

El principio de Pacta Sunt Servanda y la estipulación de intereses, del Dr. Fernando Hinestrosa Forero vuelve sobre un tema que por siglos ha estado vigente, en sus inicios el debate fue religioso, hoy es básicamente legal. El contrato y la auto-nomía privada frente al interés público, su naturaleza política, el respeto a la palabra empeñada, la confianza en él como cimiento de toda economía. Todos estos, elementos puestos con maestría en perspectiva por el autor, sin duda enriquecen la discusión, sobre todo cuando cambian los reglamentos que fijan los intereses, sea que estos suban o bajen. El lector encontrará una fuente de reflexión importante a lo largo de su lectura.

En la sección Internacional, hemos incluido el artículo de Giles Slinger y Simon Deakin, profesor de la Universidad de Cambridge, sobre la política regulatoria que se debe seguir con los terceros que cooperan directamente con los negocios sociales. Este escrito de derecho societario, Company Law: an instrument for inclusion-regulation stakeholder relations in takeover situations, es un artículo en donde se presenta una propuesta de política regulatoria para garantizar los derechos y resolver las relaciones de los terceros colaboradores con las compañías en situaciones de absorción respecto a la compañía que toma el control. Las propuestas, aplicadas al derecho de sociedades del Reino Unido, resumen la filosofía de esta legislación y las situaciones donde se presentan absorciones hostiles.

Política de competencia: prácticas monopolísticas absolutas en la Ley 29 de 1996, artículo presentado por Oscar García Cardoze, muestra la situación de los Hard Core Cartels, lo que autor llama los monopolios bilaterales y las concentraciones empresariales en Panamá, de acuerdo con los elementos normativos de la Ley 29 de 1996. Muestra que la filosofía de esta ley, no es como en la mayoría de los países, la protección del bien jurídico del interés económico general, sino el interés del consumidor, variación que naturalmente debe incidir en la aplicación de la ley.

En la línea de los temas tradicionales de derecho económico, encontramos el artículo: Consumidores y ética: derecho a la información y derechos ciudadanos, de José Vargas Niello, que nos resume algunos de los elementos y directrices fijadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1995, lo cual debe llevar a que con el tiempo los estándares de protección de los Estados nacionales sean equivalentes, sobre todo en relación con la difusión de la información sobre los productos, sobre todo cuando estos tienen incidencia en la salud y seguridad de las personas.

Los adelantos técnicos no son ajenos al derecho, por ello Daniel Peña Valenzuela, nos ha adelantado parte del trabajo que está preparando sobre los mismos y sus relaciones con el proceso de interpretación del mismo. El Derecho del ciberespacio: Fundamentación tecnológica en el análisis del derecho, nos presenta un reto aparentemente novedoso para los operadores jurídicos, donde la introducción de elementos científicos y técnicos podrán producir cambios en la percepción del derecho y su aplicación. Las reflexiones del autor, centradas e importantes, están señalando un camino que no debemos perder de vista.

Por último, las reflexiones sobre un aspecto técnico poco conocido de gran impacto en la defensa del bien jurídico de la salud frente a la competencia desleal pone a reflexionar sobre dos valores en conflicto, la vida y la salud frente al económico.

La Constitución colombiana de 1991: ECONOMÍA Y ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Jorge Jaramillo Vargas
Alfonso Ossa Parra

Primer puesto
Premio José Ignacio de Márquez, Julio de 2001

I. Introducción

El décimo cumpleaños de la todavía púber Constitución Política de 1991, se presenta como una oportunidad de evaluar los primeros efectos de su adopción desde las más diversas ramas y ópticas; esta evaluación coincide, aunque no necesariamente en una relación causa-efecto, con una degradación de las variadas crisis en el último decenio en Colombia.

Uno de los aspectos que más ha influido en el nuevo arreglo social es, sin duda, el del paradigma del Estado Constitucional con la interpretación de la concepción normativa directa e *in integrum* del texto constitucional que claramente ha evidenciado lo que algunos autores han llamado la “jurisdiccionalización” de la vida en sociedad¹. El poder de la Corte Constitucional de aplicar directamente los principios rectores del Estado² en las jurisprudencias con grandes efectos en la economía ha evidenciado la necesidad de analizar el papel de la Ley y de la interpretación jurídica en las decisiones económicas en el nuevo marco constitucional, lo cual ha redundado en nuevos campos de estudio más amplios y fértiles, pero también más complejos e inciertos.

El análisis económico del derecho se presenta en este contexto como un método, que puede y debe ser ponderado conjuntamente con otros valores políticos para evitar posibles disfunciones entre los poderes públicos y entre el bien general y el bien particular, que se puedan generar como consecuencia de la aplicación de los nuevos paradigmas constitucionales.

Los primeros intentos de análisis económico del derecho, como aplicación sistemática, a áreas del derecho que no regulan expresamente relaciones económicas tienen apenas 40 años³. Temas diversos como el divorcio, el sexo, el suicidio y las relaciones institucionales enmarcadas en una constitución política, y sus realidades disímiles, pueden ser también analizadas en el entendimiento de que la teoría económica es un método que, bajo ciertos presupuestos, es capaz de alcanzar conclusiones y predicciones correctas para diversos problemas.

El papel positivo del análisis económico⁴ del derecho o el intento de explicar las reglas y resultados legales (como las *jurisprudencias-reglas* de nuestra Corte Constitucional) tal como son, en lugar de cambiarlos

para mejorarlos, tienen el sello del razonamiento económico. Cuando aplicamos la teoría económica tan sólo para *verificar* si una norma jurídica es eficiente (maximiza la riqueza) se podría afirmar que se trata de un análisis positivo. Pero el análisis económico del derecho también pretende tener una función normativa cuando influye en una construcción eficientista de las instituciones⁵.

En el papel normativo del análisis económico del derecho, el economista no puede decir a la sociedad que debería tratar de limitar el narcotráfico, pero sí podría demostrar que es ineficiente reprimirlo; puede aclarar un conflicto de valores demostrando cuánto de un valor –la eficiencia– debe sacrificarse para alcanzar otro, señalando el camino dirigido alcanzar fines sociales señalados en la Constitución. Es importante establecer que en este trabajo entendemos la eficiencia como una categoría ética *entre otras* y que, de ninguna manera, se privilegia el criterio económico absolutista y excluyente que han pretendido defender algunos pioneros del análisis económico del derecho⁶. De hecho, existen de tiempo atrás importantes debates entre el positivismo jurídico y la sociología en cuanto al origen último de los fallos de los jueces y otros estudios de otras disciplinas igualmente considerables⁷. Los juicios acerca de la eficiencia pueden ser tan controvertidos como los de distribución.

1. Sandra Morelli. “El nuevo paradigma del derecho constitucional y la postmodernidad”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, N° 308, 1996, p. 69.

2. Véase especialmente las sentencias: C-252/98, C-136/99, C-383/99, C-815/99, C-995/2000, C-1433/2000, C-1437/2000.

3. Comenzaron con dos famosos artículos: Ronald H. Coase. “The Problem of Social Cost”, *3 Journal of Law & Economics*. 1 (1960). Guido Calabresi. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, *70 Yale Law Journal* 449 (1961).

4. Richard Posner. *El Análisis Económico del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 28.

5. En razón a sus raíces teóricas neoclásicas los estudios de análisis económico del derecho han privilegiado la función predictiva en el análisis sobre el de eficacia de las normas jurídicas.

6. Posner afirma que la teoría económica del derecho es la teoría positiva del derecho más prometedor que existe. Los trabajos de antropólogos, sociólogos, psicólogos, politólogos tienen un contenido teórico o empírico insuficiente para generar competencia a los economistas, Posner. *El Análisis Económico...*, *cit.*, p. 31.

7. Rüdiger Lautman. *Sociología y Jurisprudencia*, México, Fontamara, 1993.

La economía aclara entonces un valor, intentando con sus técnicas mostrar a la sociedad el costo para alcanzar un ideal no económico de justicia. “La demanda de justicia no es independiente de su precio”⁸, pero agregando que el precio tampoco puede ser la consideración única y exclusiva para alcanzarla.

La tesis de este artículo consiste simplemente en establecer que, de ser jurídicamente posible, es razonable y conveniente utilizar los métodos del análisis económico, entre otros criterios a ponderar en los fallos de la Corte Constitucional con efectos en la economía, que tengan protección constitucional. En el ejercicio, utilizaremos una sentencia reciente de la Corte Constitucional (C-1433/2000) que declaró inexecutable un aparte del artículo 2° de la ley anual de presupuesto (Ley 547 de 1999) en cuanto “se omitió el mencionado deber jurídico, en lo relativo al ajuste salarial de los servidores públicos por el año 2000”.

En este ensayo equidad y eficiencia son conceptos clave para la formulación de ideas que buscan establecer vínculos no sólo entre la economía y el derecho, sino además con la filosofía política de la Constitución de 1991. Por lo cual, el análisis económico del derecho debe ser entendido en un sentido amplio, tolerante y pluralista, como aproximación y aporte al conocimiento multidisciplinar.

8. Posner. *El Análisis Económico...*, cit., p. 33.

9. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* N° 102, 19 de junio de 1991.

10. En los tiempos de la Constituyente ya se discutía sobre la percepción generalizada de la abundancia de derechos carentes de mecanismos para hacerlos valer.

11. A tal punto llegó la preocupación del constituyente que incluyó una disposición que enumera los derechos de aplicación inmediata.

12. Oscar Dueñas. *Salud, Pensiones y Trabajo en el Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1999, p. 12.

13. Arts. 43 y 241 a 244 de la C. P.

14. Herman Schwartz. “The New Courts: An Overview”, *Eastern Constitutional Review*, Spring, 1993, p. 28.

15. Jean-Marie Henckaerts and Stefaan Van der Jeught. “Human Rights Protection Under the New Constitutions of Eastern Europe”, In Loyola L. A. *International and Comparative Law Journal*, 20, 1998, p. 475.

16. Walter F. Murphy. “Constitutions, Constitutionalism, and Democracy”. In *Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World*, editado por D. Greenberg et. al. Oxford University Press, 1993.

En la primera parte del trabajo, ilustraremos sobre los cambios fundamentales que introdujo la constituyente de 1991; particularmente los relativos a la interpretación de la Constitución y a la *nueva* concepción del derecho; en la segunda, analizaremos los principales problemas que se presentan para la recepción del análisis económico del derecho en nuestro sistema constitucional, incluyendo los problemas culturales, jurídicos y de rechazo a los argumentos puramente eficientistas; en la tercera sección intentaremos un análisis económico, en términos de equidad y eficiencia, de la sentencia aludida de la Corte Constitucional; para finalizar con una sección dedicada a las conclusiones. El enfoque elegido, asume un papel positivo del análisis económico del derecho que toma las reglas *tal como son* sin pretender en el análisis introducir soluciones normativas.

II. El cambio constitucional

En la Asamblea Nacional Constituyente de 1991⁹, el problema de la efectividad de los antiguos y nuevos derechos se constituyó en una prioridad. Esta prioridad se reflejó en una nueva Carta Política de corte finalista o teleológico, que en los términos del llamado *nuevo constitucionalismo*, consagra un Estado interventor mediante un conjunto sistemático de disposiciones jurídicas destinadas a la realización de un orden económico y social justo, dentro del marco del Estado social de derecho.

Con el ánimo de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales y su efectividad material¹⁰, el constituyente de 1991 establece un marco económico ontológicamente calificado, que parte de la base del reconocimiento de la desigualdad social existente (art. 13); y a partir de la acción pública, consagra instrumentos de intervención en el ámbito económico para que corrijan esas desigualdades en procura de la realización de los derechos fundamentales que forman parte del orden público constitucional¹¹.

Esta concepción del papel del orden constitucional replantea la visión tradicional en la que “la Constitución era especialmente un cuerpo normativo que señalaba la organización del Estado, excepcionalmente se hablaba de derechos y garantías sociales, que aparecían en el título III de la Constitución anterior. Título que puede decirse, necesitó incorporarse en el Código Civil para el conocimiento de esos derechos y garantías por parte

de los operadores jurídicos, con el propósito de que “legalizándolos” serían cumplidos; tal mecanismo tampoco sirvió por la sencilla razón de que los derechos civiles y políticos del Estado liberal se atribuían al hombre en abstracto, a ese hombre como sujeto en el racionalismo del Código Civil del siglo XIX¹².

La tesis establece que no es entonces suficiente que aparezcan los derechos en un texto normativo; lo relevante es que puedan ser efectivamente garantizados; esta aproximación marca una diferencia esencial con la formulación constitucional de los derechos liberales clásicos. Se les da entonces a las normas constitucionales contentivas de principios rectores del Estado el papel normativo *in integrum* y directo y se constitucionaliza el procedimiento para que esa aplicación directa pueda ser exigida por los ciudadanos a los administradores de justicia.

Dentro de este marco, se creó la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución¹³. Hasta la Segunda Guerra Mundial, pocos Estados tenían cortes constitucionales y su acción sobre la legislación era insignificante¹⁴. Después de 1945 en Alemania Occidental, Italia, Austria, Chipre, Yugoslavia, Grecia, España, Portugal e incluso en Francia...! se crearon cortes con poderes sobre la acción legislativa y la protección efectiva de los derechos humanos¹⁵, desde entonces, el debate filosófico y social sobre los efectos, que sobre la democracia tiene el control constitucional, ha sido intenso¹⁶.

17. No obstante el art. 230 que establece que: ... *Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.* Conc.: Arts. C. de P. P. 60, 83.

18. Fabio Morón. *Jurisdicción Constitucional en Colombia; La Corte Constitucional 1992-2000 –realidades y perspectivas–*, 2001, p. 25.

19. Para ver una crítica a esta revolución ver. Carlos Jaramillo. “Fuerza de las Leyes en la Constitución de 1991”, *Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, diciembre 1995, p. 83.

20. Es preciso anotar que ha sido la misma Corte Constitucional, la que ha definido sus propias pautas de interpretación.

21. César Rodríguez A. *El Test de la Razonabilidad y el Derecho a la Igualdad*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1999, p. 257.

22. Un proceso parecido ha sufrido el derecho comercial internacional, con la llamada *lex Mercatoria*.

23. Corte Constitucional, Sentencia T-778/92.

En Colombia, para realizar su tarea, se le otorgó a los jueces la posibilidad de *trascender* el principio del “imperio de la Ley”¹⁷ hacia otros estadios; “ahora encuentra en ella no un fin sino un instrumento para la realización de los objetivos superiores de justicia y equidad. Su tarea ya no se reduce a garantizar el cumplimiento de los contenidos materiales de la ley, sino adentrarse en el análisis crítico de los mismos, pues dicho ejercicio se le impone en la medida que su función esencial es contribuir a la realización plena del principio de justicia material, en tanto intérprete calificado del ordenamiento jurídico”¹⁸.

Encontramos una verdadera *revolución*¹⁹ en la *interpretación* de lo contenido en la Carta Política y un viraje fundamental, con la voluntad de la mayoría de los magistrados de la Corte Constitucional²⁰, hacia el antiformalismo²¹ frente al formalismo²²; dicotomía tan antigua como el derecho mismo, que es, valga afirmar, *liderada* por la misma Corte Constitucional en los siguientes términos: “Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de *una nueva manera de interpretar el derecho*, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de derecho.

*Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica”*²³ (cursivas nuestras).

Lo que hemos llamado la verdadera *revolución*²⁴ se encuentra en la interpretación que la Corte Constitucional 1991-2000 ha realizado al Texto Fundamental. Afirma el Profesor Alejandro Martínez

“... Generalmente hemos concebido el derecho como conjunto de normas que están ahí, en las leyes para ser identificadas y aplicadas en casos concretos. Sin embargo, ...resulta que el derecho no está ahí para ser descubierto sino que es preciso construirlo en cada caso. El derecho nunca es, siempre está en proceso de ser, siempre se está creando a medida que es interpretado”²⁵, las decisiones, al no estar guiadas exclusivamente por las normas, se comienzan a mover en el terreno político. Y en este terreno termina finalmente la inevitable conciliación²⁶ entre los postulados liberales de garantía de las libertades por medio de decisiones previsibles (Estado Liberal); el respeto por las decisiones tomadas por las mayorías en los órganos políticos (el Estado democrático) y su tarea de contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa (el Estado Social).

Se trata, pues, de una teoría garantista²⁷, que aprecia el derecho y la justicia como elementos de desarrollo, en la onda de aquellas que postulan una orientación de la decisión judicial por las consecuencias²⁸ con inmensos poderes de interpretación para los magistrados²⁹. El impacto del nuevo esquema ha superado las mejores expectativas de los mismos constitucionalistas del nuevo derecho. Algunos fallos³⁰ de la Corte Constitucional y sus efectos han sido objeto de estudios³¹ de diversa tesura científica y cultural: Economistas, juristas³², sociólogos³³, hacendistas³⁴, periodistas³⁵, e incluso estadistas³⁶ se han pronunciado desde sus perspectivas, para no hablar de los ciudadanos comunes haciendo uso de la tutela constitucional.

24. Aunque para algunos nada ha cambiado, es claro que en la práctica el valor de la jurisprudencia en nuestro sistema ha tenido profundas modificaciones: Ver Jaramillo. “Fuerza de las leyes...”, *cit.*

25. Alejandro Martínez. “Apuntes sobre el Estado social de derecho en la Constitución colombiana”, Texto de la conferencia dictada en el *Seminario Didáctica de la Nueva Constitución*, ICES, 1991, p. 35.

26. Hay que conciliar por lo menos al Estado Liberal con el Estado Democrático y con el Estado Social. Ver a: Rodrigo Uprimy. “La Motivación de las Sentencias y el Papel del Juez en el Estado Social y Democrático de Derecho”, *Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, diciembre 1995, p. 132.

27. Afirma el Dr. José Gregorio Hernández: “...la Constitución tiene vocación de realidad y debe tener vigencia efectiva en la vida diaria en el desenvolvimiento de la actividad ciudadana, en el ejercicio de la función pública...” Ver José Gregorio Hernández. *El Ejercicio Independiente de la Función de Control de Constitucionalidad*, Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte

Como lo expresa el profesor José María Gondra³⁷, todo intento de promover una Jurisprudencia consecuencialista “social o económica” ha chocado con dos problemas: de un lado, la delimitación precisa de las consecuencias a considerar por el Juez. ¿Qué consecuencias de la regla de decisión han de tenerse a la vista? ¿Dónde debe interrumpir la cadena interminable de consecuencias y subconsecuencias posibles?; y de otro, el de la valoración e interpretación de las consecuencias. ¿Cómo se han de valorar e interpretar las consecuencias de la regla de decisión? ¿Cómo se alcanza alguna coherencia y certeza jurídica en los fallos?³⁸.

No es el objeto de este artículo evaluar la bondad o la maldad del esquema elegido por la Constituyente³⁹; consecuentemente, nuestro objetivo no es argumentar sobre sí el llamado *Estado Constitucional* es o no conveniente, o si deben ser los jueces, mediante sentencias, quienes deben dar soluciones al Estado social de Derecho, o si los jueces que legislan⁴⁰ usurpan las prerrogativas del poder ejecutivo y/o⁴¹ legislativo, como ocurre cuando *ordenan* a las agencias del poder ejecutivo *cómo* asignar sus recursos de aplicación, o si se olvidan de las ventajas de la división de poderes del Estado Liberal⁴². Es preciso reiterar que el enfoque elegido, asume un papel positivo del análisis económico del derecho que toma las reglas *tal como son* sin pretender en el análisis introducir soluciones normativas⁴³. Nos interesa el proceso de conocimiento y los elementos de análisis utilizados por la Corte Constitucional en desarrollo de sus funciones, es decir, sobre los métodos y las fuentes cognoscitivas que soportan sus fallos, y la posibilidad jurídica de que éstos sean, cuando las consecuencias económicas de los mismos lo ameriten, fundamentados y ponderados, junto con otros valores constitucionales, con métodos de análisis económico del derecho; todo ello antes de abordar el intento de un análisis económico.

III. El nuevo entorno constitucional y la recepción del AED

La mejor manera de evaluar la utilización de los métodos del análisis económico del derecho como jurisprudencia racional, es examinar las principales barreras⁴⁴ para su recepción en el mundo del derecho.

Los obstáculos para que en Colombia se lleven a cabo interpretaciones jurídicas partiendo de criterios

económicos tienen su principal origen en la forma como se conciben cada una de las disciplinas, en los mismos dilemas que dividen a la propia economía y en las limitaciones constitucionales para la aplicación de la eficiencia como jurisprudencia racional. Plantearemos los tres problemas fundamentales a la luz de nuestras circunstancias particulares.

Constitucional 1992-2000: Realidades y Perspectivas, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2001, p. 430.

28. (Consequentialist argument, folgenorientierte Argumentation).

29. Kalmanovitz afirma que algunos magistrados de la primera Corte Constitucional cuyo periodo culminó en marzo de 2001, debilitaron los elementos liberales contenidos en la ley de la nación y reforzaron los temas introducidos por los sectores social-demócratas y conservadores. ver Salomón Kalmanovitz. Preparado para el Seminario: Diez años de la Constitución colombiana, 1991-2001. Debate de Evaluación. Facultad de Derecho, Universidad Nacional e ILSA, Auditorio León de Greiff, junio 2001.

30. Sentencias: C-252/98, C-136/99, C-383/99, C-815/99, C-995/2000, C-1433/2000, C-1437/2000.

31. Mauricio Rubio. *Elementos para el diagnóstico de la Justicia Civil Colombiana*, Criterios de Justicia, Corporación Excelencia por la Justicia, Año 1, N° 4 (1997); Manuel Cepeda. *La Corte Constitucional: El año de la Consolidación*, Observatorio de Justicia Constitucional, Universidad de Los Andes (1997); S. Clavijo. *Política Fiscal y Estado en Colombia*, Universidad de los Andes y Banco de la República, (1998); Hugo Palacios. *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*, Biblioteca de Derecho Vigente, (1999); Luis Carlos Sachica. "Los jueces Acaban la Separación de Poderes", *Revista Consigna*, Bogotá, septiembre 2000.

32. Pablo J. Caceres. "La Justicia en la Planeación Nacional", *Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, 1995, p. 63.

33. Santos Boaventura de Sousa. "Los Tribunales en las Sociedades Contemporáneas", *Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, diciembre 1995, p. 5.

34. Juan Camilo Restrepo. *Memorias de Hacienda 1998-99*, Ministerio de Hacienda y Crédito Público (2000).

35. Ver estudio, *Opinión Pública y Corte Constitucional*, Estudios Ocasionales, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas, Universidad de Los Andes, 1996.

36. Alfonso López. *Segundo Encuentro de la Corte Constitucional 1992-2000: Realidades y Perspectivas*, noviembre 1995, p. 35.

37. José María Gondra. "Tiene Sentido Impartir Justicia con Criterios de Economía", *Revista de Derecho Mercantil* N° 225, Madrid, 1997, pp. 1545-1672.

38. Es entre los extremos de la Escuela exegética y el derecho libre donde debemos buscar una guía para la interpretación de la Constitución.

39. Eso no quiere decir que el autor no crea conveniente la evaluación de la necesidad de realizar cambios normativos a la Carta Política.

A. La dificultad de integrar los enfoques científico sociales en el ordenamiento jurídico

La primera dificultad tiene que ver con la manera en que aprendemos y abordamos las relaciones entre las ciencias. Aunque las relaciones entre la economía política y el derecho privado hayan sido obvias en las democracias occidentales, desde hace ya más de un siglo, su estudio y metodología de análisis ha sido más bien unidisciplinaria⁴⁵.

El Profesor español Candido Paz-Ares⁴⁶ describe muy bien, cómo para un abogado como lo es co-autor de este ensayo y para todas las generaciones formadas en las aulas del pensamiento dogmático, acudir al recurso de la interdisciplina, es decir, utilizar los instrumentos culturales ajenos a la propia formación, significa, constatar cierta marginación cultural; hasta en el lenguaje se puede reconocer que no existe una comunicación fluida entre abogados (jueces) y economistas, para hablar solamente de los exponentes de estas suertes⁴⁷. O, como lo expresa Stigler⁴⁸ "ya sea por selección natural o de un triunfo de la educación

40. Sandra Morelli. *La Corte Constitucional: ¿Un legislador complementario?*, Temas de Derecho Público, N° 45, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

41. Sandra Morelli. *La Corte Constitucional: Un papel institucional por definir*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001.

42. Posner. *El Análisis Económico...*, cit., p. 581.

43. O como lo expresa Stigler, "muchos economistas tienen preferencia políticas públicas bien definidas, pero éstas no pueden desfilarse luciendo el resplandeciente uniforme del conocimiento científico: Ver George Stigler. "El Derecho y la Economía de las Políticas Públicas: Una Súplica a los Estudiantes", *Análisis Económico del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, 1998.

44. Para ver los principales obstáculos de la aplicación del AED en Europa ver: José María Gondra. *Tiene Sentido...*, cit., p. 1631; para ver los obstáculos en México ver: José Ramón Cossío. *Derecho y Análisis Económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 319.

45. Exceptuando el derecho de los carteles que tiene notables antecedentes en la aplicación de la economía en el derecho, en el que tanto su práctica, como en su enseñanza ha contenido importantes elementos de análisis multidisciplinarios.

46. Candido Paz-Ares. "La economía política como jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)", *Anuario de Derecho Civil*, 1981, p. 604.

47. Es común ver últimamente cómo los abogados crean "leyes económicas" sin fundamento económico alguno y a su vez economistas critican los fallos de la corte sin ninguna consideración a las ciencias jurídicas.

sobre la naturaleza humana, el abogado y el economista tienen rasgos bastante disímiles”. Es claro que estas diferencias constituyen una frontera que limita la posibilidad de realizar esfuerzos conjuntos entre diversas disciplinas del conocimiento, dificultando así la aplicación de metodologías como la del análisis económico del derecho. Sin embargo, estas barreras no deben constituir una restricción a nuestros esquemas mentales sino un reto para avanzar en el conocimiento multidisciplinario.

En la frontera entre la economía y el derecho se encuentra la aplicación del análisis económico del derecho. “El análisis económico del derecho trata de resolver dos preguntas básicas acerca de las normas jurídicas (una descriptiva y otra valorativa): ¿Cuáles son los efectos de las normas legales (fallos) en la conducta de los agentes económicos? y ¿son esos efectos socialmente deseables?”⁴⁹.

Ahora bien, sí es cierto que la tarea de los jueces no se reduce a garantizar el cumplimiento de los contenidos materiales de la ley, sino además adentrarse en el análisis crítico de los mismos, en la medida que su función primordial es contribuir a la realización plena del principio de justicia material para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad; entonces, está claro que los jueces deberían atender la relevancia jurídica de los efectos de sus fallos con que se pretende alcanzar esa realización material. Veamos dos argumentos que ilustran muy bien una disfunción en la manera en que se han tomado algunas decisiones económicas en la Corte Constitucional.

La primera tesis, la define un Magistrado de la Corte Constitucional 1992-2000⁵⁰ en los siguientes términos: ...“aún reconociendo que una decisión judicial puede producir efectos no queridos en muchos campos, la responsabilidad de los mismos no recae en el tribunal que declara la inconstitucionalidad sino en quien, violando la Constitución, profirió la norma o el estatuto inexecutable... y no por ignorar la materia especializada, por ejemplo, la económica, sino porque el deber de los magistrados es *administrar justicia*”.

La segunda tesis la define otro Magistrado del mismo período⁵¹ como sigue ... “no debe el juez constitucional encerrarse en una especie de torre de marfil, colocada por encima de la realidad que lo circunda, y bajo el pretexto, de *fallar únicamente en derecho*, –como es, indudablemente, su principal obligación–, desconocer

esa realidad y dentro de ella, los factores que, en un momento dado o en circunstancias determinadas, hagan inviables, o imposibles de cumplir, sus decisiones, particularmente aquellas que tienen incidencia en el campo económico; o, que pasando por alto el trascendental principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el interés particular o individual, con sus decisiones resulte privilegiando este con detrimento para aquel” (subrayado nuestro).

En la primera tesis se resalta esta defensa del derecho como disciplina autónoma⁵², por parte de, precisamente, aquellos más notorios exponentes del nuevo constitucionalismo; éste sí, por su propia naturaleza, para nada afecto a estos absolutismos; muy por el contrario, el nuevo paradigma jurisprudencial propicia el análisis multidisciplinar para apoyar esa tarea fundamental de los magistrados de administrar y *concretizar* justicia. Esta posición denota además cierta desconfianza hacia el conocimiento multidisciplinar, que aunado a los poderes de interpretación en cabeza de los magistrados puede ocasionar, en el nombre de la justicia, graves perjuicios al bien común por parte del intérprete calificado del ordenamiento jurídico. Este enfoque es contrario, en ocasiones, inclusive a la realidad práctica de la dogmática jurídica⁵³. En la segunda tesis, se reconoce que, en ocasiones, no es posible administrar justicia, sin considerar las consecuencias económicas y los argumentos de defensa del interés general, y por tanto reconoce, una apertura hacia argumentos más amplios en desarrollo del papel del juez en el nuevo entorno constitucional.

Ante la dificultad de ubicar los fallos dentro de la amplia gama de posibilidades que ofrece la Constitución, *la argumentación* de los fallos del intérprete adquiere una gran importancia en la tarea de armonizar todos los valores y principios relevantes al caso. A falta de técnicas unánimemente admitidas, se impone el recurso a los razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, cuando éstos son objeto de controversia. Con más razón cuando de acuerdo al artículo 48 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional, en su *parte motiva*, constituyen criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación del derecho en general y gozan de cosa juzgada⁵⁴ *implícita* si guardan unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia⁵⁵. La jurisprudencia constitucional tiene fuerza de cosa

juzgada constitucional⁵⁶, de suerte que obliga hacia el futuro para efectos de la expedición o su aplicación ulterior.

Ahora bien, las prácticas y metodologías interdisciplinarias pueden mejorar la calidad de la motivación de las sentencias para contribuir a lograr esquemas legales más justos y más coherentes; para lograrlo, la idea misma del análisis económico del derecho es un gran aporte.

“Si algo añoramos de la Corte es que incorpore nuevas formas de modulación que le permita tener en cuenta más dimensiones del impacto de sus fallos ... *no por el efecto económico o cultural del mismo, sino por la relevancia jurídica de dichos efectos*”⁵⁷. En la dimensión económica, es indudable que el intérprete económico puede aportar su técnica para determinar que las consecuencias de un fallo podrían generar un despilfarro en los recursos, ocasionando pérdidas a los más pobres; y ya al juez le corresponderá decidir si esa ineficiencia vale o no el sacrificio de otros valores y principios constitucionales.

Cada intérprete en cada disciplina jurídica o económica “se ve forzado a construir su campo desde el principio, siendo libre para elegir cualquier camino de observación y experimentación, puesto que no existen métodos estandarizados, ni un bloque de fenómenos aceptados universalmente por todos los científicos del mismo campo”⁵⁸. El propósito de las teorías existentes en las ciencias sociales es hacer predicciones de cómo el comportamiento humano se adapta a las cambiantes circunstancias. La técnica económica de Posner⁵⁹ indica que “La economía es la ciencia de la elección racional en un mundo (nuestro mundo) donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas. Así definida la economía, su tarea consiste en explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida (interés propio)”.

Desde el punto de vista científico, la economía como ciencia imperialista⁶⁰, por discutibles que puedan ser sus paradigmas, ha demostrado tener un poder explicativo y predictivo enorme respecto a las modalidades del comportamiento humano; desde la aceptación pacífica de esta perspectiva, es, por lo menos, un despropósito desdeñar esa sabiduría. Las técnicas del análisis económico están disponibles para proporcionar una estimación útil acerca de los efectos buenos de parte de las políticas económicas.

Criterios de eficiencia o de equidad, para mencionar dos, permiten al economista, por ejemplo, afirmar razonablemente que el “derecho a la vida digna” instrumentado a través del control permanente a las tasas de interés, o, la indexación del salario mínimo y de los salarios de los servidores públicos, tiene efectos hacia los más pobres, y, por lo tanto, tales políticas-fallos deben ser abandonadas o utilizadas para servir otros valores, igualmente contenidos en la Constitución.

En los fallos con efectos sustanciales en la economía, es también el problema el que determina la técnica de pensamiento, y es razonablemente demostrable que cuando se trata de problemas económicos debe utilizarse también técnicas económicas para su solución e interpretación frente a los valores y principios señalados en la Constitución. Esto quiere decir que el juez debe ir más allá de la simple confrontación de las normas constitucionales; debe además tener en cuenta las posibilidades económicas de solución del problema

48. George Stigler. “El Derecho y la Economía de las políticas Públicas”, 1993, p. 14.

49. Carlos Ossa. *Corte Constitucional: en la frontera entre el derecho y la economía*, Una Contraloría con Opinión, T. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 2000, p. 395.

50. José Gregorio Hernández. *El Ejercicio Independiente...*, cit., p. 427.

51. Vladimiro Naranjo. *El Papel de los tribunales constitucionales en el sistema político*, Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992-2000: Realidades y Perspectivas, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 2001, p. 494.

52. Richard Posner. The Decline of the Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987, 100 *Harvard Law Review*. 761 (1987).

53. José María Gondra. *Tiene Sentido...*, cit.

54. En el artículo 243 de la Carta se consagra la denominada “cosa juzgada constitucional”, en virtud de la cual las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional presentan las siguientes características: tienen efecto erga omnes y no simplemente inter partes y por regla general obligan para todos los casos futuros y no sólo para el caso concreto.

55. Sentencia del 5 de febrero de 1996.

56. No sólo de los fallos sino además la motivación de las leyes adquiere gran importancia.

57. Manuel José Cepeda. *La ubicación de la Corte Constitucional en el sistema político*, Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992-2000: Realidades y Perspectivas, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 525.

58. Thomas Khun. *The structure of Scientific Revolutions*, 1970, p. 13.

59. Posner. *El Análisis Económico...*, cit.

60. Reuven Brenner. *Economía; ¿Una Ciencia Imperialista?*

de manera razonable, sopesando la economía con los valores políticos.

El análisis económico del derecho, en su concepción *amplia* es, ante todo una construcción de un lenguaje, que permite crear una comunicación multidisciplinaria que nos reta a superar nuestra naciente formación curricular. Quienes en última instancia realizan las políticas del Estado, llámense jueces, congresistas o Ministros no pueden analizar el derecho sin atender criterios económicos o, analizar la economía sin atender valores constitucionales o legales de carácter social. La disfunción total es una utopía. Si los fallos de la Corte Constitucional estuvieran supeditados exclusivamente a un concepto de “eficiencia económica” como referencia valorativa legítima, es decir, y para tomar una definición, de sus efectos en relación con el aprovechamiento de los recursos escasos de que dispone la sociedad para satisfacer las necesidades de sus miembros, encontraríamos que ésta es sólo una dimensión desde la que puede considerarse la sociedad, entre otras muchas, como la equidad y la solidaridad. “La complejidad de la vida social no es reductible en exclusiva, para nadie medianamente sensato, a ese punto de vista”⁶¹.

Por el contrario, si los fallos de la Corte estuvieran supeditados a una interpretación exclusiva de las normas sin consideración a las consecuencias económicas, y a la relevancia de éstas en el ordenamiento constitucional, estaríamos aceptando que la desigualdad económica y social es un problema de carácter jurídico en un mundo de recursos abundantes en el cual la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de la sociedad son estáticos y predeterminados en una Carta Política ontológicamente cualificada como la nuestra. Esta lectura es insostenible, en tanto que los métodos de las ciencias económicas⁶² constituyen un valioso insumo para las decisiones sociales en cualquier organización política que se conozca. La realidad económica parte de reconocer que los recursos son escasos y la tarea de los economistas es buscar asignarlos de la mejor manera posible.

Es necesario en primera instancia, que el alto tribunal constitucional argumente sobre los efectos que tienen sus providencias sobre el ámbito económico, lo cual se encuentra ligado de manera íntima con el bienestar general, de suerte que la alteración de las diferentes variables que lo componen puede tener una incidencia directa sobre el ejercicio de los derechos consagrados para los asociados.

El desconocimiento de los efectos económicos y de equidad puede hacer, que, mediante sus fallos, el juez constitucional en aras de proteger un derecho determinado, decrete de manera indirecta la violación de otras garantías o derechos consagrados en la Carta. De otra forma, y exagerando un poco, es posible, que nuestros ingenieros legales, ante su poca vocación económica, recomienden la fuerza del vapor para hacer funcionar un reloj de muñeca⁶³.

“Una buena motivación no es entonces un preciosismo académico sino que deriva de la relación democrática que debe existir entre el juez y su entorno en el Estado social y democrático de derecho”⁶⁴. Entonces, el conocimiento y las ciencias encuentran su razón de ser. Es necesario que el interprete acuda al mejor equilibrio

Compendio de Análisis Económico del Derecho, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

61. Jose María Gondra. *Tiene Sentido Impartir...*, cit., p. 1607.

62. Al igual que los métodos sociológicos.

63. George Stigler. “El Derecho y la Economía de las Políticas Públicas: Una Súplica a los Estudiantes”, *Compendio de Análisis Económico del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 25.

64. Rodrigo Upriny. *Motivación de las Sentencias...*, cit., p. 137.

65. James M. Buchanan. “Buena Economía-Mal Derecho”, *Compendio de Análisis Económico del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 37.

66. H. Eidenmüller. *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen, 1995; A. Polinsky. “Economic Analysis as Potentially defective product: a buyer’s guide to Posner’s Economic Analysis of Law”, *Harvard Law Review*, 1992.

67. La eficiencia paretiana: una determinada distribución de los recursos alcanza el óptimo de Pareto cuando no existe ninguna distribución alternativa posible en la que alguien pueda mejorar sin que paralelamente se produzca un empeoramiento de otro. Si los recursos están ineficientemente distribuidos resulta siempre factible mejorar a, por lo menos, una persona sin empeorar a los demás. Sólo puede alcanzarse un máximo de eficiencia social en la distribución de los recursos cuando todas y cada una de las actividades sociales generan un costo social idéntico al beneficio social.

68. Mediante este criterio se considerará eficiente toda situación en la cual aquellos que obtienen un beneficio deban compensar a quienes obtienen una pérdida, independientemente de que en realidad lo hagan.

69. Douglass C. North. “Structure and Change in Economic History”, Norton & Company, 1981, p. 6.

70. Richard A. Posner. “What Has Pragmatism to Offer Law?”, *63 California Law Review*, 1653 (1990). “To those who equate economics with scientism and who consider pragmatism the rejection of the scientific approach to philosophy, my attempt

económico-social, pues las preferencias del público cambian y las condiciones económicas también.

Queda la duda sobre quién debe realizar ese análisis. La formación unidisciplinaria no le permite a la los magistrados realizar un análisis económico. Una Corte compuesta por abogados-políticos con conocimientos económicos sofisticados sería en todo caso “mejor” a aquella engendrada por abogados-políticos, no conscientes de la existencia de dichos conocimientos económicos. La realidad y las necesidades prácticas deberán ir perfilando la multidisciplinaria curricular que se demande. En cualquier caso la asesoría económica debe ser permanente y provenir de fuentes de reconocida autoridad en la materia. Sería de gran ayuda encontrar *un criterio* para determinar que aquellas sentencias que tengan mayor impacto sean estudiadas mas detalladamente en sus efectos.

Para el futuro, nuevos programas curriculares permitirán mejorar la comunicación entre economistas y abogados. Hay un costo de oportunidad en el estudio de una economía más elaborada en la educación de los abogados; éste se mide mediante la pérdida de oportunidades que surge al atender a una mejor comprensión de preceptos constitucionales fundamentales; lo mismo puede ser dicho para los economistas. En palabras de Buchanan⁶⁵ “el derecho es sumamente importante para dejarlo en manos de los abogados”. Añadiéndole, por supuesto, que la economía es tan importante como el derecho, para dejársela a los economistas.

B. El rechazo al eficientismo

El segundo inconveniente se presenta en la nada pacífica aceptación de la eficiencia como criterio para impartir justicia. La unidimensionalidad del enfoque y

to relate the economic approach to pragmatism will seem perverse. But scientific philosophy—the attempt to construct a metaphysics, a theory of action, an ethical theory, a political theory or what have you that has the rigor and generality that we associate with the natural sciences—is not at all the same thing as social science, which is the application of scientific method to social behavior. Most pragmatists have not disbelieved in the utility of scientific method. Quite the contrary, pragmatism in the style of Peirce and Dewey can be viewed as a generalization of the ethic of scientific inquiry—open-minded, forward-looking, respectful of fact, willing to experiment, disrespectful of sacred cows, anti-metaphysical. And this is an ethic of which law needs more. I am not saying that the economic approach to law is rooted in or inspired by pragmatism, for in truth it is rooted in and inspired by a belief in the intellectual power and pertinence of economics. But economic analysis and pragmatism are thoroughly, and I think fruitfully, compatible”.

la pretensión de exclusividad de la eficiencia como su punto de vista valorativo han valido grandes críticas a Posner⁶⁶. La eficiencia, definida como la maximización de la riqueza total de la sociedad, se propone como el patrón de valoración de las medidas políticas, en el marco la llamada economía del bienestar, viene a ser una definición simplificada de las de Pareto⁶⁷ y Kaldor-Hicks⁶⁸, correspondientes a la teoría neoclásica.

Una idea atractiva de la teoría neoclásica es la de que, bajo condiciones de incertidumbre, es imposible que exista la maximización de utilidad o riqueza individual porque no es posible conocer con certeza el resultado de la decisión que toma el agente; sin embargo, el resultado de maximización de la riqueza ocurre. Douglass C. North señala que la eficiencia es un resultado directo de la teoría neoclásica. Este resultado se da, porque ante condiciones de *indiscutible* escasez, la competencia hace que las normas, políticas e instituciones mas eficientes sobrevivan sobre aquellas menos eficientes⁶⁹. Y de eso parece haber suficiente evidencia.

Los términos eficiencia e ineficiencia son diseñados para comparar las implicaciones de dos clases de restricciones: en una, el comportamiento maximizador de los agentes da lugar a un incremento en el producto de la economía, mientras que en la otra, no se da tal aumento. De ahí la importancia de estudiar cuidadosamente los efectos del conjunto de normas (fallos) legales ya que estas constituyen las restricciones de un arreglo institucional.

En la actualidad el concepto de eficiencia está estrechamente relacionado con *la sociedades de mercado*. Los críticos fundan su desconfianza en la eficiencia al no creer que la operación de una economía de mercado alcance por si sola la eficiencia que una sociedad busca. Posner se ha ocupado en debatir estos argumentos en contra del eficientismo⁷⁰.

Una de las críticas mas concretas contra la aplicación del análisis económico del derecho, es que las personas no son maximizadoras racionales de sus preferencias individuales como los analistas económicos suponen. Casi todos los análisis económicos del derecho están fundados en el supuesto que las personas tienen preferencias estables y su comportamiento está dirigido a maximizar tales preferencias. Pero la psicología, la sociología, la historia han mostrado que estos supuestos muchas veces pueden ser falsos.

Christine Jolls, Cass R. Sunstein, y Richard Thaler argumentan que el comportamiento racional que supone la economía, es diferente al que uno esperaría del *homo economicus*⁷¹. Un ensayo de Martha Nussbaum va más allá en la crítica, al señalar cómo varios fundamentos de la economía tradicional han distorsionado el desarrollo del pensamiento económico. Ella considera que los individuos no se pueden considerar simplemente como egoístas que buscan maximizar su utilidad. Tampoco se puede considerar la utilidad como una cantidad unidimensional que varía sólo en cantidad y cuya medición está sólo relacionada con el grado de satisfacción que alcanza el individuo. También es cuestionable suponer que las preferencias se determinan exógenamente en vez de ser construidas a partir de las instituciones existentes. Los argumentos de Nussbaum están basados en reconocidos planteamientos de la filosofía y la historia como por ejemplo, los de Amartya Sen quien ha demostrado que la utilidad se debe entender como un vector en lugar de un escalar; o los de Partha Dasgupta, quien ha demostrado que una buena medición de la utilidad tiene como referencia, a alguna institución; su crítica va dirigida al concepto de las preferencias, como herramienta para describir la utilidad; este concepto es una simplificación del proceso de toma de decisiones al no considerar aspectos tan importantes como lo son los deseos, las emociones y la intención hasta llegar a la acción⁷².

El no considerar los aspectos mencionados del conocimiento y el comportamiento humano puede distorsionar los resultados del análisis económico del derecho. Por ejemplo, se puede exagerar la miopía y el egoísmo de la gente al examinar su comportamiento frente a nuevas normas; o, los modelos de maximización pueden arrojar resultados erróneos al no considerar las reglas heurísticas que las personas emplean comúnmente.

Sin embargo, son precisamente los problemas asumidos en la economía moderna del estado benefactor, los que forzaron a los economistas a entrelazar los puntos básicos existentes entre filosofía política y derecho. Las anteriores consideraciones respecto a las carencias de los modelos económicos para describir adecuadamente el comportamiento humano pueden ser ciertas. Sin embargo, los economistas son conscientes de estas limitaciones y están dirigiendo los esfuerzos de sus investigaciones para incluir nuevos conceptos en los modelos del comportamiento humano, para así ofrecer resultados más certeros al análisis económico del derecho. El reto no lo es exclusivamente para los

economistas, pues otras disciplinas como la psicología y la sociología pueden enriquecer el conocimiento del comportamiento humano y así mejorar el entendimiento de los efectos de la doctrina legal.

Coexisten otras líneas de investigación económica que también se proyectan sobre el derecho o guardan relación directa con éste, que no parten de la perspectiva valorativa de la “economía de bienestar”. Así las relacionadas con el estudio de las instituciones (*new Institutional Economics*), de la política (*public choice*) o de las constituciones (*constitutional economics*) no hacen de la “maximización del bienestar social” su referencia valorativa.

No obstante las críticas, y la tolerancia científica a otros enfoques, los criterios de eficiencia han probado ser una herramienta esencial en el análisis económico, entre otras cosas porque *no existe hasta hoy otra mejor*, desde el punto de vista empírico. Russell Hardin argumenta que los criterios de maximización de la riqueza o de eficiencia son superiores frente a otros criterios por los siguientes motivos:

Utilidad. La metodología ha evolucionado hasta el punto en el cual los jueces pueden utilizar el análisis económico en la solución de casos reales, a veces lo mismo no puede ser afirmado para el caso de teorías basadas en consentimiento/autonomía o las teorías neo-kantianas.

Neutralidad. Posiblemente la eficiencia es casi el único principio legal neutral que se puede adoptar en una sociedad liberal; este enfoque deja a los individuos y a los grupos de individuos, la opción de lograr los deseos que ellos quieren buscar. Nosotros podemos decidir buscar mayor equidad, menor discriminación por sexo o raza o cualquier otro valor⁷³.

Para Hugo Palacios⁷⁴ “no basta con que una sociedad sea ‘eficiente’ para que sea ‘justa’. Sólo que la ciencia económica no proporciona instrumentos para conseguir la ‘justicia’, en cuanto ella deba ir más allá de la eficiencia”. No compartimos esa afirmación; concluimos, más bien, con Polinsky⁷⁵, que no existen bases objetivas para afirmar que una formulación específica del bienestar social es correcta. Otras medidas pueden ser estudiadas para determinar qué normas o políticas sociales son mejores con relación a esa medida en una situación determinada. Las críticas

al eficientismo del análisis económico del derecho, especialmente sobre aquel que sólo contempla *una vista de la catedral*, no desvirtúan su aplicación; al contrario, motivan la búsqueda de nuevas conexiones útiles para la administración de justicia.

C. La Aplicabilidad del AED en la Constitución de 1991

El tercer aspecto a ser analizado tiene que ver con la dificultad de la recepción jurídica de un método, que, como el del análisis económico del derecho, está concebido para ser aplicado en un sistema jurídico de la familia anglosajona; es obvio que una teoría que se postula con la pretensión de servir de guía a la jurisprudencia no puede valorarse en abstracto. Lo primero que ha de verse es si encaja en nuestro sistema jurídico. De nada vale que el criterio de decisión se estime muy razonable, si el Juez no está habilitado en nuestro ordenamiento jurídico para fundar también en él sus fallos. Una teoría jurisprudencial puede ser viable en un sistema jurídico y no serlo en otro.

Desde el punto de vista económico, Posner⁷⁶ afirma que resulta conveniente comparar las constituciones con los contratos de largo plazo⁷⁷, en la medida en que éstos tienen el problema de que se vuelven obsoletos a causa de las limitaciones de la previsión humana. La solución a este problema, dice Posner, es la flexibilidad en la interpretación, lo cual requiere un lenguaje suficientemente general para invitar a que se haga una interpretación que adapte el contrato a los cambios imprevistos de las circunstancias, y principios de interpretación lo suficientemente flexibles para autorizar al interprete a aceptar la invitación que ofrece la generalidad del lenguaje. La Constitución colombiana de 1991, de latente tradición *continental*⁷⁸, cumple, no obstante, con este requerimiento. Parece no haber duda que en nuestro derecho, las reformas estructurales a las funciones interpretativas de los jueces ya se han dado y las murallas de la dogmática jurídica y el texto sacramental ya han caído. La mejor prueba de ello es que los Magistrados de la Corte Constitucional tienen en Colombia la facultad de fijar libremente los efectos de sus fallos, que según ellos mismos definen las normas superiores aplicables⁷⁹.

En primer lugar, el juez debe confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de sus preceptos⁸⁰. Si no lo hace y elige sólo una alternativa relevante, descartando las demás, podría estar incurriendo en arbitrariedades. El juez tiene entonces

un gran espacio para escoger y poca hermenéutica para orientar ese proceso de seleccionar sólo una de las muchas alternativas razonables y compatibles con la Constitución. Alternativas, se podría agregar, que en la diversa *originalidad* política (liberal, democrática y social) de la Carta, encuentran finalmente un sustento ideológico y político, que debe ser asumido con prudencia.

Así, asumiendo, como lo expresa el Profesor Alejandro Martínez... "en *todas sus consecuencias* la fuerza normativa de la Carta y las consecuencias del Estado social de derecho, es necesario concluir que el juez constitucional puede ser, excepcionalmente, un *garante* del propio desarrollo de la Carta, por lo cual su función es también estimular la actividad de otras autoridades, lo cual explica la existencia de sentencias aditivas o integradoras, y de las sustitutivas"⁸¹ (destacado nuestro). Por lo tanto, la naturaleza abierta de las normas constitucionales impone la necesidad concomitante de recurrir a diferentes tipos de decisiones, que a su vez requieren de nuevas metodologías. Y mientras la función clásica del juez de dictaminar entre la exequibilidad y la

71. Christine Jolls, Cass R. Sunstein y Richard Thaler. "A Behavioral Approach to Law and Economics", 50 *Stanford Law Review* 1471 (1995).

72. Martha C. Nussbaum. *Flawed Foundations: The Philosophical Critique of (a Particular Type of) Economics* (1997).

73. Russell Hardin's, "The Morality of Law and Economics," 11 *Law & Philosophy*, 331 (1992).

74. Hugo Palacios. *La Economía en el Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Edit. Derecho Vigente, 1999, p. 8.

75. A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell. "Punitive Damages: An Economic Analysis", 111 *Harvard Law Review*, 869, (1998).

76. Posner. *El Análisis Económico*, cit., p 578.

77. Incluso se plantea una investigación desde la teoría principal-agente.

78. Frente al sistema jurídico consuetudinario, perteneciente al derecho anglo-norteamericano, que recoge la jurisprudencia y no la legislación o los códigos. Para un juez en el sistema de *common law* la aplicación del método puede realizarse con base en la cláusula de equidad que permite que el juez encuentre las reglas económicas como normas jurídicas. En este contexto institucional y cultural, resulta lógica la opción de los teóricos económicos del derecho por los jueces.

79. Véase Sentencia C-113/93.

80. Art. 46 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia.

81. Alejandro Martínez. *Tipos de Sentencias en el Control Constitucional de las Leyes: La Experiencia Colombiana*, Jurisdicción Constitucional de Colombia: La Corte Constitucional 1992-2000: Realidades y Perspectivas, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, p. 405.

inexcequibilidad de una norma es trascendida, el nuevo constitucionalismo no puede por su propia naturaleza, dejar de considerar las consecuencias de sus decisiones, para lo cual se vale a su vez de un método: la modulación de sus sentencias⁸².

La *modulación* de las sentencias, es una consecuencia de las tensiones valorativas que conviven en el texto constitucional, cuyo impacto se debe mitigar. Es la respuesta pragmática a la necesidad de medir con criterio social las consecuencias de la suspensión o de la ejecución de una ley; por una parte, modulando los efectos mediante decisiones que afectan *el contenido*: bien restringiendo el alcance normativo de la disposición acusada, o limitando su aplicación o sus efectos, o, inclusive, agregándole un contenido para *hacerla* constitucional; y por la otra, modulando el efecto temporal de las sentencias.

Ha indicado la Corte Constitucional, que “el juez debe tomar decisiones que consulten no solo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos, y por el otro, los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución”⁸³.

La ponderación de valores y principios puede generar tensiones, por los efectos en la eficiencia y la equidad, que generan algunos fallos. “Uno de los puntos centrales del análisis económico de la ley, como lo señala A. Mitchell Polinsky⁸⁴, de la Universidad de Stanford, es la relación entre equidad y eficiencia... así utilizando una analogía culinaria, Mitchell señala que mientras la eficiencia es el tamaño del pastel, la equidad es cómo vamos a repartirlo”...

Ahora bien, es necesario precisar, qué elementos de análisis económico pueden concurrir como una de las piezas fundantes del engranaje del razonamiento del juez constitucional, no por los efectos económicos del fallo de que se trate, sino por la relevancia constitucional de esos efectos, pues, aún cuando goza de inmensos poderes interpretativos, el juez debe limitarse a adoptar las decisiones dentro del marco jurídico-constitucional. La Constitución encomienda a los jueces impartir justicia, que es, resolver los litigios sometidos a su conocimiento con arreglo al valor de la justicia. Y esta justicia es *hic et nunc*, es decir, la justicia reflejada en la Ley y en el

derecho constituido en su conjunto. La interpretación de los efectos adquiere importancia precisamente cuando el juez encuentra varias reglas, como opciones electivas, todas ellas “fundamentales” y “reconocibles”.

De otra parte, si una ley lesiona a un sector en particular, “sólo será inconstitucional si no encuentra fundamento en un derecho o bien constitucionalmente protegido, pues si esto es así, la Corte tendrá que hacer una evaluación sobre el conflicto creado y deberá dar prioridad a la protección de aquel bien que de mejor manera encarna los valores, principios y derechos de la Carta Constitucional”⁸⁵. Este proceso de evaluación es terreno fértil para la aplicación de métodos de análisis económico del derecho.

Al separarse, al menos parcialmente, de la dogmática positivista, el carácter instrumental del derecho constitucional colombiano es consecuente con la aplicación de las técnicas del análisis económico del derecho, no de manera exclusiva, pero sí como un criterio a ser ponderado con otros valores constitucionales. La práctica constitucional colombiana, en últimas, coincide con la idea de Posner de concebir el derecho como una práctica social y no como un sistema de relaciones entre ideas.

La administración de justicia, que lleva implícita el concepto de equidad no siempre será compatible con los postulados de eficiencia y viceversa. Las tensiones entre equidad eficiencia se presentan cuando para aumentar el tamaño del pastel se hace necesario repartirlo de una manera inequitativa. Visto desde el ángulo contrario, el problema se presenta cuando distribuir el pastel de una manera equitativa implica impedir que éste crezca o incluso reducir su tamaño. La respuesta no es absoluta. Analizaremos, las relaciones entre eficiencia y equidad con nuestra Constitución Política de 1991. Veamos que instrumentos tiene el fallador para dirimir esta ecuación.

1. La eficiencia en la Constitución

Afirma Posner que.. “lo que podríamos llamar la teoría de la eficiencia del derecho común (anglosajón), no es que toda doctrina y toda decisión de ese derecho sean eficientes. Eso sería muy poco probable, dada la dificultad de las cuestiones de que se ocupa el derecho y la naturaleza de los incentivos de los jueces. La teoría es que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) *como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad*”⁸⁶;

El modelo propone que el hombre es un maximizador racional de sus objetivos en la vida; este análisis económico del derecho se presenta en realidad como una *teoría positiva de la conducta humana*, lo cual, por lo demás, no es sino otra forma de designar la *teoría económica*, en cuanto ciencia de la elección en un mundo de recursos escasos; de lo cual se deduce que, persiguiendo el derecho el interés público (*sub specie* aquí de maximización de la riqueza), deberá, en realidad, incentivar la promoción del interés individual, porque el interés social –según el esquema de armonía neoclásico– no es más que la suma aritmética de los intereses individuales.

Ahora bien, el artículo 1º de la Constitución colombiana establece que la organización del Estado social está fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la *prevalencia del interés general*. El artículo 2º, por su parte establece, entre otros, como fin esencial del Estado el de promover la *prosperidad general*.

La prevalencia del *interés general* (art. 1º), como *principio* constitucional, consagra prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional ...”su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el

presente; son el inicio del nuevo orden... No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos”⁸⁷.

La finalidad del Estado de promover la *prosperidad general* (art. 2º), como *valor constitucional*, hace parte del catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico. Los valores, al contrario de los principios, expresan fines jurídicos para el futuro, pero al igual que los principios, su generalidad les otorga una textura interpretativa abierta, dentro de la cual caben varias fijaciones del sentido⁸⁸.

Valor o principio, su naturaleza interpretativa es *abierta* y nada impide que pueda ser acogida una interpretación de *eficiencia económica* como instrumento de análisis a la hora de ponderar valores constitucionales que podrían ir en contra del interés o la prosperidad general. En ese sentido una norma o un fallo sería eficiente cuando aumenta el bienestar de la mayoría⁸⁹.

Tampoco es esta interpretación incompatible con la definición de la Corte⁹⁰ de *eficiencia*, “...que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros –casi siempre limitados– de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de *interés general*, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias” (destacado nuestro).

Adicionalmente, el artículo 209 dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad, entre otros y añade que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. A la eficiencia, como principio rector de la gestión pública, aluden preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 48, 49 y 268, numerales 2 y 6, de la Constitución Política. Las razones de interés público que rigen la función administrativa no pueden ser dejadas a un lado con argumentos

82. Sentencia C-109/95.

83. Sentencia C-406/92.

84. Citado por Ossa, *Op. cit.*, p. 395.

85. Sentencia C-074/93.

86. Posner. *El análisis Económico... cit.*, p. 29.

87. Sentencia T-778/98.

88. Los valores son definitorios a la hora de resolver un problema de interpretación en el cual está en juego el sentido del derecho, no son normas de aplicación directa que puedan resolver, aisladamente, un asunto. Ver sentencia

89. Hugo Palacios Mejía. “En busca de un control constitucional eficiente”, Seminario Corte constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil, BID, Universidad de los Andes, 2000.

90. Ver Sentencia T-521/96.

simplistas que en nada contribuyen a la obligación de colaboración armónica entre los poderes públicos, necesaria para cumplir los grandes objetivos de la Constitución política. De esta manera los derechos subjetivos y los fallos distributivos deben ser ponderados con el interés general de los asociados. No hacerlo, puede ocasionar que los fallos de la Corte incidan en el desaprovechamiento de los recursos escasos agravando la situación de los miembros más necesitados.

Finalmente, el artículo 14 de la Carta establece que el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados, protegiendo especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. Es razonablemente sostenible que el despilfarro de recursos, provenga de donde provenga, no contribuye a aliviar la situación de millones de personas que viven en la pobreza. Una decisión ineficiente despilfarra recursos, entrega menos bienes públicos y puede favorecer a un grupo de personas, pero disminuir el bienestar de las personas así excluidas del disfrute, de suerte que en nombre de la igualdad se puedan crear mayores desigualdades.

Mientras contempla y valora las consecuencias, el juez debe considerar aquellas que estime relevantes; luego deberá tener claro con qué criterio las valora. Una pauta de valoración que debe guiar al juez, en su tarea de interpretación, de integración y, en su caso, de construcción del derecho, bien puede ser la de la eficiencia económica, en desarrollo de los valores y criterios del Estado social de derecho y la economía de mercado, en defensa del bien y la prosperidad general.

2. La equidad en la Constitución

Desde el punto de vista económico, habíamos dicho que los problemas entre la equidad y la eficiencia se presentan cuando para aumentar el tamaño del pastel se hace necesario repartirlo de una manera inequitativa. O visto desde el ángulo contrario, el problema se presenta cuando distribuir el pastel de una manera equitativa implica impedir que éste crezca o incluso reducir su tamaño. En ejercicio de la función pública que le compete, el juez constitucional, no puede permanecer ajeno a esta disyuntiva. “El Estado social de derecho pretende ante todo hacer compatibles en una misma estructura, el capitalismo como forma de producción

con la ideología que en él subyace y un sólido, general y progresivo proceso de bienestar social”⁹¹.

Aumentar el tamaño del pastel social puede ser un objetivo deseable. Pero igualmente es importante la equidad con que se cortan y distribuyen los pedazos del pastel. Los criterios de eficiencia y equidad, pueden no alcanzarse simultáneamente como resultado de la aplicación de una nueva disposición legal. Incluso, normas encaminadas a aumentar el tamaño del pastel, en ocasiones, se pueden enfrentar con los objetivos de equidad. Consideremos, por ejemplo, una reforma legal que hace a los ricos más ricos y a los pobres más pobres, pero el incremento en la riqueza de los ricos excede el deterioro causado a los pobres. Si se sigue fielmente el criterio de Kaldor-Hick, esta reforma debería ser aceptada. Pero claramente hay algo raro en este planteamiento.

Para resolver la anterior inconsistencia, algunos economistas consideran que se puede ignorar la equidad cuando se formulan la mayoría de normas (fallos) pues este tema se atiende con la política tributaria. A. Mitchel Polinsky argumenta que los legisladores deben dejar que las cuestiones de equidad sean tratadas por las leyes tributarias ya que la búsqueda de la equidad en gran parte de los casos se hace a expensas de la eficiencia alocativa. Además muchas de las normas legales pueden ser bastante imprecisas como herramientas distributivas (las personas que se ven afectadas por operación de la norma pueden no corresponder con aquellas personas a quien se desearía redistribuir la riqueza). En cambio, los sistemas tributarios tienen menores efectos distorsivos sobre la eficiencia alocativa e idealmente están dirigidos sobre toda la población⁹².

En cuanto a la filosofía política, la equidad puede ser concebida desde dos ópticas analíticas diferentes: la utilitarista y la contractualista: “Para los utilitaristas el bienestar social es el resultado de la suma de las utilidades individuales. Los contractualistas consideran que la definición del bienestar social debe ser el resultado de un acuerdo (contrato) que anteponga el logro de aquellos objetivos aceptados por todos como intrínsecamente buenos a la mera satisfacción de las preferencias individuales”⁹³.

No cabe duda que la Constitución colombiana es de corte contractualista, al imponer la necesidad de buscar los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a determinados bienes fundamentales, aún cuando

algunos individuos no alcancen niveles óptimos del bienestar social.

La definición del alcance de la equidad implica, en cierta forma, que los grupos sociales “discriminados o marginados” reciban un tratamiento preferencial (art. 13). Para garantizar la igualdad real se requiere otorgar ventajas especiales a estos grupos. Sin el apoyo preferencial a los más débiles, la equidad no pasa de ser un postulado forma.

Ahora bien, el análisis económico del derecho, en su vertiente eficientista, tiene un carácter utilitario, en cuanto que, según éste, la vocación de todo el sistema social se traduce en la tendencia hacia la maximización del valor. A la economía le corresponde su definición y producción y al derecho la creación de los estímulos necesarios para su realización. Siendo, pues, el objetivo postrero del derecho, con sabor fuerte a conductismo, la promoción de la eficiencia, sus normas deben estar proyectadas a tal fin y a tal fin deberá dirigirse su interpretación y aplicación.

Desde el punto de vista jurídico, la equidad puede ser entendida “como el conjunto de pautas mitigadoras de templanza que dicta la razón natural para superar rígidas fórmulas legales en aras de adoptar una solución justa en un caso determinado”⁹⁴. Su función es la de mitigar el *ius strictum*, y nace en contra de los formalismos naturalistas del siglo XIX.

La razón natural expresada en la equidad, el *ars aequi et boni*, es una solución jurídica adecuada para aquellos casos en los cuales la respuesta silogística o la aplicación directa de la norma es manifiestamente inapropiada para el caso que se juzga, que en realidad no expresa otra cosa que la igualdad sustancial que se desprende del artículo 13 constitucional. Como fuente de derecho⁹⁵, tiene naturaleza auxiliar, frente al “imperio de la Ley”⁹⁶ que es de obligatorio mandato; por lo tanto no puede aplicarse la equidad *contra legem*.

Sabemos que nuestra Constitución es generosa en cuanto al otorgamiento de posibilidades de apreciación judicial, pero rigurosa en el mandato que impone al juez la realización de justicia⁹⁷. ¿Qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo aparecen contradictorios o se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? Ante la obligación de fallar, debe el juez ponderar la aplica-

ción de las normas en consonancia con la equidad. En la medida que la aplicación de la ley, mirada en su conjunto, expresamente o por resultar ella contraria al espíritu general de la legislación permita valoraciones de los intérpretes con alcance normativo, estos pueden legítimamente efectuarlas y calibrar, en guarda de la equidad natural, los intereses en juego.

Aunque la Constitución de 1991 avanza en la definición de criterios éticos, su lectura se presta a múltiples interpretaciones. Pensadores tan diversos como Rawls, Dworkin, Nagel, Scanlon, Nozick, Buchanam y Sen podrían fundar su criterio de igualdad en uno o en varios artículos constitucionales.

Para evitar que el juicio de efecto-equidad de los fallos de la Corte se diluya en ausencias de argumentación, la Corte debe hacer más o menos explícita la opción ética que fundamenta su concepción de la igualdad. La aplicación de las normas ha de ponderarse siempre con la equidad, pues si una norma ha merecido su reconocimiento por los jueces al más alto nivel posible, es porque ella denota un contenido intrínseco de justicia.

IV. La Sentencia 1433 de 2000

Mediante la Sentencia C-1433/2000, la Corte Constitucional estableció en Colombia una norma que

91. Patricia Linares. “La Aplicación de los Principios de Justicia de John Rawls en el Estado Social de Derecho”, *Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, diciembre 1995, p. 194.

92. A. Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*, 1983, pp. 110-113.

93. *La gestión Pública y su Impacto sobre la Equidad*, Informe del Contralor General de la República sobre la situación de las finanzas del Estado, 1994, pp. 4-2.

94. Jaramillo. *Fuerza de las Leyes...*, cit., p. 86.

95. Artículo 230: Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial, le asigna la Constitución en el segundo inciso del artículo 230, similar cometido al que le atribuyen los artículos 5º de la Ley 153 de 1887, 17 y 32 del Código Civil.

96. Debe entenderse “ley” en sentido material –norma vinculante de manera general– y no la ley en sentido formal –la expedida por el órgano legislativo.

97. Artículos 1º, 2º, 13, 94 y 228.

impone tanto al Gobierno como al Congreso aumentar anualmente el salario de todos los servidores públicos en la misma proporción en la cual haya aumentado el índice de inflación, para mantenerlo actualizado y contrarrestar la pérdida de su poder adquisitivo. Así, el Gobierno tiene que incluir la partida correspondiente en el proyecto de ley de presupuesto que presenta cada año al Congreso, y éste debe aprobarla en los anteriores términos.

Por su considerable peso en el gasto público, el fallo ha sido cuestionado por el equipo económico del Banco de la República que considera que los temas económicos son muy variables y que las cortes al optar por un veredicto de “cosa Juzgada” a través de un fallo, olvidan que en economía pocas veces se puede juzgar *ex ante* la superioridad de una regla frente a otra; además, sin reparar en sus complicados efectos económicos que sus fallos pueden ocasionar en la distribución del ingreso. “Una decisión ineficiente despilfarrará recursos, entrega menos bienes públicos y puede favorecer a un grupo de

98. Kalmanovitz. Preparado para el Seminario: *Diez años de... cit.*

99. De conformidad con la Constitución (arts. 150-11 y 346), le corresponde al Gobierno formular anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y presentarlo al Congreso.

100. La Corte estudió su exequibilidad: Ver Sentencia C-710/99, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

101. La Corte al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 8º de la Ley 278/96, que regula lo relativo a la fijación del salario mínimo.

102. Sentencia T-276/97.

103. Salvamento de Voto, M. P. Alvaro Tafur: “...Y es que del enunciado de principios que se hace en el numeral 2.7 de la parte motiva, por su vaguedad y amplitud, no puede llegarse a la conclusión de la existencia de un deber jurídico establecido constitucionalmente incumplido por el Gobierno y el legislador”.

104. Sentencia C-1433/2000.

105. *Artículo 187*. La asignación de los miembros del Congreso se reajustará cada año en proporción igual al promedio ponderado de los cambios ocurridos en la remuneración de los servidores de la administración central, según certificación que para el efecto expida el Contralor General de la República.

106. Esta omisión es destacada en el salvamento de voto del magistrado Álvaro Tafur: Pero igualmente en dicha disposición se hace mención a otros criterios que deben tenerse en cuenta por el Gobierno para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados, por ejemplo, la modernización, tecnificación y eficiencia de la administración pública; la sujeción al marco general de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, esto es, las limitaciones presupuestales para cada organismo o entidad –art. 2º, literales d), h), i)–”.

107. Que a su vez fue objeto de estudio de exequibilidad en la Corte. Ver Sentencia C-710/99.

personas pero disminuye el bienestar de las personas así excluidas del disfrute de los bienes públicos”⁹⁸.

La legitimidad fundamental de las sentencias es su razonamiento. Veamos como encontró la Corte esos criterios en la Sentencia aludida.

En la exposición de motivos aducida por el gobierno en el proyecto de Ley (547 de 1999) por el cual se propuso el presupuesto de rentas y recursos de capital y Ley de Apropiaciones⁹⁹ para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 2000, en su exposición de motivos, señalaba que en la propuesta de gastos de funcionamiento sólo se autorizarían recursos para atender un incremento salarial del 9%, para aquellos servidores públicos que reciben asignaciones equivalentes a menos de 2 salarios mínimos legales mensuales; se aducían razones económicas basadas en la realidad presupuestal.

Naturalmente, la Corte acudió en primer término al artículo 150-19-e de la Carta, que le atribuyó al Congreso la facultad de señalar los objetivos y criterios básicos que debe observar el Gobierno para establecer el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública; objetivos (art. 2º) y criterios (art. 4º) que fueron incluidos en la Ley 4 de 1992.

Seguidamente basa sus argumentos sobre varias sentencias de la misma Corte Constitucional: en la C-710 de 1999¹⁰⁰ para afirmar que la estipulación en la ley marco, a manera de directriz y regla vinculante, que, como mínimo, cada año se producirá al menos un aumento general de salarios para los empleados en mención, es algo que encaja perfectamente dentro del cometido y papel atribuidos por la Constitución y la jurisprudencia, con el fin de resguardar a los trabajadores del negativo impacto que en sus ingresos laborales producen la pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en una economía inflacionaria; en la sentencia C-815 de 1999¹⁰¹ en la que, en otro fallo con grandes efectos económicos, la Corte estableció que en todo caso el reajuste salarial que decreta nunca podrá ser inferior al porcentaje del IPC del año que expira, por cuanto el Gobierno está obligado a velar porque el salario mantenga su poder adquisitivo, de tal forma que garantice el mínimo vital y móvil a los trabajadores y a quienes de ellos dependen. De lo contrario, vulnera el artículo 53 de la Constitución”.

Para garantizar la remuneración mínima vital y móvil, principio mínimo fundamental establecido en el artículo 53 constitucional, la Corte interpretó el requerimiento de un incremento en la remuneración verdadero y efectivo con el aumento de la inflación y la equivalencia con lo que corresponde al valor del trabajo y en todos los niveles: “En otros términos, ningún patrono público ni privado tiene autorización constitucional para establecer que sólo hará incrementos salariales en el nivel mínimo y que dejará de hacerlos indefinidamente en los distintos períodos anuales cuando se trata de trabajadores que devengan más del salario mínimo”¹⁰² (destacados nuestros).

Entramos a citar, por la física imposibilidad de resumir¹⁰³, el ya muy apretado racimo de normas constitucionales que la Corte enuncia y relaciona para fundamentar el deber constitucional del Estado de conservar no sólo el poder adquisitivo del salario, sino de asegurar su incremento teniendo en cuenta la necesidad de asegurar a los trabajadores ingresos acordes con la naturaleza y el valor propio de su trabajo y que les permitan asegurar un mínimo vital acorde con los requerimientos de un nivel de vida ajustado a la dignidad y la justicia... “En efecto, la exigencia de dicho deber surge: i) de la necesidad de asegurar un orden social y económico justo (preámbulo); ii) de la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho, fundada en los principios de dignidad humana, solidaridad y de la consagración del trabajo como valor, derecho subjetivo y deber social (art. 1º); iii) del fin que se atribuye al Estado de promover y garantizar la prosperidad y el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de las personas, y la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (arts. 2º, 334 y 366); iv) del principio de igualdad en la formulación y aplicación de la ley (art. 13); v) de la necesidad de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas y la remuneración mínima, vital y móvil (art. 53); vi) del reconocimiento de un tratamiento remuneratorio igual tanto para los trabajadores activos como para los pasivos o pensionados (arts. 48, inciso final y 53, inciso 2); vii) del deber del Estado de intervenir de manera especial para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334) y viii) de la prohibición al Gobierno de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, entre los cuales se encuentra naturalmente el salario, durante el estado de emergencia económica, lo cual indica que en tiempo de normalidad mucho menos puede disminuir los referidos derechos”.¹⁰⁴ Adicionalmente, establece la Corte que el deber de

preservar el valor de los salarios y de hacer los reajustes periódicos para satisfacer las necesidades vitales del trabajador, se deduce también del artículo 187 de la Constitución¹⁰⁵. Si el lector ha llegado hasta aquí, es probable que termine de leer el artículo.

Ahora bien, la Corte, no obstante haber dado una referencia tan generosa como inconexa y etérea de las normas constitucionales aplicables al caso, desestima algunas fuentes normativas y cognoscitivas, que han podido cambiar sustancialmente su razonamiento y que están justamente conectadas con los efectos de la sentencia en materia económica y de equidad. Veamos las principales omisiones de la Corte.

En primer término, la Corte expresa sobre las motivaciones del Gobierno en su exposición de motivos, ... “que no es argumento suficiente para desconocer el ajuste del salario a los servidores públicos la situación fiscal del país, pues ésta requiere de un manejo ajustado a los ordenamientos constitucionales. Desde luego dicha política debe considerar las limitaciones que imponen las circunstancias económicas y fiscales del país; pero sin dejar de considerar esos factores que condicionan el gasto público, debe tenerse de presente que ni el Gobierno, ni el Congreso, gozan de una facultad discrecional absoluta para definir *ad libitum* el incremento salarial anual de los servidores públicos, porque median disposiciones constitucionales que limitan su actuación y le imponen unos criterios que son de rigurosa observancia, como son, entre otros, el reconocimiento del derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, de una remuneración mínima, vital y móvil y de su necesario ajuste por inflación y el tratamiento equitativo, sin ningún tipo de discriminación”. Hasta aquí llega cualquier consideración de la Corte en relación a cualquier efecto o motivación económica del fallo.

Omite¹⁰⁶ interpretar en contexto la Ley 4ª de 1992 (art. 4º)¹⁰⁷ que establece que el Gobierno tiene que aumentar las remuneraciones de los empleados públicos teniendo en cuenta los criterios y objetivos establecidos en el artículo 2º de la misma Ley. Observemos algunos jamás mencionados por la Corte, que tienen que ver precisamente con los criterios y objetivos económicos y su relación con la eficiencia y la equidad en el gasto público, y por tanto *con el interés general*; así la sujeción al marco de la política macroeconómica y fiscal; la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad, el nivel de los cargos, esto es, la

naturaleza de las funciones, sus responsabilidades y las calidades exigidas para su desempeño y; la adopción de sistemas de evaluación y promoción basados en pruebas generales y/o específicas, teniendo como criterios, la equidad, productividad, eficiencia, desempeño y la antigüedad *no* fueron objeto del análisis de la Corte.

Para la Corte, del principio de igualdad¹⁰⁸ se desprende una norma que obliga de manera indiscriminada el aumento salarial a los empleados públicos. Apoya su *ratio desidendi* en el artículo 53 de la Constitución sobre la movilidad y vitalidad mínima de los salarios y en artículo 4º de la Ley 4ª que establece que el Gobierno tiene que aumentar las remuneraciones de los empleados públicos teniendo en cuenta los criterios y objetivos establecidos en el artículo 2º de la misma Ley, que como vimos no fueron considerados integralmente.

Para efectos de nuestra tesis no hace falta ahondar más; la argumentación abandona todo intento de proteger el interés de los empleados públicos, sin que el interés general sea afectado, sea por eficiencia o por equidad. Simplemente, porque no se lo plantea en su argumentación. Sin embargo, según el Banco de la República, en términos tributarios el efecto de la medida "...ha implicado gasto público adicional por un valor cercano a los \$850.000 millones en el año 2000 y por cerca de \$1.2 billones en el año 2001. Estos recursos equivalen a gastarse cerca de 0.5% del PIB por año, o sea, la mitad del rendimiento esperado de la reforma tributaria aprobada en diciembre del 2000"¹⁰⁹. Todo lo anterior, en el peor año económico del siglo XX.

Promueva la eficiencia o la ineficiencia, la equidad o la inequidad, el fallo ha debido considerar los efectos económicos y su relevancia en la defensa de los valores y principios constitucionales, y ha debido considerar sus efectos sobre equidad, más allá del principio de igualdad aplicado. Así hubiera llegado al mismo resultado final, pues en últimas el razonamiento de la Corte en este fallo es, desde ese punto de vista, aleatorio.

V. Análisis económico

Los miembros del equipo económico del Gobierno tienen consenso en relación a que los fallos de la Corte suprema tienen efectos macroeconómicos que perjudican en términos generales la eficiencia económica¹¹⁰.

Por otro lado, los argumentos de la Corte Suprema se sostienen en términos puramente jurídicos fundamentados en la construcción del Estado social de derecho. Lo que se traduce en el plano económico en la búsqueda de las relaciones más equitativas e igualitarias.

Analizando estas posiciones con mayor profundidad, el debate en general puede entenderse, como uno sobre el como se entiende la equidad. Para el equipo económico del gobierno, encabezado por el Ministerio de Hacienda y el Banco de la República, la equidad se debe interpretar como un resultado posterior e independiente de la eficiencia de mercado; por otro lado, para la Corte Suprema, ésta se entiende como un fin en sí mismo, que debe ser preservado incluso a costa del mercado y el interés general.

Para entender y sopesar estas posiciones, será necesario esgrimir los argumentos desde las posiciones ideológicas que las sustentan, basados en términos de *justicia distributiva* (para la posición de la Corte Constitucional) y de *justicia conmutativa* (para la posición eficientista).

La economía de orientación eficientista¹¹¹ reconoce que existe una tensión natural entre lo que emana del mercado y los argumentos que tienen que ver con la equidad. Esta visión considera que el funcionamiento del Estado debe estar dirigido primeramente hacia la eficiencia. Esta se logra estableciendo un arreglo institucional que proporcione a los agentes de una economía los incentivos apropiados que permitan el buen funcionamiento del mercado. La equidad se logra proporcionando al Estado con los mecanismos apropiados que propicien la adecuada distribución del ingreso.

Esta economía hace una separación entre equidad y pobreza; la primera se trata con el uso de políticas distributivas y la segunda a través del gasto social. No obstante, este último causa efectos que distorsionan el manejo macroeconómico y por ende reducen el crecimiento. Por lo tanto, se debe utilizar solamente para reducir la pobreza, es por ello este gasto debe ser focalizado hacia las personas más necesitadas. En este sentido el único gasto social válido es aquel que esté "...destinado a subsidiar a los pobres en la alimentación, compras de vivienda o el pago de los servicios públicos. El presupuesto, a su vez, sigue los lineamientos de la Constitución y las leyes en materia de provisión de

unos mínimos vitales en materia de educación, salud, pensiones, justicia y seguridad ciudadana¹¹².

El Estado tiene entonces una responsabilidad social pero también el objetivo de establecer un ordenamiento institucional eficiente. En este sentido, para cumplir la responsabilidad social se debe tener en cuenta que la búsqueda de la equidad a través del gasto distributivo, distorsiona la lógica eficiente del mercado y por ello tal camino debe ser evitado. En cambio, el atender la pobreza a través del gasto social no genera distorsiones al funcionamiento del mercado ya que éste favorece especialmente a personas que no tiene acceso al mercado.

El Banco Mundial recomienda que el Estado se debe entender solamente como regulador y asistencialista; pero no como redistribuidor de riqueza. El punto de partida es que se reconoce al Estado como "...fundamental para el proceso de desarrollo económico y social, pero no en cuanto agente directo del crecimiento sino como socio, elemento catalizador e impulsor de ese proceso"¹¹³. El argumento central es el de eficacia. En este sentido la función del Estado es creíble si contribuye al desarrollo del mercado en dos formas:

- Acomodando el Estado a su capacidad. Si este es pequeño debe sopesar como y donde debe intervenir. Este criterio selectivo lleva a la focalización del gasto; y
- Adecuando la capacidad al logro de la eficacia. En el sentido de utilizar esa capacidad¹¹⁴ para que se atienda de la mejor forma los intereses de la sociedad. Lo que se plantea es un problema de gestión.

En estos términos, la misión del Estado tanto en términos de eficiencia como de eficacia está basada en cinco tareas fundamentales:

- Establecimiento de un ordenamiento jurídico básico.
- Mantenimiento de un entorno político no que no genere distorsiones, incluida la estabilidad macroeconómica.
- Inversión en servicios sociales básicos e infraestructura.
- Protección de los grupos vulnerables.
- Defensa del medio ambiente.

De lo anterior se puede deducir que los aspectos cruciales de esta concepción del Estado llevan a plantear como ineficiente cualquier intervención redistributiva a través del gasto dado que viola el segundo y tercer postulado: el segundo, porque causa distorsiones macroeconómicas y el tercero porque dada la intención de mantener la estabilidad fiscal, algunos recursos públicos deben redirigirse para cumplir con las obligaciones constitucionales.

Desde esta óptica, se puede hacer política social, solamente desde "la protección a los grupos vulnerables" por medio del asistencialismo y la focalización sin ninguna intervención sobre la riqueza en la sociedad.

Ideológicamente, lo que sostiene estas posiciones puede resumirse en los planteamiento que buscan garantizar las libertades individuales. Esta posición

108. El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho –esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga– sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican. Ver Sentencia C-530/93.

109. Sergio Clavijo. *Fallos y Fallas de la Corte Constitucional*, Ediciones Alfaomega, abril 2001, p. 1.

110. Clavijo. *Op. cit.*

111. La llamamos de este modo, dado que los argumentos que lo sostienen son fundamentados en términos de bienestar económico, es decir buscando que las relaciones económicas sean óptimas. Esta posición de óptimo tiene su origen en Vilfredo Pareto y su formalización en la teoría Neoclásica con de Arrow y Debreu. Desde su formalización se ha aclarado que no tiene que ver con posiciones distributivas: en resumen lo que se busca es la maximización del bienestar individual y con el del colectivo. Así los agentes, sea cual sea su dotación (algunos pueden tener grandes dotaciones y otros muy pocas), maximizan su utilidad cuando, de forma abstracta, consiguen el equilibrio general neoclásico. Como se puede ver la equidad distributiva no entra en escena porque las dotaciones son un dato que no cambia en el transcurso de la modelación de las relaciones económicas.

112. Clavijo. *Op. cit.*, p. 19.

113. Banco Mundial. *Informe Sobre el Desarrollo Mundial, "el Estado en un Mundo en Transformación"*, BM, 1997, p. 1.

tiene sus más importantes desarrollos en los trabajos de economistas normativos como Hayek, Friedmann y Nozick. La igualdad sólo se concibe desde las libertades individuales que se garantizan con el respeto a los derechos de propiedad. Vale la pena señalar que el Estado es responsable por asegurar la eficiencia de la estructura de los derechos de propiedad y que de ésta se derivan las condiciones para que se dé crecimiento, estancamiento y/o recesión económica¹¹⁵.

La conclusión de este tipo de raciocinios es clara: "...no tiene sentido que el Estado interfiera con acciones redistributivas que necesariamente han de pasar por encima de la iniciativa privada de los individuos y de sus ámbitos de integridad personal, garantizados por la propiedad sanamente adquirida"¹¹⁶.

Como el único argumento de libertad es la defensa de la propiedad, se permiten las diferencias de talentos y similares sin que por ello sea necesario una compensación¹¹⁷, que involucre redistribución.

El criterio básico de esta posición es el de *justicia conmutativa* que basa su concepto de justicia social "sobre la base de las transacciones voluntarias entre adultos, que reconoce que la sociedad es una empresa conjunta y que por esto, el único criterio válido es la justicia conmutativa, o sea, dar a cada cual lo que le

114. Eficacia y capacidad no son la misma cosa: "...Capacidad es la posibilidad de emprender y promover en forma eficiente acciones de interés colectivo, como las relacionadas con el orden público, la salud y la infraestructura básica; la eficacia es resultado de la utilización de esa capacidad", Banco Mundial, *Informe Sobre el Desarrollo Mundial*, cit., p. 3.

115. Douglass C. North. "Structure and Change in Economic History", 1981.

116. Contraloría General de la República. *Política Fiscal y Equidad en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo Editores, abril 1994, p. 5.

117. Como es el caso desde otras perspectivas como las de Jhon Rawls (1971) o Elster (1991). En estos autores el argumento es sencillo: en una sociedad justa los individuos deben ser compensados por diferencias no merecidas, como lo plantea Elster: "toda teoría de la justicia debe estar dominada por la intuición de que quienes se encuentran en situaciones desventajosas y las futuras generaciones no deberían quedar librados a sus propios recursos" (*El Cemento de la Sociedad*, Gedisa, 1991).

118. *Política Fiscal y Equidad en Colombia...*, cit., p. 7.

119. *Op. cit.*, p. 6.

120. Parece, en tanto que de la argumentación de la Sentencia se puede deducir muy poco.

121. *Política Fiscal y Equidad en Colombia...*, cit., p. 23.

122. *Op. cit.*, p. 23.

pertenece en virtud de las transacciones en las que puede participar"¹¹⁸.

La equidad se consigue una vez se logran mejores condiciones de crecimiento económico. Así la justicia y la equidad son un producto económico; por ende si se afectan las relaciones económicas, como hace la Corte, se restringe el crecimiento y por ende el desarrollo social. Es entonces la eficiencia, condición necesaria para lograr equidad e igualdad, de lo contrario, si se ataca directamente la desigualdad, los efectos en el largo plazo pueden ser perversos.

Desde otra perspectiva económica, *también* presente en la Constitución, la justicia social es uno de los valores últimos de la sociedad y bajo su arreglo contractualista, *no sólo* el mecanismo de mercado asegura la cohesión social, la equidad y la igualdad; es necesario ponderar si es posible y deseable sacrificar cierto nivel de eficiencia a favor de la equidad.

Esta posición puede ser establecida con precisión contraponiéndola a la posición eficientista. Las críticas a estos argumentos, pueden ser útiles para explicar esta posición alternativa que se sustenta en interpretación desde el derecho de la Constitución política de Colombia.

Los argumentos pueden resumirse en los siguientes puntos:

- Crítica al argumento de igualdad como respeto a las libertades individuales: el cual se da en términos de que "...un individuo puede, mediante transacciones voluntarias, acceder a ventajas injustas (v.gr., la monopolización de un bien muy necesario, aunque no esencial). Igualmente, el uso autónomo de los derechos de propiedad puede resultar lesivo (v.gr., las iniciativas privadas que pueden causar la segregación racial)"¹¹⁹.
- Crítica a la idea de desarrollo económico y social por el solo medio de las transacciones entre hombres libres: "En todas las sociedades existen personas que, por una u otra razón no pueden obtener mucho a partir de sus posibles transacciones". El equilibrio que resulta por la operación de una economía de mercado está determinado por las dotaciones iniciales de los individuos. De este modo, algunas personas pueden empezar y terminar

en una posición desventajosa porque en el proceso de intercambios voluntarios no ocurre en el vacío. Este está supeditado a un arreglo institucional en el cual se dan derechos de propiedad que pueden favorecer a ciertos grupos. Este argumento que de por sí lleva a la visión de que en el mercado las relaciones económicas no son neutrales, reconoce que el mercado causa problemas distributivos, que benefician a los más dotados y con mayores ingresos y conocimientos.

- La crítica fundamental planteada por Elster, en el sentido de que se produce, en un mundo dominado por la eficiencia y sin criterios distributivos, un mecanismo que limita el conjunto de elección de las clases de menor estrato. Llevando a que las funciones de utilidad de los agentes dependan de la estructura social y de la cosmovisión que cada agente tiene según su ubicación social. De esta forma se produce un sesgo a favor de las clases superiores; otra vez el mecanismo de mercado no es neutral. En términos de Elster, los individuos de menor cosmovisión por su situación social eliminan "...de su conjunto de preferencias algunas posibilidades que le son negadas en forma persistente por las restricciones externas". En este sentido algunos agentes desvalorizan las elecciones que le son negadas. Una utilidad equitativa, según la regla conmutativa, sería la que le da a los agentes lo necesario para su bienestar y utilidad. De esta forma la desigualdad sería producto de un supuesto argumento equitativo, dadas las preferencias de los agentes.

Estas críticas argumentan una posición de equidad basada en la justicia redistributiva a través del gasto. Las razones positivas se establecen en términos de justicia social y de desarrollo del capital humano que en el largo plazo pueden contribuir al desarrollo económico.

De los criterios de la Corte es poco lo que podemos deducir, con base a su argumentación. Desde la posición económica que parece¹²⁰ haber tomado la Corte, al no atender la motivación del gobierno, la posición eficientista no consigue equidad con su estrategia de focalización porque la igualdad no puede conseguirse solo con el desarrollo de mercado. La focalización ha sido criticada al considerar que "Una evaluación del impacto distributivo del gasto público debe ir más allá de la simple dimensión asistencialista,

y atender también a los componentes estructurales de la pobreza y sus posibilidades de superación"¹²¹.

Así, el ataque a la pobreza no tiene en cuenta que "... la pobreza es un fenómeno en el cual entran en juego dinámicas complejas entre los distintos estratos sociales y no es simplemente una circunstancia estática, modificable en forma expedita por medio de transferencias asistencialistas"¹²²; así debe atacarse de manera estructural vía redistribución cuando se hace necesario (ej., el capital humano).

Una vez expuestos someramente los argumentos que acompañan las posiciones, es necesario entonces analizar si la medida sobre salarios afecta como lo plantea la posición eficientista, el desarrollo económico y produce mayor desigualdad; y a su vez analizar si se produce alguna compensación porque se logra mayor equidad.

En la teoría de la hacienda pública la intervención en el mercado a través de las finanzas públicas (impuestos y gasto) busca introducir aspectos de justicia distributiva. El análisis de justicia distributiva implica la construcción conceptual de una función de Bienestar Social, la cual muestra la relación entre el bienestar(utilidad) de los individuos y el bienestar de la Sociedad. Si suponemos que la utilidad (U) depende del ingreso (y), podemos definir la función de bienestar social de la siguiente forma: $W = w(U_1(y_1), U_2(y_2), \dots, U_n(y_n))$. Dentro de la justicia distributiva existen, por lo menos, tres diferentes teorías que presentan formas alternativas de construir la función de bienestar social, ellas son: a. Utilitarista $\{W = U_1 + U_2\}$; b. Nash $\{W = U_1 * U_2\}$; y c. Rawls $\{W = \text{mínimo de } (U_1, U_2)\}$.

Un Estado intervencionista busca, de este modo, promover cambios en la distribución del ingreso o de la riqueza hacia una situación más equitativa en el sentido que la mayor proporción de ingreso o la riqueza no estén en manos de unos pocos individuos. No obstante, la intervención implica necesariamente pérdidas de eficiencia puesto que no es posible obtener asignaciones eficientes en el sentido de Pareto debido a que los cambios introducidos por el Estado sobre la utilidad de algunos individuos hará que alguien gane y otro pierda. Dos conclusiones se desprenden de lo anterior: la primera, el mercado genera fallas en términos de la distribución del ingreso que pueden ser corregidas

por el Estado y; la segunda, la corrección de estas fallas implica una tensión entre equidad y eficiencia.

Estas dos conclusiones nos llevan a plantear que la decisión de la corte sobre de los salarios públicos debe ser evaluada en términos de sus efectos sobre la equidad y sobre la eficiencia económica.

¿Es equitativo el fallo? El argumento de la Corte para justificar el aumento de salarios basándose en respetar el poder de compra de los servidores públicos no es equitativo. Plantear el aumento de salarios para respetar el poder de compra es una posición válida en términos de equidad horizontal, es decir, tratamiento igual para individuos iguales; sin embargo, la definición de los empleados públicos como individuos iguales establece un problema ya que desde un punto de vista subjetivo el hecho de ser empleados del gobierno implica sin lugar a dudas un igual tratamiento; pero desde un punto de vista objetivo, la diferencia de ingresos entre los empleados conlleva a que el argumento principal en contra de la medida de la corte es que es necesario, para la igualdad, respetar las desigualdades; “las diferencias entre individuos sólo deben permitirse cuando vayan en beneficio de la persona en peor situación”¹²³.

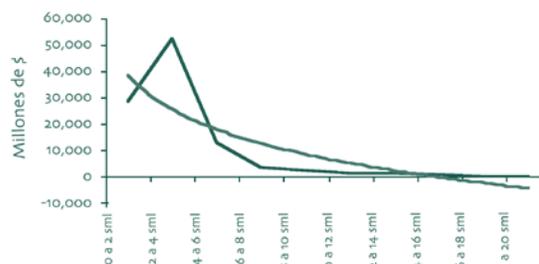
Con el fin de comprobar este argumento a continuación presentamos los resultados de un ejercicio que se realizó con los datos del gasto del Gobierno Central¹²⁴. El ejercicio busca comparar un estado inicial (salarios sin aumentos) y un estado final (salarios con aumentos). Para efectos del ejercicio el estado inicial corresponde a los datos del año 2000 y el estado final a los datos del 2001 ajustados por los incrementos salariales.

La metodología utilizada para la realización del ejercicio se describe a continuación: en primer lugar, ordenamos los salarios de menor a mayor y los clasificamos de acuerdo a una escala salarial donde la unidad de medida es el salario mínimo legal (sml). A continuación, se establecieron dos escenarios de incrementos salariales; en el primero, el aumento es igual para todos los empleados públicos correspondiente a la inflación causada durante el año 2000 (8.75%); y en el segundo, sólo se fijó un incremento salarial de 9% para los que ganan menos de dos salarios mínimos legales.

Los resultados obtenidos fueron analizados mediante el principio de equidad de Arrow: Los más pobres reciben el mayor porcentaje de gasto público. En la gráfica 1 aparece el estado inicial, en ella podemos ver que la

línea de tendencia aplicada sobre la curva de gasto del gobierno central en salarios nos muestra que bajo el criterio de Arrow en el año 2000 la distribución del gasto fue equitativa, puesto que el mayor porcentaje de gasto se destina a los empleados con menores salarios, es decir, a los empleados que ganan menos de cuatro salarios mínimos.

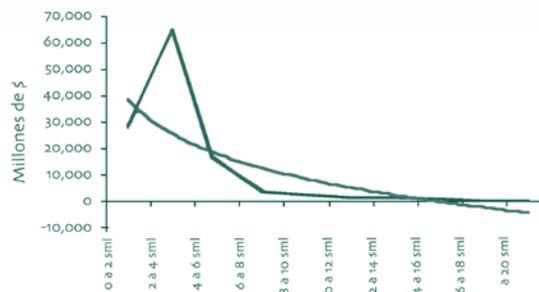
GRÁFICA 1
GASTO DEL GOBIERNO CENTRAL EN SALARIOS
Y LINEA DE TENDENCIA, 2000.
(PARTICIPACION POR SALARIO MINIMO LEGAL)



Fuente: Unidad de Estadística Fiscal del Estado,
Cálculos de los autores.

Ahora bien, al repetir el ejercicio esta vez aplicando el aumento salarial equivalente a la inflación del año 2000, se obtiene una gráfica exactamente igual a la del estado inicial, lo cual indica que el aumento no influye sobre la distribución del ingreso del estado inicial, lo que nos lleva a concluir que el aumento salarial consecuencia del fallo de la Corte no genera mejoras de equidad entre los empleados públicos. Siendo lo anterior cierto, el fallo de la Corte *no cumple* con la búsqueda de criterios de equidad.

GRÁFICA 2
GASTO DEL GOBIERNO CENTRAL EN SALARIOS
Y LINEA DE TENDENCIA, 2001.
(PARTICIPACION POR SALARIO MINIMO LEGAL)



Fuente: Unidad de Estadística Fiscal del Estado,
Cálculos de los autores.

En el segundo escenario el aumento solamente se aplica para los empleados públicos que ganan menos de dos salarios mínimos. En la gráfica 2 aparecen los resultados de este escenario, allí puede verse que la línea de tendencia cae más rápido lo que indica un cambio en la pendiente. Sin embargo, el cambio en la pendiente no es pronunciado por lo que la modificación en la distribución del ingreso del incremento salarial planteado en este escenario no difiere en gran medida de la del estado inicial. Es decir, se puede concluir que un aumento salarial propuesto como el que propondría gobierno no tiene efectos significativos en la equidad entre los empleados públicos.

No obstante si dejamos a un lado el análisis de equidad *entre los empleados públicos*, existen argumentos para afirmar que la Sentencia de la corte afecta *la equidad en toda la sociedad*. El fallo de la Corte le crea al Gobierno la necesidad de buscar recursos o reorganizar el presupuesto para atender el incremento salarial. De tal forma, la decisión de la Corte afecta necesariamente la tributación: como la intención del gobierno es mantener el equilibrio fiscal es necesario aumentar la tributación. Aquí sin embargo se presenta una encrucijada dado que la tributación, en ocasiones, especialmente cuando se privilegia la tributación indirecta, afecta más en términos relativos a las clases bajas¹²⁵. Esto indica que *el principio de igualdad*, tal como fue interpretado por el fallador, benefició a la población empleada en el sector formal sin considerar la suerte de la población colombiana que vive del sector informal de la economía, aumentada en cerca de 7 puntos por la crisis que estremeció a la economía en 1998 y 1999 para alcanzar hoy en día el 60% del total de la población. Así, por ejemplo, el fallo con su particular concepción del principio de la igualdad asegura, inclusive a aquellos empleados públicos que ganan más de 10 salarios mínimos, un aumento que tiene que pagar el resto de la sociedad, cuando su deber fundamental está en defender a aquellos más vulnerables y privilegiar el interés general.

Dada esta situación, la equidad no es salvada por la *subnorma* constitucional, dado que no ocasiona cambios en la distribución del ingreso entre los servidores públicos y; en términos de la sociedad, se genera un mayor esfuerzo tributario a las clases más bajas dado el modelo fiscal que se implementa en el actual modelo de desarrollo¹²⁶.

Ahora bien, si hay argumentos para afirmar que el fallo no es equitativo, la pregunta subsiguiente es: ¿Es Eficiente el Fallo? El fallo de la Corte tampoco cumple criterios de eficiencia. La pérdida de eficiencia en el uso de las finanzas públicas puede ser vista desde dos puntos de vista: el primero, que mencionamos antes, implica una transferencia a través de la tributación de recursos de algunos grupos de la sociedad hacia los empleados públicos. Lo anterior significará un sacrificio neto de esos grupos, esto es, cambios en el nivel de utilidad de los individuos pertenecientes a estos grupos. Bajo esta situación la eficiencia en el sentido de Pareto no sería un fin posible ya que la tributación introduciría externalidades sobre el consumo y la producción, debido al efecto que tienen los cambios en el nivel de utilidad sobre la función de bienestar social.

El segundo punto de vista tiene que ver con transferencias al interior del presupuesto del Gobierno. Los efectos de esta situación sobre la eficiencia apuntan hacia un análisis de costo-beneficio que permita evaluar si la indexación sobre los salarios no implicará en el largo plazo incrementos adicionales del gasto ya que estos incrementos llevan a un aumento de

123. Ver en, Rawls (1982). "Social Unity and primary Goods", en A. Sen y B. Williams. *Utilitarisms and Beyond*, Cambridge University Press, 1982. Un gobierno, un legislador o una corte toman decisiones que incrementan la libertad y la equidad cuando "procuran el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad.

124. El gobierno Central incluye Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Policía Nacional, Aeronáutica Civil y Dirección de Impuestos y Aduanas. Los datos fueron suministrados por la Unidad de Estadística Fiscal del Estado, Contraloría General de la República.

125. En términos tributarios el efecto de la medida "...ha implicado gasto público adicional por un valor cercano a los \$850.000 millones en el año 2000 y por cerca de \$1.2 billones en el año 2001. Estos recursos equivalen a gastarse cerca de 0.5% del PIB por año, o sea, la mitad del rendimiento esperado de la reforma tributaria aprobada en diciembre de 2000" (Clavijo, p. 39).

126. En términos de Clavijo: "No cabe duda entonces que un llamado a incrementar aun más el gasto social, por buenas y loables que sean las intenciones de las altas cortes, tendrá como resultado un incremento en las cargas tributarias, especialmente las de carácter indirecto, que gravan más que proporcionalmente a los pobres. De forma similar, aquellos montos que no puedan ser financiados con impuestos tendrán que solventarse a través de un mayor financiamiento o de una reducción en la inversión pública... es claro que un mayor gasto público tiende a incrementar las tasas de interés de mercado y/o la inflación, con lo cual se deteriora el poder adquisitivo de los trabajadores". Ver en Clavijo. *Fallos y Fallas...*, cit., p. 35.

los costos fiscales futuros a través del incremento *del pasivo pensional*. Este mayor costo fiscal tiene fuertes repercusiones sobre la asignación de recursos en la sociedad, con lo que nuevamente el principio de eficiencia paretiana no sería posible. Por último, el fallo de la Corte también tiene efectos sobre la eficiencia del presupuesto. Para atender el mayor costo salarial el Gobierno se ve obligado a reducir la cantidad de recursos que podría destinar a la inversión; recursos que se podrían dirigir a inversiones que mejorarían la productividad de la economía colombiana.

En otras palabras, es razonable afirmar que este fallo sacrifica el tamaño del pastel sin repartirlo equitativamente, simplemente porque, sus efectos en eficiencia y equidad no fueron analizados, o al menos, no fueron argumentados. El fallo de la Corte, al acoger una interpretación parcial de las normas; sin atender criterio alguno sobre las consecuencias económicas y de equidad del mismo, y a la relevancia de éstos en el ordenamiento constitucional, originado desde una torre de marfil, cree que la desigualdad económica y social es un problema de carácter jurídico en un mundo de recursos abundantes en el cual la producción, distribución y consumo de bienes y servicios de la sociedad son estáticos y predeterminados, no en la Carta Política, sino en la propia interpretación de ésta. Al punto que el fallo logra poner de acuerdo a las posiciones utilitaristas con las contractualistas, pero en sentido negativo; es decir, probablemente ambas corrientes lo rechacen!

Al no valorar las consecuencias, el juez debe no considerar aquellas que estima relevantes; su *construcción* del derecho, en este fallo, es por lo menos simplista. Sus pautas de valoración, en la tarea de interpretación, de integración y, en su caso, de construcción del derecho brillan por su ausencia.

El nuevo constitucionalismo, aplicado de esta forma, no mejora las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad pregonado por los defensores del paradigma, cuando no favorece el logro del valor *justicia*¹²⁷. La renuncia a algo de predictibilidad, un precio alto del construccionismo jurídico, *sólo* se justifica si hay más caminos hacia la justicia, con la participación creativa del juez.

127. A pesar de que su principal desventaja –el detrimento de la seguridad jurídica– se mantiene.

128. Ver Sentencia T-521/96.

Vale la pena señalar, para terminar, la falta de creatividad del gobierno en su argumentación en contra del aumento salarial. Simplemente se ha limitado a establecer el impacto inmediato sobre finanzas públicas indicando el costo adicional causado por el incremento salarial, y a enumerar las nefastas consecuencias teóricas producto de la determinación de la corte dada la actual coyuntura económica. Esta omisión es notable, cuando este tipo de decisiones tiene un inmenso impacto en la economía. Podría haber empleado una argumentación más sólida basada en modelos económicos de demanda agregada que sirven para determinar, con cierta confiabilidad, el impacto del fallo en términos de crecimiento económico cuantificando así la pérdida en eficiencia. De esta manera el equipo económico del gobierno dotaría a la Corte con mejores elementos de juicio para poder resolver la tensión entre eficiencia y equidad. Así, se determinaría que no es procedente el incremento salarial para *todos* los empleados públicos, ante el actual panorama económico, debido a que no realizarlo beneficia concretamente a la totalidad de la sociedad colombiana mientras que realizarlo solo beneficia a algunos privilegiados a costa de otros.

No hacer este tipo de análisis podría interpretarse como menospreciar el efecto que tiene el fallo sobre el crecimiento económico, la eficiencia y la equidad. De ser despreciables estos efectos es justificable el fallo de la Corte en la medida que no afectaría el interés general y pueden primar los intereses de los empleados públicos. Sin embargo, sabemos que ante el costo adicional causado por el incremento salarial, los efectos del fallo definitivamente no son despreciables.

VI. Conclusiones

Uno de los aspectos que más ha influido en el nuevo arreglo social es, sin duda, el del paradigma del nuevo Estado Constitucional con la interpretación de la concepción normativa directa e *in integrum* del texto constitucional que claramente ha evidenciado una “jurisdiccionalización” de la vida en sociedad.

Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta.

Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de *una nueva manera de interpretar el derecho*, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Se trata de exigencias no sólo muy difíciles sino que no siempre no son compatibles. Así a veces, la búsqueda de la justicia material implica una cierta inseguridad jurídica, y viceversa.

El derecho nunca es, siempre está en proceso de ser, siempre se está creando a medida que es interpretado; las decisiones, al no estar guiadas exclusivamente por las normas, se comienzan a mover en el terreno político. Y en este terreno termina finalmente la inevitable conciliación entre los postulados liberales de garantía de las libertades por medio de decisiones previsible; el respeto por las decisiones tomadas por las mayorías en los órganos políticos y su tarea de contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa del Estado social de derecho.

En este marco, el análisis económico del derecho se presenta como un método, que puede y debe ser ponderado conjuntamente con otros valores políticos para evitar posible disfunciones entre los poderes públicos y entre el bien general y el bien particular, que se puedan generar como consecuencia de la aplicación de los nuevos paradigmas constitucionales.

Los principales obstáculos para que en Colombia se lleven a cabo interpretaciones jurídicas partiendo de criterios económicos tienen su principal origen en la forma como se conciben cada una de las disciplinas, con los mismos dilemas que dividen a la propia economía y con las limitaciones constitucionales para la aplicación de la eficiencia como jurisprudencia racional

La primera dificultad tiene que ver con la manera en que aprendemos y abordamos las relaciones entre las ciencias. En cuanto al enfoque, encontramos dos tesis incompatibles entre si. En la primera tesis se resalta esta defensa del derecho como disciplina autónoma. En ella se establece que aún reconociendo que una decisión judicial puede producir efectos no queridos en muchos campos, la responsabilidad de los mismos no recae

en el tribunal que declara la inconstitucionalidad sino en quien, violando la Constitución, profirió la norma o el estatuto inexecutable porque el deber de los magistrados es *administrar justicia*. En la segunda tesis, se reconoce que, aunque el deber principal del juez es el de administrar justicia, en ocasiones, esto no es posible, sin considerar argumentos metajurídicos, en cuanto a que circunstancias y factores hagan inviables, o imposibles de cumplir, las decisiones, particularmente aquellas que tienen incidencia en el campo económico; o, que pasando por alto el trascendental principio constitucional de la prevalencia del interés general sobre el interés particular o individual sobre, con sus decisiones resulte privilegiando éste con detrimento para aquel.

Las prácticas y metodologías interdisciplinarias pueden mejorar la calidad de la motivación de las sentencias puede contribuir a lograr esquemas legales más justos y más coherentes; para lograrlo, la idea misma del análisis económico del derecho, entendido en un sentido amplio, es un gran aporte.

El análisis económico del derecho es, ante todo, una construcción de un lenguaje, que permite crear una comunicación multidisciplinaria que nos reta a superar nuestra naciente formación curricular. Quienes en ultima realizan las políticas del Estado, llámense jueces, congresistas o ministros no pueden analizar el derecho sin atender criterios económicos o, analizar la economía sin atender valores constitucionales o legales de carácter social. La disfunción total es una utopía.

El análisis económico del derecho es, ante todo, una construcción de un lenguaje, que permite crear una comunicación multidisciplinaria que nos reta a superar nuestra naciente formación curricular...

Ante la dificultad de ubicar los fallos dentro de la amplia gama de posibilidades que ofrece la Constitución, la argumentación de los fallos del intérprete adquiere una gran importancia en la tarea de armonizar todos los valores y principios relevantes al caso.

En general las resoluciones mejorarían si aquellos sujetos que tienen la autoridad para tomarlas fuesen concientes de la existencia de principio económicos. La formación unidisciplinaria no le permite a la los magistrados realizar un análisis económico. Una Corte compuesta por abogados-políticos con conocimientos económicos sofisticados sería “mejor” a aquella engendrada por abogados-políticos, no conscientes de la existencia de dichos conocimientos económicos. La realidad y las necesidades prácticas deberán ir perfilando la multidisciplinaria curricular que se demande. En cualquier caso la asesoría económica debe ser permanente y provenir de fuentes de reconocida autoridad en la materia. Sería de gran ayuda encontrar *un criterio* para determinar que aquellas sentencias que tengan mayor impacto sean estudiadas más detalladamente en sus efectos.

La meta del dialogo interdisciplinario es una más clara y amplia concepción del derecho y la economía.

La segunda dificultad tiene que ver con el rechazo al eficientismo como único criterio de decisión. Esta claro que al criterio de eficiencia en la asignación de los recursos hace posible la valoración de las consecuencias de una decisión; y, aunque aquel no es el único criterio de valoración, si resulta útil, en términos argumentativos y de legitimación, en situaciones en las cuales resulta evidente que un fallo es ineficiente porque conduce a un despilfarro de los recursos sociales.

No existen bases objetivas para afirmar que una formulación específica del bienestar social es correcta. Otras medidas pueden ser estudiadas para determinar qué normas o políticas sociales son mejores con relación a esa medida. Las críticas al eficientismo del análisis económico del derecho, especialmente sobre aquel que sólo contempla *una vista de la catedral*, no desvirtúan su aplicación; al contrario, motivan la búsqueda de nuevas conexiones útiles para la administración de justicia.

La tercera dificultad tiene que ver con la recepción jurídica del análisis económico del derecho. Parece

no haber duda que en nuestro derecho, las reformas estructurales a las funciones interpretativas de los jueces ya se han dado y las murallas de la dogmática jurídica y el texto sacramental ya han caído. La mejor prueba de ello es que los Magistrados de la Corte Constitucional tienen en Colombia la facultad de fijar libremente los efectos de sus fallos, que según ellos definen las normas superiores aplicables.

Nuestra Corte, guiada por su criterio jurídico y por la ilustración de sus integrantes, ha comprendido que ha llegado la hora de modular los efectos de sus fallos, razón por la cual se ve forzada a espigar en los terrenos de la economía con el propósito de atenuar los efectos perversos de sus sentencias, apelando a la filosofía de la modulación.

La modulación de las sentencias, es una consecuencia de las tensiones valorativas que conviven en el texto constitucional, cuyo impacto se debe mitigar. Es la respuesta pragmática a la necesidad de medir con criterio social las consecuencias de la suspensión o de la ejecución de una ley. Esta técnica es compatible con el análisis económico del derecho, no por los efectos económicos del fallo de que se trate, sino por la relevancia constitucional de esos efectos, pues, aún cuando goza de inmensos poderes interpretativos, el juez debe limitarse a adoptar las decisiones dentro del marco jurídico-constitucional. La interpretación de los efectos adquiere importancia precisamente cuando el juez encuentra varias reglas, como opciones electivas, todas ellas “fundamentales” y “reconocibles”.

El artículo 1º de la Constitución establece que la organización del Estado social está fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la *prevalencia del interés general*. El artículo 2º, por su parte establece, entre otros, como fin esencial del Estado el de promover la *prosperidad general*. Su naturaleza interpretativa es *abierta* y nada impide que pueda ser acogida una interpretación de *eficiencia* como instrumento de análisis a la hora de ponderar valores constitucionales que podrían ir en contra del interés o la prosperidad general.

Tampoco es esta interpretación incompatible con la definición de la Corte¹²⁸ de *eficiencia*, “...que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que,

aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros –casi siempre limitados– de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de *interés general*, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias” (destacado nuestro).

También es posible para el juez fallar en equidad. Para ellos también existen principios y métodos de análisis económico diferentes a los llamados eficientistas. La razón natural expresada en la equidad, el *ars aequi et boni*, es una solución jurídica adecuada para aquellos casos en los cuales la respuesta silogística o la aplicación directa de la norma es manifiestamente inapropiada para el caso que se juzga, que en realidad no expresa otra cosa que la igualdad sustancial que se desprende del artículo 13 constitucional. Como fuente de derecho, tiene naturaleza auxiliar, frente al “imperio de la Ley”.

Siendo nuestro propósito demostrar la necesidad de aplicar análisis económico y habiendo enunciado los presupuestos para su aplicación, estudiamos la Sentencia 1433 de 2000 mediante la cual, la Corte Constitucional estableció en Colombia una norma que impone tanto al Gobierno como al Congreso aumentar anualmente el salario de todos los servidores públicos en la misma proporción en la cual haya aumentado el índice de inflación, para mantenerlo actualizado y contrarrestar la pérdida de su poder adquisitivo.

Los efectos económicos del fallo de la Corte medidos simplemente como el costo adicional causado por el incremento salarial son de tal magnitud que no se pueden despreciar. Este costo adicional llama por sí solo la necesidad de un análisis económico para determinar así con mayor certeza las consecuencias económicas, sociales y jurídicas del fallo. Este ejercicio dotaría a la Corte con un criterio adicional para resolver la tensión entre eficiencia y equidad, o es decir, darle una interpretación a los criterios de eficiencia y equidad buscando defender también el interés general.

La intervención del juez en asuntos económicos,

más precisamente en aquellos relativos al diseño y ejecución de políticas públicas, hace necesaria la elaboración de una serie de recomendaciones tendientes a que dicha intervención sea coherente dentro de lo posible, con el conocimiento científico y social existente, con las políticas diseñadas por otros agentes o autoridades, así como con las restricciones presupuestales existentes.

La Corte, desestima algunas fuentes normativas y cognitivas, que han podido cambiar sustancialmente su razonamiento y que están justamente conectadas con los efectos de la sentencia en materia económica y de equidad. En su argumentación abandona todo intento de proteger el interés de los empleados públicos, sin que el interés general sea afectado, sea por eficiencia o por equidad. Simplemente, porque no se lo plantea en su argumentación. Máxime cuando los efectos económicos son considerables, y es lógico que puedan afectar el interés general.

El resultado es que la medida de la corte no consigue reducir el problema de desigualdad como lo plantean, por el contrario además de ser ineficiente (lo cual no es tan importante desde la perspectiva de la corte) es inequitativo y por lo tanto conduce a una mayor desigualdad.

Por lo tanto, la Corte Constitucional debe tener en cuenta los efectos económicos de sus medidas en el largo plazo y realizar de forma clara un argumento que en verdad propenda por la igualdad sin causar traumatismo a las relaciones económicas. Reconocidos los poderes de la Corte, el Gobierno debe argumentar mejor sus decisiones económicas.

La equidad no sólo se consigue con aumento de salarios, dado que se debe analizar a profundidad los recursos disponibles, si por ejemplo éstos van a aumentar recursos de los funcionarios públicos y lleva a reducción en otras áreas, dada la voluntad del gobierno de reducir gastos para lograr el equilibrio fiscal, entonces los daños son mayores en otros sectores. Adicionalmente este aumento del ingreso permanente en el sector público no contribuye al aumento de la demanda interna que tienda en el largo plazo a jalonar el desarrollo económico, esto porque los funcionarios públicos, especialmente aquellos con ingresos mayores, son una mínima parte de la clase trabajadora en Colombia. [con](#) texto