

# Constitución, modelo económico y políticas públicas en Colombia: el caso de la gratuidad de la educación primaria\*

RODRIGO UPRIMNY YEPES  
CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO

---

\* Este texto está basado en trabajos anteriores. Véanse, en particular, Uprimny & Rodríguez Garavito (2006) y Uprimny (2005).

Agradecemos a Diana Rodríguez y a Diana Guarnizo, investigadoras de DeJuSticia, su importante colaboración en la elaboración de este artículo. Igualmente, agradecemos la invitación de Fedesarrollo y el Observatorio de Derecho Constitucional de la Universidad de los Andes al Foro “Constitución y Modelo Económico”, que nos dio la oportunidad de trabajar juntos en este tema.



## Introducción

Uno de los debates académicos y públicos más interesantes de la última década en Colombia ha girado en torno a los alcances y la aplicación de las normas constitucionales sobre la economía. Este debate ha tenido un peso preponderante a la hora de evaluar la constitucionalidad de las políticas públicas en Colombia, tanto económicas como sociales, y ha suscitado preguntas complejas, como las siguientes: ¿Establece la Constitución de 1991 un modelo económico preciso? ¿El equipo económico del Gobierno está limitado por las normas constitucionales que consagran derechos afectados por las políticas económicas? ¿Cómo debe desarrollar un administrador público que diseña una política social los derechos sociales establecidos de manera abstracta en la Constitución? ¿En qué medida deben intervenir los jueces en general y la Corte Constitucional en particular en el diseño y ejecución de la política económica y social para garantizar la supremacía de la Constitución y la realización de los derechos sociales?

Éstos y otros difíciles interrogantes han enfrentado a economistas y juristas durante los últimos años. La controversia reaparece periódicamente a propósito de fallos importantes de la Corte Constitucional sobre derechos económicos y sociales, desde el derecho a la vivienda afectado por el sistema UPAC hasta los derechos fundamentales de la población desplazada vulnerados por las deficiencias de las políticas sociales que buscan atender las necesidades de esta población. Tras casi diez años de discusión, ¿cuál es el balance de este interesante intercambio disciplinario?

Desde nuestro punto de vista, el debate ha tenido tres etapas. La primera fue una fase de observación mutua, en la que juristas y economistas comenzaron a acercarse al tema y a discutirlo dentro de sus respectivos círculos disciplinarios, pero sin establecer mayor contacto con sus pares de la otra disciplina. Tras estos primeros intentos, surgió una candente discusión entre académicos y profesionales de ambos campos, que se extendió aproximadamente desde 1998 hasta 2004. La segunda fase se caracterizó por el tono polémico y defensivo de la conversación, animada por el deseo de unos y otros de reivindicar los presupuestos metodológicos y las tesis sustantivas de sus respectivas disciplinas. Aunque muy fructífera en términos de publicaciones (Arango, 2001; Carrasquilla, 2001; Clavijo, 2001 & Kalmanovitz, 2001) y foros, esta etapa se aproximó más a un diálogo de sordos que a un intercambio de ideas y propuestas genuino y constructivo.

Sin embargo, las acaloradas discusiones sobre fallos controvertidos que la Corte Constitucional expidió en ese periodo sirvieron para que economistas y juristas entraran en contacto y comenzaran al fin a leerse mutuamente. Aunque lejos de provocar una síntesis que reconciliara las posiciones de unos y otros, este contacto ha dado lugar a una muy saludable incorporación de consideraciones éticas y jurídicas en los análisis de los economistas abiertos a esta discusión, y una muy productiva inclusión de elementos de juicio económicos en el trabajo reciente de los juristas interesados en asuntos de política económica y derechos sociales.

En éste y otros trabajos buscamos contribuir a esta nueva fase de la conversación, no sólo a partir de discusiones teóricas generales sino también por medio de estudios de problemas específicos. Para ello, incorporamos de manera explícita y crítica los aportes de la economía a la discusión sobre las instituciones y tendemos puentes con aportes sobre el mismo tema que ofrecen el derecho y otras ciencias sociales (Rodríguez Garavito & Uprimny, 2006; Uprimny, Rodríguez Garavito & García Villegas, 2006). El resultado es una aproximación que hemos denominado “institucionalismo social” (en lugar de subordinar una disciplina a la otra, como se hace en la corriente de derecho y economía –law and economics–, incorpora temas jurídicos, pero deja intacto el paradigma económico neoclásico), que busca establecer un diálogo de pares entre las diferentes disciplinas involucradas (Rodríguez Garavito y Uprimny, 2006).

Desde esta perspectiva, abordamos dos temas. De un lado, analizamos el problema general de la relación entre la Constitución y las políticas económicas y sociales, esto es, la forma en la que las normas constitucionales, a la vez, establecen límites y ofrecen un margen de maniobra importante a los diseñadores de políticas públicas. De otro lado, con el fin de ilustrar y aplicar dicho análisis a un caso concreto, analizamos una política específica, esto es, la política educativa. En este campo, nuestro propósito es indagar cuál es el margen de apreciación que tienen las autoridades políticas y administrativas en el diseño y ejecución de la política educativa. Para darle contenido y sustento empírico al análisis, nos centramos en un tema particularmente importante desde el punto de vista político y social: la gratuidad de la educación primaria.

Para tratar estos dos temas, en este artículo nos concentramos en tres preguntas. En primer lugar, ¿consagra la Constitución colombiana un modelo económico que determine estrictamente la política económica y social en general, y las estrategias educativas en particular? En segundo lugar, ¿cuáles son los efectos jurídicos y prácticos de las normas constitucionales sobre el diseño de las políticas económicas y sociales? Finalmente, ¿cómo inciden los mandatos constitucionales en el diseño de la política educativa en general, y en las políticas sobre la gratuidad de la educación primaria en particular?

La tesis que defendemos es la siguiente: la Constitución colombiana es 1) vinculante como norma jurídica, en cuanto establece límites legales a la acción de los

poderes públicos, y 2) valorativa porque consagra principios y valores específicos. Sin embargo, sostenemos que la Constitución es también abierta, porque no constitucionaliza un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas y sociales diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos. A partir de esta tesis, analizamos la política educativa para concluir que si bien la Constitución establece elementos mínimos de las estrategias legales y gubernamentales en este campo, como sucede con el elemento de la gratuidad de la educación primaria, es también una Constitución abierta que no determina un modelo concreto y rígido de educación pública o privada.

Para sustentar esta tesis, organizamos el artículo en seis puntos. En la primera parte proponemos una tipología de las Constituciones que permite identificar la naturaleza de la Constitución de 1991 y su efecto jurídico sobre temas económicos y sociales. En la segunda parte nos concentramos en las relaciones entre la Constitución y los modelos económicos. En la tercera sección analizamos estos conceptos desde el punto de vista de la Constitución de 1991, tratando de precisar tanto los márgenes de la política económica y social como sus límites constitucionales. En la cuarta y quinta partes ofrecemos una ilustración práctica del argumento a propósito de la inclusión de criterios de gratuidad en el diseño de la política educativa, en especial en relación con la educación primaria. Finalmente, presentamos unas breves conclusiones.

## Tipología de las Constituciones

La tipología que proponemos es una reformulación de visiones clásicas sobre las Constituciones, que ofrecen numerosas taxonomías (ver, entre muchos otros, Schmitt, 1934). Las dos variables básicas de nuestra tipología son 1) la fuerza normativa de la Constitución y 2) su contenido.

Con respecto a la primera variable, existen dos opciones: la Constitución puede ser entendida como una norma vinculante y aplicable o como un documento político importante, pero sin fuerza normativa. La posición adoptada frente a estas dos posibilidades se opone a las dos tradiciones clásicas del constitucionalismo liberal del siglo XIX. La tradición europea, y en especial la francesa, tendía a concebir la Constitución como un documento político sin fuerza normativa. Desde este punto de vista, las cartas constitucionales son entendidas como documentos políticos no vinculantes, en cuanto no tenían mecanismos para asegurar que la ley o las decisiones del Poder Ejecutivo respetaran la Constitución, lo que se debía al temor que tenían los constituyentes franceses a un eventual gobierno de los jueces.

A esta posición se contraponen la visión normativa de la Constitución. De acuerdo con ella, la Constitución no es sólo un documento político, sino una norma que vincula especialmente al Legislador y por vía indirecta al Ejecutivo, y que, por consiguiente, debe tener algún mecanismo que garantice su supremacía y su carácter obligatorio, esto es, alguna forma de justicia constitucional para proteger la norma fundamental

contra vulneraciones por parte del Legislador o del Ejecutivo. Esta concepción normativa de Constitución fue desarrollada esencialmente por el constitucionalismo estadounidense, en especial a partir del fallo *Marbury vs. Madison* de 1803. En esa sentencia, la Corte Suprema de Estados Unidos concluyó que los jueces tenían la facultad de declarar la nulidad de las leyes contrarias a la Constitución de Filadelfia de 1787, precisamente como consecuencia del carácter supremo y normativo de esta última (Blanco Valdés, 1994).

De otro lado, desde el punto de vista de su contenido, se pueden distinguir dos tipos de Constitución: procedimentales y valorativas. La visión procedimental sostiene que la Constitución no establece un orden de valores que tiene que aplicarse directamente, sino fija un marco de actuación de los poderes públicos y de los particulares. En otras palabras, la Constitución regula instituciones y procedimientos, pero no señala imperativamente el derrotero que deben seguir las autoridades y los particulares. Las Constituciones valorativas, por el contrario, no se limitan a diseñar instituciones y a establecer procedimientos, sino que consagran un orden de valores que debe ser aplicado y realizado. Por eso, algunos autores las llaman “Constituciones programa”, en la medida en que la Constitución contiene, en germen, un programa que tiene que ser ejecutado por las autoridades.

Si se cruzan las dos variables mencionadas, se obtiene una tipología de cuatro modelos de Constitución, representada por la tabla 1. En ella, las columnas diferencian los ordenamientos jurídicos según la fuerza jurídica de su Constitución, mientras que las filas distinguen las Constituciones según su contenido normativo<sup>1</sup>.

Tabla 1. Una tipología clásica de las constituciones

Contenido de la Constitución		Fuerza normativa de la Constitución	
		Documento político	Normativa
Contenido de la Constitución	Procedimental o marco	I: Francia antes de 1958	II: Visión de Kelsen y Constitución austriaca; Constitución de EE.UU. después del <i>New Deal</i> .
	Valorativa o programa	III: Antiguos países comunistas	IV: Alemania, Italia, países con “neoconstitucionalismo”

En la casilla I se encuentran Constituciones que son pensadas esencialmente como un documento político y cuyo contenido es fundamentalmente procedimental. Un ejemplo es la visión francesa de la Constitución antes de 1958<sup>2</sup>.

1 Una tipología similar se encuentra en Prieto Sanchís (2003, pp. 107-ss.).

2 Después de 1958, el constitucionalismo francés giró parcialmente hacia la visión normativa, tras la creación del Consejo Constitucional, que tiene ciertas funciones de control constitucional. Esas competencias fueron

En la casilla II encontramos Constituciones normativas procedimentales. Hans Kelsen, uno de los grandes teóricos del constitucionalismo y del derecho en el siglo pasado, es uno de los representantes más ilustres de esta concepción (Kelsen, 1942). Kelsen defendía el carácter normativo de la Constitución, bajo la condición de que ésta no contuviera valores y principios abstractos. El riesgo de una Constitución normativa y a la vez valorativa y abstracta, según Kelsen, es el gobierno de los jueces y la marginación de la deliberación política democrática. Kelsen defendía, entonces, una Constitución vinculante, con un tribunal constitucional que asegurara su fuerza normativa, pero que fuera esencialmente procedimental. Un ejemplo de este tipo de Constitución es la Constitución austriaca de 1920, o la Carta de los Estados Unidos después del *New Deal*, como lo explicaremos más adelante.

En la casilla III encontramos las Constituciones valorativas o programa, que contienen un orden de valores explícito, pero que no son más que documentos políticos por carecer de un tribunal constitucional para aplicarla. El ejemplo clásico es el de los antiguos países comunistas antes de la caída del Muro de Berlín. Las Constituciones de estos países proclamaban todo un orden político, social y económico que debía ser realizado, pero no eran normativas porque no había ninguna instancia ante la cual se pudiera exigir que las acciones de las autoridades se ajustaran a lo prescrito en la Constitución.

Finalmente, en la casilla IV, encontramos Constituciones Valorativas y normativas, entre las cuales destacan las cartas europeas de la posguerra —en particular las de Italia y Alemania, y, en menor medida, la Constitución francesa de 1958—. Estas Constituciones reconocen derechos y valores y establecen un orden social por realizar, así como algún mecanismo para lograr este propósito, esto es, alguna forma de justicia constitucional.

La tipología que ofrecemos es relevante por dos razones. De un lado, desde el punto de vista metodológico, permite distinguir conceptualmente modelos diversos de ordenamientos constitucionales. De otro lado, desde un punto de vista histórico, la tipología permite apreciar el hecho de que durante los últimos cincuenta años —esto es, desde la segunda posguerra—, y en especial después de la caída del Muro de Berlín, la mayoría de los regímenes constitucionales tienden a ubicarse en la casilla IV. Esto se traduce en Constituciones que, además de establecer reglas institucionales, reconocen una amplia gama de derechos y principios y, además, establecen formas de justicia constitucional para hacerlos efectivos. Entre estos casos se encuentra todo el constitucionalismo de los países del sur global, como la Constitución de Sudáfrica o la de India o las recientes Constituciones latinoamericanas, pero también las de países del Norte global, como España, Alemania o Italia. Esta tendencia es tan notoria que muchos autores hablan de la existencia de un “neoconstitucionalismo” (Prieto Sanchís, 2003), precisamente para insistir

---

establecidas inicialmente a favor del gobierno para superar lo que se consideraba el exceso de parlamentarismo de la IV República. Sin embargo, en la práctica, el Consejo Constitucional se ha transformado de manera profunda. Desde la década de los setenta, ha tenido un papel importante en la delimitación del contenido de los derechos de la persona frente al Legislador, con lo cual se ha convertido, cada vez más, en un tribunal constitucional.

en las particularidades que tienen ahora los ordenamientos constitucionales en contraste con el constitucionalismo liberal clásico.

Esta razón histórica nos conduce a nuestra primera conclusión: dado que en la actualidad predominan los regímenes constitucionales valorativos y normativos, en la mayoría de los países la Constitución impone límites a la política económica y social. Esto no implica obligatoriamente constitucionalizar un modelo económico, pero sí que las políticas públicas tienen restricciones normativas. Sin embargo, es importante moderar el alcance de esta conclusión, dado que, a pesar de esta tendencia reciente a que las políticas económicas tengan límites normativos, subsisten diferencias de grado entre los ordenamientos constitucionales. Así, se suele oponer el constitucionalismo contemporáneo estadounidense, considerado más procedimental, al constitucionalismo alemán, que se considera más valorativo. Por ejemplo, en los Estados Unidos no hay ningún límite material a la capacidad de reformar la Constitución, mientras que en Alemania, la propia Constitución ha reconocido estos límites, en la medida en que una reforma no puede alterar ciertas cláusulas pétreas.

## Relaciones entre Constitución y modelos económicos

¿Cómo se refleja esta tipología clásica de las Constituciones en la relación entre Constitución y economía? Teniendo en cuenta que las Constituciones contemporáneas tienden a ser valorativas y normativas, nos concentramos ahora en analizar el tipo de vínculo que existe entre estas Constituciones y la política económica y social. Las dos preguntas fundamentales en este debate son, a nuestro juicio, las siguientes: primero, ¿qué tipo de derechos reconocen esas Constituciones? Y segundo, ¿en qué medida constitucionalizan un modelo económico para realizar esos derechos?

En cuanto a la primera pregunta, el derecho constitucional diferencia entre los derechos económicos de libertad y los derechos sociales de prestación. Los primeros son garantías, como la propiedad o el cumplimiento de los contratos, que buscan proteger el funcionamiento del mercado y la autonomía privada. Son los derechos de libertad del liberalismo clásico que se reconocen como derechos de defensa porque en principio establecen esencialmente obligaciones negativas para el Estado, por ejemplo, la obligación de no expropiar a los particulares sin indemnización previa. Por su parte, los derechos sociales de prestación son derechos como la educación, la salud y la vivienda, que implican políticas públicas para el suministro de ciertos bienes o servicios<sup>3</sup>. En este sentido, hay que diferenciar, en primer lugar, entre las Constituciones que reconocen únicamente los derechos de libertad y aquellas que, además, reconocen los derechos sociales. Hoy en día, casi todas las Constituciones

---

3 Es importante, sin embargo, no radicalizar la distinción entre las obligaciones del Estado frente a cada uno de esos derechos. En efecto, todos los derechos constitucionales implican un conjunto complejo de obligaciones negativas y positivas a cargo del Estado, que se traducen en obligaciones de respeto, protección y garantía, satisfacción, o cumplimiento. Las diferencias entre ambos tipos de derechos son de grado. No obstante, son importantes porque es claro que existen derechos sociales cuyo contenido es esencialmente prestacional, y libertades económicas cuyo contenido es esencialmente negativo (en la medida en que implican una abstención estatal).

del mundo reconocen los derechos económicos liberales, como la propiedad y la posibilidad de contratar, pero no todas reconocen los derechos sociales.

En segundo lugar, hay que establecer en qué medida las Constituciones institucionalizan un modelo económico o, por el contrario, tienden a ser abiertas. Entendemos por una Constitución que institucionaliza un modelo económico aquella que no sólo establece límites a la acción del Estado y que proclama objetivos que deberían ser alcanzados, sino que además incide en la política económica, en la medida en que desde el texto constitucional estarían prefigurados los instrumentos para alcanzar dichos objetivos. Por el contrario, una Constitución puede ser considerada abierta si, a pesar de ser valorativa y normativa, y de establecer límites a las políticas económicas, e incluso objetivos a los cuales las sociedades deben llegar, no prefigura los instrumentos para alcanzar esas metas.

Tomemos como ejemplo el derecho a la salud (y otros servicios y bienes). Una Constitución que instaure un modelo de gestión y un modelo económico es aquella que establece no sólo que las personas tienen derecho a la salud, sino que determina que este servicio debe ser prestado directamente por el Estado (Constituciones estatalistas) o que, por el contrario, prohíbe la educación pública (Constituciones radicalmente neoliberales). A diferencia, una Constitución abierta, que no constitucionaliza un modelo económico, es aquella que admite una pluralidad de formas para llegar a un mismo objetivo, como podría ser la satisfacción universal del derecho a la educación. Ese tipo de Constituciones establece que ese objetivo es deseable y hasta cierto grado normativamente vinculante, pero ofrece la posibilidad de utilizar políticas, instrumentos y medios diversos para alcanzarlo.

En la tabla 2 resumimos los tipos de Constitución que resultan de cruzar la clase de derechos reconocidos por la Constitución (en las filas) con el grado de apertura o de institucionalización de un modelo económico (en las columnas).

Tabla 2. Modelo económico y constituciones valorativas-normativas

<b>Contenido de la Constitución</b>	Institucionaliza un modelo económico (Constitución "cerrada")	Reconoce cambios de modelo económico (Constitución "abierta")
Reconoce sólo derechos económicos liberales	I: Estados Unidos antes del <i>New Deal</i>	II: Estados Unidos después del <i>New Deal</i>
Reconoce también derechos sociales de prestación	III: Italia antes de los setenta	IV: Italia (según la jurisprudencia de los años setenta de la Corte Constitucional italiana)

Veamos algunos ejemplos. En primer lugar, tomemos la casilla I, que corresponde a Constituciones que reconocen únicamente derechos económicos liberales y que constitucionalizan un modelo económico. El ejemplo clásico es la Constitución de los Estados Unidos antes del *New Deal*. Ella no sólo reconocía los derechos de libertad económica, como la propiedad y la libertad contractual, sino que constitucionalizaba un modelo liberal de política económica, de acuerdo con la interpretación del tribunal constitucional de ese país hasta ese entonces. En efecto, es bien conocido que la

Corte Suprema declaró inconstitucionales la mayoría de las leyes de intervención económica aprobadas por el Congreso entre 1900 y 1937. En este escenario, la Corte consideraba que, por ejemplo, unas políticas de salario mínimo o de jornadas laborales máximas anulaban la libertad contractual consagrada en la Constitución y, por tanto, las declaraba inconstitucionales de manera sistemática. En este sentido, durante ese periodo en los Estados Unidos no sólo se reconocían unos tipos de derechos, sino que había un constitucionalismo cerrado, que en la práctica planteaba un modelo de gestión de la economía y de políticas públicas estrictamente liberales.

En lo que algunos autores denominan una verdadera “revolución constitucional” (Sunstein, 1993), la Corte Suprema del *New Deal* cambió su orientación jurisprudencial y comenzó a admitir políticas sociales. A pesar de que la Constitución de los Estados Unidos seguía reconociendo únicamente derechos liberales, la jurisprudencia abrió la posibilidad de diseñar políticas y dictar leyes para realizar derechos sociales. Aunque la Constitución reconocía únicamente un tipo de derechos, se abrió a modelos de política económica y social distinta y, en ese sentido, en nuestra tipología, pasó a ser una Constitución abierta, que se ubica en la casilla II.

En la fila inferior del cuadro encontramos Constituciones que reconocen derechos sociales. Algunas de ellas cierran el modelo económico, mientras otras adoptan un modelo abierto. Dentro de las primeras, que corresponden a la casilla III, se puede ubicar, según algunas interpretaciones, la Constitución italiana antes de los años setenta<sup>4</sup>.

Desde los años setenta, sin embargo, toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana admite políticas públicas muy diversas para realizar los derechos sociales. La tabla 2 refleja este contraste, al incluir a Italia como uno de los ejemplos que ilustra la existencia de Constituciones abiertas que reconocen derechos sociales (casilla IV), pero que no determinan los instrumentos para satisfacer esos derechos.

Es difícil encontrar hoy en día una Constitución totalmente abierta o plenamente neutra frente a la política económica, porque en la medida en que el ordenamiento superior tenga fuerza normativa y reconozca derechos constitucionales, impone límites a la política económica. Por ello, es indudable que ciertas políticas económicas o sociales son inconstitucionales. Sin embargo, esto no significa que la Constitución institucionalice un modelo económico determinado y excluya la posibilidad de que existan múltiples alternativas de desarrollo dentro del marco fijado por los derechos constitucionales. La Constitución de un Estado Social, fundado en los derechos sociales, debe ser entonces abierta, pero no neutra, sin que eso acabe el pluralismo y socave la legitimidad del ordenamiento jurídico. Como lo sostiene la doctrina española, “una Constitución abierta no es lo mismo que una Constitución vacía y desprovista de fuerza jurídica” (Asenjo, 1984, p. 69), pues si tuviera tal carácter, dejaría de ser una Constitución.

---

4 Como explicamos, las Constituciones de los antiguos países comunistas son el ejemplo más claro de Constituciones que establecen un modelo económico cerrado. Sin embargo, no las incluimos en esta categoría por su escasa fuerza normativa (véase tabla 1).

Nuestra tesis es que la Constitución colombiana de 1991 se ubica en las casillas IV de las tablas 1 y 2: es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también derechos sociales y les otorga fuerza normativa. Y es una Constitución abierta porque admite políticas públicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales.

En efecto, desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional señaló que si bien las mayorías democráticas pueden optar por muy diversas políticas económicas y sociales (lo que muestra que la Constitución de 1991 es abierta), no es “un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política deben [...] respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos” (Sentencia C-040 de 1993). Con esta conclusión general en mente, es posible ahora entrar a analizar con más detalle cuáles son los límites y el espacio de libertad que la Constitución establece para el diseño de las políticas públicas.

## Márgenes y límites constitucionales de la política económica y social en Colombia

Como lo muestra la experiencia de los hacedores de políticas públicas, para alcanzar un objetivo constitucional existen múltiples alternativas que difieren desde el punto de vista económico, técnico y político. Dada esta gama de alternativas, el control constitucional de la economía usualmente es un “control de “razonabilidad”, para expresarlo en términos técnicos de derecho constitucional (Rodríguez Garavito, 1998). Este tipo de control de razonabilidad es suave porque implica que el juez constitucional debe examinar únicamente si el objetivo que persigue una política es 1) constitucionalmente admisible y 2) si el medio para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito. Dado que se trata de un control leve, su aplicación lleva a que únicamente las políticas económicas y sociales manifiestamente irrazonables sean declaradas inconstitucionales.

Este es el tipo de control de la política económica y social que domina en Estados Unidos desde el *New Deal* y que ha conducido a que muy pocas decisiones de política económica y social hayan sido declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema de ese país. Por el contrario, un control constitucional estricto, que opera en otros temas, exige que i) el objetivo de la política no sea sólo admisible sino también imperioso, y que ii) el medio usado para alcanzar dicho propósito no sea sólo adecuado sino estrictamente necesario (Rodríguez Garavito, 1998).

La tabla 3 muestra esos amplios márgenes de la política económica y social en Colombia. Ilustra este argumento a propósito de temas centrales de política económica y de otras políticas públicas vinculadas con derechos sociales en los que la Corte Constitucional ha reconocido la libertad política del Congreso y del Ejecutivo para diseñar, dentro de ciertos límites, estrategias económicas y técnicas diversas.

Tabla 3. Márgenes constitucionales de la política económica en Colombia

Temas	Ejemplos jurisprudenciales
1. Amplitud de posibilidades de políticas económicas	Sentencias C-265 de 1994, C-445 de 1995, C-093 de 2001 y C-137 de 2007, que precisan que el control judicial de las políticas económicas debe ser “suave” o deferente con los órganos políticos.
2. Amplitud de posibilidades de realización de derechos sociales	Sentencias C-408 de 1994 y C-1489 de 2000, que señalan la amplia libertad del legislador para diseñar el sistema de seguridad social y declaran constitucionales los mecanismos básicos previstos en la Ley 100 de 1993.

En la tabla se incluyen dos grandes tipos de casos: de un lado, aquellos que se refieren a la política económica en general y, de otro, aquellos relativos a políticas sociales que buscan abrirle paso a la realización de los derechos sociales. En relación con el primer tipo de casos, la Corte Constitucional reconoce que la Constitución le otorga al Legislativo y el Ejecutivo amplitud y libertad de intervenir en la economía y de diseñar las políticas económicas y, por consiguiente, afirma que el juez constitucional debe admitir una gama de políticas cambiantes. En el segundo grupo de casos, la Corte sostiene que la Constitución consagra derechos sociales que implican deberes para las autoridades en el sentido de desarrollar políticas orientadas a satisfacer esos derechos. No obstante, la Constitución y la jurisprudencia de la Corte admiten medios diversos para realizar dichos derechos sociales. En los dos grupos de casos, la consecuencia práctica es la misma: el diseñador de la política pública (económica o social) cuenta con un margen amplio de acción para lograr los propósitos establecidos en la Constitución.

Contra nuestro argumento se podría objetar que el deber de las autoridades económicas de realizar unos determinados derechos sociales constitucionaliza un modelo económico, en la medida en que define una función de bienestar general y unas orientaciones básicas a la política económica. Diferimos de esta tesis porque, en nuestra opinión, la Constitución ofrece múltiples posibilidades para alcanzar esos objetivos. Por ejemplo, el texto constitucional establece el derecho a la salud, pero no especifica que deba ser un servicio prestado directamente por el Estado, un subsidio a la oferta o a la demanda, o un servicio de gestión privada. Todas estas posibilidades son constitucionalmente admisibles, obviamente dentro de ciertos límites normativos. Lo mismo aplica en el caso de la educación o de la vivienda. Por eso existen numerosas sentencias de la Corte que han avalado el diseño del sistema de seguridad social en salud y en pensiones de la Ley 100 de 1993, que podría ser un sistema incompatible con una Constitución que estableciera un modelo económico más cerrado. En reiteradas ocasiones, la Corte ha dicho que esa ley establece una de las posibles regulaciones en pensiones y salud, pero que podría haber otras, como un modelo de oferta exclusivamente pública en salud, un modelo de pensiones exclusivamente estatal, o uno privado, con el único límite de que el modelo escogido sea razonable para satisfacer el derecho a la salud. Por ello, por ejemplo, la Sentencia C-1489 de 2000 declaró la constitucionalidad del sistema de las ARS previsto por la

Ley 100 de 1993 para la administración del régimen subsidiado, argumentando que hasta ese momento había mostrado que era un diseño posible de gestión, dentro de ciertos límites, del sistema de salud. Estos ejemplos son muestra de una gran amplitud de estrategias económicas y de desarrollo dentro de los límites valorativos que impone la Constitución.

Pero, aunque la Carta de 1991 es abierta, no es neutra y tiene fuerza normativa. De ahí que imponga límites a la política económica y social, que han sido reconocidos por la jurisprudencia constitucional. En la tabla 4 hemos incluido nueve de esas restricciones constitucionales a la política económica y social. Dividimos los límites a partir de una tipología clásica en la teoría constitucional y la teoría del derecho contemporáneas –la distinción entre reglas y principios–, que es central para comprender la lógica de la argumentación constitucional contemporánea (Alexy, 1993). La idea básica detrás de la distinción es que tanto las reglas como los principios son normas, pero tienen una estructura lógica distinta. Las reglas son las normas jurídicas clásicas, en donde a una hipótesis normativa se le atribuye necesariamente una consecuencia jurídica. Su estructura sigue la forma: “si ocurre A, entonces debe hacerse B”, y por eso se considera que las reglas son mandatos jurídicos definitivos. Por el contrario, los principios establecen una orientación sobre lo que es debido o se encuentra prohibido jurídicamente, pero no determinan cómo se debe alcanzar ese fin ni en qué casos tiene que lograrse. Su estructura, por tanto, sigue la forma: “las autoridades deben tratar de realizar al máximo el valor A”. Por eso, un principio no es mandato definitivo sino, *prima facie*, que está sujeto a ser ponderado o balanceado con principios concurrentes, tomando igualmente en consideración los hechos del caso concreto. Por ello, no siempre tiene que ser cumplido cabalmente. Si, bajo las circunstancias de un caso determinado, al balancear y ponderar un principio a la luz de otro, se muestra que éste tiene mayor fuerza, el primero cede ante el segundo en ese caso. Esta decisión no constituye una violación del primer principio, sino su inaplicación al caso específico en virtud de la mayor fuerza del principio con el que choca. Este es el análisis de ponderación o de proporcionalidad, esencial en la interpretación y argumentación constitucionales contemporáneas (Alexy, 1993; Dworkin, 1977).

La tabla 4 está organizada de tal forma que los temas van de aquellos en los que se aplica la lógica de las reglas a aquellos en los que predomina la lógica de los principios. En los primeros, los límites a la política económica y social se refieren a normas que tienen la estructura clásica de reglas que restringen las actuaciones de las autoridades económicas. Entre tanto, los casos del segundo tipo involucran normas más complejas que tienen la estructura de principios y que generan debates constitucionales más intensos. Presentamos de manera general la tabla que resume esos límites esenciales.

En la primera fila encontramos restricciones a la política económica derivadas de reglas constitucionales, como eran las normas sobre transferencias anteriores al Acto Legislativo de 2002. Dichas reglas eran muy estrictas, de rígido cumplimiento y dejaban poco margen de maniobra a las autoridades económicas, de tal manera

que si se incumplían, la inconstitucionalidad era casi automática. Así, la Sentencia C-151 de 1995 constató que el Congreso había extendido el régimen de transición de dos a cuatro años y concluyó que eso era inconstitucional porque la Constitución establecía un régimen de transición más corto.

Un segundo ejemplo es la prohibición de los impuestos retroactivos. Al ser una regla de cumplimiento estricto, no hay espacio, por ejemplo, para argumentos sobre graves crisis fiscales que pudieran justificar un tributo retroactivo. Esto fue lo que sucedió con el fallo sobre los bonos forzosos de seguridad del año 1993, en el que la Corte consideró que éstos no eran en realidad bonos sino impuestos encubiertos y que habían sido retroactivos. De ahí que la Sentencia C-149 de 1993 declaró la inconstitucionalidad de dichos bonos y ordenó la devolución de los dineros que habían sido pagados por los contribuyentes.

Tabla 4. Límites de la política económica en Colombia

Temas	Ejemplos jurisprudenciales
1. Reglas imperativas de manejo y prohibiciones constitucionales expresas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Normas sobre transferencias (ej.: fallo C-151 de 1995).</li> <li>• Impuestos no retroactivos y sentencia sobre bonos forzosos de seguridad (ej.: C-149 de 1993).</li> </ul>
2. Competencias institucionales diferenciadas	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia C-481 de 1999, que declaró inexecutable la expresión “que deberán ser siempre menores a los últimos resultados registrados” del párrafo del artículo 2° de la Ley 31 de 1992, por desconocer la autonomía del Banco de la República.</li> </ul>
3. Competencias derivadas de la estructura autonómica y descentralizada del Estado	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prohibición de que la ley establezca exenciones a impuestos territoriales (ejs.: C-160 de 2000, C-1333 de 2000 y C-315 de 2004).</li> </ul>
4. Respeto a los procedimientos de producción normativa	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Inconstitucionalidad del Plan de Desarrollo (Sentencia C-557 de 2000) o de la Ley de Regalías (Sentencia C-737 de 2001) por vicios de procedimiento en su aprobación.</li> </ul>
5. Excepcionalidad económica limitada	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Sentencia C-122 de 1998, que limitó el alcance de la declaratoria de emergencia económica y estableció que los recursos debían ir a los sectores realmente afectados por la crisis financiera: banca pública y cooperativa.</li> </ul>
6. Conceptos constitucionales indeterminados	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Noción de gasto social: Sentencia C-317 de 1998, que observó que el gasto en deporte y recreación no podía ser considerado gasto social y declaró inexecutable la expresión “y constituyen gasto público social” del artículo 4° de la Ley 181 de 1995.</li> </ul>
7. Principios constitucionales de manejo económico y hacienda pública	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Principio de “adecuación” en la financiación de vivienda (C-383 de 1999 y C-747 de 1999 sobre el sistema UPAC).</li> <li>• Principios de igualdad y equidad tributaria: Sentencia C-136 de 1999 sobre el impuesto del dos por mil y Sentencia C-776 de 2003 sobre extensión del IVA a productos de primera necesidad.</li> </ul>
8. Protección de derechos de propiedad y derechos adquiridos	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reactivación económica, acuerdos de reestructuración y derechos de acreedores (ej.: C-586 de 2001).</li> <li>• Sentencia C-754 de 2004, que declaró inexecutable la reducción del régimen de transición en materia pensional por violar derechos adquiridos.</li> </ul>

Tabla 4. (continuación)

Temas	Ejemplos jurisprudenciales
9. Protección de derechos sociales	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Defensiva: Sentencia C-671 de 2002 sobre seguridad social de miembros de la Fuerza Pública y Sentencia C-038 de 2004 sobre reforma laboral, en donde se analiza la posible violación del principio de no regresividad en derechos sociales.</li> <li>• Progresiva: tutelas sobre el plan obligatorio de salud (POS) y el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida digna.</li> </ul>

El tercer tipo de caso se refiere a reglas que establecen las competencias de los distintos órganos estatales. El caso clásico son los límites que la autonomía del Banco de la República implica sobre la capacidad regulatoria del Congreso o sobre las posibilidades de intervención del Gobierno. La Sentencia C-481 de 1999, por ejemplo, declaró inconstitucional la obligación que establecía la Ley del Banco de la República de que todos los años la inflación proyectada debía ser menor a la inflación causada el año anterior. La Corte consideró que era un límite legislativo que invadía la discrecionalidad del Banco de la República en el manejo de la política monetaria y que, además, impedía una adecuada coordinación de la política monetaria con el conjunto de la política económica del país.

Otra ilustración práctica de reglas acerca de competencias son las normas sobre la relación entre las facultades de las autoridades nacionales y aquellas atribuciones propias de las entidades territoriales que derivan de la estructura autonómica del Estado. En virtud de dichas reglas, se establecen competencias y prohibiciones a las autoridades nacionales que, por ejemplo, les impiden establecer exenciones sobre tributos territoriales o gravar la propiedad de inmuebles, dado que estas facultades les corresponden a las autoridades municipales. En ese sentido, la Sentencia C-160 de 2000 indicó que las exenciones previstas en el tratado de cooperación entre Italia y Colombia no se aplicaban a los tributos territoriales sino únicamente a los tributos nacionales, debido a la prohibición constitucional del artículo 294, según el cual la ley no puede conceder exenciones ni tratamientos preferenciales respecto de los tributos pertenecientes a las entidades territoriales<sup>5</sup>. A pesar de que en la Constitución esa prohibición tiene una estructura normativa de regla, algunos fallos de la Corte la han aplicado más como un principio, al admitir que ciertas exenciones a tributos territoriales podrían tener justificación en objetivos nacionales de enorme trascendencia. Por ejemplo, la Sentencia C-315 de 2004 señaló que los tratados podían imponer exenciones a los tributos territoriales, por la importancia de promover las relaciones internacionales. En estos eventos, sin embargo, la Corte aclaró que la Nación debe compensar a la entidad territorial por las pérdidas de ingresos que puedan derivar de dichas exenciones.

<sup>5</sup> En el mismo sentido, véase la Sentencia C-1333 de 2000, que condicionó la constitucionalidad del artículo 2º, ordinal 6º, de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunities del Organismo para la proscripción de las armas nucleares en la América Latina (Opanal), a que se entendiera que las exenciones otorgadas debían limitarse a aquellas que traten sobre tributos nacionales.

El cuarto y último tipo de limitación derivada de reglas sobre política pública son las normas acerca de procedimientos para la producción de leyes. El incumplimiento de estas reglas ha hecho que algunas leyes de importancia económica hayan sido declaradas inconstitucionales, tal como la Ley del Plan de Desarrollo (Sentencia C-557 de 2000) o la Ley de Regalías (Sentencia C-737 de 2001), dado que la aprobación de una y otra estuvo marcada por graves irregularidades en su trámite en el Congreso.

Siguiendo con la tabla 4, ahora examinemos los límites normativos derivados de principios constitucionales. Si bien la Constitución admite la excepcionalidad económica y una cierta discrecionalidad y margen de apreciación del Ejecutivo en la declaración de un estado de emergencia, esta facultad es limitada y sólo puede usarse para superar las crisis que motivan dicha declaración. Por ello, en la polémica Sentencia C-122 de 1998, la Corte consideró que si bien la declaratoria de emergencia económica hecha por el Gobierno era justificada porque existía una crisis financiera, esta justificación sólo aplicaba para aquellas entidades del sector financiero que realmente se encontraban en crisis —esto es, la banca pública y cooperativa—, por lo cual las medidas de emergencia debían estar dedicadas a enfrentar la crisis en esos componentes específicos. En este caso, la Corte validó la declaración de emergencia, pero consideró que el Gobierno se había excedido parcialmente al destinar los recursos de emergencia a la totalidad del sector financiero, y por ello condicionó el alcance de la emergencia económica a los sectores afectados.

Un sexto límite está relacionado con la existencia de conceptos constitucionales abiertos que limitan el margen de actuación de las autoridades económicas. La Constitución establece, en ciertos ámbitos, conceptos constitucionales indeterminados, cuyo alcance, aunque impreciso, tiene un núcleo mínimo que debe ser respetado por las autoridades y cuyo control corresponde a las autoridades judiciales (Rodríguez Garavito, 1997). Un ejemplo, entre muchos otros, es la noción de “gasto público social”, que, en virtud del artículo 350 de la Carta, tiene efectos normativos, en la medida en que ese tipo de gasto tiene prioridad sobre otras asignaciones presupuestales. La Corte ha reconocido un margen amplio de libertad para que el Congreso decida qué se entiende por gasto social, pero ha afirmado que dicha libertad tiene límites y que, en consecuencia, no se puede considerar como *gasto social* cualquier tipo de partida presupuestal porque se estaría vaciando de contenido el mandato constitucional de la prevalencia del gasto social. En esos términos, la Sentencia C-317 de 1998 consideró que era desproporcionado incluir como gasto social partidas destinadas al deporte o a la recreación, porque ello excedía el concepto establecido por la Constitución.

Un séptimo límite, aún más complejo, está constituido por los principios constitucionales que enmarcan la actuación de las autoridades económicas. Por ejemplo, el artículo 51 de nuestra Constitución establece que las políticas económicas de financiación de vivienda a largo plazo tienen que ser “adecuadas”, mientras que el artículo 363 señala que el sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Estos principios constitucionales de manejo económico y de hacienda

deben ser respetados por las autoridades y, por ello, la Corte ha anulado regulaciones muy importantes cuando ha concluido que desconocen estos estándares normativos. Así, las polémicas sentencias sobre la inconstitucionalidad del sistema UPAC (Sentencia C-383 de 1999, que señala que la UPAC debía estar atada a la inflación y no a las tasas de interés, y Sentencia C-747 de 1999, que decretó la inconstitucionalidad de la capitalización de intereses en los programas de adquisición de vivienda) se fundaron en el principio de “adecuación” de las políticas. Para la Corte, esas medidas eran inadecuadas como sistema de financiación de la vivienda en el largo plazo. Por su parte, los principios de “igualdad” y “equidad” tributarias, que son abiertos y muy complejos, han tenido una importancia central en el control constitucional de numerosas medidas tributarias. Ellos han dado lugar, por ejemplo, a que la Sentencia C-136 de 1999 declarara la inexistencia parcial del primer gravamen a los movimientos financieros (el llamado dos por mil)<sup>6</sup>, y a que la Sentencia C-776 de 2003 declarara la inconstitucionalidad de la extensión, sin la debida deliberación democrática, de la base gravable del IVA a los productos de primera necesidad.

Otro tipo de limitación surge de la protección de los derechos liberales clásicos y, en especial, del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos. Nótese aquí que, en nuestra opinión, el derecho de propiedad y los derechos adquiridos deben ser aplicados como principios y no como reglas. Esto significa que en ciertos casos pueden no ser protegidos si hay argumentos de interés general suficientes para justificar esa restricción. Esta opinión difiere de la de otros autores que sostienen que estos derechos deben ser aplicados estrictamente como reglas. Ejemplo de la aplicación de estos principios es la Sentencia C-586 de 2001, en la que la Corte consideró que la ley de reactivación económica que establecía los acuerdos de reestructuración empresarial no violaba derechos adquiridos de los acreedores (a pesar de que limitaba su posibilidad de perseguir ciertos bienes para hacer efectivas las deudas), aduciendo que había razones de política económica general que justificaban esa restricción. Por el contrario, en la Sentencia C-754 de 2004 declaró inexecutable la modificación del régimen de transición pensional, por considerar que ésta desconocía el derecho adquirido de los trabajadores a jubilarse conforme a las reglas previstas por dicho régimen.

Por último, encontramos la protección de los derechos sociales, en donde distinguimos entre lo que podríamos denominar la “protección defensiva” y la “protección progresiva”. Esta distinción está fundada en la idea de que estos derechos son de realización progresiva, en cuanto es deber de los Estados dedicar recursos para lograr gradualmente su plena realización. Cuando los derechos sociales ya están garantizados, la aplicación de la protección defensiva indica en qué casos y condiciones puede haber retrocesos, que en principio se presumen inconstitucionales, pero pueden llegar a ser admitidos si existen poderosas razones que los justifiquen.

---

<sup>6</sup> Esa sentencia consideró que el hecho de que el decreto legislativo estableciera una tarifa diferencial a favor de las transacciones efectuadas entre las entidades financieras violaba el derecho a la igualdad.

Un ejemplo de protección defensiva es la Sentencia C-671 de 2002, que, al condicionar la constitucionalidad del párrafo 3° del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, precisó que los padres de ciertos miembros de la Fuerza Pública podían continuar siendo beneficiarios del sistema de salud de las Fuerzas Militares y de la Policía, siempre y cuando no tuvieran la posibilidad de ser beneficiarios de otro sistema de seguridad social en salud. Esa sentencia consideró que “la exclusión del sistema de salud de un grupo poblacional que ya había sido incluido en el mismo, y ya había alcanzado unos niveles de protección determinados, implica un retroceso en la realización del derecho a la salud”, y que como no existía “ninguna justificación imperiosa” de dicha exclusión, entonces se había dado “un retroceso, que implica una vulneración del derecho a la salud”. Por su parte, la Sentencia C-038 de 2004 sobre “flexibilización” laboral admitió retrocesos en la legislación del trabajo porque consideró que había una razón de política económica (fomento del empleo) que justificaba esa restricción.

Finalmente, la protección progresiva hace referencia a casos en los que el juez constitucional estudia si el Congreso o las autoridades económicas tienen o no la obligación de avanzar en la realización de derechos sociales. Las sentencias de tutela sobre el derecho a la salud son ejemplos de esta protección progresiva. En esos casos, la Corte ha tomado numerosas decisiones para hacer avanzar la protección del derecho a la salud, al considerar que, aunque no estén previstos en el Plan Obligatorio de Salud –POS–, las personas tienen derecho a aquellos tratamientos y medicamentos que son indispensables para proteger su derecho a la vida digna.

Como lo muestran los anteriores ejemplos, la tipología que hemos ofrecido en este artículo, lejos de ser un ejercicio puramente teórico, tiene consecuencias directas en la evaluación de la constitucionalidad de las políticas económicas y sociales. Para darle aplicación concreta y detallada al marco propuesto, y teniendo en cuenta el tema común a los ensayos de este libro, en el resto del artículo indagaremos algunas implicaciones de las normas constitucionales sobre la política de educación primaria en Colombia. Nuestro objetivo es elucidar si la Constitución establece parámetros concretos en materia de política educativa y, especialmente, si dentro de dichos parámetros pueden incluirse estándares concretos como el de gratuidad de la educación primaria. Nuestra tesis principal es que la consagración constitucional del derecho a la educación recoge la lógica de la Constitución valorativa y abierta que caracteriza a la Carta de 1991. Por ello, sostenemos que a pesar de que la Constitución no determina un modelo concreto y único de realización del derecho a la educación, sí establece algunos criterios mínimos de obligatorio seguimiento por las autoridades, entre los que se encuentra la obligación de gratuidad de la educación primaria. Para ello comenzaremos por señalar por qué es posible sostener que la Constitución establece una obligación ineludible de alcanzar la plena gratuidad de la educación primaria, para luego mostrar que dicho mandato no impone un esquema único de educación primaria. Con ello, se mantiene la naturaleza abierta de la Carta, incluso frente a un mandato constitucional tan directo como es el deber de gratuidad de la educación primaria.

## El deber constitucional de asegurar la gratuidad de la educación primaria

Dada la complejidad interna y los múltiples significados del derecho a la educación, conviene comenzar por hacer algunas precisiones preliminares. La expresión “derecho a la educación” es usada, en realidad, para referirse a tres objetos diversos. En primer lugar, se usa para hablar de un derecho a la educación en sentido literal. Este uso, como veremos adelante, hace referencia al derecho a acceder al servicio de educación. En segundo lugar, también es posible hablar de derechos en la educación. Esta dimensión abarca todos aquellos derechos que deben ser respetados dentro de los procesos educativos, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a fin de que las prácticas pedagógicas se adapten a los derechos humanos. En tercer lugar, con frecuencia se hace alusión a los derechos que se logran a través de la educación. Dentro de esta dimensión, el derecho a la educación es visto como un medio para el logro de otros derechos, como pueden ser la realización de una ciudadanía más plena, el libre desarrollo de la personalidad o el mejoramiento de las capacidades productivas, que permitiría además mejorar los niveles de ingreso. El problema de la gratuidad, tema central de este escrito, se sitúa esencialmente en el primer uso, es decir, el derecho a la educación y el deber correspondiente que tienen los Estados de asegurar a todas las personas el acceso y la permanencia en los procesos educativos.

De otro lado, desde el punto de vista de su contenido, algunos documentos de Naciones Unidas, en especial los informes de Katarina Tomasevski, quien fuera relatora especial sobre el tema durante varios años, y la Observación General No. 13 sobre el derecho a la educación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante *Pidesc*), establecen que el derecho a la educación puede tener dimensiones distintas. Así, la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación ha propuesto diferenciar entre cuatro obligaciones fundamentales que componen este derecho y que, en su conjunto, componen el conocido esquema de “las cuatro A”. Ellas son:

- 1) una obligación de “asequibilidad”, también conocida como de “disponibilidad”, que implica satisfacer la demanda educativa, ya sea por la oferta pública o la protección de la oferta privada. Ello supone la doble obligación de establecer o financiar instituciones educativas y de abstenerse de prohibir a los particulares la fundación de instituciones educativas;
- 2) una obligación de “accesibilidad”, según la cual el Estado se compromete a garantizar el acceso a las escuelas públicas disponibles sin discriminación alguna;
- 3) una obligación de “aceptabilidad”, conforme a la cual el Estado debe asegurar la adecuada calidad de la educación; y
- 4) una obligación de “adaptabilidad”, por la cual los Estados tienen el deber de brindar en sus centros educativos la educación que mejor se adapte a los niños y las niñas.

Dentro de este marco, el derecho a la gratuidad de la educación se sitúa como una obligación suplementaria de la obligación de accesibilidad, en la medida en que busca garantizar que no existan obstáculos económicos en el acceso y permanencia de las personas en los procesos educativos. En este sentido, la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (numeral 6, inciso b), ha señalado tres dimensiones distintas de la accesibilidad: la no discriminación, la accesibilidad material y la accesibilidad económica. Esta última hace referencia expresa a la enseñanza primaria gratuita.

La gratuidad parte entonces de una idea básica: si una persona tiene un derecho, es deber del Estado remover todos los obstáculos que se interponen para que ella pueda gozar de ese derecho. Ahora bien, en el caso colombiano, como en otros países, existen obstáculos económicos de acceso a la educación que se encuentran empíricamente verificados. Por ejemplo, la Encuesta de Calidad de Vida (DANE, 2003) señala que el 6,5% de los niños entre los 5 y los 11 años está por fuera de la educación y, de ellos, el 20,7% no asiste por razones esencialmente económicas. Esta circunstancia se agrava con la edad. En la población de 12 a 17 años, este porcentaje es del 50%. Es claro entonces que en Colombia existe un obstáculo económico que impide que las personas accedan al servicio de educación, que el Estado está entonces obligado a remover. En efecto, si la educación es entendida como un deber del Estado y como un derecho de la personas, el acceso a este servicio no puede estar condicionado a la capacidad de comprar ese derecho. Es de la esencia de los derechos ser bienes meritorios y no bienes de mercado, es decir, bienes que se asignan a las personas precisamente en su calidad de seres humanos y no por tener capacidad de pago. De allí entonces que una de las obligaciones del Estado en materia de educación sea la de remover los obstáculos, incluidos los económicos, que impidan que las personas puedan acceder a este derecho.

Aunque sea clara la existencia de una obligación del Estado de remover los obstáculos para el acceso a la educación, no es igual de claro que dicha obligación implique jurídica o económicamente un deber de gratuidad. En efecto, los obstáculos para acceder al derecho a la educación podrían ser removidos por otro tipo de medios, por ejemplo, a través de subsidios focalizados a la demanda, esto es, dirigidos únicamente a quienes carecen de recursos para pagar directamente el acceso a la educación. De esta manera se podría garantizar el derecho al acceso a la educación sin establecer una obligación para el Estado de proveer gratuitamente y de manera universal el servicio educativo. Esta cuestión nos conduce hacia una discusión jurídica relacionada con la forma en que está consagrado el derecho a la educación en los pactos de derechos humanos y en la Constitución. En este sentido, el punto de partida es el derecho internacional de los derechos humanos. A la luz de este derecho, ¿existe una obligación de gratuidad de la educación por parte del Estado o, por el contrario, éste tiene distintos instrumentos para garantizar el acceso y remover los obstáculos financieros?

Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1949), el derecho internacional de los derechos humanos ha consagrado, reiteradamente, una tríada de obligaciones

estatales sobre el derecho a la educación que se funda en un tratamiento diferenciado de la educación primaria, secundaria y superior.

Sobre la educación primaria, de acuerdo con los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados tienen la obligación no sólo de garantizar el derecho a la accesibilidad de la educación a todos, sino también de asegurar su gratuidad. Las normas internacionales en este aspecto son bastante claras. Así, por ejemplo, el *Pidesc* señala que los Estados, para “lograr el pleno ejercicio del derecho a la educación”, se comprometen a que “la enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente” (artículo 13, num. 2.a). Esta disposición ha sido reiterada por pactos ulteriores, como la Convención de los Derechos del Niño (artículo 28, num. 1.a a) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” (artículo 13, num. 3.a).

En relación con la educación secundaria y superior, las obligaciones que imponen los pactos son distintas. Para la educación secundaria, los tratados establecen la obligación de asegurar un acceso general y sin obstáculos a través de diversos instrumentos, entre ellos la implantación progresiva de la gratuidad. En la educación superior se mantiene esta misma obligación, pero se introduce la posibilidad de establecer como criterio de selección el mérito individual. En otras palabras, para el caso del acceso a la educación superior, éste puede estar determinado por un sistema de meritocracia, pero los obstáculos económicos deben ser removidos por distintos medios, entre ellos por la implantación progresiva de la gratuidad.

Esta tríada de obligaciones de los Estados en relación con la accesibilidad económica del derecho a la educación encuentra sustento en dos fuentes. De un lado, los tratados internacionales y las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente a través de las Observaciones 11 y 13. De otro lado, los informes de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, que constituyen la doctrina internacional autorizada en el tema<sup>7</sup>.

Sin entrar en un análisis detallado de estos documentos, a partir de ellos es posible extractar una serie de puntos claros y otros más polémicos acerca del alcance del derecho a la educación a nivel internacional. Por un lado, existe claridad sobre la obligación de acceso gratuito en el caso de la educación primaria. Así lo establecen varios apartes de las Observaciones Generales 11 y 13. Por ejemplo, la Observación General No. 11 señala en el numeral 7 que el requisito de gratuidad es de carácter “inequívoco”, pues “se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad

---

7 En efecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adquieren la calidad de “doctrina relevante”, entanto representan la opinión del órgano designado por las Naciones Unidas para vigilar el cumplimiento del *Pidesc*. Como en el ámbito internacional no existen muchos mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales, las Observaciones del Comité adquieren una fuerza vinculante semejante, aunque no igual, a la que tienen las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos. Por otra parte, si bien existe un intenso debate acerca de la autoridad jurídica que tienen los informes de los relatores de derechos humanos, estos constituyen referencias ineludibles para interpretar los alcances del derecho a la educación en el ámbito internacional.

de enseñanza primaria gratuita para el niño”. Así mismo, la Observación General No. 13 establece como rasgo distintivo del derecho a la enseñanza primaria el carácter de ser “asequible a todos gratuitamente” (numeral 10) y señala, además, que “mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implementen gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita” (num. 6.b, parte iii). De esta manera, con base en las disposiciones internacionales y en la doctrina autorizada, es posible afirmar que también es clara la obligación de los Estados de garantizar un sistema gratuito de educación primaria.

En cambio, en torno a la gratuidad en la educación secundaria y superior existe mayor polémica. La lectura del *Pidesc* y de las Observaciones Generales 11 y 13 permite afirmar que existe una obligación para los Estados de implantar progresivamente la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior<sup>8</sup>. Esto significa que “si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas” (Comité DESC, Observación General No. 13, Párr. 14). Sin embargo, la obligación de gratuidad para la educación secundaria y superior es menos fuerte, si se le compara con esta misma obligación en el caso de la educación primaria. Como lo señala la Observación General No. 13, “mientras que la enseñanza primaria ha de ser gratuita para todos, se pide a los Estados partes que implanten gradualmente la enseñanza secundaria y superior gratuita” (Comité DESC, Observación General No. 13, Párr. 6 apartado b, num. iii). Por esta razón, en la actualidad se debate si en realidad existe una obligación de establecer la gratuidad para la educación secundaria y superior, o si la gratuidad no es más que uno de los mecanismos (dentro de otros posibles) que tiene el Estado para garantizar el acceso a la educación secundaria y superior.

Además, en el caso de la educación superior, el Estado no tiene la obligación de garantizar una enseñanza “generalizada y accesible a todos” –como sí sucede para la educación primaria y secundaria–, sino que “debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno”. La diferencia radica en que mientras la educación primaria y secundaria debe ser accesible a todos por igual, en el caso de la educación superior “no ‘debe ser generalizada’, sino sólo disponible ‘sobre la base de la capacidad’, que habrá de valorarse con respecto a los conocimientos especializados y la experiencia de cada cual” (Comité DESC, Observación General No. 13, Párr. 19).

Este breve balance sobre la gratuidad de la educación permite afirmar que si bien existe discusión sobre la exigibilidad de esta obligación en el caso de la educación secundaria y superior, para la educación primaria se trata de una obligación claramente establecida por los tratados y la doctrina vinculante en el tema. Es más, este deber es tan claro que el artículo 14 del *Pidesc* establece una especie de norma de transición para los Estados que al momento de hacerse parte de este Pacto aún no hubieran podido instituir la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria. En efecto, dicha disposición señala que tales Estados adquieren la obligación de “elaborar y adoptar, dentro de un

---

8 Véanse los apartados b) y c) del párrafo 2 del artículo 13 del *Pidesc*, y los párrafos 20 y 14 de la Observación General No. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos”. A pesar de que este Pacto fue ratificado por Colombia en 1968 y empezó a regir desde 1976, hasta el momento, el Estado colombiano no ha adoptado dicho plan, lo que significa que lleva más de 30 años incumpliendo este deber.

No obstante la claridad de los mandatos internacionales, la regulación constitucional colombiana suscita algunas perplejidades porque la Constitución de 1991 establece un modelo mixto frente al derecho a la educación. En ciertos aspectos, la Constitución y la Corte han entendido la educación como un servicio que se provee dentro de un mercado. En otros casos, se ha reconocido a la educación como un derecho, incluso de carácter fundamental. Por esta razón, la Constitución, al mismo tiempo que estimula mecanismos de mercado para garantizar el acceso a la educación, impone obligaciones al Estado para que garantice la educación como derecho.

El artículo 67 de la Constitución establece que la educación es “obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. Sin embargo, señala que la responsabilidad de cumplir esta obligación es del “Estado, la familia y la sociedad”. Posteriormente, sobre el tema de la gratuidad, este mismo artículo señala que la “educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”. De esta manera, la Constitución establece que la educación es gratuita, pero sólo para aquellos que no pueden pagar sus costos. En este sentido, la Constitución no consagra la gratuidad de la educación primaria, sino un subsidio condicionado a la incapacidad de pago de los hogares. Si, como ya vimos, los tratados internacionales establecen la gratuidad del derecho a la educación primaria para todas las personas, sin establecer una distinción por el ingreso económico de las familias, entonces parece haber una contradicción entre la Constitución y los pactos en el tema de gratuidad de la educación primaria.

¿Cómo resolver esta tensión normativa? Existen diversas vías de solución. La primera alternativa consiste en afirmar que no existe contradicción alguna y que es posible armonizar las obligaciones del Pacto con las que establece la Constitución. Una interpretación que armoniza los dos tipos de obligaciones, sin restarles eficacia normativa, sostiene que en principio la educación es gratuita, aunque deben pagarla quienes tienen capacidad de compra, salvo en el caso de la educación primaria, que es obligatoriamente gratuita para todos. Esta interpretación armónica encuentra sentido en el artículo 93 de la Constitución, que establece que los derechos constitucionales tienen que interpretarse de conformidad con los pactos de derechos humanos ratificados por Colombia. En efecto, Colombia ha ratificado al menos cinco pactos internacionales que imponen el deber de gratuidad en la educación primaria, a saber: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Protocolo de San Salvador, la Convención de los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos Humanos. En esta medida, la armonización es necesaria y se impone la gratuidad.

La segunda alternativa de interpretación consiste en aceptar que existe una contradicción entre las normas internacionales y las constitucionales. Para resolver dicha contradicción no sería posible aplicar aquella norma de mayor jerarquía, dado que, en virtud de la figura del bloque de constitucionalidad (artículo 93 de la Constitución), ambas normas se entienden de la misma jerarquía. La forma de resolver dicha contradicción sería apelar al principio *pro homine*, que obliga a dar aplicación a aquella interpretación más favorable a los derechos humanos. De esta manera, las normas internacionales prevalecerían sobre las constitucionales, en tanto que dan una protección más amplia en la educación primaria, al consagrar la gratuidad universal y no en razón a la capacidad económica.

La tercera interpretación, a diferencia de la anterior, da prioridad a la Constitución sobre los tratados. Desde esta perspectiva, las normas internacionales no tendrían ninguna relevancia en el ordenamiento colombiano, ya que éste se funda en la jerarquía normativa de la Constitución sobre la cual no existe ninguna otra norma superior (artículo 4 Constitución Política). Por consiguiente, si la Constitución establece que la gratuidad de la educación depende de la capacidad de pago de las personas, es posible que las autoridades puedan cobrar derechos académicos a aquellos que están en capacidad de sufragar estos costos. Sin embargo, esta interpretación es insostenible porque desconoce toda la jurisprudencia constitucional que señala que los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia conforman un “bloque de constitucionalidad” de igual jerarquía que la Constitución<sup>9</sup>.

Aunque esta contradicción normativa debió ser resuelta por la Corte Constitucional, infortunadamente, la jurisprudencia en este punto sigue siendo muy ambigua. Por un lado, existe jurisprudencia de la Corte donde se afirma que, de conformidad con los pactos internacionales, la educación primaria es gratuita<sup>10</sup>. Pero, por otro lado, la Corte se ha abstenido de ordenar la gratuidad de la educación primaria para todos los peticionarios en algunas decisiones concretas, aunque ha reconocido la gratuidad de este derecho en grupos específicos, como la población desplazada (T-025 de 2004)<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, en un caso relativamente reciente (Sentencia T-550 de 2005), un hombre de escasos recursos presentó una tutela por desconocimiento del derecho de sus hijos a la educación, argumentando que el colegio le exigía el pago de costos educativos, por concepto de reparación de pupitres, equipos de informática y en general costos suplementarios, que el demandante consideraba excesivos. La Corte

---

9 Véanse, entre otras, las Sentencias C-225 de 1995, C-578 de 1995, C-135 de 1996, C-225 de 1995 y C-578 de 1995, donde se establece y desarrolla la noción. Más recientemente, véase la Sentencia C-401 de 2005. Para un análisis dogmático y jurisprudencial del Bloque de Constitucionalidad, véase Uprimny (2006).

10 Véase Sentencia C-210 de 1997. En este caso, la Corte se pronunció contra el artículo 186 de la Ley General de Educación, que establecía una prioridad para el ingreso y el estudio gratuito en las entidades educativas del Estado para los hijos de algunos servidores públicos. Al respecto, la Corte señaló que “la educación gratuita en los establecimientos estatales es un derecho para todo aquel que ingrese a tales instituciones y no puede limitarse solamente a servidores públicos”.

11 En esta sentencia se señaló que respecto del mínimo prestacional que siempre debe ser satisfecho por el Estado para la población desplazada, “el Estado está obligado, como mínimo, a garantizar la provisión de un cupo escolar a cada niño desplazado en edad de educación obligatoria, en un establecimiento educativo público” (Sentencia T-025 de 2004).

consideró que, en efecto, el colegio había vulnerado los derechos de estos menores<sup>12</sup>, pero no por el hecho mismo de cobrar para aceptarlos en la institución educativa, sino porque el cobro era excesivo, teniendo en cuenta el estrato socioeconómico del padre de familia. Esta decisión es sorprendente porque si, de acuerdo con los tratados internacionales, la educación primaria es gratuita para todos, con independencia del estrato socioeconómico a que pertenezca la persona, la Corte debió ordenar que el ingreso a la entidad educativa pública no estuviera condicionado a ningún pago. No obstante, la Corte consideró que era legítimo que las instituciones educativas públicas establecieran la gratuidad sólo para los miembros de estratos sociales más bajos, quienes entonces sólo debían cancelar los servicios complementarios, y que sólo se violaba el derecho a la educación en la medida en que dichos cobros sobrepasaban el monto establecido para el estrato socioeconómico del demandante.

En síntesis, y a pesar de las discutibles interpretaciones de algunas sentencias de la Corte Constitucional en este aspecto, si se atiende a los estándares internacionales y a una interpretación sistemática y *pro homine* de la Constitución y al alcance del bloque de constitucionalidad, se concluye la vigencia del principio de gratuidad en la educación primaria. Por ello, antes que una alternativa de política para garantizar el acceso a la educación, es un estándar de obligatorio cumplimiento para el diseño de la política educativa en Colombia.

## **Del derecho a la economía: una breve digresión de economía política sobre el deber estatal de asegurar la gratuidad de la educación primaria**

El principio de la gratuidad de la educación primaria es, entonces, un estándar obligatorio en la política educativa. Según lo expuesto en la sección anterior, esta conclusión es suficiente para sostener que cualquier política estatal o local que vulnere este principio contradice los estándares normativos y en esa medida debería ser abandonada por inconstitucional. Ninguna política debería poder justificar, con base en criterios técnicos o económicos, la exclusión de este criterio.

Conforme a lo anterior, no tienen relevancia jurídica las discusiones basadas en técnicas econométricas u otras herramientas de análisis económico o de políticas públicas que buscan establecer el mérito relativo de la gratuidad frente a otras alternativas (p. ej., las transferencias condicionadas a los ingresos). Éste no es, por supuesto, el único caso en el que las consideraciones de derechos humanos excluyen el análisis de costo y beneficio. Piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de justificar la tortura a través de análisis estadísticos que demuestren que este tipo de

---

12 La Corte no tuteló el caso concreto considerando que se trataba de un hecho superado porque el padre de familia finalmente había pagado los costos exigidos por la institución educativa. A pesar de esta consecuencia práctica, en términos doctrinales, la Corte se pronunció sobre las decisiones de los jueces de instancia en el caso (que habían negado la tutela por considerar que no se violó el derecho a la educación) y decidió revocarlas.

prácticas puede incidir en la disminución del delito<sup>13</sup>, por la sencilla razón de que existe un derecho universalmente reconocido a no ser torturado.

A pesar de la claridad de la obligación de gratuidad, para contribuir a un diálogo productivo entre el derecho y la economía, que es el propósito central de este libro, conviene referirse sumariamente a algunos argumentos que responden, desde la perspectiva de la gratuidad, a las críticas hechas por los economistas que defienden la alternativa de otorgar subsidios educativos focalizados sólo a los niños de las familias más pobres. De esta manera, además del argumento jurídico expuesto con anterioridad, en esta sección se defiende la gratuidad universal de la educación desde la economía política de la gratuidad de la educación básica.

Dentro de los argumentos más recurrentes en contra de la universalización de las políticas de gratuidad de la educación primaria se encuentran tres.

El primero es un argumento de restricción financiera, según el cual no existen los recursos suficientes para garantizar el derecho a la educación primaria gratuita a todos los niños y las niñas.

El segundo es un argumento de inequidad. De acuerdo con esta tesis, las políticas de gratuidad universal no son equitativas porque financian por igual a quienes tienen recursos económicos y a quienes no los tienen.

El tercer argumento es de calidad. Quienes exponen esta crítica asumen que la gratuidad universal de la educación genera una educación pública de mala calidad. Para quienes defienden este último argumento, precisamente ante la necesidad de aumentar la cobertura y sin recursos suficientes, la administración se verá forzada a reducir la calidad de educación que se ofrece. Esta disminución en la calidad es especialmente perjudicial para los niños de las familias más pobres porque, mientras que los niños de familias más adineradas siempre podrán acudir a colegios privados de mejor calidad, aquéllos no tendrán otra opción que acudir a una educación pública degradada. De esta manera no sólo se repite el círculo vicioso de ofrecer educación de mala calidad para los más pobres sino que además se conserva la segregación social, pues la educación pública será vista como una educación de mala calidad y sólo para “pobres”.

Por estas razones, los críticos de la gratuidad universal de la educación insisten en la conveniencia de políticas alternativas a la gratuidad, tales como la focalización de

---

13 Este ejemplo no es tan descabellado como podría parecer a primera vista. De hecho, se trata de una discusión vigente en Estados Unidos con relación al terrorismo. El profesor Alan Dershowitz, de la Universidad de Harvard, sostiene que en casos de urgente necesidad (por ejemplo, cuando sea necesario prevenir un ataque terrorista masivo), es irresistible el uso de la tortura. El problema entonces no es si se puede evitar la tortura sino, más bien, si ésta puede ser regulada. La forma correcta de regularla sería, según Dershowitz, a través de un proceso judicial, en donde las autoridades encargadas de hacer interrogatorios deberían solicitar una “orden judicial de tortura” que estableciera los límites al tipo y duración del dolor permitido. Para un desarrollo de la idea, véase Dershowitz (2001, 2002). Sobre esta discusión, véase también Ignatieff (2004).

los subsidios educativos para entregarlos a los realmente pobres y las transferencias condicionadas a la asistencia.

Sin embargo, una política educativa que no asigna gratuitamente el bien de la educación primaria a todos por igual, sino que se basa en la diferencia de ingreso para asignarlo, puede resultar inconveniente por varias razones. En esta línea, Amartya Sen (2000) desarrolla una serie de argumentos en contra de la tendencia recurrente en políticas públicas de subordinar la ayuda a la constatación de la falta de ingresos, que resulta particularmente relevante en el caso de la educación primaria.

El primer argumento está relacionado con las distorsiones en la información que provocan las estrategias que no aseguran el acceso gratuito. Las políticas de subsidio condicionadas a la falta de ingresos generan incentivos perversos para el suministro correcto de la información. Si lo que se requiere para acceder a la ayuda estatal es demostrar bajos ingresos, muchas personas van a informar ingresos menores que los realmente recibidos con el fin de mantener el subsidio, mientras que otros van a abstenerse de solicitar el subsidio por considerar una deshonra tener que declararse pobres. Esta dinámica genera una asignación ineficiente de los recursos porque no es fácil establecer mecanismos apropiados para focalizar a la población que debería recibir el subsidio.

Esta crítica es particularmente relevante en el caso de la educación en Colombia. Como es bien sabido, el cobro de los costos de matrícula y complementarios depende del estrato establecido en la encuesta Sisben. Sin embargo, como se ha mostrado en numerosas ocasiones, la encuesta Sisben no parece ser un mecanismo adecuado para la inclusión de la población beneficiaria. Los problemas se presentan especialmente en los mecanismos para identificar la pobreza o la incapacidad de pago y en la aplicación de la encuesta. Respecto de los criterios de inclusión, muchos analistas señalan problemas tales como que la encuesta no refleja los cambios en la capacidad de pago, privilegia la evaluación de bienes y de otros logros acumulados históricamente que pueden no decir mucho sobre la capacidad actual de las personas, y adopta mecanismos punitivos frente a la promoción social, como cuando evalúa la educación de las personas (Barajas, Conversa y Romero, 2002). De esta manera, la encuesta deja sin incluir a numerosos beneficiarios que no tienen capacidad para pagar la educación de sus niños y niñas. Además, desmotiva a aquellas personas que cumplen las condiciones para ser admitidas por la encuesta a exigir aquello a lo que tienen derecho.

La segunda crítica de Sen se relaciona con la distorsión en los incentivos. De acuerdo con el economista indio, la ayuda condicionada a los ingresos puede influir en la conducta económica de los individuos, al disuadirlos de realizar otro tipo de actividades económicas que les reporten un cambio en su nivel de ingresos. Esta crítica es muy similar a la ya conocida “trampa de desempleo” que opera en los subsidios condicionados a la ausencia de medios económicos. El efecto perverso de este tipo de subsidios consiste en que desincentiva al beneficiario a conseguir un empleo o a aumentar sus ingresos a través de una actividad productiva, porque esto implicaría que perdería el subsidio. Como lo señala Van Parijs (2002), “si cada euro

de ingreso es compensado con la pérdida de un euro de subsidio, uno no tiene que ser especialmente vago para rechazar un empleo que podría mermar esos ingresos o para no buscar activamente esos trabajos”. De esta manera, si los subsidios sociales (en educación y salud) están condicionados a la encuesta del Sisben y la inclusión en dicha encuesta depende del nivel de pobreza, entonces las personas preferirán no participar en nuevas actividades productivas con tal de no ser excluidos del estrato que les permite acceder al subsidio.

La tercera crítica resalta la estigmatización a la que pueden ser sometidos los individuos subsidiados. De acuerdo con Sen (2000, p. 171), “un sistema de ayuda que obligara a una persona a declararse pobre [...] tendería a repercutir en su amor propio, así como en el respeto a los demás”. Estimular el amor propio puede parecer en principio un objetivo poco importante para la política social. Sin embargo, su análisis requiere una atención especial porque el sentimiento de estigmatización puede desestimular la solicitud de ayudas que los gobiernos y las administraciones hacen un considerable esfuerzo por promover<sup>14</sup>. Al contrario, con la universalización de la educación gratuita, todos los niños y las niñas podrían asistir a los mismos colegios sin que se pudiera diferenciar entre el niño pobre que recibe un subsidio de aquel que puede pagar su ingreso, y todos accederían a la misma educación como ciudadanos de igual categoría.

La cuarta crítica en contra de la ayuda condicionada a la comprobación de falta de medios está asociada con los costos administrativos y la corrupción que puede generar la administración de un sistema de subsidios focalizados. De acuerdo con Sen (2000), los procedimientos de selección de los destinatarios pueden implicar altos costos administrativos, dado el importante volumen de información por procesar. En un sentido similar, el economista colombiano Alfredo Sarmiento ha sostenido en discusiones públicas que en países muy pobres es más fácil focalizar a los ricos que a los pobres. Por ello, concluyen autores como Sarmiento, es administrativamente menos costoso incluir a los ricos en el derecho universal que se le da al conjunto de la población que establecer un mecanismo informativo para identificar a los beneficiarios pobres. Pero, sin duda, el elemento más grave es que una burocracia grande que fiscaliza la asignación de recursos hace más factible la corrupción. Esto sucede, de un lado, porque el burócrata que realiza la clasificación conserva siempre un poder de definición que puede ser influenciado por alguien. Y, de otro lado, porque cuando las personas aumentan su capacidad de pago, son castigadas con la pérdida del subsidio, por lo que se ven inducidas a mentir sobre sus ingresos para mantenerlo.

---

14 El caso de la educación técnica y tecnológica en Colombia puede ser un buen ejemplo. Tradicionalmente se ha conocido este tipo de educación como “educación para pobres”, dada “su baja calidad, la rigidez de una oferta centrada en oficios puntuales que no permite movilidad entre campos ocupacionales y la falta de oportunidades de vinculación con el mundo productivo para desarrollar prácticas o pasantías que cubran a un número importante de estudiantes” (OEI, 2003). La estigmatización de este tipo de educación es uno de los factores que conllevó a un déficit de personal técnico en el mercado laboral y al aumento de la demanda de educación superior universitaria.

En quinto lugar, el manejo de la información de beneficiarios también comporta una cierta pérdida de intimidad y autonomía de las personas beneficiarias, quienes deben revelar datos muy personales al someterse a los programas de investigación y seguimiento que buscan determinar si realmente carecen de los medios económicos para ser elegibles para el subsidio.

El sexto argumento a favor de una política de educación universal y gratuita es que promueve a la escuela como un espacio de encuentro ciudadano universal y policlasista. En efecto, si la escuela logra ofrecer un servicio de educación con calidad asequible tanto a pobres como a ricos, entonces puede convertirse en un lugar donde personas de distintas clases socioeconómicas puedan encontrarse y proteger así un mismo bien público.

El séptimo argumento está directamente relacionado con el anterior. Una oferta universal de educación primaria gratuita al conjunto de la ciudadanía no sólo genera espacios de encuentro ciudadano, sino que permite asegurar la sostenibilidad política de estos programas sociales en el futuro. Los programas focalizados en los más pobres corren el riesgo, después de un tiempo, de que las clases más pudientes, que pagan los impuestos necesarios para subsidiar esos programas sin beneficiarse en nada de ellos, simplemente dejan de apoyarlos, sin que los más pobres puedan oponerse a ello por contar con poco poder político (Sen, 2000).

La gratuidad recordaría, finalmente, que la educación es esencialmente un derecho, y no una mercancía. Esta diferencia es importante porque, como lo sostiene Karl Polanyi (2003) en su análisis clásico de economía de mercado mundial, si bien es admisible que existan sociedades con economía de mercado, lo que es intolerable es una “sociedad de mercado”. No todos los bienes pueden ser pensados desde una racionalidad estrictamente mercantil. Es fundamental mantener parcialmente por fuera del mercado cierto tipo de servicios que deben ser considerados como derechos, como bienes meritorios que todas las personas merecen como una condición de dignidad personal, y no como una mercancía o como una inversión en capital humano. Si la educación fuera vista sólo desde esta última perspectiva, se llegaría a conclusiones insostenibles en términos de derechos, como que sólo deberían acceder a ella quienes puedan pagarla (educación como mercancía), o que no es viable ofrecer educación con recursos públicos cuando la tasa de retorno no sea atractiva financieramente (educación como inversión). Una política de este último tipo vería como poco productiva, por ejemplo, la promoción de la educación pública para los discapacitados, porque ella supone una inversión financiera muy alta, con tasas de retorno muy bajas. Pero es obvio que dichas personas tienen derecho a una educación especial por su condición de seres humanos.

Las anteriores consideraciones de economía política muestran que la política de subsidios educativos focalizada en los más pobres es menos sencilla de lo que a veces parece y que, al contrario, existen ventajas considerables en la universalización de la

educación gratuita, al menos en primaria. En este aspecto parecen entonces coincidir las exigencias normativas derivadas del contenido del derecho a la educación con la lógica económica. Con esta conclusión en mente, volvamos al tema preciso de la garantía jurídica del derecho a la educación y a lo que ella nos dice acerca del tema general de este artículo, esto es, la relación entre Constitución y modelo económico.

## La preservación del carácter abierto de la Constitución

Las dos secciones anteriores parecerían cerrar las alternativas de política educativa y confinarlas a la gratuidad de la educación primaria. Esto, se podría observar, contradice nuestra tesis general sobre la apertura de la Constitución normativa colombiana a diversas alternativas de políticas públicas. En esta última sección intentamos refutar esta posible crítica, mostrando que, incluso frente a un mandato constitucional tan preciso y claro como el de la gratuidad de la educación primaria, la Carta permite algunos márgenes de maniobra a las autoridades en la elaboración de las políticas educativas.

Esos márgenes de maniobra están relacionados al menos con dos temas: 1) la definición del alcance concreto de la gratuidad y 2) el vínculo que existe entre esa obligación de gratuidad y el derecho que los padres tienen de escoger la educación de sus hijos, que es reconocido tanto por la Constitución como por los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Examinemos brevemente esos dos aspectos.

De un lado, existen varios enfoques sobre el contenido de la obligación del Estado de suministrar una educación primaria gratuita, que oscilan entre una concepción minimalista y otra maximalista. La visión minimalista afirma que la gratuidad de la educación implica que sólo los costos de la matrícula y de los derechos académicos deben ser eximidos de pago. La concepción intermedia afirma que además de los anteriores costos, la gratuidad de la educación implica que también deberían subsidiarse los costos indirectos, como uniformes, libros y transporte. Finalmente, una tercera perspectiva, más robusta, y que algunos podrían considerar maximalista, plantea que la gratuidad debe cubrir gastos compensatorios, es decir que el Estado debería subsidiar el costo de oportunidad en que incurre la familia al enviar a un niño a la escuela.

La doctrina del Comité DESC se inclina por una protección de tipo intermedio, pero sin clausurar el tema. Para el Comité, no sólo los costos de matrícula y los derechos académicos deberían ser gratuitos, sino que el Estado debe cubrir también algunos costos de tipo indirecto muy ligados a obstáculos económicos al acceso a la escuela, como los costos de los uniformes. En efecto, la Observación General No. 11 en el numeral 7 señala que “los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización”, pero también lo son, según el Comité, ciertos “gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando

de hecho no lo son”. Allí mismo se señala que “otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso”.

Aunque la doctrina del Comité DESC incorpora algunos costos indirectos dentro del mandato de gratuidad, no cierra totalmente el tema. Por ello, en este aspecto, las autoridades públicas mantienen una cierta libertad para decidir cómo desarrollan políticas concretas de gratuidad. Es claro que los órganos políticos deben excluir los cobros de matrículas y de derechos académicos y ciertos costos asociados, pero pueden tomar opciones diversas en otros aspectos. Por ejemplo, una vez garantizada la gratuidad del anterior aspecto, que es el piso que imponen las normas de derechos humanos, algunas administraciones municipales (o incluso el Congreso como política pública nacional) podrían avanzar en la adopción de un criterio más robusto de gratuidad. Bien podrían incluir ciertas transferencias condicionadas a la asistencia para las familias más pobres, con el fin de compensarles el posible costo de oportunidad que les representa enviar a sus hijos a la escuela, en la medida en que los sustraen de labores domésticas, que, aunque pueden estar prohibidas por las normas de derechos humanos, son frecuentes en la realidad social de países como Colombia.

Esta posibilidad muestra, además, que nuestros argumentos jurídicos y económicos a favor de la educación primaria universal y gratuita, no implican un rechazo absoluto de los subsidios y de ciertas formas de focalización del gasto social. Por el contrario, creemos que la focalización y los subsidios son herramientas válidas y útiles, pero pensadas como complementos de los deberes del Estado de asegurar niveles de cubrimiento básicos de los derechos sociales, bien sea mediante su prestación directa por parte del Estado, o bien mediante su suministro por parte del sector privado o las comunidades organizadas.

Lo problemático, a la luz del derecho a la educación, es la tendencia de la política social latinoamericana de los años ochenta y noventa a degradar el contenido de esos deberes estatales y convertirlos en programas meramente “asistencialistas” para los más pobres. Estas visiones plantearon objeciones válidas, en términos de equidad y de eficiencia, a los servicios sociales prestados por el Estado desarrollista latinoamericano, pero desarticularon el universalismo de la política social. En efecto, ellas convirtieron los subsidios a la demanda y la focalización casi que en fines en sí mismos, y no en mecanismos complementarios a las estrategias de universalización de los derechos sociales que debe tener un Estado Social de Derecho. Esta observación también es hecha, entre otros, por el Instituto Interamericano para el Desarrollo Social –Indes– del Banco Interamericano de Desarrollo –BID–, que ha examinado críticamente esos enfoques y ha propuesto una visión alternativa de la política social, que denomina el “universalismo básico” y que parece más compatible con los deberes sociales que la Constitución impone al Estado colombiano (Molina, 2007).

El segundo punto de debate tiene que ver con el alcance de la gratuidad y su relación con el derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos. La gratuidad podría

asegurarse mediante la oferta de una educación pública gratuita, pero, si las autoridades sólo proponen esos programas, surge la siguiente pregunta: ¿en dónde queda el derecho de los padres de escoger la educación de sus hijos, que supone que las familias deberían disponer de una oferta amplia de opciones y no conformarse con la única posibilidad que les ofrecen los gobiernos? En algunos países, para hacer compatible el deber de gratuidad con la libertad de escogencia de los padres, el Estado otorga algún tipo de subsidio a colegios privados para garantizar un cierto pluralismo educativo. Por ello, algunos consideran que la obligación del Estado no se agota con el suministro de una educación pública gratuita sino que debe ofrecer una gama de opciones educativas distintas, lo cual también brinda un espacio abierto a las autoridades para combinar esquemas distintos de articulación entre educación pública y educación privada.

En suma, a pesar de que la Constitución fija contenidos mínimos de la política educativa, tampoco se trata de una Constitución cerrada que determine en forma completa y unidireccional los medios para garantizar el derecho a la educación, incluso en un tema en el que los tratados imponen una obligación muy específica, como es el caso de la gratuidad de la educación primaria. Una Constitución cerrada en esta materia no sólo establecería que todas las personas tienen derecho a la educación, sino que además precisaría el medio para alcanzarla, por ejemplo, consagrando una forma única de educación pública universal. La Constitución colombiana, en cambio, si bien precisa parámetros mínimos de la política educativa, no fija el medio preciso para alcanzar dicho contenido. De esta manera, el objetivo de la gratuidad en la educación primaria puede ser alcanzado o bien a través de un sistema de oferta pública o bien por medio de concesiones a agentes privados.

## Conclusiones

A lo largo de este artículo hemos sostenido que la Constitución colombiana no es neutra en el manejo económico, porque establece límites a las políticas económicas y sociales. Se trata, por tanto, de una Constitución valorativa y normativa que reconoce principios y derechos, así como formas judiciales para su protección, todo lo cual implica restricciones jurídicas a las actuaciones de las autoridades económicas. Sin embargo, como lo muestra nuestro análisis del derecho a la educación, se trata también de una Constitución abierta, porque no institucionaliza un modelo económico rígido y otorga, dentro de los límites estudiados, una amplia libertad de decisión al Legislador y un margen apreciable de actuación al Ejecutivo y a las otras autoridades económicas, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en numerosas sentencias.

La Constitución colombiana logra, entonces, un equilibrio institucional y axiológico adecuado entre los dos principios básicos que sustentan la legitimidad de los ordenamientos políticos contemporáneos: el principio de soberanía popular, que aboga por un gobierno fundado en las decisiones de las mayorías, y el principio de la inviolabilidad de los derechos, que implica restricciones y obligaciones al Poder Público y a las propias mayorías con el fin de amparar los derechos de la persona. En

este sentido, la relación entre Constitución, modelo económico y política social en Colombia busca satisfacer al máximo ambos principios: las decisiones económicas básicas y el diseño de las políticas para lograr la realización efectiva de los derechos sociales corresponden a los órganos políticos, que tienen origen en la votación mayoritaria, pero dentro de los límites impuestos por la protección judicial de los derechos constitucionales. Mientras que, en virtud del primero, la Carta protege el principio de representación democrática, mediante el segundo reconoce que los derechos de las personas, para ser verdaderos derechos, no pueden estar abandonados al regateo político y al principio mayoritario.

De esta forma, la Constitución recoge uno de los pilares del constitucionalismo contemporáneo, según el cual los derechos constitucionales son cartas con las que cuentan los individuos para protegerse del juego de las mayorías. Desde esta perspectiva, sólo se puede decir que una persona A tiene derecho a hacer una conducta X, si la mayoría no puede evitar que A realice X, aun cuando la mayoría considere que la realización de X disminuye su bienestar. Es lógico, por tanto, que tales derechos sean asegurados por una institución que no pertenezca a las mayorías, como puede ser el tribunal constitucional (Dworkin, 1977).

La Constitución colombiana establece, en fin, el marco para un diálogo entre las mayorías democráticas, que encarnan la soberanía popular, y los jueces constitucionales, que tienen a su cargo esencialmente la protección de los derechos. Como lo mencionamos en la sección introductoria, en la práctica no siempre se ha logrado ese equilibrio postulado por la Constitución, y en muchas ocasiones el diálogo entre los jueces, autoridades económicas, juristas y economistas no ha sido fecundo y constructivo. De allí que este capítulo haya buscado crear espacios de encuentro entre todos ellos para que, como lo propone el título de este libro, tomemos los derechos sociales en serio.

## Referencias bibliográficas

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*(12).
- Asenjo, Ó. D. (1984). *La Constitución Económica Española*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Barajas, C., Conversa, L., & Vega Romero, R. (2002). La focalización de subsidios para aseguramiento en salud: percepción de usuarios, funcionarios y autoridades locales, y distritales. *Gerencia y Políticas de Salud*, 96-115.

- Blanco Valdés, R. (1994). El valor de la Constitución. *Separación de poderes, supremacía de la ley y control constitucional en los orígenes del Estado liberal*. Madrid: Alianza Editorial.
- Carrasquilla, A. (2001). Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico. *Revista de Derecho Público de la Universidad de Los Andes*(12).
- Clavijo, S. (2003). *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*. Bogotá: Alfaomega, Cambio.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales . (1999a). *Observación General N° 11*. Planes de acción para la enseñanza primaria. Documento E/C.12/1999/4. 20° periodo de sesiones.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1999b). *Observación General N° 13*. El derecho a la educación. Documento E/C.12/1999/10. 21° periodo de sesiones.
- DANE. (2003). *Encuesta Nacional de Calidad de Vida 2003*. Bogotá: DANE.
- Defensoría del Pueblo. (2003). *El derecho a la educación en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Bogotá: Serie DESC.
- Dershowitz, A. (8 de noviembre de 2001). *¿Is there a Torturous Road to Justice?* . Los Angeles Times.
- Dershowitz, A. (Julio de 2002). *¿When all else Fails, Why not Torture?* American Legion Magazine.
- Dworkin, R. (1977). *Los derechos en serio*. Barcelona: Arie.
- Ignatieff, M. (2004). *El mal menor. Ética política en una era de terror*. Bogotá: Taurus.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Kelsen, H. (s.f.). Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution. *Journal of Politics*(4), 183.
- Molina, C. G. (Ed.). (2007). *Universalismo básico: una nueva política social para América Latina*. Washington: BID.

- Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes. (1998). *La Corte Constitucional: el año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Organización de Estados Iberoamericanos –OEI–. (2003). Formando para el trabajo en los países andinos. Obtenido de <http://www.oei.org.co/publicaciones/escuelas.pdf>
- Polanyi, K. (2003). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Rodríguez Garavito, C. (1997). Los casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana. En *Nueva interpretación constitucional*. Medellín: Diké.
- Rodríguez Garavito, C. (1998). *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. En Observatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de Los Andes, La Corte Constitucional: el año de la consolidación*. Bogotá: Universidad de Los Andes.
- Rodríguez Garavito, C., & Uprimny, R. (2006). *¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia*. En R. Uprimny, C. Rodríguez Garavito, & M. Villegas García, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Schmitt, C. (1934). La teoría de la Constitución. *Revista de Derecho Privado*.
- Sen, A. (1999). *Desarrollo y libertad*. Bogotá: Planeta.
- Sunstein, C. (1993). *The Partial Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tomasevski, K. (1999). Derechos económicos, sociales y culturales. *Informe preliminar de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski* presentado de conformidad con la 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos del 13 de enero. Naciones Unidas. E/CN.4/1999/49.
- Tomasevski, K. (2004). Derechos económicos, sociales y culturales. *Informe anual de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, Katarina Tomasevski*, presentado de conformidad con la 1998/33 de la Comisión de Derechos Humanos del 25 de enero. Naciones Unidas. E/CN.4/2004/45.

- Uprimny, R. (2005). La gratuidad en la educación básica. *Debates de Coyuntura Social. Fedesarrollo*(19).
- Uprimny, R. (2006). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso pena*. Bogotá: *Escuela Judicial*, Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R. (2007). *Agendas económicas de modernización del Estado y reformas constitucionales en América Latina: encuentros y desencuentros*. Bogotá: BID. Documento mimeografiado.
- Uprimny, R., & Rodríguez Garavito, C. (2006). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. *Coyuntura Económica*(62).
- Uprimny, R., Rodríguez Garavito, C., & García Villegas, M. (2006). *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Van Parijs, P. (2002). Renta básica: una idea simple y poderosa para el siglo XXI. En P. Van Parijs, *Hacia una concepción de la justicia social global* (págs. 91-141). Medellín: ENS, Fundación Confiar.