

# La importancia del dimensionamiento económico de las decisiones judiciales<sup>1</sup>

El presente documento recoge las reflexiones abordadas en la mesa de expertos *La importancia del dimensionamiento económico de las decisiones judiciales*, convocada por el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Fundación Konrad Adenauer el 12 de abril de 2018. Dicha mesa se inscribe en el marco del proyecto *Calidad institucional: Fundamento del desarrollo económico y el progreso social*, cuyo objetivo principal es contribuir, mediante la deliberación pública y el diálogo intersectorial, al análisis de los desafíos que enfrenta Colombia en materia de calidad institucional, y que pueden afectar el desarrollo económico y las perspectivas de progreso social.

## El creciente activismo judicial en Colombia

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 se observa en Colombia un significativo incremento de lo que en la literatura especializada se conoce como “activismo judicial”. Este activismo judicial ha sido impulsado por el auge de algunas interpretaciones sobre el derecho (el “nuevo derecho”) y sobre el papel de los jueces —en particular, de los jueces constitucionales— en la materialización y efectiva garantía de los derechos y libertades. En especial esta garantía se predica sobre los derechos de segunda generación (derechos económicos, sociales y culturales) y de los de tercera generación (derechos colectivos y del ambiente). Estos derechos, de contenido prestacional y carácter programático (al menos en principio), han devenido exigibles en sede judicial a través del uso extendido de los distintos mecanismos de amparo de los derechos fundamentales, con arreglo a

critérios como el de “conexidad” —en cuya virtud un derecho no fundamental es susceptible de tutela constitucional por su vínculo con uno que sí tenga ese carácter.

Todo lo anterior implica el ensanchamiento del campo de intervención de jueces y tribunales en los asuntos públicos. Este ensanchamiento muchas veces puede conducir al desbordamiento de las competencias propias de la rama jurisdiccional, que acaba invadiendo la órbita de las otras ramas del Poder Público, cuyas funciones de alguna manera reemplaza o subroga<sup>2</sup>. En consecuencia, los jueces empiezan a definir políticas públicas, e incluso a establecer nuevas normas y reglas que de ordinario serían del fuero del Legislativo, y sustraen del debate político la discusión de diversos asuntos al desplazarlos del mundo de la política al mundo —mucho más inflexible— de lo jurídico, por vía de sus providencias, algunas de ellas revestidas con un valor normativo superior (por ejemplo, las sentencias

de control de constitucionalidad). Esto pone en riesgo principios elementales del Estado liberal y democrático de derecho, introduce una nueva fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica y económica, y afecta la adecuada gestión de los recursos públicos pues no pocas veces los jueces acaban actuando como ordenadores del gasto al imponer en sus fallos determinadas prestaciones a cargo del Estado. No obstante, el activismo judicial suele ser visto con buenos ojos (e incluso patrocinado) por importantes sectores de la academia, y se ha convertido además en instrumento recurrente dentro del repertorio de diversas organizaciones y grupos de interés.

La creciente constitucionalización del derecho y la extensión del poder del juez constitucional<sup>3</sup>, así como la prevalencia —al interior de la judicatura— de criterios deontologistas<sup>4</sup> para orientar la toma de decisiones (por oposición a cri-

1. Andrés Molano Rojas, Director Académico; Juan Guillermo Moncada Solórzano, Investigador Asistente y Alejandro Barrera López, Investigador Asistente - Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga.

2. Jairo Andrés Castaño Peña, “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Derecho del Estado, Nueva Serie* 31 (diciembre 2013): 119-160.

3. Javier Franco y Pablo Medrano, “Tribunales constitucionales y políticas económicas. Caso colombiano”, *Prolegómenos* 13(26) (diciembre 2010): 201-013.

4. El deontologismo o principialismo es una escuela que privilegia los principios legales y constitucionales a la hora de la toma de decisiones en defensa del concepto de “plenitud hermética del ordenamiento jurídico”.

terios consecuencialistas<sup>5</sup>), han allanado el camino para el activismo judicial. Este, por otro lado, está íntimamente relacionado con la expansión y abuso retórico del “lenguaje de los derechos”, empleado para justificar, de modo absoluto y sin necesidad de otras consideraciones, los pronunciamientos judiciales. Esa justificación —no siempre jurídica y sí muchas veces política— permite a los jueces tomar decisiones sin tener en cuenta el efecto que éstas tienen en la integridad institucional y en la asignación de los recursos, y por lo tanto, de forma algo paradójica, en la satisfacción de otros derechos para el conjunto de la sociedad. Lo anterior se ve agravado por el efecto que tienen estas providencias también en la propia legitimidad y credibilidad del Estado, cuandoquiera que imponen obligaciones que no se compadecen con las capacidades disponibles y ponen a las instituciones en situación de incumplimiento frente a la ciudadanía.

## **El impacto económico de las decisiones judiciales: algunos casos representativos**

En Colombia el activismo judicial ha venido operando mediante el uso de distintos mecanismos (la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, entre otras). Sin duda, su centro de gravedad ha estado en la Corte Constitucional y en su jurisprudencia, por medio de la cual este tribunal se ha pronunciado sobre asuntos como extensiones pensionales, regímenes de vivienda y arriendo, subsidios y prestación de servicios públicos.

5. El consecuencialismo es una escuela que incorpora el análisis de los efectos políticos, sociales y económicos de las decisiones judiciales como parte del proceso de argumentación de las mismas.

A juicio de algunos analistas, estas decisiones han resultado en el establecimiento de erogaciones permanentes<sup>6</sup> con cargo a los presupuestos públicos, que amenazan la estabilidad fiscal e, incluso, tienen efectos socialmente regresivos<sup>7</sup>. El crecimiento del gasto público por esta vía incide, tarde o temprano, en la carga tributaria que deben soportar las personas jurídicas y naturales, y afecta por tanto la competitividad del conjunto de la economía. Por otro lado, en algunos casos, la introducción de nuevas reglas de juego o la alteración de las existentes, aumenta los costos de transacción para la ejecución de distintas actividades o las lleva a su parálisis, con graves consecuencias para el desarrollo de la economía y, una vez más, para los recursos públicos, cuando de ello puedan seguirse procesos de responsabilidad como consecuencia de los cuales el Estado debe indemnizar a los particulares.

En lo que toca con el aprovechamiento de los recursos naturales, la Corte ha tomado varias decisiones que, basadas en la consideración de los derechos de las comunidades y la preservación del medio ambiente, terminaron por vetar, en la práctica, actividades como la minería y la explotación de petróleo, ahuyentando tanto la inversión nacional como extranjera. Esta jurisprudencia ha enrarecido el clima de negocios al provocar inseguridad jurídica para los empresarios, y suscita interrogantes de fondo sobre el modelo económico vigente en Colom-

6. Así ocurre, especialmente, cuando las providencias judiciales establecen criterios de entrada a determinadas prestaciones pero no criterios de salida.

7. Sergio Clavijo, *Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: El caso de la “Mesada Pensional 14” y de las Regulaciones en Vivienda*. (Colombia: Banco de la República, 2004), 1.

bia<sup>8</sup>. Además, muchos de estos fallos no están sustentados en investigaciones científicas concluyentes o, incluso, son emitidos sin cumplir los requisitos que la misma Corte ha establecido, como es el caso de la tutela que ordena a Cerro Matoso pagar una indemnización de 400 millones de dólares (cifra muy superior a los ingresos anuales de la empresa, y mayor también que el presupuesto del departamento de Córdoba) a poblaciones indígenas por daños a su salud con respecto a los cuales Medicina Legal señaló que es “altamente probable” que tengan relación con la actividad de la mina, pero sin que hayan sido descartadas otras causas igualmente probables como la utilización doméstica de la leña, práctica ampliamente extendida dentro de las comunidades<sup>9</sup>.

En lo que respecta al sector salud, es ya proverbial la forma en que la acción de tutela se convirtió en una excusa para el abuso del sistema por parte de algunos usuarios, que demandan por ese medio bienes y servicios más allá de toda razonabilidad y por fuera de los fines para los cuales el amparo fue concebido (la protección efectiva de los derechos fundamentales). A tal punto ha llegado esta práctica que se han exigido —y en algunos casos, concedido— por vía de tutela cosas tan insólitas como la atención médica a animales de compañía, muñecas inflables con su respectivo repuesto para la consolación de pacientes adictos al sexo o el cambio de una montura para

8. Ver: Semana “La Corte Constitucional versus los empresarios”, *Semana*, octubre 2016. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/fallos-del-la-corte-constitucional-impactan-el-desarrollo-economico-en-las-regiones/499115>

9. Ver: Juan Esteban Lewin, “Con una tutela de US 400 millones, la Corte se juega su poder”, *La Silla Vacía*, abril 2018. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/fallos-del-la-corte-constitucional-impactan-el-desarrollo-economico-en-las-regiones/499115>

lentes de una marca específica aduciendo “favorabilidad ergonómica”<sup>10</sup>. A las excesivas demandas por parte de los usuarios se suman las decisiones judiciales que ordenan la prescripción y provisión de medicamentos y tratamientos de los que sencillamente no se dispone en Colombia, o que por su naturaleza y complejidad tienen un costo exorbitante, de tal suerte que la satisfacción por vía judicial de estos requerimientos individuales, al acumularse, resulta tan onerosa que de hecho tiene un peso específico en la crisis que actualmente atraviesa el sistema de salud. Este intenso activismo judicial en materia de salud ha sido potenciado por los vacíos normativos y la deficiente acción regulatoria del Estado; y se ha visto agravado por el hecho de que los jueces, careciendo de la experiencia necesaria —la cual va mucho más allá del conocimiento jurídico que les es exigible— no siempre disponen de las herramientas para valorar y ponderar científicamente los argumentos y el acervo probatorio, por lo cual acaban fallando —también en este terreno— con base en principios abstractos y no en evidencias concretas.

Problemas similares se encuentran en materia de tierras y derecho agrario, e incluso en el derecho tributario. En to-

dos estos casos queda en evidencia la profundidad y gravedad de la problemática que surge de la combinación de activismo judicial y de ignorar el impacto económico de las decisiones judiciales. La adopción de correctivos puede resultar impopular, y supondrá sin duda complejas negociaciones y compromisos políticos. Pero constituye una tarea urgente de la cual depende no solo la estabilidad fiscal, la sostenibilidad del sistema de seguridad social, o la competitividad del país, sino la integridad y la funcionalidad de las instituciones y la capacidad del Estado para atender a cabalidad sus fines constitucionales.

### **Algunos ajustes institucionales pertinentes**

- Buena parte del activismo judicial se desarrolla contra el telón de fondo de los vacíos regulatorios, que el juez acaba llenando ante el silencio, la falta de técnica jurídica o la franca negligencia del Legislador o del Ejecutivo. Mejores marcos normativos contribuirían a acotar el margen de decisión en el que operan los jueces, y quitarían fuerza a buena parte de los argumentos con que justifican la invasión, por parte suya, de órbitas y com-

petencias que no les corresponden.

- Deben delimitarse y racionalizarse instrumentos como la acción de tutela y las acciones populares, entre otros, para evitar su uso desbordado. Al mismo tiempo, deben establecerse reglas claras sobre los criterios de decisión, sobre los alcances y el valor de la jurisprudencia y las condiciones para su variación, con el fin de darle más estabilidad y congruencia al sistema de fuentes del derecho.
- Deben perfeccionarse las reglas y procedimientos existentes en materia de pruebas y en cuanto al derecho de contradicción de las mismas, con el fin de que los operadores judiciales puedan tomar decisiones basadas en evidencia (técnico-científica) y se reduzca el recurso a los principios abstractos como fundamento de las mismas.
- Debe fomentarse, desde el proceso mismo de formación de abogados y jueces, el uso de herramientas que permitan anticipar y ponderar el impacto económico de las decisiones jurídicas, y balancear criterios axiológicos y teleológicos (dogmáticos) con consideraciones técnicas sobre el costo/eficiencia de las mismas.



10. Ver: El Espectador, “El ranking de las tutelas más insólitas en Colombia”, *El Espectador*, octubre 2017. Disponible en: <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-ranking-de-las-tutelas-mas-insolitas-en-colombia-articulo-717851>