

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como un mecanismo de control constitucional a la actividad económica y los límites del constitucionalismo contemporáneo*

ANDRÉS PALACIOS LLERAS¹
andrespalacios11@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

Usualmente, cuando se habla de “control constitucional a la economía”, se hace referencia al control constitucional que la Corte Constitucional adelanta con respecto a leyes que tienen un objeto o contenido económico evidente. Si bien dicho control tiene connotaciones económicas, su análisis no ha contemplado otra forma de control constitucional que puede tener igual o mayor trascendencia económica que éste, y que consiste en el control constitucional de las relaciones económicas entre personas particulares cuando éstas pueden violar los derechos fundamentales de una de ellas². Este control “horizontal” de la economía es significativo, ya que se aplica a las instituciones fundamentales que componen

los mercados como mecanismos sociales de intercambio de bienes y servicios. Por ello, el control constitucional “horizontal” a la economía termina por convertirse en un control a la asignación y distribución de los recursos a nivel social.

El núcleo de la doctrina sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supone una serie de relaciones entre normas de derecho privado, la asignación y distribución de los recursos entre las personas y el carácter democrático del control constitucional, que no se advierte con frecuencia en la literatura sobre el tema³. Una de dichas relaciones, la que se busca desarrollar a lo largo de este texto, sugiere que las normas de derecho privado son claves para entender la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Como dichas normas determinan

quien tiene derechos y quien obligaciones con respecto al uso de los bienes y servicios que se producen en sociedad, le permiten a los propietarios de dichos bienes y servicios incluir o excluir a otras personas de los beneficios que dicha propiedad le puede traer. A su vez, ello puede llevar a situaciones de exclusión que ponen a las personas en situaciones tan dramáticas que ofenden nuestro sentido de equidad y violan los mandatos constitucionales. Los derechos fundamentales son vinculantes, tanto para el Estado como para los particulares, precisamente porque su sanción judicial remedia la situación extrema en la que se pueden encontrar las personas como resultado de las normas de derecho privado, las cuales a su vez resultan de la actividad positiva del Estado.

Estas consideraciones no controvierten en mayor cosa lo que sobre este tema se ha dicho en nuestro medio⁴. Sin embargo, hacen énfasis en dos aspectos importantes y económicamente relevantes. Primero, en el carácter interdependiente de los derechos, entendidos como relaciones entre las personas; se dice que estos son interdependientes en la medida en la que el alcance de los derechos y las obligaciones de una persona depende a su vez del alcance de los derechos y las obligaciones de otra u otras personas. Segundo, en que la interdependencia de los derechos pone en evidencia la tensión entre libertad y restricción en el alcance de los derechos. Un sistema basado en la ideología del libre mercado busca garantizar la máxima libertad (entendida como ausencia de interferencia) de las personas, pero para ello necesita limitar o restringir lo que las personas pueden hacer con sus derechos. A su vez, esta tensión se traduce en manifestaciones de coerción económica: la capacidad de excluir, de manera no consensual, a

las personas de los beneficios que produce la propiedad. La tensión desemboca en que unas personas pueden excluir a otras de los beneficios que produce su propiedad, llevando así a situaciones de exclusión que son indeseables. En este sentido, tanto la interdependencia de los derechos como la coerción económica que esta revela complementan nuestras teorías contemporáneas sobre la eficacia de los derechos fundamentales y ponen de presente que la protección de dichos derechos en escenarios "horizontales" constituye una forma de control de la economía y de la actividad económica.

Las ideas presentes en este texto se desarrollan en las siguientes secciones y de la siguiente manera: en la sección II se presenta un breve resumen de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, haciendo especial énfasis en las relaciones entre derechos fundamentales y relaciones económicas que se encuentran en la literatura colombiana sobre este tema. Luego, en la sección III, se presentan las ideas de la interdependencia de los derechos y de la coerción económica como resultado de la tensión entre libertad y restricción propia del derecho privado. Estas ideas sugieren que las decisiones de la Corte Constitucional en las que se protege un derecho fundamental implican un cambio en las reglas de derecho privado que, al aplicarse, producirían un resultado diferente; por ello, la sección IV presenta las implicaciones de dicho cambio desde una perspectiva microeconómica. Finalmente, en la sección V se presentan una serie de consideraciones un tanto escépticas con respecto a las implicaciones que tienen las ideas desarrolladas para una visión republicana de las relaciones entre Estado y sociedad, y sobre la legitimidad y conveniencia

del control constitucional "horizontal" de la economía y la actividad económica.

II. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE PARTICULARES

Uno de los temas más controvertidos a lo largo del siglo XX fue el alcance de los derechos fundamentales y sus implicaciones para la vida social. Parte de las controversias tiene que ver con el concepto mismo de derechos fundamentales, así como de los aspectos teóricos que subyacen a su justificación. Otras tienen que ver con la delimitación de su alcance frente a las relaciones entre el Estado y las personas particulares, así como entre éstas. Si bien ha habido un consenso más o menos estable en que los derechos fundamentales son vinculantes para el Estado, no siempre ha sido claro que también sean vinculantes para las personas particulares⁵. Las ideas que se presentan en esta sección buscan presentar las razones a favor y en contra de considerar que dichos derechos son vinculantes para las personas particulares en las relaciones que adelantan entre sí.

Un primer argumento en contra de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales tiene que ver con su capacidad para limitar la autonomía de la voluntad individual. En principio, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supone un rompimiento entre los ámbitos público y privado del derecho y por ende, una limitación no justificada a la autonomía de la voluntad contractual⁶. En una sociedad basada en la capacidad y autonomía de los individuos para organizar sus asuntos como ellos consideren convenientes, los derechos fundamentales no deberían ofrecer una protección distinta a la libertad para contratar

o para disponer de la propiedad que se tiene. Por ello, cuando se usa para limitar los acuerdos a los que llegan las personas, se están convirtiendo en límites a dicha voluntad, los cuales son indeseables porque representan una limitación a la misma libertad humana que el derecho moderno se precia tanto de proteger⁷.

Este argumento ha sido rebatido de diferentes formas en la literatura jurídica sobre este tema. Autores como ALEXEI JULIO señalan que este argumento contraría la idea de unidad de los sistemas jurídicos y especialmente, de los sistemas jurídicos basados en el carácter vinculante de las normas constitucionales. La división, bastante artificial y endeble en nuestros días, entre derecho privado y derecho público no puede llevarse hasta el extremo de considerar que hay normas jurídicas que son válidas y legítimas, pero no vinculantes en algunos escenarios, como aquellos organizados a la luz de la autonomía de la voluntad individual. Por el contrario, si se trata de un ordenamiento jurídico, no pueden haber normas que sólo sean parcialmente aplicables o que sean desatendidas en determinados campos; dichas normas, y más si se trata de normas constitucionales, pueden y deben aplicarse en todos los escenarios regidos por normas que les sean de menor jerarquía, porque de lo contrario la jerarquía misma de las normas constitucionales queda en duda⁸.

De igual manera, el concepto de autonomía de la voluntad individual que se defiende es particularmente sospechoso. Supone que las partes contratantes son independientes, tienen más o menos igual poder de negociación y de manera consensual determinan el contenido de su negocio jurídico. En realidad, y sobre esto se dirá mucho más en la sección siguiente, las relaciones

propias de derecho privado distan mucho de parecerse a esta serie de suposiciones. Por el contrario, la apreciación "formal" de los negocios jurídicos, de acuerdo con la cual la igualdad material de las partes es irrelevante, se encuentra en franca retirada frente a consideraciones sobre la importancia del contexto material de las partes. Como señala este autor, "los poderes económicos y sociales dictan de múltiples maneras el acontecer contractual y limitan considerablemente la libertad de autodeterminación"⁹. La necesidad de proteger a las partes débiles de las fuertes constituye uno de los pilares del derecho privado moderno y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales representa una alternativa para lograr precisamente esa protección¹⁰.

Estas apreciaciones sobre el poder económico de las partes negociantes son interesantes, pero resultan insuficientes. ¿Cómo operan esos poderes económicos y sociales, y como logran restringir la libertad de autodeterminación? No es claro que por el hecho de que una parte tenga más recursos que la otra, ello de por sí limite lo que la otra parte puede decir o hacer; la sola diferencia en recursos de las partes no explica porque una parte se caracteriza como "débil" y la otra como "fuerte". Debe haber algo más en la relación entre ellas que sugiere, de alguna manera, una *necesidad* de llevar a cabo una relación jurídica entre las partes, o que sugiera que el derecho permite que la parte "débil" sea necesariamente tal ante las exigencias de la parte "fuerte".

El profesor RODOLFO ARANGO propone una explicación sobre la situación de indefensión en la que se encuentra una persona frente a la otra a partir de las normas que constituyen las relaciones de mercado entre éstas, para así determinar los fundamentos

de los supuestos de hecho de los derechos fundamentales. Comienza señalando que es posible apreciar una relación ideal entre los derechos de las personas y una situación real que claramente contrasta con aquella. A su vez, la relación real sugiere la necesidad de reconocer la eficacia de dichos derechos para aquellas personas que se encuentran perjudicadas o excluidas del funcionamiento del mercado.

La relación ideal, de acuerdo con ARANGO, supone tres elementos: una concepción ideal de derechos, una concepción ideal del mercado y una asimetría entre derechos de libertad y los derechos sociales fundamentales que termina por limitar el ámbito de su eficacia. El primer elemento separa la titularidad de un derecho de su ejercicio y realzando lo primero sobre lo segundo. A su vez, los derechos que presupone este ideal son derechos como el de propiedad, que tienen, en la teoría clásica, un componente negativo muy importante, a partir del cual se concibe el rol del Estado como mínimo y protector, más no como activo y vulnerador¹¹. El segundo elemento-la concepción ideal del mercado-presupone una idea de mercados perfectos, eficientes y cuyo funcionamiento es natural. Los derechos, tal como son descritos "idealmente", son tranzados en mercados en los que los individuos actúan libremente y tienen plena información. A su vez, dichas transacciones son mutuamente beneficiosas y llevan a resultados eficientes, de acuerdo con los cuales no es posible mejorar la situación de una persona sin desmejorar el bienestar de todas las demás. Por ello, la intervención *positiva* del Estado se ve como una amenaza y sólo se encuentra justificada en escenarios caracterizados como excepcionales, como lo son los de fallas de los mercados. De igual

manera, los costos de transacción se conciben como costos separados y diferentes de los costos de producción misma y son asumidos parcialmente por el Estado mismo¹². Finalmente, el tercer elemento-la asimetría entre derechos de libertad y los derechos sociales fundamentales-supone que los primeros obedecen a una concepción de las personas anterior a los Estados y por ello, su protección hace parte fundamental de lo que los Estados no pueden hacer, mientras que los segundos son derechos que deben ser establecidos de manera expresa en la legislación, ya que su reconocimiento y protección implica una decisión política con respecto al uso de los recursos económicos. De ahí que, cuando dichos derechos no sean expresamente señalados por leyes, no tienen el estatus "fuerte" de derechos sino que se deben entender como simples aspiraciones políticas o mandatos al legislador¹³.

En cambio, la relación real entre el mercado y los derechos supone una apreciación diferente y realista de los derechos y el mercado. Las personas son diferentes en muchos sentidos, y dichas diferencias son relevantes, ya que impiden la realización de fines deseables como la libertad e igualdad. Por ejemplo, las personas son diferentes en lo que respecta a su capacidad para convertir sus ingresos en niveles de bienestar y por ello, la distribución de derechos y obligaciones tiene que dar cuenta de estas diferencias, ya que constituyen las condiciones para su ejercicio¹⁴. Estas diferencias obligan a reexaminar los criterios normativos a partir de los cuales se considera justa una distribución de derechos y obligaciones entre las personas. A partir de estas consideraciones, Arango sugiere que la relación real se descompone en tres elementos a saber, una concepción realista de los derechos, una concepción

realista del mercado y una simetría entre derechos de libertad y derechos sociales fundamentales en lo que respecta a su eficacia y garantía¹⁵.

La concepción realista de los derechos supone que existe una relación importante entre la titularidad de estos y su ejercicio, pero sin llegar a confundir lo uno con lo otro. En particular, la relación entre la titularidad y el ejercicio de los derechos es particularmente importante, ya que en muchos escenarios se aprecia un conflicto entre derechos y es necesario poder tomar una decisión sobre cual prima sobre cual, es decir, sobre cual derecho tiene un alcance limitado frente al otro¹⁶. El segundo elemento-la concepción realista del mercado-está basado en una apreciación realista sobre los mercados, de acuerdo con la cual ni estos surgen naturalmente, ni representan un orden "espontáneo"; por el contrario, la idea de tener mercados obedece a consideraciones políticas y estos están sustentados en regulaciones promovidas por el Estado y mantenidas por sus actuaciones. Lo anterior, sugiere que el valor de la titularidad de los derechos depende de los costos de su ejercicio y por ello, sin la existencia de instituciones de diferente índole que posibiliten su ejercicio-como juzgados, jueces y policías-estos carecen de valor¹⁷. Finalmente, el tercer elemento de esta apreciación realista de la relación entre derechos y mercado consiste en señalar la simetría entre los derechos "clásicos" y los derechos sociales fundamentales, especialmente en lo que respecta su exigibilidad judicial. Si el mercado consiste en una serie de arreglos institucionales que no devienen de un orden natural, entonces no resulta claro cómo puede el Estado subvencionar ciertos derechos como el de propiedad (al asumir parte considerable de

los costos de transacción que se presentan con su ejercicio e intercambio) y no otros derechos, como los de los trabajadores para mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de sus derechos. Ello no solo cuestiona la "neutralidad" del mercado que sugiere la relación ideal arriba presentada, sino que además sugiere que su omisión, al no asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas, pone en peligro el ejercicio de los derechos de las personas¹⁸.

La relación realista entre los derechos y el mercado sugiere que las situaciones en las que los derechos sociales fundamentales de las personas se encuentran vulnerados o amenazados pueden deberse al funcionamiento del mercado, constituyendo así una condición material para el reconocimiento de dichos derechos. Si bien todas las personas tienen que aceptar las condiciones que la vida les depara, las condiciones materiales de estos derechos suponen que hay situaciones en las que el Estado debe intervenir para asegurar el ejercicio de los derechos y evitar los peligros a la libertad e igualdad real de estos¹⁹. A su vez, ello se fundamenta en que la omisión por parte del Estado puede producir un daño o perjuicio que atenta contra los mismos derechos que los estados buscan proteger²⁰.

Entre las condiciones materiales que sugiere ARANGO, se encuentran los factores físicos y psicológicos, y los económicos, los cuales, a su vez, están divididos en la falta de medios económicos y la relativa escasez de bienes básicos-el llamado "déficit de mercado". Los primeros aluden al concepto, sugerido por AMARTYA SEN, de *capabilities*, es decir, de características de las personas frente a determinados bienes como lo sugiere, por ejemplo, la alimentación de una persona a partir de determinados alimentos y su

capacidad para funcionar sin deficiencias nutricionales²¹. En este sentido, la ausencia de determinadas *capabilities* sugiere que las personas son incapaces de convertir sus ingresos (entre otras cosas) en bienestar, lo cual implica la necesidad de garantizar una libertad fáctica²² para evitarles un perjuicio o daño²³.

A diferencia de los factores físicos y psicológicos, los factores económicos aluden a la falta de medios económicos y a la relativa escasez de bienes básicos, o "déficit de mercado". La falta de medios económicos alude a la ausencia de ingresos suficientes para garantizar una igualdad real y la misma subsistencia de las personas. Por ello, está asociado con la pobreza como ausencia de ingresos y por ende, con la marginalización y la exclusión de oportunidades. En este sentido, Arango señala que la lógica de la economía de mercado refuerza la discriminación hacia las personas pobres porque las ve como una carga que dificulta la competencia para un grupo social frente a los demás²⁴. Aun si unos empresarios que producen bienes y servicios desean, por ejemplo, poner en práctica programas de integración social en sus empresas, ello puede ser contraproducente si terceras partes sancionan dicho comportamiento y, deciden adquirir sus bienes y servicios o adelantar sus negocios con empresas que no adelantan tales políticas²⁵. Dicha lógica termina por reforzar la situación de pobreza de muchas personas y por ende, limitando su capacidad para superar las restricciones al ejercicio de los derechos fundamentales²⁶.

De igual manera, ARANGO señala la importancia que tiene el "déficit del mercado" en lo que respecta la escasez de determinados bienes básicos como alimentos, educación o atención médica, entre otros. Dicho

déficit se debe a factores como la presencia de monopolios, cuyas prácticas terminan por excluir a aquellas personas que carecen de los recursos para adquirir determinados bienes. A su vez, la diferencia de recursos financieros entre las personas también es importante, dado que en situaciones de crisis las personas con acceso a dichos recursos pueden costear su situación más o menos cómodamente, mientras que las personas que no tienen acceso a dichos recursos dependen de su fuerza de trabajo, la cual no tiene mayor valor en situaciones (de crisis) en las que el desempleo abunda. Así mismo, dada la "construcción social" del mercado como arreglo institucional, se presenta una situación de desigualdad entre aquellas personas que tienen derechos cuyo ejercicio se encuentra subsidiado por recursos públicos—como los propietarios, que no asumen todos los costos de transacción asociados con los negocios que tienen entre sí a partir de su propiedad—frente a aquellas personas que también tienen derechos, pero cuya protección depende de acciones del Estado como la entrega de subsidios. Si bien se puede justificar que el Estado asuma ciertos costos asociados con la propiedad, argumentando que ésta es un medio para la realización de otros derechos fundamentales, lo mismo puede predicarse de cualquier derecho cuyo ejercicio tenga o implique un costo, como por ejemplo, el derecho al trabajo²⁷.

Como podrá apreciarse, la postura de ARANGO es una postura que busca vincular las condiciones sociales y estructurales del mercado como arreglo institucional con la eficacia de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión horizontal como en su dimensión vertical. Sin embargo, hay dos apreciaciones que sugieren que puede ser complementada fijando especial atención a

los elementos económicos de las relaciones jurídicas. En primer lugar, la relación que propone este autor entre derechos y mercado es, en buena medida, artificial. Ello se debe a que el mercado está constituido por derechos, como el derecho de propiedad, el de contratar o el de obtener una indemnización si se es víctima de una acción perjudicial. El mercado es, de hecho, una red compleja en la que los derechos se ejercen y se intercambian, de tal manera que la creación, intercambio y extinción de derechos y obligaciones entre las partes obedece a intercambios o, en el caso de la responsabilidad civil, a externalidades, entre las partes contratantes. El mercado, visto como un "haz de haces" de derechos y obligaciones, se disuelve en relaciones jurídicas. Si bien esta apreciación no desvirtúa la diferenciación (y la crítica implícita) entre la relación ideal y la real entre derechos y mercados, sí permite apreciar las relaciones económicas en función de los derechos y obligaciones de las personas, lo cual resalta la relatividad y la interdependencia de los derechos y las obligaciones. A su vez, impide que se caracterice el mercado como una entidad con voluntad propia y diferente de las relaciones jurídicas y las elecciones que toman las personas en su interior; dicha caracterización resulta, a su vez, en un intento por "naturalizar" el mercado, de derivar su comportamiento y características de nociones e ideales anteriores a las normas que lo construyen²⁸. De igual manera, una segunda apreciación sugiere la importancia de adentrarse en la lógica de las relaciones jurídicas y apreciar de qué manera la demanda y la oferta llevan a la exclusión. No es claro a primera vista que el sólo hecho de que haya oferta y demanda implique o produzca un fenómeno generalizado de exclusión lo suficientemente fuerte o tras-

cidental como para constituir un supuesto de hecho que a su vez sugiera la necesidad de "activar" la protección de los derechos sociales fundamentales²⁹. Después de todo, hay mercados de bienes básicos en los que la exclusión no se aprecia como problemático; por ejemplo, en los mercados de alimentos, hay productores que, al no poder competir con otros por los costos que enfrentan, se ven excluidos por los compradores que deciden comprar dichos alimentos a menor costo. Su fuerza de trabajo y su libertad de asociación-dos derechos fundamentales-se ven limitados cuando ello ocurre, pero no es claro por qué ellos no son relevantes en el análisis. Su relevancia la sugiere el hecho que, a nivel social, el ejercicio de estos derechos conlleva a la satisfacción de las necesidades de las personas más necesitadas y el grado de exclusión del mercado de dichos bienes depende (también) de acciones del Estado que toman lugar *ex ante* a que se produzca una situación de necesidad imperiosa y que no están directamente relacionados con la provisión de dichos bienes. Si bien la referencia a condiciones monopolísticas por parte de los productores de bienes básicos puede ser una pista para entender su relevancia, faltan más elementos para poder apreciar su relevancia³⁰. En la sección siguiente se sugieren algunos de dichos elementos con el propósito de realzar el carácter económico de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y así poder apreciar mejor la relación entre las relaciones de derecho privado y el control constitucional a la economía y la actividad económica.

III. LA INTERDEPENDENCIA DE LOS DERECHOS Y EL CONCEPTO DE COERCIÓN ECONÓMICA.

La interdependencia de los derechos obedece a una apreciación realista sobre la vida en sociedad y sobre el derecho como un mecanismo de control social. Supone que el alcance de los derechos y obligaciones de una persona depende a su vez del alcance de los derechos y las obligaciones de otras personas, los cuales a su vez son el resultado de normas jurídicas. Ello se debe a la conceptualización de los derechos como relaciones entre las personas y no como bienes o potestades que derivan de una visión particular de la naturaleza humana³¹. El derecho de propiedad de una persona implica una obligación en cabeza de otras personas de abstenerse de usar dicha propiedad en su beneficio, así como una obligación de aceptar las consecuencias nocivas que pueden derivar del ejercicio legítimo de dicha propiedad³². En este sentido, no tiene nada de novedoso, aunque sí se destaca por su carácter "social". Por ello, no sobra recordar que autores antiformalistas como LOUIS JOSSEMAND reconocieron en la interdependencia y la relatividad de los derechos implícita en ella el germen que permite explicar el desarrollo del concepto de abuso del derecho³³.

De manera general, podemos apreciar la interdependencia de los derechos en campos como el de los contratos y los bienes. Un ejemplo típico de cómo se combinan estas apreciaciones se puede apreciar en las relaciones entre las personas que son dueñas de carros particulares y los dueños de los parqueaderos abiertos al público general³⁴. Cuando parquean, las personas no le suelen preguntar a los encargados de dichos esta-

blecimientos los alcances de la normatividad comercial del contrato de depósito; en cambio, preguntan cuánto cuesta la fracción de hora o minuto por la que cobran su servicio, si el establecimiento tiene convenios con determinados almacenes y con dicha información comparan entre parqueaderos cercanos para tomar una decisión. En muchos casos, la falta de interés en negociar los términos de esta relación jurídica tiene que ver con el afán de los dueños de los carros, o con una noción vaga sobre lo "natural" que resulta encontrar parqueaderos abiertos al público en ciudades donde las personas tienen carros particulares.

Este ejemplo muestra tanto el carácter descriptivo como económico de la interdependencia de derechos. Dado que en varias ciudades existen restricciones con respecto al uso de los carros y que el espacio disponible para parquear puede verse limitado por prohibiciones relacionadas con, por ejemplo, parquear en el espacio público, la relación entre los dueños de los carros y los dueños de los parqueaderos es una de interdependencia y depende de normas jurídicas y especialmente, de aquellas que definen y limitan la propiedad, los contratos y la responsabilidad³⁵. Ésta se puede apreciar en el hecho de que si se quiere tener carro, se vuelve necesario conseguir un parqueadero para evitar las sanciones que pueden tener lugar si la policía aprehende a quienes violen las restricciones. Por ello, los dueños de los parqueaderos tienen una posición dominante (o poder de mercado) frente a los usuarios de los carros individualmente considerados; si bien un conductor puede negarse de entrar a un parqueadero particular, éste *necesita* de los parqueaderos. Los dueños de éstos, en cambio, pueden aceptar que un cliente potencial se retire de mal genio, porque

saben que otro aceptará las condiciones impuestas sin mayor reparo. Por lo tanto, la interdependencia no necesariamente implica un equilibrio entre las cargas que las partes asumen.

La interdependencia de los derechos también parte del carácter positivo-en oposición a "natural" -de los derechos. Esto es significativo por dos razones: por un lado, porque sugiere un cierto escepticismo frente a teorías "profundas" que justifiquen la existencia de los derechos mismos apelando a teorías morales y filosóficas. Por ejemplo, JOSSERAND rechaza la concepción absoluta de los derechos civilistas nacidos del Código Civil de Napoleón señalando que obedecen a visiones en las que consideraciones sobre la vida social de las personas están ausentes. Precisamente debido a la vida social, un derecho absoluto no tiene mayor sentido, ya que "(...) no es en los espacios interplanetarios donde hace valer y realiza sus derechos sino en un medio social del que constituye una de sus innumerables células (...) debe comportarse en función del medio en que aparece"³⁶. A su vez, dicho escepticismo resulta clave para entender que los derechos son arreglos institucionales con las que se puede experimentar según el fin que se desee obtener.

Por otro lado, el carácter positivo de los derechos sugiere que su alcance puede depender de otras normas jurídicas y por ende, que la interdependencia se puede ver acentuada o diluida por aquellas³⁷. De nuevo, el ejemplo de los dueños de los carros y los dueños de los parqueaderos en ciudades como Bogotá ilustra esta característica. El poder de negociación de estos frente a aquellos se ve aumentado o disminuido gracias a la vigencia y eficacia de otras normas que prohíben parquear en vías públicas y a

normas que restringen el uso de los carros en ciertos horarios, e inclusive, en ciertas zonas de la ciudad. Todas estas son normas que afectan directamente el derecho de propiedad de las personas que tienen carros y aumentan el poder de mercado que tienen los dueños de los parqueaderos, ya que el servicio que ofrecen termina por ser la única posibilidad para que los dueños de los carros puedan disfrutar de sus derechos de propiedad sin temor a sanciones. Pero, en cambio, si dichas normas permiten que los dueños de los carros puedan parquear donde quieran, el poder de los dueños de los parqueaderos sobre ellos se ve disminuida considerablemente.

Estas consideraciones son significativas para la economía y el análisis económico del derecho y de hecho, estos campos han contribuido con herramientas metodológicas muy útiles para apreciar la interdependencia de los derechos. Así, por ejemplo, las normas arriba mencionadas tienen el efecto de aumentar el poder de mercado de los dueños de los carros o de los dueños de los parqueaderos, según las limitaciones que impongan a los derechos de propiedad de los primeros. Es de esperarse que, al limitar el espacio disponible para parquear, aumente la demanda por parqueaderos privados abiertos al público, y por ende, aumente el precio que se cobra por prestar dicho servicio. De igual manera, si las restricciones se hacen más laxas, es de esperarse que disminuya la demanda por parqueaderos privados y que el precio de estos se disminuya. En ambos casos, el análisis económico sugiere una serie de resultados posibles que pueden ser más o menos deseables, según se considere cual sea el fin de tener tanto carros particulares como parqueaderos privados.

Más aún, apreciar la interdependencia de los derechos en términos económicos puede ser especialmente útil para apreciar otro fenómeno relacionado con la situación en la que se encuentran las partes y que es constitucionalmente relevante, como es el de la coerción económica. Esta se puede apreciar, de manera general, en aquellas situaciones en las que una de las partes de una relación jurídica se ve obligada a aceptar el precio que le ofrecen por un bien o servicio para así evitar otras alternativas que resultan menos deseables. A su vez, ello representa coerción en el sentido en el que representa una forma no consensual, pero tampoco violenta, de obligar a las personas a actuar de determinada manera³⁸. Como podrá apreciarse, la coerción económica que una persona puede ejercer depende, a su vez, de los derechos que tenga según las normas de contratos, bienes y responsabilidad civil. Por ello, la coerción sugiere una tensión doctrinal entre la libertad para actuar y la libertad como la abstención o sanción de las actuaciones de otros.

Como señala ROBERT LEE HALE, el dueño de un bien puede modificar el deber de no interferir de las demás personas con respecto a su derecho de propiedad y las consecuencias de dichos actos pueden ser tan benéficas o perjudiciales como las normas jurídicas lo establezcan. Para evitar dichas consecuencias, quienes tienen la obligación de respetar la propiedad pueden aceptar la voluntad del dueño, asumiendo que las consecuencias de obedecer sean menos funestas que las de desobedecer. Esta obediencia puede asumir formas tan triviales como pagar una cantidad de dinero para poder consumir una bebida y otras no tan triviales como aceptar un trabajo desagradable por un salario poco significativo. En ambos casos la conducta

está motivada no por un deseo de adelantar el acto en cuestión, sino por el deseo de escapar otras opciones más desagradables. En el caso de la bebida, las consecuencias de abstenerse de pagar el precio que su dueño pide por ella son continuar sin el refresco o la nutrición que están asociados con su consumo, o someterse a los términos de otro dueño/vendedor. Una de estas consecuencias puede ser tan mala como perder el dinero equivalente al precio que el dueño pide para el consumo de su bebida, porque de lo contrario el comprador no pagaría dicha cantidad; pero, la otra posible consecuencia no puede ser menos deseable que la anterior, porque de lo contrario el dueño de la bebida podría pedir un precio más alto por su consumo³⁹, como sucede con las drogas farmacéuticas. En el caso de aceptar un trabajo desagradable por un salario poco significativo, lo que está en juego no es tan trivial, ya que las alternativas son la ausencia de ingresos, o someterse a los términos de otro empleador. Si el posible empleado carece de recursos propios, la amenaza de cualquier posible empleador de retener su salario será efectiva como un mecanismo para garantizar su obediencia en la medida en la que le pueda conseguir a otro empleado que sí esté dispuesto a hacer el trabajo. Aun si rechaza la oportunidad de trabajar, éste necesita dinero para adquirir su sustento y dicho requisito lo establecen las normas de propiedad; aun, si deseara él solo producirse su sustento o emplearse como independiente, tendría que hacer gastos e inversiones (cuyo alcance está delimitado por normas jurídicas) porque carece de los medios para auto-reproducir los medios que necesita para su sustento⁴⁰.

El término "coerción" suele tener una connotación negativa; en el caso de este tex-

to, no se considera que ello necesariamente sea así, porque la coerción también tiene lugar en situaciones en las que resulta moralmente justificable⁴¹. De manera general, la coerción económica a la que se hace referencia se aprecia en aquellos escenarios en los que el comportamiento de las personas, en lo que se refiere a sus posibilidades para actuar, dependen más o menos de otras personas. Por ejemplo, el ejercicio de contratar no consiste en simplemente pedirle lo que queramos a otras personas; nuestra capacidad para hacer ofertas o aceptar las ofertas de otros está determinada por un régimen de normas jurídicas preexistente, que establece cómo opera el intercambio bienes y nuestra capacidad para participar o abstenernos de participar en dicho intercambio, el cual depende, a su vez del alcance de nuestro poder de negociación con respecto a otras personas⁴². Como lo señala este autor,

[S]i bien no hay un requisito legal expreso que lo obligue a uno a entrar en una transacción particular, la capacidad que uno tiene para abstenerse de ello se encuentra limitada. Uno escoge realizar una transacción particular para sobreponerse a la amenaza de algo peor-amenazas que pesan más o menos en los diferentes miembros de la sociedad. El hecho de que se haya realizado una elección no indica la ausencia de cierta compulsión⁴³.

Cuando las personas hacen algo por dinero, usualmente no experimentan un sentimiento de coerción y sin embargo, la cantidad de dinero que reciben por algo determina su poder de negociación en relación con otras personas. Un poder de negociación relativamente significativo le da a las personas que lo detentan una gran discrecionalidad para abstenerse de negociar, negándose, por ejemplo, a contratar

determinados servicios o a vender ciertos bienes y por ello, determina su disposición de permitir que otros gocen de dicho bien⁴⁴. Lo anterior sugiere por qué es significativa la presencia de monopolios, oligopolios y monopsonios; como cada uno de ellos representa una situación en la que una de las partes tiene poder de mercado, puede modificar las condiciones a las que compra o vende determinados bienes o servicios. A su vez, ello también sugiere que las personas que se encuentran en el otro extremo de la relación son económicamente más débiles y por ende, la violación de sus derechos fundamentales-cuando ello tiene lugar-bien puede producir una situación mucho más apremiante que la situación inversa. No es propiamente la escasez o la abundancia lo que determina los precios de mercado; es lo que las normas jurídicas le permiten exigir a una persona, o grupo de personas, a todas las demás a cambio de sus permitir o facilitar un bien o servicio en situaciones de relativa abundancia o escasez.

Estas consideraciones nos llevan a un elemento clave: dado que en las relaciones jurídicas bilaterales basadas en bienes, contratos y responsabilidad civil hay (por lo menos) dos personas con derechos, sus acuerdos dependen de su capacidad para coercionarse mutuamente y llegar a un punto en el que ambas partes evitan, de manera simultánea, el peor de las alternativas posibles⁴⁵. Por ejemplo, si bien los dueños de los parqueaderos tienen el poder para restringir el espacio que ofrecen, los dueños de los carros gozan de poder para decidir si los dejan en sus casas; el resultado de las negociaciones colectivas será un resultado de estos dos factores y de los límites que cada uno de ellos encuentre en las normas legales. Por lo tanto, la distribución de los recursos

entre las personas se entiende (mucho mejor) en términos de la coerción mutua, en la que una de las partes le paga una cantidad de dinero a la otra por un bien o servicio para evitar o sobreponerse a la posibilidad que el proveedor de dicho bien o servicio ejerza su poder correlativo de negociación, que consiste en la amenaza de o la simple negativa a proveer dicho bien o servicio⁴⁶. A su vez, la presión que acompaña cada amenaza-que es también resultado de otras normas jurídicas, como por ejemplo, las que determinan la disponibilidad de espacio para parquear—está distribuida de manera desigual entre las personas- lo que genera que unas personas sean económicamente fuertes mientras que otras son económicamente débiles⁴⁷, como lo sugiere la relación entre los dueños de los carros particulares *vs.* los dueños de los parqueaderos.

Ninguna de estas apreciaciones resulta nueva para aquellos que hayan estudiado problemas de acción colectiva relacionados con el bienestar de los consumidores⁴⁸, o problemas asociados con el derecho de la competencia, como por ejemplo, el abuso de la posición dominante que suele presentarse en integraciones verticales entre productores y distribuidores⁴⁹. Sin embargo, esclarecen la relación entre la decisión de los productores-la oferta-de determinar cuál es el precio de un bien y la decisión de los compradores-la demanda-de aceptar dicho precio. Así mismo, esclarece que la posibilidad de verse coercionado no excluye que no haya otras opciones posibles, sino que por el contrario sugiere que se está ante la opción de escoger el menor de dos males. Esto, a su vez, también ha sido reconocido por el derecho⁵⁰; el juez O.W. HOLMES, al señalar el contenido del concepto de fuerza como vicio del consentimiento (*duress*)

señala que "Una parte bajo la influencia de la fuerza siempre tiene interés en escoger el menor de dos males. Pero el hecho de que haya la posibilidad de escoger no excluye la fuerza [como vicio del consentimiento]. Es la característica de la fuerza propiamente concebida"⁵¹. Lo anterior sugiere que la coerción económica es común en la vida diaria de las personas, y los ejemplos presentados sugieren el carácter cotidiano de su ejercicio.

Una de las características interesantes de la interdependencia de los derechos y la coerción económica es que tienen la potencialidad de constitucionalizar prácticamente cualquier relación jurídica entre las personas en las que la coerción se considere constitucionalmente relevante, como en los casos que inspiran la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁵². Pero, más aún, tiene la potencialidad de volver constitucionales casos relacionados con el abuso de la posición dominante en escenarios en los que los derechos fundamentales involucrados no son típicamente comerciales, como el derecho al libre desarrollo de la personalidad⁵³. En este sentido, estas consideraciones expanden el campo tradicional del análisis judicial de las relaciones económicas, y por ello el control constitucional de las relaciones entre particulares tiene un gran potencial como forma de transformación social. Cómo operaría dicha transformación es materia de la siguiente sección.

IV. EL CAMBIO EN LAS NORMAS APLICABLES COMO CAMBIO EN LA ASIGNACIÓN DE DERECHOS Y OBLIGACIONES.

Las consideraciones presentadas en la sección anterior sobre interdependencia de

derechos y coerción económica buscan complementar aquellas apreciaciones de autores como ALEXEI JULIO y RODOLFO ARANGO sobre la relación entre las normas de derecho privado y la violación de derechos fundamentales. Al disolver el mercado en un "haz de haces" de derechos y obligaciones que vienen determinado por normas jurídicas, se puede apreciar que funciones como la "oferta" y la "demanda" realmente obedecen a consideraciones sobre hasta qué punto puede un grupo de personas forzar a otras a aceptar los términos que ella establece, y viceversa. Este sistema de coerción por punta y punta, tan claramente apreciable por la interdependencia de derechos, se ve magnificado o diluido en la medida en la que otras normas jurídicas contribuyen o debilitan el poder de mercado de unos actores frente a otros. Así, siguiendo el ejemplo de los dueños de los carros *vs.* los dueños de los parqueaderos, es claro que existe una interdependencia entre los derechos de propiedad de unos y otros, pero el poder de mercado de los segundos depende de aspectos como por ejemplo, la vigencia de normas sobre dónde parquear o a qué horas transitar que terminan por limitar la propiedad de los primeros.

Bajo estas consideraciones, el análisis de los derechos fundamentales no es diferente al análisis de otros derechos, como por ejemplo, el derecho de propiedad, y por ello el análisis hasta ahora presentado también puede aplicarse a las relaciones que conforman los derechos fundamentales. De hecho, hay muchos ejemplos relativamente obvios que se prestan para este tipo de análisis, como por ejemplo, el derecho al trabajo. Dado el carácter comercial de las relaciones que surgen a partir de este derecho, es relativamente claro que existe una

interdependencia entre la mano de obra y el capital, de tal manera que el uno no puede desarrollarse sin el otro, y que la capacidad de los dueños de capital de coaccionar económicamente a sus empleados depende de la relativa facilidad con la que pueda conseguir otros, de lo que las normas laborales establezcan sobre negociaciones colectivas y sindicatos, entre otros factores. Por ello, puede ser más interesante desarrollar este tipo de análisis con derechos fundamentales que no tengan un contenido económico explícito, pero que aun así su reconocimiento y protección pueda tener obvias implicaciones económicas.

Un buen ejemplo de ello son los casos en los que se protege el derecho fundamental al debido proceso en relaciones entre particulares. Si bien este derecho no tiene un contenido económico explícito-a diferencia del derecho al trabajo, no implica conceder una oportunidad laboral que sea remunerable o garantizar una contraprestación por un trabajo realizado-su protección puede implicar la realización de una serie de gastos y pagos de manera indirecta. Por ejemplo, puede implicar pagarle a un grupo de personas por el tiempo extra que le dedican a estudiar los argumentos a su favor que pueda presentar el empleado de una compañía que está a punto de ser despedido; en muchos casos, sin embargo, los costos extras que genera la protección de este tipo de costos se ven internalizados por las mismas personas que los llevan a cabo, ya que estas suelen estar vinculadas a la empresa que adelanta las acciones.

Son muchísimas las decisiones de la Corte Constitucional en los que se pueden apreciar estos elementos; sin embargo, veamos una decisión reciente que resulta paradigmática. En la sentencia T-637 del

2007, cuyo magistrado ponente fue el Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO, la Corte resuelve una acción de tutela interpuesta por un exmiembro de la Asociación de Equipajeros de la Terminal de Transportes de Cali (de ahora en adelante, ASEQUIT) que fue expulsado de dicha entidad debido a su supuesto mal comportamiento, y por ende, imposibilitado para que ejerciera dicha actividad, sin que se le hubiera adelantado un proceso disciplinario que cumpliera con los requisitos del derecho al debido proceso⁵⁴. La Corte Constitucional falló a favor del actor, señalando que éste no había tenido oportunidad de controvertir los cargos que se habían formulado en su contra, y le ordena a ASEQUIT adelantar un proceso en el que se le respetara el derecho al debido proceso. Si bien la estructura jurídica de dicha asociación, su relación con la Terminal de transportes, y con el actor son relaciones que se pueden enmarcar como propias del derecho privado y laboral, la eficacia horizontal del mencionado derecho lleva a la modificación de las reglas con respecto a qué puede hacer un grupo de personas frente a otras a partir del derecho constitucional.

En este caso, la relación entre el actor y ASEQUIT es una relación desigual y en la que otras normas juegan un papel importante. Entre ASEQUIT y la Terminal de transporte de Cali existe una relación jurídica que sugiere una interdependencia de derechos más o menos compleja. Los "equipajeros" no son propiamente una necesidad para las personas que viajan, pero contar con sus servicios facilita el aspecto logístico del viaje. A su vez, impedir la proliferación de actividades que puedan complicar las actividades que tienen lugar en el Terminal resulta difícil si no se establece quienes serán las personas que trabajan allá, para así restringir el acce-

so a todos los demás. Por ello, asociaciones como ASEQUIT parecen una solución adecuada, en la medida en la que ellas se encargan de proveer la mano de obra necesaria para mover el equipaje de los viajeros y al mismo tiempo controlan quienes son las personas que se dedican a dicha tarea. Sin embargo, dicho control tiene una característica particular, y es que puede constituir, como en este caso, una restricción monopolística a la oportunidad de personas independientes de dedicarse a dicha actividad. Por ello, la expulsión del actor de ASEQUIT no solo representó una pérdida de ingresos, sino también una restricción a continuar en su línea de trabajo bajo otras condiciones. Estos aspectos sugieren porqué es significativo el acuerdo celebrado entre dicha asociación y la empresa que administra el Terminal de transporte⁵⁵. El derecho a la libertad de empresa de la asociación implica un deber general hacia personas como el actor de abstenerse de usar los beneficios que derivan de su acuerdo con la empresa que administra el Terminal-es decir, de ser "equipajero" sin su permiso-así como una obligación de aceptar las consecuencias nocivas que pueden derivar del ejercicio legítimo de dicho acuerdo-es decir, de no poder convertirse en un rival comercial para la asociación.

A su vez, el monopolio de la ASEQUIT en el Terminal amplifica la ya desigual relación jurídica entre el actor y dicha entidad; debido a que para ser "equipajero" no se necesita ninguna calificación profesional particular, ésta puede ser llevada a cabo por un número muy grande de personas. Por ello, dicha asociación buscaba disponer del trabajo del actor tan fácilmente; por el contrario, el actor no tiene mayor capacidad o poder de negociación frente a dicha asociación. En ausencia de normas constitucionales apli-

cables, la asociación-como entidad de derecho privado-podría cancelar su relación con el actor, ya que ello estaría enmarcado en su autonomía o libertad de empresa. Ello supone que las actuaciones de dicha entidad están enmarcadas por normas de derecho privado y laboral que le dan una amplia discrecionalidad para actuar como lo considere necesario, en este caso, para cancelar la relación con un miembro que, se alegaba, no era disciplinado⁵⁶.

La eficacia horizontal del derecho al debido proceso supone en este caso una limitación a la discrecionalidad de la mencionada asociación, y por ende, una modificación en las normas aplicables. Al constituir una limitación al derecho a la libertad de empresa, el derecho al debido proceso del actor también implica una limitación correlativa del alcance de sus obligaciones como asociado, y por ende, una ampliación de sus otros derechos. Ello resulta del carácter correlativo entre derechos y obligaciones sugerido por la interdependencia de los derechos así como de su carácter relativo⁵⁷. Al limitar lo que la asociación puede hacer frente a sus miembros, su capacidad para presionarlos económicamente disminuye, ya que ahora el ejercicio de sus derechos se ve limitado, y por ende, los derechos de los asociados y exmiembros como el actor se ven ampliados. Visto de otra manera, el derecho al debido proceso del actor implica un deber por parte de ASEQUIT de abstenerse de disponer de su membresía de cualquier manera, así como una obligación de aceptar las consecuencias que pueden derivar del ejercicio legítimo del ejercicio de dicho derecho.

El cambio en las normas aplicables, que puede parecer demasiado sutil como para ser relevante, tiene en realidad una importancia fundamental. Dicho cambio determina los

límites jurídicos a la coerción económica que una persona o grupo de personas busca ejercer frente a otras en una situación de interdependencia, y por lo tanto implica una nivelación entre el poder de negociación entre las partes. Por ello, implica una reasignación del alcance de los derechos y las obligaciones que tienen las personas entre sí, que puede tener efectos redistributivos significativos en la asignación de los recursos que están en juego.⁵⁸

Las implicaciones que tienen estas consideraciones para los debates sobre el rol de la justicia constitucional son muchas y muy importantes. Desde una perspectiva clásica,⁵⁹ puede ser objetable por tres razones. En primer lugar, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es equiparable a una modificación a los derechos de las personas sin su consentimiento, y por ende presupone una indemnización para ser justa. Al no darse ésta, se está en realidad legitimando e institucionalizando una forma de robo. En segundo lugar, la asignación y redistribución de los recursos sociales es una actividad eminentemente política, que debe ser decidida de acuerdo con principios democráticos y por órganos representativos de la sociedad. Al darse ésta por vía judicial, los jueces están en realidad usurpando funciones que son parte de las otras ramas del poder público y actuando de manera poco democrática. Finalmente, esta forma de adelantar la distribución es ineficiente, ya que produce tanto desperdicios como distorsiones, y limitan de esta manera el funcionamiento de los mercados. Si bien la redistribución es un fin deseable, ésta es más eficiente si se realiza por medio de paquetes tributarios y fiscales. Estas razones son importantes, y una visión sobre la interdependencia de los derechos y la coerción económica debe poder sentar

una posición frente a ellas. Por ello, quisiera referirme brevemente a cada una de estas razones para, en la sección siguiente, sugerir algunas de las implicaciones que tienen las ideas arriba desarrolladas para una visión republicana de las relaciones entre derecho y sociedad, y sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional "horizontal" de la economía y la actividad económica.

La primera razón sobre porqué esta forma de redistribuir los recursos es objetable sugiere que ésta es equiparable a una modificación a los derechos de las personas sin su consentimiento, y por ende presupone una indemnización para ser justa. Al no darse dicha indemnización, se está legitimando e institucionalizando una forma de robo. Dicha objeción presupone, sin embargo, que el concepto de derechos es anterior al Estado mismo y que sus límites pueden derivarse de una teoría jurídica y política sobre los orígenes del Estado mismo⁶⁰. Sin embargo, la misma noción de interdependencia de los derechos rechaza esta visión de los derechos-fundamentales o no-que supuestamente es anterior al Estado mismo, porque considera que, por un lado, la naturalización del origen de los derechos lleva a verlos como si su aplicación no tuviera lugar en contextos sociales, y por ende, tiende a darles un alcance absoluto⁶¹. Los derechos, sin embargo, no pueden ser absolutos porque, en aquellas situaciones en las que entran en conflicto, no habría forma de determinar cual prima sobre cual; de igual manera un derecho absoluto implica un deber absoluto, lo cual puede llevar a situaciones absurdas y contraproducentes frente a valores sociales considerados deseables. Por el ejemplo, el derecho a la libertad personal no puede extenderse hasta el punto de permitir que

una persona decida venderse a otra como su esclavo. Ello no solo resulta paradójico, sino que terminaría por institucionalizar prácticas como la esclavitud.

Aceptar que los derechos tienen su origen en las normas jurídicas y que son limitados reduce la fuerza crítica de esta razón. Si aceptamos que los derechos son limitados, las cuestiones son, entonces, cuáles es el alcance que tienen en situaciones actuales, cuáles son los mecanismos jurídicos aceptables para ampliar o limitar su alcance, y en qué casos procede una indemnización cuando interviene el Estado en su limitación. Debido a que todas estas son cuestiones que han sido largamente debatidas por la teoría jurídica contemporánea, no es pertinente reproducir aquí dichas discusiones, sino más bien presentar algunas conclusiones⁶². El alcance de los derechos lo pueden determinar los jueces al oír los argumentos que, en un litigio, presentan las partes involucradas sobre por qué consideran que tienen la razón dado el alcance que ellos asumen al interpretar las normas jurídicas que regulan sus actuaciones. La certeza jurídica que se tenga frente a lo que al respecto señalen otros jueces, la doctrina, y por supuesto, las mismas normas jurídicas que sean específicas al caso que se estudia sirven para ello, pero puede no ser determinante si hay otras razones de igual peso que sugieran un resultado diferente. A su vez, la intervención del Estado puede suponer una indemnización cuando las razones que se presenten para haber actuado como lo hizo no justifican su actuar.

La segunda razón sugiere que la asignación y redistribución de los recursos sociales es una actividad eminentemente política, que debe ser decidida de acuerdo con principios democráticos y por órganos representativos de la sociedad. Al darse ésta

por vía judicial, los jueces están en realidad usurpando funciones que son parte de las otras ramas del poder público y actuando de manera poco democrática. Dicha objeción presupone que los jueces, debido a su naturaleza poco representativa, no deberían pasar por encima de aquellas normas que fueron promulgadas por órganos representativos, y que son las que terminan por determinar la distribución social de los ingresos y la riqueza. Pero el hecho de que los jueces no sean representativos no quiere decir que su labor no tenga un valor democrático importante. La protección judicial de los derechos fundamentales es en realidad la protección de los fundamentos mismos que permiten la participación democrática, y por ende, si las normas promulgadas por los órganos representativos tienden a imposibilitar el ejercicio de dichos derechos, es legítimo desde una perspectiva democrática que los jueces vayan en contra de la mayoría y anulen sus actuaciones. De igual manera, la protección de los derechos *sociales* fundamentales⁶³ tienen un contenido patrimonial implica una protección a las bases materiales de la democracia misma, pues garantizan que todas las personas tengan un sustento mínimo que les permita funcionar como seres autónomos en la sociedad, y por lo tanto, para ejercer sus otros derechos. Después de todo, si no existe un derecho absoluto a la libertad personal, el derecho a la autodeterminación política de las mayorías tampoco puede ser absoluto⁶⁴.

Finalmente, la tercera razón supone que llevar a cabo la distribución por medio de la protección individual de los derechos fundamentales es ineficiente, ya que produce tanto desperdicios como distorsiones, y limitan de esta manera el funcionamiento de los mercados⁶⁵. Más aún, muchas de las teorías

que buscan justificar el actuar de los jueces tienen serios problemas conceptuales, y por ello no resultan tan útiles como nociones de bienestar concebidas de manera amplia. Si bien la redistribución es un fin deseable, ésta es más eficiente y, por ende, obtiene los mismos resultados con menor esfuerzo, si se realiza por medio de paquetes tributarios y fiscales⁶⁶. Esta razón ha sido particularmente importante en la discusión jurídica contemporánea y su desarrollo, en manos de STEVEN SHAVELL y LOUIS KAPLOW, contiene una serie de respuestas y contra-argumentos convincentes frente a los argumentos y críticas de corte deontológico al análisis económico del derecho como teoría jurídica consecuencialista. Dado que el debate que plantean estos autores es particularmente complejo y extenso, no se desarrollará en estas páginas⁶⁷. Simplemente quisiera señalar que esta razón no impide que otras ramas del poder público adopten planes fiscales y tributarios para lograr una mayor igualdad material; de hecho, dado que el funcionamiento de las cortes es reactivo (en oposición a propositivo, como lo es el de las otras ramas), es de esperarse que entre más cambios favorables se produzcan gracias a la acción de dichos planes, menos oportunidades habrá para que los jueces protejan derechos fundamentales, ya que dichos avances sugieren que las personas no se encontrarán en situaciones de precariedad aun cuando se les violen dichos derechos⁶⁸, y por lo tanto, tendrán otros medios para resarcir el perjuicio que se les cause o podrán buscar otras situaciones que les resulten más ventajosas. De igual manera, un cambio en las normas aplicables no necesariamente implica que la nueva norma (o subregla) sea ineficiente, ya que un problema jurídico puede tener más de una solución que sea eficiente, y ello de-

pende de la asignación inicial de derechos y obligaciones⁶⁹.

Las tres razones que se han presentado como objeciones a la redistribución por medio de la modificación de las normas que determinan las relaciones económicas entre las personas sugieren la importancia que tiene esta doctrina para nuestro derecho constitucional. En particular, sugieren una especie de constitucionalización de la microeconomía colombiana que resulta muy importante, y que ha pasado de largo entre los analistas de las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional, así como su carácter económico/redistributivo ha sido obviado por quienes se concentran en su faceta jurídica. Como espero haber mostrado a lo largo de estas páginas, ambos elementos van de la mano, de tal manera que es imposible concentrarse en uno sin fijar la atención en el otro.

V. CONCLUSIONES: LEGITIMIDAD Y CONVENIENCIA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A LA MICROECONOMÍA COLOMBIANA DESDE UNA PERSPECTIVA REPUBLICANA.

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales es presentada por autores como Manuel José Cepeda como una forma de "redistribución del poder social", es decir, como una forma de imponer límites al despliegue de poder que unas personas ejercen frente a otras por medio de la invocación de derechos fundamentales⁷⁰. A su vez, ello supone una lectura de la Constitución Política de acuerdo con la cual ésta busca cierta igualdad entre los ciudadanos, en aras de que todas las personas se sientan protegidos por la Constitución misma. En este sentido, uno de los fines de la Constitución es ga-

rantizar cierta igualdad entre las personas, o por lo menos, evitar que la desigualdad entre estas llegue a extremos que ofenden nuestro sentido de la justicia. Por ello, esta visión coincide con una visión republicana de la Constitución.

Las nociones de interdependencia de los derechos y de coerción económica representan una serie de herramientas teóricas que pueden ser muy útiles para lograr este propósito, pero que también pueden contribuir a las nociones que generalmente se tienen sobre la conveniencia y la legitimidad del control constitucional. Si bien estas nociones pueden ser útiles para rearticular problemas jurídicos "ordinarios" de tal manera que adquieran un cariz constitucional, también sugieren algunos problemas y limitaciones que tiene el constitucionalismo como tal. En este sentido, estas nociones no contienen una valoración política o jurídica especial, más allá que la de rechazar concepciones sobre el carácter absoluto de los derechos o sobre la irrelevancia de la economía para apreciar la compleja naturaleza del ejercicio de los derechos. Quisiera, siguiendo estas consideraciones un tanto escépticas, explorar los límites del constitucionalismo colombiano.

Un debate importante que hace falta continuar radica en la fundamentación misma de los derechos. Los autores colombianos que han escrito sobre el constitucionalismo, con algunas excepciones⁷¹, parecen haber cerrado sus puertas al debate sobre las inconsistencias mismas que presentan los derechos como discurso⁷². Ello se puede deber, (supongo yo) a que dicho debate tiene el potencial de limitar o de frenar los desarrollos que al respecto se han logrado con respecto a la "redistribución de poder social"; si todas las personas son conscien-

tes de los límites que tiene el discurso de los derechos, pues este tiene menos valor, y menos potencial para el cambio social, que el que tienen en un entorno que realmente cree en su valor. Por otro lado, que la conceptualización de los derechos sea problemática no sugiere que entonces estos no puedan ser importantes⁷³. Más aun, es absolutamente legítimo que todos depositemos nuestra fe en ellos si no hay categorías para reemplazarlos que sean más sofisticadas y consistentes.

Por otro lado, la fe que se deposita en los derechos puede también ser contraproducente para el cambio social, que en el fondo, es el tema que se trata cuando se discute sobre la protección a los derechos fundamentales. En este caso, ya no se trata de que el concepto de derecho tenga problemas conceptuales, se trata de su uso estratégico para evitar una transformación social verdaderamente profunda. Autores como RAN HIRSCHL sugieren, de manera un tanto persuasiva, que el "neoconstitucionalismo" realmente representa un arreglo institucional complejo que da la impresión de buscar el cambio social pero que realmente lo ataja, y para ello se nutre sustancialmente del discurso de los derechos. De cierta manera, ello representa el lado oscuro del constitucionalismo: al evitar que las mayorías decidan sobre los aspectos fundamentales de la democracia, también se está evitando que la democracia se transforme de manera radical en un sistema social que pueda concretar las aspiraciones que tanto anuncia⁷⁴.

El escepticismo ante estas visiones del constitucionalismo colombiano es particularmente sano-así sea políticamente incorrecto en las facultades de derecho-precisamente porque ello permite conciliar posturas diferentes frente a los cambios que

están ocurriendo al interior de nuestra cultura jurídica. Un texto de reciente publicación sobre derecho constitucional colombiano comienza señalando que

(..) la Constitución adoptada en 1991 se ha consolidado institucionalmente y arraigado en el pueblo. (...) en lo que respecta al arraigo popular, la Constitución ha sido objeto de un proceso acelerado de apropiación por parte de la sociedad civil, goza del creciente afecto de la mayoría de los colombianos y ha cumplido cada vez con mayor impacto una función de "empoderamiento" de grupos vulnerables y de personas que se han sentido expuestas a la arbitrariedad (...) ⁷⁵.

Si bien es cierto que la Constitución representa un avance sin paralelo en lo que respecta a la protección de los derechos de las personas, ¿cómo podemos evaluar esta cita a la luz de indicadores que señalan la acentuada desigualdad social de la sociedad colombiana? De hecho, un observador debe tratar de conciliar esta apreciación sobre el efecto de la Constitución con otras apreciaciones menos halagadoras del régimen constitucional colombiano. En efecto, Colombia tiene una de las peores distribuciones del ingreso y la riqueza del continente americano, distribución que ha variado con el tiempo, pero que no ha mejorado significativamente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 ⁷⁶. Así mismo, es de esperar que los colombianos sean conscientes de esta situación. Entonces, ¿Cómo pueden objetar las diferentes manifestaciones de la desigualdad social y al mismo tiempo aprobar la norma que, desde 1991 hasta la fecha, le da validez formal a las normas que *permiten* y, de hecho, *acentúan* la desigualdad? Suena más acertada otra apreciación al respecto,

que se encuentra, esta vez, en un texto predominantemente crítico sobre derecho:

Sin duda, la carta de derechos actual contrasta con la anterior, y atenúa una larga tradición constitucional que se contentaba con que los derechos fundamentales fueran meras declaraciones simbólicas en espera de un futuro mejor. Pero todo esto es claramente insuficiente. La distancia entre el texto constitucional y las realidades sociales continúa siendo demasiado grande como para poder decir que Colombia es un país regido por una constitución ⁷⁷.

Mi escepticismo ante el constitucionalismo colombiano radica en la escasa consciencia sobre la necesidad de contar con un ambiente institucional favorable que desarrolle y apoye la labor de la Corte Constitucional, es decir, de contar con un "constitucionalismo militante" tanto entre la sociedad misma como en los diferentes órganos y ramas del Estado ⁷⁸. Por el contrario, el reconocimiento de la necesidad de dicho ambiente sugiere que así como hay una interdependencia entre los derechos de las personas, también existe una interdependencia entre las ramas del poder público. Si bien una rama o entidad tiene una potestad para actuar, el ejercicio de ésta se ve condicionada por su capacidad para coaccionar a las otras ramas del poder público para que cumplan sus órdenes; a su vez, la capacidad de reacción de estas depende de cómo puedan ellas oponerse a las presiones a las que están sometidas ⁷⁹. En el caso de la necesidad del apoyo a la Corte Constitucional, la ausencia del "constitucionalismo militante" empieza a sentirse en aquellos escenarios-como el de los desplazados-en los que ha emitido múltiples decisiones, pe-

ro las entidades encargadas de actuar no han producido los resultados esperados. Si bien algunos autores ven en este tipo de actuaciones una Corte que se toma los derechos fundamentales en serio, desde una postura escéptica este escenario se ve más bien como una prueba de los límites políticos del constitucionalismo colombiano.

De igual manera, las experiencias internacionales sobre los límites del constitucionalismo brillan por su ausencia en la literatura colombiana. La historia constitucional de los Estados Unidos, el primer país en controlar judicialmente los actos del gobierno, presenta varios ejemplos interesantes de ello, ejemplos que además se toman como insignias del constitucionalismo contemporáneo. Uno de estos ejemplos lo constituye la decisión *Brown v. Board of Education of Topeka* (I), del año 1954⁸⁰. En esta decisión, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos señaló que la asignación de instalaciones educativas diferentes para personas de raza negra y raza blanca es inconstitucional, y, curiosamente, señaló que ello era así debido al daño psicológico que dicha separación producía en los niños y niñas de raza negra⁸¹. Sin embargo, el impacto de esta decisión es particularmente importante para la jurisprudencia sobre el alcance de los derechos constitucionales a la luz de la catorceava enmienda de la Constitución de dicho país, ya que modifica el precedente establecido en la decisión *Plessy v. Ferguson*, del año 1896, de acuerdo con la cual la asignación de instalaciones diferentes para personas de diferentes razas no es inconstitucional en la medida en la que éstas sean de igual calidad (la doctrina de *separate but equal*). A diferencia de lo señalado en decisiones anteriores, la Corte Suprema señaló que la igualdad de condiciones que es cons-

titucionalmente relevante implica no solamente la igualdad en las instalaciones, sino también aquella igualdad que se manifiesta en las oportunidades sociales que surgen de la educación como una experiencia de trascendencia social, y que aquellos estudiantes de color pierden al ser discriminados⁸².

BROWN (I) es una decisión que refleja varios de los aspectos señalados hasta ahora con respecto al constitucionalismo, pero también con respecto a sus límites. Por un lado, refleja la voluntad de la Corte Suprema de Justicia de tomar las riendas de un asunto que era, originalmente, estatal y no federal, y de asumir una visión igualitaria de la Constitución de dicho país. Por otro lado, tanto su impulso como el eventual acatamiento de las órdenes impartidas las decisiones posteriores que la desarrollan⁸³, reflejan el carácter interdependiente y político de este desarrollo. La demanda en *Brown* había sido preparada con ayuda de la NACCP, una organización no gubernamental dedicada al litigio estratégico,⁸⁴ pero el eventual desarrollo y acatamiento de las órdenes impartidas encontró mucha resistencia por parte de varios actores políticos⁸⁵, y de hecho, la desagregación de los colegios no empezó sino diez años después de que esta decisión fuera promulgada⁸⁶. Con respecto a este último punto, autores como MICHAEL KLARMAN señalan que la desagregación racial en los Estados Unidos se ha venido dando gracias a diferentes causas y fuerzas sociales, pero las decisiones que desarrollan *BROWN* (I) no son las más importantes de aquellas⁸⁷; el alcance de dicha decisión ha sido, más que todo, simbólico⁸⁸.

La historia de *BROWN* (I) no es la única que sugiere la importancia, pero al mismo tiempo, los límites del constitucionalismo. Tal vez la historia reciente más emblemá-

tica, y en la que la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales es muy importante, es la de *Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom and Others*, sentencia emitida por la Corte Constitucional de Sudáfrica en octubre del año 2000⁸⁹. En dicha providencia, esta Corte resolvió un recurso interpuesto por un grupo de personas de recursos muy escasos que habían quedado en estado de indigencia cuando la temporada invernal destruyó sus asentamientos. Los actores encontraron un refugio temporal en unos lotes privados, y cuando los dueños de estos intentaron desalojarlos, la Sra. IRENE GROOTBOOM y otras novecientas personas afectadas presentaron una acción alegando que su desalojo implica una violación a su derecho a una vivienda digna, consagrado en la constitución de dicho país⁹⁰. La Corte Constitucional de dicho país falló a favor de los actores y le ordenó al gobierno de la localidad tomar de manera inmediata las medidas que sean del caso para atender las precarias condiciones de estas personas. Si bien esta decisión ha sido celebrada por diferentes autores, tanto locales como extranjeros⁹¹, pocos han tenido en cuenta que, hasta marzo del año 2004, lo único que las autoridades habían hecho era evitar el desalojo de los actores y construir una letrina comunal que difícilmente podía atender las necesidades de la población⁹². IRENE GROOTBOOM, la actora más reconocida de este caso, murió en el 2008 en estado de pobreza absoluta⁹³.

Casos como *BROWN*, *GROOTBOOM* y otros sugieren un aspecto particularmente importante con respecto a las limitaciones del constitucionalismo. Si bien dichos casos logran llamar la atención de la opinión pública y ponen en tela de juicio la verdadera efectividad de las políticas públicas orienta-

das a atender a las personas más necesitadas, su capacidad para transformar la realidad social hacia un estado de cosas que se considere más justo no depende de las sentencias mismas o del alcance teórico de los derechos que protegen. Dependen en buena medida de que otras instituciones se movilicen para lograr los fines propuestos en las sentencias, así como de otros actores políticos que le den sustento a dichas decisiones de tal manera que éstas sean acogidas positivamente por los diferentes grupos sociales. Al resaltar estos dos aspectos, *no* se busca concluir que el constitucionalismo es poco efectivo o una esperanza vacía; simplemente, que no basta con que las cortes dicten sentencias en las que protegen los derechos fundamentales de los actores, sino que también es importante tener en cuenta el entramado institucional y político del cual depende la efectividad de dichas sentencias. La interdependencia entre las potestades de las autoridades públicas para lograr un cambio social es algo clave para superar estos límites del constitucionalismo global, y por supuesto, del colombiano.

* * *

Hace casi diez años, el profesor RODRIGO UPRIMNY publicó un artículo titulado "Legitimidad y Conveniencia del Control Constitucional a la Economía"⁹⁴. A pesar de todo el tiempo que ha pasado, dicho artículo representa, a mi juicio, la mejor justificación del constitucionalismo colombiano. El presente texto busca, en cambio, explorar el trasfondo jurídico de las relaciones económicas entre particulares a la luz de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y mostrar cómo dicha doctrina también presupone un control constitucional a la

actividad económica entre particulares. Si bien desarrolla parcialmente los temas presentados por el profesor Uprimny, también busca acotar su potencial teórico y práctico, razón por la cual parece paradójico. (Así también es el constitucionalismo colombiano, y particularmente, las relaciones entre las personas y el Estado.) Creo que por ello este es un texto que refleja dos escuelas del pensamiento constitucional colombiano, una aspiracional y republicana, la otra escéptica y desencantada. Parece un texto adolescente, al igual que nuestra Constitución Política, que este año cumple 18 años de vigencia.

* Contexto: Revista de Derecho y Economía, n.º 29, 2009, pp. 67 a 92.

1 Docente Investigador, Universidad Externado de Colombia.

2 El profesor RODOLFO ARANGO define el concepto de derechos sociales fundamentales de la siguiente manera: "Una persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgencia, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona con ello a la persona". Ver su obra: *El Concepto de derechos sociales fundamentales*, editorial Legis-Universidad Nacional de Colombia, primera edición 2005, p. 346. A su vez, estos derechos están compuestos de dos partes; la primera alude al concepto "bien desarrollado" de derecho subjetivo, mientras que la segunda alude a los criterios que son necesarios para establecer la vulneración de aquellos. Ob. cit., pp. 297 y ss. 3. Una notable excepción a esto es la obra de RODOLFO ARANGO; ver Ob. cit., p. 346 y RODOLFO ARANGO, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 33, editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2004. (De ahora en adelante, Arango, *Derechos*)

4 Ver ARANGO, Ob. cit., El Concepto. También: RODOLFO ARANGO, *La Justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*. En: Revista de Derecho Público n.º 12, editorial Universidad de los Andes, 2001. ALEXEI JULIO ESTRADA, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, editorial Universidad

Externado de Colombia, 1.ª ed., 2000. EDUARDO CIFUENTES, *El Constitucionalismo de la Pobreza*. En: Dereito, Revista Jurídica DH Universidad de Santiago de Compostela, Volumen IV, No. 2, 1995. MANUEL JOSÉ CEPEDA, *Polémicas Constitucionales*, editorial Legis, 1.ª ed., 2007.

5 ALEXEI JULIO ESTRADA, *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales*, editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2000, pp. 87 y ss.

6 JULIO ESTRADA, Ob. cit., p. 117.

7 JULIO ESTRADA, Ob. cit., p. 117.

8 JULIO ESTRADA, Ob. cit., p. 121.

9 JULIO ESTRADA, Ob. cit., p. 119.

10 JULIO ESTRADA, Ob. cit., pp. 118 - 119

11 ARANGO, Ob. cit., pp. 138-140.

12 ARANGO, Ob. cit., pp. 140-142.

13 ARANGO, Ob. cit., pp. 142-144.

14 ARANGO, *Derechos*, Ob. cit., pp. 70-71. (Siguiendo a Sen, Amartya, *Libertad y desarrollo*, editorial Planeta, segunda reimpresión de la 1.ª ed., 2001, pp. 114 y ss.)

15 ARANGO, Ob. cit., pp. 144-145.

16 ARANGO, Ob. cit., pp. 145-147

17 ARANGO, Ob. cit., pp. 147-149.

18 ARANGO, Ob. cit., pp. 149-151.

19 ARANGO, Ob. cit., p. 155.

20 ARANGO, Ob. cit., p. 317.

21 ARANGO, Ob. cit., p. 159, citando a A. Sen *Rights and Capabilities*, en T. Honderich (Ed.) *Morality and Objectivity: A tribute to J.L. Mackie*, editorial Routledge Kegan & Paul, 1.ª ed., 1985, p. 138.

22 El término viene de ROBERT ALEXEY. Ver su obra *Teoría de los derechos fundamentales*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1.ª ed., 1997.

23 ARANGO, Ob. cit., p. 160.

24 ARANGO, Ob. cit., p. 164. citando a Sunstein, Cass R. *Free Markets and Social Justice*, editorial Harvard University Press, 1.ª ed., 1999.

25 SUNSTEIN, *supra*, pp. 151-154.

26 ARANGO, Ob. cit., p. 164.

27 ARANGO, Ob. cit., pp. 165-166.

28 Esto obviamente no se ve en el texto de Arango, pero sí en el de otros autores que hablan del mercado como una unidad autocontenida e independiente de las personas que hacen transacciones en él. Con respecto a la "naturalización". Ver ROSS, Alf. *Tu-Tu*. (Traducción de GENARO CARRÍO). En: [http://www.filosofiajuridica.com.br/arquivo/arquivo_46.pdf] (Visitado el 17 de Julio del 2009). En particular, ver las páginas 32 y ss., con respecto a la discusión del término "propiedad".

29 ARANGO, Ob. cit., p. 166.

- 30 De hecho, para ARANGO a la importancia de la urgencia de las necesidades que presentan las personas más pobres y necesitadas constituye uno de estos elementos. (Ver Ob. cit., pp. 311 y ss.)
- 31 ARANGO. *Derechos*, Ob. cit., p. 26.
- 32 Esta es una idea clave en para entender tanto el concepto de derechos subjetivos como el carácter relativo de estos; ver HOHFELD, WESLEY N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, (Traducción de Genaro Carrió), editorial Fontamara, tercera edición, 1995.
- 33 Ver LOUIS JOSSERAND. *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad*, (Traducción de ELIGIO SANCHEZ LARIOS y JOSE M. CAJICA Jr.), editorial JOSÉ M. CAJICA, 1.ª ed., 1946, pp. 11 y ss.
- 34 Este ejemplo está basado en la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 6 de marzo de 1962 y cuyo Magistrado Ponente fue el Dr. HUMBERTO MURCIA BALLÉN.
- 35 Esta es una idea más bien antigua en derecho privado, asociada a autores como JOSSERAND y DUGUIT. Ver también LEÓN DUGUIT. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, editorial F. Beltrán, Madrid, 1920.
- 36 JOSSERAND, Ob. cit., p. 12.
- 37 Resulta obvio que el concepto de interdependencia tiene una gran similitud con el de la relatividad de los derechos tal y como lo presenta JOSSERAND en la obra citada. Creo que más que reemplazar dicho concepto, lo complementa precisamente al señalar que el valor de los derechos es una función de otras normas jurídicas que afectan la relativa escasez o abundancia de los derechos en cuestión.
- 38 Ver ROBERT L HALE. *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, 38 Political Science Quarterly 470, (1923), (De ahora en adelante, Hale, *Coercion*), dice este autor: "Al proteger la propiedad el gobierno está haciendo algo significativamente diferente de mantener la paz. Está ejerciendo coerción cuando es necesario proteger a cada dueño, no solamente de actos violentos, sino también de violación pacíficas de su derecho a gozar el bien sobre el que es dueño". (Traducción propia), p. 472.
- 39 HALE, *Coercion*, Ob. cit., p. 472.
- 40 HALE, *Coercion*, Ob. cit., pp. 472 y ss.
- 41 HALE, Ob. cit., pp. 476-478. Por ejemplo, negarse a venderle un arma a un demente violento es un acto de coerción económica que se encuentra justificado si se aprecian las consecuencias que pueden surgir si dicha arma se le facilita.
- 42 NEIL DUXBURY. *Robert Hale and the Economy of Legal Force*, 53 The Modern Law Review, 421, 1990, pp. 432-433.
- 43 Ver ROBERT L HALE. *Bargaining, Duress, and Economic Liberty*, 43 Columbia Law Review, 603, 1943, p. 624, citado en DUXBURY, Ob. cit., p. 433.
- 44 DUXBURY, Ob. cit., p. 433. Ver también HALE, *Coerción*, Ob. cit., pp. 472 y ss.
- 45 HALE, *Coerción*, Ob. cit., p. 474. Nótese que esto es simétricamente opuesto a como se conciben las relaciones bilaterales a partir del paradigma clásico de la autonomía de la voluntad y del análisis económico del derecho ortodoxo. Así mismo, ello sugiere que las cadenas de producción de bienes y servicios (bien llamados "eslabonamientos") representan cadenas de relaciones en las que cada uno de los eslabones presenta una situación de coerción bilateral desde que se producen las materias primas hasta que los productos finales llegan a manos de los compradores.
- 46 Un recuento más ortodoxo de estas consideraciones se encuentra en CALABRESI, GUIDO, Y MELAMED, DOUGLAS A. *Property rules, liability rules, and Inalienability: One view the Cathedral*. 85 Harvard Law Review. 1089 (1972).
- 47 HALE, *Coercion*, pp. 477 y ss. Ver también Kennedy, Duncan. *The Stakes of Law, or Hale and Foucault*. 15 Legal Studies Forum, 327 (1991).
- 48 Ver OLSON, MANCUR. *The Logic of Collective Action*. Editorial Harvard University Press, 1.ª ed., 1962, p. 2 y ss.
- 49 En el caso del derecho de la competencia, estas apreciaciones han tenido mucha más influencia; ver, por ejemplo, Page. WILLIAM H. *Legal Realism and the Shaping of Modern Antitrust*. 44 Emory Law Review, 1, (1995).
- 50 En particular, el derecho anglosajón ha sido más proclive a estas consideraciones que el derecho colombiano, aunque es posible que esta tendencia se esté revirtiendo con el auge de la posición del abuso de la posición dominante en el derecho privado. Ver RENGIFO, ERNESTO. *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Segunda edición, 2004.
- 51 Ver *Union Pacific Railway v. Public Service Comisión of Missouri*. 246 US 67 (1918), p. 70. Citado en: Duxbury, Ob. cit., p. 425.
- 52 Una decisión que varios autores colombianos rescatan fue la proferida por el Tribunal Constitucional Federal alemán en el caso de ERICH LUTH, quien promovió un *boycott* en 1950 como protesta por la exhibición de una película pro nazi (Ver

- JULIO ESTRADA, Ob. cit., p. 171 y ss.). Sin embargo, para efectos de la relación interdependiente entre derecho privado y derechos fundamentales, el caso más interesante es, a mi juicio, *SHELLEY V. KRAEMER*. 334. U.S. 1 decidido en 1948, en el que la Corte Suprema de Justicia señaló que una cláusula contractual que le permitía a un vendedor de una casa discriminar entre compradores según su raza es inconstitucional porque viola la catorceava enmienda.
- 53 Ver CORREA, MAGDALENA. *La libertad de empresa como manifestación del libre desarrollo de la personalidad*. En: *Libro en memoria del profesor Dr. LUIS VILLAR BORDA*. (EMILSEN GONZÁLES DE CANCINO Cord.). Editorial Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., 2008.
- 54 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-637 del 2007, M.P. Dr. HUMBERTO SIERRA PORTO.
- 55 Ver los hechos 1.2 y 1.3 de la mencionada sentencia.
- 56 Ver el hecho 1.5 de la mencionada sentencia.
- 57 Ver *infra*, nota 31 y texto acompañante.
- 58 Ver ARANGO, *Derechos*, Ob. cit., p. 70.
- 59 ARANGO, siguiendo a AMARTYA SEN, señalaría desde una perspectiva heterodoxa que esta forma de adelantar la distribución es válida en la medida en la que los destinatarios de esta distribución están en condiciones desiguales, bien sea por presentar problemas físicos o fisiológicos, o por las condiciones económicas antes aludidas. Por ello es que dichas condiciones representan cuestiones de hecho que llevan a la protección de derechos fundamentales. Ver ARANGO, Ob. cit.
- 60 Un ejemplo particularmente sofisticado de esta objeción puede encontrarse en EPSTEIN, RICHARD. *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*. Editorial Harvard University Press, 1.ª ed., 1985.
- 61 Ver JOSSERAND, Ob. cit., pp. 11 y ss.
- 62 Ver, de manera general, DWORKIN, RONALD. *Law's Empire*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., 1986. También DWORKIN, RONALD. *Taking Rights Seriously*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., 1978.
- 63 Ver ARANGO, Ob. cit., sobre la diferencia entre derechos fundamentales y derechos sociales fundamentales.
- 64 Ver HOLMES, STEPHEN. *Precommitment and the Paradox of Democracy*. En: *Constitutionalism and Democracy*. En: ELSTER, JON & SLAGSTAD, RUNE. (Eds.). Editorial Cambridge University Press, 1.ª ed., 1993. En el contexto colombiano, ver Uprimny, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*. En: BURGOS, GERMÁN (Ed.) *Independencia Judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?* Editorial ILSA, Colección de Textos aquí y ahora, 1.ª ed., 2003. Disponible en: <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/taq/taq02/Taq02-05-09.pdf> (visitado el 14 de Julio del 2009)
- 65 Ver COORTER, ROBERT D. & Ullen, Thomas. *Law and Economics*. Editorial West Thompson, Cuarta edición internacional, 2004. Ver Pg. 7 y ss.
- 66 Ver SHAVELL, STEVEN & KAPLOW, LOUIS. *Fairness vs. Welfare*. Editorial Harvard University Press, 2002.
- 67 Sin embargo, la obra de SHAVELL y KAPLOW contiene un arsenal de argumentos que podrían poner en jaque los argumentos que en Colombia se sugieren con respecto a los fundamentos morales de los derechos; sería interesante ver cómo podrían desarrollarse en un contexto como el nuestro.
- 68 El criterio de necesidad, junto con el de urgencia, juegan un rol esencial en la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales; ver ARANGO, Ob. cit.
- 69 Ver CALABRESI & MELAMED, Ob. cit., También KENNEDY, DUNCAN. *Law-and-economics from the perspective of critical legal studies*. En: www.duncankennedy.net. (visitado el 14 de Julio del 2009) Pgs. 469 & 470.
- 70 CEPEDA, MANUEL JOSÉ. *Polémicas Constitucionales*. Editorial Legis, 1.ª ed., 2007. Pgs. 104 & 238.
- 71 Ver GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *El Derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia*. En: GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, RODRÍGUEZ, CESAR A, & Uprimny YEPES, RODRIGO. *¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Editorial Norma, 1.ª ed., 2006.
- 72 Ver, por ejemplo: GLENDON, MARY ANN. *Rights talk The Impoverishment of Political Discourse*. Editorial The Free Press, 1.ª ed., 1991. WILLIAMS, PATRICIA J. *The Alchemy of Race and Rights*. Editorial Harvard University Press. 1.ª ed., 1991. Tushnet, Mark. *Ensayo sobre los derechos*. En: (Mauricio García Ed.) *Sociología jurídica*, Editorial unilibros, 1.ª ed., 2001.
- 73 Esta es mi impresión sobre la tesis de RODOLFO ARANGO (ver *Derechos*, Ob. cit., p. 25.) quien aboga por una descripción relacional de los derechos-los derechos como relaciones entre las personas-como respuesta a las críticas que se han hecho sobre su consistencia. Ello no advierte, sin embargo, el problema teórico con respecto a sus alcances, ya que, como muestra el debate contemporáneo so-

- bre el derecho de la propiedad, los derechos pueden ampliarse y tener un alcance cuasi-absoluto o limitarse y tener el alcance de un interés legítimo. Mas aun, el alcance de las relaciones que hacen parte de los derechos sigue construyéndose a partir de nociones filosóficas poco precisas ("lazos humanos del respeto y reconocimiento de si y de otros" "tejido social" etc.) que son tan universales que difícilmente pueden encajarse en contextos particulares y diferentes de manera coherente. Al respecto ver Singer, Joseph. *Normative methods for lawyers*. Harvard Law School, working paper. Disponible en: [HTTP://ssrn.com/abstract=1093338](http://ssrn.com/abstract=1093338). (visitado el 18 de Julio del 2008).
- 74 Ver HIRSCHL, RAN. *Towards Juristocracy The origins and consequences of the New Constitutionalism*. Editorial Harvard University Press, 1.ª ed., 2004.
- 75 CEPEDA MANUEL JOSÉ & MONTEALEGRE LYNETT, EDUARDO (Eds), ALEXEI JULIO (Coord.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: Bases críticas para una discusión*. Editorial Universidad Externado de Colombia, Primera edición. 2007.
- 76 Ver Cárdenas Santamaría, Mauricio. *Introducción a la economía colombiana*. Editorial Alfaomega / FEDESARROLLO, pp. 420. Dice este autor: "(...) Colombia es el segundo país con mayor concentración de ingresos en América Latina, apenas superado por Brasil. Si tenemos en cuenta que América Latina es una de las regiones con mayor desigualdad de ingresos, se puede decir entonces que Colombia es uno de los países más desiguales del mundo".
- 77 GARCÍA VILLEGAS, Ob. cit., p. 221. (referencias omitidas)
- 78 GARCÍA VILLEGAS, Ob. cit., p. 209.
- 79 Ver GRABER, MARK A. *Constitutional Politics and Constitutional Theory: A Misunderstood and Neglected Relationship*. 27 *Law and Social Inquiry*, 309 (2002)
- 80 BROWN v. Board of Education of Topeka et al, 347 U.S. 483 (1954).
- 81 Ver el célebre pie de página no. 11 de dicha sentencia, y sus referencias a estudios científicos sobre el daño afectivo que sufren los niños discriminados.
- 82 BROWN, Ob. cit., pp. 493-494.
- 83 BROWN (II) y BROWN (III), de los años 1959, y 1978, respectivamente.
- 84 Sobre dicha organización, ver : www.naacp.org/
- 85 En particular, la resistencia del entonces gobernador del Estado de Arkansas Orval Faubus.
- 86 Para la historia de la implementación de esta decisión, ver ROSENBERG, GERALD. *The Hollow Hope: Can Courts bring about social Change?*. Editorial University of Chicago Press, 1991, p. 44 y ss.
- 87 Ver, por ejemplo, KLARMAN, MICHAEL J. *From Jim Crow to Civil Rights: The Supreme Court and the Struggle for Racial Equality*. Editorial Oxford University Press. 2004.
- 88 Ver ROSENBERG, GERALD. *Substituting Symbol for Justice. What did Brown Really Accomplish?* 37 *Political Science and Politics* 205, (2004).
- 89 *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* 2000 (11) BCLR 1169.
- 90 El derecho a la vivienda de dicha constitución está consagrado en el artículo 26, capítulo segundo de la Constitución de Sudáfrica. Ver en: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>. (visitado el 17 de Julio).
- 91 Ver, por ejemplo, CEPEDA & MONTEALEGRE, Ob. cit., Pg. 15.
- 92 Ver SHOONAKKER, BONNY. *Treated with contempt*. Periódico Sunday Times, Ciudad del Cabo, Sudáfrica, nota publicada el 21 de Marzo del 2004.
- 93 Ver JOUBERT, PEARLIE. *Grootboom dies homeless and penniless*. Periodico Mail and Guardian Online. Nota publicada el 8 de Agosto del 2008. En: <http://www.mg.co.za/article/2008-08-08-grootboom-dies-homeless-and-penniless>. (Visitado el 18 de Julio del 2009).
- 94 Este artículo apareció por primera vez en la revista Precedente, de la Universidad Icesi de Cali, Colombia. Ver: http://bibliotecadigital.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/item/417/1/cap1c-ruprimny-legiti_convenien.pdf. (Visitado el 21 de Julio del 2009). La versión citada en este texto corresponde a una versión publicada posteriormente por editorial ILSA.