

Una aproximación a la teoría económica del derecho constitucional

INTRODUCCIÓN

El análisis económico del derecho es un campo de estudio conocido en inglés como “law and economics”. Como tal ha sido marcado por su derivación de la tradición anglosajona del derecho, el *common law*. La literatura se ha concentrado en asuntos relacionados con el derecho privado (contratos y responsabilidad civil extracontractual, o “torts”) y con el derecho penal. Menos atención ha recibido el derecho público y constitucional¹.

El presente ensayo es una aproximación desde la economía a algunos problemas del derecho constitucional. Descansa sobre conceptos económicos sencillos: la relación principal-agente, los costos de transacción, los bienes públicos y meritorios y las externalidades.

I. LA CONSTITUCIÓN COMO CONTRATO DE MANDATO

¿Por qué es necesaria una Constitución Política?

Una respuesta convencional desde el derecho (aunque no la única posible) parte de la noción kelseniana de la pirámide normativa

cuya cúspide es la Constitución. Para asegurar la consistencia lógica global del ordenamiento jurídico, es necesario tener una norma con respecto de la cual se pueda definir la validez o invalidez de las demás y que permita resolver conflictos entre normas de menor jerarquía que la suya.

Esa presentación no es inconsistente con una que concibe la Constitución como una norma con, entre otras, tres características:

a) Sólo puede aprobarse y modificarse con mayorías calificadas o con procedimientos especiales que son más onerosos que los que se utilizan para las demás normas.

b) Establece las instituciones y poderes públicos y sus competencias para decretar y aplicar otras normas.

c) Define y delimita derechos individuales y colectivos².

Una tradición de la teoría política occidental asimila la constitución a un contrato: un acuerdo libre de voluntades, que convienen en un mismo objetivo y pactan unos aportes y medios para lograrlo. La coincidencia formal entre una Constitución Política y los estatutos de una sociedad anónima es significativa. Los accionistas, después de acordar un objeto social, establecen unas instancias de dirección (la junta y el

gerente) que administrarán los recursos aportados. Delegan en estas instancias la gestión cotidiana de la empresa y reciben su rendición de cuentas en sus asambleas ordinarias periódicas. Los accionistas, reunidos en asamblea, nombran y remueven los administradores de la sociedad. Aquellos se reservan la facultad de modificar los estatutos y para ciertas decisiones se requieren mayorías calificadas. Esa afinidad la señaló HAROLD LASKI al comentar uno de los primeros contractualistas políticos modernos, JOHN LOCKE.

Los estatutos de una sociedad normalmente contemplan una relación a largo plazo entre los accionistas. Y, como es imposible prever con precisión los acontecimientos que a futuro afectarán el desarrollo de la empresa, es un contrato incompleto, en el sentido que no puede determinar lo que debe hacerse en las múltiples contingencias posibles³. Lo mismo puede predicarse de las constituciones.

Desde LOCKE (que en esto difería de Hobbes), la estructura del contrato social ha tomado la forma de un mandato⁴. La literatura económica suele denominar este tipo de relación la del principal-agente (que en el derecho anglosajón corresponde a la que existe entre mandante y mandatario⁵).

El alcance conceptual del mismo puede ilustrarse con el siguiente ejemplo. Supongamos que estoy recién llegado a una gran ciudad que no conozco, y deseo adquirir una residencia allí. Tengo un presupuesto, pero ignoro las condiciones del mercado local de finca raíz y carezco del tiempo necesario para identificar y negociar la compra de una vivienda acorde con mis preferencias. Por ello, como principal (o mandante) acudo a los servicios de un agente (o mandatario) para que desempeñe esas

funciones a cambio de una remuneración pactada de antemano. En un mundo ideal, el agente cumpliría su mandato con eficiencia y probidad. No escatimaría esfuerzos para hallar la mejor vivienda posible, dadas las instrucciones impartidas por su principal, y para negociar un precio que no sólo se ajuste a la restricción presupuestal del mismo sino que tenga el menor valor posible.

Eso en un mundo ideal. En la práctica, enfrente varios riesgos. Escogí el agente por su responsabilidad, idoneidad y rectitud, pero es muy posible que no reúna las tres condiciones.

El agente puede ser perezoso, minimiza su propio esfuerzo, y cuando encuentra una casa que, de alguna manera, se acerca a mis especificaciones la escoge sin preguntarse si en el mercado hay viviendas más acordes con mis gustos. Aunque exista la posibilidad de obtener un descuento importante respecto del precio inicial pedido por el vendedor, no regatea con él.

El agente puede ser ignorante, es decir, carece del conocimiento específico del mercado, que como principal creo que tiene. Despliega una gran actividad y obra con entera buena fe, pero es posible que compre equivocadamente una residencia menos buena y más costosa que otras en el mercado.

El agente puede ser deshonesto y anteponer sus propios intereses a los míos. Ubica una casa –no la mejor ni la más barata– cuyo precio de mercado es inferior al límite presupuestal que le he fijado. El agente, que conoce mi presupuesto, se pone en contacto con el vendedor y le propone: “Mire, usted y yo sabemos que su casa vale cien millones de pesos. Pero yo tengo acceso a un presupuesto de hasta ciento cincuenta millones. Hagamos una cosa, cerremos el negocio en esta cifra y usted luego me devuelve la mitad de la

diferencia, o sea veinticinco millones.” En este escenario, el agente recibe una remuneración suplementaria del vendedor sin renunciar al pago pactado por sus servicios con el comprador.

Hay un quinto caso hipotético, muy corriente en los asuntos públicos. Supóngase que el agente es diligente, competente y honesto, pero que sus preferencias en materia de vivienda difieren de las del principal. El agente, movido por las más altas consideraciones éticas y morales, insiste en hacerle al principal el “favor” de conseguirle la residencia que “realmente le conviene”, aunque el principal no sea consciente de esa conveniencia “real”. Consigue una casa distinta de la encomendada por el principal. En todo caso, le dirá al principal que hizo lo mejor que pudo para atender su solicitud, dadas las limitaciones de oferta en el mercado. Esto sería lo que HOMERO CUEVAS ha llamado la “corrupción heroica”.

En los últimos cuatro casos hay un factor común: la infidelidad del agente a su principal, que la asimetría de información entre ellos hace posible. Sabe más el agente acerca de las condiciones del mercado local de vivienda que el principal. Le dedicará más tiempo a la búsqueda de la casa y al cierre del negocio que el principal. Por eso mismo fue contratado. El agente tiene conocimiento directo y completo de su propia gestión, el principal tiene como única fuente de información lo que le dice el agente. El agente sólo puede ser infiel al principal mientras éste ignore la pereza, incompetencia o deshonestidad de aquel, de otra manera el principal rescindiría el mandato. Sin embargo, salvo que el principal tenga mecanismos alternos para controlar y vigilar el agente siempre recibirá el mismo reporte de su mandatario: “Hice

un gran esfuerzo, utilizando mis vastos conocimientos y mi amplia red de contactos, y le he comprado la mejor residencia posible, luego de una ardua negociación, al menor precio que se halla en el mercado”.

La relación de principal-agente postulada como base de un contrato social supone un encargo hecho por el pueblo (principal) a su agente (actual o futuro gobernante): “gobiérnenos bien dentro de los parámetros del encargo que le he hecho”.

II. LA “EFICIENCIA” CONSTITUCIONAL: LA MAYORÍA CALIFICADA

El criterio valorativo más usual de la disciplina económica es la eficiencia, entendida como la mejor utilización posible de recursos escasos para el logro de los propósitos del individuo o la colectividad. Puede expresarse también en términos de costos y beneficios. Se trata maximizar la relación entre beneficios obtenidos y costos incurridos.

¿Son eficientes las constituciones? ¿Es deseable que lo sean? Para dar respuesta a la primera pregunta conviene introducir un segundo concepto económico, el de los costos de transacción.

Estos son los que se generan para definir, proteger e intercambiar derechos de propiedad⁶. En un sentido más amplio, abarcan los costos de coordinación entre individuos en condiciones distintas de las de organizaciones jerárquicas. Tal es el caso típico de una democracia política. Los costos de transacción de llegar a un acuerdo son directamente proporcionales al número de partes involucradas y, además, directamente proporcionales a los de la mayoría requerida⁷. El caso extremo es el de la unanimidad. Si se requiere de ésta para

la toma de decisiones, cada votante tiene el incentivo de exigir como el precio de su asentimiento concesiones desmesuradas de los demás, si el comportamiento se generaliza, habrá parálisis. El *liberum veto* en la dieta polaca contribuyó a la pérdida de independencia de esa nación durante más de un siglo.

Lo impracticable de la unanimidad como regla de decisión, cuando hay muchas partes involucradas, hace que la analogía del contrato con el proceso constituyente sea imperfecta. De hecho, no se tiene noticia de proceso constituyente alguno donde se haya logrado la aprobación unánime⁸, y el problema del consentimiento general ha sido una dificultad lógica recurrente e insoluble de los teóricos del contractualismo. Por otra parte, los mecanismos de reforma constitucional de ordinario prevén reglas de decisión no unánimes.

Pero sí establecen reglas, procedimientos y mayorías calificadas que de manera expresa dificultan la reforma constitucional. Un buen ejemplo es la Constitución de Estados Unidos, que requiere, además de la aprobación de sus enmiendas por una mayoría de dos terceras partes en cada cámara del Congreso, el asentimiento las legislaturas de tres cuartas partes de los estados. Por tal motivo, desde la adopción de las diez primeras enmiendas, cuyo conjunto se denomina la Carta de Derechos (“Bill of Rights”), de manera casi simultánea con esa Constitución, la frecuencia promedio de las reformas en dicho país ha sido de una vez cada trece años⁹.

La modificación de la Carta Política colombiana tiene requisitos más flexibles. Los actos legislativos que la reforman deben ser aprobados en dos períodos ordinarios y consecutivos del Congreso, la única mayoría “calificada” requerida es la de un voto de la mayoría de los miembros de cada cámara

en la segunda vuelta (art. 375, C. P.)¹⁰. No debe sorprender que en sus primeros trece años de vigencia la Constitución de 1991 haya sufrido veinte reformas, algunas muy extensas¹¹.

La dificultad de reformar las constituciones está asociada a dos tipos de costos. El primero es el de oportunidad, derivado del hecho de que las sociedades cambian. El avance tecnológico, el desarrollo económico y la evolución de preferencias, creencias e ideas resultan en fricciones entre el texto y la intención de la Constitución y las realidades sociales, económicas y políticas. El no poder adecuar la normatividad a tales realidades generaría costos de transacción en el sentido amplio. Además, los esfuerzos requeridos para lograr la mayoría calificada o los trámites especiales de una reforma constitucional aumentan los costos de transacción: el tiempo y esfuerzo de los políticos involucrados, las reciprocidades exigidas y obtenidas para consolidar las mayorías, etc. Es más “eficiente” (menos costoso en este sentido) tramitar una ley ordinaria que una reforma constitucional cuando los beneficios de una y otra son equiparables¹².

Que los cambios constitucionales sean dispendiosos y aún imposibles, a pesar de su aparente conveniencia, sería una clara señal de ineficiencia. Es además antidemocrático. La regla de decisión normalmente aceptada en la tradición política occidental es la mayoría simple. Exigir una mayoría calificada del, por decir cualquier cosa, 70% implica que el 30.1% del electorado o de los parlamentarios puede vetar una disposición con la cual está de acuerdo la mayoría. La democracia actual, en cierto sentido, estaría sometida a la democracia anterior, la del constituyente, que adoptó de antemano restricciones a la aplicación de la regla de decisión por mayoría simple.

La restricción de la voluntad democrática (expresada a través de la regla de la mayoría simple) puede entenderse como un precompromiso, ejemplificado por ELSTER con el episodio de Odiseo y las sirenas¹³. Odiseo sabe que quien escuche el canto de estos seres pierde el uso de la razón. Las sirenas con perversidad atraen a los barcos a bajos y rocas donde naufragarán y morirán todos sus tripulantes. Al tiempo, Odiseo ha escuchado que el canto de las sirenas es bellissimo. Es un hombre curioso y no quiere privarse de la experiencia de escucharlo. Opta por la solución del precompromiso. Obliga a sus seguidores a taponarse sus oídos con cera para que no oigan el canto. Se reserva a sí ese privilegio. Pero, siendo capitán del barco, se hace amarrar al mástil con la advertencia de que mientras esté bajo la influencia del canto de las sirenas los tripulantes no deberán acatar sus órdenes.

El episodio de las sirenas y su interpretación por ELSTER plantea dudas acerca de la racionalidad, en especial de la consistencia intertemporal, del pueblo constituyente que luego habrá de fungir como elector en comicios ordinarios¹⁴. Se restringe el ejercicio de su voluntad política porque se supone que en algunas coyunturas puede perder el uso de la razón. KEYNES cerró la *Teoría general* con una alusión a “maniáticos de la autoridad, que oyen voces en el aire y destilan su frenesí”¹⁵.

Habría al menos tres argumentos, no metafóricos y que no dependen del eventual efecto de sirenas sobre la racionalidad de los agentes políticos, que justifican el precompromiso y, por tanto, la restricción de la democracia por la vía de mayorías calificadas o mecanismos análogos:

a) Los derechos de las minorías. Salvo que se trate de una comunidad política cuyos integrantes son homogéneos, el proceso

democrático lleva consigo el riesgo de que una mayoría aproveche su capacidad de decisión para perjudicar y expoliar la minoría en provecho propio. En cuanto más exigentes sean los requisitos de la mayoría calificada (o requisitos equivalentes de trámite) para modificar la Constitución, más eficazmente serán protegidos los derechos de las minorías consagrados en los textos constitucionales.

b) La estabilidad normativa. Las decisiones económicas (y no económicas) de individuos y empresas deben tomar en cuenta el futuro, lo que implica riesgo e incertidumbre. Parte de ese riesgo e incertidumbre proviene de las condiciones cambiantes del mercado, otra parte; de la forma como el Estado interviene en el mercado y la sociedad. Riesgo e incertidumbre afectan negativamente la calidad de las decisiones que adoptan los agentes. En términos de eficiencia y bienestar (y aún tratándose de factores no económicos), la inestabilidad y la impredecibilidad de las normas son nocivas.

c) Por último, quienes hacen las reformas constitucionales en democracias representativas son los agentes (es decir, quienes ostentan el poder político) y no el principal (que es el pueblo)¹⁶. Se corre así el riesgo de que los agentes sean infieles y que utilicen su capacidad para modificar la Constitución en beneficio propio. En cuanto más costoso sea para los agentes la reforma constitucional, menor es el riesgo.

III. LA “EFICIENCIA” CONSTITUCIONAL: A SEPARACIÓN DE PODERES

Otra de las tradiciones del pensamiento constitucional es la separación de poderes, ejemplificado en el esquema tripartito de poderes legislativo, ejecutivo y judicial.

En teoría, cada uno es autónomo en su esfera de competencias. El ejercicio de gobierno sobre la comunidad requiere su coordinación. Siempre existe la posibilidad de que un poder frene la actuación del otro. La separación de poderes se entiende como un esquema de pesos y contrapesos¹⁷.

En principio, la separación de poderes no es eficiente. Aumenta los costos de transacción de tomar y ejecutar decisiones públicas. Puesto que es imposible determinar de antemano y con precisión el ámbito del poder de cada rama del gobierno, puede suscitar choques y controversias¹⁸. Hace más lento y engorroso el proceso político. Lleva con alguna frecuencia a soluciones de compromiso que son incoherentes y poco funcionales.

La ineficiencia de la separación de poderes se hace patente cuando se le compara con un tipo ideal de “gobierno eficiente”. En éste, un gobernante sabio y benévolo cuyas decisiones siempre se ajustan al interés general tiene a su servicio una burocracia que ejecuta fiel y prontamente sus instrucciones, usando de la mejor manera posible los recursos puestos a su disposición por la sociedad. Hay unidad de criterio entre el gobernante y el resto del aparato estatal en cuanto al qué y el cómo del ejercicio del poder público¹⁹.

Que un “gobierno eficiente” no resulte deseable se desprende de la simple mención de algunos ejemplos reales de este modelo en el siglo XX: la Alemania de HITLER, la Unión Soviética de STALIN y el Chile de PINOCHET²⁰. Los tres regímenes citados obedecían a concepciones bien distintas (aunque con toda probabilidad igualmente sinceras) del interés general de sus respectivas naciones. Pero sus resultados se parecen en muchos aspectos.

Otro ejemplo pertinente es la Constitución británica. Si bien no es ésta una carta política escrita, se puede resumir en una sola expresión: la supremacía de la Cámara de los Comunes. Podría, si quisiera, suprimir la monarquía y la Cámara de los Lores²¹, podría adscribirse funciones judiciales omnímodas o podría mantenerse indefinidamente en el poder, postergando *sine die* las elecciones²². Pero durante los últimos tres siglos la práctica parlamentaria ha construido un delicado equilibrio entre la Cámara de los Comunes y las demás instituciones del Estado británico, que llega hasta el punto de conferir status cuasiconstitucional al servicio civil²³. Hoy las facultades efectivas de la Cámara de los Comunes como tal son mucho más limitadas que las de los poderes legislativos típicos de sistemas presidenciales, e incluso presidencialistas.

Hay varios argumentos a favor de la paradójica tesis de que la “ineficiente” separación de poderes resulta a la larga más eficiente que un diseño institucional monocrático²⁴. El primero descansa sobre la teoría principal-agente. El gobernante es agente de los gobernados y puede serles infiel. Disponer de varios agentes, que se vigilan entre sí y que tienen mecanismos distintos de rendición de cuentas al principal, reduce las posibilidades de esa infidelidad o, por lo menos, limita sus alcances. Cada agente tiene incentivos para llamar la atención del principal a eventuales fallas de la gestión de los demás mandatarios, por cuanto ello mejora su posición relativa frente al principal o mandante²⁵. Esta función también puede expresarse en términos de la conveniencia del control político. Decía ACTON que el poder corrompe y que el poder absoluto corrompe absolutamente. Cuando el poder es relativo, la corrupción del poder se relativiza.

RICHARD POSNER ha sugerido una explicación similar con base en el monopolio del ejercicio legítimo de la violencia que caracteriza al Estado²⁶. Se distingue la institución política de las demás por su capacidad de coerción y de sanción sobre los gobernados²⁷. La separación de poderes exige la unanimidad de criterio del legislativo, del ejecutivo y del judicial para que se sancione un individuo. Es necesario que se determine, de manera general y abstracta, que una conducta determinada es sancionable: la ley. Es necesario que las autoridades detecten la conducta sancionable e imputen a una persona la responsabilidad de la misma: la acción policiva. Y es necesario que el sistema judicial determine que efectivamente ese individuo llevó a cabo dicha conducta: el proceso. Las dificultades que implica la colusión entre los tres serían una garantía contra el ejercicio arbitrario del poder político.

Otra justificación económica de la separación de poderes adelantada por POSNER es más cuestionable²⁸. Se trata de las ventajas de la especialización. El legislativo legisla, el ejecutivo ejecuta y el judicial juzga, porque cada uno es más eficiente cumpliendo su función particular que los otros dos. Sin embargo, el ejercicio del poder en democracias constitucionales reales con frecuencia presenta situaciones donde las funciones se traslapan, se entrecruzan o, inclusive, se intercambian. El legislativo designa funcionarios que cumplen funciones ejecutivas; el ejecutivo legisla, por delegación del legislativo o en el momento de reglamentar, y el poder judicial cumple una y otra función en casos específicos. A la vez, tanto el ejecutivo como el legislativo ejercen en ocasión funciones judiciales. Si la práctica de la mayoría de las democracias constitucionales es alguna

guía, las diversas ramas del poder público tienden a rehuir la especialización.

Aquí, el significado de “eficiencia” depende en últimas del objetivo buscado. La separación de poderes es “ineficiente” si se pretende reducir los costos de transacción en la toma de decisiones públicas y es “eficiente” si se trata de defender las libertades públicas.

IV. LA “EFICIENCIA” CONSTITUCIONAL: LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Los textos constitucionales incluyen enumeraciones de derechos de individuos y colectividades²⁹. Tales derechos son intangibles y no pueden ser menoscabados por las autoridades públicas. Es obligación de las autoridades asegurar el cumplimiento de los mismos en sus actuaciones y, en ciertos casos, las de particulares³⁰.

El número de los derechos garantizados tiende a ser inversamente proporcional a la edad de la Constitución respectiva³¹. Los primeros documentos de este tipo (como por ejemplo, el “Bill of Rights” de la Constitución de Estados Unidos y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de la Revolución Francesa) estaban circunscritos a derechos civiles y políticos. Constituciones más recientes, como la Carta Política colombiana de 1991, añaden derechos económicos, sociales culturales e incluso ambientales³².

Aunque sean frecuentes las formulaciones iusnaturalistas del origen y justificación de los derechos, el problema de su eficacia es otro. Para que un derecho (incluido el de a la propiedad) sea eficaz, requiere del reconocimiento general y recíproco de los integrantes de la sociedad donde rige. En

tal sentido, los derechos son una creación social; su efectivo cumplimiento requiere de la existencia de una autoridad con capacidad de coacción.

Este punto puede ilustrarse con un ejemplo del derecho privado. Un contrato crea derechos y obligaciones para las partes que lo contraen. El derecho de una es el correlativo de la obligación de la otra. Salvo que el contrato sea muy sencillo, de cumplimiento completo y simultáneo por las partes, siempre existirá la tentación del oportunismo. Cuando el otro me haya cumplido, incumplirle puede beneficiarme. La seguridad para las partes (la solidez, y los bajos costos de transacción) del arreglo contractual dependen de la existencia de un tercero imparcial que haga efectiva la obligación de cumplimiento y eventualmente sancione al incumplido. Para que los intercambios propios del mercado resulten funcionales se hace necesaria una autoridad pública.

El ejemplo del derecho de propiedad surgido del contrato se extiende con facilidad a otros tipos de derechos. A menos que se trate de un privilegio³³, la naturaleza de un derecho supone que será respetado para otros por quien se beneficia del respeto ajeno al suyo.

Causas de la ineficiencia de las enumeraciones constitucionales de derechos y libertades serían:

a. Cualquier declaración de derechos por exhaustiva que pretenda ser puede resultar incompleta³⁴.

b. El constituyente, al elaborar la declaración de derechos, puede pecar por optimismo y convertir en texto constitucional una serie de buenos propósitos irrealizables. La objeción es frecuente en el medio colombiano respecto de los derechos económicos y sociales, pero también se halla en otros contextos. En Estados Unidos, algunos

hoy aducen que el respeto del derecho a la privacidad puede resultar una amenaza a la seguridad nacional³⁵.

c. Una crítica más de fondo surge del conflicto latente, pero inevitable entre los derechos individuales y el interés colectivo. Era este el fundamento del tono despectivo con que se refería BENTHAM a los derechos constitucionales: “necesidades sobre zancos”. Respetar a ultranza derechos de unos pocos puede ser incompatible con el propósito de mejorar la suerte de la gran mayoría.

El segundo y tercero de estos argumentos explicarían el recelo de cierta literatura económica reciente respecto de la incorporación de derechos a su análisis: son ineficientes, pues no admiten la comparación entre el mayor bienestar de quienes se benefician de ellos y los costos asumidos por quienes deben soportarlos. Una dificultad adicional se desprende de que la economía de ordinario se preocupe de intereses, mientras que el lenguaje del derecho tiene como base principios de alcance general. No es que los unos y los otros sean necesariamente incompatibles, como se verá a continuación, pero pueden llevar a diferencias de énfasis, con implicaciones divergentes cuando se aplican a casos concretos.

¿Es posible la defensa de la eficiencia de los derechos desde la perspectiva de la teoría económica?

Los derechos y libertades pueden interpretarse como bienes públicos, en el sentido que da la teoría económica a la expresión: bienes cuyo consumo no es rival ni excluyente³⁶. La gran mayoría de los bienes son privados. Si como una empanada adquirida en el mercado, sólo yo gozaré de su particular sabor y textura (y sólo yo incorporaré los nutrientes de la misma a mis procesos metabólicos). Además de exclusivo, mi goce de la empanada es excluyente: en cuanto

el número de empanadas disponibles es finito, mi compra y posterior ingestión de una priva a otra persona de la posibilidad de probarla. El consumo de un bien público, por el contrario, tiene la característica técnica de no rivalidad. Si el bien público está disponible para uno, lo estará para todos. Ejemplos del bien público son un medio ambiente sano, los parques, la seguridad y la justicia misma³⁷. El ordenamiento jurídico también es un bien público. En la medida en que los derechos sean bienes públicos, su protección constitucional tiene justificación económica. Como se afirmó antes, lo que distingue al derecho del privilegio es su aplicación generalizada y universal. HOMERO CUEVAS ha señalado que el interés de cada individuo en la protección de los derechos ajenos reside en que cualquier violación del derecho ajeno reduce la probabilidad de que los propios serán respetados. Una formulación equivalente es la de ROBERT COOTER: el derecho, como bien público, es algo cuyo consumo es afectado por una restricción de igualdad. “La libertad de una persona no puede cambiar sin que ocurra el mismo cambio en la libertad de todos”³⁸.

Los derechos también pueden considerarse como bienes meritorios. Este concepto es transversal respecto de bienes públicos y privados, supone que hay preferencias colectivas sobre el consumo de ciertos bienes que trascienden y subsumen las preferencias individuales de los integrantes de la colectividad³⁹. Tal sería el caso de la educación y la salud (que no son bienes públicos en el sentido estricto) y de un vaso de leche diario para todos los niños (que normalmente se consideraría un bien privado). La expresión de la preferencia colectiva que transforma un bien en meritorio se expresa en la consagración de su consumo en derecho constitucional⁴⁰.

Una tercera aproximación es el “principio muy sencillo” de JOHN STUART MILL, el de no daño. MILL sostuvo que “el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a turbar la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente”⁴¹. En lenguaje económico moderno se trata de proteger los actos y conductas que no generan externalidades negativas. La externalidad se entiende como una interacción entre individuos que no ha sido precedida por un acuerdo voluntario sobre sus efectos y el reparto de sus costos y beneficios. Cuando no hay externalidades negativas, el principio normativo de MILL sugiere que se ampare la esfera de los derechos y de las libertades individuales contra los juicios convencionales (o los prejuicios) de la sociedad. El principio de MILL limita tanto el ejercicio del poder público como la intervención de particulares, cuando ésta afecta la libertad ajena.

Los tres conceptos citados tienen afinidades particulares con diferentes tipos de derechos constitucionales. El primero, el de los bienes públicos, sería de especial relevancia para los derechos de “primera generación” las libertades de opinión (art. 18 C. P.), de expresión (art. 20 C. P.) y de carácter político (entre otros, el art. 40 C. P.) y el derecho al debido proceso (art. 29 C. P.), así como los derechos ambientales y al espacio público (capítulo 3 del título I de la C. P.). El de los bienes meritorios se aplica con facilidad a los derechos económicos, sociales y culturales (Título I, capítulo 2 del de la C. P.). Y aunque MILL hiciera énfasis en la libertad de palabra, su “principio muy

sencillo” se adapta bien a derechos como el del libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C. P.) y el de la intimidad (art. 15 C. P.).

Los tres tienen en común la premisa de que los derechos y libertades constitucionales son bienes cuyo disfrute (o consumo) por los todos integrantes de una comunidad es deseable⁴². Esa es una decisión política, un juicio de valor del constituyente que no puede cuestionarse desde el análisis económico. El problema de la eficiencia, aquí, se reduce a cómo garantizar que tal decisión sea acatada sin incurrir en costos innecesarios.

A favor de la eficiencia de los derechos se pueden aducir dos consideraciones citadas en secciones anteriores de este ensayo: los derechos de las minorías y la existencia de una relación principal-agente entre gobernados y gobernados. Sin la protección constitucional, existe la posibilidad de que el proceso democrático, con su regla de decisión mayoritaria, prive a integrantes de minorías de determinados derechos. Tampoco es descartable que el gobernante, en su condición de agente del pueblo, quiera limitar los derechos de sus conciudadanos en provecho propio, por ejemplo, reduciendo el acceso a información sobre sus propias actuaciones⁴³ (este ejemplo implicaría la violación de los arts. 20 y 22 de la C. P.).

La comprensión de los derechos como bienes públicos, como bienes meritorios o como aplicaciones del principio del no daño también resulta pertinente para la valoración de su eficiencia:

a. Si un derecho es bien público, restringirlo es desnaturalizarlo. Por ello, los derechos ameritan la protección constitucional más amplia posible.

b. Si el bien protegido por el derecho es meritorio, media una decisión colectiva

de propiciar su disfrute generalizado. La vulneración de ese derecho se traduce en un nivel de goce o consumo del bien meritorio inferior al deseado por la sociedad.

c. Si el derecho delimita un ámbito de conducta definido por la ausencia de externalidades negativas, cualquier acto o norma que acorte su ejercicio perjudica por lo menos a una persona sin beneficiar a nadie.

Las varias interpretaciones de los derechos aquí sugeridas confluyen en el que tal vez es el más fundamental de los derechos constitucionales, el derecho a la igualdad (art. 13 C. P.).

Cualquier discusión de los derechos y libertades sería incompleta si omite los eventuales conflictos entre ellos. Por lo mismo, ningún derecho es absoluto. El legislador y el juez constitucional (cuya función será objeto de análisis en la siguiente sección) con frecuencia se ven obligados a limitar el ejercicio de un derecho para permitir el disfrute de otro, lo cual plantea problemas adicionales de eficiencia⁴⁴.

V. LA “EFICIENCIA” CONSTITUCIONAL: EL PAPEL DEL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

El control jurisdiccional es, como se indicó arriba, un elemento esencial de la separación de poderes característica de las constituciones democráticas modernas. En Colombia, la creación de una Corte Constitucional, en la Carta Política de 1991, y la consolidación de su jurisprudencia como una fuente primaria de derecho, indujo agudas controversias sobre la posible ineficiencia de este mecanismo y de la existencia misma de la Corte⁴⁵. Se han aducido errores de apreciación

económica en los fallos de la Corte, la naturaleza antidemocrática de su proceder y el impacto negativo de la jurisprudencia sobre la estabilidad y seguridad jurídicas. Una preocupación reiterada ha sido el peligro del activismo judicial que lleva a los magistrados constitucionales a desbordar sus funciones y tomar decisiones que les corresponden a otros órganos del poder público.

No es este el lugar para valorar los aciertos y deficiencias de sentencias individuales de la Corte Constitucional colombiana, empero, ese debate suscita algunas consideraciones de carácter general sobre cómo la institución del juez constitucional contribuye a la eficiencia de una democracia que es a la vez Estado de Derecho.

La Constitución es la cúspide de la pirámide normativa kelseniana. Con referencia a ella se definen los conflictos entre normas de jerarquía inferior, se resuelven ambivalencias e inconsistencias del ordenamiento jurídico y se delimitan las competencias de los diferentes poderes públicos. Para hacerlo, es indispensable un intérprete de la Constitución que, dentro de la estructura del Estado, tenga una superioridad jerárquica análoga. Tal es el papel del juez constitucional. Tiene la razón porque tiene la última palabra, y no al revés. Su actuación es la que cierra el sistema normativo y asegura su coherencia lógica. Este es en últimas un argumento de eficiencia (sin importar mucho cuáles sean las decisiones específicas del juez constitucional). Para los usuarios del ordenamiento jurídico (los ciudadanos, pero también personas jurídicas como las empresas), la contingencia de que determinados asuntos litigiosos queden sin resolverse, o la incertidumbre acerca de qué principio se aplica a (o cuál autoridad se pronuncia sobre) la resolución de determinado tipo de controversias jurídicas

es fuente de riesgos y costos de transacción, es decir, de ineficiencia⁴⁶.

Son aplicables a la labor del juez constitucional muchas de las consideraciones sobre eficiencia esbozadas en las secciones anteriores. La naturaleza antidemocrática del proceder del juez constitucional cuando invalida decisiones tomadas por legisladores y jefes de Estado elegidos por el pueblo sería otra manifestación del precompromiso. El control de la constitucionalidad también puede entenderse en el contexto del modelo principal-agente. El juez constitucional sería un agente más del pueblo, con la responsabilidad de evitar que sus otros agentes abusen de sus posiciones de autoridad. Esa es su función cuando declara la inconstitucionalidad de leyes —evitar que el legislativo viole las instrucciones y limitaciones establecidas por el constituyente, en especial respecto de los derechos de los ciudadanos. Pero es inevitable la pregunta de cuán fiel intérprete resulta el juez constitucional de tales instrucciones y limitaciones.

El temor al activismo judicial se agudiza cuando la interpretación del texto de la Constitución por parte del juez constitucional evoluciona o, en apariencia, va más allá del sentido literal de aquel. Caben al menos dos hipótesis al respecto: que el texto interpretado es incompleto o incoherente, y que con el paso del tiempo la intención del constituyente se ha hecho obsoleta por la evolución de los hechos sociales y de los valores y creencias de la comunidad⁴⁷. La primera llevaría al juez constitucional a remediar las fallas y lagunas del constituyente con una lectura creativa de su texto. Por algo afirmaba Kelsen que “tanto la legislación como el negocio jurídico son a la vez creación del derecho y aplicación del derecho”⁴⁸.

Sobre la segunda hipótesis, se expusieron arriba algunas razones para hacer difícil y costosa la reforma constitucional. Pero en la práctica, ello pudo impedir el “aggiornamento” de la norma constitucional. La literatura internacional reconoce este problema y distingue entre las reformas constitucionales “explícitas” y las “implícitas”, que corresponden respectivamente a los procedimientos de enmienda previstos en cada constitución y a las reinterpretaciones del texto de la Carta Política hecha por el juez constitucional⁴⁹. Las reformas implícitas tienen menores costos de transacción y, por lo tanto, pueden ser más eficientes, aunque quede en el aire la cuestión de si las decisiones del juez constitucional coinciden con el sentir de sus conciudadanos⁵⁰.

En todo caso, la Constitución como documento incompleto requiere que las autoridades instituidas por ella desarrollen su texto. ¿Qué pasa cuando esa responsabilidad no se cumple? Para poner el ejemplo colombiano, la Constitución de 1991 previó que el Congreso, por medio de leyes estatutarias, regularía entre otros asuntos los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección” (art. 152 C. P.)⁵¹. Pese a que son numerosos los derechos fundamentales de los colombianos, sólo existen dos leyes sobre la materia que reglamentan, respectivamente, la libertad religiosa y algunos derechos de la mujer⁵². En consecuencia, el grueso de la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales en Colombia la ha hecho la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esta instancia de activismo judicial sería el resultado de un “vacío de poder”, originado por omisiones del legislativo y ejecutivo⁵³.

CONCLUSIONES

Como lo indica su título, este ensayo es un acercamiento desde algunos sencillos conceptos microeconómicos al ámbito del derecho constitucional. El más importante de ellos es el modelo principal-agente, que tipifica la relación entre el pueblo y los gobernantes que éste elige para regirlo. El pueblo es principal en dos capacidades: como constituyente primario y como elector en los comicios ordinarios. Cada una de éstas implica condiciones distintas de la relación principal-agente, y el presente análisis se ha limitado a la primera⁵⁴.

El eje de esta discusión ha sido el problema de la eficiencia, es decir, la comparación entre costos y beneficios de características estructurales comunes en constituciones democráticas modernas: la exigencia de mayorías calificadas para el cambio constitucional, la separación de poderes, la enumeración de derechos y libertades y la jurisdicción constitucional. Se han examinado argumentos en favor y en contra de la eficiencia de cada una de ellos, no con el ánimo de tomar partido en el debate sino de fijarle linderos. Para ir más allá, es necesario examinar disposiciones constitucionales específicas y la forma cómo en la práctica se aplican.

Empero, la frecuencia de estas estructuras sugiere que por lo general son eficientes. Las disputas en torno a la “ineficiencia” de determinadas normas del derecho constitucional quizás provengan más de diferencias (a veces no expresas) sobre los fines buscados, que sobre los medios utilizados.

MAURICIO PÉREZ SALAZAR
Decano Facultad de Economía
Universidad Externado de Colombia

* El autor agradece los valiosos comentarios de HOMERO CUEVAS, LUCÍA MONTOYA, ALEXEI JULIO Y MAGDALENA CORREA.

1. En su artículo “Constitutional Law” en la *Encyclopedia of Law and Economics*, STEFAN VOIGT comenta: “El análisis económico del derecho constitucional no ha sido uno de los temas más investigados dentro del ámbito de ‘law and economics’” (2000, p. 529). RICHARD POSNER afirma que “sería bueno que los estudiantes de la Constitución atendieran más los aspectos positivos del tema, en particular las causas y consecuencias de los derechos, deberes, poderes y estructura constitucionales” (1995, p. 172). Una honrosa excepción a esta laguna intelectual es *The Strategic Constitution* de ROBERT COOTER, 2000.

2. Cfr. la discusión de POSNER, 1992, p. 615 a 616.

3. Para ser más precisos, los costos de transacción de negociar un contrato que sí previera todas y cada una de las contingencias posibles serían prohibitivos. Para un ejemplo de la literatura técnica sobre contratos incompletos, cfr. HART y MOORE, 1998.

4. El contrato social de HOBBS no es de mandato, por cuanto el gobernante elegido por los contratantes no es parte del mismo y no tiene obligaciones hacia ellos. LOCKE plantea, de manera expresa, el carácter de mandatario de quien asume el poder político. Hay una diferencia importante: el gobernante de HOBBS es inamovible e irresponsable, mientras que el de LOCKE puede ser removido si incumple las condiciones de su mandato y además tiene el deber de rendición de cuentas. Cfr. la discusión de PÉREZ SALAZAR, 1999.

5. MUNRO, 1987, define la relación principal-agente de la tradición legal anglosajona. STIGLITZ, 1987, resume el modelaje de esta relación en la teoría económica moderna.

6. Cfr. la discusión clásica de COASE, 1994.

7. Cfr. los planteamientos de BUCHANAN y TULLOCK, 1962 (cáp. VIII) y de OLSEN, 1992 (cap. I, sección E).

8. Salvo, por supuesto, los que se llevan a cabo bajo los auspicios de regímenes totalitarios.

9. Eso no quiere decir que sean escasas las propuestas de reforma constitucional en Estados Unidos. Durante el decenio 1989-1999 se presentaron 856 iniciativas de este tipo en el Congreso de ese país.

10. Empero la misma Corte Constitucional, en lo que podría considerarse una reforma implícita de la Carta Política, ha sostenido en la sentencia C-551 de 203 que: “El poder de reforma, por ser un poder constituido, tiene límites materiales, pues la facultad de reformar la Constitución no contiene la posibilidad de derogarla, subvertirla o sustituirla

en su integridad. Para saber si el poder de reforma, incluido el caso del referendo, incurrió en un vicio de competencia, el juez constitucional debe analizar si la Carta fue o no sustituida por otra, para lo cual es necesario tener en cuenta los principios y valores que la Constitución contiene, y aquellos que surgen del bloque de constitucionalidad, no para revisar el contenido mismo de la reforma comparando un artículo del texto reformativo con una regla, norma o principio constitucional –lo cual equivaldría a ejercer un control material”. Este razonamiento se ajusta a los motivos teóricos arriba expuestos para dificultar las reformas constitucionales. Cfr. además la discusión de RAMÍREZ CLEVES, 2005.

11. Otro factor pertinente es la constitucionalización en Colombia de temas que son de orden meramente legal en Estados Unidos, como la política monetaria, las pensiones y las transferencias intragubernamentales. La Constitución colombiana prevé también la posibilidad de reformas constitucionales por una Asamblea Constituyente y por referendo popular. La primera no ha sido utilizada. El accidentado trámite del referendo de 2003 muestra que requisitos de mayorías calificadas (en ese caso la participación electoral mínima de más de una cuarta parte de los ciudadanos que integran el censo electoral) son eficaces para dificultar reformas del texto constitucional.

12. Sin duda este espíritu inspira el dicho atribuido a NAPOLEÓN: “Prefiero las constituciones cortas y ambiguas”.

13. ELSTER, 2000.

14. Otra interpretación posible, que ha sido ampliamente explorada en la literatura económica sobre modelos de generaciones traslapadas, es la de que los intereses del pueblo, en el momento constituyente, pueden diferir de los de sus descendientes, o sea el pueblo que en un momento posterior obra como elector en comicios ordinarios. Sobre este punto es ilustrativo el contraste entre las constituciones colombianas de 1886 y 1991: la primera señala que la soberanía reside en la Nación, mientras que para la segunda reside en el pueblo.

15. 1964, p. 383. El contexto de la frase de KEYNES fue la Europa de la década del treinta, cuando la cordura política era, más que regla, excepción.

16. El argumento es aplicable aun a referendos y plebiscitos, pues es el agente (el político) el encargado de formular la pregunta que luego resolverá el electorado.

17. El mismo argumento es aplicable al federalismo y la descentralización. Cfr. LOWENSTEIN, 1976, en especial el cáp. X.

18. Este es otro aspecto de la analogía entre las constituciones y los contratos incompletos.

19. Esta es la estructura lógica subyacente de los modelos económicos denominados de “agente representativo”. No obstante, esta formulación de “gobierno eficiente” es un tipo ideal que hace caso omiso de los problemas de información asimétrica entre el gobernante (como principal) y la burocracia (como agente), cuyos alcances se analizaron en una sección anterior. Si el agente burocrático es infiel a su gobernante, entonces el Gobierno no será “eficiente”.

20. En una alocución pública del 5 de julio de 1940, F. D. ROOSEVELT se refirió a los gobiernos entonces en el poder en países como Italia (fascista), Rusia (comunista) y Alemania (nacional socialista). Según ROOSEVELT, su modelo, que denominó “el estado corporativo”, resultaba ‘extremadamente eficiente’, en parte porque prescindía de las ramas legislativa y judicial (Sunstein, 2004, p. 79).

21. Como en efecto lo hizo luego de la Guerra Civil inglesa.

22. Lo que hizo el denominado “Parlamento largo”, hasta cuando fue desalojado a la fuerza por los soldados de CROMWELL.

23. Cfr. el estudio de caso de la Tesorería británica de HECLY y WILDAVSKY (1974).

24. Que, para WEBER, representa el desarrollo pleno de la institución burocrática (1996, p. 717).

25. El mismo argumento sirve para explicar la existencia de entes, con mayor o menor autonomía, que desbordan la clásica división tripartita de los poderes públicos: en el caso colombiano, la Contraloría, la Procuraduría, la Fiscalía, la Registraduría, la Auditoría y la Contaduría. Las “fas” pueden entenderse como agentes adicionales del principal cuyo encargo consiste en escudriñar y controlar el desempeño de legisladores, jueces y funcionarios del ejecutivo.

26. 1992, p. 619.

27. HIRSCHMAN, 1977, sugiere que esta situación es análoga al de un consumidor enfrentado a una situación de mercado de monopolio puro. Carece de “salida”, es decir, de la posibilidad de cambiar de proveedor. Su recurso alternativo entonces es la “voz”, o sea la de reclamar por medios políticos el cambio en la forma como actúa el detentador del poder.

28. Loc.cit.

29. En la discusión que sigue se utilizarán los términos “derecho” y “libertad” como sinónimos. No por eso se desconoce que pueden existir diferencias de forma y fondo entre los dos conceptos.

30. Cfr. la discusión de JULIO ESTRADA, 2000.

31. De hecho, la más antigua de las constituciones modernas, la británica, no incluyó una relación expresa de los derechos de los británicos (a pesar de que los mismos sean el fundamento de su estructura conceptual) hasta 1998 cuando se incorporó al derecho del Reino Unido la Convención Europea sobre los Derechos Humanos.

32. Los primeros podrían entenderse como ejemplos de “libertades negativas”, mientras que los segundos serían “libertades positivas”, en la conocida clasificación de ISAIAH BERLIN. Sin embargo, unos y otros tienen costos económicos (el costo de la policía y el sistema judicial) y no económicos, entre otras razones porque incluso mi libertad negativa limita la libertad ajena.

33. Etimológicamente, derivado de *privi e legium*, es decir, una ley hecha a favor o en contra de un individuo.

34. Esta contingencia es reconocida en la Constitución colombiana, cuyo artículo 94 reza: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Dicho texto es compatible con la creación de derechos constitucionales por la vía judicial.

35. Un argumento relacionado es que ciertas formulaciones de derechos y libertades, por su vaguedad, generalidad e inconsistencia con las condiciones objetivas de una sociedad, propician litigios cuya solución es costosa sin que se incremente el bienestar colectivo. Aumentan, sin necesidad, los costos de transacción.

36. El hecho de que un bien sea público, en este sentido preciso, no lo hace “mejor” o más deseable que otros tipos de bienes.

37. Lo que no quiere decir que no existan sucedáneos (o sustitutos, en el lenguaje técnico de la economía) imperfectos. Puedo protegerme del aire contaminado con una máscara antigás, puedo adquirir una casa con amplio jardín para disfrutar de algo de verdor puedo contratar guardaespaldas y montar en un automóvil blindado para mejorar mi seguridad individual y puedo crear un ejército de sicarios para ejercer justicia privada. Pero no es lo mismo, por razones obvias. Un caso intermedio entre los bienes públicos y los bienes privados son los bienes colectivos o bienes “club”. En este escenario, un grupo limitado de individuos se congrega para proveerse de bienes que ninguno de ellos podría adquirir en forma individual. Ejemplos serían la seguridad ofrecida por un conjunto cerrado

o las zonas verdes de un club campestre. Los bienes colectivos, como los bienes privados, requieren del respaldo de bienes públicos. Para que el conjunto cerrado sea viable, necesita tener un mecanismo público que haga efectivas sanciones a los residentes que no quieren pagar las cuotas de administración.

38. 2000, p. 248 y 249.

39. Cfr. MUSGRAVE, 1987. Señala el autor: “Es de los valores de la comunidad que se desprende el carácter meritorio o demeritorio de ciertos bienes” (p. 452).

40. O, en ciertos casos, en derecho legal.

41. 1980, p. 30. El principio de MILL tiene como antecedente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa, cuyo artículo 4º reza: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites no se pueden determinar sino por la ley.”

42. La premisa se sustenta, por supuesto, en la inclusión del derecho respectivo en el texto constitucional.

43. Y acentuando la asimetría de información de la relación principal-agente.

44. Un referente obligado de este debate es RAWLS, 1973. Para el caso colombiano, cfr. la excelente discusión de MARÍA MERCEDES CUÉLLAR, 2005.

45. Para una reseña de estas polémicas, cfr. PÉREZ SALAZAR, 2003 y PÉREZ SALAZAR, en prensa.

46. Parte de los males achacados a la institución de una Corte Constitucional especializada en Colombia podrían atribuirse al hecho de que la Constitución de 1991 no hizo suficientemente explícita la relación entre aquella y otros órganos del poder judicial (la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura). No es sorprendente que se hayan presentado ocasionales “choques de trenes”, cuyas manifestaciones más notorias han sido las revisiones de sentencias judiciales por la vía de la tutela.

47. La distancia entre el texto constitucional y los hechos sociales es proporcional a la antigüedad de aquel. En Estados Unidos se ha generado una interesante controversia, liderada por “originalistas” como ROBERT BORK, quienes sostienen que no es admisible hoy, en 2006, una interpretación de su Constitución distinta de la que tendrían los constituyentes de Filadelfia en 1787. Sería iluminante saber que hubieran pensado del Internet y de los problemas jurídicos asociados.

48. 1941, p. 119. Adicionalmente, sostuvo Kelsen que resulta engañosa concepción según la cual la “función [de los tribunales] y, por tanto, la interpretación [del derecho], sólo ha de considerarse como el hallazgo de normas ya existentes, que por esta razón sólo tienen que descubrirse en un procedimiento especial. Es la ilusión de la seguridad jurídica” (ibíd., p. 137).

49. Cfr. VOIGT, 2000, p. 534 y 535.

50. Las reformas implícitas, si limitan el alcance del principio de competencia general del legislador, causan ineficiencias al constitucionalizar ámbitos que estaban sometidos a la decisión de éste. De allí que a veces fallos constitucionales ocasionan reformas constitucionales.

51. Si bien algunos autores sostienen que las leyes estatutarias tienen la misma jerarquía que las leyes ordinarias, el hecho de que una ley estatutaria pueda modificar una ley ordinaria, mas no al revés, sugiere que aquella sí es superior en jerarquía. Como sería de esperarse del análisis de secciones anteriores, para la aprobación de una ley estatutaria se exige una mayoría calificada y un trámite especial (art. 153 C. P.).

52. Respectivamente las leyes 133 de 1994 y 581 de 2000. Hay ocho leyes estatutarias más, que se ocupan de otras materias contempladas por el artículo 152 de la Constitución: organización de los partidos, participación ciudadana, estados de excepción, administración de la justicia y funciones electorales.

53. Cfr. la discusión reseñada en PÉREZ SALAZAR, 2003, pp. 71 y 72.

54. Para reseñas de la literatura sobre dicha relación en el proceso político post-constitucional, cfr. MCKENZIE, 1999 y PEÑA, 2002.

BIBLIOGRAFÍA

- BUCHANAN, JAMES y GORDON TULLOCK, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1962.
- COASE, R. H., *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza, 1994.
- COOTER, ROBERT, *The Strategic Constitution*, Princeton, Princeton University Press, 2000.
- CUÉLLAR, MARÍA MERCEDES, “La prueba de razonabilidad y la estabilidad de las reglas del juego”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 7 n.º 12, 2005.
- ELSTER, JON, *Ulises y las sirenas: estudios sobre la*

- racionalidad y la irracionalidad*, México, FCE, 2000.
- HART, OLIVER y JOHN MOORE. "Foundations of Incomplete Contracts", *NBER Working Paper* 6726, 1998.
- HECLO, HUGH y AARON WILDAVSKY. *The Private Government of Public Money*, London, Macmillan, 1974.
- JULIO ESTRADA, ALEXEI. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KELSEN, HANS. *La teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941.
- KEYNES, JOHN MAYNARD. *The General Theory of Employment, Interest and Money*, New York, Harcourt Brace, 1964.
- LOWENSTEIN, KARL. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1976.
- MCKENZIE, KENNETH. "Diseño institucional y política pública: una perspectiva microeconómica", *Revista de Economía Institucional*, n.º 1, 1999.
- MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Madrid, Orbis, 1980.
- MUNRO, J. E. C. "Principal and Agent (i)", en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London, Macmillan, vol. 3, p. 966, 1987.
- MUSGRAVE, RICHARD A. "Merit goods", en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London, Macmillan, vol. 3, pp. 452 a 453, 1987.
- OLSON, MANCUR. *La lógica de la acción colectiva: bienes públicos y la teoría de grupos*, México, Limusa, 1992.
- PEÑA, ÓMAR DARÍO. "La teoría económica del proceso legislativo", en *Teorías jurídicas y económicas del Estado* (dir. HOMERO CUEVAS), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- PÉREZ SALAZAR, MAURICIO. "La genealogía del liberalismo: una lectura económica del segundo tratado sobre gobierno civil de JOHN LOCKE", en *Revista de Economía Institucional*, n.º 1, 1999.
- PÉREZ SALAZAR, MAURICIO. "Razones y sinrazones de un debate: la crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002", *Revista Derecho del Estado*, n.º 14, 2003.
- PÉREZ SALAZAR, MAURICIO. "Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991". En prensa.
- POSNER, RICHARD. *Economic Analysis of the Law* (4.ª ed.), Boston, Little Brown, 1992.
- POSNER, RICHARD. *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.
- RAMÍREZ CLEVES, GONZALO. *Límites de la reforma constitucional en Colombia. El concepto de Constitución como fundamento de la restricción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- RAWLS, JOHN. *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1973.
- STIGLITZ, JOSEPH. "Principal and Agent (ii)", en *The New Palgrave: A Dictionary of Economics*, London, Macmillan, vol. 3, pp. 966 a 971, 1987.
- SUNSTEIN, CASS R. *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004.
- WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, México, FCE, 1996.