

Análisis económico del derecho constitucional: aplicación de la teoría económica bajo la escuela de la elección pública*

SUMARIO

Introducción. I. Contraposición de las teorías tradicionales sobre políticas públicas y su importancia para el derecho constitucional. II. La escuela de la elección pública en el derecho constitucional. III. Aspectos fundamentales del *public choice*. A. La separación de poderes. B. Las mayorías. C. Democracias directas y representativas. D. Teoría de la burocracia. E. El papel del juez constitucional. IV. Conclusiones

RESUMEN

La tajante separación entre derecho y economía ha sido aun más notoria en el ámbito del derecho constitucional por el fundamento histórico de la concepción del Estado en un momento determinado y la imposición de valores y principios en la sociedad que se consideran mínimos para la vida en comunidad e inmutables por ser el fundamento de la soberanía del pueblo, que es en quien está depositado el poder constituyente.

No obstante, tal separación radical de estas dos ciencias se ha visto superada gracias al análisis económico del derecho constitucional, disciplina que

* Fecha de recepción: junio 24 de 2009. Fecha de aceptación: octubre 23 de 2009.

** Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho administrativo de esta misma casa de estudios. *Magister in artis* en derecho, economía y políticas públicas del Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset y la Universidad Complutense de Madrid. Asesora y consultora de empresas públicas y privadas en materia de contratación estatal. Ha publicado los textos *Impacto acumulativo y equilibrio económico del contrato estatal*, en 2005, y *Análisis económico de los procedimientos de selección de contratistas del Estado en el derecho colombiano: hacia un mecanismo eficiente y transparente*, en 2009. Becaria como asistente al IV Course of Law and Economics en Harvard Law School, 2009. Asesora y consultora de empresas públicas y privadas en materia de contratación estatal. Correo electrónico: safajirafa@hotmail.com.

ha permitido analizar los procesos de creación, modificación y aplicación de las normas siguiendo criterios microeconómicos que podrían explicar en gran medida la divergencia entre la teoría y la realidad; ello se materializa con la escuela de la elección pública, que ha construido varias tesis relacionadas con los problemas más importantes del Estado partiendo de la estructura del derecho constitucional.

PALABRAS CLAVE

Análisis económico del derecho, derecho constitucional, elección pública.

ABSTRACT

The sharp separation between law and economics has been even more evident in the field of constitutional law due to the historic fundamental principle of the concept of State at a given time and the imposing in society of values and principles that are considered minimum for community life and immutable because they are the foundation of the sovereignty of the people, primary holder of the constituent power.

Nonetheless, such radical separation of these two sciences has been overcome thanks to the economic analysis of constitutional law, a discipline that allows for the analysis of the creation, modification and application of the norms, using microeconomic processes which could explain in large manner the differences between theory and reality. This is materialized in the School of Public Choice which has created several theories related to the most important problems faced by the State from the perspective of the structure of Constitutional Law.

KEY WORDS

Economic analysis of law, constitutional law, public choice

INTRODUCCIÓN

La aplicación de la teoría económica –más precisamente, de la microeconomía– al derecho ha generado desde siempre un cierto rechazo de parte de la comunidad jurídica, toda vez que la visión economicista de la norma, a juicio de los doctos en leyes, reduce a conceptos de eficiencia, relación costo-beneficio, utilidad e incentivos cuestiones que trascienden en la sociedad y que no necesariamente responden a una filosofía de racionalidad

en la elección entre cestas de mercado sino que se derivan de concepciones morales, sociales y culturales arraigadas en la población y a las cuales no se les puede eliminar con base en una justificación económica. Tal concepción ha sido aún más fuerte en el ámbito del derecho constitucional, pues si bien esta rama de derecho estudia la creación, modificación y aplicación de las normas que rigen toda la vida política, jurídica y económica del Estado, el análisis obedece a una concepción histórica determinada, en la que los valores imperantes en la sociedad al momento de su estudio se constituyen en el punto de partida, el cual se cree que es inmodificable, pues constituye la soberanía del pueblo, que es en quien está depositado el poder constituyente.

No obstante, de cara a la realidad, es claro que todas las personas, al momento de tomar cualquier decisión, analizamos los pros y los contras de aquella, no sólo frente a la alternativa en sí, sino respecto de sus repercusiones futuras; adoptamos las opciones que más nos convengan, aunque sea sólo de manera inmediata y aun con el riesgo de perjudicar a otros, todo con el fin de satisfacer nuestras propias necesidades. Esto, en términos microeconómicos, se conoce como la “relación costo-beneficio”, cuyo fin último consiste en la “maximización de la función de utilidad” de cada “agente económico” que se mueve en un “mercado”, con miras a obtener la mejor opción posible partiendo de los escasos recursos que se tienen, de manera que se opte por la alternativa más “eficiente”.

Es así como, aunque parezcan muy distantes para los juristas, el derecho y la economía, por el contrario, van muy de la mano. Todas las concepciones históricas de la sociedad y del Estado han aparejado el análisis y replanteamiento de los modelos económicos, especialmente si se tiene en cuenta que el patrimonio público juega un papel trascendental para cualquier conglomerado por la necesidad de satisfacción de ciertas necesidades comunes que justifican la unión de las personas y la existencia de regímenes de convivencia entre ellas.

A partir de la conciencia adquirida —especialmente por los economistas— sobre la importancia de mejorar las políticas estatales y crear cambios sustanciales en la concepción real del Estado, se inicia el estudio del derecho constitucional desde la perspectiva microeconómica y de su influencia en el funcionamiento de la economía en los diferentes estados. A esto se le conoce, entonces, como el “*análisis económico del derecho constitucional*”, caracterizado principalmente por el estudio de las políticas públicas y de las instituciones en el marco de un modelo de Estado determinado, tanto desde la perspectiva positiva (de la explicación y predicción de relaciones de causa y efecto de lo existente) como en la normativa (del deber ser, más allá de la explicación y la predicción, utilizando juicios de valor)¹.

Esta disciplina, de origen principalmente anglosajón, y que cada vez ha tomado un mayor auge en los países de derecho continental, centra su

1. ROBERT S. PYNDCCK y DANIEL L. RUBINFELD. *Microeconomía*, 5.^a ed., Pearson, 2001, p. 7.

estudio en tres interrogantes principales: 1. cuáles deben ser las reglas que se han de establecer para la toma de decisiones en los conglomerados –lo que incluye a la sociedad y al gobierno–; 2. la razón de que se adopte una u otra regla constitucional; y 3. los efectos de una u otra regla constitucional adoptada de cara al funcionamiento de los diferentes órganos del poder público sujetos a ella.

De acuerdo con lo anterior, se procederá a realizar un breve análisis de aspectos puntuales del análisis económico del derecho constitucional. Se iniciará por diferenciar entre las teorías normativas y positivas para poder comprender los enfoques del estudio realizado por la escuela de la elección pública (*public choice*), corriente que se ha encargado de desarrollar la materia; luego se explicarán de manera sucinta algunos aspectos que ha estudiado esta vertiente investigativa, para finalizar con unas conclusiones muy generales sobre el tema.

I. CONTRAPOSICIÓN DE LAS TEORÍAS TRADICIONALES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y SU IMPORTANCIA PARA EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Teniendo en cuenta que el análisis económico del derecho constitucional se ha realizado desde una perspectiva real (ser) y teórica (deber ser), se ha hecho evidente una clara confrontación entre las posturas positivas y normativas del estudio.

Como ya se ha referido, el análisis normativo implica la asunción de posturas que comprenden la realización de juicios de valor, de lo que debería ser, atendiendo a criterios que requieren de la incorporación de otras disciplinas en el estudio (como la sociología, la ciencia política, incluso la religión). A partir de dicha postura, se observa que la teoría normativa busca y analiza la implementación de políticas públicas sobre la base de objetivos de estabilidad y pleno empleo, redistribución equitativa y programas alternativos. A su vez, el análisis positivo que consiste en la explicación de fenómenos reales a partir de la realización de observaciones con el fin de elaborar modelos predictivos implica que el diseño e implementación de políticas públicas parte del análisis de la realidad del Estado, cuestionándose qué debe hacer éste, cómo y por qué, así como los efectos de lo realizado.

Teniendo en cuenta la diferencia sustancial entre ambas posturas, el análisis positivo se opone al normativo para determinar sus límites, especialmente frente a la vertiente tradicional de MUSGRAVE, por considerarla incompleta y no compatible con la realidad institucional al argumentar con fundamento en los planteamientos keynesianos la libre determinación del presupuesto del Estado bajo cualquier modelo económico, lo cual no tiene en cuenta el ordenamiento jurídico y las realidades de cada país, y por estar completamente sesgada al obviar la existencia de fallas en el mercado como consecuencia de la existencia y el funcionamiento de las instituciones estatales.

Para la teoría positiva, la perspectiva normativa incurre en saltos de deducción lógica, lo que induce a conclusiones infundadas como consecuencia de una gran confusión entre lo que el Estado debe hacer con lo que puede hacer en materia de políticas públicas teniendo en cuenta los efectos electorales; además, porque sitúa el discurso normativo en un nivel escasamente operativo al ignorar la importancia de los procedimientos –especialmente los de elección y adopción de alternativas– y enfocarse sólo en los resultados esperados. En síntesis, a juicio de la teoría positiva, el enfoque normativo pasa por alto la importancia del papel de los incentivos –especialmente de los funcionarios públicos– en las políticas públicas, al centrarse en aquello que “debería” hacerse y no en lo que efectivamente es posible ejecutar.

La importancia de esta discusión se hace evidente en el marco del derecho constitucional, más que en cualquier otra rama del derecho, porque en este campo las concepciones históricas de los principios y valores que dan sustento a las normas de configuración y funcionamiento del Estado juegan un papel trascendental al momento de decidirse por la creación y consagración de una norma primaria en la Carta Política, y su interpretación obedece a postulados a veces más teóricos que prácticos, lo que puede en ocasiones hacer inviable su aplicación de cara a una realidad determinada. No se quiere decir con ello que los principios de justicia e igualdad, entre otros, deban desecharse para dar paso a la comprensión de situaciones claramente inequitativas, sino que, por el contrario, se parta de la realidad imperante en el Estado para buscar los mecanismos idóneos o, por lo menos, los menos ineficientes, para crear en los destinatarios de los preceptos jurídicos los incentivos correctos que deriven en la creación de políticas públicas que respeten y cumplan con los postulados constitucionales teóricos.

II. LA ESCUELA DE LA ELECCIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Si bien al análisis económico del derecho cuenta con una larga trayectoria en lo relacionado con temas eminentemente privados como la estructuración de empresas y la regulación de los mercados, los contratos y la responsabilidad civil extracontractual, lo relativo al derecho constitucional es un poco más reciente. Desde la década de los sesenta, como consecuencia de la tendencia de algunos economistas de aplicar reglas microeconómicas al estudio de la política, surge la corriente según la cual las elecciones que toman los diferentes agentes dentro de un mercado determinado son de carácter público en la medida en que al momento de seleccionar una alternativa determinada no sólo se consideran a sí mismos sino que también se decide para otros, caso en el cual las implicaciones de la manera de decidir y los efectos de la decisión deben ser tomados en consideración.

Así surge la escuela del *public choice*, como una conjunción entre el estudio de las instituciones políticas y el razonamiento económico que permite analizar al actor público en quien recae, por representación directa o indirecta, la toma de una decisión determinada en el ámbito constitucional, como un agente económico al cual le son aplicables todos los supuestos de relación costo-beneficio, eficiencia, utilidad e incentivos que se venían predicando de los particulares. Su más reconocido exponente, el economista JAMES BUCHANAN, obtuvo el premio Nobel en 1986 por su desarrollo de las bases contractuales y constitucionales en la teoría de adopción de decisiones políticas y económicas.

El objeto del análisis económico del derecho constitucional, también denominado economía constitucional, consiste en intentar explicar “las características del funcionamiento de conjuntos alternativos de reglas legales institucionales - constitucionales que constriñen las elecciones y actividades de los agentes económicos y políticos, las reglas que definen el marco en el que se realizan las elecciones ordinarias de los agentes económicos y políticos”². Se trata del estudio, tanto positivo como normativo, de las diferentes alternativas de elección posibles para la incorporación de políticas públicas mediante preceptos de carácter constitucional, lo cual comprende la aplicación de los postulados económicos de eficiencia complementados con la realidad política, sociológica y económica del Estado en un momento determinado.

La escuela de la elección pública plantea, entonces, la posibilidad –cada vez más real– de concebir a los representantes políticos como individuos racionales, esto es, que toman decisiones conscientes en uso de la relación costo-beneficio, y que lo hacen de manera egoísta, es decir, sólo con el objeto de maximizar la utilidad personal³, y aplicar tal presupuesto a la esfera de la toma de decisiones en el ámbito político, principalmente para estudiar cómo el modelo democrático presenta graves falencias desde la perspectiva de la eficiencia en la adopción de reglas constitucionales por los costos de tales decisiones respecto de sus beneficios.

Ahora bien: desde una perspectiva normativa, la elección pública propende a establecer procedimientos de decisión inmersos en un juicio de valor de la justicia con fundamento en la postura contractualista de acuerdo hipotético entre los individuos de la sociedad, de modo que serían correctas las decisiones adoptadas con fundamento en reglas constitucionales consensuadas porque la decisión individual de aprobar uno u otro mecanismo de decisión la toma

2. JAMES M. BUCHANAN. “Economía política constitucional”, conferencia pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de Valladolid el 2-XII-1987, p. 12.

3. Entiéndase utilidad no como la ganancia monetaria que se obtiene de una decisión determinada, sino como el nivel de satisfacción que reporta una opción de mercado. En este sentido, la utilidad se asemeja con felicidad, de tal manera que cualquier beneficio que se pueda obtener de una situación puede ser el móvil para adoptar una u otra alternativa.

cada agente con el convencimiento de que ello mejorará su situación respecto de la que se tiene antes de la adopción de una alternativa determinada, tal como ocurre con la filosofía económica de los contratos, según la cual el móvil para contratar es ponerse en una situación mejor a aquella en que se está antes de celebrar el acuerdo de voluntades, y si es posible llegar a un grado de eficiencia paretiana, en la cual se está en una situación inmejorable, al punto de que no se puede optar por incrementar la utilidad sin perjudicar al cocontratante.

El mecanismo para establecer la manera de aprobar o no una regla constitucional en el marco de este contrato hipotético se denomina “velo de ignorancia”, que implica que cada votante toma su decisión pública con un desconocimiento del entorno socioeconómico futuro mayor que el que se tiene en el ámbito de las decisiones privadas, de manera que se optará por la decisión que de acuerdo con un juicio racional favorezca a cualquier individuo en una situación determinada, pues sólo una vez se elimine la falla de información se tendrá certeza de si el individuo que toma la decisión es o no sujeto de dicha regla por encontrarse inmerso en esa situación específica. En consecuencia, el mecanismo consiste en juzgar como “buenas” las decisiones públicas que sean tomadas mediante procedimientos consensuados⁴. No obstante, con la aplicación del velo de la ignorancia para la adopción de la medida justa tampoco deja de lado el criterio de la eficiencia, pues éste se utiliza como baremo de satisfacción de las necesidades, llamadas preferencias, de los ciudadanos.

Por otra parte, el enfoque positivo de la escuela de la elección pública comprende la aplicación concreta de las teorías microeconómica y política a las constituciones y leyes, con el fin de explicar cada uno de los procedimientos de toma de decisión para la escogencia de reglas constitucionales y su repercusión en el funcionamiento de los órganos del poder público a los cuales son aplicables⁵. Parte del supuesto de que la política es un mercado en el que se negocian bienes públicos o políticas públicas que se intercambian por impuestos y, especialmente, por votos, dificultando con ello la adopción de las medidas constitucionales óptimas por la preferencia a la adopción de alternativas de bienestar a corto plazo frente a perjuicios a mediano y largo plazo, el favorecimiento político de los grupos de presión y el planteamiento de políticas superficiales que no contengan programas de fondo, además de un peligro de manipulación del electorado, así como la diseminación de la burocracia y el incentivo a la creación de grupos de presión.

Esta corriente propugna la conciencia de la importancia de las reglas constitucionales como fundamento de la acción gubernamental preventiva

4. MAURICIO RUBIO. *Economía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 705.

5. ROBERT COOTER y BARRY WEINGAST. “Editor’s Introduction”, en *International Review of Law and Economics*, vol. 12, junio, 1992, pp. 123-124, citado por RUBIO. Ob. cit., p. 706.

y no correctiva de los fallos del mercado en ciertos ámbitos, por lo que se cuestiona tanto el fundamento de adoptar una u otra regla constitucional como las consecuencias de cada una de ellas, tomando en consideración el contexto histórico, político y económico de la coyuntura en la que se adopta la norma constitucional, el grado de información que se tiene para ello, el conocimiento o seguimiento de los ciudadanos y las implicaciones de las opciones alternativas. Se enfatiza con el enfoque positivo del *public choice* en la importancia de examinar las exposiciones de motivos de las normas constitucionales, atendiendo a los argumentos de todos los involucrados en el proceso, sus intereses, racionalidad y preferencias, para analizar no sólo la creación de las normas constitucionales sino también los cambios de éstas en cuanto a su formulación e interpretación, tanto explícita como implícita, a la luz de la influencia de los grupos organizados y de las motivaciones de los partidos en el poder, la estructura del poder constituyente y legislativo, las mayorías establecidas para la toma de decisiones y la intervención directa de los ciudadanos para modificar las decisiones de sus representantes, así como del sistema de derecho adoptado, todo ello para comprender las variaciones en las posturas tanto de los actores políticos como de los jueces constitucionales en cada momento histórico.

Ahora bien: ya en el ámbito de los resultados de las normas constitucionales de cara a los sistemas de gobierno, la aplicación de la teoría microeconómica analiza la concentración del poder público. Se considera que la separación de poderes contribuye a la desconcentración del poder público a un costo que supera el beneficio buscado con dicha política y que los sistemas de mayorías implican costos internos y externos en la toma de las decisiones; así mismo, se analiza la intensificación del problema principal agente, típica falla del mercado, que comprende la desalineación de los intereses de los representantes respecto de los de sus representados.

Como se puede observar, la escuela de la elección pública ha ido mucho más allá de la simple aplicación de la economía al ámbito del derecho constitucional: se ha valido de los aportes realizados por otras disciplinas para comprender el fenómeno de la política, teniendo presente el componente histórico y sociológico que impera en toda sociedad, y lo ha conjugado con la racionalidad económica que obliga a recordar que toda institución pública, el Estado mismo, está compuesto y es creado y manejado por individuos que normalmente no incluyen dentro de su función de utilidad el interés público, esto es, que no toman en consideración la maximización de la utilidad de otros como elemento constitutivo de la utilidad propia. Tampoco ha dejado de lado la búsqueda de la consecución de los postulados teóricos como la justicia y la igualdad, al enmarcarlos en el momento actual del análisis pero partiendo de un razonamiento económico real, que implica la consideración del temor ante la ignorancia como elemento constitutivo de reglas que a la postre convienen a todos los asociados.

III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL “PUBLIC CHOICE”

Una vez comprendido de manera muy general en qué consiste la elección pública como herramienta de análisis del derecho constitucional, es preciso analizar un poco más a profundidad varios de los aspectos más estudiados dentro de esta vertiente. Se trata de la justificación a partir de la teoría económica del fenómeno casi universal de la separación de poderes, la adopción de reglas de mayorías para la escogencia de reglas tanto constitucionales como legales a la luz de los postulados de eficiencia y utilidad, la comparación entre democracias directas y representativas, la teoría de la burocracia y los efectos de las decisiones del juez constitucional.

A. LA SEPARACIÓN DE PODERES

RICHARD POSNER, uno de los grandes autores en materia de análisis económico del derecho, se ha preocupado por estudiar dentro de la corriente positiva el fenómeno de desconcentración del poder mediante la división de las ramas del poder público⁶.

Para este autor, el estudio del fenómeno de la separación de poderes amerita un análisis de los costos de transacción que se causan y que afectan la toma de decisiones en contraposición al beneficio de limitación del poder coercitivo del Estado. En efecto, POSNER considera que la separación de poderes tiene por objeto económico atacar el fenómeno de monopolio del poder, que es el más costoso de todas las formas de monopolio en atención a lo altamente complicado que resulta generar una coalición de lo legislativo, lo ejecutivo, lo judicial y lo independiente, lo cual se traduce en costos; pero, en contraposición, la eficiencia –económica– que se presume deriva de la fusión de los poderes públicos en un solo organismo deviene en ineficiente desde la perspectiva constitucional por el peligro que representa la concentración del poder político para el modelo democrático, a partir de la experiencia histórica.

No obstante, la estructura inicial de la separación de poderes de MONTESQUIEU que sostiene el principio constitucional se ve desvanecida ante la adopción asimismo constitucional de la creación de agencias u organismos dependientes del poder ejecutivo tradicional que lo facultan para ejercer ciertas funciones de carácter legislativo y judicial. Así, de nuevo pugnan los fundamentos políticos, jurídicos y filosóficos de desconcentración del poder con la eficiencia económica, pues la atribución de funciones propias de una rama del poder público a otra obedece a cuestiones de eficiencia que la práctica ha demostrado como necesarias para el correcto funcionamiento del aparato estatal, pero implica un cierto retroceso de la teoría purista de

6. Ver *Análisis económico del derecho* (traducción de EDUARDO SUÁREZ), 2.^a ed., México, FCE, 2007, pp. 980 y ss.

separación del poderes públicos consecuencia de la pésima experiencia derivada de su concentración.

Por último, sostiene POSNER que la separación de poderes podría reducir costos estatales al permitirse con la desconcentración del poder una mayor división del trabajo, así como un mayor beneficio para todas las ramas, especialmente la legislativa, en la medida en que con ello se asegura la perduración de las políticas del gobierno de turno más allá del término de su mandato y se da un mayor control de la burocracia. No obstante, sostiene que la interpretación amplia de las normas constitucionales por el juez natural en relación con las limitaciones a las facultades que la Carta Política confiere a los demás poderes públicos deviene en la conformación de un poder ejecutivo restringido por cuanto juega un papel de sustituto del pueblo frente a los controles y reproche a sus actuaciones, y que por el contrario, la interpretación restringida de dichas normas conduce a un modelo democrático de Estado, caracterizado por la sumisión irrestricta de aquellos que no tienen poder político.

La separación de poderes, entonces, constituye un tema álgido de discusión entre economistas y juristas, en el que es aún más visible la disparidad de criterios. Desde la perspectiva del derecho, la desconcentración del poder en diferentes ramas es la representación del postulado de equilibrio y autocontrol que garantiza la autolimitación del Estado por una vigilancia cruzada que permite el balance entre las diferentes actuaciones públicas; y desde el enfoque económico, si bien reduce los costos que implica la existencia de un único productor de poder (que son de todo tipo: monetarios, administrativos, temporales, etc.) y propugna la división del trabajo para lograr mayor eficiencia en la gestión, comprende problemas de cartelización y captura del regulador que perjudican la elección de la política pública adecuada en un momento preciso. Uno y otro enfoque, en conjunto, determinan la necesidad de crear reglas constitucionales de incentivo al autocontrol y a la incorporación del bienestar general dentro de la función de utilidad que da el ejercicio del poder.

B. LAS MAYORÍAS

Uno de los temas más discutidos en la escuela del *public choice* es el relacionado con la regla de mayorías óptimas para la adopción de decisiones, en este caso, de rango constitucional. Se trata del estudio de la estructura decisional de las instituciones políticas, esto es, de las reglas de decisión de la colectividad en conjunción con el individualismo propio de los agentes económicos, en la medida en que se maximizan utilidades individuales por encima del beneficio marginal⁷ en situación de competencia, para lo cual se

7. Que consiste en la satisfacción adicional que se obtiene cuando se consume una unidad adicional de un bien del que se viene disfrutando. Generalmente es decreciente, lo que significa

toma en consideración la función de utilidad del agente público que asume una posición burocrática, lo que implica que su maximización se obtiene con el ejercicio del poder, la remuneración y la proyección profesional, y no con la satisfacción del interés general.

Esta vertiente de investigación el análisis económico del derecho constitucional busca la conformación de la constitución óptima como norma básica de regulación desde la perspectiva de su elaboración. Se parte del supuesto de que la regla más eficiente de decisión, que es mejor que las demás, es la de la mayoría que comprende tanto el costo externo de las decisiones del colectivo –aquellas que se imponen por encima y en contra del interés individual–, que es una función decreciente, como el costo de negociación –porque a mayor número de votos para conformar la mayoría, mayor será el costo de mercadeo–, de tal manera que el mecanismo óptimo será aquel en el cual el costo de obtener la mayoría sea el menor.

Es así como, dependiendo de la regla de decisión, es posible que se llegue a adoptar una decisión irracional, de tal manera que se enfatiza en lo fundamental del procedimiento de elección, teniendo en cuenta que la estructura decisional nunca es neutral ni estandarizada; ello implica que es posible utilizar distribuciones de decisión no racionales e incluso manipulables que llevan a fenómenos de mayorías cíclicas en las que las opciones adoptadas se caracterizan por ser inestables, arbitrarias e inconsistentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es un objetivo de la elección pública crear sistemas alternativos de vigilancia que combinen de forma adecuada el sacrificio de los beneficios extraordinarios que da la traición a la elección pública para satisfacer intereses particulares con las estrategias que no limiten los incentivos de los individuos a cooperar con su voto. Ello se complementa con un análisis comparativo de los tipos de mayorías actualmente existentes, para determinar, con base en el sistema de votación adoptado, el mecanismo óptimo de configuración de mayorías en cada coyuntura específica.

En virtud del razonamiento mencionado, el análisis económico del derecho constitucional ha estudiado los costos internos y externos tanto del sistema unicameral como del bicameral, siendo los primeros los asociados a la toma de decisión en sí y los segundos los que debe asumir el individuo que no comparta la decisión colectiva: los costos internos son menores bajo una regla unicameral por ser menos complicado obtener la mayoría, cualquiera que ésta sea; pero los costos externos pueden reducirse bajo un sistema bicameral en la medida en que existe mayor representación del colectivo, minimizando los costos de control por haber mayor acogida de la decisión adoptada.

En igual sentido, se demuestra cómo el requerimiento de mayorías especiales comprende un mayor costo que el necesario para la mayoría absoluta,

que la cantidad adicional del bien que se consuma dará una menor satisfacción, hasta el momento en que resulte indiferente o hasta repulsivo su consumo.

por lo que el sistema óptimo será la adopción de la mayoría absoluta en el marco de un modelo bicameral de decisión y una mayoría especial bajo el sistema unicameral, de manera que en la relación directa entre costos y tipo de mayoría es menos costoso el modelo bicameral de decisión⁸. Así mismo, se ha observado que en situaciones de votación multidimensional las mayorías simples pueden ser ineficientes para adoptar decisiones por cuanto éstas no están aisladas entre sí, sino, por el contrario, se correlacionan, con lo cual se hace evidente que en el juego de intercambio de votos y su proceso de negociación puede llegarse a la adopción de medidas ineficientes⁹.

C. DEMOCRACIAS DIRECTAS Y REPRESENTATIVAS

Tal como se expresó en apartes anteriores, la escuela de la elección pública ha presentado fuertes críticas desde la perspectiva económica al modelo democrático. En opinión de POSNER¹⁰, la aplicación de la teoría económica al derecho constitucional genera un fuerte enfrentamiento entre los conceptos de eficiencia y democracia, en cuanto la constitución eficiente, que es aquella que pone al Estado en la obligación de adoptar medidas que eviten las externalidades negativas, promuevan las positivas y, en lo posible, apliquen políticas de minimización de costos, conlleva la idea de limitación del poder del Estado al dejar un margen escaso de elección y decisión popular, lo que genera un abuso del poder público ante la imposibilidad del ciudadano de salir del ámbito estatal para poder satisfacer sus necesidades como resultado de la ausencia de operatividad adecuada de la institución.

Como corolario de lo anterior se tiene que, ya inmerso en un modelo democrático, es preferible o más eficiente el ejercicio directo del poder de decisión por parte del ciudadano (referéndum) que el sistema representativo, ya que el primero, evidentemente, revela de mejor manera las preferencias de los individuos. Autores como TULLOCK sostienen que la democracia contiene un problema significativo por la gran cantidad de paradojas presentes en su conformación y aplicación, en la medida en que si bien lo que el modelo busca es organizar las reglas de procedimiento de elección en un orden lógico que permite reducir el número de alternativas a una sola por ser la dominante, en la realidad tal formulación puede conducir a resultados no sólo erróneos sino asumidos con una cantidad de votos menor que la obtenida por otra

8. JAMES BUCHANAN y GORDON TULLOCK. *The calculus of consent – Logical foundations of constitutional democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962, citado por RUBIO. Ob. cit., p. 712.

9. JAVIER SALINAS. *Análisis económico del derecho constitucional*, Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2008.

10. Cit.

alternativa en etapas anteriores del proceso electivo, lo que implica que la decisión adoptada difícilmente representa la voluntad de los votantes¹¹.

D. TEORÍA DE LA BUROCRACIA

Uno de los aspectos más estudiados dentro del análisis económico del derecho constitucional se relaciona con el comportamiento de los agentes públicos involucrados en el mercado de bienes y políticas públicas. Se trata del análisis del burócrata, partiendo del supuesto de un monopolio estatal que vive a espaldas del mercado porque no busca compensar los costos en los que incurre ni obtener beneficios, y de que los funcionarios que hacen parte de tal monopolio no participan de los beneficios de la entidad pública para la que hacen su gestión, se solventan con patrocinadores políticos, lo que dificulta obtener una valoración de su productividad y utilidad.

En el marco de la oferta pública de bienes y servicios, la teoría económica de la burocracia tiene como objetivo analizar el intercambio dentro de un marco distinto del de cualquier mercado a través de agencias gubernamentales. Se parte de la teoría tradicional de la empresa, en la que se da una separación entre actos de propiedad y actos de gestión con objetivos de maximización de variables diferentes del beneficio; se presupone que el individuo actúa en ejercicio de la función pública con la misma racionalidad con que actúa como agente de mercado, de tal manera que no hay razón para esperar de su parte actuaciones más benevolentes como burócrata que como consumidor.

En términos generales, esta teoría se desarrolla sobre la base del modelo elaborado por WILLIAM NISKANEN del gobierno representativo y la democracia, publicado en 1971, sobre las hipótesis de que 1. las variables que componen la función de utilidad del burócrata, como son las remuneraciones y el poder político, entre otras tienen una relación de orden creciente con el presupuesto de la entidad pública a la que pertenece, lo que lleva a suponer que el ente burocrático buscará maximizar su presupuesto; 2. el demandante de los bienes públicos no encuentra alternativas de oferta de éstos, con lo cual la administración pública se encuentra en posición de monopolio; y 3. el nivel de producción del ente burocrático corresponde a la absorción del excedente del consumidor¹², que es muy superior al nivel de salida o egreso de eficiencia¹³.

11. GORDON TULLOCK. "The vote motive", *Public Choice*, vol. 135, 2008, pp. 89-90.

12. Diferencia entre la cantidad de dinero que un consumidor está dispuesto a pagar por una determinada cantidad de un bien o servicio y la que realmente paga. *La gran enciclopedia de la economía*, en [www.economia48.com].

13. Para un análisis detallado del modelo de Niskanen, ver a JAVIER SALINAS. *Modelización integrada de la oferta y demanda de bienes suministrados por el sector público*, s. d., pp. 649-667.

El modelo analiza la demanda de bienes y servicios suministrados por el sector público desde el punto de vista económico como resultado de la suma de las diferentes preferencias de los votantes individuales en conjunción con la regla de la mayoría simple, y analiza las diferentes hipótesis de equilibrio de acuerdo con las distintas condiciones del mercado político, esto es, en escenarios de competencia perfecta y monopolio con miras a establecer el nivel de actividad del burócrata y el nivel presupuestal requerido para costear su actividad, así como el comportamiento del burócrata frente a la alternativa escogida por el votante mediano.

E. EL PAPEL DEL JUEZ CONSTITUCIONAL

Por último, otro de los aspectos que han llamado la atención de la escuela de la elección pública se relaciona con las implicaciones de la interpretación que hace el juez natural del derecho constitucional en la adopción de reglas primarias.

Ya se ha mencionado que la separación de poderes beneficia al poder legislativo en cuanto a la perduración de sus políticas en el tiempo, y uno de los mecanismos para ello es la estabilidad que se genera en el poder judicial. Ahora bien: como esta rama del derecho se ocupa no sólo de la creación de reglas constitucionales sino también de su interpretación, el papel del juez constitucional se torna relevante al constituirse en la autoridad que determina, en últimas, la correspondencia del ordenamiento jurídico con la Carta Política, lo que puede determinar en un momento específico la adopción de una u otra manera de analizar los preceptos constitucionales, hasta el punto de decidirse su modificación o eliminación.

De nuevo se acude al análisis económico del derecho de POSNER ya referido; en él, este autor expresa que los derechos constitucionales se asemejan a los derechos de propiedad en que son derechos de no interferencia (del gobierno) y se manifiestan de forma negativa (como prohibiciones), pero que pueden existir derechos de corte positivo como son la educación pública y la protección policial, que implican sustanciales gastos por parte del Estado en detrimento de otros gastos públicos, de modo que el saldo que deja el fisco supera la capacidad informativa del poder judicial. A su vez, los derechos manifestados de forma negativa también implican algunos gastos del Estado para ser completamente eficaces, como cuando se deben garantizar a personas de escasos recursos, toda vez que para este grupo de personas tales derechos se convierten en libertades positivas.

También analiza este teórico que las disposiciones constitucionales se invocan a favor de las mayorías por cuanto éstas son menos eficaces desde el punto de vista político en atención a los mayores costos de la acción colectiva respecto de las minorías, y que los derechos constitucionales también contribuyen a impedir las formas especialmente severas y costosas

de redistribución de la riqueza, lo que disminuye los riesgos creados por el poder político sobre la distribución de la riqueza y con ello los gastos de autoprotección de grupos amenazados o especialmente vulnerables.

En este orden de ideas, el autor expresa que existe un discernimiento respecto de si el juez constitucional debe emplear el debido proceso y la igualdad como fundamentos para derogar la legislación que resulte poco razonable cuando se juzga en atención a criterios de bienestar social o interés público, ello sin restringir derechos constitucionales específicos. Plantea esta discusión partiendo de la premisa de que el proceso legislativo se caracteriza por hacer una redistribución de la riqueza injusta, a favor de grupos de interés que son políticamente ineficaces, porque el interés público no interviene necesariamente como un factor dentro de dicho proceso de manera positiva sino como un mecanismo para incrementar los costos de información para la oposición o la derogación de la norma.

Es por ello por lo que se sugiere que el juez constitucional debería invalidar cualquier norma cuyo método de aplicación no tenga relación con su finalidad con fundamento en el principio de igualdad, puesto que con dicha medida se reducirían los costos de información de la oposición a la legislación de intereses especiales; no obstante, es importante precisar que la reducción de este tipo de leyes será eficaz dependiendo de la importancia de los costos de su promulgación y de la capacidad de convencimiento de los legisladores plasmada en la exposición de motivos de dichas normas.

Se observa que el concepto de racionalidad de los tribunales no corresponde a su concepción desde la perspectiva económica por cuanto la legislación no es irracional en sí, sino que en su visión finalista no responde al interés público. En consecuencia, la igualdad no tiene ninguna relación con el concepto de racionalidad de los legisladores, porque éstos buscan incrementar los costos políticos de la legislación opresora, impidiendo que las leyes se concentren en grupos poco definidos que podrían no tener ningún poder político; y es aquí en donde el papel del juez constitucional es fundamental, pues a partir de sus razonamientos y precedentes jurisprudenciales tendrá la capacidad de influir en las posturas políticas de un momento coyuntural determinado.

IV. CONCLUSIONES

El análisis económico del derecho constitucional se constituye en la actualidad en una herramienta de análisis que no se puede dejar de lado por parte de los juristas. Cada vez más, los expertos del derecho han notado que la creación de las normas debe contar con elementos que van más allá de los principios teóricos producto de la experiencia histórica y la importación de Europa occidental, y han empezado a estudiar las tendencias anglosajonas que incorporan los principios básicos de las leyes de producción al metamercado jurídico en el que se desarrollan las leyes de distribución.

La escuela de la elección pública se ha diversificado con el fin de abarcar diferentes campos de la teoría constitucional, tomando elementos propios de otras disciplinas como la sociología, la ciencia política y, por supuesto, la economía, para analizar, más allá del deber ser de las normas, el conjunto de éstas respecto de sus propiedades predictibles de funcionamiento y las alternativas existentes, haciendo cuestionamientos sobre las limitaciones a la elección política y su relación con los presupuestos públicos, la transferencia eficiente de recursos y la redistribución de la riqueza, la regulación y la organización de las empresas públicas, analizando las opciones de reglas políticas y su capacidad de generar normas impositivas.

Este escrito simplemente tiene la intención de acercar a los constitucionalistas a las bases de la economía e ir más allá del concepto de constitución económica. La realidad de nuestra sociedad obliga a replantear las bases del Estado social de derecho si lo que se busca es la consecución de valores como la justicia, la igualdad y la equidad, incluyendo en el proceso de producción de las normas constitucionales las consideraciones naturales de egoísmo y bienestar individual, inherentes al comportamiento humano, con el fin de crear con dichas reglas los incentivos en los destinatarios que permitan la creación de preceptos legales eficientes en relación con las políticas públicas.

BIBLIOGRAFÍA

BUCHANAN, JAMES M. "Economía política constitucional", conferencia pronunciada en el Paraninfo de la Universidad de Valladolid el 2-XII-1987.

BUCHANAN, JAMES y GORDON TULLOCK. *The calculus of consent – Logical foundations of constitutional democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.

COOTER, ROBERT y BARRY WEINGAST. "Editor's Introduction", en *International Review of Law and Economics*, vol. 12, junio, 1992.

PYNDCK, ROBERT S. y DANIEL L. RUBINFELD. *Microeconomía*, 5.^a ed., Pearson, 2001.

RUBIO, MAURICIO. *Economía jurídica*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

SALINAS, JAVIER. *Análisis económico del derecho constitucional*, Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, 2008.

TULLOCK, GORDON. "The vote motive", *Public Choice*, vol. 135, 2008.