focalizado en las actitudes o disposiciones mentales de los operadores jurídicos, en especial de jueces y formuladores de políticas públicas, se enmarca dentro de una teoría más amplia que llamo “teoría intencionalista del Derecho”⁴, la cual busca entender el Derecho no meramente como una disciplina empírica (*ius-positivismo*) o normativa (*ius-naturalismo*) sino pragmática (*ius-pragmatismo*). Que de las actitudes o disposiciones de los jueces han dependido, en buena parte, los avances y las omisiones del Estado frente a personas y grupos excluidos de los beneficios de la vida social lo demuestran, por ejemplo, sentencias constitucionales sobre los estados de cosas inconstitucionales, el mínimo existencial

3 Ver los escritos de MIGUEL CARBONELL, ROBERTO GARGARELLA, VÍCTOR ABRAMOVICH, CHRISTIAN COURTIS, GERARDO PISARELLO, FLAVIA PIOVESAN, INGO SARLET, MARÍA PAULA SAFFON, RODRIGO UPRIMNY, CÉSAR RODRÍGUEZ, NICOLÁS ESPEJO, RODOLFO VÁZQUEZ o JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO, entre otros teóricos destacados de la teoría jurídica y del constitucionalismo latinoamericano.

4 RODOLFO ARANGO, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Norma, 2008, pp. 82-114, especialmente pp. 100 y ss.

o el desplazamiento forzado. El problema que afecta a los jueces y a otros agentes estatales o privados, en particular profesores de Derecho, no sólo es de información sino de autocomprensión de su papel en un Estado Constitucional y Social de Derecho. Paso a describir las mencionadas actitudes que adoptan los académicos e intelectuales frente a la pregunta por las relaciones entre democracia, función judicial y lucha contra la pobreza.

a. Actitud cínica desinformada

La actitud cínica desinformada está bien caracterizada por el director de Planeación Nacional al inicio del gobierno Uribe cuando preguntó en una conferencia si acaso el Estado Social de Derecho no era el mismo Estado socialista. Dijo el benemérito funcionario que eminentes intelectuales le habían respondido afirmativamente su inquietud, por lo que si amáramos la libertad y la libre iniciativa tendríamos que desenhuesarnos del embeleco de lo "social" para construir un Estado de Derecho que permitiera el desarrollo económico y el concomitante bienestar social.

Ciertamente la actitud es cínica cuando un profesor de economía sostiene que el Estado Social de Derecho equivale a la Estado socialista. La afirmación no sólo denota ignorancia de la evolución de la teoría política y del Estado en el siglo XX. El desarrollo de los Estados Sociales en Europa central de la postguerra, en claro contraste con el desarrollo del socialismo real en los países del área de influencia soviética, no puede ser desconocido para quien tiene pretensiones de comprender la historia y los procesos sociales que nos afectan. De nada sirven ante la desinformación negligente las fuentes de autoridad por eminentes que sean. Interesante resulta que detrás de esta actitud bastante difundida en el profesorado en ciertos ámbitos intelectuales se esconde una influyente concepción lineal y ascendente de la historia.

Autores como Augusto Comte o Jürgen Habermas manejan una idea de la historia como un proceso que se desarrolla en una sola dirección y siempre gracias al progreso de la conciencia humana en su paso de estadios inferiores a superiores. En la teoría del Estado la concepción lineal ascendente de la historia es notoria. Según los autores que asumen tal concepción, no es posible realizar los derechos sociales de todos (lo que caracteriza a un Estado Social) sin antes haber alcanzado y consolidado el Estado liberal de Derecho, el cual nos enseñaría las ventajas de vivir sujetos al imperio de la ley y del Derecho. En esta visión lineal de la historia política la simultaneidad de los proyectos liberal y social es inconcebible o está descartada, ya que la riqueza sólo podría venir a redistribuirse una vez se consolidara una verdadera economía de mercado y un Estado garante de las libertades básicas que asegurara la prosperidad económica.

Mucho habrían ganado los liberales defensores del Estado de Derecho y detractores del Estado Social de Derecho si hubieran leído completos los escritos de su

adalid Isaiah Berlin, y no se hubieran conformado con leer su reflexión sobre la primacía de la libertad negativa sobre la libertad positiva. Decía autocríticamente Berlin en una entrevista al semanario alemán *Die Spiegel* poco antes de su muerte que se arrepentía de haber hecho tanto énfasis en sus escritos en la libertad negativa y tan poco en la libertad positiva. Sostuvo en esa oportunidad además que el éxito del liberalismo económico inglés se debió fundamentalmente a su desarrollo en una isla cuando ella alcanzó un apreciable bienestar material, pero que trasplantar la doctrina liberal a otras realidades bien diversas podía tener efectos desastrosos.

En conclusión, quienes defienden acérrimamente al Estado liberal de Derecho como estadio de desarrollo anterior a cualquier modelo de Estado diferente y al modelo económico capitalista, necesariamente verán con algo de sarcasmo y menosprecio los tímidos avances de la justicia constitucional y de los académicos que pretenden no tener que esperar a la consolidación del Leviatán hobbesiano para realizar los derechos humanos en su integridad.

b. Actitud escéptico resignada

Otro grupo de académicos no está afectado por el cinismo sino por el escepticismo hacia el Derecho y el Estado como motores de la lucha contra la pobreza. En el trasfondo de la actitud escéptico resignada están desde una concepción semireligiosa de la agencia social, hasta una convicción de que sin un cambio de la cultura ningún avance perceptible en los cambios sociales para una mayor justicia social será posible.

1) La primera variante de la actitud escéptica puede ser caracterizada como “absolutismo desencantado”. Este estado mental es propio de quien tuvo un idealismo marcado en la juventud y fue afecto al cambio y a las reivindicaciones sociales hasta el punto de admitir la necesidad de la revolución, pero para quien con el paso de los años el dulce sueño de la eliminación de la pobreza se ha convertido en pesadilla. Para el absolutista desencantado ningún avance gradual en la lucha contra la pobreza es suficiente, ninguna sentencia progresista adecuada para desmontar las crudas y duras realidades del ejercicio del poder y de la dominación. El carácter semireligioso del absolutista desencantado consiste en haber esperado el advenimiento próximo de un mundo mejor y en ser presa de desilusión y desgano ante la evidencia insignificante (para él) de cambios en la humanización de la sociedad.

2) La segunda variante de la actitud escéptico resignada se revela claramente conservadora. Para ésta el progreso social no depende de cambios en la concepción del Estado (de liberal a Social, por ejemplo) y en el ámbito institucional o normativo, sino en una transformación de la conciencia y de la cultura como precondition de cualquier cambio institucional efectivo. Esta actitud prevenida contra todo tipo de sálida innovadora de la miseria, se ve reflejada en investigaciones de corte sociológico e histórico. Los sociólogos e historiadores —en contraposición a Marx— no quieren

transformar el mundo sino describirlo. Son escépticos frente a instituciones y decisiones “revolucionarias”, por atrasar éstas la toma de conciencia sobre la situación presente y, en el mejor de los casos, por ser ellas un mero paliativo para las personas que tienen la fortuna de una decisión judicial que los favorezca mientras no opere en ellas mismas un cambio cultural en el cual el cumplimiento de las normas sea precondition primera para cualquier cambio en materia de justicia social. Su oficio es la denuncia para generar conciencia, no sacar a las personas mágicamente de la pobreza.

En conclusión, la actitud escéptica resignada, pese a la importancia de su denuncia, termina siendo profundamente conservadora y retardataria frente a las propuestas políticas progresistas. Conservadora porque precondition del cambio material es un cambio espiritual interno. Retardataria porque cualquier decisión redistributiva es percibida como “gotas de agua sobre piedras calientes”, esto es, como decisiones particulares sin la capacidad de transformar lo que antes debe ser cambiado desde “adentro”.

c. Actitud activista progresista

La actitud activista progresista en la academia y en la práctica conserva los elementos positivos de las actitudes anteriores pero busca superar sus falencias. El activista hace del cinismo un ironismo, actitud disposicional defendida enfáticamente por Richard Rorty⁵. Del escepticismo mantiene la actitud prevenida frente a las nuevas formas de enmascaramiento de la dominación: ninguna forma especial de democracia o Estado será en sí misma suficiente para lograr más justicia social. Pero en cualquier caso, el progresista no se deja convencer por los cantos de sirena del liberalismo ni del conservatismo. La actitud activista progresista hunde sus raíces en una posición idealista utópica y en una realista movilizadora.

1) La tradición utopista, desde Thomas Moro hasta Walter Benjamin, enseña que la reflexión sobre un mundo ideal posible y deseado es necesaria así sea sólo en su variante de idea regulativa para una realidad actual o como guía de ruta hacia una realidad mejor. La posibilidad de pensar cómo el estado de cosas existente podría ser diferente tiene gran importancia para la agencia social. Castoriadis llamaba a esas posibilidades los imaginarios colectivos. En el caso de Rorty, el utopismo se observa en las atractivas sugerencias de abandonar el autoritarismo en la epistemología y en la política, por ejemplo mediante el rechazo de la objetividad y su reemplazo por la solidaridad. El autor norteamericano explora las condiciones de posibilidad de una humanidad que progrese moralmente por vía de la educación de los sentimientos más que por el cultivo de la racionalidad; que supere el miedo de la lucha por la subsistencia; y que pueda desplegar así plenamente sus potencialidades.

5 RICHARD RORTY, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.

2) La actitud utópico idealista debe complementarse con una actitud realista movilizadora para realizar su objeto. Esta última está bien representada en la filosofía de Aristóteles, en especial en su filosofía práctica. A diferencia del esquematismo idealizante de Platón, la actitud científico comparativa del Estagirita conviene grandemente a la tarea de movilizar lo necesario para subvertir el orden actual. De la mano de la observación, el análisis contrastativo y la sistematización del conocimiento, viene la actitud firme hacia la acción (o *hexis*), necesaria para llevar una vida ética coherente con los ideales de florecimiento pleno de las capacidades de todos. Autores como John Dewey o Hilary Putnam han contribuido a promover y difundir esa actitud utópico idealista, medular para la construcción efectiva de mundos mejores. El experimentalismo democrático de Dewey⁶ y el impulso liberador de la crítica a la ontología en la ética y la política de Putnam⁷ o de Rorty⁸, nos ayudan a rechazar las visiones materialistas y causales de la historia y de la sociedad.

Para promover la democracia social y la realización integral de los derechos humanos para todos no basta con buenas ideas. La movilización política es igualmente indispensable. Es precisamente la apropiación y puesta en práctica de estos discursos liberadores por parte de los movimientos de derechos humanos y por la democracia que estos objetivos no se reducen a meras especulaciones elitistas. Una actitud realista movilizadora apuntala con un programa de acción política concreto lo que de otra forma quedaría escrito en el papel. El litigio estratégico en derechos sociales, promovido entre otros por organizaciones no gubernamentales como Cejil, Cels, Dejusticia o ACIJ, permiten direccionar las instituciones democráticas —incluidos los procuradores, defensores del pueblo, jueces ordinarios y tribunales constitucionales— hacia el cumplimiento de la meta de una democratización efectiva de los derechos humanos, en beneficio de toda la sociedad.

En conclusión, la actitud activista progresista pretende no ser ingenua pero tampoco reservarse a pequeños grupos de intelectuales privilegiados. Busca con todas las fuerzas e instrumentos liberar la inteligencia de todos y ponerla al servicio de la solución de los problemas sociales. Es por ello que gana precedencia y altura moral frente a las actitudes cínica y escéptica, pese a las circunstancias estructurales y globales adversas al avance de la democracia social y los derechos humanos.

Descritas algunas influyentes actitudes en la academia y la práctica frente a la relación entre política, justicia y pobreza, es tiempo de abordar algunas

6 JOHN DEWEY, *Democracia y educación*, Buenos Aires, Ed. Lozada, 1962.

7 HILARY PUTNAM, "Una reconsideración de la democracia de Dewey", en: HILARY PUTNAM, *Cómo renovar la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1994.

8 RICHARD RORTY, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.

conceptualizaciones que buscan ofrecer a los jueces elementos para estar a la altura de la misión que les cabe cumplir en el modelo de Estado y de democracia adoptado en la Constitución de 1991.

2. Conceptualizaciones (de y para los jueces)

A las anteriores actitudes frente a la democracia social, la función judicial y la lucha contra la pobreza, subyacen concepciones político jurídicas que dan pie a distintas conceptualizaciones y reconceptualizaciones. La “contra” a la actitud cínica desinformada procede de la teoría constitucional (a). El antídoto para la actitud escéptico resignada –la más difundida y socialmente dañina– viene de la teoría de la democracia social (b), con su programa de investigación y reforma política. La actitud activista progresista (c) puede ser englobada y enriquecida, por su parte, mediante una teoría de la resistencia constitucional, la cual hunde sus raíces tanto en el constitucionalismo social latinoamericano, como en el deconstructivismo creativo de corrientes políticas inconformes con el estado presente de cosas que condenan a la mayoría de la población a la pobreza.

a. Teoría constitucional vs. el (juez) cínico

La concepción teórica que más se ajusta a la actitud cínica desinformada es la del liberalismo positivista. En esta concepción no es por lo general explícita la epistemología subyacente a las decisiones jurídicas. El liberalismo positivista trabaja a partir de la distinción entre hechos y valores. Las normas positivas son tomadas como hechos (así sean normativos) que deben ser estrictamente interpretados, eliminando toda valoración que atente contra la neutralidad del juicio. Los valores son vistos como pertenecientes al ámbito de las preferencias individuales. Pretender que el juez valorara moralmente, y que sus valoraciones morales al interpretar el Derecho sean objetivas es algo que está descartado, bien sea por la primacía del principio de separación de poderes o por el principio de imparcialidad judicial. Esta comprensión política del Derecho queda anclada en la defensa liberal del Estado de Derecho y no se coloca a la altura de las exigencias de la constitucionalización del Derecho. Mientras el Estado liberal de Derecho se concentra en el control del poder público para la protección de la autonomía individual, el Estado constitucional de Derecho exige al poder público, sin sacrificar la libertad de cada cual pero sí restringiéndola, ponerse al servicio de la realización integral de los principios constitucionales, en particular de los derechos humanos comprendidos en su integridad e interdependencia (de conformidad con la Convención de Viena de 1993).

Para la concepción liberal positivista la respuesta al caso de los recicladores es previsible. La libertad de empresa y la iniciativa privada de los empresarios del aseo se ve reforzada por las normas que ordenan el saneamiento ambiental, mientras

los recicladores que trabajan con desechos se ven privados del reconocimiento de todo derecho. Su actividad ha sido previamente elevada a contravención sin que la ley ni la jurisprudencia puedan invocarse para su protección. Ésta es precisamente la conclusión a la que llegó el juez de instancia al denegar la tutela de los derechos de los afectados por la privatización del servicio de aseo. Las valoraciones adicionales sobre su precaria situación son objeto posible de juicios subjetivos y del desprendimiento de empresarios generosos y emprendedores que podrían mostrar conmiseración hacia los afectados, ya que no existe —así el juez— relación laboral alguna y tampoco obligación que haga responsable a los empresarios por la situación vital de los recicladores. Los empresarios de bien son legítimamente apoyados por un gobierno sensible a la inversión económica y a la cohesión social que resulta del modelo capitalista.

El fallo de tutela de primera instancia refleja en toda su magnitud la actitud cínica desinformada. Ciertamente la concepción liberal positivista que subyace a la interpretación constitucional del juez de tutela en primera instancia puede ser desafiada teóricamente por una reconceptualización de la epistemología propia de una concepción hermenéutico constitucional. Esta concepción desecha la separación entre hechos y valores. Toda interpretación de una norma, así se conciba como un *factum*, supone ya valoraciones que exigen ser justificadas mediante razones válidas y suficientes. La ceguera del juez, en general, no sólo obedece a la falta de actualización en el ámbito del Derecho constitucional y del rol que cumple contemporáneamente. Igualmente es notoria una actitud de desinterés e insensibilidad por la posición de desigualdad económica y material de personas y grupos sociales en situación de discriminación o marginación. Ésta es una circunstancia objetiva jurídicamente relevante en el ámbito latinoamericano, lo que explica el notorio desarrollo de una teoría constitucional crítica en nuestro medio.

A la luz de la información suministrada por la organización social de defensa de los derechos de los excluidos, se hace manifiesto cómo la interpretación correcta del orden jurídico en el caso de los recicladores exigía de los jueces reconocer que mediante la sanción administrativa de su actividad y privatización del manejo de las basuras, se configuraba un trato desigual de un sector social que ejercía legítimamente su derecho a la libertad de oficio. La ceguera moral del juez de primera instancia, revestida del manto de una aplicación neutra y objetiva de las normas pertinentes, le impedía comprender que al negar todo derecho constitucional a los recicladores en el proceso de privatización del servicio de aseo violaba él mismo la Constitución Política. Este error interpretativo fue corregido a tiempo por la Corte Constitucional mediante una interpretación holista y valorativa del marco jurídico. Según la concepción hermenéutico constitucional —al igual que la interpretación más extendida en el Brasil—, los recicladores de basuras no son desechables sino trabajadores que ejercen un oficio legítimo, el cual no puede ser impedido mediante la constitución de un monopolio sin

antes indemnizar plenamente a los individuos que en virtud de la ley deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita (artículo 336 inciso 2 de la Constitución).

Conuerdo con Dworkin y en contra del análisis económico del Derecho representado en autores como Posner o Calabresi, en el sentido de que una lectura moral de la Constitución es ineludible⁹. Los jueces, aún más si ejercen como jueces constitucionales, hacen valoraciones al momento de interpretar el Derecho positivo que aplican. Su lectura debe ser comprensiva u holista y tratar a todos los afectados con igual consideración y respeto en el diseño y el funcionamiento de las instituciones. Lo anterior vale con mayor razón en el caso de personas golpeadas por la pobreza quienes deben ser especialmente protegidas mediante acciones afirmativas por parte de las autoridades públicas.

b. Democracia social vs. el (juez) escéptico

Al igual que la teoría constitucional de la pobreza¹⁰ vino al rescate de las garras de la actitud cínicamente desinformada, la teoría de la democracia social nos abre un camino de salida de la actitud escéptica resignada. Sufrimos en el mundo de un subdesarrollo a nivel de la teoría democrática, más aún en países que han adoptado el Estado Social, democrático y constitucional de Derecho (artículo 1 de la Constitución) como fórmula política para trascender el Estado democrático liberal de Derecho. Otro factor que no ha permitido el florecimiento de la teoría de la democracia social como verdadera opción a la influyente teoría de la democracia liberal ha sido el hecho de que la política partidista se apropió y politizó (en el buen sentido de la palabra) la democracia social, hasta el punto de que los términos "social democracia" y "democracia social" se utilizan en el discurso como equivalentes.

Deseo en este punto avanzar una tesis algo arriesgada no tanto porque su afirmación no tenga sustento sino porque no cuento aquí con el espacio para desarrollarla adecuadamente. Ella reza que el déficit que presenta la teoría de la democracia social obedece a que los constitucionalistas no han sabido defender la importancia que ella tiene para la teoría constitucional, la transformación de las sociedades y la lucha contra la pobreza. La democracia social ha sido objeto de apropiación por parte de los partidos políticos, en especial la social democracia europea. Tan patente es este fenómeno que la democracia social, consustancial a la teoría del Estado Social de Derecho, es presentada en Inglaterra como parte del programa político de "la tercera vía" de laboristas como Giddens o Blair. Lo anterior, aunque totalmente lícito y bienvenido

9 RONALD DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

10 EDUARDO CIFUENTES, "El constitucionalismo de la pobreza", en *Dereito: Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 4, Nº 2, 1995, pp. 53-78.

como propuesta ideológica de lucha contra el hambre y la exclusión, no ha dejado de tener efectos negativos a nivel de la construcción de una concepción de Estado Social y de función pública de los jueces que permita abandonar el modelo de democracia liberal y su compañera la teoría positivista de la interpretación jurídica.

¿Qué entender por democracia social en este contexto? En un escueto texto de mediados de los cincuenta, Georges Burdeau distingue claramente la democracia social de la liberal. En la democracia liberal o democracia política, los derechos son concebidos como "facultades inherentes al individuo, cuyas posibilidades sólo a él corresponde explotar"¹¹. Bajo esta perspectiva, frente al Estado los derechos son inviolables. Ellos incitan más a la abstención que a la acción. Por su función protectora de la libertad, los derechos sirven de fundamento de la democracia liberal. En contraste, para la concepción social de la democracia "los derechos son exigencias"; su contenido está fijado en función de necesidades de las que los derechos no son más que su consagración jurídica. Según el entendimiento constitucional prevaleciente en buena parte del mundo en la segunda mitad del siglo XX, la democracia propia de los Estados constitucionales y democráticos de Derecho corresponde a la democracia social y no la democracia liberal.

No obstante lo anterior, en nuestros países nos hemos quedado cortos con el entendimiento y la puesta en práctica de la democracia social. No hemos acabado de sacar las consecuencias de la transformación de la democracia liberal en democracia social. Ni los dirigentes políticos, ni nosotros como ciudadanos, hemos estado a la altura del modelo de Estado Social de Derecho acogido en la Constitución de 1991. Y digo esto porque si nos hubiéramos tomado ya en serio el carácter social de nuestras instituciones, la realidad de pobreza y de radical desigualdad que reina entre nosotros no podría existir como existe hoy en día. Por su parte, las autoridades públicas, en especial los jueces, emplean todavía una hermenéutica anacrónica y contraria al paradigma de la democracia social. La población aún no termina de apropiarse las conquistas teóricas de las revoluciones sociales. Consecuencia del anterior déficit son los desiguales e insuficientes resultados de la lucha contra la pobreza.

El déficit conceptual y teórico que hay en la auto comprensión de la democracia exige analizar los alcances de la transformación de la democracia política en democracia social, así como por qué los jueces ordinarios y constitucionales sufren un atraso metodológico y práctico en su vivencia de la democracia y del rol que les corresponde cumplir bajo el Estado Social de Derecho. Los fallos de jueces constitucionales en el caso de los recicladores demuestran la brecha existente entre la epistemología liberal positivista y la hermenéutica constitucional, con la cual la Corte Constitucional orienta el rol que corresponde a los jueces en la lucha contra la pobreza. En esta tarea la

11 GEORGES BURDEAU, *La democracia. Ensayo sintético*, Caracas/Barcelona, Ed. Ariel, 1960, p. 58.

importancia de la movilización popular y de las organizaciones de la sociedad civil es crucial para acelerar el proceso de transformación y expansión de la democracia.

A continuación sólo puedo enunciar algunos de los aspectos que habría que estudiar e investigar por parte del constitucionalismo latinoamericano en los próximos años si deseamos realizar en la práctica la teoría de la democracia social, antídoto contra la actitud escéptica resignada y recelosa del pensamiento teórico como instrumento de cambio social. La adopción y el desarrollo pleno de la teoría de la democracia social exigen un análisis y una reconceptualización de la teoría democrática liberal en los siguientes aspectos generales:

1) Una teoría de la democracia social va más allá que una teoría del Estado Social de Derecho, emparentado por muchos con el modelo del Estado de bienestar. Ambas teorías son complementarias y se refuerzan mutuamente. No obstante, la teoría de la democracia social avanza en tres ámbitos adicionales: primero, ella se pregunta por los aportes positivos que la seguridad social, la justicia social y la participación social tienen sobre la democracia en cada sociedad; se abre así un importante espacio al análisis comparado. Segundo, la democracia social, además del aseguramiento social, investiga el proceso de democratización de la sociedad en general, trascendiendo el estrecho marco del sistema de seguridad social. Tercero, la democracia social proyecta la identificación entre autores y destinatarios de las decisiones políticas, del sistema político al ámbito del aseguramiento social de todos, lo que resulta determinante para la realización efectiva de los derechos humanos en su integralidad¹².

2) Quizás quien mejor ha expuesto un marco de investigación que desarrolle la teoría de la democracia social es Thomas Meyer, profesor de ciencia política de la Universidad de Dortmund. Meyer sintetiza su propuesta en ocho argumentos que guían el programa de trabajo¹³.

Primero reconoce que el concepto de libertad en las democracias modernas es bidimensional, como libertad (negativa) frente a intervenciones arbitrarias, y como libre autodeterminación (libertad positiva). La universalidad del valor de la igual libertad para todos es tomada como fundamento de los derechos fundamentales reconocidos por la democracia liberal. Esta pretensión de universalidad de los derechos propia de la democracia liberal es adoptada globalmente por los pactos internacionales de derechos humanos de 1966 que precisan igualmente los deberes ciudadanos.

Segundo, la democracia liberal entra en la práctica en una insalvable contradicción con sus pretensiones universalistas al ignorar los riesgos reales que genera sobre las estructuras sociales y que impiden sistemáticamente a grandes grupos de ciudadanos la realización efectiva de sus derechos fundamentales.

12 THOMAS MEYER, *Theorie der sozialen Demokratie*. Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, p. 26.

13 *Ibid.*, pp. 29-30.

Tercero, los riesgos estructurales que imposibilitan el goce efectivo de los derechos, riesgos que resultan de la estructura social y de la decisión política, también impiden que los afectados, mediante su iniciativa individual o grupal, puedan ayudarse a sí mismos, lo que justifica la existencia de deberes políticos de compensación.

Cuarto, correlativos a la ayuda social y económica emanada de los deberes de compensación son los derechos sociales fundamentales cuyos titulares son los ciudadanos. Los derechos sociales fundamentales son parte constitutiva de la legitimidad de la democracia moderna, esto sin menoscabo de los deberes primarios de responsabilidad personal.

Quinto, el Estado democrático de Derecho está obligado a asegurar en todos los ámbitos las condiciones sociales, económicas y culturales que posibiliten la mayor realización de los derechos fundamentales para todos.

Sexto, según las circunstancias político culturales e institucionales de cada país, debe garantizarse una combinación variable de estrategias económicas, políticas y sociales que asegure la realización de los fines sociales del Estado.

Séptimo, la democracia liberal se revela como una democracia defectuosa cuando no se alcanza un límite cualitativo mínimo necesario para la realización de los derechos sociales fundamentales para todos. La democracia social, al asegurar tales mínimos cualitativos, se convierte en condición necesaria para la legitimidad de la democracia moderna y para la estabilidad del sistema democrático.

Octavo, bajo los desafíos de la globalización los instrumentos de direccionamiento político, económico y social sufren grandes cambios y limitaciones, no así la vigencia de una teoría de la democracia social, la cual vale igualmente para todas las sociedades con independencia de su nivel de desarrollo.

Finalmente, como puente al último tema de mi exposición, quisiera referirme al papel que corresponde cumplir a los jueces en una teoría de la democracia social con miras a realizar los fines del constitucionalismo global y de la actitud del activismo progresista, afanado por combatir efectivamente la desigualdad y la pobreza. ¿Qué elementos debería aportar una teoría político constitucional para cambiar la actitud de los jueces arraigada por el liberalismo positivista?

c. Teoría constitucional pro (jueces) activistas progresistas

Roberto Gargarella y Miguel Carbonell han hecho importante defensa del activismo constitucional de los jueces para la realización efectiva de los derechos fundamentales para todos, en especial para los excluidos y marginados socialmente. Mientras Gargarella¹⁴ defiende el rol activo que los jueces deben cumplir para la garantía

14 ROBERTO GARGARELLA, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", en *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*. RODOLFO ARANGO (ed.), Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2007, pp. 377-408.

efectiva de los derechos sociales, Carbonell¹⁵ pone el énfasis en el inexorable proceso de constitucionalización del Derecho y en su direccionamiento de forma que se respete la integralidad y el goce efectivo de todos los derechos humanos, sin exclusiones. En este espacio quisiera entonces solamente reafirmar y enfatizar algunas estrategias orientadas a la consecución de tal fin.

1) En otra ocasión me he referido a la estrategia de la resistencia constitucional a políticas y decisiones públicas destinadas a asegurar los intereses de grupos privilegiados de la población mediante el ejercicio activo de acciones y procedimientos constitucionales¹⁶. El caso de la Corte Constitucional colombiana muestra variados y múltiples casos de uso exitoso de los mecanismos jurídicos con el objetivo de impedir que los circuitos del poder burocrático y del dinero, como diría Habermas, acaben por imponerse sobre el circuito de la solidaridad social. En este lugar considero oportuno llamar la atención sobre la necesidad de desarrollar toda una teoría de la resistencia constitucional que dote a jueces y operadores de mayores instrumentos que la mera fe y el compromiso de defensa de causas de los desamparados y excluidos. Se requiere una profundización en la estrategia judicial de contención al avance del capitalismo

2) Una segunda iniciativa para apoyar la actitud progresista movilizadora en el constitucionalismo del sur consiste en desarrollar investigaciones con el fin de recoger inductivamente la jurisprudencia progresista del continente y construir luego una teoría de constitucionalismo social latinoamericano, el cual haga justicia a la situación de las llamadas “sociedades no bien ordenadas”, donde la dependencia y la dominación de los intereses privados, en especial extranjeros, sea adecuadamente tenida en cuenta por los jueces en la resolución de los conflictos sociales que puedan llegar a su conocimiento.

3) Una tercera estrategia tendiente a reforzar el trabajo del movimiento activista progresista se centra en la necesidad de de-construir los discursos normales que se han instalado en las democracias modernas a partir de su fundamento abstracto de igual libertad para todos, y permitir el surgimiento de un discurso anormal, revolucionario del pensamiento que permita el progreso efectivo de la democracia social. La deconstrucción de los discursos normales desde la filosofía en autores como Derrida¹⁷

15 MIGUEL CARBONELL, *Neoconstitucionalismo*, 4ª Ed., Madrid, Trotta, 2009.

16 RODOLFO ARANGO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 71 y ss.

17 JAQUES DERRIDA, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Técnos, 1997; JAQUES DERRIDA, *Márgenes de la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1988, *La escritura y la diferencia*, Madrid, Anthropos, 1989.

o Deleuze y Guattari¹⁸, de la crítica feminista¹⁹, de la teoría social²⁰, o de la teoría constitucional e internacional,²¹ sirven de fuente de inspiración al constitucionalismo crítico latinoamericano.

C. Conclusión

Hemos dado un largo rodeo para llegar de nuevo al principio, o sea, la resolución del caso del conflicto entre libertad de empresa e inclusión social de los marginados. La descripción de las actitudes presentes en el discurso y la práctica constitucionales nos ha permitido revelar el origen conceptual de las diferentes respuestas al conflicto. Mientras que actitudes refractarias al papel dinamizador del Derecho constitucional como medio de transformación social hacia una sociedad mejor rechazan el reconocimiento de derechos fundamentales a los recicladores por ser democrática la decisión de regularizar la prestación del servicio por empresas privadas, para el caso de las actitudes progresistas y movilizadoras tal solución resulta inadmisibles. En uno y otro caso, la respuesta frente a la relación que debe existir entre democracia social, activismo constitucional y lucha contra la pobreza, es divergente según se adopte el paradigma de la democracia liberal o el de la democracia social.

Analizadas las conceptualizaciones que se encuentran a la base de cada una de las tres actitudes (cínica desinformada, escéptica resignada y activista progresista), encontramos que la reconceptualización del rol de los jueces en el paso de la democracia liberal a la social exige variados cambios, en particular en la teoría de la interpretación liberal positivista. La hermenéutica característica de la sentencia del juez de primera instancia es “discreta²² y compartimentalizada”, con cero sensibilidad constitucional, propia de una interpretación literalista, sinónima de la escuela de análisis económico del Derecho en su variante eficientista²³ o de la escuela analítico logicista²⁴,

18 GILLES DELEUZE y FÉLIX GUATTARI, *El antiedipo: capitalismo y esquizofrenia*, Buenos Aires, Paidós, 1985.

19 Por ejemplo JUDITH BUTLER, *Contingencia, hegemonía, universalidad*, escrito con ERNESTO LACLAU y SLAVOJ ŽIŽEK, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

20 Por ejemplo, NIKLAS LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, México, Herder, 2006. GUNTHER TEUBNER/ CHRISTIAN JOERGES/INGER-JOHANNE SAND (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publ., 2004.

21 Por ejemplo, JÜRGEN HABERMAS, “¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?”, en JÜRGEN HABERMAS, *El occidente escindido*, Madrid, Trotta, 2006. MARCELO NEVES, *Transconstitucionalismo*, Sao Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

22 RODOLFO ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis/Universidad Nacional de Colombia, 1995, pp. 125-126 (nota 37).

23 RICHARD POSNER, *Análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

24 RICARDO GUASTINI, “Derechos”. Una contribución analítica”, en RICARDO GUASTINI, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007.

aséptica respecto de la formulación de valoraciones morales en la interpretación constitucional.

Nuestra invitación es a renovar la hermenéutica constitucional, de forma que ésta se entienda como un proceso continuo y holista entre Derecho, política y moral²⁵, con alta sensibilidad hacia la discriminación, el marginamiento y la exclusión. También es a construir una verdadera democracia social como corolario necesario de la fórmula de Estado Social, democrático y constitucional de Derecho, adoptado en los países donde ha arraigado el constitucionalismo latinoamericano. Ambas invitaciones implican un compromiso ético y un promisorio campo de investigación académica que llama a la movilización física y mental para continuar, más efectivamente, la lucha contra la pobreza y la exclusión.

Bibliografía

ARANGO, RODOLFO, *Derechos humanos como límite a la democracia. Análisis de la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Ed. Norma, 2008.

ARANGO, RODOLFO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

ARANGO, RODOLFO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis/ Universidad Nacional de Colombia, 1995.

BURDEAU, GEORGES, *La democracia. Ensayo sintético*, Caracas/Barcelona, Ed. Ariel, 1960.

BUTLER, JUDITH/LACLAU, ERNESTO/ŽIŽEK, SLAVOJ, *Contingencia, hegemonía, universalidad*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003.

CARBONELL, MIGUEL, *Neoconstitucionalismo*, 4ª Ed., Madrid, Trotta, 2009.

CIFUENTES, EDUARDO, "El constitucionalismo de la pobreza", en *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, Vol. 4, Nº 2, 1995, pp. 53-78.

DERRIDA, JAQUES, *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Técnos, 1997.

DERRIDA, JAQUES, *Márgenes de la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1988.

25 RONALD DWORKIN, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1997.

DEWEY, JOHN, *Democracia y educación*, Buenos Aires, Ed. Lozada, 1962.

DWORKIN, RONALD, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1997.

DWORKIN, RONALD, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

GARGARELLA, ROBERTO, "¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?", en *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, RODOLFO ARANGO (ED.), Bogotá, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, 2007, pp. 377-408.

GILLES DELEUZE Y FÉLIX GUATTARI, *El antiedipo: capitalismo y esquizofrenia*, Buenos Aires, Paidós, 1985.

GUASTINI, RICARDO, "'Derechos'. Una contribución analítica", en GUASTINI, RICARDO, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2007.

JÜRGEN, HABERMAS, "¿Tiene todavía alguna posibilidad la constitucionalización del derecho internacional?", en JÜRGEN, HABERMAS, *El occidente escindido*, Madrid, Trotta, 2006.

LUHMANN, NIKLAS, *El derecho de la sociedad*, México, Herder, 2006.

MEYER, THOMAS, *Theorie der sozialen Demokratie*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2005, p. 26.

NEVES, MARCELO, *Transconstitucionalismo*, Sao Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2009.

POSNER, RICHARD, *Análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

PUTNAM, HILARY, "Una reconsideración de la democracia de Dewey", en HILARY, PUTNAM, *Cómo renovar la filosofía*, Madrid, Cátedra, 1994.

RORTY, RICHARD, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Barcelona, Paidós, 1991.

RORTY, RICHARD, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Barcelona, Ariel, 2000.

TEUBNER, GUNTHER / JOERGES, CHRISTIAN / SAND, INGER-JOHANNE (EDS.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford, Hart Publ., 2004.