

UNA MIRADA AL PAÍS

La Constitución, ¿un modelo de contrato?

Luisa Fernanda Martínez Vega*

Juan Jacobo Rousseau expresó en su obra *El Contrato Social* que el hombre, para vivir en una sociedad, necesita pactar una serie de acuerdos con sus similares, acuerdos que van encaminados hacia el respeto de los derechos y de las libertades individuales de cada persona. Este pacto debe ser respaldado por el Estado, que se encarga de asegurar la libertad y la igualdad de las personas que conviven en dicha sociedad. Rousseau también expresa que la voluntad general es más poderosa que el soberano mismo y ésta debe ser la legisladora en una nación. Estos principios formulados por Rousseau, y otros teóricos políticos, fueron empleados luego para la elaboración de las primeras constituciones, que se basaron en los principios del liberalismo clásico: el Estado como garante de la libertad y la igualdad de los individuos, y protector de los derechos que estos ciudadanos poseen.

* Estudiante de séptimo semestre de la Facultad de Economía de la Universidad Externado de Colombia. Correo-e: [luisa.martinez04@est.uexternado.edu.co]



Fotografía: Luisa Matínez

Con el pasar de los años, las condiciones históricas (tanto económicas como políticas) del mundo fueron cambiando y los nuevos textos constitucionales debieron introducir estos cambios en sus redacciones. Se habla entonces de la aparición de cartas políticas en las que se incluían no solo la protección de los derechos individuales, sino también la protección y la garantía de ciertos derechos colectivos. Involucró también la intervención del pueblo dentro del poder público, haciendo más activa

aún su participación dentro de las decisiones que el Estado pudiese tomar en determinados momentos. Luego fueron agregados al Estado otros deberes, como el abastecimiento de ciertos servicios públicos que el mercado no podía ofrecer de manera espontánea y que son esenciales para el bienestar de la sociedad, tales como la educación, la salud y la seguridad social, entre otros.

En la Economía Institucional y, más aún, en el Análisis Económico del Derecho (AED), el estudio a las constituciones compone una parte importante, ya que en estos documentos están plasmadas las “reglas de juego” formales que rigen a una sociedad y que pueden afectar sus relaciones tanto sociales como económicas. Ana María Arjona (2007: 686) menciona que “el análisis de cualquier norma jurídica debe tener en cuenta los criterios de justicia, validez y eficacia”. La evaluación de esta eficacia en las leyes ha sido abordada por el AED, el cual toma las herramientas de la microeconomía para determinar el efecto que dichas normas y leyes pueden tener sobre el comportamiento y las formas de elección de los individuos. Todas estas normas y leyes reflejan los intereses de determinados sectores de la población, estableciendo cuáles y de qué manera alcanzar las metas que la sociedad se ha propuesto. Del mismo modo, las leyes imponen una serie de penalizaciones en caso de que éstas

sean violadas, ya sea por un ciudadano o por un funcionario público que incumpla con lo establecido en la ley.

Desde un punto de vista económico, si se analiza la Constitución como un contrato, a partir de los postulados de la Teoría Económica del Contrato que nos menciona Bejarano (1999: 166), se pueden estudiar varios puntos de interés:

“El primer propósito del derecho de contratos es permitir que los individuos cooperen”: como se mencionó antes, las leyes son el reflejo de un común acuerdo existente entre diversas partes de una misma sociedad. Diferentes tipos de intereses coexisten para la formulación de las leyes que servirán para proteger y promulgar estas consignas. Esta fue una característica fundamental de la Constitución colombiana de 1991, en la cual varios sectores de la población formaron parte de la Asamblea Constituyente.

Este común acuerdo permite que los ciudadanos y el poder central se colaboren mutuamente para establecer las reglas de convivencia que la sociedad ha de seguir, y también permite la conciliación de los fines que la sociedad quiere perseguir y la forma como estos fines pueden ser alcanzados. De esta manera, tanto el Estado como los individuos *cooperan* en el cumplimiento y en la procuración de esos fines.

Un problema que se puede detectar de esto es que muchas veces, durante la redacción de la Constitución misma, estos fines, al provenir de distintos componentes de la sociedad, resultan ser contradictorios unos con otros, dando a la Constitución un cierto aire de incertidumbre, pues el fin no es claro. Lo mismo sucede con los medios. En ocasiones, la Constitución plantea claramente el fin al que se quiere llegar, pero no los medios por los cuales se planea cumplir con dicho propósito, dejando al “libre albedrío” de los funcionarios públicos o de la sociedad misma la formulación de los pasos por seguir con el fin de cumplir el objetivo propuesto. En otras, la Constitución plasma de forma clara los medios, pero éstos resultan ser ineficaces, ya sea porque las circunstancias en las que se encuentra el país, tanto internas como externas, cambian las condiciones sobre las cuales las leyes fueron hechas y éstas resultan no tener efecto bajo el nuevo contexto de la sociedad. También esto se puede dar porque hay un desconocimiento sobre el camino apropiado para alcanzar el fin propuesto y esto lleva a que las medidas sugeridas en la Constitución no sean las apropiadas y, en ocasiones, resulta ser peor el remedio que la enfermedad. Algunos ejemplos de este hecho sobre la economía colombiana pueden verse en Pérez y Cuevas (2001).

“El segundo propósito (...) es obtener el compromiso óptimo de cumplir”: en un contrato, las partes pactantes buscan, por medio del documento, reducir la incertidumbre y el riesgo que lleva la realización de cualquier tipo de transacción (un intercambio de los derechos de propiedad), de la misma manera que buscan reducir los costos de transacción que se generan por factores de riesgo y duda. Para esto, en el acuerdo se pactan una serie de medidas que buscan asegurar el pleno cumplimiento de las promesas que se estipulan en el contrato. Estas medidas pueden ser penalizaciones que buscan que la parte que infrinja el contrato asuma los costos de su incumplimiento (Bejarano, Ob. cit.: 163-166).

La Constitución no es ajena a esta realidad. La Carta Política necesita de un mecanismo que regule el cumplimiento de las leyes y derechos que están plasmados en su interior, así como la existencia de un control a la hora de la creación de nuevas normas (Arjona, Ob. cit.: 700). Como ya se dijo, las leyes requieren de un criterio de validez, es decir que las leyes no pueden ser expedidas de forma arbitraria por cualquier funcionario u organización que haga parte del Estado, sino por autoridades que están plenamente capacitadas para ejercer esta tarea. Es por esto que la existencia de un Tribunal Constitucional en un

Estado es fundamental, ya que funciona como un árbitro que revisa si las nuevas leyes: 1) Son válidas (proviene de un órgano capacitado para dicha tarea, como la rama legislativa, por ejemplo) y 2) Van de acuerdo o no con los principios establecidos en la Constitución (ya que la Constitución es la ley suprema que otorga a las leyes secundarias el fundamento y la validez que necesitan para que sean de obligatorio cumplimiento).

Pero el Análisis Económico del Derecho, y específicamente el Derecho Constitucional, se ha encargado de estudiar el problema que puede representar el hecho de que la Constitución esté sujeta a una sola interpretación, es decir, que un órgano específico del Estado sea el encargado de interpretar y sacar conclusiones a partir de una lectura que se hace a las leyes escritas en la Carta Magna. Teniendo un tribunal la potestad de cambiar la forma de entender la Constitución, pueden manipular las leyes a su conveniencia, ya sea por conveniencia propia (no querer intervenir en la opinión pública, por ejemplo) o por conveniencia del partido que lo ha elegido para ocupar dicho cargo (sus fallos deben ir de acuerdo con la ideología del partido que lo apoya). De igual forma, el AED toma la política como un mercado en el cual los políticos se mueven como agentes racionales, es decir, cada uno busca su propio beneficio con el mínimo

costo (un análisis costo-beneficio) y estudia la forma como los políticos pueden cambiar o ampliar la Constitución y crear o restringir ciertas leyes que pueden impedir la realización de sus objetivos (obtención del poder o buscar mantenerlo en caso de que exista un riesgo de perderlo) (Arjona, Ob. cit.: 709-710).

Sin embargo, los tribunales penales y de justicia también son parte del AED, pues éstos son, en últimas, los que hacen que los miembros de una sociedad cumplan las leyes. En este campo, el AED se ha dedicado a analizar la efectividad de los estatutos que penalizan el incumplimiento a la ley usando como herramienta el análisis de la relación costo-beneficio y la teoría económica. Este análisis le ha permitido al Derecho prever el impacto que tendrá sobre el comportamiento y la elección de los individuos la aplicación de una determinada ley penal. Para los economistas, “las normas del derecho son una suerte de fijación de precios para determinadas conductas” (Bejarano, Ob. cit.: 159) y los individuos “motivados únicamente por su propio interés elegirán su conducta en función de este precio” (ídem), por tanto dejarán de realizar la actividad que más costos les cause, con el fin de procurar su máximo beneficio. Esta predicción le puede permitir al Derecho Penal la reducción de ciertos costos de transacción propios de su oficio, tales como los juicios, por ejemplo.

Los tribunales también sirven como un instrumento de control del cumplimiento de los derechos fundamentales por parte del Estado o de otros agentes particulares. Las personas del común pueden acercarse ante uno de estos estamentos para exigir que se les garantice un derecho que pueden considerar que ha sido violado. En Colombia esto puede ser visible en la figura de la tutela, la cual se explica ampliamente en Younes (2005).

“El tercer propósito es asegurar una confianza óptima”: este propósito puede estar relacionado con el propósito anterior. Si las dos partes que deciden formalizar sus acuerdos en un contrato ven que sus términos de negociación están claramente expresados en el documento y que existen mecanismos de protección en caso de que una de las partes incumpla con lo prometido, el contrato es un soporte en el que ambas partes pueden confiar plenamente, y busca que el intercambio convenido se desarrolle de la mejor forma.

Pero en el caso del “contrato” constitucional, esta confianza está basada en el llamado “velo de ignorancia”, en la cual “cada persona, en el momento de hacer el contrato constitucional, desconoce cuál será su posición socioeconómica en un futuro” (Arjona, Ob. cit.: 705). En el momento en que se realice el contrato, las personas convienen con el Estado

una serie de condiciones que pueden ser benéficas en el corto plazo, pero sus resultados pueden ser diferentes en el largo plazo, debido a los cambios en la situación política, social y económica del Estado y de los individuos. Por tanto, la confianza en la redacción de las leyes se basa en el presente sin tener una visión clara del futuro. Se puede decir, entonces, que el contrato constitucional tiene una confianza de corto plazo y que, para poder renovar esa confianza, es necesario renovar los términos que se encuentran estipulados en este documento, de acuerdo con las nuevas circunstancias.

“El cuarto propósito es la minimización de los costos de transacción de la negociación contractual”: Jesús Antonio Bejarano (Ob. cit.: 165) nos da una buena idea de la forma como la ley puede reducir los costos de transacción en las negociaciones privadas. Estas reducciones también pueden ser aplicadas al contrato constitucional. Este autor propone que una de las maneras como la ley puede contribuir de manera importante a la reducción de los costos de transacción consiste en una redacción clara y sencilla de los derechos (en el caso de una negociación privada, los derechos de propiedad y derechos de negociación), pues hace la negociación más sencilla. Es importante la claridad a la hora de redactar tanto la Constitución como las leyes, ya que

se puede presentar el problema descrito antes en el cual una ley puede tener muchas interpretaciones y cada una va conforme a los intereses que desea alcanzar el intérprete. Esto dificulta en gran manera la búsqueda de soluciones a disputas políticas y sociales, y también puede complicar la aplicación de correctivos en el caso de que esa ley de redacción incierta sea violada.

Otra manera como el sistema legal puede contribuir a que una negociación privada llegue a buenos términos es la reducción de los desacuerdos y la falta de cooperación entre las partes, del mismo modo que la ley contribuye a la negociación cuando respalda y garantiza los derechos de propiedad de cada persona. Lo mismo es para el contrato constitucional. La Constitución es una unificación de los intereses de toda una sociedad. Este principio hace que los desacuerdos que puedan existir sean mínimos, pues al momento de redactar la Carta Magna todos los puntos de vista diferentes son consensuados hasta llegar a un punto de mutuo acuerdo. Si hay necesidad de redactar una nueva ley, los representantes a los diferentes estamentos de la rama legislativa (la Cámara o el Senado) pueden, en nombre del pueblo que los eligió y que representan, dar a conocer los intereses de su pueblo y llegar a un acuerdo por medio de un debate (esto partiendo del principio de que los políticos cumplen con la

labor para la cual fueron escogidos, es decir, la defensa del interés general). La falta de cooperación de los individuos y la garantía de los derechos puede ser regulada mediante un eficaz sistema penal y judicial, el cual tome medidas acertadas para obligar al cumplimiento de las leyes y brindar a los ciudadanos mecanismos efectivos de protección de sus derechos, como la ya nombrada tutela u otro tipo de acciones que se pueden tomar de forma colectiva y en otras áreas del Derecho, como el Derecho Laboral.

“El quinto propósito es corregir las fallas del mercado mediante la regulación de los términos del contrato”: algo que se descubrió desde la crisis del 29 es que la economía de mercado tiene fallas. El mercado no puede proveer por sí mismo todos los bienes que una sociedad requiere. Un buen ejemplo es la justicia, el cual es un servicio que solo puede ser provisto por el Estado y que es importante para el funcionamiento de una sociedad y de la economía misma.

Las constituciones del mundo (sobre todo las constituciones europeas y luego Estados Unidos), luego de ver este problema, resolvieron incluir las formas como dichos problemas económicos debían ser tratados desde el Estado. La primera que introdujo el intervencionismo estatal en la economía fue la Constitución de Weimar en Alemania, en 1919. Esta Constitución

introdujo los conceptos de “nacionalización y socialización de empresas, la planificación de la producción y el reconocimiento de la función social de la propiedad” (Arjona, Ob. cit.: 691). Después, en los tiempos de la segunda postguerra, los países europeos reformaron sus constituciones, incluyendo las nociones de Estado Social y un modelo que había surgido en esta época: la “economía social de mercado”. “El primero definió los fines sociales como las prioridades del Estado. El segundo defendió el mercado como mecanismo de asignación de recursos basado en el respeto de las libertades y derechos económicos, reconociendo la necesidad de cierta intervención del Estado para alcanzar los objetivos colectivos” (ídem.) (por diferencias en las aplicaciones teóricas que pudieron tener los países del Oeste de Europa con respecto a los del Este de Europa en la aplicación de los postulados de la “economía social de mercado”, se ha optado por llamar a estos modelos “economías mixtas”) (ídem: 692).

A mediados de los años setenta, luego de la “Época de Oro del Capitalismo”, las políticas propuestas años atrás resultaban ser inadecuadas para el nuevo contexto mundial. Estados Unidos, Inglaterra y Suecia comenzaron a introducir cambios en sus políticas intervencionistas, quitándole cargas al Estado y dándoselas al sector privado. Es entonces cuando se crearon las empresas privadas prestadoras

de servicios públicos y productoras de otro tipo de bienes, que forman una economía mixta junto con el Estado. El control del Estado se hace menos omnipresente en la economía.

La Constitución colombiana de 1991 no fue la excepción. La nueva Carta Política incluyó algunos cambios estructurales con respecto al intervencionismo estatal en la economía y realizó otros cambios en los aspectos social y político, los cuales se explican ampliamente en Pérez y Cuevas (2001). Estos cambios tienen que ver con la definición de Colombia como un Estado Social de Derecho, el fortalecimiento a la protección y garantía de las libertades individuales y el reconocimiento de que el Estado, al igual que los mercados, también falla. Es importante mencionar también la independencia que se le dio al Banco de la República de la jurisdicción del Estado colombiano.

Como se puede ver, las constituciones a través del tiempo han tomado medidas para tener una participación más activa dentro de la economía y corregir las fallas del mercado, que resultan ser nocivas para las sociedades. Los “términos del contrato” han cambiado con el fin de mejorar las condiciones del Estado y sus ciudadanos.

En conclusión, el AED ha aportado elementos significativos a la ciencia jurídica por cuanto es capaz de pre-

decir algunos comportamientos humanos con respecto a ciertas normas y también es capaz de estudiar la dinámica de la política y de la sociedad desde el punto de vista de la teoría económica, usando modelos tales como el estudio de la política como otro tipo de mercado y herramientas como el análisis costo-beneficio. Sin embargo, el AED ha dejado atrás en sus métodos variables de gran importancia, como los procesos históricos y sociales por los que una sociedad es protagonista y que cambian de forma significativa sus necesidades y, por consiguiente, la definición de sus fines, los cuales deben plasmarse finalmente en una Constitución.

Referencias bibliográficas

Arjona, Ana María (2007). “Análisis económico del derecho constitucional”, en Rubio, Mauricio. *Economía Jurídica, Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 677-725.

Bejarano, Jesús Antonio (1999). “Análisis económico del derecho: comentarios sobre textos básicos”, en *Revista de Economía Institucional* n.º 1 (Nov. 1999). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 155-167.

Cuevas, Homero y Mauricio Pérez (2001). “La economía política de la Constitución de 1991”, en *OPERA: Observatorio de Políticas, Ejecución y Resultados de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. pp. 249-262.

Younes, Diego (2005). “La acción de tutela. (Origen, evolución y agitación de la figura)”, en *Revista de Derecho Público* N° 18 (Enero 2005). Bogotá: Universidad de los Andes. pp. 79-90.

Imagen: David Caro Toro

