

LÓPEZ STERUP, Henrik, *Protección judicial de los derechos sociales. El diálogo entre teoría y praxis*, México, Tirant lo Blanch, 2018, 488 pp.

Protección judicial de los derechos sociales. *El diálogo entre teoría y praxis*. Este título sintetiza el contenido y el alcance del libro escrito por Henrik López Sterup, publicado recientemente. El texto no es un estudio interno de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la salud, ni la historia del itinerario que ha recorrido para sortear las objeciones al hecho de haber asumido la protección directa de los derechos económicos, sociales y culturales, como lo aclara el autor. Tampoco pretende abordar –añade–, en un solo texto, preguntas teóricas y filosóficas, pendientes, sobre el papel de los jueces frente a estos derechos, aunque yo pienso que sí los problematiza.

¿Si no es esto, entonces de qué se trata? Se trata de atribuirle a la filosofía del derecho la función de gestar diálogos entre la práctica y la teoría sobre asuntos que seguirán siendo polémicos e irritantes: no solo que los jueces protejan los derechos de contenido prestacional para garantizar su goce efectivo, sino que acometan esa travesía con una serie de posturas jurídicas, políticas y económicas que estancan o movilizan las relaciones entre las nociones de justicia, democracia, legitimidad, validez, eficacia y control de constitucionalidad sobre los poderes legislativo y ejecutivo. Su investigación, dice Henrik, “(...) busca estudiar dificultades prácticas y considerar las soluciones teóricas aportadas [para estos problemas], así como identificar deficiencias teóricas y examinarlas ante las respuestas dadas desde la práctica.” Su investigación, pienso yo, también es una travesía o, varias, porque para gestar diálogos hay que ir y volver, las veces que sean necesarias, dejándose renovar por cada vuelta.

La estructura del libro, compuesta por tres capítulos, refleja esas idas y regresos. Cada capítulo es un itinerario completo; sin embargo, termina provocando los otros. El primero, ocurre

a partir de interrogar las teorías de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli con una cuestión: “¿[L]os jueces pueden proteger directamente derechos de contenido prestacional?”. Y transcurre sobre aquellas tesis sostenidas por cada uno de ellos a lo largo de sus obras, y que López escogió para ensamblar las respuestas que darían a la pregunta propuesta. El capítulo es una apuesta de síntesis teórica que se abre para el deleite de tirios y troyanos, en torno a tres aspectos polémicos de los que López es consciente: ahí encontrarán sus razones. El primero, haber escogido autores, y esos autores, en vez de haber optado por escuelas o corrientes del derecho para armar el marco teórico. El segundo, haber escogido el método descriptivo para sintetizarlos de la manera más fiel posible. El tercero, los resultados de la síntesis; es decir, porqué uno y otro, *absolutamente consistentes con sus tesis*, dice Henrik, responderían de forma contraria: Alexy diría que los jueces sí pueden proteger directamente derechos de contenido prestacional, mientras que Ferrajoli diría que no.

Sin embargo, el viaje no tiene que terminar acá; continúa, porque más adelante, en el capítulo tres, los legados de ambos autores están citados a confrontarse con los resultados del capítulo dos, dedicado al análisis de la práctica de la Corte Constitucional colombiana sobre la protección judicial del derecho a la salud, y el contexto en que ella ocurre. ¿Cómo es que el capítulo primero provoca estos otros itinerarios? La estrategia es la siguiente: sostener que, aunque las respuestas de Alexy y Ferrajoli sean consistentes con sus propias tesis, esta consistencia es interna y, por eso, no alcanza para explicar el creciente fenómeno de protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), ni las características de las sociedades en las que, muchas veces, ese fenómeno está produciéndose; esto es, en *sociedades poco o mal organizadas*.

Ahora bien, para exponerlos al diálogo con una práctica creciente y *situada*, o en contexto, los provoca de dos maneras. Por un lado, figurando el probable ocaso del paradigma de la democracia liberal y sus relaciones con el mercado, “donde la mayor

ganancia histórica no sea la igualdad en la ley y un igual derecho a la supervivencia, sino cómo enfrentar la *exclusión social*".¹ Por el otro, parándolos frente al espejo que refleja la idea de derecho que anima sus tesis y respuestas, así como los contextos en que las produjeron; esto es, en *sociedades bien organizadas*, "donde la función judicial está dirigida, principalmente, a corregir los excesos parlamentarios" o intrusiones ilegítimas en la esfera de los derechos fundamentales. ¿Tendrían estas teorías explicaciones y soluciones para la práctica en *sociedades poco o mal organizadas*, en donde "bajo ciertas condiciones institucionales la función del juez constitucional tiende a dirigirse hacia el activismo, imponiendo al parlamento y al ejecutivo obligaciones puntuales o estructurales en materia de DESC"?

El capítulo tres desbrozará este diálogo complejo entre teoría y práctica, encarando las relaciones de potencialidad y limitaciones entre ellas, así como el impacto movilizador o inmovilizador sobre las relaciones entre justicia, democracia, legitimidad, validez, eficacia y control constitucional a los poderes legislativo y ejecutivo. De forma gruesa, las conclusiones de López son dos. En primer lugar, que el modelo teórico de Ferrajoli no está en condiciones de explicar, y mucho menos de avalar, la práctica judicial consistente en proteger derechos de contenido prestacional, como ha sido el caso del derecho a la salud en Colombia. Además, que el impacto de esta postura ante situaciones de desprotección y falta de garantía del goce efectivo de derechos, es inmovilizador: para Ferrajoli, los jueces correctos deben comportarse como estatuas frente a situaciones de exclusión social, hasta cuando el legislador decida desarrollar las respectivas *directivas constitucionales* y el ejecutivo convertirlas en políticas públicas. En segundo lugar, que el modelo de Alexy alcanza a explicar la práctica, pero tiene limitaciones para dar cuenta de su legitimidad en términos democráticos.

Si los dos contestaron la pregunta del capítulo primero de forma opuesta, ¿por qué cuando se los encara con la práctica, ter-

¹ cursiva fuera del texto.

minan aproximándose? La razón, advierte Henrik, es que ambos están anclados en una *concepción liberal clásica* de la democracia, los derechos y el mercado, mientras que la práctica de la Corte Constitucional colombiana parecería situarse en una concepción de *democracia incluyente*.

A mitad de camino, el capítulo dos despliega la jurisprudencia de la Corte y el contexto en que se ha producido –características del control constitucional colombiano y particularidades del sistema de salud–. Para tallar sus aristas prácticas y teóricas dominantes, analiza críticamente las *estructuras argumentativas* de la jurisprudencia mediante una doble pregunta: ¿qué es lo que necesita justificar la Corte y por qué siempre usa una manera determinada de hacerlo?

El análisis estructural refleja dos tensiones que, entre otras varias, soportan los jueces en entornos de exclusión democrática y desprotección de derechos prestacionales. La primera, tiene que ver con la diferencia de grado entre ser estatuas, ser activos o ser activistas, al momento de ajustar los equilibrios entre el principio democrático y el carácter social del estado derecho colombiano. Para López, estatuas y activistas rompen esos equilibrios. La segunda, se refiere a la magnitud del poder de acción de los jueces activos. Para Henrik, esta personalidad judicial también es una cuestión de escala, porque depende del grado de actividad legislativa y ejecutiva encaminada a cumplir el deber constitucional de desarrollar políticas públicas que atiendan *eficazmente* el goce de los DESC.

Cómo es el detalle de los nudos con que Henrik amarra este diálogo entre teoría y práctica, es un escala que dejo a sus lectores; lo mismo que las polémicas que suscitarán sus ideas de sociedades bien, poco o mal organizadas; o su distinción entre jueces activos y activistas.

Patricia MONCADA Roa*

* Profesora Asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Contacto: <<pmoncada@uniandes.edu.co>>.