

## **Razones y sinrazones de un debate: La crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002**

Una de las innovaciones más significativas de la Constitución Política colombiana de 1991 fue la creación de la Corte Constitucional, a la que se confió la «guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» (art. 241 C. P.). Esta propuesta se había formulado desde tiempo atrás, notablemente por CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA en la Reforma de 1968, pero sólo se hizo realidad cuando el ordenamiento constitucional colombiano fue revisado en su integridad por la Asamblea Constituyente casi un cuarto de siglo después<sup>1</sup>.

Otra institución novedosa de la Constitución de 1991 fue la acción de tutela. La tutela es un procedimiento especial que permite a toda persona reclamar ante un juez la protección de sus derechos constitucionales fundamentales. Los fallos dictados en virtud de esta acción son de inmediato cumplimiento. La Corte Constitucional tiene la facultad de revisar todas las decisiones judiciales relacionadas con acciones de tutela<sup>2</sup>.

La Corte se pronuncia, bien a través de fallos sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas<sup>3</sup>, bien por medio de los fallos de revisión de tutelas que versan sobre las acciones u omisiones de todos los niveles del Estado, cuando puede haberse vulnerado derechos constitucionales fundamentales<sup>4</sup>. La agilidad procedimental de la

tutela<sup>5</sup> en comparación con otros procesos jurídicos ha llevado a que muchos actores la utilicen como medio para el resarcimiento de derechos reales o pretendidos.

Las facultades derivadas de la competencia general de control constitucional y de la revisión de las acciones de tutela han conferido a la Corte Constitucional colombiana un poder efectivo que no tiene paralelo con el de otras instituciones del país<sup>6</sup>. A raíz de algunos fallos controvertidos de la Corte, en especial los relacionados con los sistemas de financiación de vivienda, se ha producido un cuerpo de literatura académica (amén de nutridas polémicas periodísticas) que ha criticado su desempeño desde una perspectiva económica.

El presente ensayo tiene por objeto reseñar ese debate. Luego de esta introducción, la primera sección aborda algunos problemas de la racionalidad en las ciencias sociales, en especial aquellos que sirven de base para formular críticas a la actuación de la Corte Constitucional. La segunda sección es un análisis de los argumentos planteados en este debate, que pretende delinear un mapa de su estructura lógica. Finalmente, la última sección presenta algunas conclusiones y recomendaciones que podrían ser útiles para resolver los problemas discutidos.

## I. DOS ENFOQUES DISCIPLINARIOS DE LA RACIONALIDAD

El supuesto de la racionalidad es el patrimonio común de las ciencias que estudian el comportamiento humano en contextos sociales. Ese supuesto tiene dos dimensiones: el uso de la razón como premisa metodológica del análisis científico, y la adopción de un modelo de racionalidad para la comprensión de las acciones objeto de ese análisis (aunque se admita la posibilidad de que éstas puedan tener rasgos irracionales). En palabras de PHILIPPE MONGIN, «*El principio de la racionalidad se define más fácilmente por sus funciones que por su contenido*. Cada vez que concebimos la acción humana bajo la perspectiva de la acción, y más precisamente de la acción que obedece razones, aplicamos el principio de la racionalidad. Aun antes del estudio académico, impregna las relaciones cotidianas. Es la prosa de las ciencias sociales que hablan sin saberlo todos los señores Jourdain del mundo. Al adoptar el principio en una circunstancia dada, rechazamos las diversas hipótesis del azar absoluto, del condicionamiento rígido, de la decisión caprichosa y del desorden de las ideas...» (MONGIN, 2002, 302, énfasis añadido).

El planteamiento anterior es aplicable de manera especial al ámbito de las decisiones colectivas. ¿Qué razones pueden aducirse, qué argumentos son presentables, frente a la pregunta con cuáles criterios debe ejercer su autoridad el Estado?

La célebre tríada de MAX WEBER (1947, 15), en la que categorizó las fuentes de autoridad legítima, ayuda a responder esa pregunta. Hay tres tipos de validación de la autoridad, según WEBER. La tradicional, que toma como fundamento la sabiduría incuestionable heredada de generaciones anterior-

res; la carismática, que se deriva de cualidades personales excepcionales de quien la ejerce; y la racional, que supone una base estructural de normas generales y abstractas, propia del Estado de Derecho. En sociedades modernas, y en el tipo de recomendaciones normativas que producen las ciencias sociales, sólo la última es generalmente aceptada. En parte, al menos, por la horrorosa experiencia del siglo XX con soluciones políticas “irracionales”<sup>7</sup>.

Sin embargo, cabe destacar el carácter *funcional* del principio de racionalidad en las ciencias sociales subrayado en el texto de MONGIN. Según la naturaleza de los problemas abordados, se postularán y utilizarán distintos tipos de racionalidad en diferentes disciplinas académicas. No implica eso inconsistencias internas en la estructura lógica de la racionalidad usada en cada disciplina; pero sí abre la posibilidad de que las racionalidades definidas por diversas disciplinas entren en pugna.

A riesgo de simplificar en exceso, y a título puramente ilustrativo, se contrastan a continuación dos visiones de racionalidad que pertenecen, respectivamente, a las esferas del derecho y de la economía<sup>8</sup>.

*El imperativo de la consistencia dentro del sistema normativo: la pirámide de Kelsen*

Mecanismos de cooperación puramente voluntarios, como es la red de acuerdos de intercambio que constituyen el mercado, no son suficientes para asegurar la coordinación entre individuos en todos los casos. Para usar la terminología del análisis económico contemporáneo, si hay fallas de mercado, si hay bienes públicos, si hay externalidades y costos de transacción significativos, es indispensable la existencia de una autoridad pública con la capacidad

de imponer, por la fuerza si resultare necesario, la ejecución de las decisiones colectivas sobre lo que debe hacerse en tales situaciones.

Una amenaza permanente para la coordinación colectiva, en el contexto del mercado o fuera de él, es el oportunismo: yo espero que los demás cumplan sus compromisos conmigo, o con la colectividad, y dejo de cumplir los míos. Si no hay quien sancione al oportunista, esa conducta se puede generalizar. En las palabras del economista británico ROBERT SKIDELSKY, «si no hay cosas, como la justicia, que están por fuera del comercio, el comercio no puede existir».

Las decisiones colectivas deben instrumentarse para ser eficaces. Deben convertirse en reglas o normas. Su eficacia, frente a comportamientos oportunistas, puede depender de la capacidad de coerción que las respalda. Pero la capacidad de coerción (es decir, el poder) sin objetivos precisos es impotente.

Las normas, como expresión imperativa de decisiones colectivas, sólo pueden ser eficientes si cumplen dos condiciones: la generalidad y la consistencia.

Deben ser generales por razones de la economía de la información. El gobernante debe asegurar que sus decisiones sean conocidas por los gobernados. También debe contar con información acerca del grado en que los gobernados las cumplen para, si es del caso, sancionar a quienes no lo hacen. En cuanto más heterogéneos sean los mandatos del gobernante, más difícil y costoso será informar a sus destinatarios qué deben hacer; y más complejo establecer si su comportamiento ha sido consistente con la instrucción. Para los agentes sometidos al imperio de la norma, el hecho de que sea general facilita ajustar su comportamiento a la misma. Los requisi-

tos de información de los individuos son menores respecto de normas generales que sobre mandatos públicos casuísticos e impredecibles. De allí que el precepto «la ignorancia de la ley no es excusa» presuma que las normas pueden conocerse sin mayor esfuerzo.

Las normas deben ser consistentes para ser eficaces y para permitir la utilización eficiente, por el gobernante, de su capacidad de hacerlas cumplir. Si las normas generan mandatos contradictorios, quienes están sometidos a ellas no sabrán qué hacer. ¿Con qué criterio puede sancionarse la violación de un precepto jurídico, si otro igualmente válido autoriza u ordena la condena sancionada?

Los argumentos anteriores no pretenden desconocer las razones éticas y de equidad en favor de sistemas normativos consistentes y de aplicación general. Se limitan a subrayar las razones funcionales que aconsejan la búsqueda de tales características como una expresión del principio de racionalidad.

Otra forma de abordar este problema es el análisis de las consecuencias lógicas de actitudes inconsistentes respecto de los sistemas normativos. Quien acude a un “sanandresito” para adquirir un producto ilegalmente importado, pero exige como condición de compra una garantía legalmente exigible está obrando de acuerdo con la siguiente proposición: «del conjunto de reglas que conforman el ordenamiento normativo, me reservo la posibilidad de elegir cuáles me son aplicables y cuáles no». Esa actitud, si fuera adoptada de manera generalizada, desvirtuaría toda acción colectiva<sup>9</sup>.

¿Cómo asegurar la consistencia y generalidad del ordenamiento jurídico? La llamada “pirámide kelseniana”, que suele ser un elemento central de cursos de introduc-

ción al derecho, en apariencia ofrece una respuesta sencilla y contundente<sup>10</sup>.

HANS KELSEN era cercano al «círculo neopositivista de Viena o positivismo lógico de RUDOLF CARNAP. Conforme a esa orientación filosófica sólo es racional y comprensible lo que pueda “verificarse” lógicamente (esta idea se encuentra hoy sobre todo en la filosofía analítica). Proposiciones de tipo metafísico, en especial aquellas sobre contenidos y valores y normas, carecen por ello de sentido. Las valoraciones son percibidas sólo como expresión de sentimientos [...] La teoría pura del derecho tiene que ver con el deber ser (*Sollen*), y por cierto el “puro” deber ser jurídico, que no es un valor ético sino sólo una estructura lógica. El postulado más elevado es en consecuencia, la “pureza metodológica”. (KAUFMANN, 1999, 51). Sin embargo, el argumento de KELSEN, como se desarrolla en la *Teoría pura del derecho*, es algo más complejo y es dicente de las limitaciones estructurales de esa “pureza metodológica”.

KELSEN describe así el marco empírico de su ejercicio intelectual, con miras a deslindar la reflexión jurídica del problema ético de la justicia: «Desde el punto del conocimiento racional sólo hay intereses y, por tanto, conflictos de intereses cuya solución es dada por un orden de intereses que, si bien satisface un interés contra el otro y a costa del otro, o bien instituye una compensación, un compromiso entre intereses contrapuestos. Mas por la vía del conocimiento racional no puede fundarse que sólo uno de los órdenes tenga valor absoluto, es decir, que sea “justo”». (KELSEN, 1941, II.9).

Dicho de otra manera: cualquier conciliación de los intereses contrapuestos que caracterizan la vida social es, de alguna manera, arbitraria; lo importante es que sea consistente. Para alcanzar esa consistencia,

se postula la necesidad de una norma fundamental que permita que una pluralidad de normas (como las que conforman cualquier sistema jurídico) constituyan un solo orden. La norma fundamental es un “fundamento hipotético” y en ella «arraiga [...] la significación normativa de todas las situaciones de hecho constitutivas del orden jurídico» (ibid., v.29). La norma fundamental sólo es válida y eficaz en la medida que sea respaldada por poder coercitivo que asegure su cumplimiento (ibid., v.30b).

La norma fundamental, entendida como Constitución, tiene dos tipos de alcances: la de «regular los órganos y el procedimiento de la producción [...] de la legislación», y el de «determinar [...] el contenido de leyes futuras» (ibid., v.31 a). Entre la norma fundamental y las demás normas existe una relación de jerarquía, que se instrumenta mediante procedimientos que permitan la impugnación y derogación de normas que no sean consistentes con ella por razones de forma o fondo (ibid. y v.31 h). La producción de normas la realizan por igual las ramas legislativas (leyes) y ejecutiva (reglamentos).

KELSEN rechaza la teoría de que las sentencias judiciales se limiten a descubrir una relación necesaria entre situaciones de hecho y el sistema normativo. Por el contrario, «la función de la llamada “jurisdicción” es absolutamente constitutiva, es producción jurídica en el sentido propio de la expresión» (ibid., v.31 b). Y esa función es común a las jurisdicciones judiciales y administrativas. No es fácil distinguir, por lo mismo, entre la producción y la aplicación del derecho (ibid., v.31 f).

A pesar de la relación de jerarquía entre la norma fundamental y otras de rango inferior, KELSEN advierte que la determinación de las segundas por la primera no puede ser completa, pues «hasta una orden que

llega al detalle tiene que dejar al ejecutor una multitud de determinaciones» (ibid., VI.33). Todas las normas, incluidas las fundamentales, tienen como característica ser «sólo un marco dentro del cual se dan varias posibilidades de ejecución» (ibid., VI.36). De allí que quien interpreta una norma, paso esencial para su ejecución, en realidad cree derecho.

Luego de criticar algunos métodos interpretativos usuales en el derecho, KELSEN señala a propósito de la jurisprudencia: «El juez es creador de derecho, y es también relativamente libre en esa función [...] Si a raíz de la aplicación de la ley una actividad cognoscitiva se extiende más allá de la necesaria verificación del marco dentro del cual se ha de mantener el acto a efectuarse, no hay conocimiento del Derecho positivo sino de otras normas que pueden desembocar aquí en el proceso de producción jurídica; normas de la Moral, de la Justicia, juicios sociales de valor, que suelen designarse con las frases “bien del pueblo”, “interés del estado”, “progreso”, etc.» (VI.38).

Más adelante, a propósito del problema de las lagunas legislativas, desarrolla su posición sobre la discrecionalidad y el necesario uso de criterios extrajurídicos por los jueces: «La autorización para desviarse de la ley [que KELSEN sostiene es el resultado implícito de tales lagunas] es formulada de modo que el ejecutor del Derecho no deba volverse consciente del extraordinario poder que le es realmente transferido» (VI.42).

La consecuencia lógica: la seguridad jurídica es una ilusión. Nunca puede suponerse que «la interpretación sólo debe considerarse como el hallazgo de normas ya existentes, que por este motivo sólo tienen que descubrirse mediante un procedimiento especial» (ibid., VI.39).

El pensamiento de KELSEN es representativo de una época, pero es un punto de referencia obligado para la discusión de la filosofía contemporánea del derecho. Su interés para la presente discusión reside en las dificultades inherentes en la construcción de un sistema teórico del derecho que garantice la consistencia lógica interna y en las restricciones que él mismo tuvo que aceptar para su modelo.

KELSEN buscaba un sistema de pensamiento jurídico independiente de la ética y libre de juicios de valor. Tuvo que reducir al derecho a un papel instrumental que lo hiciera compatible con cualquier filosofía política<sup>11</sup>. De allí se desprenden dos tipos de consecuencias. La teórica, que terminara con un sistema de “doctrina vacía”, en la cual puede caber cualquier contenido<sup>12</sup>. La práctica, que sus enseñanzas resultaran aprovechables para el contenido particular de la justicia del nacionalsocialismo alemán. Lo que generó en juristas de generaciones posteriores una reacción no sólo contra el positivismo como tal, sino contra el racionalismo “puro” aplicado al ámbito del derecho<sup>13</sup>.

Al interior del sistema lógico de KELSEN hay varios puntos problemáticos. La consistencia del sistema normativo en su conjunto se fundamenta en su consistencia con la norma fundamental de la cual se derivan las normas de jerarquía inferior. ¿Qué pasa si la norma fundamental o Constitución tiene inconsistencias internas? Esa eventualidad no se considera de manera explícita por KELSEN, pero como se verá en la sección siguiente es un aspecto central del análisis de la jurisprudencia constitucional colombiana. El mismo supuesto fáctico de KELSEN, citado arriba, según el cual la dinámica social se caracteriza por la contraposición de intereses que luego se concilian, llevaría a pensar que tales conciliaciones no siempre

son lógicamente consistentes<sup>14</sup>. Si la norma fundamental no tiene consistencia interna, el conjunto del orden jurídico tampoco puede tenerla.

Por otra parte, la consistencia interna del orden jurídico se refiere al plano formal antes que al material. Del razonamiento de KELSEN se infiere que una norma de rango inferior que aparentemente contradiga la norma fundamental se estima válida mientras no sea derogada o declarada antijurídica por autoridad competente. Lo que determina la antijuricidad de aquella no es su contenido sino el procedimiento y las competencias establecidas por normas superiores para permitir esa declaración. En últimas, hay algún grado de circularidad. Lo que cierra el círculo, en palabras del juez JACKSON de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es la afirmación: «No tenemos la última palabra porque seamos infalibles; somos infalibles porque tenemos la última palabra»<sup>15</sup>.

La infalibilidad que hace posible la consistencia lógica interna del orden normativo tiene como componente indispensable un alto grado de discrecionalidad judicial que con dificultad se distingue del activismo<sup>16</sup>. Puesto que las normas siempre dejan algún espacio para la interpretación, ese espacio se llena con el recurso a juicios de valor. La consistencia del orden jurídico se logra porque en un momento dado siempre se sabe si una norma o un acto jurídico hacen parte de aquél. Pero los criterios para saber si ello es así dependen de variables de tipo procedimental. Según KELSEN, no se puede pedir más a la ciencia del derecho.

### *La búsqueda de una teoría general de elección racional en la economía*

Quizás la definición más influyente de la economía en el siglo XX fue la de LIONEL ROBBINS, en su *Ensayo sobre la naturale-*

*za y significación de la ciencia económica*: «La Economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios limitados que tienen diversa aplicación»<sup>17</sup>.

En esta definición se destaca la importancia de la escasez como elemento fundamental del tipo de problemas que pretende abordar la economía. Supone la existencia, para la mayoría de las interacciones entre seres humanos, de una asimetría entre un conjunto ilimitado de objetivos y la disponibilidad finita de recursos para lograrlos. Esa asimetría genera una restricción presupuestal que erige una frontera infranqueable entre los resultados de la acción individual y colectiva que son posibles y los que no lo son. Sin escasez, y la consiguiente restricción presupuestal, el análisis económico carece de sentido.

En la aplicación del principio de racionalidad dentro de la economía pueden distinguirse tres ámbitos: el metodológico, el individual y el colectivo.

Las pautas de racionalidad metodológica generalmente utilizadas por economistas deben mucho al escrito de ROBBINS. Él se preocupó por deslindar con claridad la economía de otras ciencias sociales y por establecer su autonomía frente a ellas. Un postulado crucial es que la economía, como las ciencias naturales y la teoría pura del derecho de KELSEN, debe ser libre de juicios de valor. Para la construcción teórica, es indispensable la técnica analítica deductiva formalizada, por cuanto sólo ella garantiza la consistencia lógica interna de las teorías. Como en las ciencias naturales, la base del conocimiento fáctico de la economía es la observación empírica; se privilegia casi exclusivamente la información cuantitativa o cuantificable<sup>18</sup>.

La conducta individual se modela en la teoría económica con una versión muy sim-

plificada de la naturaleza humana. Se supone que los individuos son racionales, codiciosos y egoístas.

Cada uno de estos atributos merece cierta aclaración. La “racionalidad”, en este sentido, es una racionalidad de medios a fines. Dados unos fines, o unas preferencias, los individuos son capaces de elegir el medio más eficiente para alcanzarlos. Ello presume tanto la aptitud intelectual para realizar correctamente la elección (que en la práctica se traduce en el método de evaluación de costo-beneficio) como la disponibilidad de la información acerca de la eficiencia de distintas combinaciones y aplicaciones de medios. Respecto de la estructura de las preferencias, la economía heredó la usanza utilitaria de aceptar, sin mayores cuestionamientos, las decisiones individuales acerca de cuáles son los fines que se deben perseguir. Sólo se pide que la estructura interna de las preferencias del individuo sea consistente<sup>19</sup>.

La codicia se refiere al supuesto según el cual los seres humanos son insaciables; si algo se considera deseable, una mayor cantidad siempre es preferible a una menor.

El egoísmo tiene la connotación de falta de altruismo<sup>20</sup>: el individuo normalmente no tiene en cuenta el impacto de sus acciones sobre el bienestar ajeno, a menos que haya alguna relación recíproca de por medio, del tipo *do ut des*. Salvo esa consideración, el individuo se considera amoral y potencialmente oportunista.

La regla de reciprocidad propia de los contratos es la característica del mecanismo de coordinación colectiva mejor entendido por los economistas: el mercado. La existencia del intercambio voluntario implica que las partes contratantes de cada acuerdo consideran que están mejor luego de realizarlo que antes. Esa premisa se generaliza en el principio de las ganancias

del comercio. Cuando se dan determinadas condiciones, denominadas de “competencia perfecta”, la teoría predice que en un mercado en equilibrio se dará el uso más eficiente posible de los recursos productivos (o sea los medios), junto con la mayor satisfacción posible de las preferencias individuales (o sea, los fines).

Hay un muy buen ajuste teórico entre el modelo de racionalidad individual descrito y el mercado de competencia perfecta, entendido como mecanismo de coordinación social. Si existen lo que los economistas denominan “fallas de mercado”, se presentan problemas cuya solución requiere la toma y ejecución de decisiones colectivas. El caso típico es el de los bienes públicos, cuyo consumo no es exclusivo ni excluyente. Un bien público puede ser disfrutado por todos, independientemente de que hayan contribuido a cubrir el costo de su provisión. Pero ningún individuo, por sí solo, está en capacidad de proveer bienes públicos como la seguridad o la justicia. Aun si lo pudiera hacer, su admirable y altruista conducta no resultaría acorde con los supuestos económicos sobre la racionalidad individual. En tales situaciones la economía señala la necesaria intervención de una autoridad pública.

¿Cómo pueden individuos con la racionalidad estrecha antes descrita ponerse de acuerdo para tomar decisiones relativas al bien común? En la literatura económica se encuentran diferentes respuestas, ninguna de las cuales es enteramente satisfactoria.

Una de ellas es suponer una autoridad benévola y omnisciente, que se denomina agente representativo; lógicamente, ello equivale a suponer que las preferencias de todos los individuos son uniformes<sup>21</sup>. Tal planteamiento tiene el inconveniente de esquivar el asunto fundamental de la política, que es la conciliación de intereses y

posiciones diversas dentro de una sociedad.

Otro enfoque es el intento de construir una función de bienestar social a partir de las preferencias individuales. Sin embargo, el llamado teorema de imposibilidad de ARROW demuestra que ello es imposible, salvo que se admita la imposición de las preferencias de un individuo sobre los demás<sup>22</sup>.

Una tercera aproximación es la teoría de la elección pública, que acepta como premisa que las decisiones públicas se toman, no en función de un “bien común”, sino como producto de la negociación entre intereses individuales<sup>23</sup>. Es asemejar el proceso político a un mercado, aunque con características especiales.

Hay más consenso dentro de la economía en cuanto a cómo deben instrumentarse las decisiones colectivas, cualesquiera que sean. La respuesta se define en términos de la racionalidad de medios a fines, y la herramienta más usual es el análisis de costo-beneficio. En el campo específico de los ordenamientos jurídicos, vistos como políticas públicas, la literatura se orienta a la búsqueda de sistemas eficientes de derechos de propiedad y a la reducción de los costos de transacción<sup>24</sup>.

Las distintas versiones de la racionalidad dentro de la disciplina económica han sido objeto de crítica frecuente. JON ELSTER señaló que el tipo de racionalidad que utilizan los economistas para modelar el comportamiento humano es “estrecha” y reduccionista: «De hecho, la racionalidad estrecha se limita a la consistencia: consistencia dentro del sistema de creencias; consistencia dentro del sistema de deseos; y consistencia entre creencias y deseos, de un lado, y la acción cuya razón son, del otro [...] Una concepción más amplia de racionalidad [...] requiere que creencias y deseos

sean racionales en un sentido más sustantivo» (Elster, 1996, 1).

La inverosimilitud psicológica de ese modelo de racionalidad fue subrayada con ironía por RONALD COASE: «No hay razones para suponer que la mayoría de los seres humanos se encuentre abocada a la maximización de algo, a menos que se trate de la infelicidad, y aún en este caso sin éxito completo» (Coase, 1994, 11).

Sin menospreciar la inmensa capacidad explicativa de la conducta humana que aporta el análisis económico, pueden señalarse al menos dos aspectos donde el enfoque metodológico más usual de la disciplina resulta deficiente: la pobreza de su tratamiento de las preferencias individuales y colectivas que orientan el comportamiento humano, y el problemático supuesto de que aún pautas estilizadas de racionalidad individual, del tipo medios a fines, son trasladables con facilidad al ámbito de las decisiones colectivas.

### *El problema del consecuencialismo*

La economía normativa suele valorar las consecuencias de decisiones y acciones en términos de sus consecuencias. Es una herencia del utilitarismo, que en sus formulaciones más primitivas<sup>25</sup> adoptó como principio ético fundamental el de la «mayor felicidad para el mayor número». Una acción o una política son buenas si su efecto práctico redundaba en la mayor felicidad del conjunto de la raza humana. Es una postura distinta de los esquemas deontológicos, o basados en reglas, como los que sostienen muchas escuelas de filosofía del derecho incluyendo la de Kelsen.

Si bien los enfoques consecuencialistas y deontológicos ambos acuden a la razón para justificar sus conclusiones, las diferencias metodológicas con frecuencia lle-

van a conflictos en su aplicación a situaciones concretas. Por el papel destacado que este enfrentamiento ha jugado en el debate sobre la jurisprudencia constitucional colombiana, esta sección se cierra con una breve discusión del mismo.

Un magistrado de la Corte Constitucional, al hacer declaraciones para la prensa sobre un controvertido fallo de la corporación, manifestó que no es responsabilidad de la Corte preocuparse por las consecuencias económicas de sus decisiones, pues su obligación única y exclusiva es fallar en derecho. Una versión más sofisticada del mismo argumento, que ayuda a entender por qué el término “utilitario” a veces tiene connotaciones peyorativas en la jurisprudencia de la Corte, fue expuesta por RODRIGO UPRIMNY: «Una actitud consecuencialista de los jueces plantea el riesgo de que el sistema jurídico se oriente con criterios puramente utilitarios. Ahora bien, la concepción utilitaria es, para determinadas disputas, una perspectiva interesante de análisis y evaluación, pero en materia de derechos individuales es peligrosa pues puede conducir a una disolución de esos derechos, a fin de favorecer la consecución de objetivos colectivos que incrementen el bienestar general. Así, con criterios utilitarios, habría que considerar eventualmente correcta la decisión del juez que decide aceptar la tortura de un detenido por cuanto de esa manera la policía logró desarticular una peligrosa banda de secuestradores, pues el sufrimiento que hubieran podido causar esos delincuentes, compensa el dolor ocasionado por el estado al detenido. Es obvio que esa conclusión resulta inaceptable en una democracia constitucional fundada en la dignidad humana. Una rama judicial puramente consecuencialista deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de normas, pues deviene

un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas» (UPRIMNY, 2001 a, 160).

Debe reconocerse que en otros apartes del mismo escrito el autor modera el alcance del texto citado, al reconocer la conveniencia y necesidad de alguna valoración de las consecuencias de las providencias judiciales<sup>26</sup>.

Sin embargo, el razonamiento de UPRIMNY apunta de manera estrecha a la formulación del utilitarismo, y por extensión del consecuencialismo, de BENTHAM. Este autor hizo gala de su desprecio por la noción de los derechos intangibles, proclamándolos incluso como “necedades”<sup>27</sup>. Su cálculo de la felicidad lo llevó, como en el ejemplo puesto por UPRIMNY, a subordinar los derechos humanos más fundamentales a la felicidad general.

Empero, ese tipo de utilitarismo paternalista supone dos premisas que difícilmente serían aceptadas por el más retrógrado de los economistas de hoy. Por una parte, la posibilidad de la medición exacta y comparable de las utilidades de distintos individuos (en el ejemplo de UPRIMNY, el dolor del torturado vale  $x$ , el dolor ahorrado a las víctimas vale  $y$ , siendo  $y$  más que  $x$ ); por la otra, la existencia de una autoridad absolutamente imparcial capaz de imponer dolores a unos con el fin de aumentar la felicidad neta de la comunidad.

De hecho, la siguiente generación de utilitaristas, encabezada por JOHN STUART MILL, señaló que el respeto de los derechos individuales era una condición necesaria para el bienestar colectivo. Si los derechos de mi prójimo a buscar su felicidad, sea como sea que se la conciba, son vulnerables entonces mis derechos son igualmente endebles. El hecho de no tener certeza de ser libre para buscar mi propia felici-

dad (es decir, carecer de derechos seguros aunque no los use) vuelve nugatorias mis posibilidades de alcanzarla<sup>28</sup>. MILL trazó un límite para esa libertad, el principio del no daño. La capacidad legítima de la sociedad para restringir mi libertad comienza cuando mi comportamiento causa daño a otros.

Una posición como la de MILL es consecuencialista y utilitaria a la vez que libertaria y garantista, y da pie para las siguientes reflexiones sobre el argumento expuesto por UPRIMNY:

a) La vida en sociedad de personas cuyos intereses y valores difieren producirá conflictos, reales o potenciales. Aunque con un lenguaje algo distinto del de MILL, ya la Declaración del Hombre y del Ciudadano, de la Revolución Francesa había proclamado que «La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe el otro: por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley» (art. 4.<sup>o</sup>).

b) Toda decisión pública tiene consecuencias distributivas. Ello es aplicable tanto a la producción de derecho por el legislador como a la que hace el juez en sus fallos. En uno y otro caso, intervienen juicios de valor que pueden desbordar (o que por lo general desbordan, según KELSEN) el ámbito de lo puramente jurídico.

c) Una expresión de esas consecuencias distributivas es el conflicto entre idénticos derechos de distintas personas, o de distintos derechos consagrados por el orden jurídico.

d) El orden jurídico, a pesar de su consistencia interna, se inscribe dentro de una realidad social que es compleja e inconsistente. Como lo señalara KELSEN, «Si se

diera una Justicia en el sentido en que suele invocarse su existencia cuando se quiere que prevalezcan ciertos intereses respecto de otros, fuera entonces por completo superfluo el Derecho positivo y del todo inconcebible su existencia. Ante la presencia de un orden social absolutamente bueno, resultante de la naturaleza, de la razón, o de la voluntad divina, la actividad del legislador estatal sería la insensata tentativa de una iluminación artificial a la luz solar» (1941, II.8).

e) Por lo mismo, sólo tienen sentido los actos jurídicos y en particular los fallos judiciales (a menos que sean puramente formalistas) cuando tienen consecuencias en el ámbito de la realidad social. Que sean deseables o no, o que su deseabilidad se fundamente en determinados juicios de valor, es otro problema.

f) De aceptarse la validez de tesis como la de KELSEN—los jueces en la práctica siempre tienen algún margen de discreción en sus decisiones—, exonerarlos de toda responsabilidad por las consecuencias de esas decisiones no parece razonable.

Por otra parte, la crítica jurídica de UPRIMNY al consecuencialismo y el utilitarismo olvida que éstos son la base filosófica de algunas ramas del derecho. El derecho penal moderno sigue inspirándose en las enseñanzas de CESARE BECCARIA, uno de los fundadores del utilitarismo. De su pensamiento se deriva el rechazo de prácticas tales como la tortura de detenidos<sup>29</sup>.

## II. LA ESTRUCTURA LÓGICA DE LOS ARGUMENTOS DE CRÍTICOS Y DEFENSORES DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Si bien el grueso del trabajo académico internacional de análisis económico del derecho se ha consagrado al estudio del

ámbito de la tradición del *common law*, algunas de sus conclusiones indican que los problemas identificados en el debate sobre la jurisprudencia constitucional colombiana no son exclusivos de nuestro país. Se presentan en otros sistemas jurídicos y judiciales, aunque con inevitables diferencias de forma<sup>30</sup>.

La Constitución colombiana es extensa y detallada, tanto en normas de tipo procedimental como en aquellas que especifican los derechos ciudadanos y las metas de la acción estatal. Esto se debe, en parte, a un proceso de desarrollo histórico: cuanto más recientes los textos constitucionales, más extensos suelen ser. Algunos analistas han llamado la atención sobre el hecho de que eso por sí solo puede atentar contra la funcionalidad del orden jurídico nacional como marco para el desarrollo<sup>31</sup>. Podría inferirse, a partir de este postulado, que la constitución ideal debería seguir el modelo preferido por NAPOLEÓN: «corta y ambigua».

El análisis general de los costos y beneficios de la precisión normativa arroja resultados más complejos. A mayor precisión, a mayor detalle incorporado en las normas, mayores serán los costos de promulgación, interpretación y aplicación. A la vez, las normas más precisas son más eficaces en producir el comportamiento esperado de los actores a quienes se imponen<sup>32</sup>. No hay una regla óptima de general aplicación.

La idea de texto constitucional, entendido como una expresión completa y coherente de las preferencias políticas de una sociedad, no corresponde a la experiencia histórica internacional. VOIGT señala cómo «Hay buenas razones –y alguna evidencia empírica– para suponer que (1) las preferencias individuales de los miembros de convenciones constitucionales se incorporarán directamente en las deliberaciones y

que (2) las preferencias de todos los ciudadanos involucrados se reconocerán en el documento final, si bien de maneras muy diversas. Esto implicaría que la caza de rentas juega un papel aun al nivel constitucional, aunque este supuesto de ordinario se descarte por representantes de la economía constitucional normativa»<sup>33</sup>.

MYERSON, refiriéndose a trabajo empírico de DENNIS MUELLER, señala: «en países, halla que las estructuras constitucionales [...] no se han diseñado para el bienestar de largo plazo de la sociedad que será gobernada por la Constitución, sino en función de los intereses cortoplacistas de los políticos que controlaron la asamblea constituyente» (2000, 4).

La literatura internacional sugiere que las constituciones se modifican de dos maneras: la explícita, que requiere de una reforma del texto de la carta respectiva; y la implícita, que resulta de un cambio en la interpretación constitucional sin que el texto mismo de la Constitución varíe. Los poderes judiciales independientes suelen tener el liderazgo en el cambio constitucional implícito, porque tienen «la competencia de juzgar la constitucionalidad de los actos de las otras dos ramas del poder público»<sup>34</sup>. También se ha encontrado que en la ausencia de un partido político dominante disciplinado, la capacidad que tiene el poder judicial independiente para llevar a cabo cambios constitucionales implícitos se fortalece<sup>35</sup>. Esta última condición parece ajustarse a la realidad de la política colombiana durante la vigencia de la Constitución de 1991.

Suponiendo de nuevo la independencia del poder judicial, se han citado dos tipos de motivaciones para sus decisiones. Una de ellas es el poder. Los jueces de las altas cortes ya han llegado a la cúspide de su profesión, e incentivos como las perspec-

tivas de mejores ingresos o de promociones futuras no influyen mucho sobre su comportamiento<sup>36</sup>. La segunda es la ideología. RICHARD POSNER ha sostenido que altas cortes especializadas suelen ser más ideológicas que las de jurisdicción general<sup>37</sup>.

Según BACKHAUS, «La tarea de la interpretación auténtica de la Constitución en democracias occidentales se asigna constitucionalmente al poder judicial, en especial la Corte Constitucional; pero sería un error grueso considerar tales cortes como intérpretes, independientes y desvinculados de su entorno social, que buscan respuestas a preguntas modernas en textos viejos como podría creerse si uno aceptara sin crítica la filosofía popular. La interpretación auténtica de la Constitución debe entenderse, más bien, como el producto de un sistema complejo»<sup>38</sup>.

El anterior resumen de algunas ideas presentes en la literatura internacional del análisis económico del derecho sugiere la conveniencia de emprender un trabajo comparativo mucho más detallado, y menos casuístico que el hallado en la crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana.

Como un elemento de juicio para esa indispensable tarea, se desarrolla a continuación una clasificación de los argumentos utilizados en dicha crítica, que se han ordenado por su estructura lógica antes que por los temas a los cuales se refieren los fallos objeto de discusión<sup>39</sup>. A fin de precisar los alcances de este resumen, vale la pena señalar que la cuarentena de escritos que conforman el debate son de fecha reciente de publicación (a partir de 1999) y se refieren en su mayoría a decisiones de la Corte Constitucional cuyo período culminó en el año 2000, que fueron ampliamente controvertidas debido a su impacto económico y fiscal. Entre ellas se cuentan

fallos sobre el salvamento del sector financiero, el sistema de financiación de vivienda, la política de ajustes de los salarios reales y la prestación de servicios asistenciales, especialmente en salud<sup>40</sup>.

#### *A. Las inconsistencias internas del texto constitucional*

El problema que se deriva de inconsistencias internas en el texto constitucional es, en principio, lógico. Si la norma fundamental, en el sentido de KELSEN, no está exenta de contradicciones es de esperarse que su desarrollo posterior, tanto legal como jurisprudencial, las ponga en manifiesto. De alguna manera, se le habría impuesto al Congreso y a la Corte Constitucional una tarea de imposible cumplimiento al pedírseles la ejecución de las metas propuestas por la Constitución sin incurrir en inconsistencias formales y materiales.

Un par de ejemplos hipotéticos puede ilustrar la dificultad. Supongamos que la norma fundamental atribuye competencias idénticas a dos órganos públicos, o que incluye dos preceptos incompatibles (v.g., el derecho ilimitado a la libre expresión y la potestad ilimitada de ejercer censura de determinada institución). En el desarrollo legal o jurisprudencial de la norma fundamental es inevitable que al aplicar una disposición, se vulnere la otra<sup>41</sup>.

Algunos autores adoptan un enfoque histórico para sostener la tesis de la inconsistencia interna del texto constitucional. Los constituyentes de 1991 tenían una gama muy diversa de posiciones políticas e ideológicas, hasta el punto que fue necesario designar una presidencia tricéfala de la Asamblea Constituyente<sup>42</sup>. Hubiera sido improbable que esa diversidad no se reflejara de alguna manera en la Constitución que redactaron. A ello se suma el hecho

de que las últimas etapas del trabajo de la Asamblea se caracterizaron por el afán y aún por cierto grado de improvisación.

Una interpretación entre muchas que destacan la presencia de elementos dispares y eventualmente inconsistentes en el texto de la Constitución es la de SALOMÓN KALMANOVITZ: «La Asamblea Constituyente [...] fue una alianza entre unos intereses que buscaron reducir el impuesto inflacionario y tener una economía más abierta, por un lado, y otros que aspiraban a la política redistributiva. La combinación ha sido letal y explica en buena medida la crisis actual...»<sup>43</sup>.

Empero, el que algunos hayan calificado a la Constitución de 1991 como una “colcha de retazos”<sup>44</sup> no debe hacer perder de vista que su falta de coherencia era políticamente inevitable. Los conflictos insolutos de la sociedad colombiana encontraron expresión en el texto constitucional<sup>45</sup>. Puede ser útil contrastarla con la versión inicial de la Constitución de 1886, que se debe en lo sustancial a la pluma de MIGUEL ANTONIO CARO. Fue ese un documento consistente pero excluyente. Su armónica estructura sólo se logró a costa del sacrificio de muchas libertades públicas y fue la causa mediata de la guerra de los Mil Días.

Otro enfoque crítico de la consistencia del texto constitucional se basa en el número y ambigüedad de sus disposiciones. ALBERTO CARRASQUILLA desarrolla un interesante argumento en torno a la relación entre el la ambigüedad de los artículos de una Constitución y la latitud que tiene el juez constitucional al interpretarla y concluye: «a medida que el texto se vuelve más ambiguo el conjunto de todas las interpretaciones posibles se eleva de manera no lineal y, por ende, el juez puede escoger de un conjunto que crece explosivamente con el grado de ambigüedad» (2001, 22).

La misma Corte Constitucional se ha referido a la dificultad de interpretar la Constitución del 1991: «La Constitución encomienda a los jueces impartir justicia, que es, resolver los litigios sometidos a su conocimiento con arreglo al valor de la justicia. Y esta [...] es [...] la justicia reflejada en la Ley y en el derecho constituido en su conjunto. La interpretación de los efectos adquiere importancia precisamente cuando el juez encuentra varias reglas como opciones electivas, todas ellas “fundamentales” y “reconocibles”. De otra parte, si la ley lesiona a un sector en particular, “sólo será inconstitucional si no encuentra fundamento en un derecho o un bien constitucionalmente protegido, pues si esto es así, la Corte tendrá que hacer una evaluación sobre el conflicto creado y deberá dar prioridad a la protección de aquel bien que mejor encarne los valores, principios y derechos de la Carta Constitucional»<sup>46</sup>.

Como se observará en las secciones siguientes, buena parte de la crítica económica de la jurisprudencia constitucional hace referencia a contradicciones lógicas que pueden tener origen en el propio texto de la Carta. Además, con frecuencia obedece a que las preferencias de los críticos coinciden con lo expresado en unas disposiciones de la Constitución, mientras que la Corte ha dado prelación a la aplicación de otras normas.

### *B. La vulneración de la división de poderes*

Desde ARISTÓTELES, la teoría política occidental ha tenido como principio fundamental la división de poderes. Con esto, se pretende evitar la concentración del poder en la toma de decisiones públicas. La división de poderes es a la vez un baluarte de la libertad y un mecanismo

para la protección de los derechos de las minorías<sup>47</sup>.

La división de poderes no es “eficientista”: «El poder no se divide ni se crean balances ni contrapesos para hacer más eficiente la toma de decisiones públicas. Por el contrario, se busca dificultar el proceso y aumentar su costo de transacción. Si se tratara sólo de eficiencia, la forma ideal de gobierno sería una dictadura apoyada en una burocracia eficaz, sin división de poderes [...] En *El Federalista*, tratado fundamental de la teoría constitucional de los Estados Unidos, hallamos una justificación sucinta pero elocuente de la división de poderes: “la ambición debe contrarrestar la ambición”» (PÉREZ SALAZAR, 2001, 132).

La existencia misma de la jurisdicción constitucional y sus funciones de control se basan en el principio de la división de poderes. Su papel es evitar que otros detentadores del poder, como las ramas legislativa y ejecutiva, se extralimiten en el ejercicio de sus funciones y desconozcan los mandatos constitucionales. Conceptualmente, el control de la jurisdicción constitucional puede extenderse más allá de las acciones de otras ramas del poder público y ejercerse respecto de sus omisiones. Tal ha sido el caso de la jurisprudencia constitucional colombiana desde 1991.

Los procedimientos de selección de los integrantes del poder judicial buscan aislarlos de las presiones de la política cotidiana. Se da énfasis a su independencia como criterio de eficacia funcional, y eso se traduce en mecanismos que tienen por objeto premiar la competencia profesional y la independencia de criterio<sup>48</sup>. Tienen además, periodos más largos que los de funcionarios de otras ramas del poder público<sup>49</sup>. Todo ello en aras de la imparcialidad de la justicia que deben impartir.

Sin embargo el significado de esa “imparcialidad” depende, al menos en parte, del margen de discrecionalidad que se le concede al juez. Cuando se presume que para cada problema hay una respuesta “cierta”, cuyo hallazgo depende de la aplicación acertada de unas determinadas técnica de interpretación, la imparcialidad consiste simplemente en no desviarse de una metodología generalmente aceptada. Pero si se acepta la validez de los puntos de vista de tratadistas como KELSEN<sup>50</sup>, GÉNY o POUND<sup>51</sup>, que a su vez coinciden con los hallazgos de la escuela del análisis económico del derecho, es menester conceder que el juez en la práctica tiene un amplio margen de discrecionalidad y reconocer que juicios de valor extrajurídicos pueden determinar los fallos que pronuncia.

Entonces la “imparcialidad” judicial se hace mucho más problemática, en especial cuando el activismo judicial invade la esfera de competencia de otros poderes públicos. Cuando el juez no está sometido a un control externo (como ocurre con la Corte Constitucional colombiana) surgen inquietudes acerca de qué tanto la defensa de su interpretación de los principios de la Constitución vulnera los procedimientos establecidos por la misma Carta política para la toma de decisiones públicas.

La doctrina de la separación de poderes, y las críticas de la jurisprudencia constitucional que de ella se derivan, tienen una lógica más procedimental que sustantiva. La atribución expresa concedida por el constituyente al legislativo, por ejemplo, para decretar impuestos y aprobar el presupuesto de gastos, obedece al hecho de que éste tiene un origen más “democrático” que otros poderes públicos<sup>52</sup>. Según esta interpretación, el legislativo tiene la facultad de interpretar la Constitución y de decidir

cuál es la mejor manera de desarrollarla. Que la Corte vea las cosas de otra manera no la autoriza para imponer su propia opinión como la única aceptable. Tal actitud de la Corte, se señala, acarrea el peligro de una dictadura judicial, agravada por el hecho de que la Corte Constitucional no está sometida a controles externos.

Con ocasión de un fallo de la Corte sobre la financiación de la vivienda, los magistrados NARANJO y CIFUENTES expresaron esta posición en su salvamento de voto: «La Corte, sin ser el órgano competente, tanto en términos jurídicos como cognoscitivos, abiertamente sustituye al Legislador en lo que respecta al desarrollo del derecho a la vivienda digna. De una parte, la atribución de competencias a la Junta Directiva del Banco de la República, sólo la puede hacer el Legislador, no la Corte Constitucional mediante Sentencia. En el mismo sentido, las funciones de la Superintendencia Bancaria escapan de la potestad ordenadora de la Corte Constitucional...»<sup>53</sup>.

Lo afirmado por NARANJO y CIFUENTES se destaca por su contraste con la reiterada posición de la mayoría de la Corte cuyo periodo venció en 2000. MARÍA MERCEDES CUÉLLAR la describió así: «Hoy por hoy, el manejo de la política económica ya no está a cargo del Banco de la República, ni del Gobierno Nacional, ni del Congreso. Está a cargo de la Corte Constitucional, y en especial de sus asesores» (CUÉLLAR, 2001, 101). Según AMAYA, «al ejercer [su] facultad interpretativa, el juez constitucional ha invadido en ocasiones la esfera dentro de la cual ejercen su competencia otras autoridades» (2001, 70). SOTELO recuerda que «Según el esquema político de democracia representativa, el artículo 345 de la Constitución de 1991 establece que “En tiempo de paz no podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el

Congreso, por las asambleas departamentales, o por los consejos distritales o municipales”. Esto significa que, en principio, son los órganos de representación popular los responsables de decidir sobre el monto del gasto social destinado a los servicios propios del Estado colombiano» (2000, 11). Y pregunta: «¿Quién asume la responsabilidad política de las implicaciones económicas de las sentencias del poder judicial?» (ibid., 4).

¿A qué se debe el notable y muy controvertido papel jugado por la Corte en la formulación de políticas públicas?

La literatura sugiere varias explicaciones. Una de ellas puede llamarse la teoría del “vacío del poder”. Según ésta, los órganos constitucionalmente competentes del Estado se habrían abstenido de actuar frente a problemas apremiantes de carácter económico y social. Esta es aceptada aun por autores muy críticos de la labor de la Corte. Así KALMANOVITZ señala: «Que el congreso colombiano no funcione adecuadamente no es una buena justificación para desplazarlo por la Corte Constitucional que arma sus propios congresillos elegidos por ella misma» (2001 a, 24). Para MARÍA MERCEDES CUÉLLAR, la Corte ha suplido con sus decisiones vacíos y omisiones del Ejecutivo y Legislativo, si bien en la mayoría de los casos las decisiones deberían haberse adoptado en otras instancias<sup>54</sup>. Refiriéndose a lo mismo, dice SERGIO CLAVIJO: «*En casi todos los casos, la existencia de un buen principio de regulación por parte del gobierno y el desarrollo de adecuadas supervisiones, orientadas a defender los derechos de los consumidores, hubieran bastado para lograr el objetivo deseado, sin necesidad de introducir controles de precios, que tanto daño le hacen a la economía.* En todo caso, resulta contraproducente que sea la Corte la que se arroge las condiciones de legis-

lador para llenar los vacíos que en estas materias puedan dejar el Ejecutivo y el legislativo» (2001 a, 42).

Del texto resaltado (en el original) se infiere que CLAVIJO estima que ni hubo un buen principio de regulación por parte del gobierno, ni un adecuado desarrollo de la función de supervisión que le correspondía. Resulta curioso que los autores citados, aceptando la falla en el desempeño de las demás ramas del poder público, coincidan en desaprobar lo que ha hecho la Corte.

UPRIMNY destaca esta contradicción, al sostener, a propósito de los fallos de la Corte sobre la financiación de vivienda: «Pero ¿podía la Corte abstenerse de intervenir cuando era evidente que esa situación fácticamente afectaba el derecho a la vivienda y los otros órganos estatales se mostraban indiferentes ante la situación de los deudores hipotecarios? No lo creo, pues la Corte hubiera renunciado a su deber [...] ¿Hubiera podido evitarse esa intervención judicial en la política económica? Claro, si los órganos responsables de la política económica hubieran tomado a tiempo las medidas adecuadas. Pero lo que resulta inaceptable es que desde su pasividad, los otros órganos de poder cuestionen a un tribunal que intentó solucionar un problema social complejo y dramático» (2001 a, 183).

Una versión más extrema del argumento de los vacíos del poder se halla en ciertos apologistas de la Corte. Según esta línea de razonamiento, sólo la Corte Constitucional ha asegurado la concreción de los propósitos del Constituyente de 1991, contra el viento y marea del legislativo y el ejecutivo: «Los recientes fallos de la Corte no han hecho otra cosa que hacer explícita la dimensión política de igualdad y justicia social expresada en el articulado de la Carta Política [...] La prueba clara de que esto no ha ocurrido en la práctica de la política económica y de

que se siguen aplicando las viejas recetas, está en el hecho de que la Corte ha declarado inconstitucionales e insubsistentes varias leyes económicas [...] Lo cual [...] refleja [...] la falta de voluntad de [el Gobierno] [...] de incorporar en su cálculo político y fiscal la realidad política del Estado social de derecho» (MATALLANA, 2001, 7).

De acuerdo con la tesis general de MATALLANA, la Corte, a pesar de o quizá por su distanciamiento del proceso político, sería más “democrática” y representativa que otras ramas del poder público<sup>55</sup>.

Otra explicación que puede hallarse en la literatura es el comportamiento estratégico de los magistrados de la Corte. Según esta hipótesis, los jueces constitucionales están sujetos al mismo tipo de ambiciones y de estímulos que los políticos; sus fallos reflejarían al menos en parte el tipo de recompensas que pueden esperar en términos de cargos futuros, popularidad, etc.<sup>56</sup>. Una variante de la hipótesis del comportamiento estratégico de los magistrados es la acusación de que sus fallos son de inspiración populista<sup>57</sup>. Las recomendaciones que se desprenden de esta línea de argumentación suelen referirse al cambio de los procedimientos para la selección de los magistrados de la Corte Constitucional o de los periodos de los mismos, pero otros autores las tildan de simplistas<sup>58</sup>.

Una recomendación adicional de quienes aducen la vulneración de la división de poderes por la Corte Constitucional es prohibir que los fallos judiciales ordenen gasto público, por ser ésta una competencia exclusiva del legislador. Sin embargo, dicha posición tiene implicaciones que al parecer no han sido reconocidas del todo por quienes la sustentan.

La gran mayoría de los fallos judiciales condenatorios establece la obligación de hacer o de pagar por parte del demandado.

Que el condenado sea el Estado no implica excepción a esa regla. Impedir a cualquier juez, incluso al juez constitucional, ordenar el resarcimiento de derechos económicos o sociales vulnerados por la acción u omisión de Estado es institucionalizar la denegación del justicia<sup>59</sup>. Es incompatible con los requerimientos mínimos de un Estado de Derecho<sup>60</sup>.

Una posición más moderada y razonable es la de quienes reclaman una mayor parsimonia y prudencia judicial de la Corte Constitucional: «El enorme poder que representa el ser el intérprete de la Constitución y el guardián de su supremacía, acarrea también una enorme responsabilidad frente a la sociedad. Prevalidos de tamaño poder, quienes integran un tribunal constitucional no pueden ni deben desbordarlo, so pena de causar grave e irreparable daño a la comunidad política que se los ha confiado» (NARANJO, 2001, 112).

Tal vez el mejor resumen de la crítica económica a la Corte Constitucional con base en el principio de la división de poderes sea el siguiente texto del codirector del Banco de la República, SERGIO CLAVIJO: «No sólo por el respeto a la separación de poderes, sino porque es lo que le conviene al crecimiento de largo plazo del país, concluimos que deberían primar, como en los países desarrollados, los arreglos institucionales a través de los cuales las discrepancias en materia económica se dirimen, por excelencia, en el Congreso de la República» (2001 a, 28).

Este postulado resulta perfectamente aplicable a otro poder autónomo creado por la Constitución 1991, la Junta Directiva del Emisor.

### *C. La tendencia al gasto regresivo*

Por lo general, los economistas hacen suyo

el principio de la progresividad al evaluar los mecanismos de financiación y de asignación del gasto público. Este criterio normativo implica que se debe favorecer, de una forma más que proporcional, a personas de bajos ingresos en detrimento de quienes disponen de mayores medios económicos. El criterio de progresividad se aplica en una amplia gama de políticas públicas: el sistema tributario, el manejo de la parafiscalidad, la estructura de tarifas de servicios públicos y, en especial, las políticas sociales.

Ese enfoque disciplinario remonta al pensamiento de BENTHAM y tiene como base la hipótesis de la utilidad marginal decreciente del ingreso. Dicho de otra manera, el impacto sobre el bienestar de \$ 1.000 adicionales de ingreso sería mayor para alguien que devenga el salario mínimo que para quien recibe un ingreso de cien veces esa suma. A esta consideración se añade el hecho de que Colombia tiene una de las distribuciones de ingreso más desiguales del planeta, lo que genera la especial responsabilidad del Estado de disminuir la brecha entre ricos y pobres<sup>61</sup>.

Ello explica la vehemencia de la crítica económica de determinados fallos de la Corte Constitucional que parecen reorientar el gasto público hacia estratos medios y altos de la ciudadanía.

Para citar de nuevo a Clavijo, «el común denominador de los errores económicos de la Corte está en el detrimento de la distribución del ingreso a través del uso de criterios de supuesta igualdad, para casos que requerirían precisamente tratamientos diferentes [...] Curiosamente, muchos de los mandatos de la Corte han beneficiado a usuarios de estratos altos»<sup>62</sup>.

Los fallos que mayor inquietud han creado por sus consecuencias regresivas son los relacionados con la financiación de la vi-

vienda, la remuneración de servidores públicos y la prestación de algunos servicios de salud.

Para ilustrar las preocupaciones de los críticos, se hará una breve reseña de los antecedentes de cada uno de estos temas como marco para la discusión de la crítica de los fallos pertinentes.

El sistema UPAC creado durante la administración del presidente MISAEL PASTRANA fue una solución novedosa para permitir la financiación de vivienda en un país donde el crédito a largo plazo era inexistente. Su esencia era la capitalización del componente inflacionario de las tasas de interés, lo que contribuía tanto a moderar las cuotas pagadas por los usuarios en los primeros años del crédito como a estabilizar la tasa real de interés de los mismos. No tuvo el carácter de política de vivienda social<sup>63</sup>; sus objetivos eran antes el fomento sectorial a la construcción, la generación de empleo y, por medio de efectos multiplicadores, el estímulo del crecimiento de la economía en su conjunto.

La viabilidad del sistema UPAC dependía de subsidios implícitos, dados por el acceso al Fondo de Ahorro y Vivienda (FAVI) del Banco de la República y el monopolio concedido a las corporaciones de ahorro y vivienda para captar ahorro remunerado a la vista. Algunas disposiciones de la Constitución de 1991<sup>64</sup> podrían entenderse como incompatibles con esos mecanismos de apoyo. De hecho, el marco regulatorio del sector financiero adoptado como parte de las políticas de apertura puso fin a la segmentación del mercado financiero que había privilegiado al sistema UPAC en las décadas del setenta y del ochenta. De alguna manera, la decisión de la junta del Banco de la República en 1993 de atar la corrección monetaria al DTF fue un reconocimiento de la nueva realidad<sup>65</sup>.

La inestabilidad macroeconómica sobreviniente de los siguientes años de la década del noventa tuvo tres manifestaciones que llevaron a la crisis del sistema UPAC: una burbuja especulativa en el mercado de activos (incluyendo la finca raíz), que luego colapsó; un alza en las tasas de interés nominales y reales, que elevó las cuotas del crédito para vivienda; y una caída del ingreso de muchos usuarios del sistema que afectó de manera negativa su capacidad de atender la deuda hipotecaria contraída.

La Corte Constitucional se pronunció sobre los problemas derivados de esta crisis en varios fallos<sup>66</sup>. Entre los mandatos de la Corte, se cuentan: fijar la corrección monetaria exclusivamente en función de la inflación al consumidor<sup>67</sup>; ordenar la reliquidación retrospectiva de todos los créditos hipotecarios a los cuales se hubiera aplicado la metodología fijada por la junta directiva del Banco de la República en 1993; establecer topes a la tasa de interés real que pueden cobrar los establecimientos financieros sobre este tipo de cartera; y permitir a los deudores cancelar su deuda con la dación en pago del inmueble hipotecado, aún cuando el valor de éste fuera inferior al de aquél.

El impacto de las decisiones de la Corte fue regresivo, teniendo en cuenta que el Estado tuvo que salir a respaldar a las entidades de crédito hipotecario para evitar su quiebra generalizada. Los elementos centrales de esa crítica se basan en el hecho de quienes habían tenido acceso a crédito en UPAC eran personas de estrato medio y alto, que el acceso era mayor en cuanto más alto fuera el ingreso del deudor, y que al fijar condiciones preferenciales para los deudores de este tipo de financiación se beneficiaba a los usuarios actuales en detrimento de futuros aspirantes al crédito para vivienda<sup>68</sup>.

SALOMÓN KALMANOVITZ resume estos argumentos. En su concepto, la Corte Constitucional, «ha definido que los deudores de vivienda son especiales, en tanto que la Constitución garantiza su derecho a la vivienda digna, y que el resto de ciudadanos que pagamos impuestos debemos resarcirlos de sus pérdidas. El fallo premia fundamentalmente a la clase media, a algunos que incluso se endeudaron por encima de su capacidad de pago y a los que compraron vivienda de lujo. Una Corte más sensible a la justicia social hubiera quizá ordenado la compensación de los deudores más expuestos, más pobres y que más sufrieron durante la crisis [...] La Corte [hizo] retroceder al país a cuando el financiamiento era racionado, se conseguía por medio de palancas y la vivienda que se construía era de los ricos que se la alquilaban a la clase media y a los pobres»<sup>69</sup>.

Otra decisión de la Corte Constitucional criticada por su impacto regresivo sobre la estructura del gasto público es la sentencia C-1433/2000, que declaró la inexecutable del artículo 2 de la Ley 547 del mismo año. Esa norma sólo previó un aumento salarial acorde con la inflación para los servidores públicos que devengaran menos que dos salarios mínimos. Los demás funcionarios no obtuvieron aumento alguno, vulnerándose según el parecer de la Corte el principio de equidad<sup>70</sup>.

La norma impugnada tenía antecedentes históricos en la política económica colombiana. Por ejemplo, medidas similares fueron aplicadas como parte del proceso de ajuste llevado a cabo durante los dos últimos años del gobierno del presidente BETANCUR. Su racionalidad se resume así: si el Estado no dispone de recursos suficientes para mantener estable la remuneración real de todos sus empleados, deben privilegiarse los de menores ingresos, así

sea a costa de sacrificar los intereses de los servidores públicos que más devengan.

Un análisis detallado de este fallo fue realizado por JORGE JARAMILLO y ALFONSO OSSA (2001), quienes estudiaron tanto sus consecuencias económicas como su sustentación jurídica.

Sobre el primer punto, sostienen que la decisión de la Corte tiene deficiencias desde la perspectiva de la equidad: «El argumento de la Corte para justificar el aumento de salarios, basándose en respetar el poder de compra de los servidores públicos no es equitativo [...] Así, por ejemplo, el fallo con su particular concepción del principio de la igualdad asegura, inclusive a aquellos empleados que ganan más de 10 salarios mínimos, un aumento que tiene que pagar el resto de la sociedad, cuando su deber fundamental está en defender a aquellos más vulnerables y privilegiar el interés general»<sup>71</sup>.

Respecto de la línea argumental de la Corte en este fallo, afirman JARAMILLO y OSSA: «La Corte, a pesar de haber dado una referencia tan generosa como inconexa y etérea de las normas constitucionales aplicables al caso, desestima algunas fuentes normativas y cognoscitivas, que han podido cambiar sustancialmente su razonamiento»<sup>72</sup>.

La posición de JARAMILLO y OSSA puede respaldarse en el artículo 13 de la Constitución, que define el derecho a la igualdad. Esta norma prohíbe la discriminación «por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica». Brillan por su ausencia, en esta extensa enumeración, las diferencias de ingreso<sup>73</sup>. Por el contrario, el mismo artículo ordena: «El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica... se encuentren en situación de debilidad manifiesta...»<sup>74</sup>.

El derecho a la atención de la salud es un buen ejemplo de la protección aludida

por el artículo 13 de la Constitución, y se desarrolla en el artículo 49 de la carta fundamental. Entre 1993 y 1998, el gasto en salud creció del 2.6 al 4.7 % del PIB, según datos citados por SOTELO (2000, 3). El diseño de política que instrumentó el mayor gasto y la mayor cobertura en salud se plasmó en la Ley 100, que utiliza el modelo del aseguramiento. Quienes tienen empleo en el sector formal del mercado laboral pertenecen al régimen contributivo; la expansión de la cobertura al resto de la población se hace a través de régimen subsidiado, donde los costos del aseguramiento de los afiliados son cubiertos principalmente pero no totalmente por transferencias del Estado. Unos y otros adquieren derecho a un conjunto de prestaciones definidas en el POS, que sin embargo contempla numerosas limitaciones y exclusiones<sup>75</sup>.

Las principales críticas acerca de la posible regresividad del impacto de la jurisprudencia constitucional colombiano en el gasto en salud se deben a la atención a personas no afiliadas a uno y otro régimen y al mandato judicial de tratamientos no incluidos en el POS. En dichas críticas, juega un papel destacado el control constitucional difuso, o sea la jurisprudencia constitucional formulada por jueces y tribunales inferiores en acciones de tutela que en la mayoría de los casos no son revisadas por la Corte Constitucional<sup>76</sup>.

Se ha expresado la preocupación de que personas no afiliadas al sistema y que por lo mismo no aportan a su financiamiento obtengan por la vía de la tutela acceso a sus servicios. En tal sentido pregunta KALMANOVITZ: «¿Cómo podemos tener medicina para 40 millones de ciudadanos por medio de un sistema al que cotizan 12 millones?» (2001 b, 156). Esta crítica no implica, necesariamente, que todo el gasto ordenado por tutelas sea regresivo. Pero sí

sugiere que al menos en algunos casos los beneficiarios han evadido o eludido sus obligaciones de cotizar, lo que podría generar situaciones de inequidad<sup>77</sup>. Otro conjunto de críticas se refiere a los mandamientos judiciales de realizar tratamientos excluidos del POS, que de ordinario tienen valores elevados. La literatura reseña algunos casos en los que los jueces de tutela han ordenado tratamientos muy costosos para pacientes individuales<sup>78</sup>. Las posibles consecuencias regresivas de la jurisprudencia, en uno y otro caso, obedecen a que el FOSYGA del Ministerio de Salud termina respondiendo a las empresas promotoras de salud por muchos de los gastos adicionales ordenados por la justicia. El FOSYGA es la principal fuente de recursos para ampliar la cobertura del régimen subsidiado entre los más pobres.

La posición de la Corte, como la interpreta SOTELO, parte de «la doctrina de rescate, esto es, que la vida humana es sagrada y que el Estado y la sociedad no pueden escatimar esfuerzo alguno para salvarla, y que tampoco puede ahorrarse nada siempre que aún se pueda mantener un mínimo de esperanza sobre la vida del paciente»<sup>79</sup>.

SOTELO, citando a RONALD DWORKIN, sugiere otro enfoque: «Este modelo [...] no es capaz de responder satisfactoriamente las dos preguntas esenciales de la justicia distributiva aplicadas a la salud, que son: (1) ¿A cuánto asciende el monto agregado que una sociedad debe invertir en salud?, y (2) una vez establecido ese monto, ¿con qué criterios debe ser distribuido? El principio del rescate [...] no respondería adecuadamente esas preguntas [...] Para DWORKIN, ese modelo distributivo corresponde a una visión *aislacionista* [...] que supone que la salud es el mayor de todos los bienes y que debe ser distribuida en forma igual para todos. Contra ese mode-

lo, propone un modelo *integracionista* [...] que entienda la salud en competencia con otros bienes y que además distribuya la salud en forma diferenciada, según las necesidades y escogencias responsables de cada quien» (2000, 40).

El debate ético sobre la justicia distributiva en la prestación de servicios de salud es complejo y el presente ensayo no pretende agotarlo<sup>80</sup>.

Para ilustrar las preocupaciones que genera desde una perspectiva económica vale la pena citar una noticia publicada en el diario *El Tiempo* que no tiene relación directa con el derecho a la vida. Según la crónica, una abogada (presúmbese de clase media) logró por medio de una acción de tutela que su EPS cubriera los costos de un tratamiento para su infertilidad. La EPS repetirá contra el FOSYGA. El juez del caso (primero penal del circuito de Cali) estimó que ese beneficio hace parte de los derechos constitucionales fundamentales de la peticionaria<sup>81</sup>. El comentario del director de aseguramiento del Ministerio de Salud es dicente: «Con los dos millones de pesos mensuales que vale el tratamiento [de fertilidad] podrían afiliarse al régimen subsidiado 143 pobres»<sup>82</sup>.

#### *D. La restricción presupuestal y el impacto macroeconómico*

Esta línea de argumentación es una de las más frecuentes dentro de la crítica económica de la jurisprudencia constitucional. La Corte Constitucional desconocería el hecho de que la sociedad colombiana no puede aspirar de manera realista al logro a corto plazo de muchos de los nobles objetivos consignados en la Carta política. Al ignorar esta realidad, sus fallos resultan contraproducentes.

El ataque de los críticos suele arrancar con el mismo texto de la Constitución. Una de las formulaciones más crudas (quizás por provenir de extranjeros) es la de KUGLER y ROSENTHAL: «Específicamente, el capítulo [...] “Derechos económicos, sociales y culturales”, crea muchas expectativas para muchos grupos en la sociedad. Pero Colombia, con un ingreso per cápita inferior a US\$ 2.500, no puede emular el Estado benefactor de Suecia y Canadá. En contraste, ese tipo de disposiciones no se encuentran en la Constitución canadiense. Entre tanto, la Constitución estadounidense asegura que solo busca promover el bienestar general. Peor aún, un énfasis excesivo en el igualitarismo puede ser contraproducente»<sup>83</sup>.

PABLO MOLINA coincide al señalar que el Constituyente «elaboró un discurso ideológico sin restricciones económicas [...] que quedó escrito en la Constitución» (MOLINA, 2001 a, 15). En consecuencia, «hay derechos sobredimensionados, en particular debido a que quedaron consignados objetivos de política como derechos fundamentales» (MOLINA, 2001 b, 31).

Otro conjunto de críticas está dirigido a la Corte Constitucional y su jurisprudencia. Su alcance lo resume KALMANOVITZ de la siguiente manera: «La ignorancia sobre la restricción presupuestal, entendida como la existencia de recursos públicos escasos que pagan los contribuyentes, que deben ser asignados con extrema responsabilidad por las autoridades» (2001 b, 154).

En términos macroeconómicos, tal argumento sostiene que los fallos de la Corte tienden de manera sistemática al aumento no justificado del gasto público<sup>84</sup>, lo que desestabiliza las finanzas estatales y la economía y reduce sus posibilidades de crecimiento. Con el menor crecimiento, todos, incluso los más pobres, salen perdiendo<sup>85</sup>.

Sobre el particular, afirma SERGIO CLAVIJO: «El desconocimiento de esta realidad, especialmente en un país pobre y con serios altibajos en su desarrollo, puede precipitar retrocesos en importantes logros sociales. De esta situación de pobreza no podremos salir por mandatos de la Corte, especialmente si éstos desconocen sus mandatos económicos [...] La miopía económica no es una buena consejera para el desarrollo» (2001 a, 34).

A este autor le preocupa en especial que la Corte hubiera declarado inexecutable muchas de las “medidas de choque” adoptadas por el Gobierno y el Congreso para hacer frente a la crisis económica de 1998-2000. La pérdida de flexibilidad que implica la jurisprudencia constitucional dificulta el ajuste macroeconómico. En la misma línea, AMAYA sugiere que las demoras inducidas por la inexecutable del Decreto 2330 de 1999, que declaró la emergencia económica, pudo haber elevado los costos de la solución de la crisis del sector financiero (2001, 72-73). Sin embargo, el mismo CLAVIJO reconoce que en muchos casos la motivación de la Corte se basó en «fallas de procedimiento [...] siendo la más notoria la aprobación de textos legislativos que no habían sido debatidos apropiadamente en las respectivas instancias» (2001 a, 40).

Un sesgo de la jurisprudencia constitucional hacia el exceso del gasto puede inferirse de la economía política de las decisiones públicas. La Corte, al ordenar en sus fallos el mayor gasto del Estado, obtiene el aplauso de quienes resultan favorecidos; sin embargo, no asume los costos políticos de arbitrar los recursos necesarios, mediante un aumento en la tributación o la reducción del gasto en otros rubros. Tiene en consecuencia incentivos asimétricos, que la inducen a ser generosa con los recursos del erario público sin medir las consecuen-

cias. Los poderes públicos que normalmente deben tomar decisiones de gasto —el Ejecutivo y el Legislativo— corren, por el contrario, tanto con los beneficios como los costos de las mismas, por lo cual suelen ser más objetivos y racionales en el ejercicio de sus competencias<sup>86</sup>.

En al menos un caso, se aducen razones macroeconómicas para apoyar un fallo de la Corte. (GONZÁLEZ, 1999 y CGR, 1999 b). Se trata de la sentencia C-481/99, que declaró inexecutable un aparte de la ley marco del Banco de la República que ordenaba que la meta que para la inflación establecida por su junta directiva siempre debería ser inferior a los últimos resultados registrados<sup>87</sup>. En su providencia, la Corte defendió la autonomía de la junta directiva pero indicó que tales metas deben considerar, entre otros elementos de juicio, la necesaria coordinación entre el Emisor y el Gobierno y los demás objetivos de la política macroeconómica<sup>88</sup>.

Sorprende la ausencia de una cuantificación de los posibles efectos macroeconómicos de las decisiones de la Corte. La mayoría de la literatura utiliza la argumentación verbal. A veces, se presentan modelos matemáticos sencillos (CGR, 1999 a y GUATAQUÍ y FAJARDO, 2000) sin aplicación empírica. Algunos autores (entre ellos SOTELO, 2000, AMAYA, 2001 y JARAMILLO y OSSA, 2001) incluyen datos estadísticos, pero no llevan a cabo un esfuerzo sistemático de medición del impacto de los fallos criticados. Son excepción a esta tendencia algunos trabajos de la Contraloría General de la República (CGR 2000 b, 2000 c y 2000 d).

La jurisprudencia constitucional no ha sido del todo consistente en su consideración de la restricción presupuestal. La Corte ha indicado que: «El juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de

los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica razonable, que tengan en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos, y por el otro, los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución»<sup>89</sup>.

Pero muchas de sus sentencias reflejan el criterio expresado por JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ: «Aun reconociendo que una decisión judicial puede producir efectos no queridos en muchos campos, la responsabilidad de los mismos no recae en el tribunal que declara la inconstitucionalidad sino en quien violando la Constitución profirió la norma o estatuto inexecutable [...] y no por ignorar la materia especializada, por ejemplo, la económica, sino porque el deber de los magistrados es *administrar justicia*»<sup>90</sup>.

En otros términos, la existencia de una restricción presupuestal reconocida (o, si se quiere, percibida) por otros poderes públicos no es relevante para los fallos de la Corte y no se debe tener en cuenta en la interpretación del texto constitucional.

Una posición intermedia y más realista, que sin negar la justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales<sup>91</sup> reconoce el problema de la escasez como determinante de las políticas públicas, es la tesis de la realización progresiva expuesta así por UPRIMNY: «La obligación que tiene el Estado, y en especial el Legislador y el Ejecutivo, de asegurar la vigencia de los derechos sociales, debido precisamente a su carácter prestacional, no es idéntica a los deberes que tiene el Estado en relación con los deberes civiles y políticos. Por ello [...] esos derechos no son de aplicación inmediata integral sino de “realización progresiva” pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos. Por ende, la

labor interpretativa del juez constitucional es, sin lugar a dudas, más difícil en este campo, pues debe no sólo tener en cuenta el problema de la existencia de recursos limitados para satisfacer distintos derechos, sino que, además, debe tomar en cuenta el principio de la progresividad» (UPRIMNY, 2001 a, 175).

### *E. Consecuencias microeconómicas no esperadas*

Es usual, en la evaluación económica de decisiones públicas, considerar su eficacia y eficiencia. Eso implica hacer las siguientes preguntas: ¿qué resultado tiene la decisión? ¿cuál fue el costo de obtener el beneficio buscado? ¿son superiores los beneficios a los costos? Cuando se trata de regular la operación de mercados, se procura evitar que la intervención estatal genere distorsiones mayores a las que pretende remediar.

Ese enfoque metodológico subyace la crítica económica de algunas sentencias de la Corte que se estiman contraproducentes por cuanto el juez constitucional no previó correctamente las consecuencias negativas de su decisión.

Tal vez el tema que más discusión ha suscitado son los fallos mediante los cuales la Corte Constitucional procuró asegurar el cumplimiento de los derechos constitucionales a la vivienda digna y al acceso a sistemas adecuados de financiamiento a largo plazo (art. 51 C. P.)<sup>92</sup>. Con ese ánimo, declaró inexecutable las normas que regulaban el sistema UPAC y la constitucionalidad condicionada de la Ley 546 de 1999 que las sustituyó. En la práctica, la Corte hizo un diseño detallado de la política de financiación de vivienda y manifestó que ese diseño es el único compatible con el ordenamiento constitucional<sup>93</sup>.

Al abordar esta tarea, la Corte se enfrentaba a una situación económica en franca crisis, originada en la coyuntura y las políticas macroeconómicas. También quiso resolver un problema distributivo, que se analizó en la sección II.C de este ensayo. Pero además, determinó bajo cuáles condiciones podría operar el mercado a futuro el mercado de financiamiento de vivienda a largo plazo. El estilo de las sentencias sugiere cierta desconfianza respecto de otras autoridades públicas competentes y la Corte usó la técnica de la constitucionalidad condicionada para reducir al mínimo su discrecionalidad en la aplicación de los fallos.

MARÍA MERCEDES CUÉLLAR (2000) hace un lúcido análisis de las implicaciones económicas de ese diseño de política. La Corte ordenó que la tasa de interés real máxima del crédito de vivienda debería ser inferior a la menor de todas las tasas de interés que se estén cobrando en el sector financiero. Por su naturaleza, estos créditos tienen garantía hipotecaria, que a juicio de la Corte no tiene ningún riesgo para el acreedor. CUÉLLAR señala que eso dista de ser cierto, a juicio de los intermediarios financieros y a la luz de las disposiciones de la Superintendencia Bancaria. También por su naturaleza, estos créditos son de largo plazo. Ahora bien, para prestar a largo plazo los intermediarios deben tener la posibilidad de captar a largo plazo, y las tasas de interés de captación en este segmento del mercado son las más altas. Por último, la Corte estima que dicha intermediación debe ser llevada a cabo por el sector privado como actividad rentable. Las tres primeras condiciones no son consistentes con la cuarta. En consecuencia, podía esperarse un colapso de la disponibilidad de financiación para compra de vivienda, como en efecto ocurrió entre 2000 y 2002<sup>94</sup>. CUÉLLAR concluye que la única forma de hacer funcional el

modelo de política impuesto por la Corte es revivir los subsidios directos o indirectos que antes se canalizaban a las corporaciones de ahorro y vivienda y sus deudores<sup>95</sup>.

En sus sentencias, la Corte no discute el problema de cómo arbitrar los recursos necesarios, quizá porque no era consciente de su existencia. Pero el balance de su intervención es que los sistemas de financiamiento para vivienda se han hecho menos “adecuados” y menos “democráticos”, sea el que sea el criterio de evaluación<sup>96</sup>.

Respecto de los fallos en los cuales la Corte Constitucional intervino en la regulación del mercado laboral, la crítica económica suele coincidir en un planteamiento elemental: elevar las remuneraciones al trabajo por mandato legal puede aumentar el desempleo<sup>97</sup>. Pero algunas contribuciones parecen subestimar la complejidad tanto de la naturaleza del problema como del alcance de los fallos discutidos. Por ejemplo, CLAVIJO desarrolla una sarcástica exposición de lo que él denomina la «nueva teoría económica en materia salarial» de la Corte, en su sentencia C-815/99 y afirma que «claramente existe una incompatibilidad entre la fórmula aceptada internacionalmente, y la fórmula propuesta por la Corte» (2001 a, 56-57). Sin desconocer que el razonamiento de la Corte en dicho fallo no es fácil de seguir, conviene recordar que en él simplemente se declaró la exequibilidad del artículo 8.º de la Ley 278 de 1996, que especifica el procedimiento a seguir para la fijación del salario mínimo cuando no hay consenso en la Comisión Tripartita. De la compleja redacción de la norma impugnada (en la cual sin duda intervinieron no sólo legisladores sino miembros del equipo económico del Gobierno) se desprende la misma fórmula que según el autor habría propuesto la Corte<sup>98</sup>.

En su discusión del mismo fallo, y luego de un análisis más detallado que el de

CLAVIJO, AMAYA concluye: «es difícil predecir el impacto del salario mínimo sobre la tasa del desempleo, aunque teóricamente es claro que el salario mínimo tiende a reducir la demanda por trabajadores cuyo salario sin restricciones estaría por debajo del mínimo, la predicción acerca del efecto sobre la tasa de desempleo es ambigua»<sup>99</sup>.

La crítica que hace KALMANOVITZ a la Corte, con base en los efectos microeconómicos no esperados de sus fallos, es más amplia y combina argumentos políticos y sociológicos con los económicos. Según este autor: «El concepto de ciudadanos que surge de la soberanía popular es que tienen libertad política y económica. Tienen derechos y responsabilidades y pueden desplegar iniciativas para construir Estado y para construir Estado [...] Los individuos libres toman sus decisiones y deben asumir responsabilidad por sus actos. Todo lo que se especifique en un contrato firmado por él debe cumplirlo<sup>100</sup> [...] Sobre un comportamiento libre y responsable de reposa la dignidad del hombre, que no tiene que esperar a que se la entregue un magistrado» (2001 a, 3).

La interpretación constitucional contenida en la jurisprudencia de la Corte habría tenido efectos inconvenientes sobre la estructura de incentivos de la sociedad y la mentalidad de los colombianos por cuanto «enfaticó los derechos de los ciudadanos, debilitó sus deberes y frenó el alcance de las reformas liberales contenidas en la Constitución» (ibid., 22). Además, «la Corte justificó una conducta oportunista suponiendo que ningún deudor o ningún padre de familia podía pagar sus obligaciones» (ibid., 24).

Sin entrar a discutir la particular visión del liberalismo de KALMANOVITZ, es evidente que sus planteamientos tienen un contenido ideológico que desborda la típica preocupación económica por el eficiente funcionamiento de los mercados. Llega a

una conclusión paradójica: las decisiones de la Corte Constitucional han contribuido a que los colombianos se porten como el *homo oeconomicus* que sirve de base para el modelo económico de la conducta individual.

Un corolario de este conjunto de críticas ha sido la recomendación, también de KALMANOVITZ, de que «la Corte mayor requiere de un cuerpo técnico asesor muy capacitado, de economistas doctorados que muestren imparcialidad política y que contrate con firmas especializadas asesorías de tipo financiero. Pero en especial, sería mejor que la Corte escuchara a los expertos calificados»<sup>101</sup>.

La propuesta merece varios comentarios. Ha sido práctica de la Corte, en algunos de sus casos más sonados, pedir conceptos económicos a una amplia gama de instituciones y expertos individuales. No ha carecido entonces la Corte de asesoría. Sin embargo, el punto es otro: dentro de la profesión económica (incluso entre doctorados) no hay consensos sobre muchos de los problemas objeto de debate. Si la Corte reclutara un cuerpo técnico asesor, probablemente escogería distinguidos economistas que compartieran las opiniones prevalecientes entre los magistrados. Y esas no necesariamente corresponderían con las que profesan algunos críticos de la Corte.

#### *F. La inseguridad jurídica*

La década del noventa fue en Colombia una época de profundos cambios en el marco jurídico de la sociedad. Ello se debe en parte al estreno de la Constitución de 1991 y su posterior desarrollo legal. También incidió la apertura económica y la consecuente revisión de los instrumentos de intervención del Estado en la economía. Por ambas razones el país se enfrentó a

nuevos retos y experimentó con instituciones novedosas.

Una manifestación de esos cambios es la inflación normativa. Cada vez se expiden más leyes, decretos y resoluciones. Piénsese, por ejemplo, en la complejidad y extensión de la Ley 100 y sus reglamentaciones. Pero también variaron el significado y alcance dados a esas normas por las cortes, lo que puede describirse como activismo judicial y motiva las reiteradas manifestaciones en la literatura acerca de la creciente inseguridad jurídica.

En lo referente a la jurisprudencia constitucional, pueden aducirse varias causas posibles de la inseguridad jurídica. Instituciones como el control constitucional difuso y la acción de tutela generan pronunciamientos de muchas autoridades judiciales sobre los mismos temas, que no siempre han sido consistentes entre sí. DIEGO LÓPEZ ha analizado el tránsito de una situación en la cual la jurisprudencia de la Corte Constitucional pasa de ser una fuente meramente auxiliar del derecho a una donde ella adquiere la fuerza que tradicionalmente ha tenido en los sistemas jurídicos de la tradición del *common law*. Así mismo, ha documentado la evolución dinámica de líneas jurisprudenciales de la Corte, que por cierto es un fenómeno usual en países con las más arraigadas tradiciones del derecho constitucional<sup>102</sup>.

LÓPEZ también postula una hipótesis histórica, que tiene como base el paralelo entre la experiencia de la Corte Suprema entre 1936 y 1940 y los primeros años de vida de la Corte Constitucional: «La historia política de la jurisprudencia en Colombia debe partir por reconocer que, a lo largo del siglo xx, el cambio legal-ideológico ha sido particularmente fuerte en [esos] dos momentos. Estos dos momentos de cambio han originado nuevas reglas sustantivas de re-

solución de conflictos sociales [...] y paralelamente, han originado reacomodaciones muy notorias en el poder relativo de las fuentes del derecho, en ambos casos a favor del poder formal de la jurisprudencia de los Altos Tribunales [...] La jurisprudencia, en estos dos breves momentos del siglo xx, ha permitido la expresión de disenso político al interior de las elites nacionales y ha abierto el espacio para la creación de derecho jurisprudencial de corte progresista (LÓPEZ, 2000, 166-167).

Los fallos más controvertidos de la Corte Constitucional y la literatura crítica coinciden cronológicamente con la crisis económica que se inició en 1998. Una explicación más prosaica que las anteriores es la de que la crisis y el proceso de ajuste resultante motivaron grandes conflictos redistributivos, sin que hubiera consenso político claro acerca de cómo repartir sus costos y beneficios. A la Corte le correspondió en muchos casos resolver dichos conflictos.

Sea como sea, las causas de la inestabilidad jurídica no afectan la validez de críticas como las de AMAYA, que se fundamentan en el siguiente principio: «A pesar de que existe un consenso acerca de la condición de las normas constitucionales como “de textura abierta”, es decir, normas que no pueden aplicarse de manera exegética sino que requieren de la acción interpretativa del juez, dicha labor debe ser coherente al analizar casos similares, y establecer diferencias al analizar casos diferentes»<sup>103</sup>.

Generalizando, en cuanto mayor sea impredecibilidad de las decisiones judiciales, mayor el riesgo que enfrentan los individuos y empresas cuando toman decisiones económicas. Y a mayor riesgo, menor eficiencia del sistema, menor inversión y menor crecimiento. La inseguridad evitable tiene un costo económico que asume la sociedad,

además de sus implicaciones para las libertades públicas. El grado extremo de la inseguridad jurídica es indistinguible de la arbitrariedad pura.

¿Qué tan evitable es la inseguridad jurídica?

RODRIGO UPRIMNY sugiere que lo es menos de lo que sostiene la crítica económica de la jurisprudencia constitucional. No es infrecuente que la literatura juzgue los fallos de la Corte, para bien o para mal, como si tuvieran como base exclusivamente consideraciones de conveniencia<sup>104</sup>. A UPRIMNY le inquieta la «renuncia explícita a entrar en un análisis de los aspectos jurídicos de la jurisprudencia de la Corte» de ciertos comentaristas<sup>105</sup>. La declaratoria de inexecutable de una ley por claros vicios de forma no debe implicar un juicio de valor de la Corte acerca de los méritos intrínsecos de su contenido. Si la Constitución prescribe cierto procedimiento para la aprobación de una ley tributaria y si éste no se cumple, la Corte sería irresponsable al abstenerse de anularla. Estaría propiciando la inseguridad jurídica.

La inseguridad jurídica puede provenir de las actuaciones de otros poderes públicos. Por ello, puede defenderse «la constitucionalización de ciertos aspectos del manejo económico, y su control por un tribunal independiente, precisamente como un mecanismo para lograr una cierta seguridad jurídica frente a la volubilidad y variabilidad de criterios de los órganos políticos» (UPRIMNY, 2001 a, 180).

Como todo, la seguridad jurídica tiene costos y beneficios. Un compromiso irrestricto con la seguridad jurídica implicaría que el orden jurídico nunca pudiese reflejar los cambios en las estructuras sociales y económicas. Su abandono, la renuncia a la noción misma del Estado de Derecho sin el cual una economía de mercado com-

pleja no puede existir. Encontrar un justo medio entre la rigidez y la flexibilidad no es tarea fácil y quizás en algunas ocasiones la Corte Constitucional no haya estado a la altura de ese cometido. Pero críticas similares se han hecho, con justicia, a la labor del legislativo, el ejecutivo y la autoridad monetaria de Colombia.

#### CONCLUSIONES Y ALGUNAS RECOMENDACIONES

A pesar de la solemnidad de su investidura, es muy usual que en países democráticos los jueces constitucionales sean sometidos a críticas severas por su activismo. La institución más antigua de su género es la Corte Suprema de los Estados Unidos. Desde antes de la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos se ventilaban argumentos de este estilo: «El poder de interpretar las leyes según el *espíritu* de la Constitución permitirá a esa corte moldearlas a su acomodo; más aún por cuanto sus decisiones no podrán ser revisadas ni corregidas por el poder legislativo. Esto es tan inusitado como peligroso [...] Los errores y usurpaciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos no podrán ser controlados ni remediados»<sup>106</sup>.

En literatura colombiana reseñada, un punto de consenso es la crítica a la Constitución misma, aunque los motivos varíen según el autor. No siempre se distingue con nitidez la discusión de las deficiencias del texto constitucional del análisis de las posibles fallas económicas de su interprete. Como recuerda JORGE IVÁN GONZÁLEZ «Si la Constitución del 91 es la expresión de la elección colectiva, no es pertinente criticar al juez constitucional porque no se está de acuerdo con la Constitución. Y desgraciadamente, entre los economistas colom-

bianos que han criticado a la Corte esta posición ha sido muy frecuente»<sup>107</sup>.

De hecho, algunos comentaristas (como KALMANOVITZ y CARRASQUILLA) son explícitos al asumir posiciones ideológicas afines a la descrita por JENNIFER NEDELSKY en otro contexto constitucional: «los conservadores [...] [resisten] las redefiniciones igualitarias [...] [y] exigen [la protección] de los derechos de propiedad y las libertades económicas» (2001, 264).

La transgresión del principio de la separación de poderes es un problema inevitable del control constitucional por la rama judicial. En esto conviene la literatura internacional, teórica y empírica, del derecho y la economía. Los jueces, en especial los constitucionales, son artífices más que interpretes del derecho. La noción de que el poder legislativo tiene el “monopolio” de la creación de normas es simplista y poco ajustada a la realidad. Empero, ¿tienen legitimidad democrática las decisiones judiciales cuando estas se oponen por razones de fondo a las del Congreso y el Presidente, ambos elegidos directamente por el pueblo? Téngase presente que el texto de la Constitución colombiana deja un amplio margen de interpretación en muchas de sus disposiciones<sup>108</sup>. UPRIMNY propone una respuesta a ese interrogante, al recordar que dentro de un régimen democrático también son necesarias instituciones contramayoritarias como la Corte Constitucional, con el preciso encargo de defender los derechos de las minorías y las reglas del juego democrático (2001 a, 164-169). Un argumento análogo podría desarrollarse a propósito de la junta directiva del Banco de la República, que es por diseño una institución contramayoritaria.

La literatura reseñada permite concluir que algunas decisiones de la Corte Constitucional (así como ciertas tutelas falladas por otras instancias del poder judicial) han

tenido efectos regresivos sobre la estructura del gasto público. Esta consecuencia puede entenderse de varias maneras. Una, la formalista, la reduce a un conflicto entre derechos y conveniencia, donde la segunda debe sacrificarse en aras de los primeros. Otra tiene como base el principio de la imparcialidad judicial. Cuando un juez conoce un litigio privado entre un rico y un pobre, no puede considerar esa diferencia en su fallo. Sólo debe tener en cuenta los derechos jurídicos que asisten a cada parte. Por eso se representa a la justicia como ciega. Pero, tratándose de decisiones del juez constitucional que comprometen recursos de la sociedad en su conjunto para el beneficio de individuos o grupos sin que medie responsabilidad contractual o extracontractual, ¿es pertinente tener los ojos tan cerrados?

El concepto de la justiciabilidad de los derechos de prestación puede llevar a falsas analogías con la justiciabilidad de los derechos de propiedad particulares. A pesar de los notables progresos en el acceso efectivo a la justicia, que en buena parte se deben a la Constitución de 1991 y a la acción de tutela, éste no es uniforme. Incluso, es probable que no sea universal. Aunque no nos guste, un profesional bogotano de estrato 6 tiene mucho mayor acceso a la justicia, para hacer cumplir sus derechos económicos sociales y culturales, que una ciudadana menor, pobre, enferma, ignorante y rural. Es la segunda quien al tenor del artículo 13 de la Constitución merece especial protección del Estado. Hacia ella debe dirigirse la ampliación de la cobertura de la política social, aunque no tenga vocería para reclamarla. Pero a veces la generosidad de los jueces en la atención de los derechos del primero extingue la posibilidad de que los servicios del Estado lleguen a la segunda. La aplicación más consistente de criterios como

la realización progresiva de los derechos de prestación (UPRIMNY, 2001 a, 175) y el valor razonable, propuesto por GONZÁLEZ (2002, 1-5) ayudaría a evitar distorsiones e inequidades en la materialización del Estado Social de Derecho.

También se desprende de la literatura reseñada la existencia de errores de razonamiento macro y microeconómico en los fallos de la Corte Constitucional. Para poner esta afirmación en perspectiva, debe recordarse que la corporación no tiene el monopolio en materia de malas decisiones de política económica. De otra manera, no podría explicarse la actual coyuntura de la economía colombiana<sup>109</sup>.

Sin perjuicio de reconocer que algunos fallos han reflejado posiciones ideológicas discutibles y que, en otros, objetivos encomiables han sido mal instrumentados, ello sugiere que hay barreras al entendimiento recíproco de las disciplinas del derecho y de la economía. No se trata de afirmar que los magistrados sean ignorantes. El punto es otro. Mucha de la producción intelectual de los economistas colombianos, que hubiera podido ilustrar el criterio de los integrantes de la Corte, está expresada de una manera que no es inteligible para legos. A veces, este estilo de presentación degenera en argumentos de autoridad que resultan aún menos convincentes<sup>110</sup>. El mismo fenómeno opera en dirección contraria. Conceptos y categorías tan fundamentales en la jurisprudencia de la Corte como son el Estado Social de Derecho y el mínimo vital no se traducen con facilidad al lenguaje usual del análisis económico<sup>111</sup>. He aquí un problema genuino de comunicación interdisciplinaria.

La siguiente apreciación de PABLO MOLINA describe bien la crítica económica de la Corte Constitucional y su jurisprudencia: «quienes critican la Constitución de 1991 y proponen el cambio, generalmente

no especifican en que consiste y, menos aún en lo que toca con el tema económico» (2001, 30).

Si bien los diagnósticos son más abundantes que las propuestas, se pueden plantear cinco recomendaciones generales:

1. Como señala ALFREDO FUENTES, «hay que insistir en la falta de desarrollo del artículo 152 de la Constitución Política que establece que los derechos y deberes sociales fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección deben reglarse mediante leyes estatutarias, también está incidiendo en la falta de límites claros a la discrecionalidad del juez constitucional. La aprobación de estas leyes permitiría hacer claridad sobre el arbitrio de recursos e instituciones para la provisión gradual y eficiente de ciertos servicios, y se constituiría en un control racional de la judicialización ante la Corte y en un marco más transparente para la adopción de sus decisiones» (2001, 7).

2. Muchos críticos subrayan la necesidad de que la Corte Constitucional use sus inmensos poderes con parsimonia y medida. No se trata de un cambio legal; el problema es cómo los magistrados asumen las responsabilidades de sus cargos. A la fecha, el ejercicio de los magistrados que se posesionaron en 2001 parece indicar diferencias de criterio respecto de quienes integraron la corporación durante los ocho años anteriores. Según ALEXEI JULIO, «la renovación casi completa del tribunal y la formación de nuevas mayorías decisorias las cuales en apariencia son más favorables a las políticas gubernamentales, al menos en los aspectos más sensibles de política macroeconómica. Tal vez esta última decisión inaugura una era de *self restraint*, en la cual el juez constitucional se mostrará más respetuoso de las determinaciones adoptadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo en la materia» (2003)

Esas diferencias se observan incluso en el estilo. De la Corte anterior podía decirse sin exagerar, «La forma como la Corte entrega sus pronunciamientos previos a la publicación de los textos de las sentencias revela una ansia de figuración ante los medios, induciendo reacciones innecesarias y muchas veces nocivas frente a temas que se mantienen en la incertidumbre por varias semanas» (KALMANOVITZ, 2001 b, 169). La actual Corte ha recuperado la sabiduría del adagio tradicional: «los jueces se pronuncian por medio de sus sentencias».

3. Algunos comentaristas hacen recomendaciones tendientes a cambiar los procedimientos de selección de los magistrados y su duración en el cargo. Un ejemplo es el trabajo de KUGLER y ROSENTHAL (2002), que propone la adopción de la práctica constitucional de los Estados Unidos<sup>112</sup>. Pero si bien señalan posibles inconvenientes del sistema colombiano, se abstienen de exponer las razones que los llevan a sugerir esa alternativa específica. KUGLER y ROSENTHAL también proponen que las decisiones de la Corte que declaren la inexecutable de normas económicas requieran una mayoría calificada de siete de sus nueve miembros. Esa fórmula parece ignorar que el papel de la Corte, en un esquema constitucional de división de poderes, es frenar las iniciativas de otras ramas del poder público que desborden la Constitución. Dificultar esa labor es debilitar la división de poderes<sup>113</sup>. Un ejemplo puede ilustrar el tema: la Constitución colombiana dispone que la junta directiva del Emisor sólo puede otorgar créditos al Gobierno por el voto unánime de sus miembros, con la evidente intención de frenar la irresponsabilidad fiscal. Imagínese el lector las consecuencias de una norma que exigiera, para *negar* las solicitudes de crédito del Gobierno, una mayoría califica-

da de cinco de los siete miembros de la junta directiva.

4. El magistrado MANUEL JOSÉ CEPEDA elogia la altísima productividad de la Corte Constitucional en términos el número de fallos producidos: aproximadamente 800 anuales, o sea una sentencia cada dos días hábiles por magistrado. CEPEDA informa con orgullo que nuestra Corte quintuplica la producción de sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos y supera en ocho veces la de su homólogo alemán (2001, 33-34). Sin desconocer la admirable diligencia de los jueces constitucionales colombianos, uno no puede dejar de preguntarse si semejante cantidad no tiene algún costo de oportunidad en términos de calidad y si, dado el gran impacto económico, político y social de cada fallo de la Corte, no convendría pensar en mecanismos para racionalizar su carga de trabajo.

5. La Corte Constitucional requiere, como todos los poderes públicos, la crítica (favorable y adversa) de los ciudadanos y de la sociedad civil para poder desempeñar bien las labores que le corresponden. Aunque la literatura reseñada en este artículo constituye un comienzo promisorio, es apenas eso. Hace falta un trabajo académico más sistemático, mejor documentado y con metodologías más rigurosas.

El entonces magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ dijo en 2000: «los fallos que la Corte profiere en ejercicio de su función son para cumplirlos, no para discutirlos»<sup>114</sup>. Tenía razón: si no se cumplen los fallos de los jueces constitucionales, por cuestionables que sean, la democracia constitucional deja de existir. Pero también se equivocaba. Los fallos de la Corte, como todo acto de autoridad pública, son materia de discusión. Es tan preocupante la imposición de la autoridad pública que impide el debate como la indi-

ferencia ciudadana que responde a los actos de sus gobernantes y jueces con estruendoso silencio. Con todos los defectos y limitaciones anotados, la literatura que se ha reseñado en este ensayo es una manifestación de la vitalidad de nuestra democracia.

MAURICIO PÉREZ SALAZAR

Decano

Facultad de Economía

Universidad Externado de Colombia

1. Para los antecedentes, véase la discusión de NARANJO, 2001, p.110.

2. Artículos 86 y 241 C. P. Para una discusión de la tutela desde la perspectiva del derecho comparado, véase OSUNA, 1998.

3. Vale la pena señalar que a diferencia de otras jurisdicciones (v. g., los Estados Unidos), en Colombia cualquier ciudadano puede demandar en el interés abstracto de la legalidad, sin que sea necesario demostrar interés o perjuicio. De nuevo a diferencia de otras jurisdicciones, la Corte Constitucional no puede seleccionar para su estudio acciones de inconstitucionalidad que han sido “filtradas” por niveles inferiores de la judicatura; debe considerarlas todas.

4. Las acciones de tutela pueden dirigirse incluso contra actuaciones de particulares encargados de la prestación de un servicio público o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión (art. 86 C. P.).

5. La tutela debe decidirse en un plazo máximo de diez días (art. 86 C. P.) e incluso procede contra fallos judiciales que normalmente serían considerados cosa juzgada.

6. Con la posible excepción de la junta directiva del Banco de la República en su ámbito de competencia como autoridad monetaria y cambiaria, también de origen constitucional.

7. El ejemplo más dicente es el fascismo, pero piénsese en experiencias más recientes de “depuración étnica” y en la racionalidad marxista que degenera en cultos de personalidad carismáticos. ANDERSON, 2000, hace una reflexión paralela respecto de la metodología propia de las ciencias sociales: ellas están vinculadas desde su origen con el ejercicio práctico de las políticas públicas y los valores del liberalismo político, y de ordinario son reprimidas donde predominan sistemas de autoridad tradicionales o carismáticos.

8. Una amplia discusión sobre la relación entre las disciplinas de la economía y del derecho, incluyendo ciertas dificultades de la comprensión recíproca, puede hallarse en JARAMILLO y OSSA, 2001. Los autores subrayan la dificultad de integrar enfoques metodológicos de las ciencias sociales en el ordenamiento jurídico y el rechazo a lo que ellos denominan el “eficientismo” en el derecho.

9. Para una discusión más amplia, véase GONZÁLEZ, 2000.

10. En LÓPEZ, 2000, 138, puede hallarse una discusión de este tipo de presentación.

11. KELSEN señala cómo su teoría pura del derecho ha sido atacada desde las más diversas posiciones ideológicas, en el prefacio de 1934 a su obra.

12. O sea, dio el paso entre ser “*Wertfrei*” y ser “*Rechtsleere*”. Véase KAUFMANN, 1999, 53.

13. Lo que lleva KAUFMANN a afirmar: «el método de la ciencia jurídica no procede en forma *exclusivamente racional*» (ibid., 136).

14. Aunque la viabilidad política de una norma constitucional sí puede depender del proceso previo de conciliación, en el cual las ambigüedades, las ambivalencias y hasta las francas contradicciones pueden reflejar la existencia de conflictos sólo resueltos de manera parcial.

15. Citado en UPRIMNY, 2001, 165.

16. Tratadistas como R. POUND y F. GÉNY llegaron a conclusiones similares a las de KELSEN, aunque por razones distintas. Véase la discusión en el capítulo 4 de LÓPEZ, 2000.

17. ROBBINS, 1935, 39. La gran influencia de esta formulación en el programa de investigaciones de la corriente principal de la economía durante el siglo XX no implica su aceptación universal; para una visión crítica consúltese BEJARANO, 2000. Por otra parte, vale la pena destacar algunas afinidades entre ROBBINS y KELSEN. El *Ensayo* del primero se publicó inicialmente en 1932, casi al tiempo con la *Teoría pura del derecho*, y ambos autores utilizaron como base epistemológica el neopositivismo.

18. En esto, la economía ha evolucionado mucho desde el *Ensayo* de ROBBINS, debido a la mayor disponibilidad de datos y al refinamiento de los métodos de análisis cuantitativo. Para una discusión más amplia de la posición metodológica de ROBBINS, véase PÉREZ SALAZAR, 2000. Sobre el problema del sesgo metodológico en la economía respecto de variables de difícil cuantificación, véase CORREDOR, 2001.

19. Esto se representa por las condiciones lógicas de transitividad y completitud.

20. La expresión inglesa usual para lo que se ha

denominado egoísmo en esta discusión es “*self-interested*”.

21. Para una discusión más amplia, véase KIRMAN, 1992.

22. Para una discusión de la evolución de este concepto, véase CUEVAS, 1998.

23. En esto, hay coincidencia sustancial con el análisis de KELSEN citado arriba (1941, II.9). Una excelente y comprehensiva discusión de la literatura de la elección pública se puede hallar en MUELLER, 1997.

24. Una reseña de algunos textos básicos del análisis económico del derecho puede hallarse en J. A. BEJARANO, 1999.

25. Por ejemplo, la de BENTHAM y su círculo inmediato.

26. El recelo de UPRIMNY respecto del consecuencialismo y el utilitarismo tampoco carece del respaldo de filósofos del derecho. Para otra versión crítica del utilitarismo, véase KAUFMANN, 1999, capítulo xi.

27. En el original, “*nonsense*”. Cabe señalar que el derecho inglés de la época de BENTHAM, garantista *ad extremis* de formalismos que sólo entendían los abogados, probablemente era más “injusto” bajo cualquier criterio razonable de valoración, que el tipo de despotismo benévolo que él preconizaba.

28. Una línea de argumento paralela (¿qué sentido tienen los derechos si no valoramos sus consecuencias?) ha sido desarrollada más recientemente por THOMAS SCANLON. Véase referencia en ARANGO, 2001, 189, n. 10.

29. Véase el capítulo 16 de *De los delitos y las penas* para una contundente y extensa denuncia de la tortura de reos, con base en argumentos consecuencialistas y utilitarios (BECCARIA, 1992).

30. La discusión selectiva de los hallazgos de la literatura internacional del análisis económico del derecho que se desarrolla a continuación se refiere a estudios positivos (es decir, que se ocupan del ser antes que el deber ser). Este cuerpo de literatura parece poco conocido en nuestro medio, a juzgar por las fuentes citadas por la crítica económica de la jurisprudencia constitucional colombiana.

31. Véase, por ejemplo, CARRASQUILLA, 2001, 18, donde se postula una relación inversa entre el número de artículos de las constituciones y el PIB per capita de 28 países. Sin embargo, CARRASQUILLA se abstiene correctamente de sostener que esta relación sea causal.

32. Véase la discusión de KAPLOW, 2000, 503-514, y literatura citada por el autor.

33. VOIGT, 2000, 533. Para ilustrar el planteamiento,

VOIGT cita un estudio empírico del proceso de ratificación de la Constitución de Filadelfia en los trece estados que luego conformarían la Unión norteamericana, que concluye que la votación de los delegados estaba correlacionada con sus intereses económicos particulares.

34. Ob. cit., 535.

35. Ibid. y KORNHAUSER, 2000 a, 33.

36. KORNHAUSER, 2000b, 30.

37. Citado en ob. cit., 35.

38. 1995, 18. BACKHAUS presenta una descripción de ese complejo sistema, que incluye las presiones políticas de partes interesadas y la evolución de las ideas predominantes en las instituciones académicas y la profesión jurídica. Dicha evolución es determinada en parte por tales presiones.

39. La clasificación utilizada en el presente trabajo tiene algunas afinidades con la que esboza UPRIMNY, 2001 a, 146-150. Sin embargo, UPRIMNY no hace un desarrollo sistemático de su tipología de críticas a los jueces constitucionales.

40. El criterio de selección de los trabajos reseñados fue su carácter académico. Hay, además, un buen número de escritos puramente periodísticos que se han referido a los mismos temas.

41. Aunque los ejemplos son meramente hipotéticos, pueden encontrarse situaciones afines en el ámbito del derecho constitucional colombiano reciente. Por ejemplo, las ocasionales colisiones de competencias que han sido bautizadas por los medios de comunicación como “choques de trenes”, o el conflicto entre los derechos constitucionales al trabajo y al espacio público en casos relacionados con vendedores ambulantes.

42. ALVARO GÓMEZ HURTADO, de extracción conservadora, HORACIO SERPA URIBE, liberal, y ANTONIO NAVARRO WOLF, del movimiento Acción Democrática M-19, quien hasta hace poco había sido guerrillero activo.

43. KALMANOVITZ, 2001 b, 166. Véanse también planteamientos similares, aunque con distintos enfoques, de CUEVAS y PÉREZ SALAZAR, 2002, KUGLER y ROSENTHAL, 2002 y A. M. BEJARANO, 1999.

44. Expresión citada por A. M. BEJARANO, 1999, 205.

45. Según ANDRÉS GONZÁLEZ, quien fue viceministro de Gobierno mientras sesionaba la Asamblea Constituyente, ésta asignó a la ley orgánica de ordenamiento territorial (art. 288 C. P.) la definición de muchos puntos respecto los cuales no fue posible lograr consensos. Este hecho explica por qué el Congreso no ha podido aprobar dicha ley orgánica a pesar del claro mandato constitucional que tiene.

46. JARAMILLO y OSSA, 2001, 16. El texto entre comillas es de la sentencia C-074/93. Énfasis añadido.

47. Ver a LOEWENSTEIN, 1982, para un amplio tratamiento del tema.

48. La excepción es la elección directa de los magistrados en algunos estados de la Unión americana. Es más usual la selección bien por cooptación o por postulación de un poder público ante otro órgano. La práctica de Estados Unidos para los magistrados de la Corte Suprema es la designación presidencial que debe ser ratificada por el Senado. En Colombia, son elegidos los magistrados de la Corte Constitucional por el Senado, de sendas ternas presentadas por el Presidente, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

49. Los magistrados de la Corte Suprema de Estados Unidos, como todos los jueces federales, son vitalicios. En el sistema colombiano, los magistrados de la Corte Constitucional tienen periodos de ocho años (frente a cuatro años del presidente, el fiscal, el procurador y los congresistas).

50. En *La teoría pura del derecho*.

51. Que sostienen, en el léxico de LÓPEZ (2000), el anti-formalismo como teoría reformista del derecho.

52. No sólo por la designación mediante elección directa por los ciudadanos, sino también porque su carácter colegiado facilita la representación de una diversidad de intereses.

53. Salvamento de voto de la sentencia C-955/2000, citada en CLAVIJO, 2001 a, 32. SANDRA MORELLI (2001, 29) reitera esta posición, ya no como *desideratum* sino como hecho (que no parece corresponder a la realidad): «La Corte Constitucional no formula, de su propia iniciativa, así estén predefinidas en términos generales en la Constitución, políticas públicas. Respecto de éstas, sólo puede o avalar o rechazar las que mediante acto normativo con fuerza de ley proponen las instancias legisladoras del Estado».

54. Citado en CGR, 2001, 8.

55. El argumento de MATELLANA se inscribe dentro de una tradición de rechazo sistemático y visceral de todo lo relacionado con la “clase política”, que dominaría las ramas legislativa y ejecutiva pero estaría ausente de la judicial. Véanse algunos antecedentes históricos relacionados con la Asamblea Constituyente en A. M. BEJARANO, 1999.

56. Planteamientos de este género pueden hallarse en KUGLER y ROSENTHAL, 2002, sección 5c, AMAYA, 2001, 115, y CARRASQUILLA, 2001, 21. En palabras de este último, «podemos decir que el juez tiene ambición personal y profesional, como cualquier persona racional». El tipo de resultado esperado por

los proponentes de esta explicación del comportamiento judicial puede ejemplificarse con el hecho de que los dos miembros más destacados de la mayoría de la Corte Constitucional cuyo periodo venía en 2000 sean en mayo de 2002 senador electo (GAVIRIA) y candidato a la Vicepresidencia de la República (HERNÁNDEZ), mientras que dos integrantes de la minoría sean Defensor del Pueblo (CIFUENTES) y embajador ante los Países Bajos (NARANJO).

57. Notablemente, en CLAVIJO, 2001 a, 28-29.

58. Por ejemplo, UPRIMNY, 2001 b, y PÉREZ SALAZAR, 2001.

59. Un ejemplo de esta posición extrema, quizás involuntaria, es la afirmación de ALFREDO FUENTES. «Las opiniones adversas sobre ciertas decisiones de la Corte Constitucional se relacionan con la posible falta de previsión de las consecuencias económicas de sus fallos en las finanzas públicas. Según cálculos del Ministerio de Hacienda las sentencias con cargo al presupuesto nacional en el periodo 1996-2000 le han costado al fisco aproximadamente US\$ 4.500 millones». Imagínese el lector cuál sería el impacto sobre el clima de inversión en el país si la justicia colombiana, de manera sistemática, fallara a favor del Estado en todas las demandas presentadas en su contra por particulares.

60. Véase sobre el tema el artículo 346 de la C. P.: «En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el gobierno para atender debidamente el funcionamiento las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al plan nacional de desarrollo» (énfasis añadido).

61. Un buen ejemplo de la aplicación de este enfoque de análisis a las políticas públicas es VÉLEZ, 1996. Generalmente se entiende el espíritu de la Constitución de 1991 en términos similares.

62. CLAVIJO, 2001 a, 30-32.

63. Por ello, el grueso de los usuarios del UPAC ha sido de clase media y media alta.

64. En especial la prohibición de monopolios distintos de los arbitrios rentísticos (art. 336) y la prohibición del establecimiento de cupos de crédito por el Emisor a favor de particulares (art. 373).

65. En ese momento las tasas de interés de captación (cuyo nivel mide el DTF) eran negativas en términos reales, o sea que el DTF era inferior a la inflación. Sobra decir que la decisión de la junta del Emisor fue bien recibida por las corporaciones de ahorro y vivienda y sus deudores.

66. Véanse las sentencias C-252/1998, C-383/1999, C-700/1999, C-747/1999 y C-995/2000.

67. Para la época de estos fallos el DTF era superior al IPC, por lo cual el efecto era reducir el componente de la tasa de interés que corresponde a la corrección monetaria.

68. Puesto que las condiciones financieras establecidas por la Corte hacen que el crédito para vivienda deje de ser un producto rentable para los intermediarios financieros, y éstos limitarían de manera drástica su disponibilidad. Esto ha ocurrido en la práctica. Este aspecto del problema se analizará en mayor detalle en la sección II.E.

69. KALMANOVITZ, 2001 b, 161-163. Véase planteamientos similares de CARRASQUILLA (2001, 20) y CLAVIJO (2001, 44-49).

70. Para una discusión de las implicaciones fiscales del fallo, véase CGR, 2000 c.

71. *Ibid.*, 26-27. Una posición similar puede hallarse en CLAVIJO, 2001 a, 53. La sentencia C-1433/2000 también ha sido criticada por estos autores por vulnerar el principio de la separación de poderes.

72. *Ob. cit.*, 21. Citan el salvamento de voto del magistrado ALVARO TAFUR: «Y es que del enunciado de principios que se hace en el numeral 2.7 de la parte motiva, por su vaguedad y amplitud, no puede llegarse a la conclusión de un deber jurídico establecido constitucionalmente incumplido por el gobierno y el legislador». *Ibid.*, n. 103.

73. Un antecedente interesante de derecho constitucional comparado está dada por la decimosexta enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América. Como el texto inicial de esa Constitución no previó la tributación federal con tarifas progresivas, fue necesario hacer una reforma expresa para permitir la creación del impuesto sobre la renta de esa naturaleza. Por supuesto, la Constitución colombiana de 1991 jamás contempló esa limitación.

74. Otra interpretación de la sentencia C-1433/2000 es la presentada por JULIO, 2003. Este autor destaca el cambio radical de la posición de la Corte en la sentencia C-1064/2001.

75. Véase el anexo de CGR, 2000 b, 152, para una lista de esas exclusiones.

76. Véase la discusión de SOTELO, 2000, 5-8.

77. De hecho, en muchos casos, quienes acuden a la tutela son genuinamente pobres o la conducta evasiva o elusiva se puede atribuir no al paciente sino a su empleador. Para una discusión más amplia de este problema, consúltese CGR, 2000 b, 148-150.

78. Véase SOTELO, 2000 para mayor ilustración. Cita un caso en que un juez de tutela ordenó el su-

ministro de una droga un paciente cuyo precio era de más de \$ 3.000 millones; otro, de una remisión al exterior para un trasplante de médula, con un costo de más de US\$ 370.000; y una segunda remisión al exterior para el mismo trasplante, cuyo costo parcial era más de FF 1'150.000 (42-44).

79. *Ibid.*, 40. Dicha posición por cierto es muy afín a la generalmente aplicada en la ética médica. «Los médicos tienen una preferencia muy marcada por tratar pocos pacientes, con gran intensidad, sobre tratar pocos pacientes menos intensamente» (ELSTER, 1991, 121).

80. LOZANO, 2002, toca algunos aspectos de este debate.

81. La Corte Constitucional se había apartado de este criterio en fallos anteriores, lo cual sirve para resaltar los problemas del control constitucional difuso.

82. *El Tiempo*, 2002. Véase también la discusión del conflicto entre la atención individual y la ampliación de cobertura en GONZÁLEZ, 2002, 6-7.

83. KUGLER y ROSENTHAL, 2002. Véanse comentarios de PÉREZ SALAZAR, 2001.

84. Y a veces, añade KALMANOVITZ, a reducir los ingresos fiscales, como cuando declara inexequibles disposiciones legales de carácter tributario (*ibid.*, 156).

85. Esta conclusión merece especial énfasis por parte de CARRASQUILLA, 2001, 12.

86. Como puede observarse, esta formulación tiene estrecho parentesco con los argumentos basados en la división de poderes antes reseñados.

87. El párrafo del artículo 2.º de la Ley 31 de 1992.

88. Para una amplia discusión de la jurisprudencia constitucional sobre la autonomía del Banco de la república, consúltese SANTAELLA, 2003.

89. Sentencia C-406/1992, citada en JARAMILLO y OSSA, 2001, 16.

90. Citado en JARAMILLO y OSSA, 2001, 10.

91. Para una amplia discusión de este problema, véase ARANGO, 2001.

92. Otro principio constitucional citado por la Corte es la promoción de la democratización del crédito (art. 335 C. P.).

93. Para la enumeración de las providencias de la Corte sobre el tema, véase la nota 66, *supra*.

94. Véanse los gráficos 12 y 13 de URRUTIA, 2002, para datos hasta marzo de 2002.

95. En OSUNA, 2003, puede hallarse una amplia discusión sobre la jurisprudencia de la Corte en esta materia, con otra perspectiva.

96. Para otras discusiones de este conjunto de fallos, véanse CGR, 1999 a, CGR, 2000 d, CLAVIJO, 2001 a y AMAYA, 2001.

97. Un ejemplo representativo de esta literatura es GUATAQUÍ y FAJARDO, 2000.

98. Véase también CGR, 2000 a.

99. AMAYA, 2001, 93. Véase también la discusión de GONZÁLEZ, 2002.

100. La afirmación contenida en esta frase parece desconocer que en países de tradición de derecho civil, una de las instituciones jurídicas más importantes son las llamadas normas de orden público que son de obligatorio acatamiento en las relaciones contractuales entre particulares.

101. KALMANOVITZ, 2001 b, 164. Véase también AMAYA, 2001, 112.

102. Véase LÓPEZ, 2000, en especial los capítulos 1 y 2.

103. AMAYA, 2001, 70. Véase también KALMANOVITZ, 2001 b, 154.

104. Para poner un ejemplo, CANDELO elogia a la Corte por tener «la voluntad y el acertado pulso para defender la esencia de la ley [617], respondiendo con argumentos de carácter macroeconómico y fiscal» (2002, 106).

105. UPRIMNY, 2001 c, 18.

106. *El Federalista*, n.º 81. ALEXANDER HAMILTON, el autor de texto citado, no estaba de acuerdo con la proposición que él contiene y lo usó para ejemplificar la posición de adversarios de la ratificación de la Constitución norteamericana. En todo caso afirmó que la competencia del Congreso de encausar a los magistrados de la Corte Suprema es «la única seguridad completa» contra la posibilidad de los abusos de éstos.

107. GONZÁLEZ, 2002, 5. Coincide irónicamente CARRASQUILLA al afirmar: «Basta leer [las sentencias de la Corte] para apreciar que, por locas que sean sus implicaciones económicas, ni de lejos se trata de argumentos lunáticos desligados de lo que con justa causa, una persona razonable podría llamar el “espíritu” de la Constitución de 1991. Un artículo que garantice “vivienda digna” requiere de otro que garantice “sistema financiero”. Como nuestros padres fundadores metieron lo primero y no lo segundo, hasta razón tienen los Magistrados en actuar como si a ello no les importase que la poca vivienda digna que hay la pague en contribuyente y le llegue, preferencialmente, a los más ricos» (2001, 20).

108. Este problema es común a todas las constituciones, y lleva a ACKERMAN a preguntarse: «¿es siquiera posible seguir suponiendo [...] que algo

llamado interpretación judicial es una actividad intelectualmente respetable?» (2001, 195).

109. Según ECHEVERRY et. ál. (2002, 20-22) una de las razones por las cuales el ajuste fiscal en el periodo 1998-2002 ha sido más lento de lo previsto consiste en la necesidad de cubrir contingencias imprevistas por \$ 13.7 billones. De esta cifra, el 17 % puede atribuirse a fallos de la Corte Constitucional. El 83 % restante se debe a la guerra, catástrofes naturales y en especial a problemas originados en deficiencias en la administración y las políticas públicas.

110. Véase la discusión de CLAVIJO, 2001 b, 1-9.

111. Además, algunos economistas, a partir de la lectura de unos pocos textos de unos pocos autores que estudian la economía institucional, subestiman la complejidad de las relaciones entre el ordenamiento jurídico y su interpretación y las posibilidades del crecimiento y desarrollo. Dos artículos que resaltan esa complejidad son BACKHAUS, 1995 y SACHS et. ál., 2000. Para una discusión de la simplificación excesiva a la cual a veces se somete las teorías de la economía institucional al aplicarlas al contexto colombiano, consúltese ESGUERRA, 2001 y MOLINA, 2001 c.

112. Es decir, designación por el Presidente, confirmación por el Senado y nombramiento vitalicio.

113. Para una discusión más amplia de las propuestas de KUGLER y ROSENTHAL, véanse UPRIMNY, 2001 b, y PÉREZ SALAZAR, 2001.

114. Citado en CLAVIJO, 2001 a, 29.

#### BIBLIOGRAFIA

- ACKERMAN, BRUCE. 2001. “¿Un neofederalismo?”, en ELSTER y SLAGSTAD, 2001
- AMAYA, CARLOS. 2001. “Corte Constitucional y economía: análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano”. *Revista de Derecho Público*, 12.
- ANDERSON, LISA. 2000. “Las ciencias sociales bajo presión”. *Revista de Economía Institucional*, 2.
- ARANGO, RODRIGO. 2001. “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”. *Revista de Derecho Público*, 12.
- BACKHAUS, J. G. 1995. “An Economic Analysis of Constitutions”. Maastricht, policopiado.

- BECCARIA, CESARE. 1992. *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BECKER, GARY S. 1978. *The Economic Approach to Human Behaviour*. Chicago: University of Chicago Press.
- BEJARANO, ANA MARÍA. 1999. "La Constitución de 1991: un proyecto de construcción institucional", en M. GANDOUR y L. B. MEJÍA, comps. *Hacia el rediseño del Estado*. Bogotá: TME-DNP.
- BEJARANO, JESÚS ANTONIO. 1999. "El análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos". *Revista de Economía Institucional*, 1.
- BEJARANO, JESÚS ANTONIO. 2000. "Los nuevos dominios de la ciencia económica". *Cuadernos de Economía*, 31.
- CANDELA CÁRDENAS, RICARDO. 2002. "La Corte Constitucional y el ajuste fiscal". *Revista Economía Colombiana*, febrero.
- CARRASQUILLA, ALBERTO. 2001. "Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico". *Revista de Derecho Público*, 12.
- CLAVIJO, SERGIO. 2001 a. "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000". *Revista de Derecho Público*, 12.
- CLAVIJO, SERGIO, 2001 b. *Economía: entre la ciencia y el poder*. Bogotá: Alfaomega.
- CORREDOR, CONSUELO. 2001. "Reformas institucionales en Colombia". *Revista de Economía Institucional*, 5.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 1999 a. "La Corte y el futuro de la financiación de la vivienda". *Revista Economía Colombiana*, julio.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 1999 b. "La Corte y el Banco de la República". *Revista Economía Colombiana*, septiembre.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 2000 a. "La Corte y los salarios". *Revista Economía Colombiana*, febrero.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 2000 b. "Las tutelas al ISS: un problema por fallas jurídicas". *Revista Economía Colombiana*, junio.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 2000 c. "El Estado social de derecho y las restricciones fiscales". *Revista Economía Colombiana*, diciembre.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 2000 d. "El nuevo sistema de vivienda: ¿dónde están los alivios?". *Revista Economía Colombiana*, diciembre.
- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA, CGR. 2001. "Economía en la Constitución de 1991". *Revista Economía Colombiana*, octubre.
- COASE, RONALD, H. 1994. *La empresa, el mercado y la ley*. Madrid: Alianza.
- CUÉLLAR, MARÍA MERCEDES, 2000, "¿Volvemos al pasado? Un debate inaplazable". *Revista Economía Colombiana*, octubre.
- CUEVAS, HOMERO, 1998. *Proceso político y bienestar social*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia
- CUEVAS, HOMERO, y MAURICIO PÉREZ SALAZAR. 2002. "La economía política de la Constitución de 1991". *OPERA 2001: La Constitución de 1991*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ECHVERRY, JUAN CARLOS. 2002. "La economía, la política y la justicia deben ir juntas". En: *Las claves del futuro: economía y conflicto en Colombia*. Bogotá: Oveja Negra.
- ECHVERRY, JUAN CARLOS, ANDRÉS ESCOBAR y MAURICIO SANTA MARÍA. 2002. "Tendencia, ciclos y distribución del ingreso en Colombia: una crítica al concepto de 'modelo de desarrollo'". *Archivos de Economía*, 186.
- El Tiempo*. 2002. "Debate por tutela que obliga a EPS a cubrir tratamiento para fertilidad", abril 5.
- ELSTER, JON. 1991. "Local justice and interpersonal comparisons". En: *Interpersonal Comparisons of Well-Being*. Cambridge: Cambridge University Press.

- ELSTER, JON. 1996. *Sour Grapes*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ELSTER, JON y RUNE SLAGSTAD (eds.). 2001. *Constitucionalismo y democracia*. México: FCE.
- ESGUERRA, CAROLINA. 2001. "Las instituciones colombianas en el siglo xx". *Revista de Economía Institucional*, 5.
- GONZÁLEZ, J. I. 1999. "Incompatibilidad entre el modelo económico liberal y el Estado social de derecho". En: *Construyendo democracia: el papel de la Corte Constitucional en la consolidación del Estado democrático*. Bogotá: Viva la Ciudadanía.
- GONZÁLEZ, J. I. 2000. "La ilegalidad, los metaordenamientos y las metapreferencias". *Revista de Economía Institucional*, 2.
- GONZÁLEZ, J. I. 2002. "El valor razonable y los derechos económicos, sociales y culturales". *Revista Derecho del Estado*, 13, diciembre.
- GOODIN, ROBERT. 1997. "On Constitutional Design". *ARENA Working Papers*, WP97/26.
- GROSSMAN, HERSCHEL. 2002. "Constitution or Conflict?". *NBER Working Papers*, 8733.
- GUATAQUI, J. C. y LUIS E. FAJARDO. 2000. "La Corte Constitucional y la flexibilidad del mercado laboral". *Revista de Economía Institucional*, 3.
- JARAMILLO, J. y P. OSSA. 2001. "La Constitución colombiana de 1991: economía y análisis económico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional". *Revista Con-texto*, 12.
- JULIO, ALEXEI. 2003. "La jurisprudencia constitucional en torno al salario". *Revista Derecho del Estado*, 14, junio.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN, 2001 a. "Constitución y modelo económico", ponencia presentada en el foro "Diez años de la Constitución colombiana", Universidad Nacional, policopiado.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN, 2001 b. "Las consecuencias económicas de la Corte Constitucional". En: *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Alfaomega.
- KAPLOW, LOIS. 2000. "General Characteristics of Rules". En: *Encyclopedia of Law and Economics*, Cambridge, MA: Elgar.
- KAUFMANN, ARTHUR. 1999. *Filosofía del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KELSEN, HANS. 1941. *Teoría pura del derecho*. Trad. J. G. TEJERINA, Buenos Aires: Losada.
- KIRMAN, ALAN P. 1992. "Whom or What Does the Representative Individual Represent?". *Journal of Economic Perspectives*, v. 6, i. 2.
- KORNHAUSER, LEWIS, A. 2000 a. "Judicial Organization and Administration". En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Cambridge: MA, Elgar.
- KORNHAUSER, LEWIS, A. 2000 b. "Appeal and Supreme Courts". En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Cambridge, MA: Elgar.
- KUGLER, MAURICE y HOWARD ROSENTHAL. 2002. "Poderes y contrapoderes: una estimación de la separación institucional de los poderes políticos en Colombia". En: *Las reformas institucionales en Colombia*. Bogotá: Alfaomega.
- LOEWENSTEIN, KARL. 1982. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ, DIEGO. 2000. *El derecho de los jueces*. Bogotá: Uniandes.
- LOZANO, JAIME. 2002. "Análisis económico de la implementación del derecho a la salud y la vida", policopiado.
- MATALLANA, HERNANDO. 2001. "Economía de mercado y Estado social de derecho". *Revista Economía Colombiana*, febrero.
- MONGIN, PHILIPPE. "Le principe de rationalité et l'unité des sciences sociales". *Revue Economique*, 53, 2.
- MOLINA, PABLO. 2001 a. "El debate sobre el futuro de la Corte Constitucional". *Revista Economía Colombiana*, febrero.
- MOLINA, PABLO, 2001 b. "Reflexiones sobre cambios constitucionales". *Revista Economía Colombiana*, octubre.
- MOLINA, HUMBERTO, 2001 c. "Pero...¿cómo po-

- demos hacerlo?”. *Coyuntura Política*, 19.
- MORELLI, SANDRA. 2001. “La dimensión política de las decisiones de la Corte Constitucional y las políticas públicas”. *Revista Economía Colombiana*, octubre.
- MUELLER, DENNIS C. 1997. *Public Choice II*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MYERSON, ROGER B. 1999. “Political Economics and the Weimar Disaster”, *Working Paper* 1216, Center for Mathematical Studies in Economics and Management Science, Northwestern University.
- MYERSON, ROGER B. 2000. “Economic Analysis of Constitutions”, *Working Paper* 1291, Center for Mathematical Studies in Economics and Management Science, Northwestern University.
- NARANJO MESA, VLADIMIRO. 2001. “Qué papel juegan los tribunales constitucionales en el sistema político”. *Revista Economía Colombiana*, abril.
- NEDELSKY, JENNIFER. 2001. “El constitucionalismo estadounidense y la paradoja de la propiedad privada”, en ELSTER y SLAGSTAD, 2001.
- OSSA ESCOBAR, CARLOS. 2001. “El gobierno de las leyes y la lógica del poder”. *Revista Economía Colombiana*, febrero.
- OSUNA, NÉSTOR. 1998. *Tutela y amparo: derechos protegidos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- OSUNA, NÉSTOR. 2003. “El derecho fundamental a la vivienda digna”. *Revista Derecho del Estado*, 14, junio.
- PÉREZ SALAZAR, MAURICIO. 2001. “Costos, beneficios y orden constitucional”. *Revista de Economía Institucional*, 5.
- ROBBINS, LIONEL. 1935. *Ensayo sobre la naturaleza y significación de la ciencia económica*. México: FCE.
- RUBIN, PAUL H. 2000. “Judge-Made Law”. En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Cambridge, MA: Elgar.
- SACHS, JEFFREY D., WING THYE WOO, and YANG XIAOKAI. 2000. “Economic Reforms and Constitutional Transition”. *CID Working Papers*, 43, Harvard University.
- SANTAELLA, HÉCTOR. 2003. “Autonomía, Estado Social y Corte Constitucional: vicisitudes del proceso de consolidación de la banca central independiente en Colombia”. *Revista Derecho del Estado*, 14, junio.
- SIMON, HERBERT A. 1964. *El comportamiento administrativo*. Madrid: Aguilar.
- SOTELO, LUIS CARLOS. 2000. “Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico políticas. Los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos”, *Archivos de Economía*, 133, Bogotá: DNP.
- SUÁREZ BELTRÁN, GONZALO. 2001. “‘Unidad de materia’ y ‘principio de consecutividad’: ¿favorecen la dialéctica en la formación de leyes?”. *Revista Economía Colombiana*, agosto.
- SUÁREZ SOTO, L. E. y D. M. AVILA ARELLANO. 2001. “Inconstitucionalidad del Plan Nacional de Desarrollo: Causas, efectos y alternativas”. *Archivos de Economía*, 144, Bogotá: DNP.
- UPRIMNY, RODRIGO, 2001 a. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”. *Revista de Derecho Público*, 12.
- UPRIMNY, RODRIGO, 2001 b. “Separación de poderes y forma de gobierno en Colombia: comentarios al documento de la Misión Alesina”. *Revista de Economía Institucional*, 5.
- UPRIMNY, RODRIGO. 2001 c. “¿Juicios salomónicos? El neoinstitucionalismo y la Corte Constitucional”. *Coyuntura Política*, 19.
- URRUTIA, MIGUEL. 2002. “Una visión alterna: la política monetaria y cambiaria en la última década”. *Borradores de Economía*, 207.
- VÉLEZ, CARLOS EDUARDO, 1996. *Gasto social y desigualdad: logros y extravíos*. Bogotá: DNP.
- VOIGT, STEFAN, 2000, “Constitutional Law”. En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Cambridge, MA: Elgar.
- VON WANGENHEIM, GEORG. 2000. “Production of Legal Rules by Agencies and Bureaucracies”. En: *Encyclopedia of Law and Economics*. Cambridge, MA: Elgar.