

PRESENTACIÓN

*El derecho, como el aire, está en todas partes.
El derecho, como muchas otras instituciones sociales,
contribuye a superar dificultades que están relacionadas
con ciertas circunstancias básicas de la vida humana.*

Carlos Santiago Nino

Cuando este anuario jurídico estaba en gestación, el nombre *Precedente* surgió espontáneo en una conversación del comité editorial y despertó resonancias distintas en cada uno de los participantes. El término evoca los debates de más de una década sobre el valor del precedente en el sistema de fuentes, en la vida del derecho. Esos debates, nacidos de la política constitucional, infunden un benéfico dinamismo en la cultura jurídica del país, en las investigaciones, en las publicaciones, en la vida académica. Queremos que esa palabra exprese, en una condensación intensa, todo lo reflexivo, crítico y constructivo que hay - que siempre debería haber - en ese dinamismo. Por eso también, nuestro *Centro de Investigaciones sociojurídicas* -que edita este anuario- lleva como nombre esa misma palabra: *Precedente*. El propósito permanente de reflexión crítica y constructiva es lo que debe animar nuestro trabajo, que no tiene vocación de unanimidad con respecto a las tantas cosas siempre debatibles en el derecho, en la política, en la ética.

Todos nacemos a la existencia desde precedentes biológicos, lingüísticos, culturales. Con cada uno de nuestros actos libres, por tenue que esa libertad sea o parezca, creamos un precedente para nuestras deliberaciones, nuestras decisiones y nuestros actos siguientes. El presente, eso que llamamos el tiempo presente, es siempre el punto en el que el pasado se hace precedente inmediato del futuro. Un punto que cambia y fluye. En las antiguas culturas, hombre sabio era aquel que, al tener que decidir, tenía ante su vista el pasado, el presente, el futuro. La memoria era elemento de esa sabiduría porque era entendida al modo como la pensó Italo Calvino: “la memoria sólo cuenta verdaderamente - para los individuos, las colectividades, las civilizaciones - si reúne la impronta del pasado y el proyecto del futuro, si permite hacer sin olvidar lo que se quería hacer, devenir sin dejar de ser, ser sin dejar de devenir”.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES

CON RESPECTO AL POLÉMICO TEMA Y EN NUESTRA CALIDAD DE CONJUECES del extinguido Tribunal Disciplinario, tuvimos ocasión de intervenir en dos decisiones en las que se optó por negar la posibilidad de la tutela respecto a las sentencias y, al respecto, las consideraciones dadas, que seguimos prohijando integralmente, fueron las siguientes: Debe observar la sala que habiéndose consagrado la acción de tutela por el Constituyente específicamente como un mecanismo especial de protección, la cual hace consistir específicamente la Carta en la posibilidad de que el juez que conoce pueda impartir ‘una orden para que aquél respecto de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo’ no se ve cómo respecto de los pronunciamientos judiciales pueda aplicarse, pues al juez le corresponde solamente producir decisiones, fundadas en razones de hecho y de derecho, y una vez las haya proferido resulta imposible impartirle la orden para que actúe o se abstenga de hacerlo.

*Hernán Fabio López Blanco,
Instituciones de derecho procesal civil colombiano,
Tomo I - Parte general, p. 640*

AUN CUANDO LA TUTELA NO ES UN MECANISMO PARA CONTROVERTIR LAS interpretaciones que los jueces hagan del ordenamiento jurídico, sustituyéndolas por otras que el juez de tutela considere mejores o más adecuadas, en ciertos eventos es procedente la tutela cuando la interpretación de la ley por el juez ordinario contraviene los principios y valores constitucionales, derechos fundamentales, o es contraevidente o irracional.

Sentencia SU-692 de 1999 de la Corte Constitucional.

Acción de tutela contra providencias judiciales en el ordenamiento
jurídico colombiano
Catalina Botero Marino

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

CATALINA BOTERO MARINO

In Colombia, there is a vigorous debate on the constitutional control of court rulings. This article studies the development of that debate, by presenting the arguments of critics and offering counter-arguments in favor of constitutional control. The article studies the history and evolution of such control, focusing on the Constitutional Court and describing what is required for constitutional control to proceed against court rulings. In order to answer critics, and to avoid being trapped in discussions about procedure, one must face the fundamental problem of this debate: Should there be a mechanism to protect people from court rulings that violate their Constitutional rights? The article argues that constitutional control protects rights in a material sense and protects a single, authorized interpretation of the Constitution, which favors people's confidence in the law.

Introducción

El 19 de marzo de 2002 la Corte Suprema de Justicia¹, declaró públicamente su intención de inaplicar los fallos de tutela proferidos por otras corporaciones judiciales, que ordenaran anular o modificar las providencias que dicha Corte hubiere

¹ La Constitución colombiana señala que la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria (C.N. art. 234) . Así mismo establece que el Consejo de Estado es el tribunal supremo de lo contencioso administrativo (C.N. art. 237). De otra parte, establece que el Consejo Superior de la Judicatura es el órgano de administración de la rama judicial (Sala Administrativa) y el órgano de cierre de la jurisdicción disciplinaria que se aplica a jueces, magistrados y abogados (Sala Disciplinaria) (C.N. arts. 256 y 257). Finalmente, todos los jueces, tribunales y Cortes de la jurisdicción ordinaria, contenciosa y disciplinaria integran la jurisdicción constitucional, cuyo máximo tribunal es la Corte Constitucional (C.N. art. 86 y 241).

emitido como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. En palabras del presidente de la Corporación, la acción de tutela no procede contra providencias proferidas con ocasión del trámite de casación. En su criterio, tal decisión busca «defender la seguridad jurídica del país, la cosa juzgada y el respeto al orden y a la estructura señalados en la Carta Fundamental de los colombianos»².

A juicio de la Corte, en la medida en que la Constitución le confiere el carácter de máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, sería inconstitucional que otros jueces de inferior jerarquía o de otras jurisdicciones pudieran revisar, anular o corregir sus decisiones pues, en este caso, dejaría de ser el órgano de cierre de la respectiva jurisdicción. Por lo tanto, para mantener el carácter que la Constitución le ha asignado, la acción de tutela no puede proceder contra sus providencias cuando quiera que estas sean el resultado de un proceso en el cual la Corte actúe como tribunal de casación, es decir, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria. Cosa distinta, continúa la Corte, es la revisión de las sentencias de tutela proferidas por esta Corporación. En tales casos, la Corte Constitucional tiene la última palabra como tribunal supremo de la jurisdicción constitucional.

El argumento anterior se suma a otros que se han ventilado en distintos foros de discusión sobre la acción de tutela desde que la Corte Constitucional aceptó, por vez primera, que dicha acción podía proceder contra decisiones de las altas cortes. Para quienes se oponen a esta tesis, resulta inconstitucional, inconveniente y a todas luces incompatible con los principios mínimos de un «orden justo» la procedencia de la acción de tutela contra sentencias. En suma, sostienen que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales vulnera el principio de la cosa juzgada, la seguridad jurídica, la autonomía funcional del juez, la estructura constitucional del poder judicial y, finalmente, desvirtúa la naturaleza de la acción de tutela.

6 Apelando a estos argumentos, el proyecto de acto legislativo de reforma a la justicia presentado por el Gobierno al Congreso en los primeros días de noviembre, propone reformar el artículo 86 de la Constitución, entre otras cosas suprimiendo radicalmente la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales.

² Diario *El tiempo*, s, 1-26, 21 de marzo de 2002.

En efecto, el proyecto señala textualmente: «No habrá tutela contra decisiones judiciales (...)». Al respecto, en la exposición de motivos de esa reforma se lee:

También es fundamental proscribir la tutela contra decisiones judiciales (...). No tiene el país buena memoria de los llamados choques de trenes, que le han permitido a la Corte constitucional invadir el fuero de la Corte Suprema de Justicia o del Consejo de Estado. A ningún buen puerto conduce la posibilidad de contradicción entre los más altos tribunales de la justicia, y mucho menos la posibilidad aberrante de que por la vía de la tutela jueces de inferior jerarquía se eleven y levanten su voz, eficazmente, contra las decisiones jurisprudenciales de la Corte y del Consejo de Estado.

El presente artículo tiene fundamentalmente tres objetivos. En primer lugar pretende hacer un recuento de los argumentos más importantes del debate en torno a la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en Colombia. En segundo término, busca demostrar que la tutela contra providencias judiciales es un instituto indispensable para el adecuado funcionamiento del modelo de control de constitucionalidad adoptado por el constituyente y que las fallas y riesgos que en efecto existen pueden ser corregidos mediante una adecuada regulación procesal. Finalmente, el artículo busca mostrar brevemente la evolución de la figura en la doctrina constitucional colombiana, a fin de intentar despejar un poco los fantasmas creados por quienes ven en toda novedad un riesgo inaceptable y en toda garantía un obstáculo para la construcción del orden y la seguridad. Como intentaré demostrar, la aplicación adecuada de la tutela contra providencias judiciales no sólo no desestructura el ordenamiento jurídico sino que constituye una de las condiciones para que, en un modelo mixto de control de constitucionalidad, como el colombiano, puedan tener vigencia, al mismo tiempo, la primacía de los derechos fundamentales (C.N. art. 5) y la seguridad jurídica en toda su verdadera dimensión (C.N. arts. 13, 29 y 228 y 229).

1. Elementos centrales del debate sobre la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales

Como ya se mencionó, desde que la Corte Constitucional aceptó la tesis según la cual resulta procedente la acción de tutela contra sentencias judiciales, en Colombia se ha generado un intenso debate, liderado, sobre todo, por algunos magistrados de las altas Cortes – preconstitucionales - y, más recientemente, por el ministro de Interior y Justicia (E). El debate se ha planteado, en general, en torno a la existencia de una supuesta tensión entre los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada y la realización de la justicia material. Al respecto, los críticos de la figura han señalado que si bien es cierto que la acción de tutela

contra providencias puede llegar a evitar algún desmán judicial, también lo es que la existencia de dicha vía de controversia judicial vulnera flagrantemente el principio de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pilares de todo «orden justo».

Sin embargo, en mi criterio, el planteamiento del debate es equivocado, pues confunde dos tipos de cuestiones bien distintas: de un lado cuestiones *sustantivas* propias de la teoría constitucional referidas al modelo de control de constitucionalidad existente y, de otra parte, cuestiones *procesales* referidas a la forma en la cual deben estar regulados los recursos y acciones destinadas a defender la Constitución. Como intentaré demostrar, el debate central sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales no se centra en la tensión entre seguridad jurídica y justicia material, sino en la definición del valor normativo de la Constitución, del papel de la justicia constitucional y de la eficacia vinculante de la doctrina constitucional.

No obstante, tal y como está planteado el debate hoy en Colombia, las cuestiones fundamentales antes mencionadas son evadidas en nombre de argumentos procesales que, pese a su importancia, sólo pueden servir para cuestionar la regulación procesal del instituto objeto de estudio y no su existencia. Así por ejemplo, ante la inexistencia de un término de caducidad que limite en el tiempo la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una sentencia judicial, se ha afirmado que la figura de la tutela contra sentencias es, *in genere*, violatoria de la seguridad jurídica. En otras palabras, se cuestiona radicalmente uno de los institutos centrales del modelo de control constitucional por una deficiencia procesal que no sólo no es propia del instituto que se critica – muy por el contrario, es justamente una deficiencia en la reglamentación del mismo - sino que puede ser muy fácilmente subsanable.

Para poder superar estos argumentos fundamentalmente *efectistas* y darle al debate en torno a la procedencia de la acción de tutela contra sentencia su verdadera dimensión, lo primero que hay que definir es la cuestión de fondo: ¿estamos dispuestos a aceptar que exista en Colombia un recurso o una acción que pueda ser interpuesta ante la jurisdicción constitucional, contra las sentencias judiciales, cuando quiera que las mismas sean la causa directa de una vulneración o amenaza de algún derecho fundamental? Si la respuesta fuera positiva, tendríamos entonces que entrar a estudiar, con sumo cuidado, cuál es la mejor forma de regular dicho recurso o acción de manera tal que resulten armonizados los distintos bienes e intereses constitucionalmente comprometidos. Si la respuesta fuera negativa, no tendría sentido alguno detenerse en dicha regulación procesal. Pero lo que no resulta razonable es que los vacíos del procedimiento sean utilizados como argumentos para deslegitimar la existencia misma de la figura de protección que se analiza.

Ahora bien, es justo afirmar que el debate sustancial anunciado no es particularmente sencillo. El mismo gira en torno a preguntas que se refieren a la eficacia de las normas constitucionales, la vinculación del juez ordinario a la constitución, el rol de las cortes o tribunales constitucionales frente a la juris-

dicción ordinaria, el valor de la doctrina constitucional como fuente del derecho y el principio de autonomía funcional del juez¹. Como puede advertirlo cualquier lector relativamente relacionado con la teoría constitucional, entrar a fondo en estas cuestiones resulta francamente imposible en un artículo de esta naturaleza. Sin embargo, lo que sí es factible, es responder las críticas formuladas a la figura de la tutela contra sentencias apelando a argumentos que, finalmente, surgen de la respuesta a las cuestiones fundamentales antes formuladas.

Veamos entonces un poco más en detalle los argumentos – y contra argumentos - de quienes sostienen que la procedencia de la tutela contra sentencias es un exabrupto jurídico, que constituye una carga de profundidad contra los pilares centrales de cualquier ordenamiento jurídico relativamente seguro y razonablemente justo.

¹ Sobre los temas mencionados existe abundante bibliografía pues se refieren a cuestiones fundamentales de la teoría constitucional contemporánea. No obstante pueden citarse algunos textos básicos de referencia. Al respecto Cfr. Eduardo García de Enterría, *la Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1981; Ignacio de Otto, *Derecho constitucional Sistema de Fuentes*, Barcelona 1987; Pablo Pérez Tremps, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985; Luis Díez-Picazo Jiménez, *Tribunal Constitucional, Jurisdicción Ordinaria y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1996; Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998 (en particular págs. 163 y ss.); “El Juez Ordinario entre legalidad y constitucionalidad”; Favoreu Louis y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984; A. Pizzorusso y otros, *La experiencia Jurisdiccional: del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional de Derecho*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1991; Diego Eduardo López Medina, *El Derecho de los Jueces*, Ed. Legis, Bogotá 2000. En particular en el tema de amparo o tutela contra decisiones judiciales se pueden consultar, entre otros, Antonio Canova González, *¿Es necesaria la revisión por el tribunal constitucional de las decisiones judiciales?*, Instituto de Derecho Público Comparado Manuel García Pelayo, Caracas, Venezuela; Eduardo Cifuentes Muñoz, *Control de Constitucionalidad de las sentencias en Derecho Comparado*; VV.AA. *Constitución y Constitucionalismo hoy*, Caracas, Fundación Manuel García Pelayo, 2000; “Tutela Contra Sentencias (el Caso Colombiano)”, en *Revista Jurídica del Perú*, Año XVIII N 17/ octubre diciembre de 1998. Allan Brewer Carías, “El amparo contra sentencias o de como la Sala de Casación Civil remedia arbitrariedades judiciales”, en *Revista de derecho público*, Caracas, ed. Jurídica Venezolana, Abril junio de 1998. Manuel F. Quinche Ramírez, *Vías de Hecho acción de tutela contra providencias judiciales*, Ed. Huella de Ley, Bogotá, 2001; Alejandro Aponte, “La acción de Tutela contra sentencias en Colombia: del juez como garante de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de los Andes, Bogotá, 1993.

Primer argumento: los problemas de procedimiento

En primer lugar se ha sostenido que la existencia de la acción de tutela contra providencias judiciales vulnera el principio de la cosa juzgada y, por consiguiente, el valor de la seguridad jurídica. Quienes sostienen esta tesis han señalado que la existencia de dicha acción no hace otra cosa que postergar indefinidamente la resolución de la cuestión sometida a decisión judicial. En consecuencia, nunca existirán derechos y obligaciones ciertos y exigibles y, por consiguiente, no puede menos que hablarse del reinado absoluto de la incertidumbre jurídica.

El argumento sin embargo, como ya lo había anunciado, se rebate con mucha facilidad. Basta con que la posibilidad de interponer una acción de tutela contra una decisión judicial se limite en el tiempo a través de la definición de un término razonable de caducidad. En este caso, el legislador, encargado de definir el momento en el cual una decisión judicial hace tránsito a cosa juzgada, deberá establecer un término razonable para ejercer la defensa judicial de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados o amenazados por causa directa de una providencia judicial. En estas circunstancias, vencido el término o finiquitado el trámite de la tutela, la sentencia judicial hará tránsito a cosa juzgada y se honrará, de esta manera, el importante principio de la seguridad jurídica.

Ahora bien, se ha sostenido que en Colombia resulta imposible imponer dicho término dado que el artículo 86 de la Carta señala que la tutela podrá ser interpuesta «en cualquier tiempo». Este argumento, como se demostrará adelante, es falso y sólo sirve para desacreditar el instituto que acá se defiende. El artículo 86 no es el único de la Constitución y, en todo caso, también establece que la tutela procederá contra toda acción u omisión de las autoridades públicas. En consecuencia, si los jueces son autoridades públicas, en cumplimiento de la Constitución habrá que buscar la manera de que la tutela proceda contra sus acciones u omisiones, esto es, contra sus providencias, sin violar el principio de la seguridad jurídica que encuentra también respaldo constitucional.

Lo que ordena la Constitución entonces es que, en principio, cuando exista una violación de un derecho fundamental, la persona afectada pueda acudir a la tutela. Sin embargo, en los casos en los cuales la inexistencia de un término para interponer la acción genere una evidente violación de bienes o valores constitucionales, como la seguridad jurídica, nada obsta para que deba surtirse una ponderación de bienes que conduzca a la imposición de un término de caducidad. En todo caso, si de lo que se trata es de respetar el espíritu y la letra de la Constitución, resulta más razonable limitar temporalmente la procedencia de la acción mediante la definición de un término de caducidad,

que simplemente suprimirla de un tajo. Igualmente, si hay que reformar la Constitución para que no proceda la tutela contra sentencias dado que, según la lectura mencionada, esta prohíbe imponer un término de caducidad, resultaría más razonable reformarla indicando que, en el caso de las sentencias judiciales, el legislador podrá establecer un determinado plazo para la interposición de la acción. Finalmente no sobra señalar que, como se explicará en la segunda parte de este artículo, la propia Corte Constitucional, por vía de jurisprudencia, ya ha comenzado a establecer un *plazo razonable* dentro del cual el interesado debe interponer la acción de tutela so pena de que la misma sea declarada improcedente².

Idéntica argumentación sirve para controvertir la totalidad de los argumentos que, apelando a deficiencias procesales, buscan deslegitimar *in genere* la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Si, por ejemplo, se considera que en estos casos la acción debe ser interpuesta ante el superior jerárquico de quien profirió la providencia o que debe garantizarse el principio de especialidad, nada obsta para que se aborde el correspondiente debate de manera tal que, una vez surtido con juicio, se corrija o adecue la regulación procesal de la tutela cuando quiera que la acción se enderece contra una providencia judicial. Sin embargo, como ya se ha repetido, ninguno de estos argumentos tiene la entidad suficiente para controvertir la existencia misma del control de constitucionalidad de las sentencias judiciales a través de la acción de tutela.

Segundo grupo de argumentos: referido al papel del juez ordinario como defensor de los derechos fundamentales y a la asignación constitucional de competencias a los distintos órganos del poder judicial

Este segundo grupo de argumentos tiende a desvirtuar la necesidad e idoneidad de la tutela para ejercer un control constitucional eficaz, justo y razonable de las providencias judiciales. En este sentido, se afirma que son los jueces ordinarios, dentro del respeto por los principios de jerarquía y especialización, y con el lleno pleno de las garantías procesales, los llamados a proteger los derechos fundamentales en el proceso judicial. Adicionalmente se señala que la intervención del juez constitucional en el proceso ordinario desvirtúa la distribución constitucional de competencias de los distintos órganos de la rama judicial.

Estos argumentos constituyen quizá las razones centrales de la Corte Suprema de Justicia al manifestar, como se mencionó al comienzo del presente artículo, su intención de inaplicar una sentencia de tutela que le ordenaba

² Corte Constitucional SU-961/2000

anular una providencia judicial que había proferido con motivo de un trámite de casación. Al respecto, la Corte Suprema indicó:

...(N)o hay ninguna duda en cuanto la Corte, durante la actuación y, específicamente, en materia de casación, tiene la obligación de velar por el resguardo de los derechos y garantías, es decir, de hacer cumplir la Constitución; y dos: si la Corte es el máximo tribunal de la justicia ordinaria, a quien también se le ha entregado la protección de la Constitución, sus decisiones tienen que permanecer incólumes pues se entiende - como en efecto sucede todos los días -, que también cumple con el deber de proteger los derechos y garantías fundamentales surgidos de la Constitución.³

Ciertamente, como lo afirma la Corte, los recursos ordinarios y extraordinarios deben ser un vehículo para la protección de los derechos fundamentales en el proceso judicial. Efectivamente, en muchos casos la existencia de tales recursos evita la consumación de perjuicios *iusfundamentales* irreparables. Sin embargo, el hecho de que dichos recursos sean formalmente aptos para proteger los derechos fundamentales - así una parte de la comunidad jurídica no lo haya advertido aún - y que en muchos casos resulten en la práctica útiles para evitar la arbitrariedad judicial, no supone, de ninguna manera, que los mismos sean suficientes para garantizar la plena eficacia normativa de los derechos fundamentales en el ámbito judicial⁴. De hecho, en los dos casos que han generado la reacción más drástica de la Corte Suprema de Justicia contra la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, resulta claro que esta Corporación no ha sido propiamente la más aguerrida defensora del artículo constitucional que ordena la prevalencia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico.

En efecto, en el primer caso, ya mencionado, el Consejo Superior de la Judicatura⁵ concedió la tutela interpuesta contra una decisión de la Corte Suprema de Justicia que ordenó no casar una sentencia del Tribunal Superior

³ Providencia de 19 de marzo de 2002 de la Corte Suprema de Justicia.

⁴ Un estudio de los argumentos de la Corte Suprema, expuestos en la providencia de desacato de 19 de marzo de 2002, puede verse en el interesante artículo de Patricia Moncada Roa, “Desacato de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia frente a un fallo de tutela del Consejo Superior de la Judicatura”, en *Revista Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento*, Tomo III, N° 30, Junio de 2002, Ed. Legis, Bogotá.

⁵ Providencia de 3 de diciembre de 2001 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, sobre la sentencia de casación número 15286 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia

proferida en abierta violación del principio constitucional de la *no reformatio in pejus* (C.N. art. 31). A este respecto no sobra advertir que la Corte Suprema prefirió aplicar en este proceso su propia tesis sobre el alcance del mencionado principio constitucional, desconociendo la doctrina vigente que, respecto al mismo tema, ha adoptado la Corte Constitucional actuando como intérprete autorizado de la Constitución. A lo anterior, es importante añadir que la doctrina constitucional vigente es, sin duda, más garantista que la doctrina aplicada por la Corte Suprema de Justicia. En otras palabras, la Corte Suprema no sólo inaplicó la doctrina constitucional sobre el artículo 31 de la Carta, sino que aplicó una doctrina que tiende menos a la satisfacción de los derechos fundamentales del condenado y más a la presunta tutela del orden jurídico objetivo.

En el segundo caso, la Corte Constitucional⁶ concedió una tutela contra una sentencia de casación en la cual la Corte Suprema, pese a reconocer expresamente que la sentencia objeto de casación violaba el derecho a la pensión del peticionario, niega el recurso de casación y deja en firme la sentencia violatoria del derecho, por fallas en la presentación de la demanda. En palabras de la Corte Constitucional, la sentencia de la Corte Suprema incurre en un *exceso ritual manifiesto* que, en el caso concreto, termina por violar el derecho al mínimo vital de un hombre de 58 años, sin recursos económicos y marginado completamente del mercado laboral, al que, de manera arbitraria, un juez de la república le ha negado su derecho legítimo a la pensión de jubilación. En suma, la Corte Suprema reconoce expresamente la violación del derecho fundamental pero prefiere proteger al extremo las formas propias de la casación.

En los dos casos anteriores resulta claro que la casación hubiera sido el instrumento ideal para que, a las personas interesadas en cada uno de los procesos mencionados, les hubiesen resultado garantizados los derechos fundamentales que les habían sido vulnerados por los tribunales de instancia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia prefirió una aplicación más *rigorista* del derecho. Más apegada a la letra de las normas infraconstitucionales. Más defensora del *orden objetivo* y de las *formas procesales* mínimas. En este empeño, olvidó que la Constitución ordena que, en todo caso, el derecho sustancial debe primar sobre el derecho procesal; que los derechos fundamentales tienen primacía sobre cualquier otra consideración; y que la Corte Constitucional es la encargada de definir, en última instancia, el alcance de las normas constitucionales. Al dejar intactas dos sentencias de tribunales de instancia que violaban flagrantemente los derechos de los sujetos procesales, la Corte, a su turno, se convirtió en agente de la violación.

⁶ Sentencia T-1306/2001, Corte Constitucional, sobre la sentencia de Casación de 18 de octubre de 2000 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

En suma, como lo reconoce la propia Corte Constitucional⁷, son los jueces ordinarios los llamados a proteger y promover la vigencia de los derechos fundamentales en el proceso judicial. Sin embargo, cuando todo falla, el último remedio es acudir a la jurisdicción constitucional, en este caso, mediante la acción de tutela. A este respecto no sobra recordar lo obvio: controlar judicialmente a la administración no es administrar; controlar judicialmente la constitucionalidad de las leyes no es legislar; controlar el sometimiento de los jueces ordinarios a la constitución no supone usurpación de la jurisdicción ordinaria por parte de la jurisdicción constitucional.

Directamente relacionada con lo anterior, surge otra buena razón para defender la procedencia de la acción de tutela contra providencias que vulneren los derechos fundamentales. Se trata de una razón o un argumento sistémico que, finalmente, tiende a la defensa de la seguridad jurídica. En efecto, antes que cualquier cosa, el principio de la seguridad jurídica ordena que los habitantes de un Estado puedan saber cuál es el alcance real de sus derechos y obligaciones, es decir, cuál es la órbita del derecho subjetivo o de la obligación concreta protegida por el derecho, cuyo cumplimiento puede ser exigido a través de una acción judicial. En consecuencia, es fundamental que exista un órgano judicial *de cierre* del sistema, que establezca, de manera definitiva, cuáles son el significado, el alcance y los límites de las distintas normas jurídicas para que las personas sepan con claridad, *qué pueden exigir y a qué deben atenerse*.

En este sentido no cabe duda de que el órgano encargado de definir el alcance, contenido y límites del derecho ordinario es la Corte Suprema de Justicia. A su turno, corresponde al Consejo de Estado definir el contenido del derecho contencioso administrativo. Finalmente, se asigna a la Corte Constitucional la función de definir el alcance de las disposiciones constitucionales. Ahora bien, si una cuestión es, al mismo tiempo, de orden legal y constitucional, pues será la Corte Constitucional quien defina su contenido mínimo negociable y la Corte Suprema la que establezca el alcance e interpretación del desarrollo legislativo pertinente. De esta manera, y sólo de esta manera, los habitantes del territorio podrán saber dónde acudir para conocer el alcance, significado y límites de sus derechos y para exigir una mayor eficacia o protección de los mismos.

Así por ejemplo, el alcance de la prohibición establecida en el artículo 31 de la Carta no puede depender del juez que defina la causa criminal. Nadie medianamente razonable aceptaría que la prohibición contenida en el mencionado artículo constitucional fuera *relativa* si el juez que conoce de la sentencia es la

⁷ En particular la sentencia T-1306/91. En especial sobre la naturaleza de la casación en el modelo constitucional colombiano, Cfr. C-065/2000; T-231/98; C-058/96; C-684/96; C-586/92. Por todas, consultar la aclaración de voto a la sentencia T-1306/01

Corte Suprema, pero *absoluta* si estamos ante una cuestión tramitada por la Corte Constitucional. Para que ello no ocurra, para que la interpretación de las cláusulas constitucionales resulte coherente y la asignación de derechos y responsabilidades respete el principio de igualdad y, finalmente, para que verdaderamente se honre el principio de la seguridad jurídica, es necesario que exista un solo órgano de cierre que tenga la última palabra sobre el alcance de las normas constitucionales.

A lo anterior podría responderse sosteniendo que resulta más fácil y más coherente con la asignación de competencias constitucionales que las causas criminales fueran exclusivamente resueltas por la jurisdicción penal, sin que para nada interviniera la jurisdicción constitucional. Sin embargo, en un Estado Constitucional de Derecho, las causas penales, civiles, laborales, de familia, contencioso administrativas, comerciales, etc., pueden tener inmersas cuestiones constitucionales relevantes. En particular, no sobra advertir que en dichos procesos pueden encontrarse amenazados o vulnerados derechos constitucionales fundamentales⁸. En estos casos, lo coherente es que la jurisdicción natural se sirva de la doctrina constitucional y que si han fallado todos los recursos ordinarios y extraordinarios propios del proceso ordinario o contencioso y, sin embargo, subsiste una violación a los derechos fundamentales, pueda entrar la jurisdicción constitucional a proteger el derecho violado o amenazado.

⁸ La eficacia— o irradiación — de la Constitución en los ámbitos tradicionalmente regulados por el derecho legislado y la vinculación del juez ordinario a la constitución es hoy universalmente aceptada por la doctrina constitucional comparada. La divergencia se produce al definir si se trata de una eficacia directa o indirecta, sobre lo cual existe un importante debate. Sin embargo, en principio, la mayoría de los tribunales y cortes constitucionales europeos y americanos han aceptado, por una u otra vía, la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares así como la *constitucionalización del derecho legislado*, es decir, la relevancia de las normas constitucionales a la hora de definir cuestiones sometidas tradicionalmente a la regulación legal. Al respecto existe múltiple bibliografía. Particularmente en cuanto se refiere a la eficacia de la constitución a las relaciones entre particulares y a la vinculación del juez ordinario a la constitución se pueden consultar, entre otros, M. Carillo, “La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios”, Madrid, *Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Constitucionales*, 1995; L. Aguiar de Luque, “Los Derechos Fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión”, en *Actualidad Jurídica*, 1981, Nº 10; R. Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. P. Cruz Villalón, *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*; AA.VV. *La multipropiedad*, Academia Sevillana de Notariado, Madrid, 1988. L. Díez Picazo, “Constitución, Ley y Juez” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1985, nº 15; G. Lombardi, *Potere privato e diritti fondamentali*, Universidad de Torino, Memorie dell’Istituto Giuridico, Serie II, CXXXII, G. Giapichelli Editore, Torino, 1970. Pablo Pérez Tremps, “La protección de los derechos fundamentales por jueces y tribunales”, en *Poder Judicial*, 1996, Nº 43-44, pp 171 a 251.

Así las cosas, la Corte Constitucional tiene la función de interpretar la Constitución, que, como resultado cree una doctrina común que oriente a los jueces de la República, que tienen la misión primordial e indeclinable de proteger, ante todo y en cualquier proceso judicial, los derechos fundamentales de los habitantes de Colombia⁹.

En este sentido, el argumento de la Corte Suprema según el cual sus sentencias de casación no pueden ser controvertidas so pena de desnaturalizar la distribución constitucional de competencias entre las distintas jurisdicciones, es razonable solo en la medida en que el juez constitucional intervenga en la definición de una cuestión que no tenga relevancia constitucional y suplante a la Corte en su función de intérprete máximo del derecho ordinario. Sin embargo, si el juez constitucional, aplicando la doctrina constitucional vigente, verifica que una decisión de la Corte - de casación - de cualquier otro tipo - vulnera los derechos fundamentales de una persona, nada obsta para que ordene remediar tal situación. Ahora bien, como será explicado más adelante, el juez constitucional que ha constatado que una providencia viola los derechos fundamentales de una persona, debe limitarse a ordenar la nulidad de dicha providencia y a solicitarle al juez de la causa que profiera una nueva decisión sometién dose al imperio de la Constitución. En ningún caso podrá suplantar al juez de la causa en la adopción de la respectiva decisión.

Tercer grupo de argumentos: referido a la afectación de la autonomía funcional de los jueces, la vigencia del principio democrático y el sistema de fuentes de derecho.

En relación con el argumento que acaba de ser estudiado, existe un tercer grupo de argumentos de mayor importancia y de más difícil respuesta. Se trata de aquellos que sostienen que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales tiene implícito un alto riesgo de violación del principio de autonomía funcional del juez. A este argumento siguen otros de no menor importancia, referidos a la eventual afectación del sistema de fuentes de derecho, a la probable

⁹ Sobre la naturaleza de la Corte Constitucional colombiana como órgano de cierre del sistema puede consultarse entre otros Manuel J. Cepeda., *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*, Imprenta Nacional de Colombia, 1993, pág. 104-105. Sobre el papel de los tribunales constitucionales en sistemas concentrados de control de constitucionalidad existe abundante bibliografía. Sin embargo un texto que incorpora al estudio de dicho tema el tópic o que se analiza en este artículo es Manuel Aragón Reyes, *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1998, pág. 163 y ss. Para el estudio del papel del Tribunal Constitucional en Alemania, Cfr. Benda, y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Ivap, Marcial Pons, Madrid 1996, capítulos XV (Wolfgang Heyde, "La Jurisdicción") y XVI (Helmut Simon, "Jurisdicción Constitucional").

disolución del derecho legislado en doctrina constitucional y, finalmente, al vaciamiento de contenido del principio democrático.

El razonamiento central de este sector de la doctrina sería, más o menos, el siguiente: si el juez constitucional puede ordenar al juez ordinario que anule una sentencia proferida de conformidad con el derecho legislado porque, en su criterio, ha dejado de aplicar o ha aplicado incorrectamente una disposición *iusfundamental*, entonces es necesario aceptar (1) que el juez ordinario no sólo está vinculado a la ley sino que ahora está vinculado a la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales; (2) que la interpretación del juez constitucional sobre las cláusulas *iusfundamentales* (o doctrina constitucional) tiene mayor eficacia vinculante para el juez ordinario que la que ostentan las disposiciones que integran el derecho legislado; (3) que en todo caso, el juez constitucional es el máximo intérprete del derecho legislado, en la medida en que define en qué casos la interpretación es conforme a la Constitución. Todo esto, como puede fácilmente apreciarse, conduce a una reducción de la autonomía funcional del juez, a la pérdida de papel protagónico del derecho legislado en el sistema de fuentes y a un reconocimiento de papel especial del juez constitucional. Se afirma finalmente que estas conclusiones son inaceptables en un estado de derecho fundado en el principio democrático y en la autonomía funcional de cada uno de los jueces y tribunales que integran el poder judicial.

Ahora bien, antes de entrar a estudiar este razonamiento, es importante advertir que el mismo es útil para cuestionar la tutela contra providencias judiciales sólo en el evento en el cual la acción se origine en la supuesta inaplicación de la doctrina constitucional por parte del juez ordinario. En efecto, en aquellos otros casos en los cuales el derecho comparado ha aceptado la procedencia de la acción de amparo, tutela o protección constitucional contra providencias judiciales¹⁰ - (1) por aplicación de una norma abiertamente inconstitucional o que ha sido declarada inconstitucional, o (2) cuando la providencia se dicta en virtud de una violación flagrante del debido proceso constitucional - el argumento no parece del todo pertinente. En estos casos se acepta con tranquilidad el valor prevalente de las sentencias de la Corte o Tribunal Constitucional y el rol protagónico del juez constitucional¹¹.

Sin embargo, el hecho de que esta crítica pueda aplicarse a una de las tres hipótesis de procedibilidad de la tutela contra sentencias en el derecho comparado, no supone, en absoluto, que la misma deba ser descartada. Por el contrario, dada la entidad de las razones que la soportan, es fundamental estudiarla con rigor.

¹⁰ Cfr. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, op.cit. pág. 402 y ss.

¹¹ Cfr. Hans G. Rupp. "Tribunal Constitucional Federal Alemán", en L. Favoreu y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 319 y ss.

Para intentar responder a la tesis formulada, es necesaria una advertencia previa. La misma parece fundarse en los presupuestos medulares del Estado de Derecho, tal y como este resultaba concebido en los Estados de Europa continental y América Latina, en el modelo constitucional previo al colapso generado por los regímenes dictatoriales que comenzaron a imponerse a partir de la tercera década del siglo XX. No obstante, luego de la segunda guerra mundial y de la caída de los regímenes militares en América, el modelo constitucional sufrió importantes variaciones. La adopción de la fórmula «Estado social y democrático de derecho», la eficacia vinculante de la Constitución, la existencia de potentes modelos concentrados o mixtos de justicia constitucional, la incorporación de derechos subjetivos y obligaciones concretas de aplicación directa e inmediata en el texto de las Constituciones, la doble vinculación del juez a la Constitución y a la ley, todo ello amparado en el renacer del paradigma político según el cual hay cosas que no se negocian en el foro democrático (como la prohibición de la tortura o la igualdad de cultos), no constituyen simples correcciones menores del modelo original.

Las cuestiones antes mencionadas han operado un importante cambio, no sólo en el sistema de fuentes, sino en la redefinición del papel del juez - y sobre todo, del juez constitucional - y, finalmente, en el rediseño del sistema constitucional de «frenos y contrapesos». La existencia de un recurso de protección de los derechos fundamentales contra sentencias judiciales ante la jurisdicción constitucional es apenas un corolario de esta transformación. En suma, no es que la tutela contra sentencias altere el sistema de fuentes o la distribución funcional de los órganos judiciales. Por el contrario, es la alteración constitucional del sistema de fuentes y el nuevo diseño orgánico del poder judicial el que hace imperativa la existencia de un mecanismo como el que acá se analiza.

Explicar en detalle las cuestiones que han sido expuestas no resulta posible en este artículo. Sin embargo, lo que sí es posible es intentar responder brevemente una de las preguntas centrales en este debate: ¿es la Constitución una norma jurídica que debe ser aplicada por los jueces de la república de conformidad con la doctrina formulada por la Corte Constitucional? Si la respuesta es afirmativa, perderían relevancia la mayoría de los argumentos antes formulados contra la procedencia de la tutela contra sentencias. Si la respuesta fuera negativa, no parecería razonable defender la procedencia de la tutela contra una providencia judicial por la inaplicación de la doctrina constitucional.

La pregunta formulada puede ser abordada desde distintas perspectivas. En el presente artículo, por evidentes razones de espacio, tal pregunta se aborda simplemente desde una perspectiva dogmática que parte, a su turno, de una muy breve reflexión sobre tres preguntas fundamentales: (1) ¿es la

Constitución una norma jurídica que vincula directamente a los jueces de la República?; (2) ¿es el control constitucional de las sentencias una figura exótica del derecho colombiano?; (3) ¿cuál es el papel de la Corte Constitucional frente a los otros órganos del poder judicial y cual el valor de su jurisprudencia?¹².

¿Es la Constitución una norma jurídica que vincula directamente a los jueces de la República?

Empecemos por el principio: ¿las personas que viven en un régimen constitucional como el colombiano tienen derecho a la aplicación preferente de la Constitución por parte de todos los operadores jurídicos - incluyendo a los jueces de la República - y, en especial, a la primacía de sus derechos fundamentales sobre cualquiera otra consideración?¹³

La pregunta formulada podría parecer retórica. Sin embargo, tomada en serio, aparece enormes efectos en términos del ejercicio y el control del poder judicial. Así por ejemplo, si la Constitución vincula a los jueces y estos tienen la obligación de dar primacía a los derechos fundamentales sobre cualquier otra consideración, no cabe duda alguna de que, en el ordenamiento jurídico, debe existir un recurso directamente encaminado a corregir la vulneración de los derechos fundamentales cuando esta se origine en una providencia judicial. Sin embargo, si se acepta la tesis que estuvo vigente en gran parte del mundo occidental antes de la Segunda Guerra Mundial – con la notoria excepción de los Estados Unidos –, en virtud de la cual el juez está exclusivamente vinculado al

¹² Como puede fácilmente advertirse se trata de dos cuestiones fundamentales de teoría constitucional y de un asunto de derecho comparado cuya explicación tomaría mucho más de lo que puede razonablemente esperarse de un artículo de esta naturaleza. Sin embargo se trata de cuestiones insoslayables a la hora de afrontar un debate como el que se ha presentado en Colombia sobre la existencia de la tutela contra sentencias. Por ello, me limitare a hacer una breve alusión de las ideas básicas que considero que deben tenerse en cuenta a la hora de responder las preguntas mencionadas sin que con ello pretenda minimizar el debate que actualmente existe en torno a cada una de ellas o la dificultad que para quienes han trabajado con mayor rigor y seriedad en estos temas ha implicado su respuesta. Sobre estas cuestiones pueden consultarse, entre otros, las referencias citadas en la nota de pie No 3. En particular, Eduardo García de Enterría (1981), Pablo Pérez Tremps (1985), Eduardo Cifuentes Muñoz (1998 y 2000) y Diego Eduardo López (2000).

¹³ Esta pregunta no es, en absoluto, original. Justamente en torno a ella se han elaborado algunas de las tesis centrales del constitucionalismo occidental. Al respecto, particularmente para comprender los orígenes del llamado *control concentrado de constitucionalidad* en Europa continental, puede consultarse el libro citado de Eduardo García de Enterría, *la Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional* (1981).

derecho legislado, no será pertinente la existencia de un recurso para controlar la constitucionalidad de las decisiones judiciales. En estos casos, bastará con la existencia de recursos ordinarios o extraordinarios para verificar la mera legalidad de la decisión judicial.

En el caso colombiano – siguiendo las enseñanzas de las constituciones europeas de post guerra - la cuestión anterior parece resuelta a partir del texto de la Constitución y de la interpretación que del mismo ha hecho su intérprete autorizado, la Corte Constitucional. En efecto, la propia Carta en su artículo 4 señala: «La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales». Adicionalmente, el artículo 5 de la Carta establece: «El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad». No cabe duda alguna de la vinculación primordial del juez a la Constitución y de la obligación de dar prelación a los derechos fundamentales sobre cualquiera otra consideración.

Sin embargo, podría afirmarse que el artículo 232 del texto fundamental, en virtud del cual «los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley», restringe el poder vinculante de la Constitución. A este respecto, aplicando la doctrina constitucional contemporánea, la Corte Constitucional indicó: «por la expresión «imperio de la ley» debe entenderse ley en sentido material – norma vinculante de manera general –, y no la ley en sentido formal – la expedida por el órgano legislativo. Ello por cuanto, según se vio, la primera de las normas es la Constitución – artículo 4C.P –»¹⁴

En suma, según la Constitución colombiana, los jueces –al igual que el resto de las autoridades públicas – se encuentran vinculados a la Constitución y están obligados a dar primacía a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Ciertamente, si el juez es el encargado de resolver las disputas relevantes para el derecho, no existe ningún argumento para justificar que pueda apartarse de la Constitución, que es la norma de normas o la ley de leyes. Si se concediera esta licencia, se estaría aceptando que los conflictos laborales, comerciales, administrativos o de familia, pueden resolverse al margen de los derechos fundamentales de las personas involucradas o que pueden ser objeto de juicios que vulneren por entero el debido proceso constitucional. En estas circunstancias, tendría que aceptarse la vigencia apenas residual de la Constitución y de los derechos fundamentales que ella incorpora, así como la existencia de un poder omnímodo de interpretación y aplicación del derecho legislado en cabeza de los jueces. Nada más alejado de los justos anhelos del Estado constitucional.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-131/93.

Todo esto no significa que en todos los casos los jueces deban aplicar directamente los derechos fundamentales para regular las relaciones entre particulares. Lo que significa es que en ningún caso pueden olvidar la existencia de estos derechos, desconocer la interpretación que de los mismos ha hecho su intérprete autorizado, aplicar disposiciones legales o reglamentarias abiertamente inconstitucionales o violar el debido proceso constitucional.

¿Es el control constitucional de las sentencias una figura exótica del derecho colombiano?

Dado que en la actualidad resulta mayoritariamente aceptado el valor normativo y prevalente de la Constitución y la primacía de los derechos fundamentales¹⁵, la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos democráticos han adoptado, bien a través de reformas constitucionales o legales bien mediante una fructífera actividad judicial, distintos sistemas de control constitucional de las decisiones judiciales¹⁶.

En general, puede afirmarse que en los sistemas de control constitucional difuso (como Estados Unidos o Argentina), en los cuales no existe una jurisdicción constitucional concentrada, la jurisprudencia de las altas cortes ha evolucionado hasta el punto de establecer el control constitucional de las sentencias en virtud de los recursos ordinarios o extraordinarios existentes.

¹⁵ Incluso se ha llegado a hablar de un derecho fundamental a la integridad y supremacía de la Constitución y del derecho fundamental a la protección inmediata de los derechos fundamentales. A este respecto puede consultarse la sentencia de Tutela T-006/92.

¹⁶ Existen algunas excepciones a esta regla. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana prohíbe la posibilidad de iniciar un proceso de amparo contra una resolución judicial. Por su parte en Chile y Perú sólo se admite el amparo contra decisiones judiciales, respectivamente, cuando se trate de proteger el derecho de defensa de personas que pese a no haber sido vinculadas al proceso resultaron directamente afectadas y cuando resulte evidente que se pretermitieron los elementos esenciales del debido proceso, es decir, contra aquellas resoluciones judiciales proferidas en el marco de un *proceso irregular*. Sobre la figura en la jurisdicción constitucional iberoamericana, puede consultarse García Belaúnde y Fernández Segado *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica; La Protección Constitucional del Ciudadano*, Ciedla, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1999. En internet puede consultarse la página sobre justicia constitucional en Iberoamérica, del Instituto Manuel García Pelayo de la Universidad Carlos III, de Madrid (www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm) y la página de la Comisión Andina de Juristas (www.cajpe.org.pe). Para el caso europeo puede consultarse, L. Favorieu y otros, *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. En particular, para el caso Alemán es ilustrativo el artículo de Christian Stark, "Jurisdicción Constitucional y Tribunales Ordinarios", en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 18, num. 53, mayo - agosto 1998, pág. 11 a 33.

En efecto, recursos originalmente establecidos para el control de legalidad de las resoluciones judiciales han evolucionado, en la mayoría de los casos por vía de interpretación judicial, hasta el punto de servir de vehículo para el control de constitucionalidad de las sentencias. En estos casos, el órgano de cierre del sistema es la Corte Suprema, organismo encargado de definir, en la última instancia, la interpretación autorizada tanto de la ley como de la Constitución.

Por su parte, los sistemas jurídicos que cuentan con modelos de control constitucional concentrado o mixto, en los que existe una jurisdicción constitucional especializada, (como Alemania, España o Colombia) se encuentran provistos de un recurso especial (recurso de queja por inconstitucionalidad, recurso de amparo o acción de tutela) en virtud del cual es posible someter, ante la jurisdicción constitucional, el estudio de una providencia que lesione derechos constitucionales fundamentales. En la mayoría de estos sistemas, el recurso especial es subsidiario, expedito y limitado exclusivamente a la cuestión constitucional. En consecuencia, el juez de amparo o de tutela no puede suplantar al juez natural en el análisis de los asuntos fácticos o de mera legalidad. Por lo tanto, la orden de amparo no puede ser otra que la de declarar la nulidad de la providencia impugnada, sin que el juez constitucional pueda proceder a dictar una nueva resolución judicial que resuelva el fondo de la cuestión. En otras palabras, el recurso de amparo contra decisiones judiciales no establece una instancia adicional del proceso judicial. Se limita simplemente a crear una etapa de mero control constitucional de la providencia impugnada.

De todo lo anterior resulta claro que el control constitucional de las providencias judiciales no es una figura exótica del derecho colombiano. En efecto, salvo algunos casos excepcionales, los Estados en los cuales existe un control concentrado de constitucionalidad arbitran recursos especiales –ordinariamente subsidiarios, expeditos y restringidos a la cuestión constitucional - para que la jurisdicción constitucional pueda conocer de la violación de los derechos fundamentales cuando esta tiene como origen directo e inmediato una providencia judicial.

*¿Cuál es el papel de la Corte Constitucional frente a los otros órganos del poder judicial y cuál el valor de su jurisprudencia?*¹⁷

En los modelos mixtos o concentrados de control constitucional, el intérprete autorizado de la Constitución es el correspondiente Tribunal Constitucional, mientras que los tribunales superiores – o cortes supremas – son los máximos intérpretes del derecho legislado. En consecuencia, el tribunal constitucional

¹⁷ Ver referencia bibliográfica de la nota de pie N° 3. En particular sobre el valor del precedente Diego López op. cit. (2000)

no puede definir la interpretación correcta de un precepto legal salvo que se trate, a la vez, de definir una cuestión de relevancia constitucional. Al mismo tiempo, el órgano judicial que debe establecer el contenido y alcance de las normas constitucionales es la corte o tribunal constitucional.

Como ya se mencionó, en tales modelos los mecanismos de control constitucional de las decisiones judiciales buscan garantizar, entre otros, los principios de igualdad y seguridad jurídica a través de la vinculación de todos los jueces a un único *órgano de cierre* en materia de interpretación constitucional. En efecto, si no fuera así, tendría que aceptarse la existencia simultánea de dos interpretaciones válidas de la Constitución: una realizada por el tribunal constitucional frente a actos u omisiones del legislador o de la administración y otra, efectuada por la corte o tribunal supremo, frente a las decisiones judiciales. En este evento bien podría suceder, por ejemplo, que el alcance del principio de igualdad según la Corte Constitucional permitiera al legislador la adopción de medidas de diferenciación positiva por razón de género y que, sin embargo, la Corte Suprema entendiera que la aplicación de una norma preconstitucional de derecho de familia desde una perspectiva de género para beneficiar al grupo tradicionalmente marginado, vulnera el derecho a la no discriminación dado que, según está interpretación, estaría prohibida toda diferenciación en la aplicación de la ley en virtud del mencionado criterio. Resulta evidente que la cuestión sobre el alcance del artículo 13 de la Carta no puede estar librada a dos órganos judiciales paralelos sin que exista un único órgano de cierre el sistema. Flaco servicio se presta al Estado de derecho y al principio de seguridad jurídica si los ciudadanos no tienen certeza sobre cuál es el alcance real de las normas constitucionales que los gobiernan.

No sobra advertir que, en procesos de cambio constitucional, el recurso de control constitucional de las providencias judiciales resulta fundamental para permitir la actualización del derecho legislado conforme a los nuevos principios, valores y derechos constitucionales. En efecto, un cambio radical de las normas constitucionales tiene como efecto necesario la transformación de la interpretación del derecho preconstitucional y esto sólo se logra si el intérprete autorizado de la Carta puede orientar la labor de los operadores jurídicos, en especial de los jueces, conforme los nuevos valores, principios y reglas constitucionales.

En suma, aceptado el valor normativo de la Constitución y la necesidad de contar con un único órgano judicial de cierre del sistema, no parecería que exista ninguna objeción razonable para que la jurisdicción constitucional pueda conocer no sólo de las actuaciones de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público que vulneren los derechos fundamentales sino, incluso, las que surgen de los propios jueces.

No obstante, resta definir cuál es el valor de la jurisprudencia constitucional en un modelo político-constitucional fundado en el principio democrático. En efecto, si la tutela puede proceder contra una providencia judicial cuando quiera que esta se aparte de la doctrina sentada por la Corte Constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental es porque, tácitamente, se está aceptando que la doctrina constitucional es fuente de derecho y vincula directamente a los operadores jurídicos. La gran objeción contra este presupuesto - que en el fondo es la objeción de siempre contra la existencia misma de la jurisdicción constitucional -, consiste en señalar que en un Estado fundado en el principio democrático los jueces - incluso los magistrados de las Cortes Constitucionales, que suelen tener un origen democrático indirecto - no tienen legitimidad para *hacer derecho*. La objeción es cierta si por *hacer derecho* se entiende la facultad de definir, en virtud de consideraciones meramente políticas, discrecionales o de conveniencia, el contenido de las norma jurídicas. No obstante, si de lo que se trata es de definir el alcance de las normas constitucionales, con fundamento en estrictos principios de interpretación constitucional y respetando las competencias propias de los órganos políticos, la objeción pierde fuerza argumental frente a las razones que sustentan la existencia de la justicia constitucional.

A este respecto, pese a las limitaciones de espacio, vale la pena simplemente mencionar las premisas que fundamentan la existencia misma de los modelos de control de constitucionalidad y que son aplicables al presente debate. En primer lugar, si bien el Estado constitucional se funda en el principio democrático y, en consecuencia las normas jurídicas que limitan los derechos y libertades sólo pueden tener origen directo o indirecto en el pueblo, lo cierto es que, por decisión directa - y afortunada - del propio constituyente, el debate democrático tiene un límite infranqueable: las normas constitucionales. En consecuencia, debe existir un órgano independiente y autónomo que, al margen del debate político coyuntural, es decir, de la posición de las mayorías eventuales, defienda los mínimos éticos y políticos que legitiman la existencia misma del Estado; en suma, defienda la Constitución. En este sentido, la decisión del constituyente colombiano fue la de conferir a la jurisdicción constitucional y, en particular, a la Corte Constitucional, la tarea de ser garante de la Constitución. No obstante, por su propia naturaleza las normas constitucionales suelen tener una estructura distinta a aquella que tienen las normas de derecho legislado, esto es, una estructura más *abierta* que permita interpretaciones variadas y flexibles a fin de que la Constitución pueda respetar el pluralismo democrático y perdurar en el tiempo manteniendo actualizada su vigencia y eficacia en los más diversos contextos. En esta medida, la interpretación Constitucional es particularmente compleja y por lo tanto exige la aplicación de principios y técnicas especializadas de forma tal que permita encontrar, en cada momento, el

contenido específico o concreto de las normas a interpretar¹⁸. Dicho contenido concreto no es otra cosa que la *ratio decidendi*, es decir, la razón de derecho de fondo que justifica y legitima la decisión judicial. Ahora bien, el valor del precedente, es decir de la *ratio decidendi* de una sentencia, como fuente del derecho ha sufrido enormes cambios desde el surgimiento del Estado legislado o Estado de derecho hace poco más de dos siglos en Europa continental, hasta la consagración del Estado Constitucional o estado social de derecho en buena parte de las Constituciones que se han formulado a partir de la segunda mitad del siglo XX. Hoy en día es incuestionable que el precedente judicial constituye fuente de derecho, no sólo en el derecho constitucional, sino en el derecho ordinario. Nadie dudaría un momento en aceptar la legitimidad de la Corte Suprema para casar una sentencia fundada en el hecho de que el juez que la profirió inaplicó la doctrina civil o laboral dictada por dicha Corte y consagrada en sus precedentes. De la misma manera, nadie debe asombrarse porque la Corte Constitucional conceda una tutela contra una sentencia proferida en abierta contravía de la doctrina constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental. La cuestión reside entonces en saber definir con precisión cuál es el alcance de las competencias de cada órgano y cuál el verdadero precedente que surge de cada sentencia. Sin pretender minimizar la importancia o complejidad de estas cuestiones, lo cierto es que las mismas pueden ser resueltas sin necesidad de cercenar de tajo la valiosa garantía que en este artículo se discute.

En suma, en cuanto respecta al principio democrático, basta con reiterar que no existe ninguna razón para sostener que la Corte Constitucional pueda, en aplicación de la doctrina constitucional vigente, declarar inconstitucional una ley – manifestación por excelencia del principio democrático – y, sin embargo, no tenga competencia para pronunciarse sobre una sentencia que ha aplicado una norma de derecho legislado en abierta violación de esa misma doctrina constitucional. Así mismo, no puede lógicamente afirmarse que existe violación del principio de autonomía funcional cuando procede una tutela contra un juez que ha aplicado una norma legal en abierta contradicción a la doctrina de la Corte Constitucional sobre el alcance de un derecho fundamental. Lo contrario sería trasladar al juez ordinario una facultad que, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica, sólo puede corresponder al máximo tribunal constitucional: definir el contenido mínimo no negociable de los derechos fundamentales.

¹⁸ Sobre la estructura de las normas constitucionales y los modelos de interpretación existentes pueden consultarse, entre otros, R. Alexy *Teoría de los derechos fundamentales*; Enrique Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

En suma, el valor del precedente judicial no tiene otra función que la de dar unidad al ordenamiento jurídico y asegurar la eficacia plena de los imperativos constitucionales según han sido interpretados por aquel a quien el propio constituyente asignó la tarea de protegerlos. Por ello no parece razonable, si se aceptan las premisas en las que se funda todo modelo de justicia constitucional, que se rechace de plano la procedencia de un recurso o acción, ante la jurisdicción constitucional contra las providencias judiciales que eventualmente puedan vulnerar o amenazar un derecho fundamental.

Ahora bien, el hecho de que encontremos muy necesaria la existencia de un recurso ante la jurisdicción constitucional para impugnar las providencias judiciales que lesionen los derechos fundamentales, no nos impide ver las dificultades que ello acarrea. En efecto, los riesgos antes mencionados sobre una posible usurpación de funciones o sobre la disolución de la legislación en doctrina constitucional, son latentes y deben ser evitados. Para ello, es necesario que tanto el legislador como los jueces y, en especial, la propia Corte Constitucional, establezcan con prudencia los márgenes de acción de la jurisdicción constitucional en esta materia y definan con atención las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales así como los alcances del fallo del juez constitucional.

Resta, en consecuencia, estudiar la reglamentación que tanto el legislador como la Corte Constitucional han hecho de la *acción de tutela contra providencias judiciales*.

2. Origen, evolución y estado actual de la tutela contra providencias judiciales en Colombia¹

El origen: debates en la Asamblea Nacional Constituyente

26

Como es sabido, el artículo 86 de la Constitución colombiana señala que la acción de tutela procederá contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas que amenacen o vulneren un derecho fundamental. En efecto, en su parte pertinente establece:

Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma y por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (...)

¹ Esta segunda parte del artículo corresponde a una versión corregida y aumentada de una conferencia dictada por la autora y publicada en el libro *Memorias del curso Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Defensoría del Pueblo - USAID, julio de 2001.

En consecuencia, no puede afirmarse que la tutela contra decisiones judiciales se encuentre expresamente prohibida por el texto constitucional. Por el contrario, la amplitud de la fórmula empleada por el constituyente permite formular la tesis contraria: la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades judiciales, no importa su naturaleza. No obstante, en la Asamblea Constituyente se dieron algunos debates de importancia sobre esta cuestión. En efecto, la ponencia presentada a la Comisión Primera de la Asamblea señalaba, de manera expresa, que la acción de tutela «no procederá en relación con situaciones consumadas o irreversibles, o sobre las cuales se haya producido una decisión con fuerza de cosa juzgada». A este respecto, constituyentes como Juan Carlos Esguerra Portocarrero fueron enfáticos, durante todo el debate del que hoy es el artículo 86 de la Carta, al indicar que la tutela por su propia naturaleza, no podía proceder contra situaciones consumadas o contra sentencia que hubieran hecho tránsito a cosa juzgada. Señalaba el constituyente Portocarrero que era el juez de la causa quien debía definir las cuestiones constitucionales que se suscitaran en el proceso respectivo². Sin embargo, la Asamblea Nacional Constituyente terminó por aprobar la fórmula antes transcrita, cuya amplitud permite suponer, sin mayores ejercicios intelectuales, que si los jueces son autoridades públicas, la acción de tutela procede contra todas sus actuaciones u omisiones cuando quiera que vulneren derechos fundamentales. En suma, el texto aprobado por la Asamblea parece incluir, dentro del radio de acción de la tutela, las providencias judiciales.

Regulación legal de la figura: Decreto 2591 de 1991³

Siguiendo las indicaciones del constituyente, el legislador extraordinario

² Al respecto puede consultarse, entre otros, el informe presentado a la plenaria, y publicado en la *Gaceta Constitucional*, 77

³ En el presente acápite se estudia únicamente la reglamentación surtida a través del decreto 2591 de 1991, pues es la única que, hasta ahora, ha tenido alguna vigencia. No obstante es importante advertir que, en ejercicio de la facultad reglamentaria conferida al Presidente por la Constitución, el gobierno expidió el Decreto Reglamentario N° 1382 de 2000, en virtud del cual se reglamentaron algunos aspectos del procedimiento de la acción de tutela cuando quiera que esta estuviere dirigida contra una providencia judicial. No obstante el Decreto fue considerado inconstitucional por la Corte Constitucional que, en dos Autos de Sala Plena (de 26-9-2000 y 27-2-2001), apelando a la figura de la excepción de inconstitucionalidad, decidió inaplicarlo y, en el segundo de ellos, ordenó el efecto *inter pares* (es decir *erga omnes*) de la decisión. Posteriormente el Gobierno optó por suspender durante un año la aplicación del Decreto mencionado hasta tanto el Consejo de Estado declarara si el mismo se ajustaba o no al ordenamiento jurídico (Decreto Reglamentario 404 de marzo 14 de 2001). Recientemente el Consejo de Estado desestimó la demanda de nulidad del citado decreto, pero la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió inaplicar esta última decisión por considerar que la Sección del Consejo de Estado que la había proferido no era la competente para pronunciarse sobre ese tipo de decretos. La cuestión volvió nuevamente a la Corte Constitucional y está pendiente de decisión.

expidió el Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la acción de tutela), a través del cual reguló la procedencia de la acción de tutela cuando la misma se dirigiera contra decisiones judiciales (arts. 11, 12 y 40). En primer lugar, conforme a lo expuesto por el constituyente Esguerra Portocarrero, no hace parte de la naturaleza de la acción de tutela proceder contra sentencias judiciales «que hubieran hecho tránsito a cosa juzgada». Sin embargo, bajo el entendido de que es el legislador quien define en qué momento una sentencia hace tránsito a cosa juzgada, el Decreto 2591 estableció que la tutela contra providencias judiciales sólo podía ser interpuesta dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia (art. 11). Sólo vencido el término de caducidad mencionado, la sentencia adquiriría fuerza de cosa juzgada.

Adicionalmente, el precitado Decreto radicó la competencia para conocer de las tutelas contra sentencias judiciales en el superior jerárquico correspondiente. Si se trataba de magistrados o de una sala o sección, debía conocer el magistrado o la sala o sección que siguiere en turno (art. 40). Esta norma pretendía desarrollar los principios de jerarquía y especialización propios de la jurisdicción ordinaria y contencioso administrativa. De otra parte, el Decreto señalaba que la acción sólo podía proceder si la sentencia impugnada era la causa directa de la violación de los derechos fundamentales, siempre que se hubieran agotado la totalidad de los recursos existentes y que, por lo tanto, no existiera otro medio idóneo para impugnarla. Sin embargo, la acción podía proceder transitoriamente si se trataba de evitar la consumación de un perjuicio *iustificadamente* de carácter irremediable (art. 40). De otra parte, según el artículo 40 del Decreto citado, la tutela no procedería por errónea interpretación judicial de la ley ni para controvertir pruebas. Finalmente, para evitar el uso abusivo de esta acción, el Decreto 2591 señalaba que el apoderado que interpusiera una tutela temeraria quedaría incurso en falta disciplinaria (art. 40).

28

Evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Primera etapa: el apogeo de la figura

En aplicación de las normas citadas, la Corte Constitucional profirió, entre otras, dos importantes sentencias. La primera, que se ocupó de explicar en detalle los fundamentos y alcances del control constitucional de las providencias judiciales, fue la sentencia T-006/92. Esta providencia constituye un pequeño tratado de derecho constitucional, en el cual se definen, entre otros, los efectos constitucionales de los principios de primacía e integridad de la Constitución y prevalencia de los derechos fundamentales. Adicionalmente, se establecen algunos criterios para delimitar el alcance de la tutela contra sentencias, a raíz de lo cual se definen algunas reglas sobre las relaciones entre

el juez constitucional y juez ordinario. Al respecto, y pese a su extensión, resulta pertinente citar los siguientes apartes:

El principio de autodeterminación del pueblo refiere a éste el origen del poder público y de las principales decisiones políticas que configuran y unifican la comunidad. La tesis de la inimpugnabilidad judicial de las sentencias contrarias a los derechos fundamentales representa el más sutil traslado de la soberanía del pueblo a los jueces por ella instituidos, que así quedan libres de toda atadura constitucional para coartar la democracia y los procesos sociales a través de los cuales germina y se expresa la voluntad popular. No hay democracia sin autodeterminación del pueblo; ni autodeterminación del pueblo sin respeto hacia el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales; ni respeto a los derechos fundamentales si su violación no puede controlarse, verificarse y sancionarse. (..)

La acción de tutela puede recaer sobre sentencias y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces, Tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derechos constitucional fundamental. En este evento, la actuación del juez de conocimiento se circunscribe al examen y decisión de la materia constitucional con prescindencia de todo aquello que no tenga que ver con la vulneración o amenaza de vulneración del derecho constitucional fundamental. La acción de tutela no representa frente a los respectivos procesos judiciales, instancia ni recurso alguno. (...)

La competencia de la Corte Constitucional para revisar sentencias de tutela es una manifestación de su posición como máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional y obedece a la necesidad de unificar la jurisprudencia nacional sobre derechos fundamentales. La actuación de ésta permite darle cohesión e integrar en sentido sustancial la aplicación e interpretación de la Constitución en las restantes jurisdicciones. La jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional aparte de los efectos de cosa juzgada constitucional de sus sentencias, tendrá una influencia irradiadora importante en los casos de aplicación preferente de la Constitución frente a otras normas⁴.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-006/92

Posteriormente, en atención a la doctrina sentada en la T-006/92, la Corte profirió la sentencia T-494/92, mediante la cual concedió la tutela contra una sentencia judicial que, a juicio de la Corte Constitucional, vulneraba los derechos fundamental de la actora. Se trataba de un caso en el cual la compañera permanente de una persona que había fallecido, alegaba tener derechos sobre la casa en la cual había habitado con su compañero permanente durante más de 24 años. Sin embargo, el juez civil, aplicando la teoría tradicional de la llamada «sociedad de hecho», consideró que la legítima heredera era la hermana del *decurjus*, dado que la casa estaba a nombre de este último y que la actora no podía demostrar que había aportado *recursos económicos* a la sociedad marital de hecho, pues su actividad, durante todos los años de convivencia, había sido la de atender las labores domésticas. A juicio de la Corte Constitucional, la tesis según la cual el trabajo doméstico no podía ser entendido como un aporte a la sociedad de hecho entre compañeros permanentes, vulneraba el derecho a la igualdad de las miles de mujeres que se dedican de manera permanente y exclusiva a este tipo de actividades. Este argumento, sumado a otros que hacen relación a la interpretación del derecho preconstitucional conforme a las normas de la nueva Constitución, condujo a la Corte a conceder la tutela de los derechos fundamentales de la actora vulnerados por la decisión adoptada por el juez civil de la causa.

Por supuesto, estas decisiones crearon un enorme malestar entre las distintas Cortes y generaron un fuerte debate a la figura en comento. De una parte, se afirmaba que la tutela contra sentencias no era otra cosa que una patente de corso a través de la cual el juez constitucional podía usurpar integralmente las competencias de las otras jurisdicciones y disolver el derecho legislado en mero decisionismo judicial. Sin embargo, de otro lado, se alegaba que esta figura era un instrumento invaluable para actualizar la interpretación de la ley y lograr un ajuste del derecho legislado a los nuevos valores y principios del Estado social y democrático de derecho. Se afirmaba que era el camino para lograr un acercamiento del derecho a la realidad a través de la realización de la justicia material.

Fue entonces cuando resultaron demandadas las disposiciones antes comentadas del Decreto 2591 de 1991, demanda que dio lugar a la sentencia C-543/92.

Segunda etapa: declaración de inexecutable de las normas que regulaban la procedencia de la tutela contra sentencias y primera formulación de la tesis de *la vía de hecho judicial*: sentencia C-543/92

A través de la sentencia C-543/92, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991. La Corte señaló que la acción de tutela no podía proceder contra decisiones judiciales en la medida en que ello vulneraba el principio de la cosa juzgada y, por contera, el valor de la seguridad jurídica.

El argumento central de la Corporación puede resumirse como sigue: en primer lugar, la Corte concluyó que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no podía tener término de caducidad. En consecuencia, el artículo 11 del Decreto 2591 era inconstitucional, dado que establecía un plazo perentorio de 2 meses para interposición de la citada acción. Ahora bien, según la Corte, la posibilidad de interponer, en cualquier tiempo, una acción de tutela contra decisiones judiciales vulneraba flagrantemente el principio de la cosa juzgada. En consecuencia, ante la imposibilidad de definir un término de caducidad de la acción, resultaba abiertamente inconstitucional permitir que la misma procediera contra decisiones judiciales, por vulneración del principio de la cosa juzgada y, por contera, de la seguridad jurídica.

Finalmente, la Corte indicó que la tutela contra sentencias violaba el principio de autonomía funcional del juez dado que permitía la intervención en el proceso ordinario de un funcionario de otra jurisdicción.

Para fundamentar su decisión, la Corte se apoyó, entre otras cosas, en las ponencias presentadas por algunos constituyentes a la Asamblea Nacional Constituyente en las que se afirma, como ya se mencionó, que no es de la esencia de la acción de tutela proceder contra providencias judiciales⁵.

Sin embargo, en un párrafo de la sentencia comentada, la Corte entendió que la acción de tutela sí podía proceder contra omisiones injustificadas o actuaciones de hecho de los funcionarios judiciales, cuando quiera que las mismas vulneraran los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Así mismo, aceptó la Corte la procedencia transitoria de la acción para evitar la consumación de un perjuicio irremediable contra decisiones judiciales que vulneraran los derechos fundamentales siempre que estas no fueran definitivas. Al respecto dijo la Corte:

De conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y sus resoluciones son obligatorias para particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su

⁵ Una posición opuesta a la de la mayoría quedó expresada en el salvamento de voto a la sentencia comentada, suscrito por los magistrados Alejandro Martínez Caballero, Ciro Angarita Barón y Eduardo Cifuentes Muñoz.

cargo, que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe contra los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente. En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.

A partir de lo señalado en el párrafo transcrito, la Corporación elaboró la doctrina de la procedencia de la acción de tutela contra vías de hecho judiciales. Resta pues definir los alcances jurisprudenciales de dicha doctrina.

Tercera etapa: construcción doctrinal de la teoría de la vía de hecho judicial

Previo un periodo en el cual la Corte se mantuvo relativamente parca frente a la aplicación y desarrollo de la teoría de la vía de hecho judicial, la sentencia T-079/93 comenzó un proceso de desarrollo creciente y configuración detallada de la referida teoría.

En esta providencia, la Corte confirmó una decisión de la Corte Suprema de Justicia a través de la cual la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria anuló, por vía de tutela, una sentencia de homologación de una resolución de abandono de un menor, adoptada con violación flagrante del derecho de la madre al debido proceso. En este caso era evidente que la resolución de abandono – que daría paso al trámite de adopción del menor-, se había adoptado vulnerando los más elementales principios del derecho de defensa de la madre y, por consiguiente, la consideración de la sentencia de homologación como una vía de hecho carecía de toda resistencia. En la precitada sentencia la Corte indicó:

A los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley. Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad y capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamenta-

les de la persona. La doctrina de las vías de hecho (...) tiene por objeto proscribir las actuaciones arbitrarias de la autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas.

A partir de esta sentencia, y consciente de los riesgos que podía implicar la tesis de la vía de hecho judicial, la Corte asumió la tarea de elaborar una doctrina más detallada, que permitiera una mejor aplicación de la figura en comento.

En términos generales podría afirmarse que, según la doctrina vigente, la acción de tutela sólo puede proceder contra una providencia judicial cuando se cumplan los requisitos ordinarios de procedibilidad establecidos en el artículo 86 de la Constitución. Adicionalmente, se requiere que la resolución impugnada constituya una auténtica vía de hecho judicial, que tenga un efecto grave y evidente sobre los derechos fundamentales del actor. Ahora bien, resulta importante detenerse en cada uno de los requisitos mencionados a fin de identificar sus rasgos característicos.

Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales

a) *Debe tratarse de una cuestión de evidente relevancia constitucional.* La acción de tutela sólo procede contra decisiones judiciales cuando se trate de la defensa de un derecho fundamental directamente vulnerado o amenazado por la decisión impugnada. En consecuencia, la acción de tutela no puede interponerse cuando se pretenda debatir un asunto de mera legalidad que para nada se relaciona con los derechos fundamentales de la parte presuntamente afectada. La tutela no es pues una instancia ni un medio para controlar la legalidad de la actuación, sino un instrumento de control constitucional de la actividad judicial. En consecuencia, la Corte ha señalado que el juez constitucional debe ser particularmente cuidadoso y circunscribir su actuación, exclusivamente, al asunto constitucional discutido⁶. Es por esta razón que, como se verá adelante, lo único que puede hacer el juez constitucional al verificar la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, es ordenar la nulidad de la providencia defectuosa, pero, de ninguna manera, adoptar una decisión sobre el fondo del asunto debatido en el proceso.

b) *No sustituye ni reemplaza a los medios ordinarios o extraordinarios de defensa judicial.* La acción de tutela sólo procede cuando no existe otro medio de defensa judicial, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio irremediable. No sobra advertir que el perjuicio que se pretende evitar debe recaer sobre un derecho fundamental. Así, por ejemplo, la violación al debido proceso, que

⁶ Corte Constitucional, sentencia T-173/93

puede ser corregida en una segunda instancia pero que podría tener como efecto la consumación de un perjuicio patrimonial, no es razón suficiente para la procedencia de la acción de tutela dado que, en principio, los derechos patrimoniales no son derechos fundamentales. En otras palabras el perjuicio que se pretende evitar mediante este recurso especial es aquel que tiene la condición de *iusfundamental* y que, de ninguna manera, puede ser remediado posteriormente.

En aquellos casos en los cuales la acción de tutela se concede para evitar la consumación de un perjuicio *iusfundamental* de carácter irremediable, los efectos del fallo de tutela son meramente transitorios y quedan supeditados a la decisión final adoptada por el juez de la causa.

En criterio de la Corte Constitucional,

siempre debe haber una necesidad de acudir a la tutela, y no una mera opción. Si se interpone la acción de tutela es porque hay un principio de razón suficiente que lo justifica. No se instituyó este mecanismo como un medio de sustitución, sino como un medio subsidiario – regla general-, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento excepcional. Pero aún en este caso no se sustituye la vía ordinaria, porque la tutela es transitoria, es decir, se acudiría a la vía ordinaria de todas maneras⁷.

34 c) *Si el interesado dejó de acudir a los medios ordinarios de defensa, la acción de tutela resulta improcedente.* En principio, cuando la parte afectada dejó de acudir a los medios ordinarios de defensa judicial, la acción de tutela resulta improcedente. A este respecto, la Corte ha señalado que la tutela no puede ser utilizada para revivir términos judiciales cuando estos han vencido sin que la parte afectada hubiera hecho nada para evitarlo. Sin embargo la Corte ha aceptado una excepción a esta causal de improcedencia. En efecto, en aquellos casos en los cuales se demuestre que el vencimiento de los términos no puede imputarse de ninguna manera a la persona afectada, por aparecer absolutamente demostrado que no existió grado alguno de incuria, negligencia o imprudencia que le pueda ser imputable, y que se trata de uno de aquellos sujetos que reciben especial protección constitucional o cuando la responsabilidad por el vencimiento recae exclusivamente en el Estado, la acción de tutela puede proceder. En estos casos, es necesario demostrar, además, que el daño *iusfundamental* que se produce es de mayor entidad constitucional que el principio que ampara la fuerza de cosa juzgada de la decisión que dejó de ser impugnada.

Aplicando esta teoría, la Corporación concedió el amparo solicitado por una

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-327/94

persona humilde, carente de cualquier tipo de instrucción, que había sido condenada a pagar un pena superior a la establecida en la normas legales vigentes, sin que el apoderado de oficio o el ministerio público interpusieran los recursos del caso para impedir tal exabrupto⁸.

d) *La acción de tutela sólo procede cuando el defecto encontrado en la sentencia es absolutamente protuberante.* La Corte ha sido enfática al indicar que una simple irregularidad, eventualmente violatoria del derecho al debido proceso, no es causa suficiente para la procedencia de la acción de tutela. En efecto, en criterio de la Corte

los defectos calificados como vía de hecho son aquellos que tienen una dimensión superlativa y que, en esa misma medida, agravan el ordenamiento jurídico: los errores ordinarios, aún graves, de los jueces *in iudicando* o *in procedendo*, no franquean las puertas de este tipo de control que, por lo visto, se reserva para los que en grado absoluto y protuberante se apartan de los dictados del derecho y de sus principios y que, por lo tanto, en la forma o en su contenido traslucen un comportamiento arbitrario y puramente voluntarista por parte del juez que los profiere⁹.

En este sentido, incluso defectos que pueden originar una nulidad no tienen necesariamente que dar lugar a una vía de hecho. A este respecto la Corte ha indicado que *la vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser imputada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún, en cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley*¹⁰.

e) *La acción de tutela contra un defecto advertido en el curso del proceso solo es procedente si el defecto tiene, o puede tener, un impacto directo en la decisión judicial que finalmente compromete los derechos sustantivos de la persona afectada.* La configuración de algún vicio procesal que no tenga un efecto determinante en la providencia judicial que afecta los derechos sustanciales de las partes, no puede servir de pretexto para impugnar, mediante la acción de tutela, esta última decisión. En este sentido se manifestó la Corte al entender que, si bien era cierto que en el proceso penal impugnado el funcionario judicial había practicado y valorado una

⁸ Corte Constitucional, sentencia T-567/98. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias, T-329/96; -T-378/97; - T-573/97; T-654/98.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-231/94. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, T-442/93; T-258/94; T-55/97.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-231/94.

prueba obtenida con violación del debido proceso, ese dato no era suficiente para ordenar, a través de una acción de tutela, la anulación de la sentencia condenatoria. A juicio de la Corte, la nulidad de la mencionada prueba no tenía como efecto necesario una variación en el sentido del fallo, dada la existencia de otras pruebas que razonablemente podían conducir a la misma decisión. En palabras de la Corporación *sólo en aquellos casos en los cuales la prueba nula de pleno derecho constituya la única muestra de culpabilidad del condenado, sin la cual necesariamente habría de variar el juicio del fallador, procedería la tutela contra la decisión judicial que la tuvo en cuenta, siempre y cuando se cumplan, por supuesto, los restantes requisitos de procedibilidad de la acción*¹¹. Ahora bien, lo anterior no obsta para que la persona afectada pueda interponer los recursos ordinarios o extraordinarios que procedan para impugnar la prueba viciada.

f) *La tutela no procede contra decisiones judiciales que confieren derechos aparentemente legítimos a terceros de buena fe, cuando estos se encuentran plenamente consolidados y el titular del derecho fundamental dejó de actuar de manera pronta y oportuna*¹². A pesar de que la regla jurisprudencial anterior no indica un término estricto de caducidad, sí establece un tiempo razonable dentro del cual debe hacerse exigible el deber de acudir a la justicia para reclamar la protección de los derechos vulnerados o amenazados. Si bien la regla enunciada no ha tenido desarrollo doctrinal, seguramente resultará fundamental para la reglamentación y utilización futura de la tutela contra providencias judiciales.

g) *En principio, la carga de la prueba recae en el actor*. Usualmente, y salvo que trate de sujetos especialmente protegidos o de casos extraordinariamente graves, la carga de probar cada uno de los elementos que han sido mencionados recae sobre el actor¹³. En efecto, no es función del juez de tutela entrar a estudiar, a partir de afirmaciones vagas y genéricas, si en el curso del proceso ordinario se produjo una vía de hecho judicial violatoria de los derechos fundamentales del actor.

h) *La interposición de una acción temeraria debe dar lugar a la condena en costas*. En varias oportunidades, la Corte ha condenado en costas al apoderado que interpone una tutela abiertamente improcedente. En estos casos, la Corte ha autorizado imponer sanciones por temeridad para evitar el abuso de este instrumento de defensa de los derechos fundamentales¹⁴.

i) *El juez constitucional no puede suplantar al juez ordinario en la adopción de la*

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-008/98

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-961/2000

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-654/98.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-280/98.

correspondiente decisión. El juez de tutela solo tiene competencia para ordenar al funcionario judicial cuya providencia se impugna, que anule la decisión, cuando quiera que se reúnan los requisitos antes mencionados. En otras palabras, el juez de tutela no puede, en principio, anular directamente la providencia objeto de estudio ni proferir una nueva decisión resolviendo la cuestión de fondo sometida a litigio judicial. A este respecto, la Corte ha señalado que «la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales en ningún caso puede convertirse en una justificación para que el juez encargado de ordenar la protección de los derechos fundamentales, entre a resolver la cuestión litigiosa debatida dentro del proceso»¹⁵.

j) *La acción de tutela sólo procede contra providencias judiciales que puedan ser calificadas como vías de hecho*. En un principio, la Corte sostuvo que una vía de hecho judicial era aquella providencia que se encontrare absolutamente afectada por una vulneración radical del debido proceso constitucional. Sin embargo, más recientemente, la Corporación ha señalado que puede ser calificada como *vía de hecho judicial* aquella decisión que, pese a no incurrir en un vicio procesal manifiesto, se aparta de la doctrina de la Corte Constitucional sobre el alcance y contenido mínimo no negociable de un derecho fundamental. En suma, para que una providencia pueda ser calificada como vía de hecho, es necesario que se demuestre la ocurrencia de alguno de los siguientes defectos: (1) *procesal*, que se origina cuando el juez o el fiscal actúan completamente alejados de las normas procesales aplicables; (2) *orgánico o de competencia*, que se produce cuando la autoridad judicial carece absolutamente de competencia para producir la providencia impugnada¹⁶; (3) *fáctico o probatorio*, cuando el servidor público deja de decretar o practicar pruebas absolutamente conducentes o pertinentes que han sido debidamente solicitadas, o cuando deja de valorar pruebas fundamentales radicadas en el expediente o existe una evidente contradicción entre los datos fácticos del proceso y la decisión judicial finalmente adoptada; (4) *material o sustantivo*, que se produce cuando el funcionario judicial aplica una norma inexistente o absolutamente impertinente o profiere una decisión que carece absolutamente de fundamento jurídico o interpreta en forma completamente arbitraria la disposición aplicable. En suma se trata de casos de absoluta falta de motivación o desviación de poder o de la aplicación del derecho legislado en abierta contradicción con la doctrina constitucional vigente sobre el alcance de los derechos fundamentales.

No sobra advertir que la diferenciación antes realizada tiene, funda-

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-500/95.

¹⁶ La primera sentencia en la que la Corte se refiere explícitamente a estos cuatro defectos es la T-231/94.

mentalmente, efectos analíticos, pues en la práctica no resulta extraño que un defecto material constituya, adicionalmente, una falla procesal u orgánica. En otras palabras, al estudiar la providencia demandada, el juez constitucional puede encontrar que esta reúna, al mismo tiempo y por la misma causa, dos o más defectos. No obstante, es importante hacer la diferenciación analítica para una mejor comprensión de la doctrina constitucional aplicable al tema. En este sentido, resulta relevante establecer las características de aquellas conductas que, según la jurisprudencia de la Corte, pueden dar lugar a cada uno de los vicios o defectos mencionados.

Vía de hecho judicial por defecto procesal

Es muy importante recordar que para que se configure una auténtica vía de hecho, el defecto procesal advertido tiene que ser de tal magnitud que afecte, de manera irremediable, el contenido constitucional del debido proceso. En otras palabras, no cualquier falla en el procedimiento da lugar a una vía de hecho judicial. A este respecto, la Corte ha indicado que un acto a través del cual se pretermite por entero una de las instancias judiciales, o se impide arbitrariamente la utilización de un recurso necesario para la defensa¹⁷, o se omite por completo la notificación a uno de los sujetos interesados¹⁸, constituye una vía de hecho por defecto procesal. No obstante, como ya se mencionó, la Corte ha indicado que una falla en el proceso de notificación que no impida que la persona pueda conocer el acto que se notifica como un error mecanográfico prácticamente intrascendente en la publicación de un edicto – no da lugar a una vía de hecho judicial.

Así mismo, la Corte ha entendido que las dilaciones injustificadas de los funcionarios judiciales constituyen vías de hecho por defecto procesal susceptibles de ser impugnadas a través de la acción de tutela. En este sentido, la Corporación ha establecido: «nada obsta para que por vía de la acción de tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales»¹⁹. Sobre el carácter de la justificación, dijo la Corte:

el artículo 29 de la Constitución señala que hace parte de la garantía fundamental en él plasmada el derecho de todo sindicado a un debido proceso sin dilaciones injustificadas. Esa nor-

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias T-538/94; SU-478/97.

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia T-654/98

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia T-248/93.

ma, entendida en armonía con la del artículo 228, establece un principio general – el de obligatoriedad de los términos –, que únicamente admite excepciones muy circunstanciales, alusivas a casos en concreto, cuando no quepa duda del carácter justificado de la mora. La justificación, que es de alcance restrictivo, consiste únicamente en la situación probada y objetivamente insuperable, que impide al juez o fiscal adoptar oportunamente la decisión²⁰.

Adicionalmente, origina una vía de hecho por defecto procesal la conducta del funcionario judicial en virtud de la cual se dilata o se omite el cumplimiento de una providencia judicial. A este respecto, la Corte ha señalado: «si una concreta petición de pruebas es elevada al fiscal, éste debe responderla expresamente en un sentido positivo o negativo. De lo contrario, se sustrae a la parte, de manera injusta y arbitraria, el derecho que tiene a recurrir a esa específica actuación judicial»²¹.

En decisión posterior dijo la Corte: «el derecho de acceso a la justicia (art. 229 C.P.), que tiene el carácter de fundamental, implica no sólo la posibilidad de poner en movimiento, a través de la formulación de una pretensión, la actividad jurisdicción al Estado, sino la de obtener una pronta resolución de la misma, y que la decisión estimatoria de la pretensión logre su plena eficacia, mediante el mecanismo de la ejecución de la respectiva sentencia, que tienda a su adecuado cumplimiento»²².

En este mismo sentido se ha pronunciado la Corporación frente al incumplimiento de sentencias de *habeas Corpus* cuando quiera que la autoridad judicial, con el fin de legalizar una situación irregular profiere una decisión que tiende a impedir la ejecución de la orden de libertad²³.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que la falta de defensa técnica o material por causas imputables al Estado pueden llegar a viciar el procedimiento hasta el punto en el que la sentencia finalmente proferida constituya una vía de hecho judicial²⁴. Sin embargo, para que la falla en la defensa pueda dar origen a una vía de hecho susceptible de ser impugnada mediante la acción de tutela, no es suficiente probar la existencia de una defensa deficiente. Al respecto ha dicho la Corte:

Para considerar si una determinada sentencia judicial constituye

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-055/94.

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-055/94.

²² Corte Constitucional, sentencia T-081/94

²³ Corte Constitucional, sentencia T-046/93

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-654/98; T-589/99.

una vía de hecho no basta con demostrar que existieron fallas en la defensa técnica del procesado. Esta última cuestión servirá, sí, para alegar vulneración de los derechos de quien es sujeto de la acción judicial y ejercer los recursos ordinarios o extraordinarios del caso, pero no habilita, por sí misma, la procedencia de la acción de tutela. Para que pueda solicitarse el amparo constitucional mediante la mencionada acción será necesario, adicionalmente, demostrar los siguientes 4 elementos: (1) que efectivamente existieron fallas en la defensa que desde ninguna perspectiva posible pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada; (2) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; (3) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados – sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental –; (4) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, si las deficiencias en la defensa del implicado no tienen un efecto definitivo y notorio sobre la decisión judicial o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra las decisiones judiciales del caso²⁵

Vía de hecho por defecto orgánico o falta absoluta de competencia

40

Constituye una vía de hecho la providencia proferida por un funcionario judicial abiertamente incompetente²⁶. Sin embargo, si la autoridad judicial se encuentra autorizada por una norma –legal o administrativa– amparada por el principio de constitucionalidad o legalidad, no puede declararse la vía de hecho, simplemente, porque el actor considera que la norma habilitante es inconstitucional o ilegal. En estos casos es necesario que se demuestre que dicha norma es, a primera vista, manifiestamente contraria a derecho. Así se expresó la Corte frente a una acción de tutela interpuesta contra una decisión proferida por un fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia que actuaba amparado en una resolución del Fiscal General de la Nación, que le trasfería algunas de las competencias de este último funcionario. En esta

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-654/8.

²⁶ Corte Constitucional, sentencia T-668/97

oportunidad dijo la Corte:

solo en aquellos casos en los cuales el acto que adscribe la competencia resulte manifiestamente contrario a derecho –bien por la notoria y evidente falta de idoneidad del funcionario que lo expidió, ora porque su contenido sea abiertamente antijurídico-, el juez constitucional puede trasladar el vicio del acto habilitante al acto que se produce en ejercicio de la atribución ilegalmente otorgada. Sólo en las condiciones descritas puede el juez constitucional afirmar que la facultad para proferir la decisión judicial cuestionada no entra dentro de la órbita de competencia del funcionario que la profirió y, por lo tanto, constituye una vía de hecho por defecto orgánico²⁷.

Vía de hecho judicial por defecto fáctico absoluto

La Corte ha entendido que el funcionario judicial que deja de decretar, practicar o valorar una prueba absolutamente imprescindible para la defensa de los derechos sustantivos de alguno de los sujetos procesales, incurre en una vía de hecho judicial. Así por ejemplo, la Corporación encontró configurada una vía de hecho en un caso en el cual el fiscal había dejado de practicar la totalidad de las pruebas oportunamente solicitadas por el sindicado y que tenían la función de desvirtuar la cadena indiciaria que, según el funcionario judicial, permitía demostrar la participación del sujeto en el hecho delictivo investigado²⁸.

No obstante, la Corte advirtió que la mera existencia de un auto que rechaza las pruebas solicitadas no constituye razón suficiente para conceder la tutela. Dijo la Corte:

no tratando de pruebas absoluta y ostensiblemente imprescindibles para la defensa y atendiendo al hecho de que la solicitud no surgió de hechos nuevos que hubieren sorprendido al sindicado al momento del cierre de la investigación y, por lo tanto, que éste contó con un término razonable para solicitar tales pruebas, la Sala considera que la misma, por sus características intrínsecas no constituye una vía de hecho susceptible de ser impugnada a través de la acción de la tutela²⁹.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la valoración de la prueba es,

²⁷ Corte Constitucional, sentencia T-324/96

²⁸ Corte Constitucional, sentencia T-589/99. En el mismo sentido pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-005/94; T-442/94; T-324/96; T-329/96; T-654/98.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-234/96

en principio, una cuestión que atañe de manera exclusiva al juez de la causa, quien debe inspirarse en los principios de la sana crítica. A este respecto, ha reconocido que el funcionario judicial es titular de un gran poder discrecional para valorar las pruebas. Incluso, ha llegado a sostener que

el campo en el que la independencia del juez se mantiene con mayor vigor es el de la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el juez de la causa es el que puede apreciar y valorar de la manera más certera el material probatorio que obra dentro del proceso. Por eso la regla general de que la figura del vía de hecho solamente puede tener aplicación en situaciones extremas debe ser manejada de forma aún más restrictiva cuando se trata de debates acerca de si el material probatorio fue valorado en la debida forma. Sólo excepcionalmente puede el juez constitucional entrar a decidir sobre la significación y la jerarquización de las pruebas que obran en un proceso determinado, puesto que él no ha participado de ninguna manera en la práctica de las mismas³⁰.

Los casos excepcionales a los que hace referencia la sentencia citada son aquellos eventos en los cuales resulta manifiesto que el juez ha utilizado su poder de una manera arbitraria, completamente al margen de los principios de la sana crítica. Según la jurisprudencia de la Corte, el ejercicio del poder de valoración de la prueba resulta arbitrario cuando el funcionario omite por completo la valoración de pruebas que inciden de manera determinante en la decisión³¹; valora pruebas determinantes que no fueron conocidas ni controvertidas por el sujeto procesal afectado³² o que fueron obtenidas con violación al debido proceso³³; o, excepcionalmente, en aquellos casos en los cuales existe un error ostensible, flagrante y manifiesto en el juicio valorativo de la prueba, siempre que el mismo tenga un incidencia directa en la decisión³⁴.

Finalmente, en aquellos eventos en los cuales una falla contundente de la defensa técnica hubiera generado que el acervo probatorio en el que se basó el juez para proferir una determinada providencia judicial, no resultara «de un proceso en el que el imputado hubiese podido solicitar las pruebas necesarias para probar su eventual inocencia o controvertir las que condujeron a demostrar su responsabilidad», la sentencia correspondiente será una vía de hecho judicial por defecto fáctico³⁵.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T-055/97.

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-329/96

³² Corte Constitucional, sentencias C-150/92; C-609/96.

³³ Corte Constitucional, sentencia T-008/98.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia T-442/94

³⁵ Corte Constitucional, sentencia T-654/98

Vía de hecho judicial por defecto material o sustantivo

El defecto material puede producirse por diversas causas: por carecer de fundamento jurídico alguno, o por la aplicación de una disposición absolutamente impertinente; por aplicación de una disposición abiertamente inconstitucional; por interpretación completamente errada de la disposición aplicable; o por incoherencia radical y absoluta entre los fundamentos jurídicos y la decisión. Resulta importante hacer una breve referencia a la jurisprudencia sobre cada una de estas conductas.

En primer lugar, la Corte ha entendido que constituye vía de hecho la conducta del funcionario judicial que adopta una providencia sin fundamento alguno³⁶. A este respecto, por ejemplo, la sentencia T-158/93 declaró procedente la acción de tutela al encontrar que la decisión judicial impugnada constituía una vía de hecho por defecto material dado que carecía de fundamento jurídico. En efecto, en dicha sentencia, la Corte consideró que constituía una vía de hecho la exigencia, por parte del funcionario judicial, de un requisito jurídicamente inexistente para poder acudir al recurso de apelación.

Igualmente, la Corte ha considerado que es obligación del funcionario judicial aplicar las normas pertinentes. A este respecto ha señalado:

la sujeción al imperio de la ley por los jueces (CP art. 230), si se entiende que puede ser a cualquier ley, así sea la menos pertinente para resolver el asunto bajo su consideración, daría lugar a la creación de un poder personal, que es justamente lo que combate dicho principio³⁷.

En segundo lugar, en la sentencia T-572/94, la Corte consideró que la decisión de la justicia penal militar, amparada en una disposición del Código Penal Militar, según la cual se impedía a la madre de un soldado voluntario constituirse como parte dentro del proceso penal por el presunto homicidio de su hijo, constituía una vía de hecho por aplicación de una disposición abiertamente inconstitucional. En esta oportunidad, la Corte ordenó la inaplicación de la norma del régimen penal militar que no permitía la constitución en parte civil y, por consiguiente, protegió el derecho de la madre a hacerse parte en el respectivo proceso.

En tercer término, la Corte ha indicado que se produce una vía de hecho por defecto material cuando existe una abierta y franca incompatibilidad entre los fundamentos jurídicos de una decisión y la decisión misma³⁸. En este caso, se

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-100/98

³⁷ Corte Constitucional, sentencia T-231/94

³⁸ Corte Constitucional, sentencia T-100/98

configura una auténtica falta de motivación y, por lo tanto, se vulnera el debido proceso constitucional y se violenta el principio que legitima la función judicial.

En cuarto lugar, constituye vía de hecho la decisión judicial que se funda en una interpretación absolutamente indebida de una disposición legal. Al respecto, la Corte ha señalado con claridad que, en principio, los debates sobre la adecuada interpretación de una norma legal o reglamentaria no pueden dar origen a una acción de tutela contra providencia judicial. En su criterio, el principio de la autonomía funcional de jueces y fiscales (CP art. 230) les confiere a estos funcionarios la facultad de escoger, entre las diversas interpretaciones de una norma, la que consideren más ajustada al ordenamiento jurídico en su conjunto. En aplicación de esta teoría, la Corte ha negado múltiples solicitudes de tutela, pues, a su juicio, la procedencia de la tutela en estas circunstancias equivaldría a convertir al juez constitucional en una instancia más del proceso. A este respecto la Corte ha señalado:

Sólo las actuaciones judiciales que realmente contengan una decisión arbitraria, con evidente, directa e importante repercusión en el proceso, en perjuicio de los derechos fundamentales, pueden ser susceptibles de ataque en sede constitucional. No así las decisiones que estén sustentadas en un determinado criterio jurídico, que pueda ser admisible a la luz del ordenamiento, o interpretación de las normas aplicables, pues de lo contrario se estaría atentando contra el principio de la autonomía judicial.³⁹

44 Ahora bien, en algunos casos excepcionales, la Corte ha entendido que los funcionarios judiciales no están autorizados para escoger, de las varias interpretaciones posibles, la que consideren más adecuada. En particular, la Corporación ha señalado que dentro del derecho penal, el funcionario judicial está constitucionalmente obligado a seleccionar la interpretación que resulte acorde con el principio de favorabilidad y con el derecho de acceso a la administración de justicia⁴⁰. Igualmente, la Corporación ha establecido que cuando existan dos interpretaciones razonables de una norma, y una de ellas conduzca a una decisión inhibitoria una vez se ha producido la caducidad de la acción, el funcionario judicial está obligado a escoger la interpretación alternativa, es decir, aquella que le permita pronunciarse de fondo sobre el asunto debatido⁴¹.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-100/98.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-538/94

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-017/2000

Finalmente, y en este mismo sentido, la Corte ha encontrado que constituye una vía de hecho por defecto material, la decisión judicial que se aparta, de manera absoluta y sin justificación, de la doctrina constitucional vigente, siempre que se trate de la interpretación sobre el alcance constitucional mínimo, y por lo tanto no negociable, de un derecho constitucional fundamental⁴².

Sobre esta última forma de configuración de una vía de hecho resulta bastante ilustrativa la aclaración de voto formulada por el magistrado Rodrigo Uprimny a la sentencia T-1306/01. Al respecto dice el texto citado:

es cierto que en principio las meras discrepancias interpretativas no implican nunca una vía de hecho, pues la Constitución reconoce la autonomía funcional del juez en el ejercicio de sus funciones (CP art. 230). Sin embargo, como esta Corte Constitucional lo ha señalado de manera reiterada, ese principio tiene una limitación cuando la discrepancia se relaciona con el alcance de los mandatos constitucionales. En efecto como lo señaló la sentencia SU-327 de 1995, si hay discrepancia sobre el sentido de una norma constitucional entre el juez ordinario (dentro del cual para estos efectos hay que incluir al de casación) y la Corte Constitucional, es el juicio de esta el que prevalece, tal como se desprende, con toda nitidez, del fallo C-083 de 1995, al declarar la exequibilidad del artículo 8 de la ley 153 de 1.887 .

En idéntico sentido se ha manifestado la Corte en otras decisiones en las cuales la sentencia impugnada a través de la acción de tutela es fruto de una interpretación que, pese a no ser arbitraria desde el punto de vista del derecho legislado, desde la perspectiva del derecho constitucional - y en particular de la doctrina proferida por su intérprete autorizado - resulta violatoria de los derechos fundamentales comprometidos en el proceso. En estos casos excepcionales, la Corte Constitucional, ratificando muchas veces decisiones proferidas por la Corte Suprema⁴³, ha considerado que el juez que se aparta sin razón suficiente de la doctrina constitucional vigente ocasionando con ello una lesión a los derechos fundamentales comprometidos en el proceso, incurre en una vía de hecho judicial susceptible de ser impug-

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-123/95; C-037/96

⁴³ Cfr. Corte Constitucional sentencia T- 1017 de 1999

nada mediante la acción de tutela.

Reflexiones finales

Como se ha visto, existen poderosas razones para mantener en el ordenamiento jurídico la posibilidad de impugnar, mediante la acción de tutela, decisiones judiciales que han vulnerado derechos fundamentales, contra las cuales no procede ya recurso alguno. A este respecto existe adicionalmente una rica y coherente doctrina constitucional que merece ser estudiada con detenimiento para poder discutir con rigor sobre las bondades y riesgos de la figura en Colombia. Sin embargo, es cierto que existen algunos vacíos en el ordenamiento que deben ser cubiertos, preferiblemente por el legislador y, en su defecto, por la doctrina constitucional, a fin de que la operación de este importante instrumento de protección no tenga efectos colaterales nocivos para el ordenamiento constitucional.

Parece entonces que ha llegado el momento de hacer una evaluación realista y sosegada de la figura en comento y de proponer las alternativas de solución a los problemas y lagunas advertidos, sin que tales propuestas pasen por abolir de plano su existencia o por vaciarla de contenido. Para ello es importante que el debate se dé francamente. Es importante saber si lo que se quiere es que la jurisdicción constitucional quede reducida a su mínima expresión para poder regresar a los privilegios que existían antes de la Carta de 1991 o si, por el contrario, se busca mejorar y profundizar los mecanismos existentes para tener una jurisdicción constitucional fuerte y, en consecuencia, un sistema de garantías poderoso contra la arbitrariedad, y flexible y dúctil para satisfacer las necesidades de los seres humanos reconocidas en forma de derechos. Parece que esta última fue la apuesta de la Constitución de 1991. Una apuesta por la garantía plena y efectiva de los derechos de todos los habitantes de Colombia. Y esta es la misión indeclinable de la jurisdicción constitucional que, pese a todas las dificultades, en estos diez años de vigencia de la Constitución ha generado un nuevo modelo de actuación judicial, más cercano al ciudadano y más próximo a la realización de la verdadera justicia material.

ESTADO MÍNIMO Y ESTADO SOCIAL

EL RESULTADO DE ESTA COMBINACIÓN DE CONFLICTOS DE TAN DIVERSA ÍNDOLE, donde se combinan nuevos y viejos actores, es la *creciente autonomía y difusión de las formas violentas*: la guerra pierde la racionalidad de medio político para convertirse en una mezcla inextricable de protagonistas declarados y ejecutantes oficiosos, que combinan objetivos políticos y militares con fines económicos y sociales, lo mismo que iniciativas individuales con acciones colectivas y luchas en el ámbito nacional con enfrentamientos de carácter regional y local.

Fernán E. González,
«La violencia política y las dificultades de la construcción de lo público en Colombia:
una mirada de larga duración», en VV.AA., *Las violencias: inclusión creciente*

PUDIERA PENSARSE QUE, DADA LA INTENSIDAD Y CRUELDAD DEL CONFLICTO ARMADO en nuestro país, y el profundo impacto que tienen sobre la vida de casi todos nosotros, las consideraciones sobre la crisis institucional (...), no son prioritarias en estos momentos. Pero podría pensarse también que una de las raíces de nuestros permanentes conflictos es precisamente este vacío institucional. Así como North propone que sólo ciertas instituciones promueven la acumulación de capital y el crecimiento económico, es posible asimismo que sólo ciertos marcos institucionales suministren las condiciones necesarias para la coexistencia pacífica. La ineficiencia de las estructuras de las que depende nuestra viabilidad como sociedad ha llegado a tal punto que, incluso si llegáramos a una suspensión inminente de la lucha armada, no es claro que dispongamos de un marco de interacción que garantice a mediano o a largo plazo la estabilidad económica y social.

Magdalena Holguín,
«Instituciones», en *La filosofía y la crisis colombiana*

Conflicto armado colombiano, Estado mínimo y utopías
Boris Salazar

El Carácter normativo del Estado social de derecho
Diana Patricia Quintero Mosquera

El Costo de los derechos sociales
Luis Jaime Salgar Vegalara

CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO, ESTADO MÍNIMO Y UTOPIÁS

BORIS SALAZAR ¹

This article applies the framework from Robert Nozick's 1974 book *Anarchy, State and Utopia* to the contemporary Colombian state. Nozick uses economic theory to portray the groups as competitors in a market that sells protection, and that results, counter-intuitively, in a monopoly. The article uses this theory to study the situation in Colombia, in which many people have opted out of the State, seeking protection from other groups. Indeed, there is little evidence that a traditional nation-state with sovereignty over all of its territory will arise in Colombia. But Colombians have used «filtering mechanisms» of trial and error, which Nozick theorized, to choose the best social order at the local level. Associations between communities and groups that offer protection could eventually defuse the dispute between these groups.

¿Todos contra el Estado?

Lo dijo Daniel Pécaut, en diciembre del año pasado: «En Colombia todos están contra el Estado». ¿Quiénes son todos? Pécaut (2001) no vaciló al hacer la lista de los sospechosos de siempre: «(...)los gremios empresariales, los sindicatos, los pueblos están en contra del Estado». Y si todos están en contra del Estado, ¿por qué, entonces, todos, o muchos, no dejan de quejarse de la ausencia del Estado? ¿Por qué otros, incluso, piden un Estado fuerte? ¿Por qué la ilusión generalizada de superar la situación catastrófica de hoy mediante el advenimiento de un Estado que garantizara, al menos, el orden y el monopolio del uso de la fuerza? Más aún, si todos están en contra del Estado, ¿cómo puede aún sobrevivir ese Estado maltrecho? Y esos todos, ¿están formando otros Estados que pretenderían disputar el poder del

¹ El autor agradece los comentarios de María del Pilar Castillo.

Estado bajo ataque? Y si no lo están haciendo, ¿bajo qué tipo de organización política vivirían? ¿Sería viable, de pronto, la anarquía como forma de organización política en Colombia?

Las preguntas, claro, apuntan en demasiadas direcciones. Dan la impresión de no pertenecer a un orden de investigación definido. Ni siquiera se sabe de qué Estado hablan los que así hablan del Estado ausente o del Estado fuerte por venir. Convendría cambiar el ángulo de interrogación. Preguntar, por ejemplo: ¿Y si el Estado de hoy fuera el producto inevitable de las acciones de todos los colombianos durante el último siglo? Al hacerlo, estaría preguntando desde el enfoque que propusiera Robert Nozick en *Anarquía, Estado y Utopía* (1974/ 1988, de ahora en adelante AEU). Nozick llamó «explicaciones de mano invisible» (AEU, 31) al enfoque que pretendía explicar el surgimiento del Estado (sin importar su tipo) como el resultado de un proceso no planeado, un proceso cuyo «diseño completo» no ha estado en la mente de nadie. Este artículo es un intento de vincular el enfoque usado por Nozick en *Anarquía, Estado y Utopía* a la situación del Estado en la Colombia de hoy. No pretende afirmar la existencia de alguna similitud estructural entre el Estado a favor del cual Nozick argumentó en su libro y la situación real del Estado y el poder en Colombia. Tampoco quiere hacer una aplicación inmediata del enfoque propuesto por Nozick a la situación colombiana. Sólo quiere llamar la atención sobre la potencialidad analítica y explicativa de la propuesta de Nozick para entender lo que hoy ocurre con el Estado y con el orden político en nuestro país. Intentará argumentar a favor de la superioridad del tipo de explicación propuesto por Nozick sobre las explicaciones corrientes acerca de la ausencia del Estado, la necesidad de un Estado más fuerte o las posibilidades del Estado-Nación en las circunstancias de hoy en Colombia.

50 Propongo una descripción provisional de la situación del Estado en la Colombia de hoy. En un número creciente de territorios pertenecientes al dominio del Estado colombiano han aparecido grupos armados que dicen ofrecer servicios de protección a los habitantes de esas regiones (a cambio de tributación, lealtad e información), y aspiran a reemplazar al Estado en el monopolio del uso de la fuerza. Esos grupos pueden clasificarse según su número de hombres, sus reclamos históricos, su ideología, la extensión y el número de los territorios en los que operan, las redes a las que están vinculados y el número de habitantes que están bajo su protección o que deben llegar a transacciones con ellos para sobrevivir. No intentaré describir aquí ni su historia ni sus propósitos. Para efectos de esta reflexión sólo dos rasgos son relevantes: su deseo de disputar el monopolio de la fuerza que debería detentar el Estado y su oferta de protección a los civiles contra la violencia ejercida por ellos mismos y por otros grupos armados. La complejidad de las

interacciones entre esas organizaciones armadas, el poder del Estado y las decisiones de los civiles contrasta con la liviandad de las explicaciones corrientes que sólo constatan una pretendida debilidad o ausencia del Estado y piden, en tonos diversos, su fortalecimiento, su expansión o su reemplazo por una organización estatal superior. Es mi intuición que el enfoque analítico propuesto por Nozick permitiría iniciar un acercamiento sistemático (uno de los varios posibles) a los procesos que han conducido al estado en el que hoy se encuentra el poder del Estado en Colombia².

El argumento de Nozick

¿Cuál sería el punto de partida pertinente para la reflexión propuesta? Si siguiera la tradición de la filosofía política, el punto de partida sería un Estado de Naturaleza del que se desprenderían, en forma espontánea, los procesos que han conducido al estado de hoy. Pero aquí ya aparece una dificultad. La descripción que hice más arriba de la situación colombiana habla de la existencia de varias organizaciones armadas que pretenden proteger a los ciudadanos, disputan el monopolio de la fuerza del Estado, y violan en forma sistemática los derechos de propiedad. No es el Estado de Naturaleza clásico (ni el de Locke ni el de Hobbes), pero sí es un estado en el que el poder del Estado está en cuestión y en el que en muchos territorios han surgido agencias de protección que le disputan el monopolio de la fuerza al Estado. Sería una situación a medio camino entre el Estado de Naturaleza convencional y el Estado mínimo que Nozick propone como resultado natural de la lucha entre diversas agencias de protección. Lo interesante de esta situación, lo que la llena de interrogantes, es que se produce cuando ya había un Estado en Colombia, cuando el proceso de lucha entre agencias de protección distintas ya había culminado, al parecer, con la consolidación del poder del Estado, cuando los vestigios de esa lucha habían desaparecido con el aniquilamiento de las bandas armadas a comienzos de los años sesenta, y cuando los embates de la violencia contra el Estado proveniente del narcotráfico ya habían cesado en la década pasada. A pesar de todos esos hechos, hoy nos encontramos, sin embargo, ante un proceso sui géneris

² La situación colombiana no es particular. En el llamado mundo en desarrollo muchos países se encuentran en situaciones en las que el terrorismo, el crimen organizado, la rebelión armada, la guerra civil, y la violencia sin más ponen en cuestión el monopolio del Estado sobre la fuerza. En todos ellos el poder y la viabilidad del Estado-Nación están en cuestión. El África Sub Sahariana, Latinoamérica y el Este del Asia son las regiones en las que esta situación es más pronunciada. Para una reflexión actual sobre la viabilidad del Estado tal como lo conocemos, ver: Kaplan (2002).

de destrucción del Estado y de regreso hacia una situación fluida de lucha por el poder territorial y por el monopolio de la fuerza.

Una de las vías metodológicas a seguir es recorrer el camino de regreso desde el Estado-Nación hacia una situación de disputa violenta entre diversas agencias de protección. Pero, ¿es válido este recorrido en términos analíticos? Recuérdese que el punto de partida de Nozick es un Estado de Naturaleza a la Locke, en el que individuos libres tienen que enfrentar la violación de sus derechos por otros individuos, generando un estado de negociación interminable, motivado por los intereses egoístas de cada uno y por la necesidad, para los ofendidos, de resarcir sus pérdidas y de buscar compensación por la violencia sufrida en sus cuerpos y propiedades. Los individuos libres amenazados, dice Nozick, buscarían protegerse, primero por sí mismos, luego en unión con otros, generando un proceso evolutivo³ en el que sumarse a la fuerza creciente de los que defienden sus derechos es una estrategia superior a las otras alternativas existentes⁴. Sin embargo, en cada territorio, delimitado en principio en términos geográficos, varios procesos similares pueden desencadenarse al mismo tiempo. Recuérdese que se trata de múltiples procesos, iniciados en forma espontánea por diversos individuos, ninguno de los cuales posee ni su plan ni su diseño final. La implicación es transparente: «Al inicio, varias y diferentes asociaciones o compañías de protección ofrecerán sus servicios en la misma zona geográfica» (AEU, 28).

El resultado inevitable es que las agencias activas en cada territorio luchan en forma violenta hasta que una de ellas alcance el monopolio de la fuerza dentro de sus límites geográficos naturales. ¿En qué radica la fuerza analítica del proceso propuesto por Nozick? En dos razones fundamentales. La primera es que demuestra la imposibilidad de la coexistencia de varias agencias de protección en un territorio. La segunda es que no hay otra línea de argumentación analítica superior (al menos hasta ese momento). Una vez establecida la existencia de múltiples agencias de protección, Nozick considera tres resultados analíticos posibles. En el primero, la lucha entre las agencias de protección lleva a la derrota sistemática de una o de varias de ellas. Los clientes de las agencias derrotadas optarán, en forma racional, por

52

³ El Nozick de *Invariances* (200, 123ss), su último libro, usa con fuerza argumentos de tipo evolutivo. Es decir, un argumento se haría más fuerte si tiene de su parte un proceso evolutivo que lo fundamente.

⁴ Hay una versión más fuerte. Jane Hampton (1986) muestra que la mejor jugada o la mejor estrategia para los individuos amenazados (o para los guerreros más débiles) en un estado de guerra es sumarse a la agencia más fuerte, así sea por la vía de la amenaza. El punto es que no hay una estrategia superior disponible, y la amenaza no es más que un incentivo para resolver el problema de coordinación existente.

sumarse a la agencia vencedora —la que garantiza, en forma efectiva, su protección—. El segundo supone un estadio posterior de la confrontación entre agencias. Ahora están situadas en áreas geográficas distintas. Sin embargo, no dejarán de expandirse. Pero su expansión tiene un límite muy fuerte: en la medida en que se alejen de su centro de poder, o centro firme, la probabilidad de perder las batallas que sostienen aumenta. Los límites geográficos se ven reforzados por los límites que la interacción estratégica entre ellas genera. De nuevo, los clientes de las agencias respectivas toman decisiones racionales con respecto a su localización: o se sitúan dentro del área de influencia de su agencia inicial, o cambian de agencia de protección. El resultado, sin embargo, es el mismo: sólo una agencia de protección es viable dentro de los límites geográficos de un territorio. El tercer resultado sugiere el surgimiento de un poder superior o de unos tribunales que decidirían las disputas entre agencias que no logran un resultado definido a través de sus intercambios violentos. La predicción de Nozick es precisa: de la anarquía original, a través de múltiples procesos (que incluyen desde las economías de escala, hasta la racionalidad individual, pasando por la presión de asociaciones espontáneas), «surge algo que se parece mucho a un Estado mínimo o a un grupo de Estados mínimos geográficamente diferentes» (AEU, 29).

Nozick logra sus resultados dialogando con la teoría económica. He aquí un mercado, dice Nozick, que no puede ser competitivo en el sentido de la teoría económica contemporánea. Es decir, la interacción propia de este mercado —que Nozick no define en forma explícita— conduce a que el número de competidores se reduzca en forma dramática hasta converger a un resultado que parece contra intuitivo: un solo competidor, convertido en monopolista, permanece en él. Aunque Nozick no define en forma explícita el mercado que tiene en mente, sí define el producto que se intercambiaría en ese mercado: la protección contra otros. ¿Cuáles serían los agentes de este mercado de protección? Habría un conjunto de oferentes de protección contra otros (que incluye a todos los demás oferentes menos el mismo), y un conjunto de compradores del mismo bien. La condición para que una de las agencias logre el máximo valor para su producto depende del éxito que tenga protegiendo a sus clientes contra las amenazas de los otros, es decir, de su capacidad de aniquilar o neutralizar el poder de amenaza y de protección de sus competidores. Al contrario de lo que ocurre en los mercados competitivos, no todos los oferentes pueden vender, al precio de mercado, la cantidad que estén en capacidad de proveer del mismo producto (protección en este caso). En el mercado de protección, el valor del producto de cada agencia depende de su interacción violenta con las demás. ¿Por qué debe ser violenta esa interacción? Porque el valor del producto de cada una depende de la desvalorización del producto de las restantes, a menos que surgiera una coa-

lición que incluyera a todas, o a la mayoría, de las agencias de protección. Si las incluyera a todas, estaríamos otra vez ante un tipo de Estado mínimo. Si al menos una quedara excluida, la coalición dominante ejercería la violencia sobre ella con resultados previsibles.

¿Qué conducta deberían seguir los compradores en este mercado particular? Deberían comprar los servicios de la agencia que los proteja, de la forma más efectiva posible, contra las amenazas de los otros individuos y de sus agencias protectoras. Pero, ¿cómo saber con certeza cuál es la agencia más creíble? No hay una fórmula que asegure con certeza absoluta cómo elegir la agencia más efectiva de protección. Hay un camino, sin embargo: pequeñas diferencias en el número de clientes que buscan los servicios de una agencia o de otra pueden convertirse en grandes diferencias en el valor del producto protección derivado de sus acciones. La argumentación de Nozick podría presentarse así: Sea un orden del valor de los productos de protección. Este orden depende, por supuesto, de la percepción que tienen los clientes de la efectividad de los servicios prestados por cada agencia. El valor de cada producto o servicio depende, en forma estricta, del número de asociados, o de clientes, que eligen su protección. Pero este orden no es continuo: entre el valor de la agencia que tiene el mayor número de asociados y el de la segunda hay una brecha que tiende a ampliarse. Las pequeñas diferencias tienden a expandirse⁵, a través de la aparición de rendimientos crecientes y economías de escala, hasta hacer insostenible la situación de la segunda agencia. Al final, sólo una agencia de protección puede prestar sus servicios en un territorio geográfico.

54 Aquí es crucial una pregunta que Nozick no planteó en forma explícita: ¿Qué tan estable es esa configuración de Estados mínimos? Nozick supone que los límites geográficos son estructurales: ningún Estado mínimo intentaría extender sus servicios de protección más allá de los límites geográficos existentes. Pero el argumento usado para justificar el surgimiento de esos Estados puede replicarse para la interacción entre varios Estados mínimos: dos de ellos podrían aliarse contra otro y la fuerza relativa de su coalición podría hacer que otros Estados se unieran a ella, hasta formar una coalición dominante que conformaría un Estado único. Se trata de un argumento de tipo lógico que conduce, en forma inevitable, a un resultado previsible: el

⁵ Este tipo de argumento ya había sido presentado por Hobbes (Lev, 17, 3, 85-6), tal como lo señala Hampton (169). Hobbes es quizás el primer pensador que introduce la noción de pequeños y de grandes números en la solución de problemas de cooperación en las ciencias sociales, y el primero también que hace notar la inestabilidad inherente a las confederaciones o coaliciones pequeñas.

surgimiento de una agencia dominante, o de una coalición de ellas, que se convierte en un Estado mínimo. Sin embargo, ese argumento de tipo lógico debe ser sometido a la prueba difícil de su estabilidad. Es probable que surja alguna agencia o coalición de agencias que no acepte la protección del Estado existente. Es probable que la existencia de circunstancias sociales conflictivas lleven a la violencia y al debilitamiento del monopolio de la fuerza por parte del Estado. En cualquier caso, el punto crucial es que el surgimiento de un Estado mínimo no garantiza su estabilidad. Las mismas fuerzas que llevaron a su aparición pueden llevar a su destrucción o a su fragmentación. Las vías hacia la rebelión o hacia la confrontación son múltiples. Es posible que el Estado mínimo resultante sea una agencia «ilícita», basada en el pillaje, el despojo y la extorsión. La reacción de sus protegidos no puede ser sino una: el boicot deliberado de esa agencia y de sus acciones. Es posible, también, que el Estado mínimo sea usado por algunos para su propio beneficio. La reacción de los que no participan de ese uso debe llevar a confrontar a los primeros y, en últimas, a cuestionar el poder de ese Estado. Es posible que el Estado mínimo haya sobrepasado sus límites geográficos iniciales y deba enfrentar la reacción de grupos provenientes de las regiones anexadas. Y es posible que organizaciones armadas, basadas en reclamos justos o injustos (Collier, 2000), logren crecer en ciertas regiones y llegar a convertirse en agencias que le disputan el monopolio de la fuerza al Estado. Nada garantiza, pues, que el Estado mínimo se mantenga como la agencia de protección dominante. Pareciera, entonces, que la argumentación que conduce al Estado mínimo puede conducir, también, a un estado de guerra y de confrontación entre agencias de protección.

En el caso colombiano debe considerarse otra posibilidad. ¿Qué ocurriría con la argumentación de Nozick si un Estado Nación no logra «cubrir» o controlar todos los territorios bajo su dominio? ¿Qué ocurriría si para muchos individuos la vida bajo el dominio del Estado se volviera insostenible y prefirieran emigrar hacia territorios en los que el control del Estado es inexistente? Esta última pregunta puede contestarse desde el enfoque de Nozick: los individuos que encuentran insostenible vivir bajo el control del Estado tienen todo el derecho para buscar lugares en los que puedan llevar una vida mejor, en los que incluso puedan adquirir propiedades y hacer uso pleno de las posibilidades del mercado. No estoy diciendo que las migraciones ocurridas en los años sesenta y setenta en Colombia fueron una respuesta a la opresión del Estado. Sólo estoy suponiendo que esos ciudadanos sentían que no eran protegidos por el Estado o que éste no los incluía a ellos bajo su protección o que no había oportunidades económicas suficientes en las regiones en las que vivían. La conclusión, en cualquiera de las alternativas, es que muchos ciudadanos, sin importar sus motivaciones, eligieron no perma-

necer bajo la protección del Estado. Más que de rebelión contra el Estado, lo que aparece es un abandono voluntario de su espacio de dominio. Podría decirse que una de las características del Estado colombiano es que nunca ha tenido un dominio pleno sobre sus territorios y poblaciones. Este elemento particular del caso colombiano refuerza la idea de una disolución del Estado, mínimo o de otro tipo, a través de las acciones de individuos y grupos que no ven la aceptación del control del Estado como la mejor alternativa para sobrevivir y hacer uso de las oportunidades existentes.

¿Podría concluirse, entonces, que Nozick falló en su tarea de justificar un Estado mínimo como superior a cualquier situación de anarquía? Si su argumentación puede usarse en ambas direcciones, si el Estado mínimo surgido de su relato puede colapsar al seguir los mismos pasos lógicos de su argumentación original, ¿podría declararse la derrota de su programa? Más aún: ¿podría sugerirse la futilidad de los programas filosóficos que intentan justificar la existencia del Estado? A favor de Nozick debe decirse que su preocupación fundamental era demostrar que «ningún Estado más extenso que el Estado mínimo se puede justificar» (AEU, 287). Más que justificar la existencia del Estado *per se* lo que interesaba a Nozick era delimitar en forma precisa lo que podría ser un Estado, que en su formación y ejercicio, no violara los derechos de los individuos. Desde ese punto de vista, vale la pena investigar las implicaciones de una situación intermedia entre el Estado de Naturaleza y el Estado mínimo. ¿Qué implicaciones analíticas puede tener una situación en la que el Estado mínimo, o un Estado-Nación más amplio, se resquebraja y los individuos deben elegir entre diversas agencias de protección? Para hacerlo, voy regresar a la situación colombiana.

La utopía y el Estado mínimo

56

Si, como lo sugiere Pécaut (*ibidem*), en Colombia muchas fuerzas sociales actúan contra el Estado, y hasta el Estado está en contra de sí mismo, valdría la pena preguntar: ¿A qué tipo de Estado o de organización política aspiran esas fuerzas? ¿Cuáles son sus utopías, si es que las tienen? ¿Por qué el Estado no puede convocar fuerzas suficientes para que luchen a su favor? ¿Quién está dispuesto a morir por el Estado? ¿Por qué tipo de Estado estaríamos dispuestos a luchar? Estas preguntas conducen al tratamiento que hace Nozick de las relaciones entre la utopía y el Estado mínimo. En las primeras líneas del capítulo X, Nozick interroga las relaciones precarias entre el Estado mínimo y la utopía: «Ningún Estado más extenso que el Estado mínimo se puede justificar. Pero, ¿no carece de lustre la idea, o el ideal, del Estado mínimo? ¿Puede llegar al corazón o inspirar a las personas para que luchen bajo su bandera?» (AEU, 287).

Pero los individuos que estarían dispuestos a luchar, o no, por un ideal o por una utopía, no dejan de ser los sujetos racionales que fundamentan el trabajo analítico de Nozick. Es a través del filtro de la racionalidad individual como puede obtenerse algún resultado analítico con respecto a las relaciones entre utopía, Estado mínimo y legitimidad. En cada momento, tanto en el Estado de Naturaleza, como en el proceso de lucha violenta entre distintas agencias de protección, como en el ejercicio del monopolio de la fuerza por parte del Estado, lo que sostiene la dirección de las acciones de los individuos es la comparación racional que hacen entre los resultados obtenidos con la estrategia presente y los que obtendrían si siguieran una estrategia alternativa. En el lenguaje de la teoría de la elección, los individuos elegirán aquellas alternativas que les aseguran una utilidad esperada mayor. Si ellos consideran que el Estado realiza, mejor que cualquier otra alternativa existente, las tareas de protección de los ciudadanos, no tendrán ningún motivo para rebelarse o para aceptar la protección de alguna agencia o confederación alternativa. Cada uno preferirá permanecer bajo la protección del Estado actual, y no habrá ninguna alternativa que pueda competir con aquel.

Pero, ¿es válido definir la decisión de aceptar o no aceptar el dominio de un Estado o de un gobernante, de rebelarse o no rebelarse frente a su dominio, como proveniente de una decisión racional de los individuos? ¿Cómo podrían agregarse las decisiones de muchos individuos separados, o sólo unidos por redes precarias, hasta arribar a la gran decisión de rebelarse contra el Estado existente? Kuran ha mostrado que se requiere de unas condiciones muy especiales, entre ellas la llamada «falsificación de las preferencias», para que una rebelión tenga éxito. En el caso que nos ocupa, sin embargo, el problema es distinto. La tarea por realizar no consiste en entender, justificar y explicar una rebelión exitosa contra el poder del Estado, sino en entender el desencadenamiento y la consolidación de un conjunto de procesos distintos de rebelión (y otros que no lo son, pero que van en la misma dirección) que han conducido al debilitamiento y la erosión del poder del Estado Nación colombiano. Intentaré hacerlo desde el punto de vista del argumento de Nozick con respecto a la utopía, pero con un ancla analítica en la conducta racional de los individuos.

El hecho brutal es que en Colombia muchos individuos consideran que el Estado no garantiza la protección de sus vidas y bienes. Ya sea porque han padecido violencia por parte de otros, porque sobreviven sobre la base de aceptar contratos coercitivos de «protección» (basados en la extorsión y en la amenaza), porque conducen actividades ilegales que el Estado no puede proteger contra terceros, o porque consideran que el Estado no puede protegerlos en general contra el conjunto de amenazas existentes, muchos indi-

viduos han tenido que considerar la posibilidad de buscar una alternativa distinta a la del Estado para proteger sus vidas y propiedades. No sé con exactitud cuántos lo consideran así, pero es claro que el crecimiento de las agencias armadas de protección, de los servicios de seguridad privada, y de las oficinas de ajuste de cuentas reflejan un vasto proceso social en marcha.

¿Son estas tendencias síntomas o señales de un proceso de rebelión contra el poder del Estado? Las organizaciones guerrilleras se llaman a sí mismas rebeldes y han intentado, en forma precaria, crear Estados primitivos en algunas regiones del país. Otras organizaciones armadas no se declaran en rebeldía contra el Estado, pero de hecho lo suplantán en su tarea básica de protección de los ciudadanos, y llegan incluso a incursionar en el campo de la redistribución del ingreso agenciando proyectos locales de reforma agraria. Pero más importante aún que estas manifestaciones organizadas, y en armas, del proceso de cerco al Estado, es el conjunto de procesos espontáneos que, a través de la violencia, del crimen organizado, de la depredación cotidiana y estratégica, han reducido todavía más el papel del Estado como garante de la vida y de la propiedad de los ciudadanos. Más allá de si nos encontramos o no ante un proceso de rebelión generalizado, el punto decisivo es que las cuestiones de vida o muerte para los colombianos ya no pasan por el Estado. En una situación normal ningún ciudadano tendría que pensar en el problema de la protección de su vida y de sus intereses. Le bastaría con saber que la convención social que le dio ese poder al Estado sigue en pie. Es más: no tendría ni siquiera que saberlo o pensarlo porque no habría motivo para hacerlo. En la situación colombiana ocurre lo contrario: cada uno tiene que tomar decisiones con respecto a su seguridad y a la protección de su vida y propiedades. Cada ciudadano debe considerar ahora las alternativas existentes y tratar de encontrar el mejor curso de acción en condiciones muy difíciles. El cálculo racional (aunque limitado) de los resultados de las alternativas disponibles se pone de nuevo al orden del día. La pregunta que surge es: ¿Qué tipo de orden podría surgir de esa multiplicidad de cálculos racionales ocurriendo en forma simultánea?

La forma en que he presentado mi argumento podría llevar a pensar que sólo en tiempos recientes, quizás demasiado recientes, el poder del Estado y su monopolio sobre el uso de la fuerza ha sido puesto en cuestión. No es así, por supuesto. Más allá de las muchas guerras civiles y de la violencia generalizada que cualquiera puede constatar en nuestra historia, el poder del Estado en Colombia ha sido atravesado por la acción, durante muchos años, de los partidos liberal y conservador y, más tarde, por las múltiples organizaciones que han entrado en la disputa del uso de la fuerza. Esa acción ha tenido un carácter local y regional, con agentes muy definidos: el gamonal, el jefe de vereda, el jefe político regional, el jefe nacional de directorio. Sus

acciones han contado con el concurso de redes sociales que usan y se apropian de los fondos del Estado, distribuyen sus nóminas, administran justicia, adjudican propiedades, y manipulan a las Fuerzas Armadas y de Policía. En cada región, en cada municipio y vereda, el Estado tomaba (y aún hoy lo hace) el color y el rostro del partido o de la facción dominante en cada momento⁶. La imagen del gobernante o del Estado único, cuya fuerza y poder hace que todos los ciudadanos no tengan por qué pensar, en términos racionales, en la búsqueda de otras alternativas de protección no hace parte de nuestra historia política. Abusando un poco de los términos, podría decirse que una convención social ha surgido como dominante: aquella que hace irracional confiar en el poder de protección del Estado y vuelve racional el buscar otras alternativas de protección. Se trata de una situación fluida y compleja en la que el Estado no es sino una más entre las varias agencias de protección que se disputan territorios y poblaciones en Colombia. Es la que cuenta con mayores recursos, militares y económicos, pero es también la más frágil. Desde muchos puntos, diversas organizaciones, grupos e individuos depredan sus recursos y exigen respuestas puntuales que, en general, el Estado no puede producir. En otras palabras, resulta muy costoso para el Estado comportarse como Estado en todo el territorio del país. Si el Estado fuera otro agente racional, a la Nozick, debería enfrentar el problema de elegir qué acciones merecen respuesta inmediata, qué regiones son decisivas para mantener su poder, qué territorios requieren de una mayor inversión en fuerzas ofensivas y disuasivas, qué territorios, en cambio, pueden esperar. La igualdad en la entrega de protección no es una virtud de un Estado reducido y amenazado.

Si el Estado enfrenta un proceso de reducción de su monopolio de la fuerza y de su control territorial, y algunas organizaciones armadas ilegales pretenden convertirse en Estados primitivos en algunas regiones del país, ¿qué tipo de orden podría surgir de una situación tan compleja? ¿Qué lugar habría en él para la utopía que Nozick propusiera en el último capítulo de su libro? Nótese que el ideal de un Estado Nación único, cuyo poder volviese inútil a cualquier otra agencia de protección, no ha podido realizarse en Colombia. Nótese, también, que en la situación de hoy, tanto el Estado, como las organizaciones armadas ilegales, tienen en mente objetivos nacionales. Cada uno, a su manera, pretende cubrir todo el territorio nacional y proteger a todos los ciudadanos que en él viven. Esas aspiraciones, sin embargo, no están

⁶ Carlos Miguel Ortiz (1985) lo ha documentado de manera extensa para el caso del Quindío de la Violencia clásica. Malcom Deas (1995) ha defendido la tesis del origen político del conflicto colombiano, basándose en la forma en que la tradición partidista colombiana definió bandos, territorios y comportamientos.

fundamentadas ni en sus acciones reales ni en los efectos de esas acciones. Cada agencia de protección puede reclamar, hasta cierto punto, ciertos territorios, la lealtad de parte de la población en algunas regiones, la convergencia entre sus propuestas y la utopía particular de algunos individuos y de algunas comunidades. Pero ninguna en particular puede reclamar la movilización de la vasta mayoría de los ciudadanos alrededor del tipo de comunidad que propone, y de su monopolio sobre la protección y la fuerza. Una vasta distancia se abre entre las aspiraciones absolutas y nacionales de las agencias de protección que hoy se disputan el control estatal en Colombia y sus posibilidades reales.

Dice Nozick que en el marco para la utopía cabrán todas las utopías posibles:

la utopía consistirá en utopías, en muchas comunidades diversas y divergentes en las cuales las personas llevan diferentes clases de vida bajo diferentes instituciones. Algunas clases de comunidades serán para la mayoría más atractivas que otras; las comunidades crecerán y decaerán (AEU, 300).

¿Qué implicaciones puede tener esta formulación para la situación colombiana? Podría decirse que la inestabilidad de nuestras convenciones sociales, la fragilidad del Estado, el avance y la proliferación de instituciones espontáneas indican la dinámica de muchos individuos y comunidades que, en diversas formas, y persiguiendo distintas utopías, o aun sin perseguirlas, han buscado, durante años, arreglos sociales alternativos. Si nos atuviéramos a la vigencia de procesos sociales espontáneos, o de mano invisible, esa búsqueda, iniciada desde muchos lugares, y desde perspectivas divergentes, no ha logrado converger, al menos, hacia un Estado mínimo en el sentido de Nozick. Sugiero que tomemos esa consideración como un tipo de evidencia provisional con respecto a los procesos reales que han venido ocurriendo. Es decir, si las explicaciones de mano invisible fueran pertinentes, la evidencia que surge de la realidad colombiana indicaría que no hay nada que permita esperar el surgimiento y la consolidación de un Estado Nación tradicional con poder soberano sobre todo el territorio nacional. No es lo que ha ocurrido y no es probable que ocurra en el futuro.

Desde una perspectiva optimista, la aparente anarquía de hoy podría interpretarse como una búsqueda intensa y múltiple de arreglos sociales diversos, en un contexto restringido por la guerra y la depredación. No diré, por supuesto, que múltiples utopías se disputan su supervivencia en un marco ideal para la utopía. Ni la guerra, ni la extorsión ni la depredación generalizada permiten imaginarlo. Pero tanto la guerra, como la depredación alertan acerca de la futilidad de buscar una utopía única, un sistema privilegiado al que convergerían todos los individuos y todas las comunidades, a pesar de haber sostenido y soñado utopías diferentes. Es la situación en la que nos encontramos hoy. Ninguna de las guerras que hoy se libran en Colombia permiten pensar, o prometen, aun a los más optimistas, que un sistema social único surgirá de sus cenizas y nos conducirá a un mundo posible cercano a la utopía de todos.

¿Qué se puede esperar de la interacción local entre utopías diversas? ¿Qué se puede esperar de las asociaciones estables que pueden surgir, y están surgiendo, de los procesos sociales ocurridos en los últimos años? ¿Acaso surgirá una confederación de Estados mínimos surgida del impacto de múltiples interacciones locales? En su capítulo sobre la utopía, Nozick recurre a la teoría de juegos cooperativa de n personas para modelar los procesos que conducen a asociaciones estables. Suponiendo una racionalidad colectiva mínima, Nozick sugiere unas reglas sencillas para la formación de asociaciones estables en un contexto de total libertad para las utopías. La primera establece que todo individuo está en libertad de mantener la utopía que desee y de elegir el mundo posible, o la asociación, más cercana a la utopía que imagina. La segunda dice que ningún individuo abandonará la asociación en la que se encuentra, si no hay ninguna otra en la que obtenga una valoración mayor a la que recibe hoy por su contribución marginal. Pero, como lo dice el propio Nozick (AEU, 294), estas reglas implican una explicación circular y los intentos realizados en la teoría de juegos, hasta ese momento, no habían logrado una solución definitiva del problema.

Queda lo que Nozick llama los mecanismos de filtración: los individuos, a través de la interacción social, ensayarían diversas forma de organización social, intentarían distintas utopías, y seleccionarían aquellas que resistieran mejor la crítica proveniente de la experiencia real. Este tipo de mecanismo de filtro se puede encontrar en Hayek (1960), y en la visión evolutiva que Popper (1972) propuso del proceso de avance del conocimiento. En ambas propuestas nadie sabe lo que surgirá más adelante, pero todos saben que en el proceso todas las visiones y todas las utopías han sido ensayadas y pueden, incluso, ensayarse de nuevo, a pesar de haber sido rechazadas o superadas en ocasiones anteriores. Quizás la feroz disputa entre distintas agencias de protección en la que hoy vivimos pueda comenzar a desarmarse a partir de las interacciones locales entre agencias de protección y comunidades. En muchas regiones de la Colombia de hoy, individuos y comunidades intentan alcanzar algún tipo de asociación estable, olvidando las pretensiones nacionales y la idea de imponer algún tipo de sistema único o de utopía absoluta. Las asociaciones y arreglos sociales que surgen de esas interacciones son un paso adelante con respecto al Estado de Naturaleza y son superiores, también, con respecto a la aplicación mecánica de unos principios definidos, que nunca podrán captar la diversidad de situaciones que pueden surgir en el futuro.

Pero este proceso de interacción local no es independiente del desarrollo de la guerra. Será inevitable que en ese proceso ideal de ensayo y error en la búsqueda de arreglos sociales alternativos, las comunidades deban enfrentar el problema de las coaliciones con las agencias de protección que se disputan el control de territorios y poblaciones. El punto de partida es la extrema desigualdad de las partes en términos de su poder militar. Las agen-

cias de protección —cualesquiera que sea la realidad de sus acciones— cuentan con el poder de las armas y de la organización militar. Las comunidades que no han aceptado la protección de una agencia o del Estado, no lo tienen. Aquí aparece una objeción crucial al mecanismo de filtro y de interacción local: si las agencias de protección tienen objetivos nacionales y buscan la imposición de sistemas absolutos, ¿cómo pueden las comunidades aceptar su protección? Y si no la aceptan, ¿cómo pueden negociar en pie de igualdad sin entrar en algún tipo de coalición con alguna o algunas de ellas? ¿Cómo podría conseguirse que todas las partes aceptaran una negociación basada en la exclusión de la violencia organizada como forma de coacción política y de apropiación económica? Las respuestas a estas preguntas no pueden encontrarse en la filosofía política. Deben encontrarse en la evolución de la guerra y en el camino que conduzca hacia un Estado mínimo o hacia una configuración de ellos.

Bibliografía

- Collier, P. 2000. «Economic Causes of Civil Conflict and their Implications for Policy». Washington, DC: World Bank, Mimeo.
- Hampton, J. *Hobbes and the Social Contract Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hayek, F. A. 1960. *The Constitution of Liberty*. Chicago: Chicago University Press.
- Kaplan, R.D. *La anarquía que viene*. Barcelona: Ediciones B.
- Kuran, T. 1993. «Sparks and prairie fires: A theory of unanticipated political revolution», in Witt, U. (ed.), *Evolutionary Economics*. Aldershot: Edward Elgar.
- Nozick, R. 2001. *Invariances. The Structure of the Objective World*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Nozick, R. 1974/1988. *Anarquía, Estado y Utopía*. México DF: Fondo de Cultura Económica.
- Pécaut, D. 2001. «En Colombia todos están contra el Estado». *Semana*, diciembre 10, 34-5.
- Popper, K. 1972. *Objective Knowledge*. Oxford: Oxford University Press.

EL CARÁCTER NORMATIVO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN COLOMBIA

DIANA PATRICIA QUINTERO MOSQUERA

One of the fundamental principles of the Colombian Constitution defines Colombia as a social state (Estado Social de Derecho). This principle has not been very effective, however, which threatens its existence as a norm that is binding to citizens, lawmakers, and judges. The article answers the main objections that have been made to the principle from the perspectives of economic efficiency and individual liberty and autonomy. It shows how these objections are founded on very narrow conceptions of individuals and individual rights, and of social relations and objectives. It proposes to contextualize moral reasons, so that they can justify the State's commitment to the «minimums to live» (mínimos vitales) that are part of the social, economic, and cultural rights of the Constitution.

Aquellas comunidades políticas que se definieron en sus cartas constitucionales como «Estado social de derecho» respondían al reto de ligar el imperio de la ley con la protección a las libertades individuales y la disminución de las desigualdades sociales¹. Entre estas comunidades se encuentra Colombia, país en el cual el principio constitucional de Estado social no logra tener aquel mínimo de eficacia indispensable para su validez – existencia - jurídica y política. Este fenómeno puede explicarse mediante razones económicas – la pobreza generalizada, el déficit fiscal, etc. –; políticas – la ausencia de un acuerdo amplio sobre los fines y tareas que deben asignarse al Estado, el conflicto armado, etc; – y/o jurídicas – el carácter enunciativo otorgado al principio de Estado social lo despoja del valor normativo que pudie-

¹ El Estado social de derecho puede definirse como un Estado moderno que conserva los elementos básicos del Estado de derecho, pero se desprende de su neutralidad moral, y se compromete con una noción de justicia fundada en derechos sociales

sen darle legisladores y jueces de la República. Todas estas razones suelen esgrimirse en los debates sobre las posibilidades del Estado de proponerse como fin la justicia social. Pero si se toma en serio el carácter programático de la Constitución Política, la cuestión puede plantearse de otra forma: ¿por cuáles razones debería el Estado intervenir en la economía para lograr algún fin social deseable, como la justicia social? ¿Por qué se deberían reconocer a los ciudadanos derechos sociales, económicos y culturales, en medio de un contexto global de adelgazamiento de la burocracia estatal?

Quienes han dirigido la economía en Colombia durante la última década no parecen darle un papel muy importante al compromiso con la justicia social, o con algún otro fin ético. La eficiencia económica ha sido defendida en forma vehemente no solo en la planeación económica, sino también frente a decisiones judiciales con efectos redistributivos. De otro lado, la prioridad de la autonomía y libertad individuales parece excluir cualquier redistribución de la riqueza a favor de los sectores más deprimidos de la población.

Considero que la importancia de estas cuestiones pone de manifiesto la necesidad de recordar la enseñanza aristotélica, según la cual la economía y la política tienen un vínculo con la ética que no es conveniente desatender. Partiendo de esta convicción me propongo presentar las objeciones más comunes que se formulan al Estado social de derecho, desde la confianza en el libre mercado, una concepción ética liberal-individualista y una valoración de sus presuntas consecuencias. A modo de respuesta a tales objeciones, formularé razones éticas que justifiquen la existencia jurídica del Estado social de derecho, en contextos de precariedad de la vida material de los ciudadanos.

Un antecedente y momento esencial del Estado social de derecho es el Estado de derecho. En este el individuo – la particularidad – se erige en el centro de la vida política y social; su plena realización o autodespliegue es el fin último de las agendas políticas. El principio de legalidad y sus valores fundantes – libertad, igualdad y seguridad jurídicas – logran limitar el ejercicio de la autoridad que tiene el poder político sobre los individuos. El lugar central de la particularidad es hoy en día, después de la derrota del socialismo realmente existente, un hito cuyo desplome no parece estar a la vista. Las teorías éticas que buscan dar cuenta de su importancia en las relaciones sociales tienen más fuerza hoy que hace un siglo. Este hecho indica la importancia de tomar en serio las objeciones más fuertes al Estado social, que se formularon hace algunas décadas, por una corriente de defensores de la particularidad, denominados «libertarios». Para Robert Nozick, uno de sus más destacados exponentes, la justicia distributiva requiere la violación de los derechos básicos de las personas, la apropiación del trabajo de otros y en consecuencia, el paso de la «propiedad sobre uno mismo» al «derecho de copropiedad sobre otros».

La invalidez ética de este tránsito es evidente, desde una concepción atomista e individualista de las relaciones sociales.

Frederik Hayek por su parte, considera el Estado social como una perversión de la clara noción de «Estado de derecho». A su juicio, solo la igualdad ante la ley es compatible con la libertad, lo que invalida el recurso a la coerción estatal como forma de alcanzar la igualdad real en la sociedad.

Según Hospers, el Estado o los particulares que realizan prácticas compensatorias entre individuos se comportan como caníbales morales, en tanto desconocen la autonomía moral individual y violan restricciones morales básicas impuestas por la prioridad del derecho de propiedad.

De estas perspectivas se pueden extraer tres premisas básicas del pensamiento libertario, que juegan un papel destacado en el planteamiento del debate:

a. La prioridad de la autonomía moral deslegitima la coerción del Estado y el paternalismo como mecanismos para la redistribución.

b. La justicia distributiva es incompatible con la autonomía y libertad individuales.

c. Solo la igualdad formal puede establecerse sin vulnerar las libertades básicas de los individuos.

Límites de la confianza liberal en el libre mercado.

La defensa de la libertad y autonomía individuales, llevada a cabo por los libertarios, supone una gran confianza en las potencialidades del mercado para incrementar la riqueza global de la nación. Al mismo tiempo, según los libertarios, el consumo de los individuos que disfrutan de mayor bienestar material posibilita una «redistribución hacia abajo», capaz de garantizar el acceso de todos los individuos – en tanto sujetos de necesidades – a los bienes materiales básicos para la subsistencia. La autosuficiencia del mercado y una definición individualista de la comunidad política justifican la indistinción entre Estado y Sociedad. Pero la insuficiencia del mercado para garantizar a todos los individuos el acceso a los bienes materiales mínimos es un argumento fuerte a favor de un Estado corrector de los desequilibrios presentes en la Sociedad. Además, aunque en el ámbito social pueda justificarse la definición de las personas como individuos, en el espacio político o estatal esas mismas personas operan como ciudadanos. La existencia de múltiples dimensiones de las personas pone de manifiesto otro límite de la indistinción señalada.

La separación entre Estado y Sociedad, concebida como esencial por los defensores de la autonomía individual, es una falacia que se remonta a las primeras definiciones de la comunidad política como sumatoria de individuos, vinculados entre sí solo mediante procesos mercantiles para la satisfacción de sus propias necesidades. Se trata de una forma de enfrentar la cuestión

propia de los siglos XVI y XVII, que encuentra un sustento en las teorías políticas de Hobbes, Kant y Locke, y en las tesis económicas de Adam Smith. Esta perspectiva pervive en las críticas libertarias aludidas y en ella las posibilidades y restricciones que operan en las relaciones entre individuos se extienden a las relaciones entre los individuos y el Estado. La versión económica, por su parte, cuenta con una ventaja sobre la política: constituye un anticipo del ideal moderno de distribución más equitativa de bienes y beneficios sociales. Si bien en la *Riqueza de las naciones* Smith considera a la mano invisible como el mejor «mecanismo» para incrementar la riqueza total de la nación², en su *Teoría de los sentimientos morales* se amplía dicha metáfora: esa misma mano redistribuye la riqueza entre los distintos sectores de la población³. No basta con incrementar los bienes materiales mediante la búsqueda del propio interés, se requiere además del mercado. Este mecanismo extiende el acceso a tales bienes, hasta abarcar a los miembros más desprotegidos de la Sociedad. Smith confía en el mercado y al mismo tiempo es sensible a sus efectos negativos, por ejemplo, el empobrecimiento espiritual que puede generar en los trabajadores la rutina empresarial⁴.

En las orillas del liberalismo político tardarán un par de siglos más en aparecer las preocupaciones por formas de redistribución de la riqueza en la nación, o por las consecuencias nocivas que trae el mercado a la vida moral o material de los miembros de la Sociedad. Fue necesario esperar las objeciones planteadas al pensamiento liberal por parte de autores de gran relevancia como Hegel. Uno de los aportes de Hegel al pensamiento político fue la distinción entre los ámbitos del Estado y de la Sociedad. Distinguir no significaba para él separar, sino entender que estos ámbitos deben ser comprendidos cada uno en su propia lógica. Mientras la Sociedad, denominada por Hegel sociedad civil, es el ámbito de los intereses privados y egoístas, el Estado se caracteriza por el predominio del interés común o general. Los intereses particulares, como la preservación de la vida, la propiedad, la paz, y la seguridad, no posibilitan la construcción de lazos fuertes, ni aseguran el logro de la convivencia pacífica entre las distintas particularidades. A pesar de esta separación inicial, en la sociedad civil existen los estamentos: formas de asociación cuya razón de ser es la defensa de los intereses de cuerpo, o la sumatoria de los intereses particulares que lo conforman. Cada particularidad busca de manera legítima la forma de proveer su propia existencia material y al hacerlo contribuye, sin proponérselo, a la satisfacción de las necesidades materiales de otras particularidades.

²Smith, Adam, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, F.C.E., México D.F., 1994, p. 402.

³ Smith, Adam, *ob.cit.* (1), p. 333.

⁴Sennett, Richard, *La corrosión del carácter*, Anagrama, Barcelona, 2000, pp. 37 a 39.

En la persecución de los fines individuales se realizan fines universales, de manera indirecta e inconsciente⁵. Sin duda en este punto Hegel comparte la perspectiva de Smith, pues afirma la existencia de mecanismos redistribuidores de riqueza, que actúan con independencia de una relación consciente entre la voluntad y el universal que se alcanza. El distanciamiento entre ambos opera en cuanto al establecimiento de controles a la actividad particular, en el marco de la sociedad civil. Para Hegel el egoísmo extremo propio de dicha esfera impone la necesidad de una fuerza exterior encargada de dirigir las actividades productivas, para asegurar a las personas más vulnerables o socialmente desfavorecidas la participación en la riqueza global⁶. Para Smith, en cambio, es más adecuado eximir al soberano del papel de vigilar y dirigir la actividad particular, labor que sólo puede realizar bien la divinidad. La dirección de la actividad económica no debe ser, según el padre de la economía, una labor política.

Hegel valora el ámbito de la particularidad tanto como Smith, y reconoce el derecho de los individuos a trabajar y luchar por la satisfacción de sus intereses. Sin embargo, descubre en el juego de intereses egoístas contradicciones que la sociedad civil es incapaz de superar, de allí la necesidad de acudir a una instancia ontológicamente superior: el Estado. Las contradicciones obedecen a múltiples factores, pero resulta significativo el lugar que ocupan la miseria material y moral en que se ven sumidos sectores importantes de la sociedad civil, como consecuencia de dejar al libre juego del mercado la satisfacción de las necesidades particulares. Los límites de la esfera de la particularidad o de la instancia de la moralidad justifican, en parte, el paso hacia el ámbito estatal que es, según Hegel, el de la eticidad⁷.

Si se dejan de lado los aspectos del pensamiento hegeliano que sus críticos consideran totalitarios, se puede reconocer la contribución hegeliana al tema de los límites de la sociedad civil. Su afirmación sobre el rol egoísta que cada uno de los individuos juega en dicha sociedad es precursora de una tradición crítica del libre mercado.

Hoy en día se reconoce que la indiferencia liberal hacia la situación de marginalidad económica, social y cultural de la mayoría de los miembros de la sociedad resulta anacrónica: surgió en un contexto de nacimiento del capitalismo industrial y no durante su crisis. Hay una profundización de esta crisis, lo que se evidencia, en parte, en la inseguridad global que aqueja tanto a sociedades

⁵ Hegel, George W.F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Siglo Veinte Editores, Buenos Aires, 1987, pp. 192 a 201.

⁶ Hegel, George W.F., *ibid.*, pp. 214 a 221.

⁷ Ver Hegel, *ibid.*, pp. 218 y 219. En los párrafos 243 y 244 Hegel deja entrever cierta desazón por la creciente pauperización de algunas capas de la población (plebe), que se dan a la par con la acumulación de riqueza de otro sector (burguesía).

periféricas como centrales. El terrorismo, la proliferación de delitos financieros, la inestabilidad jurídica, el desempleo, entre otros, son fenómenos que probarían esta hipótesis. La extensión de la marginalidad tarde o temprano deslegitima las instituciones, corroe los lazos que forman la nación y afecta la seguridad y paz de todos, llámense individuos o Estados.

Los resultados de miseria que trae el libre juego del mercado imponen la necesidad moral de superar la percepción de la Sociedad como un simple «sistema de necesidades»; lo que no excluye considerarla también como tal. Una visión más amplia pasa por el reconocimiento de los aportes hechos por la tradición liberal clásica a la explicación de las relaciones sociales y a la asignación de tareas y restricciones al cuerpo político. Parte fundamental de dicho legado son las nociones de libertad y autonomía en su sentido negativo: como ausencia de restricciones externas a la búsqueda y realización de un ideal particular de vida buena.

El carácter formal o abstracto de una libertad desligada de las condiciones materiales para su realización.

En un Estado social de derecho la libertad jurídica de los individuos es posible por la constitucionalización y realización efectiva de una serie de libertades fundamentales, conocidas como derechos civiles y políticos. Pero la consagración positiva de estos derechos es compatible con una libertad individual puramente formal. Los defensores del libertarismo reducen la «libertad» a la libertad negativa, ignorando la amplitud que la noción genérica ha ganado a lo largo de la historia. Los primeros reclamos por libertad en la sociedad moderna, fueron formulados contra las pretensiones de los demás individuos y del Estado de controlar la totalidad de la vida individual. Se buscaba que el individuo pudiese disfrutar de un espacio o ámbito sin coerción externa, para trazar libremente su proyecto de vida y que tuviese la posibilidad de realizarlo, en el marco del respeto a los proyectos de vida de los demás. Una vez alcanzado este ideal se creyó que esa ausencia de restricciones externas era suficiente para la consecución del ideal de vida buena. Sin embargo, la conquista de la libertad individual frente a la coerción externa no ha logrado evitar ni reducir la pobreza, en especial aquella que resulta paralizante para los individuos de amplios sectores de la Sociedad.

El sentido negativo de la libertad es propio de una visión del mundo que valora la posibilidad de escoger el propio proyecto de vida, sin atender a la posibilidad material de realizarlo. Se trata de una concepción sustancialmente no solidaria, poco o nada sensible a las carencias ajenas, e indiferente frente al hecho de que la mayoría de individuos no dispongan de posibilidades reales para alcanzar los fines escogidos, o para gozar de los derechos y libertades básicas. Los derechos a la vida y a la igualdad, la libertad de escoger profesión u oficio y demás libertades que se consideran fundamentales, no tienen validez si el individuo carece de la posibilidad de gozar de ellos por la ausencia de los medios materiales básicos.

El carácter abstracto de los derechos contrasta con la realidad de marginalidad social, económica, política y cultural en que se desenvuelven la mayoría de individuos en la Sociedad. La poca eficacia política y jurídica de los derechos y libertades pone en peligro su validez ética. ¿Por qué no tendría más sentido hablar de objetivos sociales como la eliminación de la pobreza, que hablar de derechos y libertades? De esta forma se lograría un despliegue de acciones políticamente efectivas, a favor de los más vulnerables social, económica y culturalmente. Las acciones políticas podrían a su vez dar cuenta de la transformación del valor de los derechos, producida por los cambios sociales⁸.

La cuestión del supuesto carácter abstracto de los derechos y la mayor efectividad de las acciones políticas es valiosa. Mediante ella se pone de relieve la insuficiencia de pretender asegurar las demandas individuales de libertades con la consagración formal de un listado de derechos de supuesta validez universal. Estos reparos no tienen la fuerza para cuestionar la vigencia e importancia de los derechos humanos. De ellos se desprende simplemente la necesidad de que la dimensión ética y jurídica de los derechos se articule de manera orgánica con una dimensión política que les dé alcance real y los convierta en instrumentos de inclusión social. Se logra el mismo cometido mediante la inclusión de la realidad social en la esfera jurídica: la validez de un derecho no derivaría de su consagración formal, sino de su realización efectiva. Desde esta perspectiva, el carácter jurídico de un derecho garantizaría su existencia real, lo que necesita una fundamentación ética anclada en la realidad cultural, política y social de los individuos titulares de los derechos.

En lugar de ensayar una fundamentación universal que apele a la razón o a los sentimientos humanos como rasgos propios de la especie humana, ciertos derechos quedan mejor sustentados en las necesidades espirituales y materiales de una cultura determinada. Un derecho sería moral si consulta las peculiaridades de dicha cultura. La denuncia del carácter inestable de los derechos ilustra las dificultades de sustentar las relaciones sociales en valores morales ahistóricos y atemporales como los derechos⁹.

⁸ Ver Tushnet, Mark, pp. 141-142. Esta línea argumentativa es seguida por filósofos políticos y jurídicos denominados realistas. Uno de ellos, Mark Tushnet, considera los derechos como abstractos e inestables. A su juicio, el discurso de los derechos no logra dar cuenta de las peculiaridades culturales de sus sujetos titulares, ni permite la realización de las medidas políticas necesarias para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos. Para probar su hipótesis, Tushnet cita ejemplos tomados de la realidad norteamericana en los cuales no parece tener sentido hablar en términos de derechos, sino de fenómenos sociales cuya atención requiere el concurso del Estado. ⁹Tushnet tiene razón al afirmar que el valor de los «derechos» es relativo a la realidad en que se desenvuelven los titulares de los mismos. Su existencia y pertinencia dependen de los reclamos que en la esfera política resulten más sentidos, en un momento histórico determinado.

Los derechos son creación social e histórica; en determinadas circunstancias logran entrañar una pretensión de estabilidad, al establecerse mediante procesos sociales de lucha por su reconocimiento. Tienen un *status* normativo: no sólo reflejan una realidad social dada, sino también las aspiraciones de quienes aseguran el apoyo político de algún sector de la población. Aunque en principio ese sector se refiere a las mayorías, las voces de las minorías con alguna representatividad son atendidas, mediante el establecimiento de normas que establecen cambios en las condiciones de marginalidad en que viven sus miembros. En un panorama político de inclusión real, los derechos morales llegan a ser reconocidos como derechos jurídicos. Su carácter moral derivará de la necesidad con que se imponen para determinados sectores sociales. Los derechos consagrados positivamente constituyen la expresión de una aspiración válida, anclada en el reconocimiento de los sujetos de necesidades.

Las críticas a los derechos, formuladas desde el realismo, ponen en entredicho su pretensión de universalidad y el establecimiento de un catálogo único de derechos válidos para cualquier contexto. Si se toma en serio esta objeción, es posible afirmar que los derechos son facultades individuales o colectivas - ejercidas en un determinado contexto social, económico y cultural - que reflejan a su vez las características o aspiraciones más sentidas por las personas en una coyuntura cultural o histórica. No son universales en sentido real, aunque conlleven una pretensión de universalidad. En este orden de ideas se les presta un mejor servicio si la definición de su sentido, alcance y justificación ética toman en consideración las circunstancias materiales y espirituales de sus titulares.

El desconocimiento del carácter históricamente - determinado de los derechos puede traer como consecuencia el formalismo o existencia formal de libertades que no logran realizarse en ausencia de condiciones materiales adecuadas. La percepción de los derechos como una «retórica» que sirve por igual a cualquier interés político, o la posibilidad de que ellos convivan con la ausencia de libertades reales de una parte importante de la población, acaban por quitarle valor a la libertad jurídica y a los derechos que la realizan. El carácter formal de las libertades generalmente sirve a la justificación de actitudes nihilistas frente a los derechos, que resultan más perjudiciales en contextos donde no hay una cultura de civildad consolidada. El espíritu de intolerancia, de desconocimiento del otro en su peculiaridad y de indiferencia frente a la pobreza material, es quizás la causa y al mismo tiempo el resultado de la negación del valor de las libertades individuales. Este círculo vicioso sólo puede romperse con otras formas de entender la libertad, que el Estado debe respetar y a su vez contribuir a consolidar, a fin de hacer real el disfrute de las libertades formalmente consagradas. La sociedad civil, como espacio de la particularidad, no logra resolver por sí misma este problema y en su fracaso impone al Estado la tarea de «debilitar los puntos débiles de dicho círculo vicioso», para usar una expresión de Macpherson¹⁰.

¹⁰ Ver Macpherson, C.B., *La democracia liberal y su época*, Alianza, Madrid, 1982, p. 123.

Se objetará que ir más allá de la visión formalista de los derechos significa ampliar excesivamente el ámbito de la solidaridad humana: se abandonaría la tesis liberal de la «separabilidad» de los individuos y la prohibición de utilizar el aparato estatal para corregir las falencias del mercado¹¹. Pero desde las propias orillas del liberalismo se han concretado críticas en el sentido señalado. Filósofos como el estadounidense Richard Rorty consideran posible la existencia de relaciones solidarias entre los individuos, que no impliquen una pérdida de autonomía o libertad personal. Para Rorty la obligación moral de solidaridad no debería fundarse en una concepción esencialista de la naturaleza humana, y debería afianzarse por medio de una adecuada educación de los sentimientos. Rorty insiste en la necesidad de ir ensanchando de manera paulatina el círculo de un «nosotros», para incluir allí – como objeto de obligaciones solidarias – no solamente a los miembros de la familia y a los amigos, sino también a personas aparentemente lejanas y extrañas, con quienes compartimos problemas comunes de la condición humana. De esta forma el individuo llegaría a identificarse con el dolor y la humillación padecidos por los sujetos originariamente excluidos de la solidaridad parental. Esta ampliación del ámbito de la solidaridad humana constituiría un verdadero progreso moral¹².

Las perspectivas liberales no libertarias como la de Rorty pueden resultar más adecuadas al presente momento histórico. Las grandes solidaridades cuyo referente es la nación, el Estado, el partido, etc., se han visto desplazadas por solidaridades micro, que cohesionan a las personas en torno a sus gustos y necesidades más personales. Esta constatación se encuentra también en el aporte de los llamados «posmodernos», aunque para ellos resulta impensable la confianza en el progreso moral. La ampliación de la solidaridad entendida como progreso moral no es ajena al pensamiento liberal. Desde Stuart Mill ha existido el reconocimiento de los límites del formalismo universalista kantiano. Sin una sensibilidad y educación morales mínimas, la dignidad como atributo humano esencial es una abstracción, que nada dice en contra de infringir tratos degradantes o crueles a los individuos.

Esta crítica no invalida el aporte kantiano a la fundamentación ética de los derechos. La noción moderna de «dignidad humana» se ha consolidado en Occidente como un importante sustento de las obligaciones morales que tenemos hacia las demás personas. Sin embargo, la crítica pone de manifiesto una de sus limitaciones más sentidas, sobre todo en contextos de profunda miseria moral, en donde la dignidad de las personas es constantemente desconocida o pisoteada. Sin una educación racional no se logra el cometido de extender el reconocimien-

¹¹ Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, México D.F., 2001, pp. 50 y 53.

¹² Rorty, Richard, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, pp. 189 a 193.

to de la dignidad intrínseca del ser humano, de la misma manera que sin una educación sentimental no se logra el propósito de ampliar la esfera de ese «nosotros» que menciona Rorty.

La modificación de la solidaridad liberal sólo es posible si se acepta que los individuos cuentan con otras formas de realizar su libertad, distintas a la ausencia de restricciones externas. En la actualidad se sostiene la existencia de otras formas de entender la libertad genérica, no sólo en el ámbito de la filosofía moral o ética, sino también en el de la economía. El economista Amartya Sen distingue entre la libertad formal y la libertad sustancial. Ésta es definida como la capacidad de funcionamiento, que garantiza a los individuos la posibilidad de vivir la vida que consideran valiosa¹³.

La libertad como capacidad ha sido un legado fundamental de la tradición socialista al tema, que en ocasiones es recogida en las formulaciones de los pensadores liberales más progresistas. Se refiere a la opción real de los individuos de escoger entre distintas formas de vida, y supone unas condiciones materiales de vida que liberen al individuo de la zozobra por adquirir los bienes de subsistencia más básicos y le permitan ampliar la esfera de sus necesidades. Algunos filósofos consideran que el enfoque sobre las capacidades es una contribución liberal al tema de la libertad, porque se trata de una noción autorreferente, que no requiere la intervención de una instancia externa al propio sujeto. La capacidad sería entendida como «aquello que puede hacer la persona» por sí misma¹⁴, y no aquello que los demás – Estado o Sociedad – pueden hacer por ella. Sin embargo, las condiciones materiales de vida no siempre quedan garantizadas con el concurso de la voluntad individual. Hay factores externos de naturaleza física – discapacidades – o social – marginalidad cultural – que pueden erigirse en obstáculo para el acceso a una capacidad autorreferida. Los problemas de desnutrición, por ejemplo, no pueden achacarse a la falta de previsión o de voluntad, en aquellas culturas en las cuales la paternidad y la maternidad tempranas son condición para la aceptación y reconocimiento social.

La noción «libertad» también puede comprender la participación efectiva en las decisiones políticas que se dan en el marco de una comunidad¹⁵. Tanto la libertad

¹³ Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Ed. Planeta, Bogotá 2000, p. 350.

¹⁴ Vázquez, Rodolfo, pp. 39 y 40.

¹⁵ Ver Hegel ob.cit., pp. 77 a 84. En la Introducción a la *Filosofía del Derecho*, Hegel hace una genealogía de la idea moderna de libertad y formula una crítica a cada una de las formas que reviste: la libertad como indeterminación es propia de una voluntad pura no comprometida con algún objeto que le sirva de contenido, la libertad como desahogo de los impulsos es la búsqueda ilimitada de la satisfacción de los propios impulsos e instintos, la libertad como albedrío es la persecución arbitraria e infinita de distintos bienes y la libertad como atomización o separación individual, que coincidiría con la libertad negativa descrita por I. Berlin. El aporte valioso de Hegel es la crítica que ejerce sobre cada una de estas nociones a fin de mostrar su carácter unilateral, parcial y por tanto limitado.

positiva como la libertad política son hoy en día parte integral de la libertad jurídica, interpretada en su sentido no formalista. Por otra parte, la libertad política no es una forma de libertad ajena a lo que significa ser libre en el marco de una sociedad democrática. La participación en las decisiones colectivas no puede reducirse a la libertad de las «cadenas» que imponen los otros o el Estado; ella se realiza mediante la acción política. Desde un punto de vista ético la acción puede válidamente considerarse como un rasgo propio del ser humano. Es la acción – *praxis* – la que determina la posibilidad del juicio moral, al tiempo que se constituye en expresión de libertad. La libertad como participación o acción política se erige en elemento básico de la vida social y política moderna. Los denominados derechos políticos constituyen en la democracia actual un conjunto de facultades y obligaciones, consideradas como un legado irrenunciable de la modernidad. El Estado democrático moderno supone individuos dotados de potestades que les permitan participar en la toma de las decisiones que les atañen, en tanto miembros de una comunidad política. Supone a su vez que dichos individuos conocen el contenido de las obligaciones correlativas a sus facultades políticas.

La reducción de la acción política a la elección de los miembros del Parlamento o del Poder Ejecutivo no se compadece con la ilegitimidad que a menudo despliegan estos poderes públicos. El carácter poco ilustrado de los miembros de la comunidad política es aún hoy un problema real de la democracia, que no logra por ello desvirtuar la fuerza de las demandas por una mayor democratización de la vida pública. El ámbito del Estado, elemento central de dicha vida, no es ajeno a tales demandas. El deseo de mayor democratización ha llevado a su vez a la creación de organizaciones sociales y políticas que propenden por la superación de los límites de la acción política individual, en cuanto a su formación y posibilidades materiales de acción¹⁶. Tales formas organizativas canalizan el deseo de expresión individual, y posibilitan el ejercicio material de las libertades ligadas a la participación: la libertad de expresión y opinión política, de elegir y ser elegido, de fundar partidos y asociaciones políticas, de ejercer la oposición democrática, etc. La libertad política es, en suma, una libertad de acción individual y colectiva, en un contexto político democrático. Es esta realidad lo que lleva a Ernst Forsthoff a afirmar que «en el Estado social de derecho las garantías jurídico-sociales no son limitaciones sino participación»¹⁷.

Aunque la libertad negativa no agote la noción de libertad, es necesario reconocer su valor histórico para la realización de las vidas individuales y para el me-

¹⁶ Es necesario señalar que la exigencia de mayor democratización se desvirtúa cuando se extiende a ámbitos como el familiar o escolar, porque en ellos la lógica de las relaciones sociales presentes torna insuficiente el recurso al lenguaje de los derechos. Estos no logran dar cuenta de la totalidad de estas relaciones.

¹⁷ Ver Forsthoff, Ernst y Doebling, Karl, pp. 191 a 200.

joramiento de las relaciones entre el Estado y el individuo. La imposición de restricciones al cuerpo político y social para resguardar un ámbito individual, es un aspecto fundamental de la sociedad democrática actual.

Los autores provenientes de la tradición liberal mencionados en este escrito conciben la autonomía en sentido negativo: como ausencia de interferencia para elegir entre distintas preferencias y deseos. Esta perspectiva impone a los demás individuos y al Estado un deber de respeto a la capacidad de elección individual, al margen del valor moral que se asigne a su contenido. La crítica al liberalismo nuevamente denuncia, en esta forma de concebir la autonomía, cierta indeterminación contraria al vínculo necesario entre la elección y la realización de las preferencias y los deseos. Las condiciones materiales de pobreza extrema excluyen a los individuos de la posibilidad de ser autónomos en sentido material o real. El contenido de la preferencia, por su parte, resulta relevante a la hora de determinar si se trata o no de un acto autónomo del individuo.

La indeterminación del contenido de la autonomía negativa ha propiciado propuestas orientadas a precisar mejor su contenido, y a concebirla en términos de autogobierno, autenticidad o autoconstrucción individual. Para Ronald Dworkin o Charles Taylor, por ejemplo, autonomía es la capacidad de observar el autocontrol, la coherencia y la racionalidad pragmática y ética necesarias para mirar críticamente la propia escogencia, y darle contenido moral. La autonomía así concebida supone en el individuo no solamente la destreza en la escogencia de sus fines y la persistencia del compromiso con ellos, sino también la voluntad de respetar el carácter libre y autónomo de los demás sujetos con quienes comparte la vida social. Otra forma de entender la autonomía sería aquella que la identifica con la búsqueda de la autenticidad, propia de una individualidad cultivada en la fidelidad a lo más auténtico del sujeto, en oposición a la uniformidad que genera la sociedad de masas. Finalmente, aunque relacionada con esta última, la autonomía es entendida por algunos autores como la capacidad de delinear una existencia hermosa e irrepetible¹⁸.

La autonomía «positiva», en cualquiera de sus modalidades, cumple la misión de corregir las falencias de la autonomía «negativa», dejando intactas sus partes valiosas. Nuevamente remite a la capacidad de realizar el contenido de la escogencia personal. En principio no es una capacidad «exterior», porque se trata de la posibilidad moral del individuo de realizar aquellos actos que le llevarán a concretar su escogencia. En este sentido es una capacidad autorreferida, que excluye la intromisión de los demás individuos o del Estado en el ámbito de acción individual. La autonomía así comprendida es compatible con la libertad

¹⁸ Ver Papacchini, Angelo, «El porvenir de la ética. La autonomía moral, un valor imprescindible para nuestro tiempo», en *Revista de estudios sociales*, No. 5, Enero de 2000.

negativa: si otros individuos o el Estado no constriñen al individuo, éste podrá persistir en la búsqueda de su ideal de vida valiosa de manera coherente e incluso llegar a ser auténtico en su autodespliegue.

Los críticos del libertarismo se han preguntado si resulta posible escoger los fines, persistir en su búsqueda, perseguir la autenticidad y cultivar una existencia hermosa y única, sin condiciones materiales adecuadas. El respeto por la autonomía y libertad de los demás individuos no se excluye, en principio, en un marco de pobreza material. Pero la despreocupación por la pobreza material extrema de algunos individuos no puede interpretarse como respeto a su autonomía. En el lenguaje ordinario no se utilizaría la expresión «respeto por su autonomía» para referirse a la despreocupación por una persona que no logra satisfacer sus mínimos vitales. De hecho, la expresión alude a la capacidad de dirigir la propia vida, de acuerdo a principios aceptados y reconocidos y a la capacidad económica de solventar la realización del propio proyecto vital.

A menudo se le objeta a la noción de «autonomía positiva» su vínculo con una tradición de dominación totalitaria¹⁹ sobre el individuo. Pero esta crítica descuida un hecho relevante para su comprensión: pervive en ella el respeto por el sentido que el individuo otorga a su propia vida. La idea racional de proyecto vital obliga al individuo a imponerle restricciones a aquellos rasgos suyos que lo alejan de su ideal. La «dominación» sobre sus impulsos le permite lograr una vida valiosa, en la cual se dé alcance a las metas propuestas. El autodomínio es un proceso subjetivo, aunque algunos teóricos lo interpreten como la imposición del Estado o la comunidad – identificado con un «yo auténtico» – sobre el individuo. La idea de autonomía positiva impone por el contrario límites precisos a las pretensiones estatales de control sobre la vida individual. Se trata de los mismos límites que operan en contra de las pretensiones de los individuos sobre las vidas de los demás. Las restricciones a terceros excluyen, en principio cualquier forma de perfeccionismo. El Estado, como resultado del valor adquirido por la autonomía individual, debe permanecer

¹⁹ Ver Berlin, Isaiah, pp. 202 a 225. Berlin rastrea en sus dos conceptos sobre libertad el surgimiento de la libertad positiva. Se trata del proceso mediante el cual el «yo» se escinde en un yo superior auténtico y en un yo inferior. El primero se identifica tradicionalmente con las esferas institucional, estatal, de clases, partidos, la voluntad general, etc. El segundo con lo individual o particular. La verdadera libertad, entendida como realización del yo verdadero, puede requerir el sacrificio del individuo mismo, en tanto yo inferior, ignorante y carente de juicio. Los fines de las partes o individuos quedan desplazados por los fines del todo: sociedad, nación, etc, en su calidad de representantes de la razón y la grandeza. El Estado virtuoso asume la capacidad de ignorar los deseos de los asociados, de intimidarlos y oprimirlos, obligándolos a asumir ciertos fines y conductas en contra de su voluntad. Lo fines estatales son tan benéficos que los propios individuos, de no ser tan incultos e ignorantes, se los habrían propuesto de forma autónoma.

neutral frente a las concepciones de vida buena preferidas por los individuos. En este límite el Estado moderno encuentra uno de sus mayores retos: encontrar procedimientos políticos no demagógicos, que den cuenta de las necesidades materiales individuales sin el recurso a medidas perfeccionistas.

El dique al Estado se justifica porque el reconocimiento a la autonomía negativa es un avance histórico importante. La autonomía como ausencia de restricciones externas a la posibilidad de elegir, al igual que acontece con la libertad negativa, ha cumplido un valioso papel de freno a las pretensiones perfeccionistas de los demás individuos y del Estado sobre las vidas individuales. Ha permitido a los individuos – en mayor medida a aquellos con posibilidades materiales – una existencia rica en opciones vitales y de realización personal; ha sido también condición básica para el establecimiento de algunos derechos fundamentales.

La capacidad de escoger la vida que se considere personalmente valiosa, de participar de la vida política, de dominar las propias pasiones, de escoger los propios fines y darse las propias normas morales, de lograr la autenticidad o una existencia hermosa y única, son todas expresiones de la libertad individual. Mediante el despliegue de estas capacidades las personas pueden constituir su identidad individual, en el marco de una sociedad pluralista y democrática que imponga restricciones a las formas de dominación ejercidas en el Estado y en la Sociedad.

Alcances de la igualdad formal

76 La igualdad ante la ley, sumada a la libertad y la autonomía formales, completa el cuadro de valores considerados intocables por los libertarios. Aquello que no pueda derivarse de estos valores no merece el título de «derecho»; por el contrario, constituye una violación de los «verdaderos» derechos fundamentales. La igualdad logra un lugar en esta privilegiada lista, pero sólo como igualdad ante la ley, identificada con el principio según el cual la ley debe considerar a todos los ciudadanos como iguales en derechos y deberes. Cualquier otra forma de entenderla implicaría desconocer las restricciones morales básicas impuestas por los derechos – libertades a los demás individuos y al Estado.

Una de las principales críticas que se hacen a la igualdad formal recae en la función social que ha cumplido. Contra ella se afirma que sirvió y sirve con efectividad a la reproducción de las condiciones de desigualdad social y económica entre los ciudadanos. Esta perspectiva es propia de la tradición socialista, cuyos antecedentes teóricos se encuentran en las formulaciones de los socialistas utópicos y científicos. Saint-Simon o Babeuf, por ejemplo, denunciaban la falta de una repartición más equitativa y justa de la riqueza entre los

ciudadanos, durante la revolución francesa. Para sus continuadores, los denominados «socialistas científicos» como Federico Engels, o Carlos Marx, una sociedad de ciudadanos absolutamente iguales no requiere de un aparato represivo, encargado de reproducir la dominación de las clases económicamente privilegiadas sobre las clases más desfavorecidas. Según esta última perspectiva, la igualdad no sirve de límite al ejercicio del poder en el Estado, porque el Estado mismo debe desaparecer, debido a su condición de reproductor de la desigualdad material entre los ciudadanos. La igualdad sería una facultad del «hombre burgués», es decir, de un individuo aislado de los demás miembros de la Sociedad.

Las críticas a la igualdad formal y el deseo igualitarista inspiraron algunas revoluciones socialistas, cuyos efectos prácticos de pobreza, corrupción y pérdida ciudadana de libertades individuales son los argumentos utilizados por quienes desconfían de la igualdad material como ideal político. A esto se sumó el sentido tomado por la igualdad como fin social: su carácter deseable servía de justificación a la utilización de cualquier mecanismo para lograrla, incluida la violencia. El recurso al perfeccionismo, al desconocimiento de la autonomía de quienes poseen bienes materiales y demás prácticas violatorias de las libertades fundamentales, fueron asociadas a los ideales igualitaristas. Este fenómeno inspiró la contraofensiva libertaria neoconservadora, bien representada por Nozick, Hayek y Hospers.

Un nuevo llamado a la tradición obliga a reconocer que las críticas socialistas en conjunto tienen la ventaja de demostrar las insuficiencias de la igualdad formal, establecida por las revoluciones burguesas. En concreto, han sustentado la lucha por el establecimiento de condiciones igualitarias para los trabajadores. Y en general abrieron la puerta a otras formas de entender la igualdad, que en la actualidad han logrado reconocimiento social y jurídico. Su valor no quedaría desvirtuado por los efectos nocivos de algunos intentos socializadores, así como las insuficiencias del liberalismo libertario no han invalidado el papel de las libertades en la construcción de una sociedad justa.

Debe reconocerse que las teorías socialistas son en general indiferentes a las condiciones de vulnerabilidad de ciertos grupos, unidos por identidades y rasgos como el género, las discapacidades o la cultura. La agencia de las mujeres, de las minorías étnicas o de las personas discapacitadas serían secundarias, frente a la tarea de lograr la igualdad real entre los trabajadores y propietarios. El aspecto valioso del aporte de estas teorías se puede sintetizar en la necesidad de alcanzar la igualdad material, como verdadera forma de emancipación individual.

En oposición a las críticas contra el ideal igualitario, se reconoce cada vez más el importante papel que desempeñan en la vida social y política otros sentidos de la igualdad, distintos a su versión formal. Estos sentidos son

reclamados con vehemencia, desde la segunda mitad del siglo pasado, por aquellos sectores sociales inicialmente excluidos del reclamo socialista. Las demandas han tenido eco en el concierto internacional y cada vez más en las Constituciones y los aparatos administrativos de los países periféricos. La consagración de derechos sociales económicos y culturales apunta a la integración de las demandas por bienestar material con las demandas por reconocimiento. Algunos teóricos han mostrado lo absurdo de considerar estos dos ideales de justicia como excluyentes²⁰. Es necesario reconocer que la integración social de las personas tradicionalmente excluidas de la vida colectiva depende del establecimiento de condiciones materiales adecuadas, en la misma medida en que depende de la existencia de condiciones de respeto (no mera tolerancia) a sus peculiaridades naturales y culturales.

Los nuevos sentidos de la igualdad han sido posibles por la amplitud misma del término, al igual que acontece con los valores de libertad y autonomía. Sin embargo, la igualdad tiene una peculiaridad que la distingue de éstos. Mientras que la libertad y la autonomía son valores sustantivos, que no requieren ningún criterio de «distribución», la igualdad debe predicarse frente a algún bien o valor socialmente valioso. En este sentido supone un criterio de distribución de ese «valor o bien». Los criterios tradicionalmente utilizados se han concretado en algunas reglas, estudiadas por los filósofos morales y políticos, mediante las cuales se establece la forma como deben distribuirse determinados beneficios o cargas entre las personas que componen la Sociedad. Solo la aplicación de estos criterios permitiría el paso de la igualdad formal a la igualdad real o material. Las siguientes reglas ilustran el sentido que toma en la actualidad, después de la crisis del socialismo real y en tiempos de crisis del capitalismo, la reivindicación igualitaria:

a. Debemos tratar a las personas de manera igual, a menos que exista una justificación razonable para tratarlas en forma desigual.

b. Debemos garantizar a las personas la posibilidad real de satisfacer sus propias necesidades materiales y espirituales.

La primera se refiere a la igualdad de trato y la segunda puede comprenderse bajo la igualdad de oportunidades. Ambas nociones de igualdad se diferencian tanto en las discusiones filosóficas como en el lenguaje ordinario. La «igualdad de oportunidades» se utiliza para referirse a la posibilidad real de acceder a una educación acorde con las propias capacidades. Por esto la educación es reconocida como una forma de modificar las condiciones iniciales para el desempeño en la vida productiva, a favor de los más

²⁰ Fraser, Nancy, «Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género» en *Revista Internacional de Filosofía Política*, No. 8, Ed. UNEM y UAM, Madrid, 1996, pp. 20 a 31.

desfavorecidos. Más allá de la educación, el Estado se ha comprometido paulatinamente con la procura de los mínimos vitales en conjunto, a fin de dar satisfacción a las necesidades materiales y espirituales de los miembros de la comunidad política.

La igualdad de trato involucra el derecho a obtener un igual tratamiento por parte del Estado y de los particulares, en la distribución y reconocimiento de derechos y libertades, bienes, cargas y posiciones sociales. La lista no es exhaustiva, se trata por el contrario de mínimos que permiten el despliegue de la vida individual, en condiciones acordes con la igual dignidad de las personas. Es una fórmula a través de la cual se reivindica el derecho de las personas a no padecer tratos diferenciados injustificados o arbitrarios, basados en prejuicios o criterios sospechosos. El criterio sospechoso es aquel que tradicionalmente se ha utilizado para excluir a personas y grupos de personas de ventajas sociales; entre estos se cuentan la raza, el género, la condición económica, física, política, etc. El objetivo de la norma es dejar sin sustento moral cualquier forma de discriminación, en su sentido negativo. A pesar de la distinción lingüística entre ambas nociones de igualdad – de trato y de oportunidades – en la práctica es complicado separarlas, debido a que en la primera se puede incluir el derecho a obtener un igual tratamiento en la distribución de beneficios y oportunidades, por parte del Estado.

Es importante hacer una aclaración final sobre este punto. En un Estado democrático las personas no tienen un derecho a ser admitidas en cualquier grupo o a disfrutar de determinado privilegio o trabajo, tienen derecho a ser tratadas en virtud de su reclamación, con la misma consideración y respeto con que se trataría a una persona por quien se tiene un aprecio especial. Tampoco se trata de aceptar que todas las personas deban cumplir con las mismas obligaciones sociales o económicas. El criterio utilizado es imponer más cargas a quienes tienen más beneficios sociales y menos cargas a los menos favorecidos. Las cargas impuestas a quienes tienen una mejor posición social y económica se justificarían en parte por los beneficios que derivan de vivir en sociedad; los cuales son significativamente mayores a los obtenidos por quienes solo poseen su fuerza de trabajo y su familia.

Las reglas que concretan la igualdad de trato y de oportunidades son de tipo redistributivo, porque mediante la imposición de impuestos a los que más poseen, compensan las desigualdades en riqueza, salud y talento de las personas, a favor de quienes tienen menos capacidad de seguir un plan de vida gratificante. La redistribución así planteada es compatible con la autonomía de las personas, porque persigue la maximización de la capacidad real de los individuos de disfrutar de sus libertades individuales, sin restringir en su núcleo básico la autonomía de otros individuos. No es suficiente que la Constitución y las leyes del Estado establezcan el derecho a la vida, a la libertad y a la autodeterminación, si no se cuenta con los medios materiales mínimos para el disfrute de esas libertades y derechos, es decir para llevar una vida digna de todo ser humano.

La crítica de algunos teóricos como Nozick a estos dos «principios pautados de justicia» no tendría sentido si aceptamos que el ideal igualitario ha logrado, con igual eficacia que el ideal libertario, establecerse como aspecto central de los objetivos sociales que cualquier comunidad política tiene derecho a percibir como valiosos en la actualidad. Si los derechos tienen sentido, no como rasgos naturales de un sujeto ahistórico, sino como producto y expresión de una cultura concreta, la reivindicación de la igualdad material y el respeto por las diferencias están más que justificadas en las sociedades periféricas y semiperiféricas contemporáneas.

La consolidación de las nuevas formas de entender la igualdad se ha logrado mediante su reconocimiento jurídico, al ser incorporadas en los textos constitucionales actuales de esas sociedades. Este hecho significa un apoyo institucional a las críticas contra la igualdad formal, delineadas en este trabajo. Pero en esas constituciones también se encuentra el valor de la igualdad ante la ley. No se trata como en la libertad y autonomía negativas, de nociones que usurpan el lugar de la libertad y autonomía genéricas; se trata de una noción que en sí misma es formal y cuya formalidad le permitió mejorar la situación de algunos de los sectores excluidos social y políticamente, en los inicios de la modernidad. La igualdad formal es un avance, en una cultura que aceptó por muchos siglos la «desigualdad natural» entre los hombres y entre hombres y mujeres. Todas las formas de desigualdad, desde la esclavitud hasta la exclusión social y económica, debían reproducirse por las normas jurídicas y las decisiones políticas dadas en un marco social determinado.

La conquista de la igualdad ante la ley sirvió para eliminar la separación entre poseedores y no poseedores de ciudadanía y privó de legitimidad a la práctica de usar las diferencias de condición biológica, social y económica como criterios de discriminación para el ejercicio de cargos y funciones públicas y para el disfrute de potestades y garantías ciudadanas. Es cierto que las constituciones y las declaraciones de derechos modernas no contemplaron la desaparición de todas las formas de discriminación; las mujeres, los no propietarios, los discapacitados, continuaron por fuera de la protección que garantizaba la igualdad formal. Pero a pesar de sus limitaciones, esas declaraciones significaron una ampliación importante de la categoría de ciudadano, como primer paso en la larga búsqueda de la igualdad real o material. Los privilegios de nacimiento se reemplazaron por aquellos derivados del propio esfuerzo y talento, lo que permitió el ascenso social de personas de origen humilde, modificándose así la estructura social jerárquica y estática, propia del mundo antiguo y medieval.

La igualdad jurídica es un pilar fundamental para la defensa de los derechos de las personas. Su carácter formal a la postre frenó lo que estaba implícito en ella como demanda individual y social: la denuncia de la marginalidad económica, social y cultural padecida por sectores importantes de la población.

La seguridad jurídica como valor básico.

La ley general, impersonal y abstracta garantiza el abandono de la regulación de situaciones concretas, la resolución de conflictos determinada por la condición social y económica de las partes y demás prácticas asociadas a la casuística premoderna. El principio de legalidad asegura a los individuos un igual sometimiento de quienes detentan el poder político a las leyes que ellos mismos contribuyen a elaborar o elaboran. Estos elementos permiten la seguridad jurídica, entendida como la certeza y previsibilidad sobre la solución que se dará a los conflictos de intereses que lleguen a presentarse en el ámbito social. Al mismo tiempo, posibilitan el conocimiento previo de los derechos de que puede disfrutar todo ciudadano en el cuerpo político.

Una objeción a esta concepción tradicional de seguridad señala su capacidad de permanecer intacta ante la validez de leyes con un contenido abiertamente injusto²¹. La crítica, que se formula desde las teorías jurídicas contemporáneas, apunta a la necesidad de repensar este valor jurídico, porque mediante él se reproduce la indiferencia a las condiciones materiales de pobreza y marginalidad dadas en la sociedad. La certeza de que en la resolución de conflictos se aplicarán leyes violatorias de los derechos fundamentales, no puede ser el tipo de seguridad propio de una sociedad moderna, comprometida con la eliminación o reducción de los riesgos económicos y sociales. El Estado social de derecho, en tanto forma estatal comprometida con derechos prestacionales, es incompatible con una seguridad puramente formal. Esta situación sugiere la relevancia de reformular el concepto tradicional de seguridad jurídica. Los elementos más comunes de esa reformulación serían el reemplazo de la justicia intrínseca de cualquier ley o decisión judicial – al provenir del poder político – por leyes y decisiones judiciales que consulten la equidad, es decir que permitan la realización de la justicia en los casos concretos. La previsibilidad no vendría dada únicamente por el conocimiento del texto de las normas formalmente válidas, sino por las decisiones tomadas en casos similares por los tribunales y por los principios y derechos contenidos en las constituciones políticas. Los precedentes judiciales, en especial aquellos creados por los tribunales constitucionales, serían prescripciones morales que se incorporan a los ordenamientos jurídicos y sirven de criterio para la interpretación del resto de normas que los componen.

Al igual que acontece con la igualdad formal, la seguridad jurídica en su versión formal es un elemento definitorio del Estado de derecho. Su existencia implica un progreso moral con relación a la incertidumbre propia del Estado despótico premoderno, en la medida en que garantiza el sometimiento

²¹ Betegón y otros, *Lecciones de teoría del Derecho*, McGrawHill, Madrid, 1997, pp. 28 y 29.

del poder político al imperio de las leyes que él mismo promulga. Además, incluso las leyes más injustas cumplían una función orientativa de la actuación ciudadana. La garantía de los derechos sociales, económicos y culturales produce el tránsito de una seguridad formal, fundada en la injusticia del derecho, a una seguridad jurídica con contenido material. Esta nueva forma de seguridad no es más que la certeza sobre la existencia de normas respetuosas de todos los derechos fundamentales y la previsibilidad sobre la realización de una interpretación legal acorde a ese respeto.

Algunas respuestas a las críticas consecuencialistas contra la justicia social.

El Estado social de derecho al asumir la defensa y promoción de los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos, es un Estado que defiende y promueve una noción de justicia basada en los derechos. La justificación moral de esos derechos, definitorios del Estado, no debe prescindir de una evaluación, aunque breve, de sus posibles consecuencias. El ejercicio de dar razones morales debe integrar al análisis de los principios, la consideración de las consecuencias que se derivan de su aplicación²².

Acerca de la excesiva burocratización del Estado.

Es el argumento utilizado por quienes consideran que la búsqueda del bienestar material de los asociados genera un crecimiento desmedido del Estado y una determinación irracional de sus funciones. De hecho, en los Estados contemporáneos se ensayan nuevas posibilidades de atender las demandas ciudadanas por derechos sociales, sin que se produzca un indeseable incremento del aparato burocrático. En algunos países como Argentina o Colombia se ha ensayado una nueva forma de atender las necesidades básicas de los ciudadanos mediante la imposición del deber de solidaridad a los particulares. Obviamente este deber tiene como límite la autonomía individual, lo que significa que el Estado se ve obligado a compensar económicamente los servicios prestados. Esta forma de asumir su responsabilidad con las necesidades básicas de los ciudadanos ha resultado muy útil en algunas

²² Ver Sen, Amartya, «Propiedad y Hambre» en *Precedente* Anuario jurídico No. 1, Centro de Investigaciones Jurídicas Precedente, U. Icesi, Cali, 2001, p. 99. Sobre este aspecto ha señalado A. Sen lo siguiente: «La aceptación de la importancia intrínseca de algún derecho no es garantía de que su evaluación moral global haya de ser favorable.... ninguna evaluación moral de un derecho puede prescindir de la consideración de sus consecuencias probables. No se puede eludir la necesidad de evaluaciones empíricas de los efectos de la aceptación de un derecho. Los argumentos empíricos son absolutamente centrales en la filosofía moral».

áreas como las de salud y educación. En ciertas ocasiones el Estado no puede brindar una prestación determinada y en lugar de sustentar el incumplimiento de su responsabilidad en la «ausencia de un aparato», busca mecanismos alternos como el señalado. Estas posibilidades, a las cuales se acude cada vez más, servirían para desmentir la concatenación necesaria entre la ampliación de los derechos sociales y el incremento de la burocracia estatal. Una implementación cuidadosa de la autonomía y de los derechos de las personas a quienes se demanda la prestación, garantiza la permanencia dentro de un Estado social de derecho y no un Estado social arbitrario.

El argumento de la ineficiencia económica.

El peso de este argumento disminuye si se considera la tendencia cada vez mayor a flexibilizar las relaciones laborales, crear normas de reestructuración empresarial, estimular la inversión extranjera y establecer estímulos tributarios. Estas políticas suelen ser apoyadas por organismos como el BID o el Fondo Monetario y en general son acatadas por los directores de la política macroeconómica en las sociedades periféricas y semiperiféricas. Además, en muchos casos se acepta que las condiciones de pobreza y marginalidad en que viven amplios sectores de la población contribuyen al incremento del crimen organizado, situación que torna insegura la actividad productiva privada. Los costos económicos impuestos por la satisfacción de las demandas ciudadanas pueden ser comparativamente inferiores a los costos de seguridad en que incurren los países con gran inestabilidad social. En la mayoría de los casos dramáticos, los mismos empresarios han manifestado su voluntad de contribuir a la modificación de las condiciones que impiden el desarrollo de cualquier actividad productiva, con la condición de que se obtengan resultados. La redistribución según necesidades, propia del Estado social de derecho, puede en el mediano y largo plazo contribuir a la reactivación económica. En algunos contextos casi podría afirmarse que sin una redistribución en los términos descritos no será posible reactivación alguna.

La corrupción estatal.

En general cualquier forma estatal, desde una visión realista, corre el riesgo de convivir con la corrupción. Los servicios de seguridad que presta el ente estatal, que para un anarquista libertario constituyen su única función legítima, no escapan a la acusación de corrupción, desgreño y demás prácticas socialmente indeseables. Este hecho serviría para justificar la deseabilidad de desaparición del Estado, incluso en su forma mínima. Sin embargo, el argumento parece vincular el fenómeno de la corrupción con el tamaño del Estado, en la medida en que parte de una premisa: a mayor tamaño, mayor corrupción. Esta relación podría explicarse por las posibilida-

des de «esconder» los actos de corrupción en el ancho ámbito de funciones que el Estado desempeña. Pero el argumento se debilita si se considera que los organismos de control del Estado y la ciudadanía, a través de veedurías, pueden realizar un trabajo efectivo en la vigilancia del manejo de la propiedad pública. Las posibilidades y logros de este control no dependen exclusivamente del tamaño del aparato estatal. La cuestión también se vincula con una rama ejecutiva fuerte, que utiliza su facultad de disposición sobre los dineros del erario público para asegurarse la supremacía sobre las otras ramas del poder y sobre los ciudadanos. En algunos Estados, en especial en aquellos con tribunales constitucionales, se ha dado un desplazamiento de poder desde el aparato ejecutivo al judicial. No es extraño encontrar un poder judicial fuerte, que impone al gobierno la satisfacción de las necesidades materiales consideradas en el «mínimo vital» constitucionalmente protegido. Este fenómeno en la mayoría de los casos es catalogado como una distorsión del mecanismo democrático, debido al origen no popular de los jueces. La legitimidad de esta práctica, denominada «activismo judicial», vendría dada por el vínculo existente entre los derechos ciudadanos y la labor judicial. La razón de ser de esta labor ha sido desde sus orígenes la garantía efectiva y real de los derechos de los ciudadanos en un marco político determinado. Este punto trae numerosos problemas que no serán considerados aquí, pero sirve para ilustrar cómo la satisfacción de las demandas ciudadanas en material social, económica y cultural no necesariamente supone el fortalecimiento del poder ejecutivo.

El supuesto debilitamiento de la mediación estatal en los conflictos de intereses que se dan en la sociedad.

Según esta idea, un Estado que interviene a favor de una de las partes de un conflicto perdería la neutralidad necesaria para servir de árbitro. Sin embargo, el Estado hace mucho tiempo que dejó de ser el único árbitro en la solución de conflictos de intereses y no ha sido por dedicarse a cuestiones redistributivas. Este hecho se constata en el auge actual de los llamados «mecanismos alternativos de solución de conflictos» como el arbitramento, la amigable composición, la conciliación, etc. Sería absurdo señalar que es deseable el retorno a un tiempo en el cual sólo el Estado mediaba para obtener la solución pacífica de los desacuerdos dados en la Sociedad. La labor mediadora de los particulares cada vez gana más fuerza en materias comerciales, laborales y de familia. Las razones de su éxito son la celeridad, economía, y eficacia en la solución de las diferencias. Una labor de mediación estatal es necesaria y deseable, pero no se puede confundir a quienes reclaman derechos sociales con quienes solo reclaman el arbitraje. No hay razón para afirmar que el Estado tenga más responsabilidades con los segundos

que con los primeros, en especial en aquellos contextos donde se ha demostrado que la incapacidad económica excluye a un número significativo de ciudadanos de los servicios estatales de justicia.

La subordinación de las asociaciones propias de la sociedad civil al aparato del Estado.

Es otro de los argumentos utilizados para intentar desestimar el compromiso estatal con la justicia social. De acuerdo con esta línea argumentativa, la dependencia que genera la inclusión de prácticas redistributivas en el listado de funciones del Estado social de derecho torna a los ciudadanos en meros receptores de la dádiva estatal y en espectadores de los procesos políticos. Este argumento puede haber sido válido para el Estado de bienestar, pero carece de fuerza para atacar al Estado social de derecho. Tal como he señalado líneas arriba, en un Estado de este tipo, las asociaciones asumen la tarea de canalizar las necesidades materiales y espirituales más sentidas de los ciudadanos. La respuesta institucional a estos reclamos es la consagración, promoción y defensa de derechos sociales, económicos y culturales – definitorios del Estado social –. También se puede afirmar que la consagración constitucional de la fórmula ha sido el resultado de presiones de distintos movimientos sociales, cansados de la marginalidad social, económica, política y cultural reproducida bajo la vigencia del Estado de derecho. La participación ciudadana no sólo es un derecho político fundamental que no requiere ser recortado para el logro de la justicia social; también es la condición misma de posibilidad de dicha justicia

La apelación al valor incondicionado de los individuos.

Desde cierta interpretación del principio liberal de dignidad humana, se podría decir que el Estado social de derecho no entrega nada como dádiva a los ciudadanos, es decir no vulnera su dignidad. Por el contrario, les reconoce nuevos derechos, como resultado de procesos de luchas sociales. Los colectivos que han presionado por la obtención de la igualdad material, asumieron en algún momento de su actuar político el valor prioritario del principio de dignidad humana y el vínculo de este principio con el de autonomía individual. Incluso se podría afirmar que quienes así actuaron llevaron hacia sus consecuencias más lógicas la consagración formal de los principios de igualdad y dignidad humanas. La dignidad hoy en día se concibe como una propiedad de los sujetos de necesidades y no sólo como el valor de un sujeto abstracto y racional. A este proceso del principio de dignidad alude el reconocimiento cada vez mayor de un «derecho a una vida digna», entendido como la posibilidad de disfrutar de condiciones materiales mínimas para el despliegue individual.

Razones morales para la redistribución estatal.

En los Estados constitucionales se cristalizan las necesidades materiales básicas de las personas, como criterio de redistribución. No se trata de lo que individualmente se esgrime como «necesario» sino de aquellas necesidades que han logrado obtener reconocimiento jurídico mediante su consagración como derechos sociales, económicos y culturales. Estos derechos, al ser prestacionales, requieren de una redistribución de los bienes y de las cargas sociales por parte del Estado. Una vez concretados como normas jurídicas, su doble rango de derechos morales y jurídicos impone al Estado y a los particulares deberes concretos de protección y promoción, dentro de ciertos límites impuestos por el valor de la libertad y autonomía individuales.

El carácter moral de esos derechos prestacionales puede fundarse en el reconocimiento de los sujetos de necesidades, en oposición al carácter abstracto de los sujetos en las formulaciones liberales clásicas y libertarias. Se trata del reconocimiento entendido como sensibilidad ante las carencias materiales de los demás miembros del cuerpo político. A las carencias o necesidades materiales se les objeta que constituyen un límite demasiado inferior de la moral²³ sin embargo, es posible que en sociedades periféricas – la latinoamericana en particular – la pobreza material se encuentre tan extendida, que este límite sea un punto inicial de redistribución legítimo.

El reclamo al Estado para que asuma un compromiso real con la justicia social basada en derechos se puede realizar ante el poder ejecutivo – como ocurre en un Estado de bienestar – ante el poder legislativo y/o el poder judicial. Actualmente en gran parte de las democracias constitucionales de los países periféricos y semiperiféricos, los ciudadanos privilegian la última vía. A ésta se le objeta el promover la intromisión de los jueces constitucionales – quienes garantizan los derechos mediante sus providencias – en asuntos de resorte del poder ejecutivo o legislativo²⁴. Más allá de este debate jurídico por el poder, tiene sentido reconocer que precisamente estos cambios son el resultado inevitable de un Estado social de Derecho. Este hecho fue aceptado por la Corte Constitucional colombiana, al afirmar que « los acontecimientos de los últimos años han producido no sólo una

²³ Vázquez, Rodolfo, pp. 38 y 39.

²⁴ Ver Uprimny, Rodrigo, «legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía», en *Precedente Anuario Jurídico* 2001, Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad Icesi, Cali, 2001, p. 60. Sobre este tema se afirma: «conforme a los pactos internacionales, la Constitución y la doctrina más autorizada, 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 derechos civiles y políticos. Por ello, estos textos señalan que esos derechos no son de aplicación inmediata integral sino de «realización progresiva», pues su satisfacción depende de la disponibilidad de recursos».

transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho»²⁵. Es importante recordar que el derecho es una expresión del poder de ese Estado. El derecho deja de ser un instrumento para mantener el *statu-quo* y asume una función redistributiva o promocional.

Las mayores resistencias a los derechos sociales se encuentran ligadas a su carácter prestacional. En este sentido se acusa al Estado que los garantiza de profundizar la ineficiencia económica²⁶ y frenar el dinamismo de los movimientos sociales. El primer aspecto sería más dramático en sociedades de recursos escasos y demasiadas necesidades materiales insatisfechas. Este argumento, aunque importante, podría justificar la eliminación de cualquiera de las funciones que se atribuyen al Estado democrático moderno: el control social, la organización social, la resolución de conflictos, etc. Además los propios derechos civiles y políticos imponen al cuerpo político unos costos inevitables. La ineficiencia económica obliga a pensar en términos costo – beneficio la garantía de los derechos, pero mediante una estimación real de los beneficios obtenidos con el mejoramiento de las condiciones materiales de vida de las personas.

El supuesto del «freno» a la iniciativa ciudadana descuida el origen de los derechos sociales, económicos y culturales. Su consagración positiva es precisamente el resultado de luchas dadas durante siglos por los diversos movimientos sociales marginados o excluidos. No son una dádiva estatal, sino una conquista social y su efectividad depende de la participación de las personas en las decisiones que las afectan y de la preocupación solidaria por la garantía de los derechos de los demás. En este sentido ha señalado Rodrigo Uprimny que la realización judicial de los derechos es sólo un componente de luchas sociales más amplias²⁷.

La redistribución fundada en los derechos no riñe con los principios que el Estado de derecho dejó como legado a las sociedades occidentales contemporáneas: la legalidad y sus valores fundantes. Estos quedan resguardados frente a las pretensiones totalitarias del aparato estatal o de las mayorías ciudadanas. Las necesidades materiales y espirituales reconocidas jurídicamente aseguran un grado de atención mayor y su satisfacción no solo pasa por los canales institucionales; también requiere de nuevas estrategias como la acción conjunta entre grupos sociales, instituciones estatales y organismos internacionales. Los últimos, en especial los dedicados a la protección

²⁵ Sentencia T-402/92 Mag. Ponente Ciro Angarita Barón.

²⁶ Sobre este tema se puede consultar el texto de Hugo Palacios Mejía, «El control constitucional en el trópico», en *Precedente*, Anuario Jurídico, 2001, p. 7.

²⁷ Uprimny, ob.cit., p. 66.

de derechos – tanto del orden regional como universal – empiezan cada vez más a atender las denuncias ciudadanas por violación de estos derechos. Hasta hace un par de décadas eran percibidos como derechos de realización progresiva y no como derechos fundamentales exigibles mediante recursos de amparo o denuncias internacionales.

Así como la redistribución de los medios materiales atañe directamente a la realización de los derechos de naturaleza económica, el reconocimiento sustenta o justifica moralmente los derechos sociales y culturales. El reconocimiento toma aquí otro sentido: se refiere al valor de los otros para la construcción de la propia identidad. La vida social hace que nos «reconozcamos» en los otros, en un proceso de autoconstrucción. Este hecho supone una distinción entre individualismo (conquista liberal) y egoísmo. Este último sería la exclusión de los demás en el propio interés, mientras que el primero puede entrañar una percepción «inclusiva» de los demás miembros del todo social. El reconocimiento es el respeto y promoción de aquellos rasgos de las personas, naturales o socialmente adquiridos, que constituyen su propia identidad. Las llamadas «acciones afirmativas» buscan que más allá de la tolerancia frente a lo diferente, se respeten y promuevan las diferencias consideradas valiosas para la vida privada y pública de las personas. En las sociedades latinoamericanas no se trata simplemente del reconocimiento de minorías étnicas y culturales, sino de grupos en ocasiones mayoritarios, tradicionalmente excluidos del derecho, que han obtenido inclusión constitucional a través de los derechos sociales y culturales. Esto se ha logrado mediante la participación activa de sus miembros.

El enfoque sobre las necesidades materiales – válido para ciertos sectores sociales – se coordina así con el enfoque sobre las capacidades para garantizar el ejercicio de una ciudadanía plena. El paso del individuo al ciudadano es un avance en la historia de los derechos humanos. La percepción de los miembros de la comunidad política como individuos consumidores hace inviable cualquier noción de reconocimiento. Este es relacional y supone unos sujetos morales – los ciudadanos – dotados de una sensibilidad moral mayor por los demás y por la vida pública. La ciudadanía se define como un estatuto formal de pertenencia a una comunidad política. Es una categoría multidimensional, como concepto legal, ideal político igualitario y referencia emocional en la que se recogen los derechos, las obligaciones y las lealtades de los individuos hacia una comunidad política dada²⁸. Su definición depende del tipo de derechos que quedan comprendidos en ella. Sobre este punto Francisco Colom retoma los trabajos de Marshall, quien

²⁸ Colom, Francisco, «Los umbrales del demos: ciudadanos, transeúntes y metecos» en *La filosofía política en perspectiva*, Fernando Quesada (editor.), Anthropos, Barcelona 1998,

clasificó las dimensiones civil, política y social de la ciudadanía. La primera recoge los derechos de la libertad individual, la segunda los derechos de participación, y la tercera los derechos sociales, económicos y culturales – aunque el autor se refiere a los derechos que buscan dotar de unos mínimos de bienestar y de seguridad económica a las personas a fin de permitirles una vida digna –. El proceso es descrito como un proceso de inclusión, porque en una primera etapa de la ciudadanía los derechos sociales se encontraban separados de los derechos políticos y sólo estos determinaban la posesión de la ciudadanía. La ampliación de la noción de ciudadanía muestra uno de los mayores logros de los procesos sociales de lucha por el reconocimiento: la institucionalización del compromiso estatal y social con la provisión colectiva de los bienes necesarios para la participación en la vida pública, en condiciones de autonomía moral²⁹. No basta con dejarle al Estado el papel de reordenar de manera solidaria la comunidad política. Es deseable que las asociaciones sociales asuman un compromiso social efectivo, de carácter supletivo o complementario, frente al papel corrector que realiza el Estado.

Cabe en fin anotar que la realización de los derechos sociales, económicos y culturales es una condición de posibilidad para la paz, por cuanto minimiza el impacto de las principales causas de conflictos sociales: la marginalidad, el hambre, y en general la ausencia de reconocimiento en todas sus modalidades. La paz a su vez es una condición de posibilidad para el disfrute de los derechos en general. Este círculo virtuoso³⁰ sería una razón moral adicional para exigir al Estado un compromiso con la justicia basada en derechos. Las instituciones legitimadas por su justicia tienen más posibilidades de exigir obediencia a los ciudadanos. El derecho que cumple cabalmente su función de promover e impulsar el respeto de las diferentes clases de derechos asegura de mejor manera el acatamiento de sus disposiciones. Es quizá por esto que goza de un amplio prestigio la idea según la cual los ciudadanos tienen un deber moral de obedecer al derecho justo. Cuando el Estado productor del derecho y sus órganos realizan la justicia, se ha escogido un camino un poco más seguro hacia la paz.

²⁹ Ver Colom, ob.cit., p. 44.

³⁰ Ver Papacchini, Angelo, *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*, Altamir ediciones, Bogotá, 1997, p. 392 a 397.

Bibliografía:

Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza, Madrid, 1996.

Betegón, Jerónimo y otros, *Lecciones de teoría del Derecho*, McGrawHill, Madrid, 1997.

Colom, Francisco, «Los umbrales del demos: ciudadanos, transeúntes y metecos» en *La filosofía política en perspectiva*, Fernando Quesada (editor.), Anthropos, Barcelona 1998.

Forsthoﬀ, Ernst, «Concepto y esencia del Estado social de derecho», en *El Estado social* Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoﬀ y Karl Doehring, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1986.

Fraser, Nancy, «Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género» en *Revista Internacional de Filosofía Política* No. 8, UNEM y UAM, Madrid, 1996.

Grueso, Delfín, «Liberalismo, comunitarismo y los problemas de la justicia social» en *Práxis filosófica Nueva Serie*, No. 5 Octubre de 1995.

Hayek, Federik, *Los fundamentos de la libertad*, Ed. Folio, Barcelona, 1997.

Hegel, George, W., *Filosofía del Derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1.975

Macpherson, C.b., *La teoría política del individualismo posesivo*, De. Fontanella S.A., Barcel. 1.979

Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, F.C.E., México D.F., 1.988

Papacchini, Angelo, *Los derechos humanos un desafío a la violencia*, Altamir Ediciones, Bogotá, 1997.

___, «El porvenir de la ética. La autonomía moral, un valor imprescindible para nuestro tiempo», *Revista de Estudios sociales* No. 5. Enero 2000.

Peces Barba, Gregorio, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1994.

Rorty, Richard, *Contingency, irony, and solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

Sandel, Michael, *Liberalism and the limits of Justice*, Cambridge University Press, 1.982.

Sen, Amartya, *Desarrollo y libertad*, Planeta, Bogotá 2000.

___, «Propiedad y Hambre» en *Precedente Anuario jurídico* No. 1, Centro de Investigaciones Jurídicas Precedente, U. Icesi, Cali, 2001.

Sennett, Richard, *La corrosión del carácter*, Anagrama, Barcelona, 2000.

Smith, Adam, *La teoría de los sentimientos morales*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1997.

_____, *Investigación sobre la naturaleza y causa de la riqueza de las naciones*, F.C.E., México D.F., 1994.

Soriano, Ramón, «Las funciones sociales del derecho», *Sociología del derecho*, Ariel, Barcelona, 1997.

Sterba, James, *Justice : Alternative Political perspectives*, Wadsworth publishing company, Belmont, 1991.

Tushnet, Mark, «Ensayo sobre los derechos» en *Sociología jurídica*, editado por Mauricio García Villegas, editorial unilibros, Bogotá, 2001.

Uprimny, Rodrigo, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía», en *Precedente Anuario Jurídico 2001*, Centro de Investigaciones Precedente, U. Icesi, Cali, 2001.

Vázquez, Rodolfo, *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, México D.F., 2001.

EL COSTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

LUIS JAIME SALGAR VEGALARA

In order to protect rights, a state needs to spend some of its resources, and this is the subject of this article. It begins by studying the relationship between a state and the cost of protecting rights in light of the evolution of the modern state. The costs became clear with the contemporary and active form of the state known as the «Estado social de derecho», or Social State. The article uses the cost of protecting rights to dissolve a traditional distinction between «negative rights» and «positive rights», given that «negative rights» also need significant protection from the State. Finally, the article studies some cases associated with the cost of rights, and derives specific conclusions.

El propósito de estas páginas consiste en estudiar el tema relativo a las *perspectivas del análisis del costo de los derechos* a partir de tres líneas argumentativas diferentes. En primer lugar, busco explicar las razones que tengo para afirmar que la pregunta por el costo de los derechos sólo tiene sentido bajo el modelo del Estado social de derecho. Este punto se aborda con base en una comparación de la concepción acerca de los derechos en tres momentos de la historia, determinantes en el proceso de construcción del Estado según lo entendemos en la actualidad: el origen del Estado moderno mismo en plena Edad Media, el del Estado liberal burgués y el del Estado social de derecho. En segundo término, quiero demostrar que la diferencia entre derechos negativos y derechos positivos es presupuestalmente insostenible en el escenario económico actual; aclaro que utilizo los términos «derechos negativos» y «derechos positivos» con el mismo significado que se da en Francia a la contraposición entre «derechos restricción» y «derechos crédito», o «prestaciones» y «derechos negativos» en parte de la literatura estadounidense¹.

¹ Cfr. Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 1998. p. 55.

Desafortunadamente la terminología no es uniforme. Maurizio Fioravanti, por ejemplo, distingue entre la esfera de las libertades civiles, las – negativas – y la esfera de las libertades políticas, las – positivas –. Para efectos del presente escrito, se entiende que los «derechos negativos» son los civiles (básicamente propiedad y libertad) mientras que los «positivos» son los que implican una prestación individual y concreta por parte del Estado o en virtud a sus disposiciones. Los derechos políticos reciben aquí este mismo nombre: derechos políticos.

Por último, se pone de manifiesto el alcance del tema sobre el costo de los derechos en el ámbito cotidiano de la actividad económica pública –y, en ocasiones, de la privada– a partir de algunos ejemplos.

1. Notas aproximativas a tres momentos de la historia

Voy a empezar esta sección con la siguiente afirmación: la pregunta por el costo de los derechos sólo tiene sentido en un sistema cuya función esencial sea la protección de los mismos. Parecería que se trata de una afirmación frágil o, en el mejor de los casos, tautológica. No obstante, un análisis histórico permite evidenciar que no se trata de una aseveración tan vacía como podría pensarse en un primer momento. El punto es el siguiente: el Estado moderno no nació como una institución encargada de garantizar o asegurar derechos sino que su condición de garante la adquirió luego de un proceso de varios siglos.

El origen del Estado y la génesis de los «derechos negativos»

El origen del Estado, que suele ubicarse en plena Edad Media, obedece a la unificación del poder en cabeza de una sola persona sobre un territorio determinado. Durante la segunda mitad de la Edad Media se registró una doble tendencia característica de las sociedades feudales occidentales: por un lado, la concentración de las armas por parte de los más poderosos –y la consecuente prohibición a los más débiles de que las usaran– y, por el otro, aunque simultáneamente, el uso de las acciones y litigios judiciales como mecanismo de circulación de la propiedad. Se trató de un uso de las acciones y de los litigios que no había tenido lugar antes en la historia. Más que «dar a cada uno lo suyo», las acciones y los litigios en los nacientes estados fueron utilizadas para garantizar que el señor se reservase el uso de la fuerza y que quienes actuaren en contravía de esta regla fueran sancionados. «Se comprende así por qué los más poderosos procuraron controlar los litigios judiciales, impidiendo que se desenvolvesen espontáneamente entre los individuos, y por qué intentaron apoderarse de la circulación judicial y litigiosa de los bienes, hecho que implicó la concentración de las armas y el poder judicial, que se formaba en esta época, en manos de los mismos individuos»². Así, la finalidad principal de la «administración de justicia» en los estados medievales no fue la de garantizar el ejercicio de los derechos de las individuos sino la de asegurar que el soberano se reservara para sí el uso de la fuerza.

² Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1992. p. 74.

Es cierto que esta función implicaba la asignación de derechos y obligaciones entre los miembros del feudo, pero ello era tan solo una consecuencia: la protección de los derechos y la consecuente conservación de la paz no eran valores en sí mismos sino beneficios derivados de la necesidad que tenía el soberano de preservar la inviolabilidad de su soberanía³.

En este contexto, la Carta Magna de 1215 presenta una importancia enorme: la Carta Magna es un contrato suscrito por el Rey Juan y por los estamentos políticos con el propósito de delimitar el ámbito de ejercicio de poder del soberano y de reconocer los derechos en cabeza de los diferentes sectores y gremios de la comunidad. En términos generales, se considera que la importancia de la Carta Magna consiste en haber exigido que la imposición de nuevos impuestos estuviese sujeta a aprobación por parte del naciente Parlamento, el *commune consilium regni*, con el fin de limitar así las facultades del rey respecto de la propiedad privada; es decir, en haber creado la famosa fórmula según la cual no habrá impuestos sin representación (*no taxation without representation*, de acuerdo con su formulación inglesa).

No obstante, hay quienes van más allá. Sostienen que esta limitación de la prerrogativa del rey de imponer gravámenes sería expresión de otra cosa, en sí más relevante. «En efecto, ahora se manifiesta con claridad que con el mecanismo del *consilium regni* se está determinando una situación en la que los magnates del reino, todos juntos y junto al mismo rey, tienden a representar la comunidad política en su totalidad, con el conjunto de derechos y relaciones existentes en ella. [...] todas estas mismas fuerzas unidas, a través de la misma Carta, no hacen otra cosa que confirmar la existencia de un orden común, de una *lex terrae*, de una verdadera y cierta ley del país»⁴.

³ La posición expresada en este escrito no es unánime en el análisis historiográfico acerca del origen del Estado. Un planteamiento diferente puede ser consultado en: Fioravanti, Maurizio, *Constitución*, Editorial Trotta, Madrid, 1991 (Capítulo 2). Fioravanti afirma que existe una idea según la cual la Edad Media habría sido un paréntesis, «[...] la edad del eclipse de la constitución, comprendida entre lo antiguo y lo moderno, la edad en la que la conciencia colectiva de la necesidad de una ley fundamental se disuelve». El texto mencionado estudia varios aspectos de la sociedad política medieval con base en la literatura que se produjo a partir del Siglo XII: la concepción existente sobre el ámbito de libertad de cada persona según el estamento al que pertenecía, las responsabilidades a cargo del príncipe, los límites a su poder y la posibilidad de que se convirtiese en tirano, el derecho de resistencia por parte de la población, etc. Aunque comparto que al soberano le correspondía velar por la integridad y por los intereses de la población (más como población que como conjunto de individuos) y que su poder no era absoluto, creo que la posición de Fioravanti podría dar lugar a que se pensase que el soberano medieval tenía una mayor responsabilidad respecto de los derechos que la que creo que tenía. Sobre este particular, debe observarse que la función del soberano en la Edad Media era proteger a la sociedad mas no representar la voluntad pública, como sucede en el Estado moderno.

⁴ Fioravanti, Maurizio, *Constitución*, p. 48.

Así, e independientemente del alcance que haya tenido en tanto que estatuto de creación o de consolidación de la comunidad política y de reconocimiento del lugar de los diferentes estamentos públicos, la Carta Magna definió –tal vez por primera vez– el ámbito de ejercicio del derecho a la propiedad privada y dio origen a una cierta concepción de la libertad muy particular en los países de habla inglesa según la cual ésta va de la mano de la propiedad.

En mi concepto, es éste el momento histórico en el que surge una «definición negativa» de los derechos en tanto que barreras contra la acción del Estado. Esta concepción «negativa» de los derechos habrá de encontrar su plena realización varios siglos más adelante, en el Estado liberal burgués.

Nosotros, los liberales

Voy aquí a dar un salto de unos cinco o seis siglos para mostrar el cambio radical que vive el Estado a partir del Siglo XVII; me refiero al Estado liberal de derecho que surge luego de las dos grandes revoluciones que tuvieron lugar en esa época, la Americana y la Francesa.

El Estado liberal surge como resultado de la habilidad que tuvieron los liberales de apoderarse del más grande tesoro de los revolucionarios –y, en especial, de los revolucionarios franceses–: la soberanía popular, y de ponerla al servicio de su causa: el establecimiento de un sistema normativo basado sobre el principio de la igual distribución de derechos y garantías entre los individuos.

Este escenario coincide con aquél con el que habían soñado de tiempo atrás los contractualistas británicos seguidores del iusnaturalismo, entre los cuales tal vez el más representativo sea John Locke: un sistema político encargado de garantizar a todas las personas el ejercicio de los derechos naturales, por medio de un sistema jurídico emanado del libre acuerdo de voluntades entre iguales aplicable de manera general y abstracta, en el cual cada quien se comprometía a depositar en un tercero representante de la voluntad general, el derecho al uso de la fuerza⁵.

⁵ Ver Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Alianza Editorial, Madrid, p. 29 y 112. En efecto, al inicio del Segundo ensayo sobre el gobierno civil, en su Capítulo II (Del estado de naturaleza), Locke afirma: «Será necesario que tengamos en cuenta cuál es el estado en el que se hallan naturalmente los hombres para entender bien en qué consiste el poder político y para remontarnos a su verdadera fuente, a mencionar: un estado de libertad completa para organizar sus acciones y para disponer de sus propiedades y de sus personas según crean, sin necesidad de pedir permiso y sin depender del arbitrio de otra persona, dentro de los límites de la ley natural». En el Capítulo VIII del mismo texto (Del comienzo de las sociedades políticas), retoma esta idea en los siguientes términos: «Siendo, según se ha afirmado ya, los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrebatado de ese estado y dominado por la autoridad política de otros sin que intervenga su propia autorización. Esta se otorga a través de un pacto hecho con otros hombres de unirse y contribuir en una comunidad designada a proporcionarles una vida grata, firme y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus propias posesiones y una protección mayor contra cualquiera que no conforme esta comunidad»

En este contexto, la idea según la cual la función primordial del Estado consiste en actuar como garante de los derechos civiles o «negativos», es una consecuencia lógica. Los revolucionarios –en especial, los franceses– creían que la revolución era permanente, es decir, que el Estado se fundaba a sí mismo en cada instante según la voluntad del poder soberano, el pueblo. Los liberales, por el contrario, creían que la revolución se limitaba a la toma de la soberanía por parte del pueblo, quien tendría, en ese momento, la facultad de adoptar, por medio de la deliberación autónoma, las normas generales y abstractas que habrían de regir su comportamiento. Su oposición a la concepción radical de los revolucionarios obedecía a que, en estas condiciones, el establecimiento de un sistema jurídico estable era imposible.

La soberanía popular, por lo tanto, queda limitada en este modelo de Estado a la organización de la administración pública y a la expedición de las normas sobre los derechos civiles. Las normas sobre la administración pública tienen un valor meramente instrumental: consagran los procedimientos a los que ella debe ceñirse para el desarrollo de sus funciones. Por el contrario, las normas sobre los derechos tienen valor por sí mismas dado que contienen los derechos y las garantías que permiten a los individuos la búsqueda de su felicidad. Cabe entonces preguntarse si, en este contexto, la garantía de los derechos es, en realidad, un elemento esencial del Estado. Creo que no. Las funciones del Estado liberal clásico consisten en (i) expedir las normas generales y abstractas, necesarias y suficientes, para la protección de los derechos civiles; (ii) abstenerse de interferir en el goce de los mismos; y (iii) sancionar a quienes los vulneran. De esta forma, en el modelo jurídico liberal, se considera que una vez expedidas las normas, la función del ordenamiento jurídico y de su administración por parte de los jueces queda limitada a la asignación de penas y compensaciones.

En el Estado medieval, la garantía de los derechos no era en realidad un problema. Es cierto que había una forma de administración de justicia y que el Soberano era el llamado a solucionar las diferencias entre los particulares, pero la existencia de los derechos de los particulares era más el resultado de negociaciones y acuerdos –entre los cuales el más significativo es la Carta Magna– que un elemento de la definición misma del Estado. El Estado liberal, por su parte, *supone* la efectividad de los derechos: para los liberales, un sistema jurídico fundamentado sobre normas generales y abstractas aplicadas por funcionarios judiciales imparciales bastaba para las garantías necesarias para que los individuos pudiesen hacer uso de sus derechos.

El conflictivo año de 1848 y los movimientos sociales que lo sucedieron en gran parte de los países de Europa, evidencian que el Estado liberal no había logrado solucionar los problemas que lo habían originado.

El Estado social de derecho: en busca de la igualdad básica

La segunda mitad del Siglo XIX es testigo del desespero de miles de personas a causa de las condiciones de abandono, explotación y miseria a las que se ven sometidas. En particular, el conflictivo año de 1848 simboliza el momento a partir del cual un sector enorme de la sociedad manifiesta que no disfruta de los derechos que le habían sido prometidos, la propiedad y la libertad; que carece de la posibilidad de obtenerlos; y que, en esa medida, no goza de los valores bajo los cuales se había fundado el Estado liberal. El clamor de ese sector de la sociedad que comienza a exigir que se le garanticen condiciones mínimas de vida, habría de generar un nuevo cambio en las bases sobre las que se funda el Estado.

Las razones por las cuales el Estado liberal fracasa, quedan por fuera de nuestro análisis. Baste afirmar que a partir de ese momento se inicia el proceso de construcción de lo que más adelante recibirá el nombre de Estado social de derecho.

Este proceso, por supuesto, no es lineal. De hecho, el artículo 21 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1793 señalaba que «[l]a beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, proporcionándoles trabajo o garantizando los medios de existencia a los que están en incapacidad de trabajar».

Sin embargo, no es sino hasta mediados del Siglo XIX cuando la preocupación por las condiciones reales de vida de los seres humanos se convierte en un problema políticamente relevante, que da origen a medidas concretas para su solución⁶. De ahí en adelante, el Estado experimentará una serie de cambios que habrán de modificar su razón misma de ser.

Escapa de las posibilidades de este escrito determinar en qué momento se da este cambio cualitativo, es decir, en qué momento las políticas asistenciales que habían nacido a partir de la segunda mitad del Siglo XIX –políticas que implicaban un incremento cuantitativo de los recursos gestionados por el sector público– se transforman en los mecanismos propios de un modelo de Estado cuya función primordial consiste en promover la efectividad real de los derechos de los seres humanos consagrados en los ordenamientos jurídicos.

⁶ Cfr. García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Editorial Alianza Universal, Madrid, 1995, p. 18. García Pelayo describe la situación en los siguientes términos: «En efecto, desde el último tercio del Siglo XIX se desarrolló en los países más adelantados una «política social» cuyo objetivo inminente era remediar las pésimas condiciones vitales de los estratos más desamparados y menesterosos de la población. Se trataba así de una política sectorial, no tanto destinada a transformar la estructura social cuanto a remediar algunos de sus peores efectos y que no precedía, sino que seguía a los acontecimientos»

Me limitaré a hacer mención de algunos de los elementos que en mayor medida y desde diferentes ángulos permiten apreciar la dimensión de esta transformación:

a) Desde la óptica macroeconómica, tal vez el avance más importante sea el modelo keynesiano que rompe por completo la idea de un Estado imparcial, ajeno a las fuerzas del mercado, y lo convierte, al mismo tiempo, en jugador y en árbitro de la política económica.

b) La red de servicios públicos de cobertura universal y las políticas asistenciales que se adelantaron en Europa luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial, incrementaron notoriamente la influencia del Estado en las condiciones de vida de las personas de esos países.

c) La Ley Fundamental de Bonn de 1949 introduce en el derecho constitucional el concepto mismo de Estado social de derecho. En efecto, su artículo 20 (que versa sobre los fundamentos del orden estatal), comienza con la siguiente frase: «La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social».

d) El nacimiento de acciones y mecanismos jurídicos para la protección de los derechos fundamentales garantiza un vínculo directo entre la Constitución y los individuos. De esta manera, la posibilidad de contar con mecanismos que permitan la garantía de los derechos de rango constitucional (al menos, los fundamentales) se convierte en un derecho en sí mismo.

e) El incremento de los mecanismos de participación política ha permitido que los ciudadanos hagan parte de la definición de las actuaciones del Estado por medio de canales que, lejos de cuestionar las instituciones (como pensaban los revolucionarios franceses), las fortalecen. Así, el individuo no sólo es *receptor* sino también *creador* de derechos –sin que para ello tenga que recurrir al ámbito constituyente.

f) El crecimiento de los espacios en los que el Estado regula el comportamiento de los particulares con la finalidad de garantizar la función social de la propiedad. En la sección siguiente de esta ponencia veremos si ello es justificable, hasta qué punto y en qué condiciones.

Concluyo: fue necesario que hubiera un proceso histórico de unos siete u ocho siglos para que la garantía efectiva de los derechos se convirtiera en el núcleo de la definición del Estado. Es en este escenario en el que la pregunta por el costo de los derechos cobra sentido. En efecto, la pregunta por el costo de los derechos permite conocer no sólo las consecuencias fiscales del tipo de Estado que hemos adoptado sino también la estructura económica misma de los derechos de los que gozamos y su distribución entre los diferentes sectores de la sociedad. Las dos secciones siguientes abordan esta cuestión.

2. Las libertades económicas y la acción del Estado

La sección anterior permite obtener las siguientes tres conclusiones: i) en la concepción liberal clásica, se tuvo la idea de que el goce de los derechos se encontraba garantizado en la medida en que hubiera normas generales y abstractas que los consagraran; en este contexto se consideraba que los mecanismos necesarios para su efectividad (básicamente litigiosos y policiales) tenían aplicación sólo cuando las normas eran vulneradas⁷; ii) esos derechos eran de carácter «negativo», es decir, se trataba de derechos cuyo goce era posible en tanto que ámbitos excluidos de la intervención del Estado, hecha la salvedad de su actuación residual en los casos en que se presentaban violaciones a las normas vigentes; iii) sólo a partir del Siglo XIX y, de manera definitiva desde la tercera década del Siglo XX, el Estado adquiere la obligación –jurídicamente exigible– de garantizar condiciones de bienestar para la sociedad y sus individuos por medio de la satisfacción de necesidades individuales concretas; de esta manera surge un nuevo tipo de derechos, los derechos «positivos o prestacionales» que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, implicaban gasto –al menos gasto destinado a satisfacer intereses de carácter individual– para el Estado y para los contribuyentes.

La cuestión a determinar es si en la actualidad la división entre «derechos negativos» y «derechos positivos» es presupuestalmente sostenible a la luz de la evidencia de la que disponemos. Para tal efecto, retomaremos algunos de los elementos observados en el aparte anterior y los analizaremos desde una óptica económica.

En el Estado liberal, la garantía de los derechos, en especial los económicos, consiste en que: i) por regla general el Estado se abstenga de intervenir en el goce de los derechos de los individuos; ii) que lo haga tan solo cuando ello sea necesario, es decir (a) para obtener por medio de los impuestos los recursos que se requieren para su funcionamiento o (b) para sancionar a los infractores de las leyes; y iii) que lo haga de acuerdo con normas generales y abstractas, aplicables en igualdad de condiciones a todas las personas.

⁷ De hecho, la visión que se tuvo del derecho en plena era liberal burguesa, es la de una ciencia negativa en sí misma. En efecto, el fragmento que se cita, tomado de un autor contemporáneo que ha estudiado el tema, lo refleja: «Un editorial aparecido en el órgano autorizado de la comunidad industrial, el *Engineering News and Railroad Journal*, del 3 de febrero de 1893 anota lo siguiente: «El atractivo de la ingeniería se ha visto notoriamente incrementado por las oportunidades que ésta ofrece, desde la estricta línea del trabajo profesional hacia otras y (generalmente) más lucrativas ocupaciones en las que el entrenamiento y la práctica de la ingeniería constituyen una excelente preparación. Esto resulta del hecho de que la ingeniería es una profesión práctica y creativa, a diferencia de las antiguas profesiones, medicina, derecho, y teología, que, si mucho, son sólo negativamente creativas, pues previenen de la destrucción que de otra manera resultaría de los vicios y debilidades de los hombres».

Se pensaba que eran éstos los requisitos que habrían de garantizar una asignación autónoma e impersonal de los recursos de acuerdo, exclusivamente, con las fuerzas generadas por las decisiones y las expectativas del conjunto de los actores económicos, es decir, por parte del mercado perfecto.

En este contexto, la libertad, y, más concretamente, la libertad de mercado, juega un papel fundamental. La libertad de mercado es la posibilidad que tiene cada individuo de entrar al mercado o salir del mismo, bien sea como comprador o como vendedor, cuando así se lo indique su voluntad. Ahora, esta definición, sencilla en apariencia, contiene una dificultad: el goce efectivo de la libertad de mercado, en tales términos, implica el derecho a la igualdad: para que exista libertad efectiva de mercado es necesario que cada quien puede entrar o salir del mismo en igualdad de condiciones⁸.

Llegamos así al punto de partida: en un mercado perfecto existe una relación directa entre la razón que lleva a una persona a adoptar una decisión económicamente relevante y el resultado que consigue. Ello explica que en este modelo la igualdad se encuentre atada a la libertad: un individuo es libre sólo si sus decisiones racionalmente adoptadas y ejecutadas le permiten obtener el resultado deseado sin que haya factores externos –en particular, terceras personas– que puedan interferir entre la decisión que éste adopta y ejecuta, y el resultado que obtiene.

Las revoluciones del proletariado que tuvieron lugar a partir de 1848 hicieron evidente que el modelo liberal burgués no había conseguido los propósitos y los fines sobre los que se encontraba fundado. En la situación de miseria y de marginación en las que se encontraba un sector enorme de la sociedad, el derecho a la libertad, es decir, el derecho de cada individuo de elegir de manera racional sus fines y los medios para alcanzarlos, más que una utopía era una burla.

En términos económicos, se afirma que este tipo de situaciones indeseables se deben a que el mercado no funciona en condiciones de perfección. Cuando el mercado presenta fallas no hay una asignación igualitaria de oportunidades; esto conduce a que no todas las personas tengan la posibilidad de obtener el resultado que desean al adoptar las decisiones racionales que, en un mercado perfecto, serían conducentes para el efecto.

⁸ Cabe insistir en que la igualdad no consiste, en el modelo de economía perfecta, en que todos dispongan de los mismos bienes y oportunidades, sino en que todos gozan de la posibilidad de adoptar las decisiones que quieran y de obtener los resultados racionalmente esperados independientemente de su situación económica. De hecho, los economistas sostienen que en un mercado perfecto, el nivel óptimo de eficiencia se puede alcanzar independientemente de cual sea la asignación de los recursos. Por ello, la teoría muestra que en un mercado perfecto, una sola reasignación bastaría para garantizar, al mismo tiempo, la equidad y la eficiencia.

Los programas de atención a las personas marginadas que se pusieron en marcha en la segunda mitad del Siglo XIX, según vimos en la sección anterior, es un primer ejemplo de una política pública cuya finalidad es hacer frente a la fallas del mercado. Más adelante, la introducción del modelo keynesiano con el propósito de conjurar la crisis del 29, conduce a que el ámbito de intervención del Estado no se limite a «los casos marginales» sino que incluya el manejo mismo de las variables macroeconómicas para garantizar la sostenibilidad del sistema. De esta manera, el principio de neutralidad del Estado frente a la economía, que había sido el pilar fundamental de los liberales, queda por completo superado.

Ahora, es claro que la intervención del Estado en la economía es en sí misma restrictiva de la propiedad privada en la medida en que limita la facultad que cada quien tiene de disponer de la misma según su voluntad⁹. Sin embargo, y esto es lo paradójico, en los sistemas económicos actuales, los límites impuestos por el Estado a la propiedad privada y a la libre iniciativa por medio de la intervención estatal, son una condición necesaria para el goce de estos derechos.

De hecho, los economistas saben desde hace mucho tiempo que corregir las fallas del mercado y garantizar su funcionamiento en condiciones competitivas hasta donde sea posible, involucra una gran cantidad de recursos; el volumen de literatura disponible sobre esta materia y la cantidad de premios Nobel que han recibido quienes se dedican a su estudio, es indicativo de su importancia¹⁰.

⁹ Ver Hayek, Friedrich, *The Road to Serfdom*, Routledge, London, 1993. p. 53. Por ejemplo, Hayek sostenía que la planeación económica, cuando se extendía más allá de los aspectos sobre los cuales existía el libre acuerdo de los individuos, terminaba por ser arbitraria en sí misma. En su opinión, «la creencia según la cual si el poder procede de un procedimiento democrático, es un poder democrático», es completamente falsa. «Si la democracia decide sobre una materia que necesariamente envuelve el uso de un poder que no se encuentra en las reglas preestablecidas, éste necesariamente será un poder arbitrario» (No obstante las palabras de Hayek, las democracias contemporáneas hoy reconocen que (i) las facultades de intervención estatal van más allá del mero pacto entre actores privados; (ii) que ello implica una afectación de la facultad de elegir en la medida en que las decisiones son, en muchos casos, preadoptadas por las instituciones estatales; y (iii) que ello hace parte de la estructura orgánica de los sistemas democráticos en tanto que mecanismos para garantizar su sostenibilidad institucional.

¹⁰ Ver Stiglitz, Joseph, *El papel económico del Estado*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993. Entre ellos, Stiglitz sostiene que «Las características específicas del Gobierno –asociación universal y poder de coerción– le proporcionan ciertas ventajas en la corrección de las deficiencias del mercado». Estas ventajas son, según Stiglitz, (i) el poder impositivo, (ii) el poder de proscripción (es decir, el poder de prohibir ciertas actividades), (iii) el poder sancionatorio y (iv) la capacidad de reducir costos por medio del fortalecimiento de organizaciones productivas, el control sobre el uso de los bienes públicos y otras formas de regulación). También la literatura colombiana registra este fenómeno. Al respecto, puede consultarse el aparte «El Estado como protector del mercado» en: Palacios Mejía, Hugo, *La economía en el derecho constitucional colombiano*, Editorial Derecho Vigente, Bogotá.

Lo que no se ha puesto suficientemente de presente es que estas acciones que emprende el Estado protegen, en últimas, un derecho en concreto: el derecho de propiedad. Esta omisión ha sido la causa de que la concepción según la cual los «derechos negativos» son aquellos cuya garantía consiste en la prohibición de que el Estado intervenga en su goce sea una verdad petrificada, que se repite a lo largo del tiempo, así no existan ya las condiciones que la originaron.

De esta manera, creo que la polémica acerca de si el Estado debe o no intervenir en la economía, carece de lugar. El problema, más bien, consiste en determinar si el Estado debe intervenir para crear o fortalecer la libre competencia entre los particulares o si lo debe hacer para establecer que la asignación de los recursos (o de algunos de estos) se realice por medio de sistemas diferentes al de la concurrencia de la oferta y la demanda¹¹.

No obstante, e independientemente de cuál sea la opción que se escoja en cada caso, hay al menos dos condiciones que se cumplen en todos los casos: i) la intervención del Estado implica siempre la utilización de recursos públicos; y ii) la intervención del Estado siempre protege algún interés —el cual debe ser legítimo desde la óptica pública aunque ello no siempre suceda¹².

¹¹ Cfr. Allen, David, “Competition Policy: Policing the Single Market”, en: Wallace, Helen y Wallace, William. *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, 1997. p. 160.

El fragmento que se cita a continuación, el cual pertenece a un artículo sobre la política europea en materia de competencia económica, muestra el punto: «La política para implementar la competencia tiene tanto un rol negativo como uno positivo en la evolución de la Comunidad Económica Europea. De un lado, se relaciona con la promoción del mercado por medio de la aplicación de sanciones contra aquellos que buscarían abusar de o restringir estas libertades. Podría argumentarse aquí que no hay necesidad de una política como tal, sino simplemente la exigencia de que las leyes sobre competencia perfecta, archivadas en los tratados, deban ser utilizadas, usando para ello los procedimientos allí establecidos. De otro lado, la política de competencia puede ser vista en un rol positiva, a partir de la creación del libre mercado y —dirán algunos— de las estructuras y de los comportamientos industriales que la caracterizan. En la medida en que el segundo rol requiere de la adopción de decisiones, existe la necesidad de una política que las guíe».

¹² Holmes, Stephen, y Sunstein, Cass, *The Cost of Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, W.W. Norton & Company, New York, 1999, p. 224. Stephen Holmes y Cass Sunstein ofrecen, sobre este particular, el siguiente argumento, que vale la pena rescatar: «Lejos de ser cruelmente economicista, un estudio de las condiciones fiscales de la protección de los derechos, es fundamentalmente política. Reparar en los costos nos obliga a tomar una más amplia y no una más restringida óptica del bienestar público. Ello nos previene de asir los problemas en forma secuencial, en la medida en que van surgiendo, y nos obliga a proponer soluciones globales a una amplia gama de los problemas sociales. Además, deja desnuda la necesidad de la inversión pública, hecha y evaluada en forma colectiva. Más que reflejar una admiración ciega a los productos del mercado, el estudio del costo de los derechos tiene significado en la promoción de políticas públicas producto del razonamiento. Es también un tema comunitario o colectivista, no obstante tener profundas raíces en la tradición política liberal».

La sección siguiente se encarga de analizar la dimensión de esta polémica en el campo de los hechos.

3. Análisis de casos para una aproximación a la dimensión del estudio del costo de los derechos

Esta sección muestra algunos casos que evidencian el alcance del análisis del costo de los derechos. En efecto, este campo de investigación (i) permite cuestionar la solidez de las bases sobre las que se encuentra fundamentada nuestra cultura jurídica; (ii) proporciona información valiosa acerca de la asignación real de recursos y de oportunidades entre los diferentes sectores de la sociedad; y (iii) ayuda a tener claridad respecto de la legitimidad y la efectividad de las políticas que se adoptan para la protección de ciertos valores jurídicos.

Aclaro que no se trata de un listado exhaustivo ni de un análisis sistemático sino de una mera recolección de ejemplos que refuerzan la tesis sostenida a lo largo de esta ponencia según la cual la clasificación de los derechos entre negativos y positivos es presupuestalmente insostenible:

1. La libertad económica y la propiedad privada no son «derechos negativos» ni gratuitos. Por el contrario, su garantía requiere de la intervención permanente del Estado, lo cual implica la utilización de gran cantidad de recursos públicos.

No me refiero únicamente a los mecanismos que la tradición reconoce como protectores de la propiedad, es decir, la policía o el sistema de justicia, que son, sin lugar a dudas, instituciones cuya existencia es inseparable del concepto mismo de «derecho» en tanto que conjunto de mecanismos dispuestos por el Estado para garantizar ese derecho¹³.

Contemplo, en especial, los instrumentos de los que se valen los estados contemporáneos para garantizar la efectividad de la propiedad privada y del libre mercado. El sistema de registro de bienes raíces y acciones, marcas y patentes, y de propiedad industrial, por ejemplo, así con la exigencia de que se concedan garantías por parte de los productores o vendedores de ciertos bienes y servicios a sus compradores, proporcionan una idea acerca de la cantidad de mecanismos jurídicos disponibles –y quizá indispensables– para la protección del derecho a la propiedad privada.

¹³ Si la seguridad o la justicia son en realidad servicios indivisibles que protegen de manera igualitaria a todos los ciudadanos, tal como pensaban los defensores del Estado liberal, es un tema que no será abordado en esta oportunidad pero que guarda una relación directa con este análisis.

La garantía de la libertad de mercado, por su parte, incluye medidas que van desde las reglas relativas a la provisión de información suficiente por parte del productor o vendedor acerca de ciertos bienes o servicios (ingredientes de los productos alimenticios, por ejemplo) hasta la legislación anti-monopolios, el control a los carteles y a la repartición de mercado. La búsqueda de garantías para la libertad de mercado se extiende incluso al ámbito internacional, en donde los países negocian entre sí que se limiten prácticas restrictivas tales como la concesión de subsidios a los productores locales, o la imposición de barreras a las importaciones como aranceles elevados, cuotas, o medidas reglamentarias discriminatorias.

Puede así constatar que la propiedad privada y la libertad de mercado dependen de una intrincada red de normas, instituciones y procesos que son resultado de situaciones adversas que el mercado es incapaz de resolver y que dan lugar a la intervención del Estado¹⁴.

Adicionalmente, es claro que todas estas normas, instituciones y procesos requieren de alguien que se encargue de su funcionamiento y de su aplicación, y que su funcionamiento y aplicación genera unos costos enormes¹⁵.

2. La pregunta por el costo de los derechos muestra de quién son en realidad los derechos que protegemos. El mercado laboral proporciona un ejemplo interesante sobre el que existe una polémica aguda. En las últimas dos décadas se han puesto en marcha una serie de políticas cuyo propósito consiste en flexibilizar las normas relativas al mercado laboral. Se trata de políticas orientadas a permitir que el costo del trabajo sea determinado por el mercado y no por medio de regulación estatal, que se reduzcan los requisitos de despido de los empleados y que se limite el derecho a la huelga.

¹⁴ No significa lo anterior que el Estado tenga la capacidad de resolver cada uno de los fallos del mercado y que su intervención sea eficiente en todos los campos. En efecto, los estudios sobre los fallos del Estado muestran los límites de la intervención estatal y los costos que ésta genera. Un resumen de la literatura disponible sobre este tema, puede ser consultado en: Stiglitz, Joseph, *La economía del sector público*, Antoni Bosch Editor, Barcelona, 1997. (En especial los capítulos 6-“La elección pública”, 7 -“Producción pública y burocracia”- y 8 -“Externalidades”-, analizan este problema).

¹⁵ Sólo para proporcionar una idea de este costo, es interesante observar que el presupuesto de la Nación vigente para el año 2002 (Ley 714 de 2001), contempla una partida presupuestal de más 28.112 millones de pesos para la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; de caso 182.900 millones de pesos para la Superintendencia de Notariado y Registro; de 63.632 millones de pesos para la Superintendencia Bancaria; y de 47.715 millones de pesos para la Superintendencia de Sociedades. Es decir, estas cuatro instituciones, todas ellas ejemplo de entidades encargadas de garantizar el funcionamiento del mercado o de simularlo, cuestan más de 320.000 millones de pesos. Dada esta evidencia, ¿será cierto que la libertad de mercado no nos cuesta nada?

Los defensores de esta posición sostienen que en muchas oportunidades la protección del mercado laboral favorece tan solo a quienes gozan efectivamente de empleo (quienes obtienen así salarios más altos, mayor seguridad laboral y disponen de un buen portafolio de motivos para interrumpir las actividades y realizar protestas) y perjudica a los desempleados debido a que, en estas condiciones, los empleadores se verán obligados a hacer provisiones más detenidas al momento de incorporar nuevos trabajadores, lo cual desincentiva su contratación.

Sin embargo, no hay consenso respecto de esta posición. Sus críticos señalan que las medidas de flexibilización del mercado laboral han generado una mayor concentración de la riqueza debido a que el trabajo, en tanto que factor de producción, tiene en la actualidad un costo más bajo (un costo que, a la vez, es el ingreso del empleado), lo cual conduce a un incremento de las utilidades por parte de los empleadores y a un empobrecimiento relativo y constante de los empleados¹⁶.

No profundizaremos en el estudio de este debate. Nos limitamos a poner de presente que el análisis del costo de los derechos ayuda a estudiar el impacto de este tipo de políticas y establecer cuáles son los beneficios (y los beneficiarios) de cada una de las medidas adoptadas para su implementación. Este tipo de análisis conduce a se pueda establecer a quién pertenecen los derechos que protegemos¹⁷.

¹⁶ Ver Navarro, Vicenc, *Neoliberalismo y Estado de Bienestar*, Ariel Sociedad Económica, Barcelona, 1997. En este texto, su autor toma datos estadísticos de las últimas cuatro décadas y las utiliza para comparar la evolución social tanto antes como después de que se pusieran en marcha las políticas de flexibilización del mercado laboral a comienzos de los años 80's en Europa y los Estados Unidos.

¹⁷ Las sentencias proferidas por la Corte Constitucional respecto del incremento salarial de los servidores públicos proporcionan un caso interesante respecto del tipo de intereses y de derechos que se protegen según la óptica con la que se aborden los problemas jurídicos. En la Sentencia C-1433 de 2000 (M.P. Antonio Barrera Carbonell) la Corte declaró la inexequibilidad por omisión del presupuesto vigente para ese año en la medida en que no había contemplado un incremento salarial para todos los servidores de acuerdo con la inflación. Esa corporación consideró que todos los servidores tenían el derecho constitucional a que se les incrementara el salario según el aumento en el costo de vida. Esta posición fue modificada por la Sentencia C-1064 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño). En este segundo fallo se afirmó que si bien existe el derecho constitucional al incremento salarial, éste no es absoluto. Este argumento permitió que la Corte constatará (i) que el incremento en el costo de vida, si bien matemáticamente es igual para todos los servidores con independencia de su nivel salarial, en términos reales afecta en mayor medida a los de ingresos más bajos; (ii) que el país atravesaba por una difícil situación económica; y (iii) que el incremento diferencial de los salarios de los servidores públicos era necesario para evitar el desbordamiento del déficit fiscal, el despido de algunos de ellos y la reducción de la inversión social. Este razonamiento condujo a la Corte a privilegiar las medidas a favor del control del déficit y de una mayor disponibilidad de recursos para inversión en lugar de favorecer el derecho de los servidores de mediano y alto nivel de ingreso a contar con un incremento salarial equivalente a la inflación.

3. El tema relativo al costo de la protección de los derechos es diferente al de los derechos que efectivamente decidimos proteger. La protección efectiva de un derecho es consecuencia de (i) su consagración en el ordenamiento jurídico (y, en particular, en el texto constitucional) y (ii) de la capacidad del Estado de garantizar aquello que se encuentra definido en las normas.

En un primer momento, se trata de una cuestión política: piénsese, por ejemplo, en las luchas y reivindicaciones que tuvieron lugar a lo largo de los Siglos XIX y XX para que el trabajo adquiriera la condición de derecho y, más adelante, de derecho fundamental. El alcance que tenga en un momento dado un derecho, es decir, hasta dónde sea protegible, hace parte de esta primera fase (aunque tiene implicaciones más o menos inmediatas en el segundo momento)¹⁸.

En un segunda fase, el problema es de efectividad: ¿qué tanta aplicabilidad tienen las prescripciones normativas, es decir, qué tan protegido se encuentra en el campo de los hechos un derecho que ha sido consagrado en el ordenamiento jurídico?

En este contexto, la pregunta por el costo de los derechos cobra importancia. En efecto, el grado de efectividad de un derecho se encuentra íntimamente ligado a: i) su alcance según su descripción normativa, lo cual se define en el momento de su consagración en el ordenamiento y de su posterior desarrollo jurisdiccional; ii) la cantidad de recursos que se destinan para su protección; y iii) la adecuada gestión de dichos recursos.

De esta manera, el estudio económico de un derecho permite conocer: i) su efectividad; ii) su importancia presupuestal; y iii) la eficiencia en el manejo de los recursos que se destinan para garantizar su goce.

Se trata de problemas diferentes aunque íntimamente relacionados. El primero muestra qué tanta aplicación tiene una norma constitucional cualquiera en la que se consagre un derecho; el segundo versa sobre una cuestión numérica: a cuánto asciende el gasto destinado a garantizar el goce de ese derecho; el tercero permite evaluar los resultados de las políticas que se han puesto en marcha para garantizar tal derecho¹⁹.

¹⁸ Por cierto, debe tenerse en cuenta que el nivel de protección de los derechos no es siempre creciente.

De nuevo, el derecho al trabajo nos ofrece un buen ejemplo: a partir de la terminación de la Segunda Guerra, este derecho se vio fortalecido por una serie de prescripciones normativas orientadas a garantizar la estabilidad laboral, el salario mínimo, la seguridad social, las políticas de protección industrial, etc. Algunas de estas garantías se han visto limitadas en muchos países, según lo vimos arriba.

¹⁹ Un análisis sobre la dimensión y la eficiencia del gasto público en Colombia, puede encontrarse en Clavijo, Sergio, *Política fiscal y Estado en Colombia*. Banco de la República y Universidad de Los Andes, Bogotá, 1998. En este texto, su autor estudia el impacto y el costo que han tenido diferentes políticas públicas respecto de la promoción de ciertos valores y derechos (salud, educación, seguridad ciudadana); igualmente se incorporan índices que permiten medir la efectividad del gasto público en los sectores en los que se invierte.

Este método de análisis permite también hacer comparaciones respecto del costo que tienen los diferentes derechos consagrados en la Constitución. Sería interesante, por ejemplo, hacer una comparación entre la cantidad de recursos públicos que utilizamos para la protección del derechos de propiedad²⁰ (en nuestra Constitución, un derecho económico) y la cantidad que destinamos para la libertad de investigación²¹ (consagrado como derecho fundamental en nuestra Carta).

El análisis del costo de los derechos ayuda a hacer claridad en el uso que se hace de los recursos públicos, es decir, permite evaluar si en efecto hay una correspondencia entre la naturaleza normativa de un derecho y el esfuerzo presupuestal que éste genera²².

²⁰ Hemos visto ya la enmarañada red de instituciones por medio de las cuales se protege la propiedad privada y las libertades económicas. La investigación acerca del costo que tiene la protección estos derechos supone establecer entre otras, la cantidad de recursos que destinamos a esas instituciones, el tiempo que instituciones como la Policía, los Jueces e incluso, el Congreso de la República utilizan para su protección, y el costo que ello genera, etc.

²¹ Respecto de esta afirmación habría una crítica posible según la cual es diferente garantizar una libertad (la libertad de investigación, por ejemplo) y destinar dineros públicos para brindar una garantía o un derecho contemplada en la Constitución (el derecho a la educación). Stephen Holmes y Cass Sunstein ofrecen evidencia interesante que muestra hasta qué punto esta diferencia es sostenible en el campo de los hechos. Comentan que en el caso *Roe vs. Wade*, la Corte Suprema de los Estados Unidos protegió el derecho de una mujer a que se le practicara un aborto. Más adelante, en el caso *Maher vs. Roe*, la misma Corte sentenció que no había obligación alguna por parte del Estado de sufragar una intervención quirúrgica de esta naturaleza a una mujer indigente y que la decisión del Estado de financiar tan solo la atención de las mujeres embarazadas, no implicaba que las que quisieran abortar estuvieran en una situación de desventaja. Holmes y Sunstein muestran con base en este caso que la línea que diferencia una libertad de una prestación es difusa. En efecto, la negativa del Estado a financiar la solicitud de aborto de esta mujer, condujo a que su libertad no fuera más que teórica, es decir que, dada situación económica, no tenía en lo absoluto la libertad que reclamaba (Cfr. Holmes, S. y Sunstein, C. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. W.W. Norton & Company; New York, 1999).

²² La tradición jurídica anglosajona es sensible a la relación que estos países se percibe entre el esfuerzo fiscal a que conlleva la protección de un derecho o un valor y su importancia real. Así, por ejemplo, en el caso *Brown vs. Board of Education* (1954) la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló lo siguiente: «Hoy, la educación es quizá la más importante función del Estado y de los gobiernos locales. Las leyes de asistencia obligatoria a la escuela y el enorme gasto que se hace en educación, demuestran nuestro reconocimiento de la importancia de la educación en nuestra sociedad democrática». Sin querer hacer una polémica sobre el punto, creo que es sugestivo preguntar si no existe acaso una relación entre aquellos propósitos que consideramos importantes y el esfuerzo que hacemos para alcanzarlos; si acaso el esfuerzo fiscal que hace una sociedad para proteger un derecho no proporciona elementos de juicio respecto de la importancia que realmente se le concede.

4. No obstante el punto anterior, la forma como es consagrado un derecho en el texto constitucional colombiano define los mecanismos de los que se dispone para su protección; así, el artículo 85 de la Carta Política enuncia los derechos «de aplicación inmediata». No es ésta una consagración vacía. La condición de derecho «inmediatamente aplicable» implica que los individuos disponen de herramientas expedita y confiable para exigir al Estado su cumplimiento.

Aprovecho acá la oportunidad para saldar una deuda pendiente y contestar una pregunta que me fuera formulada cuando tuve la oportunidad de hacer la presentación de esta ponencia en la Universidad Icesi. Es cierto que en Colombia hay miles de personas que carecen incluso de lo mínimo para soportar la vida. En tales condiciones hay, *de facto*, una vulneración de la Constitución: en la situación de abandono en que se encuentran estas personas, valores tales como la igualdad, la dignidad o la libertad (todos tres, derechos de inmediata aplicación) tienen muy poco o quizá ningún significado. La cuestión es, entonces, si tiene sentido consagrar derechos «de aplicación inmediata» en la Constitución cuando no se cuenta con los recursos o con la disposición política de dar cumplimiento efectivo a lo que ella prescribe. No obstante el peso de la evidencia en contrario, creo que la decisión del Constituyente de haber dado a ciertos derechos la condición de inmediatamente aplicables, ha permitido que haya soluciones concretas a las necesidades de algunos individuos. La Sentencia T-1330 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) proporciona un ejemplo valioso. En ella se revisó la acción de tutela interpuesta por una tercera persona a favor de un anciano que se encontraba en una situación humillante de abandono, para que se le protegieran los derechos y garantías básicas²³.

²³ Los términos en los que fue interpuesta la acción de tutela que se analiza, permiten ver las condiciones de marginalidad y exclusión en las que se encontraba el anciano beneficiario de la misma. El accionante sostuvo que interponía la acción de tutela «[...] en veneficio de un tersero que se encuentra en el momento abandonado y privado de las capasidades físicas para haserlo pues se encuentra postrado en una silla de ruedas y carece de memoria y moviento en las manos. Para inponer este recurso, pues considero la nesesda de haserlo ya que se estan violando o bulnerando los derechos a los cuales la nasion y el estado le otorga y esta en la obligacion de hacerlos respetar [...] el señor se encuentra inbalido ya no reconose y no tien a nadie a su lado que lo acompañe y vea de el se encuentra abandonado a su suerte desde hase varios dias, al suscrito lo cuidava una señora que se fue de su lado y lo dejo solo. Como es un inbalido que no puede reclamar, el estado le esta dando la espalda y lo que hasen los organismos es reducirlo. Tenemos el caso de las empresas publicas que le cortaron los servicios negandole el derecho a una vivienda dicna, en el ospital no lo atienden negandole el derecho a la salud y en un sentro de reposo no lo resiven negandole el derecho a un anciano y ademas munisbalido de esta forma reducen a una persona a vivir en la miseria el abandono y el desamparo y yo pregunto donde esta el derecho a la igualda a la vivienda, a la salud y el los derechos de un minusbalido» (Sentencia T-1330 de 2001).

El juez de instancia consideró que, a pesar de la dramática situación en la que se encontraba el anciano, la acción interpuesta no era procedente porque había sido interpuesta contra la Secretaría de Salud del municipio, quien era la encargada de la prestación del servicio, y no contra la Secretaría de Planeación, responsable de adelantar las encuestas del Sisbén²⁴ para que se le pudiese incorporar en el régimen subsidiado de salud.

La Corte Constitucional en esa oportunidad: i) reiteró que «Los derechos a la salud (CP art. 49), a la seguridad social integral (CP art. 48), y a la protección y asistencia a la tercera edad (CP art. 46), en principio programáticos, pueden verse actualizados y generar un derecho público subjetivo de inmediata aplicación (CP arts. 13 y 85), si la persona interesada demuestra fehacientemente su condición de debilidad manifiesta y la imposibilidad material de su familia para darle asistencia, en particular cuando la completa ausencia de apoyo lo priva de su derecho al mínimo vital»²⁵; ii) señaló que la efectividad de los derechos consagrados en la Carta depende de la actuación concurrente y coordinada de los órganos del Estado; iii) recordó que, de acuerdo con las normas constitucionales sobre el régimen territorial, las entidades territoriales son destinatarias de transferencias por parte de la Nación, las cuales tienen como destino el cumplimiento de su cometido institucional²⁶; iv) afirmó que la obligación del Estado respecto de la protección de los derechos fundamentales de las personas se extiende hasta el punto en que se garantizara el pleno goce de los mismos, según su situación.

Con base en estas consideraciones, la Corte ordenó no sólo que se incluyera al beneficiario de la tutela en el régimen subsidiado de salud sino que se le proporcionaran los cuidados y la atención en un lugar apropiado, de acuerdo con su condición de persona de la tercera edad.

Reconozco, sin embargo, que justificar la utilidad de haber consagrado en la Carta Política un tipo de derechos «de aplicación inmediata» a partir de un ejemplo (hay otros, lo cual no desvirtúa el punto que se estudia), es insatisfactorio: si los derechos son «de aplicación inmediata», ¿por qué hay entonces un número tan significativo de personas que no disponen de las condiciones mínimas para llevar

²⁴ El Sisbén es un sistema de medición que permite identificar las condiciones económicas de los miembros de la sociedad con el propósito de vincularlos a la red de seguridad social, especial aunque no únicamente, en materia de salud.

²⁵ Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁶ En efecto, la Corte puso de presente en esa oportunidad que «el numeral 2º del artículo 21 de la Ley 60 [que en ese entonces regulaba lo relativo al uso de los recursos transferidos a los municipios por parte de la Nación en virtud del artículo 357 de la Constitución vigente para la fecha] indican que una de las funciones de los municipios en materia de salud consiste en financiar «programas de la tercera edad y de las personas con deficiencias o alteraciones físicas y mentales, en cualquiera de sus modalidades de atención».

una vida digna? ¿por qué no se dispone de un mecanismo administrativo expedito que garantice la satisfacción de tales derechos? ¿por qué en muchas oportunidades es necesario recurrir a las acciones judiciales (en especial, a la tutela) para –no siempre²⁷– obtener aquello que debería estar garantizado *per se*?²⁸

Si bien no es tan alentador como se quisiera, la existencia de mecanismos judiciales por medio de los cuales se pueda obtener una prestación, en tanto que derecho fundamental, por parte del Estado o de otros obligados a tal efecto abre, por lo menos, la posibilidad de que los individuos obtengan la protección que la Constitución o la jurisprudencia constitucional definen, lo cual, en todo caso, ayuda a que se consolide una cultura de la protección de los derechos.

5. En un Estado social de derecho, no siempre es al Estado a quien corresponde proteger los derechos fundamentales y sobre quien recae toda la carga

²⁷ Cfr. Abramovich, Victor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta, Madrid, 2002. Como muestra el caso que se analiza, la interposición de una acción judicial para obtener una prestación por parte del Estado, definida en el texto constitucional como «derecho fundamental», no garantiza que el juez conceda la protección solicitada. Es sintomático que una de las razones que hubiera dado el juez para negar la tutela, es que ésta no se hubiera interpuesto contra la entidad deudora de la prestación que, en concreto, se requería en esa oportunidad (la reclasificación del anciano en el sistema de registro del Sisbén) sino contra la entidad encargada de velar por la prestación del servicio (a pesar de ser ambas, instituciones de la Alcaldía y de que cada una de ellas se encarga de una etapa diferente aunque necesaria para la prestación que se solicitaba). Sobre este particular, Victor Abramovich y Christian Curtis sostienen que, en términos generales, los sistemas judiciales de los países occidentales continúan atados a los mecanismos pertinentes para la protección de los derechos civiles y políticos. Los argumentos esgrimidos por el juez muestran que no sólo en los sistemas judiciales sino incluso en la mentalidad de los jueces se registra la dificultad de adoptar concepciones jurídicas y categorías mentales adecuadas para garantizar la efectividad de los llamados derechos prestaciones.

²⁸ La tradición jurídica kelseniana sostiene que la condición *sine qua non* de existencia de un derecho es la existencia de un mecanismo judicial que asegure su exigibilidad. Así, por ejemplo, Victor Abramovich y Christian Curtis sostienen lo siguiente: «Aunque un Estado cumpla habitualmente con la satisfacción de determinadas necesidades o intereses tutelados por un derecho social (por ejemplo, si desarrolla un amplio programa de provisión de alimentos a la población amenazada por el hambre), ningún observador podría afirmar que los beneficiados por la conducta estatal gozan de un derecho [...] como derecho subjetivo hasta tanto verificar si la población se encuentra en condiciones de demandar judicialmente la prestación del Estado ante un eventual incumplimiento» (Cfr. Abramovich, V y Curtis, C. *Ibidem*. Pág. 37). Si bien comparto la afirmación según la cual la existencia de mecanismos judiciales es necesaria para garantizar la exigibilidad de un derecho, me parece preocupante que esta posición pueda dar lugar a que la efectividad de un derecho esté condicionada a la interposición de una acción judicial. En efecto, pienso que hay una relación inversa de proporcionalidad entre la efectividad real de un derecho y la cantidad de acciones que se interponen para exigir su cumplimiento por parte del Estado o de quien sea el obligado de su prestación.

económica que ello implica. Algunos ejemplos permiten ponerlo de presente:

a. La legislación laboral colombiana prevé que el aporte al Sistema General de Pensiones de las cotizaciones de las pensiones de los empleados estará a cargo de ellos y del empleador. Este último, además, es el responsable de efectuar el pago correspondiente²⁹.

b. Las reglas vigentes en Colombia sobre la prestación de los servicios públicos domiciliarios garantizan a los usuarios el derecho a presentar quejas y reclamos a las empresas prestadoras de tales servicios, incluso cuando se trata de empresas privadas. Para tal efecto, el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios señala que todas las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tendrán una oficina encargada de dicha función y que corresponde a la misma empresa prestadora del servicio conocer, en primera instancia, de los recursos que interpongan los usuarios respecto de las quejas o reclamos que sean formulados³⁰, lo cual supone un costo de funcionamiento ajeno a su actividad productiva.

c. Por vía de la jurisprudencia, encontramos también casos que resultan ilustrativos. Por ejemplo, en la Sentencia T-604 de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte Constitucional resolvió una tutela interpuesta por un accionante de un barrio periférico de una ciudad que consideraba vulnerado su derecho y el de la comunidad a la que representaba, al servicio público de transporte. La empresa prestadora del servicio argumentó que no recorría el último tramo de la ruta asignada debido a que no era rentable. La Corte encontró (i) que el derecho al transporte público presenta una íntima conexidad con «los derechos al trabajo (CP art. 25) a la enseñanza (CP art. 27), a la libre circulación (CP art. 24) y, en general, al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16)»; (ii) que ello los hace objeto de «la protección constitucional del artículo 86 de la Constitución [es decir, de la acción de tutela] cuando su desconocimiento se traduce en una inmediata vulneración o amenaza de los mencionados derechos»; (iii) que la ruta en su totalidad era rentable, lo que garantizaba el derecho de la empresa prestadora del servicio a obtener utilidades por su actividad; (iv) que las empresas prestadoras de servicios públicos cumplen una función social respecto del goce de los derechos fundamentales de los individuos; (v) que en virtud de esa función social, es legítimo imponer ciertas cargas a estas empresas que si bien limitan el ámbito de su libertad económica, resultan necesarias para proteger los derechos fundamentales de los individuos que requieren de su prestación³¹.

²⁹ Ver artículo 22 de la Ley 100 de 1993.

³⁰ Ver artículos 152 y 154 de la Ley 142 de 1994.

³¹ Ver Sentencia T-604 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6. Muchas veces el costo de la protección de los derechos es indirecto y su protección se traslada de unas personas a otras. Un caso representativo, al que ya habíamos hecho referencia, es el de las normas relativas a la protección del consumidor. Cuando una norma exige ciertas características o requisitos para la comercialización de un bien o servicio, eleva sus costos, los cual es asumido por el comprador³². En esas oportunidades, el ordenamiento jurídico exige que los compradores de tales bienes o servicios paguen por la protección de sus propios derechos.

7. Hay oportunidades en las que la protección de los derechos no es neutral sino que se utiliza para defender o incluso para esconder intereses particulares. El mercado de banano en los países de la Unión Europea muestra cómo la defensa de ciertos derechos supone la protección de intereses particulares. A principios de los 90 la Unión Europea se vio obligada a establecer reglas uniformes respecto de la comercialización del banano que para ese entonces no hacía parte del mercado común europeo. Hasta ese momento, la oferta de banano para los países de la entonces Comunidad Económica Europea (CEE) provenía de cuatro fuentes diferentes: la producción local (por parte de España, Francia y Grecia), la de las antiguas colonias africanas, la de las antiguas colonias del Caribe (que contaban ambas con un tratamiento preferencial por parte de los países en los que esta producción era comercializada) y la de los países de América Central y del Sur. Es interesante observar que para 1992, la tonelada de banano Centro y Suramericano (que cuenta con alto nivel de calidad) tenía un costo de 412 ecus; la de las ex colonias caribeñas, de 599; la de las ex colonias africanas, de 619; y la de banano doméstico (de baja calidad) ascendía a 720³³. Así pues, la decisión adoptada por los gobiernos de algunos países (España, Francia y Grecia) de proteger el derecho al trabajo de sus productores locales o los beneficios comerciales concedidos a sus ex colonias (Reino Unido y Francia) por medio de la imposición de barreras comerciales (aplicables de manera diversa por los diferentes países según la procedencia del banano), condujo a que (i) los consumidores de los países que habían impuesto tales barreras tuvieran que pagar un alto precio para adquirir banano de mala calidad; (ii) que los países que contaban con ventajas competitivas respecto de este producto (Colombia, por ejemplo), vieran frustradas sus legítimas aspiraciones de tener libre acceso al mercado de los países protectores; y (iii) que los consumidores de los países en los que se había permitido el funciona-

³² En este país, por ejemplo, es obligatorio que los automóviles tengan cinturón de seguridad y que los tiquetes de las líneas aéreas comerciales estén acompañados de un seguro de vida para el pasajero.

³³ Ver Stevens, Christopher, "EU Policy for the Banana Market: The External Impact of Internal Policies", en Wallace, Helen y Wallace, William, *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, 1997.

miento del mercado (Alemania y Benelux) en condiciones competitivas, pudieran adquirir banano económico y de alta calidad.

Las medidas contra el *dumping* social o el *dumping* ambiental, por su parte, proporcionan evidencia sobre situaciones en las que no se muestran los intereses que se protegen sino que se esconden. Se dice que existe «*dumping* social» o «*dumping* ambiental» cuando un país que no cuenta con garantías laborales o con mecanismos adecuados de protección ambiental, exporta productos a precios sensiblemente competitivos. De esta manera, el *dumping* social o el ambiental se utilizan para justificar la imposición de barreras comerciales a tales productos. Este comportamiento se apoya en dos argumentos: «1) argumento ético: obligación del norte de defender los derechos laborales [y las condiciones ambientales] de la población de los países del sur; 2) argumento económico: carácter desleal de estas exportaciones y perjuicio económico que genera en los países del norte»³⁴.

Cuando un país impone barreras de ingreso de un producto a su territorio con el argumento de que tal producto es resultado del *dumping* social o ambiental, ¿busca proteger los derechos sociales o ambientales de la gente de los países de origen del producto o en realidad se protegen los intereses del país que impone barreras? Más aún, si es cierto que su preocupación es, por ejemplo, los derechos laborales de quienes se ven obligados por las circunstancias a trabajar en condiciones desfavorables, ¿no quedarán incluso peor si pierden su empleo como consecuencia de las restricciones económicas impuestas?

8. Creo que no podría terminar un análisis sobre el costo de los derechos sin hacer mención de los beneficios a que conlleva su protección. ¿Qué tanto se beneficia la sociedad de contar con un sistema eficiente de provisión del servicio de salud? ¿Cuál es la relación que hay entre una política educativa que garantice a todos el acceso a una educación básica de buena calidad y la tasa de desarrollo económico? ¿En cuánto descende la tasa criminalidad o la de violencia intrafamiliar con la construcción de parques o bibliotecas públicas? ¿En qué medida se beneficia la sociedad de programas de capacitación de empleados, de fomento industrial, de apoyo a las exportaciones? ¿Qué tanto mejora nuestra condición humana el hecho de que exista un programa eficiente de asistencia a los niños o ancianos indigentes para que tengan opciones diferentes de vida a las que encuentran en las calles o en las alcantarillas de las ciudades?

³⁴ Oyarzún De Laiglesia, Javier, "El dumping social: el estado de la cuestión", Boletín Económico del ICE N° 2553; 22 a 28 de septiembre de 1997. p. 26. El autor sostiene que el *dumping* social esconde una posición defensiva de los estados que lo utilizan para imponer barreras comerciales.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

A MENUDO LA RETÓRICA CARACTERÍSTICA DE LAS OPINIONES OCULTA LAS verdaderas bases de la decisión legal, en lugar de aclararlas. En efecto, la educación legal consiste primordialmente en aprender a cavar debajo de la superficie retórica para encontrar tales bases, muchas de las cuales pueden tener un carácter económico. No será sorprendente descubrir que muchas doctrinas legales se basan en pasos titubeantes hacia la eficiencia, sobre todo porque muchas doctrinas legales datan del siglo XIX, cuando una ideología de *laissez faire* basada en la economía clásica dominaba entre las clases educadas.

*Richard Posner,
El análisis económico del derecho, § II.2*

CREO QUE GUIDO CALABRESI, CONSIDERADO COMO UNO DE LOS FUNDADORES DEL llamado análisis económico del derecho, tiene razón cuando concluye que una evaluación puramente consecuencialista de una decisión jurídica, basada en la maximización de la riqueza, no puede ser éticamente neutral. En este punto, Calabresi se distancia considerablemente de otro de los representantes de este movimiento, el juez Richard Posner, quien defiende la supuesta neutralidad valorativa del análisis económico del derecho, en la medida en que éste se funda en la «ciencia» económica.

*Rodrigo Uprimny
«Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía», en
PRECEDENTE, 2001, N.º. 1*

El análisis económico del derecho
Ana María Arjona y Mauricio Rubio

Neoinstitucionalismo: ¿es posible un diálogo entre abogados,
historiadores y economistas?
Jaime Eduardo Londoño Motta

Constitución y economía
Helena Alviar García

EL ANÁLISIS ECONOMICO DEL DERECHO

ANA MARÍA ARJONA TRUJILLO
MAURICIO RUBIO PARDO

Even the relation between law and economics has a long history, it was during the sixties when the application of economic tools to the study of law became a consolidated field. Nowadays 'law and economics' is used to name both the study of the effects of law on the economy, and the application of the economic concepts and techniques to the study of legal phenomena. Although the discipline had had a great success in north America, its reception has been more difficult in Europe and, even more, in the Hispanic countries. Recently even in the north American context the discipline has been criticized for lacking the capacity to provide recent contributions to the understanding of legal problems. The first part of this article gives an introduction to the relation between law and the economic science, characterizes the new field of 'law and economics', and introduces its most important schools. The second part examines some of the reasons that help understand why the economic analysis of law has found a difficult reception by the Hispanic jurists. Finally, the article concludes by making a balance of the virtues of 'law and economics' and proposing some possible ways through which the discipline could improve its capacity to analyze legal phenomena.

Introducción

En un artículo sobre legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía, publicado en el primer número de *Precedente*, Rodrigo Uprimny señalaba que el «análisis económico del derecho» es, desde hace un tiempo, una interesante propuesta académica que intenta acercar el derecho y la economía. En efecto, desde hace algunas décadas el análisis económico del derecho (en adelante AED) se ha aproximado a los fenómenos jurídicos haciendo uso de las herramientas de la teoría económica. En este trabajo se pretende hacer una introducción a la disciplina señalando los rasgos generales de su propuesta y analizando algunas de sus virtudes y sus debilidades. En la primera parte se hace un breve repaso de la historia de la disciplina (1), para lo cual se habla de la relación entre economía y derecho y se señalan las principales escuelas de pensamiento del AED.

En la segunda parte se analizan algunas de las razones que explican la distancia entre los juristas y los economistas, especialmente en el ámbito hispano(2). Para ello se presenta la manera en que juristas y economistas valoran la ley y se indaga por las diferencias entre ambos. Posteriormente se señalan algunas de las razones, de carácter teórico y práctico, que han hecho difícil la recepción del AED por parte de los juristas hispanos. Por último, a manera de conclusión, se presenta un balance de las virtudes del AED y se señalan algunas vías por las que es de esperar que la disciplina mejore su capacidad de aportar al estudio de los fenómenos jurídicos(3).

1. Breve historia del AED

Derecho y economía: una larga tradición

Desde el Código de Hammurabi (1700 a.C.), que estipulaba reglas en materia de intereses y salarios, o el código de Shulgi (2000 a.C.), en dónde la idea de restablecimiento de la justicia implicaba cambios en la situación económica, tales como la condonación de las deudas privadas (Lara y Lara 1994:49), ha sido claro que el sistema jurídico repercute sobre el ámbito económico y que este efecto es de doble vía. La conciencia de esta influencia recíproca y, sobre todo, la manera de analizarla, ha evolucionado considerablemente a lo largo de la historia y, naturalmente, ha estado determinada tanto por el pensamiento predominante como por la realidad social en cada momento. Los pensadores islámicos de hace un milenio recomendaban estimular la agricultura con medidas tributarias. En el siglo XVI, ante el incremento de los precios en España resultante del influjo de metales americanos -inicialmente atribuido al exceso de exportaciones hacia las Indias- los procuradores de las ciudades solicitaron, y obtuvieron, del rey la publicación de una serie de «pragmáticas de la carestía» para estimular las importaciones e impedir las exportaciones. Los escolásticos indianos, basados en la observación de los mercados, calculaban la tasa, o precio legal, del pan. Buscando el pleno empleo, los mercantilistas ibéricos recomendaban gravar la importación de bienes elaborados y la exportación de materias primas.

A finales del siglo XVIII Adam Smith argumentaba que cuestiones como la primogenitura, o las Leyes de Pobres, inhibían el desarrollo económico de Inglaterra e impedían su adecuada industrialización. Por la misma época, el fisiócrata francés Nicolas Baudeau utilizaba la noción de *legislación económica* y planteaba que esta surgía del derecho natural y regía la sociedad económica, que reposaba sobre tres artes, el social, el productivo y el estéril, que correspondían a las tres clases definidas por Quesnay en su *Tableau Economique*: la de los propietarios, los agricultores y la clase estéril de los industriales y los comerciantes. Además, planteaba que toda actividad productiva se regía por una constitución económica. Un siglo más tarde, P.J. Proudhon utilizaba explícitamente la noción de derecho económico. Para él, el

objetivo del derecho era resolver las contradicciones de la vida social, por la vía de una conciliación universal, que no podía realizarse sin una completa reorganización de la sociedad. Ni el derecho público ni el derecho privado podían alcanzar este objetivo: el primero representaba el peligro de limitaciones muy grandes a la libertad y el otro era insuficiente para penetrar todas las estructuras de la actividad económica. La reorganización social debería entonces hacerse por medio del derecho económico, complemento y corolario del derecho político y el derecho civil, que debía constituirse a partir de acuerdos entre los diversos grupos que participan en la actividad económica y mantener la justicia social buscando, en últimas, la «aplicación de la justicia a la economía política»¹.

Así, la relación mutua entre el derecho y la economía ha estado sujeta al conocimiento económico de cada momento, cuyos campos de interés, a su vez, han estado determinados por los problemas económicos considerados pertinentes para cada época.

Históricamente, han sido dos las vías por las cuales los economistas se han interesado por el derecho. Uno, el derecho como un mecanismo de transmisión y reglamentación de aquellas decisiones del *soberano* que afectan los asuntos económicos. Esta área de interacción es lo que tradicionalmente se conoce como derecho económico y se ha considerado una especialización del derecho. La segunda vía, la del derecho -y de manera más general las instituciones- como factor determinante del desempeño económico de las sociedades, se puede enmarcar dentro de las preocupaciones de los pensadores clásicos, que fueron retomadas por la economía institucional y, más recientemente, por la teoría del desarrollo económico.

A lo largo del siglo XX se fueron consolidando, inicialmente en los Estados Unidos y luego de manera más tímida en otros países, dos vínculos adicionales entre la economía y el derecho. El primero tuvo que ver con el uso de los casos judiciales como fuente de información para el estudio del comportamiento de algunos actores económicos. El principal impulso para esta aproximación se dio a través del análisis de los casos *anti-trust* que llegaban a la justicia norteamericana, labor que emprendieron los economistas interesados en explicar el comportamiento de los empresarios que actuaban en mercados no competitivos. El último puente, que se puede decir es el que predomina actualmente en la literatura, es el de las relaciones jurídicas como una eventual extensión del campo de aplicación del llamado enfoque económico del comportamiento humano. Aunque los antecedentes de esta nueva aproximación podrían situarse en los trabajos sobre los delitos y las penas de César Beccaria a finales del siglo XVIII -y en particular en su análisis, hecho para el príncipe de Nápoles, sobre la determinación del monto de recursos que se debería invertir para controlar el contrabando- esta rama de especialización de la economía se puede considerar un fenómeno de las tres últimas décadas.

¹ Citado por Jacquemin y Schrans (1974:7).

El análisis económico del derecho

El AED se ha desarrollado en dos áreas: (i) el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica, y (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico. Para algunos el área (i) es lo que recibe el nombre de AED, mientras el área (ii) se refiere a 'Derecho y Economía' (*Law and Economics*, en adelante L&E). Sin embargo, cuando se usan los términos AED o L&E se hace por lo general referencia a las dos áreas. En este trabajo, para evitar confusiones, se hablará del AED haciendo referencia a la disciplina y no sólo a un área de la misma.

En el ámbito de la teoría *positiva*, esta rama del conocimiento intenta explicar cuáles son los efectos de las leyes y, a partir de esas explicaciones, establecer qué leyes permiten alcanzar determinados resultados que se consideran deseables. La especificación de estos 'objetivos deseables' corresponde a la rama *normativa* de la teoría, ya que consiste en señalar qué situaciones son *mejores* para la sociedad, lo que supone necesariamente emitir juicios de valor. La escuela tradicional del AED apela a la eficiencia como criterio de valoración de las situaciones. De esta manera, recomendará la adopción de aquellas leyes que permitan alcanzar situaciones eficientes.

Sin embargo, para el derecho, e incluso para un número importante de economistas, los criterios de eficiencia son insuficientes para establecer qué situaciones son socialmente deseables. Consideraciones sobre la justicia, la equidad, la protección de ciertos bienes jurídicos y los valores morales, entre otros, parecen necesarias a la hora de recomendar leyes o políticas. Del mismo modo, para algunos analistas la rama positiva no sólo debe intentar explicar los efectos de las normas, sino analizar por qué éstas surgen, o si promueven o no la eficiencia, lo que suele llevar a tener en cuenta aspectos como la historia, la cultura, la religión y los valores de las sociedades en cuestión.

Resumiendo, se podría definir el Análisis Económico del Derecho como la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales². Su acogida no ha sido la misma en las diferentes regiones; mientras en Norteamérica ha tenido un importante desarrollo, en Europa y en el ámbito hispano -con algunas excepciones- su aceptación ha sido débil. A continuación se hará un repaso de las principales escuelas de pensamiento del AED (desarrolladas especialmente en Norteamérica) y, posteriormente, se señalarán algunas de las razones que explican las dificultades que la disciplina ha encontrado para ser bien recibida por los juristas hispanos.

² Esta es la definición sugerida por Mercurio y Medema (1997).

Escuelas en el análisis económico del derecho

Mercuro y Medema (1997) señalan que tan sólo en el ámbito norteamericano son al menos cuatro las escuelas de pensamiento que compiten en la actualidad por colonizar el amplio mercado de ideas del AED: la escuela de Chicago, el institucionalismo, el neo-institucionalismo y la escuela de New Haven.

a. El *law and economics* ortodoxo

La escuela del AED ortodoxo, conocida también como la escuela de Chicago, es la dominante en la literatura del AED. En una síntesis sobre el desarrollo histórico del *Law and Economics* (AED) en los Estados Unidos, Richard Posner³ distingue tres grandes etapas: una primera, hasta los años sesenta, en la cual el trabajo prácticamente se limitó al análisis de los casos *anti-trust*. La voluminosa información legal contenida en este tipo de expedientes fue utilizada por economistas preocupados por el fenómeno del monopolio, para estudiar y analizar las prácticas corrientes en los negocios y sofisticar la teoría sobre el comportamiento de la firma en ambientes no competitivos. Para Mercuro y Medema (1997), el acercamiento académico entre los abogados y los economistas se habría iniciado antes, cuando en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago se estableció un programa interdisciplinario de estudios legales que incluía cursos de economía y contabilidad y, sobre todo, se nombraron dos economistas, Henry Simons y Aaron Director⁴, como profesores. Un proyecto de investigación para «estudiar el marco legal e institucional apropiado para un sistema efectivo de competencia» (Ibid), el posterior establecimiento del primer programa formal de estudios en economía y derecho y, por último, la fundación del *Journal of Law and Economics* acabarían por consolidar la naciente disciplina en este centro académico. Como señala Posner, en ningún ámbito de la legislación fue tan influyente esta escuela como en el del *anti-trust*. Reflejando la tradición de Chicago en la defensa de los mercados, se veía el fenómeno del monopolio como algo ocasional, inestable y transitorio; como una posible deformación del mercado que sería corregida por las presiones de la competencia. En este contexto, la aplicación rigurosa de las leyes antimonopolio se consideraba innecesaria e incluso se pensaba que los remedios oficiales podían ser peores que la enfermedad, dada la ineficiencia del gobierno.

³ Posner (1992). Havenkamp (1995) presenta una distinción similar.

⁴ Uno de los alumnos de Director, Richard Posner, se convertiría luego en el más prominente representante de la naciente disciplina.

La segunda etapa del AED se habría iniciado con los trabajos de Ronald Coase y de Guido Calabresi, quienes establecieron un marco analítico para estudiar la asignación de los derechos de propiedad y los problemas de responsabilidad civil. Se trataba, de nuevo, de analizar información legal bajo un prisma económico. Al igual que durante la etapa *anti-trust*, el foco de atención era la firma. El entorno tradicional del llamado teorema de Coase, lo más representativo de esta segunda etapa, ha sido siempre la empresa, para la cual la economía neoclásica supone como objetivo la maximización de los beneficios. En ambos casos, *anti-trust* y Coase, el objetivo general de política planteado por la economía, la búsqueda de la eficiencia económica, era claro e indiscutible. Además, se adecuaba sin mayores inconvenientes a las pretensiones del marco legal norteamericano.

La tercera gran influencia en el AED, según el mismo Posner, la constituye la publicación, a finales de los años sesenta, de un influyente trabajo de Gary Becker sobre comportamiento criminal. Esta etapa marca dos diferencias importantes con las anteriores. Por un lado, el objeto central de estudio deja de ser la empresa y empieza a abarcar al individuo. Si bien el objetivo que supone la economía para la empresa, la búsqueda de los máximos beneficios, parece universalmente aceptado, resulta que los individuos, de acuerdo con la misma economía, no maximizan beneficios, sino su utilidad, o su utilidad esperada. Así, en el terreno del comportamiento humano el AED tuvo que tornarse más aventurado, y adoptar supuestos controvertibles, pues tenía que tratar con la maximización de la utilidad de los individuos, que se desconoce y no se puede cuantificar, y no ya con la función de beneficios de las empresas, que se puede calcular y reducir a unidades monetarias. En forma adicional al hecho de que para los individuos las ciencias sociales, e incluso el derecho, cuentan con modelos alternativos de comportamiento, el tener que tratar con utilidades individuales y no con beneficios es problemático por dos razones (Hovenkamp 1995). Primero, porque la función de utilidad de las personas puede incluir, y sin duda los incluye, componentes distintos a la riqueza. Segundo, porque es razonable suponer que las funciones de utilidad difieren entre individuos y, siendo estrictos, las comparaciones interpersonales de utilidad no deben hacerse. Si se hacen, son arriesgadas. En este contexto, herramientas como el análisis costo-beneficio, que tratan de medir la eficiencia sobre la base de la disponibilidad a pagar observable, y que pueden funcionar para analizar los cambios en la riqueza producidos por las políticas, pueden no ser adecuadas, ni universalmente aceptadas, para analizar los efectos sobre la utilidad de las personas.

La segunda gran característica de la variante del AED abierta por Becker tiene que ver con la propuesta del mismo planteamiento de política pública, la eficiencia, y en particular la minimización de los costos sociales del sistema penal, que a diferencia de lo que había ocurrido hasta entonces no surgía del

conocimiento y análisis previo de la legislación, o de la jurisprudencia. Por primera vez los economistas sugerían objetivos para el sistema jurídico que no habían sido previamente discutidos con los juristas. Aunque trabajos posteriores, como por ejemplo el de Posner, se han movido en la dirección de tratar de entender la lógica económica del sistema penal, el planteamiento original de Becker parece haber persistido, y progresivamente fue adoptado⁵ sin que se hubiera hecho un trabajo previo, de índole positiva, de analizar cuáles eran los objetivos, manifiestos o implícitos, del derecho penal y de la política criminal.

Fuera de estos breves antecedentes, vale la pena resumir las principales características de este enfoque. A grandes rasgos, lo que define la aproximación ortodoxa del AED es la aplicación directa de la microeconomía, y en particular de la teoría de precios neoclásica, al análisis del sistema jurídico. De esta manera, este enfoque incorpora básicamente tres premisas (Mercurio y Medema 1997). Uno, los individuos son racionales, en el sentido que maximizan su utilidad tanto en situaciones de mercado como en situaciones de no mercado. Dos, los individuos responden a los incentivos de precios en los mercados, y a los incentivos legales, que se pueden asimilar a los precios, en las situaciones de no mercado. Tres, el sistema jurídico, y el impacto del derecho, pueden y deben analizarse con base en el criterio de eficiencia. Además, se prescribe que el sistema jurídico debe promover (ante todo) la eficiencia.

La idea de racionalidad es concomitante con la noción del comportamiento como un mecanismo de respuesta a los incentivos⁶, y en particular al sistema de precios. Las leyes y las normas, por su parte, establecen sanciones que, en últimas, constituyen incentivos para el individuo y que el AED asimila a los precios. De acuerdo con Posner, bajo un sistema económico de maximización de riqueza, la función básica de la ley es la de alterar los incentivos. En este contexto, se puede en principio ajustar el nivel agregado de las actividades simplemente ajustando los precios implícitos en las normas y leyes. Si se quiere reducir la incidencia de ciertas conductas, se aumenta su precio legal en el monto necesario para inducir cambios en el comportamiento. El establecer una regla de responsabilidad para las empresas que contaminan el ambiente equivale a aumentar el precio de esa actividad que inducirá a las firmas a reducir los niveles de polución. De manera similar, las mayores multas, o las sanciones penales más fuertes alterarán el comportamiento ante las infracciones y los crímenes.

⁵ «Proponemos la siguiente meta para el derecho penal: el derecho penal debe minimizar el costo social del delito, el que es igual a la suma del daño que causa y el costo de su prevención». Cooter y Ulen (1998:561).

⁶ Un libro de divulgación económica, *The Armchair Economist*, es claro al definir la economía, simplemente, como la aceptación del hecho de que la gente responde a incentivos.

b. La escuela de New Haven

La escuela de New Haven adopta como campo de estudio todo el ámbito de regulación del estado moderno y, desde la economía, basa su enfoque en las escuelas de análisis de políticas públicas y la teoría de la elección social, el llamado *social choice*. Como consecuencia de lo anterior, se plantean como objetivos del AED: (i) «definir la justificación económica para la acción pública», (ii) «analizar las instituciones políticas y burocráticas de manera realista» y (iii) «definir roles útiles para el sistema judicial en el ámbito de este sistema de política pública»⁷.

La justificación para este enfoque se basa en la observación del creciente papel regulador que juega el estado moderno, aún en países con larga tradición de mercado, como los Estados Unidos, lo cual ha obligado, según esta escuela, tanto a los jueces como a los juristas académicos, a reexaminar el papel del congreso, de las agencias estatales y del sistema judicial.

En abierto contraste con las creencias de la escuela de Chicago se plantea que el problema no es de mucha sino de muy poca regulación. Aunque se reconocen las ventajas del sistema de mercado como mecanismo de asignación de los recursos escasos, esta escuela hace énfasis en la existencia de múltiples fuentes de fallas de mercado que, de alguna manera, exigen algún tipo de intervención estatal. Señalando que tal intervención debe siempre justificarse como mecanismo corrector de fallas de mercado existentes, argumentan que la política jurídica debe concentrarse en corregir estas fallas reconociendo su impacto no sólo sobre la eficiencia sino también sobre la distribución y alguna noción de justicia. Las políticas de corrección de las fallas de mercado deben, en la medida de lo posible, estar basadas en un análisis de todos los costos y los beneficios sociales. Los orígenes de esta escuela del AED se pueden situar en los trabajos de Guido Calabresi en los cuales, por un lado⁸, se analiza la relación entre reglas de responsabilidad (*liability rules*) y la distribución de las pérdidas y, por el otro⁹, retomando el trabajo sobre el problema del costo social de Coase, se analiza la elección de remedios para resolver litigios alrededor de los usos incompatibles de la propiedad.

Como principal legado de estos trabajos para la escuela de New Haven se debe mencionar la preocupación no sólo por la eficiencia de las reglas de responsabilidad sino su preocupación por la distribución y la justicia. Como el mismo Calabresi afirma, cualquier sistema de accidentes debe tener dos objetivos básicos. «Prime-

⁷Rose-Ackerman, Susan (1992). *Rethinking the Progressive Agenda: The Reform of the American Regulatory State*. New York: Free Press. Citado por Mercurio y Medema (1997:79).

⁸«Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts» de 1961 y en 1972 *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*.

⁹«Property Rules, liability rules and Inalienability: One view of the Cathedral» Con Douglas Melamed, 1972.

ro, debe ser justo y segundo, debe reducir el costo de los accidentes(...) ningún sistema legal de daños puede operar si no toma en cuenta cuáles acciones se consideran buenas, cuáles malas y cuáles neutras. Cualquier sistema legal de daños que estimule acciones malas parecerá injusto a la opinión pública y a la comunidad aun cuando desde el punto de vista económico sea muy eficiente»¹⁰.

En síntesis, con relación al AED ortodoxo, la contribución de Calabresi consiste en desafiar la idea de que la eficiencia sea el principal y único valor para adjudicar pérdidas por daños, y en insistir en la necesidad de distinguir las nociones de distribución y de justicia de la eficiencia. Considera que el AED debe abordar el problema de decir algo sobre lo que desde el punto de vista de la distribución parece deseable y desarrollar definiciones de distribuciones justas, tanto desde un punto de vista teórico como a partir del trabajo empírico.

La escuela de New Haven, a diferencia del AED ortodoxo, pone mayor énfasis en las leyes, los estatutos y las reglamentaciones y menos en las decisiones judiciales. De ahí la sugerencia de estudiar a fondo cómo operan las instituciones oficiales y el uso de las herramientas de evaluación de la política pública. Por esta razón, se requiere un modelo de comportamiento del gobierno, para lo cual se acude al del actor racional.

Por último, en esta escuela se descarta el supuesto normativo, generalmente implícito en otros enfoques, a favor del *statu quo* en la distribución de la riqueza y de la propiedad.

c. El AED institucional

Unas dos décadas antes de los estudios realizados en Chicago alrededor de los casos *anti-trust*, de los cuales como se vio surgiría la versión actualmente predominante del AED, a principios de siglo se habían dado en los Estados Unidos pasos importantes para analizar la interacción mutua entre la economía y el sistema legal. Dentro de estos trabajos precursores, vale la pena destacar aquellos que algunos economistas, los *viejos institucionalistas*, hicieron en forma conjunta con los juristas.

Como enfoque, la economía institucional es un conjunto bastante heterogéneo de esfuerzos cuyo punto en común, como su nombre lo indica, es el haber resaltado la importancia de las instituciones en el funcionamiento de la economía. Para Commons, las instituciones eran «la acción colectiva en control de la acción individual... o la acción colectiva que restringe, libera y expande la acción individual»¹¹. Para Veblen, se trataba de «hábitos de pensamiento ampliamente aceptados y de las prácticas predominantes en cualquier período»¹². Lo que estas

¹⁰*The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Citado por Mercurio y Medema (1997:1981).

¹¹ Commons (1934) citado por Mercurio y Medema (1997:102). Traducción propia

¹² Veblen (1899) citado por Mercurio y Medema (1997:102). Traducción propia

definiciones reflejan es, ante todo, un marcado escepticismo con la idea de la racionalidad de la acción individual, caso por caso, como criterio exclusivo de explicación del comportamiento humano. El otro aspecto que caracteriza la obra de los institucionalistas es el ser parte de una verdadera revuelta contra el formalismo que se estaba dando a principios de siglo tanto en la historia como en el derecho y en las ciencias sociales. Dentro de la economía, las críticas iban principalmente dirigidas hacia la teoría formal de la época, abstracta y deductiva, que resaltaba la universalidad de la razón, el comportamiento racional y la noción de equilibrio de los análisis de estática comparativa. En su lugar, los institucionalistas proponían análisis inductivos de aspectos específicos de la realidad económica.

Uno de sus principales representantes, Thornstein Veblen rechazaba la visión mecánica de la sociedad que reflejaba el análisis de equilibrio estático y proponía en su lugar una aproximación evolutiva. Consideraba que el entorno material, la tecnología y ciertas propensiones de la naturaleza humana condicionaban el surgimiento y evolución de las instituciones e insistía en hacer un examen crítico de las instituciones del capitalismo. En su conocida obra sobre la clase ociosa, sugería la importancia de diferenciar dos clases, la clase productiva, a la cual atribuía unos intereses industriales, favorables al resto de la sociedad y una clase ociosa, motivada por el simple negocio, la acumulación de riqueza y el logro de poder económico.

Clarence Ayres trató de aplicar el pensamiento institucional para explicar el desarrollo económico. Proponía identificar aquellos factores que aceleran el desarrollo de aquellos que, por el contrario, tienden a impedirlo. Veía la actividad humana como el reflejo permanente de dos tipos de fuerzas: el comportamiento tecnológico, una fuerza productiva y progresiva, y el comportamiento ceremonial, como algo contraproducente que inhibe el crecimiento.

Robert Lee Hales, un jurista en la tradición del realismo legal, describía la economía como una estructura de arreglos y relaciones basados en el poder coercitivo. De esta manera, si la estructura de ingresos era el fruto de una estructura coercitiva, activa o pasivamente refrendada por el gobierno, no deberían condenarse los esfuerzos coercitivos por alterar esa distribución.

Para John Commons el institucionalismo era la economía de los derechos, los deberes, las libertades y los riesgos. Rechazaba el énfasis exclusivo en el individualismo metodológico de la teoría ortodoxa como también la noción de una permanente armonía de intereses. Por el contrario, centró su análisis en los conflictos de intereses inherentes en la economía moderna.

Con base en los escritos de estos precursores y de sus discípulos, lo que ha resultado como economía institucional es un enfoque bastante heterodoxo para analizar la actividad económica, que descansa sobre principios como: (i) el comportamiento económico está condicionado por el entorno pero, a su vez, lo afec-

ta; (ii) la interacción entre instituciones y el comportamiento de los individuos es un proceso evolutivo; (iii) el centro del análisis debe ser el conflicto dentro de la esfera económica y no un supuesto orden armonioso de libre interacción cooperativa, espontánea e inconsciente en los mercados; (iv) existe la necesidad de canalizar este conflicto inherente en las relaciones económicas estructurando instituciones que establezcan un sistema de control social sobre la actividad económica; (v) se requiere de un enfoque interdisciplinario, que tenga en cuenta los aportes de la psicología, la sociología, la antropología y el derecho para poder entender el comportamiento de los actores económicos.

Bajo estas premisas el AED institucionalista está básicamente orientado al análisis de las relaciones mutuas entre los procesos legales y económicos y no simplemente a la aplicación de la teoría microeconómica al derecho. Esta relación se descompone en dos etapas: por un lado la manera como el sistema jurídico afecta (y se ve afectado) por el comportamiento de los agentes de una economía mixta y, por el otro, cómo estos comportamientos afectan (y se ven afectados) por el desempeño económico. No se preocupa mucho por la distinción entre la jurisprudencia, la legislación, la burocracia o la regulación al considerarlas manifestaciones particulares de la interrelación entre el gobierno y la economía.

Sus representantes contemporáneos se definen como cultores de una disciplina fundamentalmente positiva, que trata de entender lo que está pasando en tres niveles: (i) el escenario constitucional de la elección, o sea el contrato social que une a los miembros de una comunidad; (ii) el escenario institucional de la elección, o sea cómo se estructuran, y cómo cambian las relaciones legales y (iii) el escenario del impacto económico de la elección.

d. El AED Neo-institucional

La nueva economía institucional (NEI), como el institucionalismo, tiene como premisa fundamental que las instituciones son factores importantes en la determinación de la estructura económica de una sociedad y de su desempeño. Se pueden identificar dos grandes áreas de análisis. La primera tiene que ver con el supuesto de que los individuos son racionales en el sentido de que buscan satisfacer sus intereses personales sujetos a ciertas restricciones. Estas restricciones son más numerosas y fuertes que las de la economía neoclásica, puesto que incluyen la existencia de derechos de propiedad y costos de transacción, como también el reconocimiento de unos límites en la capacidad de cálculo del individuo. El segundo bloque es el análisis de la relación entre la estructura institucional de las sociedades y su desempeño económico, desde una perspectiva más positiva que normativa. Se busca explicar las diferencias en desempeño a partir del papel de distintas estructuras institucionales.

Para esta escuela, los planteamientos neoclásicos resultan insuficientes para explicar la persistencia, en algunas sociedades, de instituciones ineficientes en un sentido económico. Por esta razón, North (1990) plantea la necesidad de diferenciar las *organizaciones* (los jugadores) de las *instituciones* (las reglas del juego). La interacción entre unas y otras es lo que determina el *sendero institucional*, la forma como se van configurando las instituciones en una sociedad. Bajo este esquema de reglas del juego endógenas, que dependen de los intereses y del poder relativo de los jugadores exitosos, y no necesariamente de alguna noción de interés público, se rechaza en forma explícita la noción de que las reglas del juego tengan siempre como finalidad la eficiencia económica.

La endogeneidad y la dependencia histórica de las instituciones en una sociedad tiene repercusiones en términos de la posibilidad de afectarlas. El proceso de cambio institucional es lento y evolutivo por dos razones. Uno, la existencia, al lado de las instituciones formales de unas reglas del juego informales con raíces culturales, históricas e ideológicas que nunca cambian en forma súbita y dos, un sesgo natural hacia el *statu quo* en las reglas formales puesto que los cambios bruscos en estas generan resistencias por parte de los agentes afectados, que generalmente son quienes mejor se han adaptado al conjunto anterior de reglas del juego que se pretende cambiar.

Las inconsistencias entre las normas formales, el marco legal, y las reglas del juego informales crean tensiones que generalmente se resuelven llevando unas y otras hacia un punto intermedio. Los cambios en las reglas formales requieren de un proceso de aprendizaje y asimilación que es costoso. De todas maneras, y a pesar de la gran importancia de las instituciones informales, una fuente recurrente de cambio institucional en todas las sociedades lo constituyen los cambios en el marco legislativo formal.

El análisis de la NEI se concentra en tres aspectos: los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción. Al igual que la economía clásica, la NEI destaca las ventajas de la división del trabajo, de la especialización y del intercambio como fuentes de creación de riqueza. Al ampliarse los mercados el número de transacciones crece de manera casi exponencial. A diferencia de la economía neoclásica, que se concentra en los costos *técnicos* de los procesos productivos, la NEI hace énfasis en los costos en que los agentes incurren para llevar a cabo el intercambio, los *costos de transacción*.

¿Por qué es costoso intercambiar? La NEI destaca dos elementos: la información y las *reglas del juego*. La información es pertinente para las transacciones porque los individuos quieren estar en capacidad de medir los atributos, las características de lo que se está intercambiando. Cualquier intercambio involucra una alteración en los derechos de propiedad sobre un bien o servicio. Los agentes por lo tanto tienen interés en conocer y medir atribu-

tos, en informarse acerca de la canasta de derechos que está involucrada en cada transacción. Esta tarea es costosa. El segundo elemento que genera costos alrededor de las transacciones tiene que ver con la manera como se hacen y se cumplen los acuerdos, los contratos, los compromisos que rodean un intercambio. Es precisamente de los problemas relacionados con la especificación de los derechos y con la medición de los atributos de lo que se está intercambiando de donde surge la importancia de las *reglas del juego* bajo las cuales se realiza el intercambio. La economía neoclásica tradicionalmente supone que el marco legal, las costumbres, la cultura, las instituciones que rodean las transacciones son homogéneas, y eficientes en el sentido que contribuyen a minimizar los costos del intercambio. La NEI pone en duda la universalidad de este supuesto. No siempre las partes involucradas en una transacción tienen los incentivos suficientes para no hacer trampa, o incumplir.

Como elementos determinantes de los costos de transacción la NEI sugiere: (i) la definición de los derechos de propiedad; (ii) el tamaño del mercado, que determina lo impersonal que es el ambiente en el cual se da el intercambio; (iii) la capacidad de hacer cumplir la ley; (iv) las actitudes ideológicas: las percepciones individuales acerca de la legitimidad de las reglas del juego afectan las posibilidades de intercambio y los costos de llevarlo a cabo.

2. Los juristas y el AED

El AED ha hecho aportes innegables al derecho en ciertos ámbitos. Especialmente para el derecho norteamericano en áreas como los *torts*, los contratos, o el derecho *antitrust*, esta disciplina ha logrado aportar a jueces y abogados herramientas que han sido exitosas en el análisis de fenómenos jurídicos. Sin embargo, aún en el ámbito norteamericano, pero especialmente en el ámbito hispano, el derecho se ha mostrado reticente a la hora de aceptar al AED. En esta sección se señalan algunas de las razones que explican esta dificultad de la disciplina para llamar la atención de los juristas hispanos: primero, se presentan algunas diferencias en la forma en que ambas disciplinas valoran las leyes y, segundo, se señalan algunos factores teóricos y prácticos que hacen difícil el acercamiento entre las dos disciplinas.

La valoración y el diseño de la ley

Como se dijo antes, una de las principales ideas que defiende el AED es que la ley opera como un modificador de incentivos de agentes racionales. El objetivo que persigue la ley es, mediante la generación de incentivos, modificar el comportamiento real de los individuos, de manera que se alcan-

cen resultados deseables (tales como disminuir el crimen hasta su nivel óptimo o fomentar la negociación privada). Por esta razón, el AED da una gran importancia a la eficacia real de la ley; aún más, el criterio a partir del cual juzga si una ley es *buen*a o *mala* es apelando a sus resultados, es decir, a qué tanto se modificó el comportamiento de los destinatarios de la ley.

Este énfasis en la eficacia de la ley es normalmente considerada como uno de los principales aportes del AED al derecho, ya que los juristas suelen ocuparse más de la validez y la justicia de la norma, que de su eficacia. Al insistir en la eficacia, además, se abre camino al trabajo empírico que pretende medir los efectos reales de leyes e instituciones, lo cual se considera un avance importante en el derecho. Sin embargo, si se mira un poco más a fondo, cabe pensar que en el derecho existe una noción de la ley y de sus efectos en la sociedad que lleva a los juristas a hacer el énfasis en la validez y la justicia, y no en la eficacia, sin que esto implique que estén desentendiéndose de los efectos reales de las leyes. Y es precisamente en esas diferencias que hay entre la noción que cada disciplina tiene de la ley donde radica, en buena parte, la dificultad que encuentran los juristas para aceptar el aporte del AED.

En las líneas que siguen se hace un recorrido por las ideas centrales que en cada disciplina han moldeado la valoración de la ley. Aunque las diferentes etapas del pensamiento filosófico sobre la ciencia, la sociedad y la moral han afectado a ambas disciplinas, el recorrido que cada una ha seguido es distinto. Posteriormente se precisan algunas de las diferencias respecto a la valoración de la ley en el derecho y la economía, explicando así, en parte, la distancia que hay entre ambas disciplinas.

Los fundamentos morales de la economía: el utilitarismo

Dos ideas constituyen al utilitarismo: primero, la valoración moral de un estado de cosas (acciones, políticas, instituciones) debe hacerse en virtud de sus consecuencias (*consecuencialismo*); segundo, esos resultados deben compararse y valorarse en términos de bienestar (*bienestarismo*). Estas dos ideas tuvieron su lugar en la historia del pensamiento mucho antes de que apareciera el utilitarismo. Por ejemplo, pueden encontrarse elementos consecuencialistas y hedonistas en la Grecia Antigua, en el pensamiento de Epicuro y en el Siglo XVIII en las páginas de escritores como Francis Hutcheson, Claude-Adrien Helvétius y William Paley¹³. Sin embargo fue Jeremy Bentham quien acuñó el término ‘utilitarismo’ y fue a partir de su obra como se consolidó la teoría. Con Bentham contribuyeron al desarrollo inicial

¹³ Para estos tres pensadores del Siglo XVIII, véase Shaw (1999:2,7).

del utilitarismo James Mill y John Stuart Mill. Posteriormente, Sidgwick desarrolló más la teoría y la definió tal y como se entiende actualmente (en su formulación más básica): «Una acción es buena si y sólo si genera por lo menos tanta felicidad neta como cualquier otra acción que el agente podría haber realizado; de lo contrario, es errada». A partir de Sidgwick el desarrollo del utilitarismo ha estado en manos de diferentes teóricos, cuyas obras han generado varias defensas y versiones, algunas de las cuales han tenido gran influencia en la teoría económica.

La primera adopción del utilitarismo en la teoría económica tuvo lugar a mediados del siglo XX, con el nacimiento de la teoría del bienestar. Antes de explicar en qué consiste esta teoría es necesario precisar algunos términos: como se mencionó anteriormente, el Bienestarismo es la teoría ética que define el bien como bienestar: «lo único que tiene un valor intrínseco es aquello que es bueno para el individuo» (Shaw 1999:12). El utilitarismo es una teoría consecuencialista y bienestarista: la utilidad importa porque su satisfacción se identifica con bienestar; por lo tanto, el utilitarismo presupone el bienestarismo y puede decirse que «es un caso particular del bienestarismo» (Sen 1995). De esta manera, el término «economía del bienestar» no hace referencia sólo al bienestarismo; es el nombre que se ha dado a la teoría económica normativa que asigna valor a los estados sociales según sus efectos en el bienestar¹⁴. La diferencia entre la economía del bienestar y otras teorías utilitaristas radica en la forma como se define 'utilidad'. La primera versión de la economía del bienestar adoptó la versión cardinalista de la utilidad pero resolvió el problema de la maximización simultánea de dos objetivos diciendo que lo 'bueno' es aquello que maximiza la suma de utilidades de los individuos. Desde que Robbins señaló en la década del treinta que las comparaciones interpersonales de utilidad no cuentan con una base científica, la teoría del bienestar tuvo que abandonar su primera versión del utilitarismo. Desde 1940 la llamada 'Nueva Economía del Bienestar' se basó en el orden individual de preferencias, sin tener en cuenta ninguna comparación interpersonal de utilidad o cualquier otra variable. Desprovista de la posibilidad de agregar utilidades, la economía del bienestar necesitó otros criterios que, basados en la deseabilidad de la satisfacción de preferencias individuales, permitiera valorar escenarios alternativos. El desarrollo de estos criterios y sus réplicas tienen sus fuentes, entre otros, en el óptimo de Pareto, el criterio de compensación, las funciones de utilidad social de

¹⁴ Aquí se habla de la economía del bienestar haciendo referencia solamente a la 'economía de bienestar estándar' o 'tradicional', que identifica bienestar con utilidad (y ésta con satisfacción de preferencias). Otras teorías bienestaristas y consecuencialistas definen bienestar en forma diferente. Ese es el caso de las teorías que definen el bienestar como ingreso u opulencia (usando las palabras de Sen 1985) y es el caso del enfoque de funciones y capacidades de Sen, que identifica bienestar con aquello que puede ser y hacer una persona. Esta y otras teorías son también parte de la teoría del bienestar en economía.

Samuelson y Bergson, el teorema de Arrow, la imposibilidad del paretiano liberal de Sen, la introducción de los velos de ignorancia de Harsanyi y su defensa del utilitarismo, la crítica de Kolm, el maximin y el leximin, los principios de justicia de Rawls – y a partir de estos, por ejemplo, el igualitarismo recursista de Dworkin y el enfoque de capacidades de Sen.

La valoración de la ley en el AED

La economía neoclásica normativa (la teoría del bienestar) sigue actualmente basando sus valoraciones y recomendaciones en el utilitarismo. El AED en su versión predominante, al ser aplicación de la teoría neoclásica al derecho, también basa sus valoraciones y recomendaciones en el utilitarismo. De esta manera, en el AED una ley se considera *buena* si tiene como resultado el máximo bienestar posible, donde ‘bienestar’ se define por lo general como minimización de costos sociales o a partir de otros criterios de eficiencia. De esta manera, el objetivo que plantea la economía para la ley es que alcance ciertos *resultados* que se consideran valiosos (en virtud de su impacto en el bienestar). Para determinar cuáles son los resultados de una determinada ley se utiliza la teoría positiva, modelando la manera en que dicha ley modifica los incentivos de los agentes de modo que se incentive una u otra conducta. Como se dijo antes, uno de los principales aportes del AED al derecho es precisamente el énfasis que hace en la importancia de los resultados reales que tienen las leyes: se dice que el derecho no ha dado suficiente atención a este problema, mientras que la economía ha logrado rescatar la importancia de explicar y valorar los efectos que las leyes tienen en sus destinatarios y en el agregado de la sociedad.

Algunos aspectos de los principios y metodologías en el derecho

132

Dentro del derecho existen diferentes áreas que enfrentan diversos problemas relacionados con el sistema jurídico. Aunque pueden encontrarse varias definiciones de cada una, y aunque la definición de sus objetivos específicos sigue siendo un problema dentro del derecho¹⁵, pueden definirse como sigue¹⁶:

- La *dogmática jurídica* se ocupa del sentido normativo del derecho positivo válido.
- La *sociología del derecho* versa sobre las regularidades del derecho y la vida jurídica.
- La *filosofía del derecho* es la doctrina de la justicia; tiene que ver con el derecho ‘justo’, ‘correcto’.

¹⁵ Véase Pattaro (1980). Capítulo I.

¹⁶ Basado en Kaufmann (1997). Capítulo I.

· La *teoría del derecho* está muy ligada a la filosofía del derecho; en efecto, trazar los límites entre ambas es una tarea difícil de llevar a cabo (Kaufmann 1997). Puede decirse, sin embargo, que la teoría del derecho se ocupa de problemas filosóficos del derecho pero en una ‘escena propia’, ‘emancipándose’ de la filosofía.

La sociología del derecho y la dogmática del derecho no trascienden el derecho vigente, sino que se mueven ‘dentro del sistema jurídico’. La filosofía del derecho y la teoría del derecho, en cambio, miran el sistema ‘desde fuera’, interesándose por el derecho vigente en cuanto a su ‘valor’ o ‘disvalor’. Es decir, mientras las dos primeras áreas se interesan por temas *dentro* del sistema jurídico existente, las dos últimas se ocupan de la fundamentación del sistema mismo.

El problema del diseño de las leyes puede ser abordado, por lo tanto, desde la perspectiva que mira los problemas del derecho *dentro* del sistema. Desde esta perspectiva, el problema de la ley es que ésta sea *consistente* con el sistema jurídico: que coincida con sus principios y no entre en contradicción con otras normas vigentes. El problema de los fundamentos de la ley sería, por lo tanto, el problema de los fundamentos del sistema que da origen a la ley. A este problema se dedicarían la filosofía del derecho y la teoría del derecho.

La forma en que cada una de estas áreas del derecho resuelven sus respectivos problemas ha ido cambiando a lo largo de la historia del derecho. Ya que las etapas de esa historia están presentes en la práctica jurídica actual, para entenderla resulta pertinente señalar sus líneas generales:

Durante muchos siglos se creyó que el derecho podía determinarse a partir de la naturaleza. Por lo tanto, la filosofía del derecho iba de la mano de la doctrina del derecho natural. Lo que fue cambiando con el tiempo fue la forma en que se concebía la naturaleza y, por lo tanto, la manera en que de ella se derivaba el derecho. Para los presocráticos esa naturaleza se entendía de una forma estática y objetiva (es decir, se consideraba esa naturaleza como ajena al hombre). Posteriormente, pensadores como Heráclito y los sofistas se opusieron a esta mirada señalando el carácter dinámico de esa naturaleza. Aristóteles fue quien recuperó la idea de los presocráticos, la cual se sostendría hasta Kant. Desde esta tradición se cree en el derecho natural desde una perspectiva ideal o moralista: existe una justicia natural y una justicia legislada, con lo cual puede existir la ‘injusticia legal’. El derecho romano recuperó el pensamiento ateniense (gracias a la tendencia filosófica de la *Stoa*). En la Edad Media se intentó conciliar la doctrina cristiana con la filosofía antigua, básicamente en el pensamiento de Agustín y Tomás de Aquino. Desde el pensamiento de ambos, las leyes *deben* ser consistentes con el derecho divino y el derecho natural. La escolástica empieza a decaer debido a las críticas de J. D. Scotus y Guillermo Ockham (cerca al año 1.300), con quienes nace el nominalismo. Desde esta perspectiva, no puede existir un derecho natural y éste no es más que un produc-

to de la teoría (la ciencia y la filosofía del derecho), ya que sólo existe lo particular, lo especial, pero no lo general. Esta idea será retomada por Lutero (siglo XV) y otros reformadores en su concepción del derecho.

En la modernidad el derecho natural se despojó de las bases religiosas que le había dado la escolástica. Ahora el derecho tendría que valer también bajo el supuesto de que Dios no existe. De otro lado se puede hablar del derecho iluminista que se limita a lo experimentable (siguiendo el pensamiento de Descartes y Bacon), aunque sostenga las ideas clásicas del derecho natural: que éste es «absoluto, universal y suprahistórico» (Kaufmann 1997:68). Desde esta tradición el derecho correcto puede derivarse lógicamente a partir de la definición de la naturaleza (empírica, no moral) del ser humano. El Contrato Social de Rousseau es consistente con esta idea del derecho, ya que se cree en la posibilidad de establecer un orden jurídico por consenso, que sea válido para todos los seres humanos. De otro lado, el utilitarismo y el eudemonismo social influenciaron también al pensamiento jurídico, haciéndose tangible en los códigos civiles de los siglos XVIII y XIX.

Durante el siglo XIX fueron varias las tendencias en el pensamiento jurídico. Se atacó al derecho racionalista (la derivación de un 'derecho natural' por vía racional) señalando la relevancia de la relación sujeto-objeto para el conocimiento y la importancia de la historia para el entendimiento de la realidad (Hegel). Fue así como se impuso el positivismo científico jurídico, que pretendía establecer el Estado de Derecho y fundamentar al derecho como ciencia. El positivismo jurídico tiene dos vertientes: la empírica, que fue desarrollada en la segunda mitad del siglo XIX, donde se considera al positivismo jurídico como la verdadera 'ciencia del derecho' debido a que procede empíricamente y destierra a la metafísica. La segunda vertiente es la lógico-normativa, según la cual el positivismo jurídico es también la verdadera ciencia, pero no por proceder empíricamente sino por proceder al modo del positivismo lógico según el cual la validez de las proposiciones radica en su verificación lógica¹⁷. Según el positivismo lógico jurídico, el 'deber ser' del que trata el derecho no es un valor ético sino una estructura lógica: cuando ocurre lo antijurídico y el derecho establece que debe acontecer la consecuencia jurídica, ese 'deber ser' no constituye una valoración o prescripción, sino que tiene un carácter puramente formal ya que se deriva de la proposición jurídica. Los contenidos del derecho (los que definen qué es lo antijurídico y cuál la consecuencia jurídica) son proposiciones sin sentido, expresiones de sentimientos. Por lo tanto, el derecho, que ha sido producido 'de manera formalmente correcta' posee validez, independientemente de cuál sea su *contenido*. Sin embargo, Kelsen posteriormente aceptó que el derecho debe aceptar un *mínimo de metafísica*: el contenido del derecho debe tener un orden razonable y libre de contradicciones. Aún

¹⁷ La introducción del positivismo lógico del Círculo de Viena (el mismo seguido por Hayek y la escuela de Austria en economía) en el derecho estuvo en manos de Kelsen.

más, esta norma puede aceptarse como una norma del derecho natural (Kaufmann 1997:53). En consecuencia, el diseño de las leyes sólo tendría que tener en cuenta su consistencia con el sistema jurídico. Cualquier análisis diferente a éste está por fuera de los límites de la teoría del derecho.

Esta visión positivista del derecho fue importante en el diseño de las codificaciones del siglo XIX. Sin embargo, parece ser que aquello que el derecho había desterrado de sí para convertirse en ciencia (el problema de la fundamentación ética de las leyes) descansaba en el supuesto de que al legislador «lo orientaba una fuerte conciencia moral» (Ibid: 76). La segunda guerra mundial, sin embargo, demostró que no bastaba con un método adecuado para crear derecho; el problema de los fundamentos morales de las leyes no podía dejarse de lado. Fue así como el derecho natural fue rescatado; se recuperaron principios que se promulgaban como universales e intemporales, y de ellos se podía deducir consecuencias concretas. Otra alternativa que surgió en la posguerra fue el llamado ‘neopositivismo’, el cual rechazaba un derecho suprapositivo, pero cuyas estructuras son las mismas que enseña el derecho natural (ibid:79). De esta manera, el neopositivismo consistía en un punto medio entre el derecho natural y el positivismo jurídico – dos alternativas que se habían visto incompatibles a lo largo de la historia –. Esta posible alianza puede verse en el pensamiento codificador, que subyace a ambos. Otras alternativas planteadas en la posguerra intentaron acabar con la pretensión de hacer del derecho un sistema cerrado, para abrir la puerta de lo jurídico al ‘flujo de la vida’; es así como la ‘teoría de la argumentación’ y la hermenéutica se alejaron del derecho natural y del positivismo jurídico planteando el derecho como un sistema abierto. Otras teorías que intentaron encontrar una ‘tercera vía’ entre el derecho natural y el positivismo jurídico son la filosofía del derecho de Radbruch, la teoría de los ‘*general principles of law*’ y los ‘*critical legal studies*’.

El diseño de la ley en el derecho natural y en el positivismo jurídico

135

A partir de este breve repaso por algunos episodios de la historia del pensamiento jurídico es posible analizar algunas de las características que tiene el diseño de la ley en el derecho:

a. El respeto del derecho natural por los principios

«Existe un amplio consenso en que la idea de derecho es el más alto valor jurídico. Y ese valor supremo es la justicia» (Kaufmann, 1997:291). Para respetar ese valor supremo se deben responder dos preguntas: ¿qué es ‘derecho justo’? y ¿cómo conocemos o realizamos derecho justo? Para hacerlo, se tendrán que emprender dos tareas: «desarrollar una *teoría de la justicia* racional como medida de valoración para el derecho positivo» y «una *doctrina sobre la validez del derecho*».

Estas dos tareas han sido emprendidas tradicionalmente en forma independiente: de un lado está el análisis del *qué* es de la justicia, y de otro el análisis del *cómo*; es decir, de un lado se indaga por una doctrina de lo justo (lo que sería propiamente la filosofía del derecho) y de otro lado se elaboran doctrinas del método. Aunque tradicionalmente se aceptaba esta separación de los dos problemas del derecho, actualmente se han puesto en un mismo plano. De este modo, el derecho justo puede ser entendido como el producto del proceso de creación jurídica. Sin detenernos en la historia de las teorías éticas que han influenciado la noción de justicia del derecho, podemos señalar tres aspectos de la justicia¹⁸: la igualdad (justicia en sentido estricto), el bien común (o justicia social) y la seguridad jurídica (o paz jurídica).

Ahora bien ¿qué asuntos le interesan al jurista, dentro del derecho natural, al diseñar una ley? Una vez se ha establecido el *contenido* del derecho (la idea de justicia que se intenta defender), el legislador debe seguir un método que le permita crear derecho en una forma válida. Esto quiere decir que las leyes deben estar en línea con los principios identificados. Parece ser que, hasta aquí, la pregunta por los *resultados efectivos* de las leyes está ausente.

b. El seguimiento del método en el positivismo jurídico

Un legislador enfrenta el problema del diseño de la ley, desde el positivismo jurídico, *dando por hecho* el sistema jurídico en que se encuentra: existe un sistema ya creado y, por lo tanto, su misión es diseñar una ley que sea consistente con el sistema. Los principios que fundamentan esa ley no son una cuestión del derecho sino de la política. El legislador debe, simplemente, cumplir un método de manera que la ley sea coherente con el sistema. De nuevo, la pregunta por los efectos reales de la ley parece estar ausente.

c. La teoría de la legislación

Podría pensarse que la pregunta por el efecto de las leyes debe aparecer expresamente en alguna parte dentro de la teoría jurídica, tanto del derecho natural como del positivismo jurídico. Pero no sólo nos encontramos con que en la historia de las ideas jurídicas no se da mayor atención al asunto, sino que tampoco al hablar de la teoría de la legislación surge este interrogante. Bajo el derecho natural no era necesaria una teoría de la legislación: el derecho positivo se deducía del derecho natural mediante inferencias lógicas (tanto la escolástica de la Edad Media como el racionalismo del iluminismo sostenían que el contenido del derecho era deducible lógicamente). Posteriormente, desde el positivismo jurídico (tanto

¹⁸ Kaufmann (1997:295), basándose en el análisis hecho por G. Radbruch.

empírico como lógico) la legislación no era objeto de la ciencia –y por tanto del derecho– sino de la política. De este modo, no se hablaba de una doctrina científica de los métodos de la legislación, aunque se desarrollaron algunas técnicas de la legislación. Así, las metodologías corrientes se ocupan hasta hoy de la obtención del derecho concreto de la ley (la aplicación de una ley en un caso específico). Actualmente, sin embargo, la teoría de la legislación ha tomado importancia especialmente en el área de metodología. Aquí se estudia, de un lado, la técnica mencionada anteriormente para aplicar las leyes a casos concretos; de otro lado, se establecen técnicas para crear las leyes a partir de un análisis de la realidad y de unos principios del derecho. Este análisis consiste en que «la idea del derecho y los principios que de ella emanan (...) y las situaciones fácticas vitales (...) intelectualmente anticipadas por el legislador para su posible regulación, tienen que ser elaboradas conjuntamente en un proceso interrelacionado de tal manera que se correspondan recíprocamente» (Kaufmann 1997:56). Pero la teoría de la legislación es una ciencia que está apenas en fase de desarrollo. Resulta sorprendente desde el AED que el estudio de «la racionalización del plan legislativo y con ello sobre todo el diseño de objetivos» (Ibid) sea uno de los nuevos temas que comienzan a ser estudiados¹⁹. Pero resulta aún más sorprendente que la pregunta por los efectos reales de las leyes tampoco aparezca aquí.

Algunas diferencias entre el AED y el derecho en la evaluación de la ley

a. El carácter científico del derecho y de la economía

La economía neoclásica ha intentado constituirse como una ciencia que explica el funcionamiento de la economía desde el comportamiento individual (individualismo metodológico). El derecho, aunque durante mucho tiempo fue claramente una disciplina relacionada con la política y la moral²⁰, en el siglo XVIII fue influenciado por el positivismo (tanto en su vertiente empírica como lógica) al querer fundamentar su cientificidad. Desde el positivismo jurídico el derecho sería una ciencia si cumplía con un método formal que, desde luego, pudiera considerarse ‘científico’. Siguiendo a Kelsen, dicho método consistía en derivar correctamente el derecho de los principios de los que debía ocuparse la política. Se trataba de lograr una correcta derivación de normas a partir de los principios,

¹⁹ También resulta sorprendente desde el AED que entre la lista de estos ‘nuevos estudios’ de la teoría de la legislación se encuentre el tema de la ‘legislación simbólica’, es decir, las leyes que son promulgadas sólo por lo que simbolizan para un pueblo, aunque no obtengan resultados o no puedan hacerse cumplir. Se trata de leyes que, desde el modelo de elección racional, no tienen ningún sentido.

²⁰ Desde Aristóteles hasta el siglo XVII el derecho debía ocuparse de del ‘derecho justo’ o ‘correcto’ necesario para mantener un orden social según ciertos principios.

y de una correcta aplicación de reglas para establecer en qué casos se había incumplido una norma jurídica, de modo que hubiera lugar a una consecuencia jurídica. Al situar ese carácter científico en la consistencia del sistema (cerrado), el problema de la corroboración empírica del efecto de las leyes no ocupó un lugar en la disciplina. Por lo tanto, la teoría positiva del AED y del derecho positivo pueden trabajar juntas en la estimación del incumplimiento de faltas, pero no en el diseño de la ley basándose en sus consecuencias en el comportamiento humano.

b. La eficacia de las leyes en el AED y la validez de las leyes en el derecho

Como se dijo antes, el análisis económico de los efectos de las leyes se basa en considerar las leyes como incentivos: son información que entra a formar parte de las creencias de los individuos, a partir de las cuales tomarán decisiones óptimas para alcanzar sus fines. En cuanto a los fines de las leyes, se trata de maximizar la utilidad, o bien de minimizar los costos sociales: una posición derivada de una forma particular de la filosofía utilitarista. Debe diseñarse la ley que genere los incentivos adecuados para que las personas se comporten de modo tal que dichos fines (la maximización de utilidad o la minimización de costos sociales) sean alcanzados. A estas leyes se les llamará eficientes.

En cuanto al derecho, hemos dicho que la idea de derecho es la justicia. Si el problema de los efectos de las leyes no parece ser un tópico para los juristas, cabe pensar que ellos no serán indiferentes a que las leyes, en la práctica, defiendan ese valor jurídico primario; si el análisis de los efectos de cada ley en particular no ocupa un lugar importante en el diseño de las leyes, quizás se debe a que se presupone que éstas deben tener ciertas características para que alcancen sus fines –sean estos un tipo de conducta de los destinatarios o la perdurabilidad de la paz jurídica. Este tema gira en torno a la aceptación de la norma por parte de los destinatarios y pueden diferenciarse dos perspectivas: desde la primera, se señala que las normas jurídicas sólo son posibles si son reconocidas como vinculantes en la conciencia. El debate aquí gira en torno a si la conciencia es la última instancia (con lo cual las normas no representarían una pauta vinculante para esta), o si existe un conjunto de valores y normas vinculantes (con lo cual la conciencia deja de ser la última instancia), en cuyo caso el derecho sería un ‘tener que’, mas no un ‘deber ser’. Puede decirse que para los autores modernos la conciencia no puede ser la instancia que determine la validez del orden jurídico. Desde la segunda perspectiva, el criterio de validez de las normas jurídicas es el reconocimiento, el consenso. Al respecto pueden mencionarse diferentes versiones; por ejemplo, la teoría contractualista de Rousseau y Rawls, y el modelo del discurso de Habermas. Ya que en ambos casos se trata de un ejercicio intelectual a partir de una situación hipotética, desde estas perspectivas

un orden normativo es válido si tiene *capacidad* de consenso, mas no si *genera* consenso. Por lo tanto, siguiendo a Radbruch, no se trata ya de un reconocimiento verdadero sino de un deber de reconocer, con lo que se vuelve al comienzo del problema (la validez del deber ser). Queda entonces una tercera vía: el requerimiento de que el derecho sea como un espejo –debe reflejar los valores de la sociedad en un lugar y momento determinado; es decir, «*el derecho válido tiene que ser análogo al hombre*» (Kaufmann 1997:372) de modo que la voluntad moral pueda hacer suyas las exigencias legales. De este modo, parece que dentro del sistema jurídico existe la creencia de que «un derecho que asegura a los hombres lo que les corresponde, en sus relaciones con otros hombres y con las cosas, posee la *potestad* de ser reconocido en las conciencias de los individuos. Un derecho tal es *apto para el consenso* y válido *intersubjetivamente*. En términos generales, no va a requerir de ninguna aplicación coactiva» (Ibid: 373). Esto implica que el derecho se interesa porque la ley sea válida para el individuo (es decir, que no se trate de una regla sin sentido, impuesta desde fuera) y así asegura que, al ser reconocida por él, afecte su comportamiento. En otras palabras, las leyes *tienen* que diseñarse de modo que para *el hombre promedio* resulten aceptables en su conciencia; y, desde el derecho, esto sólo se logra si defienden los principios básicos y generales de la vida humana.

De esta manera, parece ser que para el jurista las leyes, en lugar de alterar la información o creencias de los individuos, deben actuar como modificadores de preferencias: deben ser vinculantes con la conciencia; es decir, ser aceptadas como compromiso en la conciencia (Ibid: 362). Así, la pregunta por los fines de la ley y la pregunta por cómo alcanzarlos están muy atadas en el derecho: las leyes deben defender lo justo; y para que las leyes sean cumplidas (y así se defiende lo justo) será necesario que sean diseñadas de manera que la conciencia de los individuos las puedan aceptar (con lo que, en consecuencia, contarán con consenso y validez intersubjetiva). Y esto sólo ocurrirá cuando dichas leyes sean justas. Por lo tanto, el legislador sólo deberá velar porque las leyes sean justas: así estará velando por la defensa del principal bien jurídico y, a la vez, por su validez como norma de comportamiento para los individuos²¹.

De lo anterior se sigue que el interés del AED por la eficiencia no encuentre fácilmente un lugar en la teoría del derecho. Mientras el AED busca leyes que sean eficientes, el derecho vela porque éstas sean justas y válidas dentro del ordenamiento jurídico. Cabe pensar que aquí no sólo está actuando una prescripción (la ley no *puede* imponerse si no es legítima), sino también una teoría *positiva*, primero, sobre el comportamiento humano (don-

²¹ Esto es válido tanto para el derecho natural como para aproximaciones alternativas al derecho (las mencionadas 'teorías de la tercera vía') que se ubican entre el positivismo jurídico y el derecho natural.

de la ley no actúa como modificador de incentivos sino como norma vinculante); y, segundo, una teoría positiva sobre el funcionamiento del orden jurídico en el largo plazo, ya que uno de los tres *aspectos* de la justicia es mantener la seguridad o paz jurídica (esto es, la garantía de la posibilidad del conocimiento del derecho, de su operatividad y su aplicabilidad), para lo cual es indispensable que el derecho defienda lo justo. De este modo, al velar por la justicia de la ley, se está velando a la vez por la aceptación de la norma por parte de los individuos y por el sostenimiento de la seguridad jurídica. No habría entonces un olvido de la eficacia de la ley, sino una mirada diferente sobre lo que debe ser la ley para ser eficaz.

c. Los fundamentos de filosofía moral del derecho y del AED

El AED deriva sus prescripciones y valoraciones del utilitarismo. El derecho moderno, en su combinación de derecho natural y positivismo jurídico, parece defender unos principios inviolables (básicamente los derechos fundamentales y los derechos humanos, consagrados en la mayoría de constituciones occidentales), y a partir de ellos deriva las normas jurídicas. Si enfrentamos el utilitarismo a ese criterio que está detrás de la defensa de la ley en virtud de ciertos principios, parece ser que otra razón importante de las distancias entre el pensamiento jurídico y el económico es que uno parte de una concepción consecuencialista de la justicia, mientras que el otro parte de una posición deontológica.

d. Ante las diferencias entre las dos disciplinas

Estos tres puntos de diferencia entre el pensamiento económico y el pensamiento jurídico dejan ver que el economista y el jurista apelan a criterios diferentes para valorar la ley y emplean métodos dispares para diseñarla. Quizás esta diferencia explique, en parte, las dificultades de comunicación entre el AED y el derecho.

Partiendo de estas diferencias –y en una primera mirada a las perspectivas del AED en los países hispanos– podría decirse que el AED podría mejorar su aproximación a los problemas del derecho si incorporara dentro de su análisis la importancia de la justicia de la ley, tanto para su valoración como para el logro de resultados. Es decir, tendría que tener en cuenta el papel que juega el carácter justo de la ley en el comportamiento de los individuos: para que un sistema jurídico tenga sostenibilidad (en el largo plazo) parece necesario que sea percibido por los agentes como ‘justo’. Quizás el AED presupone que existe un sistema consolidado y aceptado por los agentes; pero este no es el caso de varios países latinoamericanos. La preocupación del derecho por la seguridad jurídica resulta necesaria en un país donde el Estado (y con él, el sistema de

justicia) no cuenta con gran aceptación y legitimidad. De otro lado, diferentes estudios empíricos del comportamiento han señalado que la defensa de la justicia es un móvil de comportamiento importante para los seres humanos. Sorprendentemente, esta conclusión resulta consistente con ese presupuesto del derecho. Si el AED incorporara en su análisis este doble papel que juega la justicia de la ley, trazaría un puente importante hacia el pensamiento jurídico.

En línea con lo anterior, el AED podría incorporar a sus análisis formales objetivos de la ley que no partan del utilitarismo. Separar adecuadamente la teoría positiva de la normativa podría ayudar a enviar el mensaje a los juristas de que no se trata de una disciplina que sirve a una ideología o a una posición ética, sino que proporciona herramientas útiles para el análisis jurídico, independientemente de los objetivos que éste establezca.

Por último, un interés del AED por la situación de los individuos (no del agregado social) podría aliviar la ofensa que puede significar para un jurista la apreciación de las leyes como reglas indiferentes a la igualdad.

Otras diferencias entre el derecho y el AED

Las dificultades que existen para una mayor aceptación por parte de los juristas hispanos del análisis económico de los asuntos legales se pueden agrupar en dos grandes categorías. Estarían en primer lugar las razones teóricas o conceptuales que impiden un acercamiento. En ese sentido cabe mencionar cuestiones como las diferencias en la manera de abordar el estudio del derecho, las marcadas discrepancias en la tradición intelectual, la adopción de ciertos supuestos básicos o *creencias*, la preferencia por modelos rivales del comportamiento humano o la importancia relativa, para el derecho, de las decisiones judiciales y las legislativas. En segundo lugar habría dificultades a nivel de asuntos más prácticos, como los mecanismos de definición de los tópicos de interés de cada disciplina, la disponibilidad de información y, no menos importante, problemas elementales de metodología y de estilo.

a. Cuestiones teóricas

Algunos analistas identifican los obstáculos para la aplicación de las herramientas económicas a los órdenes jurídicos romanistas con divergencias fundamentales en la manera como se concibe la teoría del derecho²² y en particular con la influencia del pensamiento de Kelsen cuya concepción «ética irracionalista» sería, casi por definición, inconsistente con el supuesto de racionalidad de los actores, piedra angular del AED. Un segundo elemento que se puede mencio-

²² Ver la revisión detallada de esta posición en Cossio (1997:268).

nar como fuente de desacuerdo conceptual entre la economía y el derecho en el ámbito hispano tiene que ver con la tradición intelectual de la cual ha surgido cada una de las disciplinas. En particular, se deben destacar distintas y variadas influencias que ha recibido el derecho en España y América Latina, que son totalmente ajenas al bagaje filosófico, intelectual y cultural del cual surgió en la Inglaterra del siglo XVIII el pensamiento económico predominante en la actualidad.

Sin lugar a dudas la herencia, extraña a la economía, más visible y persistente en la tradición jurídica hispana ha sido la del derecho romano. Al respecto no son escasos los autores que, de manera directa, se plantean como interrogante la viabilidad del enfoque económico para el análisis de los marcos legales romanistas²³. Pero esta no es la única influencia relevante. También pueden evocarse el ascendiente de la iglesia, el del derecho musulmán, las particularidades del derecho indiano e incluso la herencia de las doctrinas socialistas y del pensamiento marxista. La huella de estas corrientes jurídicas e intelectuales es pertinente para entender no sólo la estructura y las prioridades del derecho hispano sino, sobre todo, para comprender las consideraciones que, implícita o explícitamente, se hacen sobre la realidad económica y social.

Parece haber acuerdo en señalar que uno de los elementos que contribuyeron al éxito del AED en los Estados Unidos fue el haber retomado, por lo menos en sus inicios, la tradición tanto del institucionalismo como del «realismo legal» y haber introducido elementos adicionales a la doctrina y a la dogmática jurídica para la comprensión y evaluación de las normas. El movimiento realista en el derecho americano fue parte de una reacción general hacia el formalismo y el razonamiento puramente lógico y deductivo. Se buscaba promover una aproximación más empírica, experimental y realista para el análisis de los problemas legales y la formulación de supuestos de trabajo. Desde entonces, y en forma paralela a la idea de que el derecho no debe limitarse a ser una disciplina lógica y autosuficiente, se ha promovido, desde distintas disciplinas, la búsqueda de la comprensión de las relaciones mutuas entre el derecho y la realidad social. En ese contexto, se resalta la importancia de tomar como insumo, para la comprensión del derecho, diversos elementos de las ciencias sociales, de la historia y de la observación de las instituciones existentes en una sociedad. Así, para el derecho, el análisis económico vendría a jugar un papel complementario similar al que desempeñan la sociología o la antropología jurídicas. Es bajo esta perspectiva, de un enfoque multidisciplinario que complementa la visión puramente dogmática de la ley, desde donde se hacen más evidentes algunas discrepancias entre los juristas y los economistas de las sociedades hispanas. Es frecuente en el

²³ Por ejemplo Cossio (1997) quien reporta que la primera reunión de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, dedicó una sesión especial a la definición de las posibilidades del análisis económico en los sistemas civilistas.

AED tradicional la adopción de ciertos supuestos sobre la realidad económica y social que indudablemente riñen con las instituciones hispanas y, en particular, con la compleja realidad latinoamericana. A título de ejemplo se puede mencionar la distinción entre las sociedades *modernas* y las *tradicionales* que tanto para la sociología como la antropología ha sido fundamental en la comprensión de los sistemas jurídicos. Para la economía moderna, y por lo tanto para el AED, tal distinción parece ser irrelevante. Sin embargo, en uno y otro tipo de sociedad la relación de los individuos con el sistema jurídico, el tema medular del AED, parece ser sustancialmente diferente. Mientras que en las sociedades modernas el derecho está claramente diferenciado de la moral y de la religión y la adhesión a las normas se puede considerar contractual, o racional, en las sociedades tradicionales los vínculos de los individuos con el derecho son más pasivos, tácitos, imprecisos e inconscientes (Rouland 1998). No parece razonable adoptar como supuesto básico de trabajo que las sociedades latinoamericanas, con larga tradición multiétnica y pluricultural recientemente reforzada constitucionalmente, son totalmente asimilables al prototipo de sociedad moderna occidental, o anglosajona. Bajo esta óptica quedarían completamente excluidos del análisis innumerables elementos relevantes para la comprensión tanto del marco jurídico como de la economía latinoamericanas.

Son varias más las limitaciones introducidas por las *creencias* del AED, entendidas como aquellos supuestos de trabajo tan evidentes que ni siquiera se ha considerado pertinente hacerlos explícitos. Algunas de las más notorias están relacionadas con el *modelo* implícito del sector público: que se supone no está en guerra, mantiene el monopolio de la coerción, de alguna manera busca el bienestar social, dispone de perfecta información y cuenta con un marco legal legítimo, universalmente aceptado y con un sistema judicial que funciona adecuadamente.

Otro aspecto teórico que se puede señalar como obstáculo para la comunicación entre los juristas y economistas hispanos es el de la relevancia de los *actores colectivos* versus la de los *agentes individuales*. Esta discrepancia está inmersa en el debate teórico entre dos concepciones alternativas y rivales del comportamiento, sobre el cual se pueden hacer brevemente algunas anotaciones. Las visiones colectivistas e individualistas de la sociedad reflejan una diferencia esencial entre lo que podría denominarse la perspectiva sociológica clásica, a la que se puede suponer adhieren los juristas hispanos, y el individualismo metodológico, cuyo modelo más representativo es el de la *elección racional* tradicionalmente utilizado por la economía y más recientemente por otras disciplinas²⁴. Un punto crítico de esta tensión entre la sociología clásica y el derecho por un lado, y la economía por el otro, surge del énfasis que cada disciplina le asigna, respectivamente, a las normas sociales y a la elección individual como determinantes del comportamiento. Hay

conciencia, aún entre los economistas, de que para algunos personajes críticos en el ámbito del derecho —en particular aquellos como los jueces, la policía, o los militares encargados de mantener el orden, de hacer cumplir la ley o de castigar a los infractores— el modelo de elección racional es precario. Si por una larga tradición institucional, y ciertas razones que aún no se comprenden bien, estos personajes se comportan adecuadamente, como ocurre en las sociedades occidentales modernas, esta deficiencia de las herramientas económicas es poco relevante. Si, por el contrario, como sucede en América Latina, el desempeño de la justicia es débil, o la policía no hace lo que se espera que haga, o no existe control civil sobre los militares, el hecho de que los modelos de comportamiento no sean adecuados se convierte en una limitación crítica para el AED.

Otra de las *creencias* del AED que puede no tener correspondencia con las de los juristas de tradición hispana tiene que ver con la consideración del poder relativo de las partes que intervienen en un intercambio. Para la economía el intercambio típico, por ser voluntario, consensual y contractual entre las partes no requiere en principio intervención de terceros. Para algunos juristas, por el contrario, el supuesto de base es que cualquier intercambio involucra partes con distinto poder relativo y por ende requiere intervención para proteger a la parte más débil.

La última, y tal vez mayor, diferencia conceptual entre la economía y el derecho en el ámbito hispano tiene que ver con la prioridad que se le otorga a la eficiencia sobre la distribución dentro de los objetivos del marco legal. Dentro de la economía es larga, y categórica, la tradición de recomendar un tratamiento separado para los problemas de eficiencia y para los de equidad. Por los años cuarenta Simons²⁵ aconsejaba dividir las políticas públicas en dos departamentos, uno para la equidad, otro para la eficiencia. Los problemas de equidad, según esta recomendación, deben resolverse al nivel más general con la política tributaria. El *departamento* especializado en la eficiencia se encargaría de promover la competencia en los mercados y, en caso de fallas, diagnosticar su origen y sugerir soluciones cooperativas: «Es necesario, y urgente que dejemos de confundir las medidas para regular precios o salarios relativos con instrumentos para disminuir las desigualdades. La gran diferencia entre los economistas competentes y los charlatanes es que, en este punto, los primeros algunas veces le ponen disciplina a sus sentimientos con un poco de reflexión acerca de la mecánica de una economía de intercambio»²⁶.

²⁴ Como la ciencia política y aún la sociología.

²⁵ Simons (1948) «Economic Policy for a free society»

²⁶ Ibid

A pesar de lo anterior, aún para los Estados Unidos -dónde como ya se vio es centenaria la preocupación de los jueces con la eficiencia- no es unánime dentro de los teóricos del AED la consideración de este objetivo como primordial y, además, se ha encontrado alguna evidencia acerca de que el aparato judicial responde a criterios diferentes a los del ejecutivo y el legislativo, con mayor énfasis en la búsqueda de equidad que en la eficiencia²⁷. Se ha sugerido, por ejemplo, que la preferencia de las minorías, los grupos ambientales y los grupos de derechos civiles por las soluciones judiciales en lugar de las legislativas tiende a confirmar este punto. A nivel más específico, son varias las ramas del derecho hispano, como el área penal, o la responsabilidad civil, para las cuales el tema de la eficiencia económica es no sólo ajeno a los objetivos del sistema legal sino que es algo que se rechaza de manera explícita y abierta.

b. Cuestiones prácticas

Fuera de estas diferencias conceptuales existe otro tipo de obstáculos, más prácticos, que pueden ayudar a explicar la hasta ahora débil aceptación del AED por parte de los juristas en el ámbito hispano. El primero de estos tiene que ver con la agenda de investigación de la disciplina, que sin duda ha sido definida de acuerdo con los tópicos de interés para las sociedades modernas desarrolladas, y más específicamente para la de los Estados Unidos. La estructura básica de la disciplina del AED –propiedad, contratos, *torts* y litigios- corresponde básicamente al currículo central de enseñanza del derecho en los Estados Unidos desde hace más de un siglo (Mercurio y Medema 1997).

Como sugiere la historia del AED, parte de su exitosa aceptación estuvo relacionada con el hecho de haberse ocupado de temas en los que convergían los intereses de la economía con los del derecho y con los de la agenda de la acción pública. Es claro que en cada sociedad, y en cada época, la relevancia de los eventuales temas del sistema jurídico dignos de un análisis económico dependen de la estructura económica en esa sociedad y en dicha época. No pueden ser similares las preocupaciones académicas acerca de los incentivos que crea el marco legal sobre los agentes económicos en una economía incipiente basada, por ejemplo, en la exportación de un producto primario que aquellas de una sociedad altamente diversificada y tecnificada.

Si bien es cierto que fenómenos como la globalización de la economía, el mayor papel que se otorga a los mercados, o el reconocimiento de la importancia del buen manejo macroeconómico han tendido a unificar las preocupaciones de los

²⁷ Ver referencias para los EEUU en Inman R.P. (1986)

economistas, esto no necesariamente implica una tendencia similar en la escala de prioridades de los juristas de distintas sociedades. Las peculiaridades locales necesariamente repercuten en lo que puede considerarse una agenda pertinente para el AED. Asuntos como el derecho constitucional, los derechos humanos, la violencia, o el derecho indígena, que son fundamentales en América Latina, no han recibido tratamiento por parte de la disciplina por ser escaso su interés entre los juristas y economistas de los países desarrollados.

Un segundo aspecto que, en el ámbito hispano, ha hecho difícil el desarrollo de un AED que pueda ser considerado relevante por los practicantes del derecho tiene que ver con la sistematización y la disponibilidad de información jurídica. Si bien es cierto que en la actualidad el AED ha tomado una orientación más teórica y formal, no debe olvidarse que en sus orígenes fue una disciplina cuyo desarrollo estuvo muy ligado al estudio de los expedientes judiciales. El análisis conjunto, por parte de economistas y juristas, de la información suministrada por el sistema jurídico jugó un papel determinante en el desarrollo de la disciplina en los Estados Unidos. Una tendencia similar se puede observar en la actualidad en varios países de América Latina en donde tímidas colaboraciones entre las dos disciplinas se empiezan a dar precisamente en las áreas para las cuales existe un acervo de información susceptible de ser compartido, como el análisis de los presupuestos de la rama judicial, o ciertas estadísticas básicas sobre desempeño de los juzgados, o algunas encuestas de victimización, o los datos sobre denuncias. El punto de la disponibilidad de cifras y estadísticas, que parece trivial, es relevante para entender las áreas que, en últimas, acaparan la atención de los economistas y permiten configurar la agenda del AED en una sociedad. Resulta claro en América Latina que la carencia de estadísticas oficiales ha tenido como efecto el abandono de ciertos temas por parte de la disciplina económica. No de otra manera se explica el marcado desinterés por asuntos de clara relevancia tanto para la economía como el derecho, como el narcotráfico, o el sector informal, pero que, por su carácter ilegal, no aparecen en los registros estatales. La disponibilidad y la calidad de la información son asuntos bastante críticos para el AED en el ámbito hispano por una razón simple y es que las agencias estatales tradicionalmente encargadas de este tipo de registro -los organismos de seguridad, o la rama judicial- no son neutras ante esta labor. Como las cifras sobre crimen o los datos básicos de la rama judicial se utilizan normalmente como indicadores del desempeño de estas agencias hay claros incentivos para la desinformación²⁸.

Dadas las variadas y no despreciables discrepancias conceptuales que se señalaron entre el derecho y la economía en el ámbito hispano parece más promisorio como forma de cooperación el análisis conjunto de la información jurídica disponi-

²⁸ Ver una discusión sobre este punto para las cifras de criminalidad y de la justicia penal en Rubio (1999)

ble, y un esfuerzo también conjunto por ampliarla, sistematizarla y mejorarla, que las discusiones teóricas sobre las ventajas relativas de uno u otro paradigma del comportamiento o sobre las prioridades de ciertos objetivos sociales sobre otros.

Por último, no deben dejar de mencionarse los problemas de comunicación entre el derecho y la economía que se originan en simples cuestiones de metodología de trabajo y aún de estilo. En ese sentido resulta paradójico que uno de los activos de un economista más valorados dentro de la disciplina, su capacidad para simplificar, caricaturizar y modelar un fenómeno, pueda ser señalado como un pasivo, y aún un obstáculo mayor, para la adecuada comunicación con los juristas, y en general con las demás disciplinas sociales. No son despreciables las dificultades que genera para el intercambio de ideas una formación académica y profesional, como la economía, orientada a modelar y simplificar cuando se enfrenta con otra cuyo punto de partida metodológico, cuando se ha abandonado la dogmática, parece ser precisamente el contrario: *problematizar* y considerar todas las posibles aristas y opiniones divergentes alrededor de un fenómeno. La tendencia a concentrarse en los aspectos puramente teóricos por parte del AED ha impuesto sin duda un obstáculo para su recepción por parte de los juristas: «El problema de tener una disciplina demasiado teórica es que se empiezan a discutir los problemas planteados por otros teóricos en lugar de los problemas que surgen al tratar de entender lo que sucede en el mundo allá afuera. En alguna medida, esto está sucediendo en el AED. Si esto no se corrige, hay una gran posibilidad de que el campo se tornará estéril y no se desarrollará como los campos en los cuales se da una interacción más estrecha entre varios tipos de información y teoría»²⁹.

Estrechamente vinculado con el punto anterior está el grado de certeza con que, en uno y otro caso, se presentan las conclusiones de los análisis positivos, o se emiten opiniones y juicios de valor. No parece razonable pensar que el jurista típico compartirá, con Adam Smith y sus sucesores racionalistas, la opinión de que la economía, o el AED, es una ciencia exacta, de leyes precisas. Aún en el caso de «aquellas pocas «verdades simples pero valiosas que la economía puede ofrecer»³⁰, como la ley de la demanda, se trata de grandes tendencias y no de leyes infalibles. El punto relevante es que las fuerzas imprecisas que perturban los mercados, y la aproximación científica para estudiarlos, pueden ser precisamente las de mayor interés para el derecho.

Está por último el problema del tipo de evidencia que cada una de las disciplinas considera idóneo para contrastar empíricamente las hipótesis que se derivan de las consideraciones teóricas. Mientras que el economista se ha concen-

²⁹ Opinión de Gary Becker tomada de Baird (1997:6).

³⁰ Coase (1975) «Economics and Contiguous Disciplines»

trado progresivamente en la evidencia estadística y parece sólo confiar en las pruebas econométricas, el término de evidencia en el ámbito del derecho tiene una connotación diferente que le otorga mayor relevancia al estudio de casos.

3. Conclusión

El AED es una disciplina que ha crecido con rapidez en los últimos años. Su desarrollo ha dejado importantes aportes en diferentes áreas del derecho; sin embargo, son muchos los signos de la necesidad de una transformación para lograr un mayor éxito no sólo en aquellos círculos donde aún no ha sido bien aceptada la disciplina (como el ámbito hispano) sino también donde ha sido más exitosa (Norteamérica). A manera de conclusión, a continuación se resumen sus principales virtudes y se señalan posibles vías de cambio³¹:

Pueden mencionarse como virtudes más destacadas del AED las siguientes: la primera tiene que ver con la utilización de un número reducido de principios simples y útiles para explicar la toma de decisiones de los individuos. Tales principios serían: (i) los agentes económicos maximizan, (ii) los mercados alcanzan un equilibrio, (iii) la eficiencia es importante y constituye un criterio central para el análisis de situaciones. La segunda virtud está relacionada con el hecho que el AED es en varias áreas una disciplina precursora, en el sentido de constituir el primer intento por analizar formalmente fenómenos que hasta entonces no habían sido estudiados con modelos de explicación de este tipo. Otras dos razones, más específicas, tienen que ver con el creciente reconocimiento de la importancia de ciertos temas manejados por los practicantes del derecho para cuya comprensión es útil, cuando no indispensable, la utilización de otras herramientas de análisis. Como ejemplos en ese sentido se señalan los contratos o los problemas relacionados con el medio ambiente, la corrupción y en general las infracciones al régimen legal. Por el lado de la economía, se señala que los estudios relacionados con el capital humano, el capital social, el intercambio de intangibles y en general el análisis de las normas y las instituciones ha empezado a jugar un papel esencial en la comprensión de los fenómenos económicos.

En cuanto a las posibles vías de cambio de la disciplina, varios autores empiezan a hablar de la necesidad de replantear las líneas básicas de estudio y, en general, de rediseñar la agenda de investigación del AED. Entre estos posibles cambios pueden resaltarse los siguientes: (i) desarrollar más los trabajos con contenido empírico, en detrimento del enfoque teórico y deductivo que ha primado hasta el momento; (ii) extender el análisis al estudio de la legislación y no seguir limitándolo al de las decisiones judiciales; (iii) ampliar el abanico de los modelos de comportamiento humano, en particular en las situaciones de no

³¹ Véase la discusión donde participaron Becker, Coase, Epstein, Posner y Miller en Baird (1997).

mercado, como el área de la familia o el crimen; (iv) desarrollar modelos de comportamiento de ciertos agentes de particular interés para el AED como los jueces, los legisladores o los policías; (v) delimitar con mayor precisión las áreas para las cuales es razonable utilizar los modelos explicativos de la economía tradicional y distinguir aquellas para las cuales dicho modelo no es aplicable o, por lo menos, debe sufrir ciertas adaptaciones o variaciones; (vi) asimismo, definir los límites dentro de los cuales los criterios de bienestar pueden ser aplicables de manera razonable –básicamente las situaciones de mercado; (vii) separar con mayor claridad los elementos *positivos* del análisis, o sea el uso de las herramientas económicas para estudiar las consecuencias de un determinado sistema jurídico, y su componente *normativo*, entendido como el uso de la economía para proponer leyes, o jurisprudencia, más eficientes.

Bibliografía

Baeck, L., 1994. *The Mediterranean Tradition in Economic Thought*. Citado por Fuentes (1999).

Baird, G., 1997. 'The Future of Law and Economics: Looking forward'. *The University of Chicago Law Review*, Fall, 1997.

Barry, B., 1989, 'Theories of justice'. Vol. 1. University of California Press, Berkeley.

Calabresi, Guido. 1970. *The Cost of Accidents: A Legal and Economics Analysis*; 1978. *Tragic Choices* (with P. Bobbit).

Coase, Ronald H. 1988. *The Firm, the Market and the Law*. University of Chicago Press (hay traducc. en español); 1994. *Essays on Economics and Economists*. University of Chicago Press; 2002. 'Why Economics will change': *International Society for New Institutional Economics Newsletter*, vol. 4, Number 1; 1999. 'The Task of the Society', *ibid.*, vol. 2, Number 2; 1998. 'The New Institutional Economics': *American Economics Review*, Papers and Proceedings, vol. 88, Number 2, p. 72-74, may.

Cooter, R. y Ulen, T., 1998. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.

Fuentes Quintana, E. (director), 1999. *Economía y Economistas Españoles 2. De los Orígenes al Mercantilismo*. Barcelona: Galaxia Gutemberg y Círculo de Lectores.

Hovenkamp H., 1995. «Law and Economics in the U.S. : a brief historical survey» en *Cambridge Journal of Economics* Vol 19 pa g 331-352.

Jacquemin, A. et Schrans, G., 1972. *Le Droit Economique*. Paris: PUF

Kaufmann, A., 1997. *Filosofía del derecho*. Edic. esp. de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

Lara Peinado, F. y Lara González, F. (1994). *Los primeros Códigos de la Humanidad*. Madrid: Tecnos

Lemennicier, B., 1991. *Economie du Droit*. Paris: Editions Cujas

NG, Y-K., 1990. Welfarism and Utilitarianism: A rehabilitation». *Utilitas*, Vol. 2, No. 2. Noviembre. Oxford University Press.

Mercuro, N. and Medema, S., 1997. *Economics and the Law*. From Posner to Post-modernism. Princeton: Princeton University Press

North, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Hay traducc. esp.: Instituciones, cambio institucional y desempeño económico. México: FCE, 1993; 1976. *The Rise of the Western World: A New Economic History*; 1982. *Structure and Change in Economic History*. Hay trad. esp.: Estructura y cambio en la historia económica. Madrid: Alianza, 1984.

Pardolesi, R. y Giuseppe B., 1998. «Law and Economics in Italy». *Encyclopedia of Law and Economics*.

Pattaro, E., 1980. *Filosofía del derecho*. Derecho y ciencia jurídica. Instituto Editorial Reus, Madrid.

Posner, R., 1992. *Economic Analysis of Law*. Boston : Little, Brown.

Popescu, O., 1999. «Contribuciones indianas para el desarrollo de la teoría cuantitativa del dinero». En Fuentes Quintana (1999:209-241).

Rama, C., 1982. *Historia de las relaciones culturales entre España y la América Latina*. Siglo XIX. México: Fondo de Cultura Económica.

Roemer, J., 1996. 'Theories of Distributive Justice'. Harvard University Press, Cambridge, Mass., Estados Unidos.

Rothschild, Kurt W. 1993. *Ethics and Economic Theory*. Edward Elgar Publishing Limited. Cambridge, UK.

Rouland, N., 1998. *Introduction historique au droit*. Paris: PUF

Williams, B. y Smart, J.J.C., 1973. *Utilitarianism*. For and Against. Cambridge University Press.

Sen, A., 1995. «¿Igualdad de qué?» En *Nuevo Examen de la desigualdad*. Madrid: Alianza Editorial.

Sen, A., 1991. «Rationality, Ethics and Economics». Helsinki, Labour Institute for Economic Research.

Sen, A., 1987. *On ethics and economics*. Basil Blackwell Publisher. Oxford.

Sen, A., 1985. *Commodities and Capabilities*. Amsterdam: Elsevier Science Publishers.

Sen, A. y Williams, B. (Editores), 1991. «Utilitarianism and Beyond». New York: Cambridge University Press.

Shaw, W. «Contemporary Ethics: Taking Account of Utilitarianism». Blackwell Publishers. Malden, USA, 1999.

NEOINSTITUCIONALISMO: ¿ES POSIBLE UN DIÁLOGO ENTRE JURISTAS, HISTORIADORES Y ECONOMISTAS?

JAIME EDUARDO LONDOÑO MOTTA

In order to study the crisis in Colombian society through an active dialogue among historians, economists, and lawyers, it is important to make use of Douglass North's neoinstitutionalism, understood from a multidisciplinary perspective. This article studies the analytical possibilities of appropriating that model, it reviews the current situation of historiography, economics, and law in Colombia, and it speculates about the institutional prospects of a dialogue among those disciplines.

Al menos habría que saber de qué pasado deshaceremos. Porque no todos los pasados tienen el mismo porvenir y algunos, apenas nacidos, dejan ya de tenerlo.

Maurice Godelier

En el número anterior de este Anuario Jurídico, Rodrigo Uprimny, con base en una reflexión de Amartya Sen, llamó la atención sobre la relación problemática entre la economía y el derecho¹. En esta oportunidad, queremos continuar con la reflexión de Uprimny; recorrer caminos diferentes pero complementarios a sus planteamientos. También la relación entre la economía, el derecho y la historiografía puede calificarse como problemática. El rico y fluido diálogo entre

¹ Rodrigo Uprimny, «Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía», en *Precedente. Anuario Jurídico*. Cali, Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad Icesi, 2001, p. 35: «La separación académica que durante mucho tiempo ha existido entre esas disciplinas ha tenido efectos empobrecedores para ambas. La economía ha solido desconocer la importancia que tiene la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado de su propio desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales».

historiadores y economistas de las décadas de los años setenta y ochenta del siglo pasado se ha silenciado; la muerte de algunos de sus representantes, el ingreso a la burocracia estatal de otros, la participación en organismos multinacionales de algunos de ellos y el cambio en los paradigmas de las ciencias sociales han acallado estas voces. Las obras de Germán Colmenares, Jesús Antonio Bejarano, Absalón Machado, Mariano Arango, Marco Palacio, Salomón Kalmanovitz y José Antonio Ocampo, entre otros, son catalogadas como clásicos de la historia económica de Colombia. La conversación entre ciencias jurídicas e historiadores puede evaluarse con una frase de Fernand Braudel, como un «diálogo de sordos», es decir, inexistente.

Sin duda alguna, el panorama es desolador. Pero los inconvenientes han de ser alicientes para buscar opciones analíticas que faciliten un intercambio fecundo entre historiografía, economía y derecho. ¿Están interesados los economistas, los historiadores y los juristas en abandonar sus «cuarteles de invierno» y establecer relaciones académicas? ¿Están interesados en incorporar a sus reflexiones los saberes de otras disciplinas?

La respuesta a estos interrogantes abarca diversos tópicos. Uno de ellos, si no el más importante, es la construcción de problemas de investigación orientados a la búsqueda de propuestas conceptuales y metodológicas que fecunden e incentiven la comunicación entre las tres disciplinas mencionadas. Este escrito se orienta en esta perspectiva; tiene el propósito de discutir las posibilidades analíticas que ofrece la *apropiación* del modelo propuesto por Douglass North para reactivar la interlocución entre historiadores, economistas y juristas en el estudio de la «crisis» de la sociedad colombiana de principios del siglo XXI.

La propuesta de Douglass North es una tendencia teórica anglosajona. Su origen y su desarrollo están asociados al mundo angloparlante, especialmente al norteamericano. Surge en el contexto de las críticas efectuadas en el ámbito de las ciencias económicas y en el de las ciencias sociales a los modelos de la economía neoclásica por su carácter ahistórico, pero sin alejarse radicalmente de los núcleos centrales de este paradigma; por el contrario, los refina al incorporarles la dimensión temporal. En realidad, el neoinstitucionalismo no es algo del todo nuevo o novedoso, es consustancial tanto a la disciplina económica como a las ciencias sociales y humanas².

² A este respecto véase Andrés de Francisco, *Sociología y cambio social*. Barcelona, Ariel –Sociología, 1997, pp. 183-1991; Richard R., Nelson y Bhaven N. Sampat, «Las instituciones como factor que regula el desempeño económico», en *Revista de Economía Institucional*, N° 5. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 16-51; Robert Rollinat, «La Nouvelle Histoire Institutionnelle: bilan analytique et perspectives de recherches». Ponencia presentada en el XI Congreso de Historia de Colombia, Bogotá, agosto 22 – 25 del 2000; Salomón Kalmanovitz, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*. Bogotá, Editorial Norma, 2001, capítulo 1.

El concepto de *apropiación* es tomado en préstamo de trabajos referidos a la historia de la educación en Colombia; en especial, adoptamos la presentación que de él ofrece Olga Lucía Zuluaga: hay apropiación cuando una producción técnica o de conocimiento generada en otro contexto cultural pasa por un proceso de adecuación, de recomposición porque es recibida en una lógica diferente³. Una reflexión orientada por el concepto de *apropiación* permite superar la tendencia de las ciencias sociales en nuestro país a adoptar, pasiva y mecánicamente, como «moda intelectual», los desarrollos temáticos, teóricos y metodológicos de las academias europea y norteamericana. En el caso de la obra de North, ese modo de reflexionar impide a los historiadores, economistas y juristas recoger los planteamientos de este autor para aplicarlos en calidad de recetas, como si bastara seguir un determinado número de pasos. La preocupación por la *apropiación* los compele a discutir los núcleos de la propuesta neoinstitucionalista y a insertarlos en las particularidades del caso colombiano. La controversia y la inserción exigen recibir, adecuar, amalgamar, impugnar, crear, etc.; actividades que únicamente se pueden moldear con agendas de investigación de corto y largo plazo.

Para alcanzar el objetivo expresado en los primeros renglones, este artículo se ha dividido en dos acápites. En el primero, analizamos la situación actual de la historiografía, la economía y el derecho en Colombia y conjeturamos sobre las probabilidades institucionales de entablar un diálogo entre estas disciplinas. En el segundo, discutimos las posibilidades analíticas que ofrece la apropiación de los modelos propuestos por la escuela neoinstitucionalista.

1. La historiografía, la economía y el derecho: disciplinas consolidadas o disciplinas en crisis.

Como declaración de principios, la pertinencia del diálogo entre historiadores, economistas y juristas no admite objeción. El problema es el modo de concreción

³ Javier Saenz Obregón, Oscar Saldarriaga y Armando Ospina, *Mirar la infancia: pedagogía, moral y modernidad en Colombia, 1903-1946*. Medellín, Colciencias / Foro Nacional por Colombia / Ediciones Universidad de los Andes / Editorial Universidad de Antioquia, 1997, p. XIV. Apropiar es «inscribir en la dinámica particular de una sociedad, cualquier producción técnica o de saber proveniente de otra cultura y generada en condiciones históricas particulares. *Apropiar evoca modelar, adecuar, retomar, coger, utilizar, para insertar en un proceso donde lo apropiado se recompone porque entra en una lógica diferente de funcionamiento.* Apropiar un saber es hacerlo entrar en las coordenadas de la práctica social. Es, por tanto, un proceso que pertenece al orden del saber como espacio donde el conocimiento está accionado por mecanismos de poder y no por la lógica del movimiento de los conceptos en el conocimiento científico. Sin embargo, para historiar un saber apropiado es necesario tomar un campo de conceptos más amplio que el apropiado con el fin de localizar los recortes, exclusiones, adecuaciones y amalgamas que conlleva tal proceso de institucionalización de ese saber». Las cursivas son mías.

de esta iniciativa. ¿Existen las condiciones institucionales y académicas para alcanzar el intercambio entre estas disciplinas? La respuesta de este interrogante pasa por abordar dos variables: la primera, es la situación actual del derecho, la historiografía y la economía en Colombia. La segunda, es la coyuntura que atraviesan las ciencias sociales en el ámbito mundial. En esta oportunidad solamente nos ocuparemos de la primera variable.

Las Ciencias Sociales en Colombia

En relación con la organización institucional, Francisco Leal Buitrago sostiene que las ciencias sociales en Colombia han experimentado un largo e irregular proceso de profesionalización⁴, determinado por las coyunturas políticas y socioeconómicas de la sociedad colombiana del siglo XX, especialmente de las acaecidas en la segunda mitad de esta centuria. Sus orígenes se remontan a la creación de la Escuela Normal Superior; la consolidación definitiva arranca en los años cuarenta y es producto de dos fenómenos. El primero, es «la modernización capitalista sostenida (...) y en particular la del Estado que fue asumida por el régimen del Frente Nacional». El segundo, es el conjunto de efectos de la violencia política de mediados del siglo XX, que se traducen en un acelerado y disperso proceso de urbanización, en una acumulación sostenida y concentrada de capital y en una diversificación social sin parangón, «todo ello en un contexto geográfico y cultural marcadamente regionalizado», que condiciona «de manera definitiva los diferentes objetos de estudio de las ciencias sociales y, por consiguiente, el ejercicio de sus profesiones»⁵. Este proceso de consolidación está caracterizado por la creación de centros de formación asociados a la universidad pública, sobre todo a la Universidad Nacional y, en menor medida, a las universidades regionales y a la universidad privada.

Los gobiernos del Frente Nacional de la década de los sesenta y de principios de la década de los setenta del siglo pasado simultáneamente posibilitan la consolidación y crean las condiciones para el largo e irregular proceso de profesionalización de las ciencias sociales en Colombia. Durante este periodo, los «científicos sociales» del país, especialmente los académicos de la Universidad Nacional, cuestionaron públicamente la naturaleza excluyente de este régimen político. La respuesta oficial fue de carácter represivo. Las consecuencias de la represalia se perciben en la crisis de la universidad pública, en el escaso e inadecuado nivel de

⁴ La profesionalización es definida por Leal Buitrago como la creación de escuelas de formación.

⁵ Francisco Leal Buitrago, «Vicisitudes de la profesionalización de las Ciencias Sociales en Colombia», en, Francisco Leal Buitrago y Germán Rey (editores), *Discurso y razón. Una historia de las ciencias sociales en Colombia*. Bogotá, Ediciones Uniandes– Facultad de Ciencias Sociales/ Fundación Social / Tercer Mundo Editores, 2000, p. 2 -4.

integración de las ciencias sociales al sistema productivo y en la creación de nuevas escuelas de formación por parte de las universidades privadas⁶.

En la década de los ochenta y en los primeros años de la década de los noventa, la reflexión de los académicos colombianos está enmarcada en una coyuntura de crisis signada por el auge de los grupos guerrilleros, la expansión del narcotráfico y la estrategia terrorista del cartel de Medellín, por el desarrollo sin precedentes del capitalismo y por la expedición de la Constitución de 1991. Para las ciencias sociales la crisis está coligada a las iniquidades socioeconómicas producto de un «desordenado y desequilibrado» proceso de modernización y a la fragilidad del sistema político, fruto del clientelismo y de la corrupción, fenómenos que impiden al Estado cumplir con su papel regulador. En muchas esferas estatales los factores argüidos por las ciencias sociales para explicar la crisis han sido rechazados sistemáticamente; este rechazo no ha sido óbice para que algunos organismos estatales empezaran a vincular a profesionales de las ciencias sociales en calidad de docentes de las universidades públicas y en cargos de la administración pública⁷.

En el resto de la década de los noventa y en los primeros años del nuevo siglo, el trabajo de los académicos colombianos siguió enmarcado en condiciones desfavorables, tanto en el plano económico como en el político. La apertura económica, acontecimiento que denota el reemplazo de un modelo de desarrollo centrado en el Estado de bienestar por otro inspirado en el neoliberalismo, sumió a la sociedad colombiana en una crisis económica sin precedentes. La legitimidad del sistema político volvió a ser cuestionada por el narcotráfico y por la violencia política. Esta última experimentó la internacionalización del conflicto y la emergencia de un nuevo actor armado: los grupos paramilitares. En esta coyuntura, las ciencias sociales están padeciendo «un retroceso en su prolongado e irregular proceso de profesionalización. De hecho en la última década del siglo XX, ya se había percibido en forma clara el estancamiento en la incorporación de profesionales de las ciencias sociales en el aparato productivo del país»⁸.

En esta coyuntura, Luis Bernardo Flórez Enciso destaca la amplia profesionalización de las diversas disciplinas de las ciencias sociales en Colombia, pero cuestiona el rumbo de las mismas⁹.

⁶ *Ibid.*, pp. 5 - 6.

⁷ *Ibid.*, pp. 6 - 7.

⁸ *Ibid.*, pp. 7.

⁹ Luis Bernardo Flórez Enciso, «Entre el ser y el deber ser», en Francisco Leal Buitrago y Germán Rey (editores), *Ob. Cit.*, p. 20. «Hoy tenemos múltiples pregrados, posgrados, centros de investigación, asociaciones gremiales, congresos y simposios, reconocimiento legal, numerosas publicaciones; en fin todo un extendido aparato académico – institucional, pero cada vez nos acosa más la duda de para qué hemos construido todo ese aparataje. Porque muchas preguntas siguen todavía sin responder sobre las razones de la precaria conformación de las comunidades académicas en Colombia, sus debilidades, sus limitaciones su escaso grado de incidencia en la sociedad».

Por su parte, Ana María Bejarano afirma que las ciencias sociales en el país afrontan tres problemas fundamentales: el reducido tamaño de la comunidad académica, el parroquialismo o exceso de localismo y la ausencia de debate crítico. Para superar estas debilidades la autora propone el ensanchamiento y la cualificación de la comunidad científica del país, el intercambio con universidades extranjeras y la creación y consolidación de grupos y de centros de investigación¹⁰.

En este contexto, las ciencias sociales, la historiografía y el derecho experimentan procesos de profesionalización semejantes, es decir con ciertas coincidencias, pero con algunas diferencias. Estos procesos escapan a los objetivos de este escrito; no obstante, es importante preguntarse: ¿Cuál es la situación de la historiografía, la economía y el derecho en la coyuntura que abarca la década de los años noventa y los primeros años del nuevo siglo? Los balances que existen para responder la pregunta son muy desiguales; historiadores, juristas y economistas se han preocupado muy poco por reflexionar sobre sus disciplinas. El único estudio sistemático es el de Jesús Antonio Bejarano, quien analiza las ciencias económicas en Colombia desde un enfoque institucional. Las variables de su enfoque son las siguientes: «1. La enseñanza de la economía como disciplina académica a través de las facultades de economía. 2. La investigación económica de origen académico (bien sea la investigación pura o la investigación aplicada). 3. El ejercicio profesional de los graduados de economía. 4. La Consultoría no académica, entendiendo por tal la prestación de servicios profesionales en economía»¹¹.

Con la información disponible no es posible evaluar el estado de la historiografía y el derecho tal como lo hace Bejarano para la economía. Sin embargo, es factible realizar acercamientos parciales a estas disciplinas y obtener una relativa visión de conjunto.

a. La historiografía

Para Jorge Orlando Melo, la historiografía colombiana parece enfrentar una crisis aún no diagnosticada. Se están publicando muy pocos trabajos de envergadura, «que traten de dominar un periodo amplio o se mantengan dentro de las líneas de la «historia total»». La escritura de las mejores obras corresponde a historiadores con una larga y reconocida carrera académica; los «historiadores más jóvenes, con pocas excepciones, parecen estarse dejando llevar por las voces atractivas de teorías que

¹⁰ Ana María Bejarano, «Ciencias sociales en Colombia: tres retos hacia el futuro», en Francisco Leal Buitrago y Germán Rey (editores), *Ob. Cit.*, pp. 23-24.

¹¹ «Evaluación del estado de la disciplina económica en Colombia: un enfoque institucional», en Jesús Antonio Bejarano, (Compilador), *Hacia dónde va la ciencia económica en Colombia. Siete ensayos exploratorios*. Bogotá, Tercer Mundo Editores / Colciencias / Universidad Externado de Colombia—Facultad de Economía, 1999, p.3.

harían cada vez más irrelevante a la historia, y alejarían el análisis de la búsqueda de interpretaciones amplias sobre problemas centrales de la formación del país»¹². Los inicios de la crisis son situados a comienzos de la década de los noventa. Efectivamente, en un balance publicado en 1991, Melo destaca una situación contradictoria en la historiografía colombiana. De un lado, subraya el reconocimiento social, académico y hasta político alcanzado por la disciplina en las décadas de los setenta y de los ochenta. Del otro, identifica un cambio en el «éxito y la productividad» de los historiadores colombianos: «la producción histórica está perdiendo algo del entusiasmo que la impulsó en años anteriores (...) la disciplina se encuentra en una *situación de perplejidad*: sus orientaciones actuales, teóricas, temáticas y metodológicas, no son claras y no se sabe muy bien en qué dirección puede avanzar»¹³.

Si comparamos el balance de Jorge Orlando Melo escrito en 1991 con otro balance que publicó tres años antes, en 1988, encontramos argumentos contradictorios. Para Melo a finales de la década de los ochenta la historiografía colombiana estaba consolidada, las publicaciones y la aceptación social de la

¹² Jorge Orlando Melo, «Medio siglo de historia colombiana: notas para un relato inicial», en Francisco Leal Buitrago y Germán Rey, Ob. Cit., p. 168 y 170. Para Melo la crisis es fruto de varios factores: «La lectura de los artículos y ponencias de los historiadores más jóvenes revela una fascinación a veces poco crítica por nuevas modas, por nuevos lenguajes (...) con frecuencia el manejo de los conceptos es de una imprecisión abrumadora (...) Los rasgos negativos podrían resumirse en la disminución y decadencia de las investigaciones en historia económica y social, en el abandono del vínculo entre historia y ciencias sociales y en una fragmentación temática que conduce a un abandono de los esfuerzos por explicar los procesos históricos y que no ofrece, en campos como historia de las mentalidades y de la cultura, productos serios y rigurosos (...) y debe subrayarse también que lo que aparece como historia política de épocas recientes, en las ponencias de los congresos o los artículos de las revistas, y que mantiene en general cierta motivación política, falla por la ausencia de un manejo adecuado de la documentación y se reduce a la paráfrasis polémica de unos pocos textos que revelarían las conductas opresivas o represivas del establecimiento».

¹³ Jorge, Orlando Melo, «La Historia: perplejidades de una disciplina consolidada», en Carlos B. Gutiérrez, ed, *La investigación en Colombia en las artes, las humanidades y las ciencias sociales*. Primera reimpresión, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1994, p. 44. La primera edición de esta obra fue realizada en 1991. Las cursivas son mías. Los planteamientos de Melo coinciden con las apreciaciones esbozadas por Jesús Antonio Bejarano, quien considera que desde finales de la década del ochenta la investigación en historia económica y social se encuentra estancada: «salvo algunos resultados significativos en la historia regional, algunos avances en la historia empresarial, un par de libros sobre temas económicos puntuales y otro sobre baldíos en el siglo XIX, no hay mayores aportes que permitan avanzar en el conocimiento de algún problema de algún periodo (...) la historia parece transitar hoy, peligrosamente, hacia una fragmentación de temas y métodos sobre cuya organización intelectual sería necesario reflexionar, que va desvertebrando el cuerpo del conocimiento histórico y desnaturalizando la historia como disciplina académica». Al respecto véase, Jesús Antonio Bejarano, «Guía de perplejos: una mirada a la historiografía colombiana», en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura* # 24. Bogotá, Universidad Nacional—Facultad de Ciencias Humanas—Departamento de Historia, 1997, pp. 287-288.

disciplina era casi igual al de la economía. Las visiones tradicionales, asociadas a los trabajos de la Academia Colombiana de Historia y las interpretaciones militantes (en boga en la década de los setenta), habían sido superadas. Las viejas formas de hacer historia fueron reemplazadas por «una fragmentación de imágenes, por una multiplicidad de perspectivas, métodos y visiones. No hay una «historia de Colombia», sino un proceso de reflexión y conocimiento, abierto e indeciso¹⁴». Indecisión que obedece más a la eclosión de nuevas temáticas y a la búsqueda de caminos para abordar la complejidad de la sociedad colombiana, que a un estancamiento en la formulación de problemas teóricos y estrategias metodológicas¹⁵.

La aparente contradicción entre estos balances señala la dificultad de evaluar el estado actual de la historiografía colombiana. Es innegable el avance de la historia desde los inicios de su profesionalización en la década de los sesenta del siglo XX¹⁶, pero dos representantes de la primera generación de historiadores profesionales, Jorge Orlando Melo y Jesús Antonio Bejarano, consideran que existen factores que obligan a los historiadores colombianos a discutir sobre el futuro mediato e inmediato de la disciplina.

¹⁴ Jorge, Orlando Melo, «La literatura histórica en la última década», en *Boletín Cultural y Bibliográfico*, Volumen 25 N^o 15, Bogotá, Banco de la República, 1988, p. 69.

¹⁵ La visión pesimista de Melo de 1991 riñe con los planteamientos presentados por Germán Colmenares en 1990. Para Colmenares, la historiografía colombiana había alcanzado el nivel de México, Argentina, Brasil, Chile y Perú, naciones que recibieron tempranamente la influencia de las corrientes de pensamiento europeo. Sin embargo, presentaba algunos inconvenientes, comunes a todas las disciplinas históricas de las naciones latinoamericanas, que dificultaban la independencia respecto a los conceptos y metodología provenientes de Europa. Los historiadores latinoamericanos tendían al provincialismo, definido como la propensión a concentrarse en sus objetos de estudio, regularmente enmarcados en los límites de su nación de procedencia o en una región particular, olvidando la opción de realizar trabajos comparativos, tanto en el ámbito nacional como internacional. Otros obstáculos para lograr la independencia intelectual del viejo mundo y estadounidense eran la escasa circulación de las publicaciones entre los países del área, la devoción por leer solamente los libros y/o revistas editados en Europa y Norteamérica y la asistencia exclusiva a los eventos académicos organizados en los Estados Unidos y en el viejo continente. Al respecto véase, «Perspectiva y prospectiva de la historia en Colombia» y «Estado de desarrollo e inserción social de la historia en Colombia», en Germán Colmenares, *Ensayos sobre historiografía*. Bogotá, Tercer Mundo Editores, Universidad del Valle, Banco de la República, Colciencias, 1997, pp. 101-107 y 134-137.

¹⁶ El avance se percibe en la apertura de departamentos y planes de estudios, tanto en universidades privadas como públicas, en la publicación permanente de libros y de cierto número de revistas especializadas, en las promociones de las diferentes maestrías y en congresos nacionales de historia.

b. La economía

Si bien los orígenes de las ciencias económicas en Colombia se remontan a la modernización estatal iniciada durante el frente nacional¹⁷, para Jesús Antonio Bejarano la consolidación de la investigación económica y de la profesionalización de esta disciplina ocurre a partir de la década del setenta. Este proceso es dividido en dos periodos. El primero ocurre entre 1970 y 1985; en él «se amplía el número de facultades o departamentos de economía, se definen los perfiles de la profesión, se separan claramente algunos dominios del conocimiento conexos como la administración de empresas y la contaduría, pero fundamentalmente avanza de una manera vigorosa la investigación económica». Este avance ocurre en el seno de las universidades y está estrechamente relacionado con «cierto número de cuestiones que pudieran denominarse «problemas nacionales», entendiendo por tales aquellos aspectos característicos del modelo de desarrollo y de la configuración estructural de la economía»¹⁸.

En materia de investigación, en el primer periodo el interés está centrado en problemáticas relacionadas con el desarrollo económico del país, el carácter de la estructura económica y la cuestión agraria. Durante estos años, el diálogo con la historia es abierto: la historiografía económica se consolida como una historia sectorial autónoma, en la que sobresalen los economistas historiadores¹⁹, quienes desarrollan sus análisis desde modelos marxistas y cepalinos. En este periodo, la producción intelectual de los economistas colombianos se caracteriza por la «escasa utilización de modelos formales, la precaria elaboración de «hechos estilizados» (...) y la escasa preocupación por el desarrollo de la teoría pura y, en general, por la elaboración teórica»²⁰. Conceptualmente, las reflexiones estaban inspiradas en el marxismo y, en menor medida, en el neokeynesianismo, neorricardianismo y neomarxismo.

El segundo periodo corre entre 1985 y finales de la década de los noventa. El foco de interés de los economistas se desplaza hacia los aspectos macroeconómicos y hacia el estudio de las políticas de corto plazo. Conceptualmente, el marxismo es reemplazado por la corriente neoclásica en la versión conocida como la corriente dominante y, se recurre «de manera creciente, a modelos, a he-

¹⁷ Francisco Leal Buitrago, Ob. Cit., p.20; «Saber es poder: El caso de los economistas colombianos», en Marco Palacio, *De populistas, mandarines y violencias. Luchas por el poder*. Bogotá, Editorial Planeta, 2001, p. 115.

¹⁸ Jesús Antonio Bejarano, Ob. Cit., (1999) p. 180.

¹⁹ Como ejemplo podemos citar a José Antonio Ocampo, Salamón Kalmanovitz, Absalón Machado, Mariano Arango

²⁰ Las ideas este párrafo son tomadas del escrito de Jesús Antonio Bejarano (1999) 181, 182. El aparte entre comillas es retomado de la página 182.

chos estilizados y a constataciones empíricas que permiten contrastar, de una manera más precisa las teorías». Asimismo, la formación profesional mejora cualitativa y cuantitativamente y se abre el campo de la consultoría²¹. El diálogo con la historia casi desaparece, queda reducido a cursos marginales en algunas universidades. La historiografía económica pierde su dinámica, pocos historiadores se interesan en este campo y los economistas no la consideran pertinente para sus análisis.

Tal y como sucede con la historiografía, la «consolidación del proceso de profesionalización» en la economía no se refleja en la existencia de programas y líneas de investigación estructuradas. Lo que se percibe es una dispersión temática, el auge creciente de la consultoría y el abandono del diálogo con las diferentes ciencias sociales y con las humanidades. Estos aspectos son un indicador de la ausencia de comunidades académicas²². Lo paradójico es que los economistas, especialmente los de la Universidad de los Andes, desde mediados del siglo XX y, sobre todo en las últimas décadas, vienen desempeñando un papel de primer orden en la definición de las políticas económicas del país. En el ejercicio de este papel, el economista desplazó al ingeniero, quien lo venía cumpliendo desde mediados del siglo XIX, y se ha convertido en el portavoz de un saber experto (técnico) que respalda las decisiones políticas referentes a los asuntos públicos de la sociedad colombiana: «el economista se está moviendo en círculos abiertamente elitistas que, obviamente, no son neutrales frente a las políticas económicas. Su papel es darles un piso de neutralidad científica a tales políticas, y de esta manera cumple una función legitimadora indispensable para el sistema nacional y mundial»²³.

Finalmente, para Palacios y Bejarano, la universidad pública, concretamente la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá, dejó de ser el centro de producción del discurso económico. Fue reemplazada por instituciones privadas como Fedesarrollo y la Universidad de los Andes y, por dependencias estatales: el Banco de la República, el Ministerio de Hacienda y el Departamento Nacional de Planeación²⁴. Este cambio en el lugar de enunciación se traduce en la existencia de un discurso económico que puede calificarse de cuasi hegemónico y, por tanto, poco dado a aceptar la existencia de otros paradigmas, de otras opciones teóricas; con poco interés por debatir sus aportes en términos de crecimiento, desarrollo, bienestar, redistribución del ingreso y justicia social.

²¹ Ibid., pp. 182, 183. El aparte entre comillas es tomado de la página 183.

²² Ibid., pp. 189-209.

²³ Marco Palacios, Ob. Cit., pp. 106, 107 y ss. El aparte entre comillas es tomado de la página 128.

²⁴ Ibid., p. 104; Jesús Antonio Bejarano, Ob. Cit., (1999) p. 186, 189-193.

c. El derecho

Al contrario de la economía y de la historiografía, el derecho colombiano no cuenta con una reflexión sistemática sobre sus desarrollos disciplinarios y sobre el estado de la disciplina en los últimos años. En el libro editado por Francisco Leal Buitrago y Germán Rey referente a la historia de las ciencias sociales en Colombia, no hay un capítulo dedicado a estas problemáticas. Este vacío se acentúa con la inclusión en la obra de «disciplinas» que regularmente no son consideradas como parte integrante de las ciencias sociales y de áreas temáticas que hacen parte de los objetos de investigación de las ciencias sociales²⁵.

No podemos asociar esta ausencia únicamente a la falta de trabajos sobre el tema; también puede estar mediada por los caminos divergentes recorridos por las ciencias sociales y por el derecho en el proceso de construcción de sus objetos de estudio, marcos conceptuales y estrategias metodológicas específicas. El derecho desempeñó el papel de hermano no reconocido, de un saber espurio, práctico, comparado con el de las ciencias sociales:

el derecho nunca se integró plenamente al grupo disciplinar de las ciencias sociales ni estuvo sometido al fuerte enjuiciamiento que sobre su estatuto científico tuvieron que soportar estas. Esta diferenciación epistemológica y política, sin embargo, no podía esconder por completo los evidentes lugares de encuentro que había entre las dos esferas. La ciencia del derecho y las ciencias sociales trataban, al igual que las humanidades, sobre las «cosas humanas» pero ambas pretendían, a diferencia de las humanidades, no sólo presentar una reconstrucción hermenéutica de productos culturales sino incidir *prácticamente* en el curso del presente y futuro de las acciones y relaciones entre los hombres (...) Era, sin embargo, más «fácil» que el derecho justificara su lugar inapelablemente práctico entre las dinámicas humanas (...) el derecho apuntó a reconstruir una específica «ciencia jurídica» que no tenía neces-

²⁵ Francisco Leal Buitrago y Germán Rey (editores), Ob. Cit., p. vi. Como ejemplo tenemos: Gabriela Castellanos, «De la concientización al empobrecimiento: trayectoria del pensamiento feminista en los estudios de género en Colombia»; Martha Cecilia Herrera y Alexis Vladimír Pinilla, «El campo de la educación en Colombia en las últimas décadas del siglo XX» y, Fernando Viviescas, «El urbanismo y las ciencias sociales: la ciudad en busca de un pensamiento».

riamente las mismas dinámicas o presiones de las «ciencias sociales». Por tanto, la pregunta por el estatuto científico de las «ciencias del derecho» no coincide política o epistemológicamente con la crisis de las ciencias sociales²⁶.

Las referencias al estado actual de la disciplina del derecho hacen alusión a una doble tensión: de un lado, la coexistencia de diferentes paradigmas en torno a esta disciplina y, del otro, los cambios en la administración y concepción de la justicia en Colombia, modificaciones que tienen en la promulgación de la Constitución de 1991 su acontecimiento detonante. El debate parece encaminarse hacia dos campos de análisis. Uno es la discusión en torno a la concepción o paradigma del derecho más apropiado para enfrentar las particularidades de la sociedad contemporánea; aquí la controversia en torno a la científicidad del derecho adquiere una importancia singular. El otro, es el problema de la eficacia de la justicia en calidad de variable central en el proceso de legitimación del Estado colombiano.

Para Diego Eduardo López, en el debate en torno a la científicidad del derecho coexisten cuatro modelos divergentes: el iusnaturalismo, el iuspositivismo, el realismo jurídico y el movimiento teórico hacia la moralización del derecho. En efecto, «ninguno de estos modelos parece completamente superado en la discusión transnacional (...) Podría decirse que el derecho contemporáneo al nivel global utiliza eclécticamente estas formas de legitimación de su actividad científica». En Latinoamérica, algunos de estos modelos de justificación no han sido importados «con el vigor que tuvieron en otras partes y todavía están por explorarse sus posibilidades. Es de prever que en América Latina, en los próximos años, se intenten agotar estos programas de «cientifización» del derecho y no se ve en el horizonte formas específicamente regionales de abordar la conceptualización del derecho». El autor ubica a Colombia, a Brasil y a Argentina como los países que lideran o son vanguardias de las nuevas vertientes en su versión de estudios socio - jurídicos y en el de la moralización del derecho²⁷.

Esta controversia se expresa en la coexistencia de dos modelos de facultades de derecho en América latina, el vanguardista y el *no - vanguardista*:

²⁶ Diego Eduardo López Medina, «¿Existe una «ciencia social jurídica»? Los modelos de la científicidad del derecho en Colombia», en Santiago Castro Gómez, (editor), *La reestructuración de las ciencias sociales en América Latina*. Bogotá, Pensar, Instituto de Estudios sociales y Culturales, 2000, pp. 137, 138, Las cursivas son del autor.

²⁷ *Ibid.*, pp. 153 - 154.

La típica facultad de derecho vanguardista (...) se divide hoy entre una facción, situada a la derecha política, que concibe al derecho como una empresa normativista y que usualmente se preocupa por la exposición dogmática de las materias del derecho privado; una segunda facción, situada a la izquierda política, se preocupa por la exploración en tono realista / marxista de las relaciones entre derecho y sociedad, con especial preocupación por la defensa de lo que se tematiza como «derechos humanos», especialmente de los contrapoderes sociales tales como sindicatos, por ejemplo. En el centro, una tercera facción construye un discurso constitucional intermedio, de signo reformista, raramente radical, en la que se busca quebrar las desigualdades jurídicas más evidentes contenidas en el sistema (...) La típica facultad de derecho *no vanguardista* en América Latina (y por lo tanto la mayoría de ellas) está conformada de manera más o menos homogénea por el primero de estos grupos con la total exclusión de los otros dos. Son, sin más, facultades de leyes²⁸

Para Rodrigo Uprimny el problema de la eficacia de la justicia en Colombia es una bandera enarbolada tanto por sectores democráticos, asociados a movimientos sociales, como por sectores autoritarios. De fondo, lo que está en juego es la legitimación del Estado; superar su precariedad estructural y su frágil institucionalidad²⁹. Como se mencionó arriba, la promulgación de la constitución de 1991 es el acontecimiento que marca el inicio de la transformación del sistema judicial en Colombia. En el análisis de los cambios, Uprimny se distancia de las explicaciones monocausales inspiradas en la economía o en la política. En el primer caso, las transformaciones obedecerían a la «nueva dinámica de acumulación del capital: así la búsqueda de flexibilidad para romper rigideces geográficas y administrativas correspondería (...) a la flexibilización de las relaciones laborales, la cual se acompaña de una cierta globalización de las políticas judiciales y de la des-regulación de determinados campos jurídicos». En el segundo caso, serían el resultado de los esfuerzos de «reestructuración autoritaria del régimen político colombiano en un contexto de crisis de legitimidad»³⁰.

²⁸ Ibid., p. 154. La cursiva es del autor.

²⁹ Rodrigo Uprimny Yepes, «Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia», en Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas, *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I. Bogotá, Colciencias/ Instituto Colombiano de Antropología e Historia / Universidad de Coimbra- Ces / Universidad de los Andes / Universidad Nacional de Colombia / Siglo del Hombre Editores, 2001, p. 262.

³⁰ Ibid., pp. 308 - 309.

Como alternativa a las explicaciones monocausales, Uprimny propone que la «justicia en Colombia pretende cumplir simultáneamente varias tareas en un contexto de violencia intensa, globalización económica creciente, aguda crisis institucional y problemas de representación política»³¹. Estas tareas se efectúan en un contexto caracterizado por tres variables: la primera son los esfuerzos estatales por «adquirir a toda costa el monopolio de la coacción», empeño que se complementa con los proyectos de «construcción de ciudadanía a partir de los derechos fundamentales consolidados en los estados constitucionales más sólidos». La repercusión de esta variable sobre la justicia se aprecia tanto en la «tendencia a la sobrecriminalización y restricción de garantías, como [en] la despenalización y constitucionalización de derechos»³².

La segunda variable sitúa los esfuerzos de construcción del monopolio de la coacción y de derechos de ciudadanía en un contexto de «globalización creciente, tanto económica como política, que tiende a erosionar aún más el margen de maniobra del Estado. Por ello, los procesos de constitucionalización de derechos sociales, necesarios para ampliar la base de respaldo ciudadano a las instituciones que se pretende construir, se acompañan de políticas económicas de corte neoliberal destinadas a fortalecer la competitividad internacional del país». En este marco, la justicia puede proteger «ciertos derechos a fin de asegurar una cierta fuerza simbólica y normativa del orden constitucional (...) siempre y cuando no se lleguen a afectar los equilibrios macroeconómicos básicos»³³.

Finalmente, la tercera variable está relacionada con el protagonismo que puede alcanzar la justicia ante la crisis de representación política. La sociedad «desconfiada de los políticos ha tendido a exigir, o al menos a esperar, del poder judicial, respuestas a sus problemas que en principio deberían ser debatidos y solucionados, gracias a la movilización ciudadana, en las esferas políticas». En este caso, los jueces quedan en el centro del escenario político, «ya sea por su permeabilidad a la propia corrupción, o por su actividad en contra de ella, que no sólo los ha enfrentado a los poderes políticos sino que ha convertido a ciertos fiscales y jueces en personajes de gran notoriedad pública y respaldo ciudadano». A lo anterior, debemos sumarle la participación activa de algunos sectores de la judicatura en la defensa de los derechos ciudadanos; de esta manera, resulta que el «aparato judicial, que no tiene origen popular, sea a veces percibido como más democrático que los órganos políticos elegidos por voto, con lo cual se ha operado un cierto desplazamiento, bastante paradójico, de la legitimidad democrática del sistema político al sistema judicial»³⁴.

³¹ Ibid., p. 312.

³² Ibid., p. 312.

³³ Ibid., p. 313.

³⁴ Ibid., p. 313.

En el ámbito de la enseñanza, la doble tensión entre los modelos que legitiman la cientificidad del derecho y el problema de la eficacia de la justicia en calidad de estrategia central para la legitimación del Estado colombiano, comienza a expresarse en la crítica abierta a la concepción normativa que reduce el derecho a un cuerpo o sistema de normas emanadas de un legislador que limita la acción del juez a su cabal cumplimiento sin ningún tipo de creación y, que se enseña al estudiante desde el primer año, en la cátedra de introducción al derecho, «como un cuerpo complejo de reglas primordialmente establecidas en normas jurídicas positivas por naturaleza legislativa, frecuentemente codificadas»³⁵.

Conclusión preliminar

La visión de conjunto que hemos realizado sobre el estado actual de la historiografía, la economía y el derecho en Colombia nos permite concluir que estas disciplinas se encuentran en crisis. No obstante, no podemos asociar la noción de crisis a estancamiento o inmovilidad, sino, y de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia, a una mutación importante y a una situación difícil³⁶, a una coyuntura que exige cambios de diverso orden. Estos cambios están relacionados con la profesionalización u organización institucional de cada una de estas disciplinas y con la forma como han sido concebidos sus objetos de estudio por parte de los académicos colombianos.

En lo que atañe a la organización institucional la crisis no puede reducirse única y exclusivamente a cada una de estas disciplinas y a sus nichos de formación profesional, los departamentos, las facultades o divisiones de historia, economía y derecho. Los datos aportados por los autores citados demuestran un crecimiento institucional importante e innegable: el número de facultades, de planes de estudio, de egresados, de publicaciones, de profesores universitarios etc., se ha incrementado permanentemente. La crisis hay que situarla en una perspectiva más amplia: hay que relacionarla directamente o enmarcarla en otra crisis, la del modelo universitario en Colombia, tanto en el ámbito privado como en el público.

³⁵ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencia y líneas jurisprudenciales. Teoría del derecho judicial*. Bogotá, Legis – Serie Lex Nova / Ediciones Uniandes – Facultad de derecho, 2000, pp. 11 y 12. Para un análisis de esta problemática también puede consultarse el artículo de Diana Patricia Quintero, «La seguridad jurídica: entre la tradición y la renovación del derecho», en *Precedente*. Anuario Jurídico. Cali, Universidad Icesi – Facultad de Derecho y Humanidades – Centro de Investigaciones Sociojurídicas, 2001, pp. 127-141.

³⁶ Esta idea es retomada de Carlos Barros, «Hacia un nuevo paradigma historiográfico». Artículo bajado de la página personal del autor: <http://personal5.iddeo.es/cbarros>.

Es precisamente la necesidad de revisar y modificar la organización institucional orientada a la formación profesional de historiadores, economistas y juristas, el acontecimiento que permite la recepción y la apropiación del neoinstitucionalismo, no como un modelo teórico de moda, de última generación que posibilita resolver por arte de magia la crisis de la historiografía, la economía y el derecho, sino en calidad de marco conceptual que permite un mejor acercamiento a la crisis y, por tanto, la opción de plantear alternativas, tanto en el plano de la organización administrativa como en el de la docencia y la investigación.

2. El Neoinstitucionalismo y la crisis de la sociedad colombiana

Si las actuales condiciones institucionales para lograr un diálogo fluido entre historiadores, economistas y juristas no son las mejores y se exigen cambios que suponen procesos conflictivos, las opciones teóricas ofrecen a simple vista un camino más despejado pero no exento de dificultades. En este sentido, la propuesta neoinstitucionalista desarrollada por Douglass North parece ofrecer un marco adecuado para el diálogo interdisciplinario. El problema que debe ser discutido es si la historiografía, la economía y el derecho colombiano se pueden apropiar de esta propuesta y a partir de ella plantear nuevas interpretaciones y explicaciones de las particularidades de los procesos sociales en Colombia.

Como se indicó en la parte introductoria de este escrito, la propuesta de Douglass North es una tendencia teórica anglosajona estructurada en el contexto de las críticas efectuadas en las ciencias económicas y en las ciencias sociales a los modelos de la economía neoclásica por su carácter ahistórico, pero sin alejarse radicalmente de los núcleos centrales de este paradigma; por el contrario, es refinado al incorporarles la dimensión temporal³⁷. La «novedad» del neoinstitucionalismo es el intento de reconciliar y unificar las diferencias entre las ciencias económicas y las ciencias sociales con base en la formalización de una teoría que integre las «elecciones individuales con las limitaciones que las instituciones imponen a la elección»³⁸.

Con la integración de la elección individual y las limitaciones institucionales North busca superar las debilidades del modelo neoclásico. En efecto, dicho modelo opera bien cuando es usado en el análisis de los mercados de los países desarrollados, pero no proporciona muchos «elementos para conocer organizaciones tales como el señorío feudal, las ferias de la Champagne o el *suq*³⁹ (...) No sólo no define muy bien el proceso de intercambio de estas organizaciones, sino

³⁷ A este respecto véase la nota de pie de página # 2.

³⁸ Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Primera reimpresión, México D.f., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 16.

³⁹ El *Suq* es un bazar que caracteriza gran parte del Medio Oriente y el norte de Africa.

que tampoco explica la persistencia durante milenios de lo que sin duda son formas ineficientes de intercambio». El modelo neoclásico asociado a la economía del desarrollo no ha podido explicar satisfactoriamente las disimilitudes en el «desempeño de las economías y la persistencia de economías dispares a lo largo del tiempo»⁴⁰.

Para North la integración entre elección individual e instituciones sólo es posible si se matizan varios de los supuestos del modelo neoclásico; concretamente, aquellos que postulan que el desempeño económico ocurre en un mundo sin fricciones con derechos de propiedad claramente especificados y gratuitos, donde el cambio se da en mercados perfectamente operativos y competitivos; bajo estas suposiciones «los costes de adquirir información, la incertidumbre y los costes de transacción no existen»⁴¹. De igual forma, North considera que el modelo neoclásico no explica el comportamiento de los individuos que toman decisiones de manera altruista, que no deciden de forma racionalmente calculada y egoísta en la búsqueda de su interés personal⁴².

Los matices que North introduce a los supuestos del modelo neoclásico le permiten precisar el papel de las instituciones en el desempeño económico y plantear su propuesta neoinstitucionalista. No obstante, la concreción de esta propuesta no se efectúa linealmente. Susana Valdivieso ha identificado, en el desarrollo de la misma, tres etapas cuyo estudio nos posibilita una mejor comprensión del neoinstitucionalismo. En la primera etapa, las instituciones son asumidas en calidad de «reglas fundamentales de competencia y cooperación de las sociedades». Tales reglas son definidas por un agente de poder representado por el Estado y «se pueden especificar en forma de estatutos o mecanismos de regulación, a través de organizaciones formales, como las firmas o la familia, o por la simple costumbre». En esta fase de su reflexión, el interés de North está puesto en la eficiencia, en develar el papel de las instituciones en la reducción de los costos de transacción:

para que los individuos se sientan motivados a empeñarse en actividades de producción y de cambio se requiere una estructura de incentivos en la que juega un papel fundamental el establecimiento de derechos de propiedad y de mecanismos que los refuercen. El establecimiento de esos derechos impone costos de

⁴⁰ Douglass North, Ob. Cit., (1995), p. 23.

⁴¹ Douglass North, *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid, Alianza Editorial, 1984, p. 19.

⁴² Para una exposición más amplia de las críticas a los supuestos neoclásicos véase, Douglass North, *Estructura y cambio en la historia económica*. Madrid, Alianza Editorial, 1984, capítulos, 1, 6, y Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Primera reimpresión, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, capítulos, II, III, IV.

transacción (especialmente costos de medición y de regulación) y requiere de un agente con poder para preservarlos eficientemente, de modo que se minimicen los costos. Ese agente es el Estado contractual, que presta servicios de protección y justicia a cambio de ingresos, y cuya función consiste en especificar las reglas fundamentales de competencia y cooperación de las sociedades (...) Según este esquema, la evolución de las economías es un proceso de transición entre una matriz eficiente y otra más eficiente⁴³

En la segunda etapa, North abandona la noción de instituciones eficientes y la reemplaza por una «teoría de la negociación, en la que las relaciones de poder son determinantes de los arreglos institucionales»⁴⁴. En esta oportunidad, define las instituciones como «los límites establecidos por los hombres para estructurar la interacción entre lo político y lo social. Ellas consisten a la vez en límites informales (sanciones, tabúes, costumbres y códigos de conducta) y en reglas formales: las instituciones, las leyes, los derechos de propiedad. A todo lo largo de la historia, las instituciones han sido imaginadas por el hombre para imponer el orden y reducir la incertidumbre en los procesos de cambio»⁴⁵. En esta etapa, North se aleja de los supuestos neoclásicos reseñados más arriba. Por ejemplo, plantea que la información es incompleta y tiene unos costos que tienen que ser analizados. No acepta el papel que el modelo neoclásico atribuye al interés individual, maximizador y egoísta en la toma de decisiones; como alternativa propone que el individuo decide a partir de conjuntos de reglas sociales. Se aleja de la concepción contractual del Estado, al que concibe como un «ente depredador dominado por un grupo de poder». Desde esta posición, el cambio económico está dado por la lucha de distribución de recursos y de riquezas dentro del Estado y entre diferentes Estados⁴⁶.

⁴³ Susana Valdivieso, «North y el cambio histórico: luces y sombras de la Nueva Historia Institucional» en *Revista de Economía Institucional*, N° 4. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 158 - 159. En esta primera etapa North fundamenta su concepción de derechos de propiedad en H. Demsetz, «Toward a Theory of Property Rights», en *American Economic Review*, 57, mayo, 1967.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 160.

⁴⁵ Douglass North, *Structure and Change in Economic History*, p. 97, citado por Susana Valdivieso, *Art. Cit.*, pp. 160, 161. En la versión en castellano de este libro, *Estructura y cambio en la historia económica*, North ofrece otra definición de las instituciones que difiere un poco de la anterior: «conjunto de reglas, procedimientos de aceptación y cumplimiento de las mismas, y normas éticas y morales de comportamiento que se diseñan para restringir el comportamiento de los individuos con el objetivo de maximizar la riqueza o la utilidad de los gobernantes y sujetos principales de una sociedad». Al respecto véase Douglass North, *Ob. Cit.* (1984), pp. 227, 228

⁴⁶ Susana Valdivieso, *Art. Cit.*, pp. 160, 161.

En el desarrollo de estas premisas, North otorga una importancia singular a la historia económica y cuestiona a los académicos de esta disciplina por no tener en cuenta en sus análisis la estructura institucional y sus cambios. Para él, la historia económica es la explicación, en el tiempo largo, del entramado y el funcionamiento de la economía. Para conseguir este objetivo, esta disciplina requiere de conceptos referentes al cambio demográfico, al crecimiento en el stock de conocimientos y a las instituciones:

El stock de conocimientos y el stock de tecnología elevan los límites del bienestar humano, pero de hecho, no determinan por sí mismos la satisfacción humana que se alcanza dentro de esos límites. La estructura de organización política y económica es la que determina los resultados de una economía, así como la tasa de incrementos de los conocimientos y del avance tecnológico. Las formas de cooperación y competencia que desarrollan los seres humanos y los sistemas para hacer respetar las reglas de organización de la actividad humana forman el núcleo de la historia económica. De hecho, estas reglas no solo describen detalladamente el sistema de incentivos y desincentivos que guía y configura la actividad económica, sino que también determina la distribución subyacente de la riqueza y de la renta de la sociedad⁴⁷.

En el caso de los conceptos para abordar el estudio de las instituciones, North sostiene que es necesario hacerlo desde una teoría de los derechos de propiedad, desde una teoría del Estado y desde una teoría que explique cómo las diferentes percepciones de la realidad influyen en la reacción de los individuos ante el cambio de condiciones objetivas. El objetivo de la teoría de los derechos de propiedad es explicar los incentivos individuales y sociales del sistema; la teoría del Estado tiene el propósito de especificar y hacer respetar los derechos de propiedad, de los que depende el funcionamiento del sistema económico, pues incentiva o desalienta las actividades económicas:

El problema clave para los historiadores económicos es explicar los derechos de propiedad que el Estado viene a especificar y hace respetar, y su efectividad en esta tarea; el desafío más importante es dar cuenta de los cambios en la estructura de los derechos de propiedad y en la manera de hacerlos respetar⁴⁸.

⁴⁷ Douglass North, Ob. Cit., (1984), p. 31.

⁴⁸ Ibid., pp. 36 y 21, 22.

La tercera etapa está caracterizada por el esfuerzo de North para redondear su modelo analítico. En este punto de su reflexión, decanta nuevamente el concepto de instituciones y ofrece una nueva versión del mismo: las instituciones «son las reglas de juego en una sociedad, (...) son limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico. El cambio institucional conforma el modo en que las sociedades evolucionan a lo largo del tiempo, (...) es la clave para entender el cambio histórico»⁴⁹. También diferencia las instituciones de las organizaciones u organismos. Estos últimos están integrados por grupos de individuos con una identidad común y se conforman con el «propósito de maximizar riquezas, el ingreso, u otros objetivos definidos por las oportunidades que brinda la estructura institucional de la sociedad». El autor divide los organismos en cuerpos políticos (partidos políticos, el senado, el cabildo, una agencia reguladora), cuerpos económicos (empresas, sindicatos, ranchos familiares, cooperativas), cuerpos sociales (iglesia, clubes, asociaciones deportivas) y órganos educativos (escuelas, universidades, centros vocacionales de capacitación)⁵⁰.

Para North las instituciones son las reglas de juego y los organismos son los jugadores que operan con dichas reglas. En la búsqueda de sus objetivos (maximizar riquezas, ingreso u otros propósitos), los organismos alteran las instituciones (las reglas de juego existentes) y generan consecuentemente el cambio institucional, definido como los «ajustes marginales al conjunto de reglas, normas y cumplimiento obligatorio que constituyen el marco institucional». La dirección de este cambio está conformada por: «1) el entrelazamiento que es producto de la relación simbiótica entre las instituciones y las organizaciones que se han creado por evolución como consecuencia de la estructura incentivadora que proporcionan esas instituciones; y 2) el proceso de retroalimentación por medio del cual los humanos percibimos y reaccionamos a los cambios que se dan en el conjunto de oportunidades»⁵¹.

En este entrelazamiento, los organismos se convierten en los agentes más importantes del cambio institucional, pues como jugadores que son, asumen las reglas de juego con diferentes estrategias en un escenario acotado por limitaciones institucionales (formales e informales), y por limitaciones de otro orden, como la tecnología, el ingreso y las preferencias. Las limitaciones formales son las reglas políticas y judiciales, las reglas económicas y los contratos.

⁴⁹ Douglass North, Ob. Cit., (1995), p. 13.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 99 y 15.

⁵¹ *Ibid.*, p. 19. La definición de cambio institucional ha sido tomada de la página 110. Véase también el artículo citado de Susana Valdivieso páginas 163 -164.

Las reglas informales (la cultura), son los códigos de conducta, las normas de comportamiento y las convenciones que rigen la interacción cotidiana, en el ámbito laboral, en las relaciones sociales, familiares o en el mundo de los negocios⁵². En este marco, North destaca la importancia de la experiencia, del conocimiento (tanto del comunicable o que se puede transmitir de una persona a otra, como del tácito o derivado de la práctica), de las destrezas y del aprendizaje en la forma como los miembros de una organización diseñan sus tácticas de juego.

Al definir North las instituciones como las limitaciones ideadas por el hombre para la interacción humana y para el intercambio político, social, económico o cultural, abre dos opciones de diálogo. La primera, comprende la posibilidad de comunicación del neoinstitucionalismo y particularmente de la economía con otras ciencias sociales y humanas. La segunda, permite que diferentes disciplinas de las ciencias sociales y humanas establezcan diálogos entre sí a partir del neoinstitucionalismo. El diálogo entre historiadores, economistas y juristas se inscribe en esta segunda opción. En las dos alternativas el cambio institucional se abordaría mediante estudios interdisciplinarios, pluridisciplinarios y transdisciplinarios.

El problema a debatir es la factibilidad de apropiarse del modelo de North en el contexto colombiano. ¿Cómo discutir la propuesta neoinstitucionalista: adecuarla, amalgamarla, recrearla e impugnarla para abordar el estudio de la crisis de la sociedad colombiana y facilitar de paso el diálogo entre historiadores, economistas y juristas? Si se logra una apropiación fecunda y estas disciplinas dialogan entre sí, los planteamientos de North empezarían a ser trascendidos, pues se desplazarían desde la economía hacia zonas fronterizas. Paradójicamente, el éxito de esta propuesta depende de los cambios institucionales que se puedan efectuar dentro de cada disciplina. Estos cambios deben originar un corrimiento de los féreos núcleos disciplinarios de la historiografía, el derecho y la economía hacia las zonas periféricas de cada una de ellas. Es en estas zonas donde efectivamente pueden contactarse y estructurar intercambios simétricos, conversar.

En Colombia el único intento de reflexionar desde el modelo de North es la obra de Salomón Kalmanovitz, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*⁵³. El cuerpo de la obra está constituido por un prólogo y ocho capítulos. En el primer capítulo, Kalmanovitz presenta teóricamente el neoinstitucionalismo y lo diferencia del institucionalismo de viejo cuño. En el segundo capítulo, aborda los aportes de Douglass North a la historia económica. Para ello reseña el problema clásico estudiado por North, «por qué del fuerte y sostenido crecimiento económico de los Estados Unidos y su alto nivel

⁵² Para una explicación más amplia véase, Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, capítulos V, VI.

⁵³ Bogotá, Editorial Norma, 2001.

de vida en comparación con el resto del mundo»⁵⁴; desarrolla las variables utilizadas por el economista norteamericano para sustentar su respuesta⁵⁵ y finaliza con algunas de las críticas a las propuestas de la historia económica neoinstitucional.

En los seis capítulos restantes Kalmanovitz acomete el estudio del caso colombiano. Cada uno de estos capítulos representa el acercamiento a una problemática diferente⁵⁶ todas ellas «relacionadas» con el problema de las instituciones. La lectura no exige un orden específico; cada uno de los capítulos puede ser leído de manera independiente. Esta particularidad define una de las características del libro de Kalmanovitz: una «compilación» de ensayos redactados en los últimos años que no son el resultado de una investigación sistemática sobre el problema de las instituciones en la sociedad colombiana. En este sentido, la obra puede ser definida como una reflexión preliminar sobre dichas problemáticas.

Kalmanovitz recibe la propuesta de North, la hace suya desde una perspectiva disciplinar, la economía, sin establecer diálogos con la historiografía, con el derecho y con otras ciencias sociales y humanas. Tampoco realiza una reflexión referente a las bondades y a las limitaciones del neoinstitucionalismo para el análisis del caso colombiano; simplemente acepta los planteamientos de North sin adecuarlos, sin amalgamarlos y sin matizarlos.

Para Kalmanovitz, los problemas enfrentados por la sociedad colombiana están relacionados con los arreglos institucionales existentes; tales arreglos tienen que ser modificados para superar los factores de la crisis. La mejor alternativa es la construcción de una serie de instituciones que permitan el regreso al liberalismo político; un retorno con:

cierto grado de intervencionismo económico como la salida normal que propicia una rápida acumulación de capital y permite obtener, en forma gradual, una mayor equidad junto con las libertades políticas que pueden y deben ganar crecientes proporciones de la población de los países pobres como Colombia.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 51.

⁵⁵ Según Kalmanovitz, para North la diferencia está dada por las instituciones; son estas las que explican que «unas sociedades hagan gala de una alta productividad, de eficiencia, de ahorro financiero y de inversión frente a bajas productividades con que se emplean el trabajo, la tierra y el capital y la ineficiencia con que se asignan y explotan en los países subdesarrollados», p. 51.

⁵⁶ El capítulo tres está dedicado a «Las Instituciones colombianas en el siglo XX», el capítulo cuatro a «Las instituciones, la ley y el desarrollo económico en Colombia», en el que incluye un apéndice titulado «Las consecuencias económicas de la Corte Constitucional». En el capítulo cinco aborda el problema del «Neoliberalismo e intervencionismo: sus fuentes y razones», en el capítulo seis estudia «El modelo antiliberal colombiano», en el siete el «Programa económico de las Farc» y finaliza con «La Política fiscal colombiana en un contexto histórico».

Valores como la posibilidad del pleno desarrollo del individuo sin atropellar los derechos de los demás, del respeto a su ámbito privado en materia religiosa y sexual, de la solución política de los conflictos de interés, de construir instituciones que hagan imposible el despotismo, de una tributación progresiva y justa que financie la educación y la salud de todos⁵⁷.

Es precisamente en este punto donde Kalmanovitz no logra integrar el neoinstitucionalismo a su reflexión. Los seis ensayos que integran el centro de su obra son redactados en una perspectiva de futuro, asociada al liberalismo político en calidad de alternativa para superar la crisis de la sociedad colombiana. Al quedar la obra de Kalmanovitz circunscrita a una recepción somera y disciplinar de North, el diálogo entre historiadores, economistas y juristas sigue abierto a nuevas opciones. Una de ellas es realizar una *apropiación* de North, en el sentido que en este artículo se atribuye al término. Esta tarea solo es posible mediante el planteamiento de problemas de investigación en el corto y en el largo plazo. En esta perspectiva, el problema que se ha de discutir es, si las «instituciones son las reglas de juego de una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana»⁵⁸, ¿por qué los arreglos institucionales ideados por la sociedad colombiana han devenido en una crisis en el ámbito ético, social, económico, cultural y político? Es importante recalcar que lo «novedoso» de apropiarse del neoinstitucionalismo para abordar este problema no es sólo el análisis de la crisis de la sociedad colombiana desde las instituciones; lo «nuevo» es también la posibilidad de acometer esta empresa de manera pluridisciplinar, de manera que permita la comunicación activa entre la historiografía, la economía y el derecho.

Un análisis centrado en las instituciones y en un diálogo pluridisciplinar supone que no se debe desdibujar el objeto de estudio de cada una de las disciplinas participantes. En el caso de la historiografía, definida como un ejercicio intelectual que permite interpretar y explicar en términos de cambio social los procesos sociales que han ocurrido en el tiempo, el análisis de las instituciones, del proceso de estructuración de las reglas de juego se debe concentrar en los siglos XIX y XX⁵⁹, específicamente en el proceso de construcción del Estado-nación. Esta tarea exige explicar en el tiempo largo el entramado, funcionamiento y cambio de las instituciones: de las reglas

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 13.

⁵⁸ Douglass North, *Ob. Cit.*, (1995), p. 13.

⁵⁹ Este periodización no opera como una camisa de fuerza, es posible y eso depende de cada investigador, remontarse hasta el periodo colonial.

de juego o limitaciones creadas por los «colombianos» para interactuar, dando prioridad a los *organismos* (en el sentido que el término tiene en North) y a sus estrategias de juego, enmarcadas en un contexto de limitaciones formales e informales.

¿Cuáles son los organismos más importantes para abordar el estudio de las instituciones colombianas durante los siglos XIX y XX? ¿Qué reglas de juego construyeron los organismos que estructuraban la sociedad colombiana de los siglos XIX y XX? ¿Cuáles fueron los marcos de limitaciones formales e informales en los que actuaron los organismos y se especificaron las reglas de juego de la sociedad colombiana durante los siglos XIX y XX? ¿Cuáles son las relaciones de continuidad y de ruptura de las instituciones y de los organismos de la sociedad colombiana de los siglos XIX y XX? ¿Qué conflictos se suscitaron durante la estructuración de los arreglos institucionales de la sociedad colombiana de los siglos XIX y XX? ¿Cuál fue la respuesta de los sectores subalternos ante los arreglos institucionales derivados de los proyectos de construcción del Estado-nación en Colombia durante los siglos XIX y XX? Las preguntas se pueden multiplicar al infinito, pero es importante resaltar que la historiografía colombiana presenta vacíos para abordar muchas de las variables del modelo neoinstitucionalista. Estos vacíos se convierten momentáneamente en un obstáculo insalvable para la recepción y apropiación modelo de North; al menos, aplaza una decisión sobre su pertinencia para abordar el caso colombiano hasta la presentación de resultados formales de investigaciones orientadas con sus supuestos conceptuales.

En el caso de la economía y como se reseñó arriba, la propuesta de North obliga a incorporar a la explicación la dimensión temporal. A dilucidar el entramado y el desempeño económico de la sociedad colombiana durante los siglos XIX y XX a partir de los cambios demográficos, el crecimiento en el stock de conocimientos y las instituciones. Para poder abordar el estudio de las instituciones el diálogo de la economía con la historiografía tiene que complementarse con el derecho, la política y la antropología, pues es necesario explicarlas desde una teoría de los derechos de propiedad, una teoría del Estado y desde una teoría que explique cómo las diferentes percepciones de la realidad influyen en la reacción de los individuos ante el cambio de condiciones objetivas.

El estudio de la construcción del Estado-nación y la definición de los derechos de propiedad durante los siglos XIX y XX nos conduce a introducir el derecho en la reflexión sobre estas problemáticas. Como en el caso de la historiografía, el aporte de los juristas al modelo neoinstitucionalista debe tener en cuenta que las instituciones son reglas de juego ideadas por el hombre para regular la interacción humana, y que el derecho encarna una de las formas de regulación. Pero esta forma no es neutra, dado que, el

cambio institucional es fruto del juego desarrollado por los *organismos* en la búsqueda de sus objetivos. Por estas razones, el derecho tiene que ser definido en calidad de:

discurso que se aplica en un espacio en el cual tienen lugar múltiples relaciones de poder, de las cuales él mismo hace parte; se puede ver cómo muchas de las decisiones que se toman dentro de una comunidad jurídica responden a un juego inteligente en aras del fortalecimiento de ciertos intereses y en el que se combinan la más benéfica relación entre textos eficaces e ineficaces, sin que ello pueda ser explicado con base en la dificultad de las materias tratadas o en la ineptitud de los aplicadores⁶⁰.

Como discurso inserto en un entramado de poder, el problema del derecho en la propuesta neoinstitucionalista no puede reducirse al estudio de la norma. Hay que abordarlo como una «práctica» que conduce al estudio de las «disputas por la apropiación del sentido del derecho que tuvieron lugar durante la creación de la norma (...) En estas circunstancias, el descubrimiento de las relaciones de poder que se transmiten a través de los enunciados jurídicos debe partir del estudio de la puesta en obra de las normas»⁶¹. En consecuencia, la «eficacia» o «ineficacia» del derecho solamente puede explicarse como un juego de poder: «el asunto no es que el derecho choque con la realidad que se resiste al cambio y por esa razón resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del derecho, el cual persigue por sí mismo la ineficacia»⁶².

Esta concepción del derecho cambia la perspectiva de análisis. El problema es dilucidar los juegos de poder desarrollados por los diferentes organismos, analizar las reglas de juego resultantes de estos juegos y auscultar los arreglos institucionales que progresivamente urdieron la crisis que atraviesa la sociedad colombiana. Por consiguiente, un estudio desde el neoinstitucionalismo obliga a un nuevo examen de las diferentes constituciones, códigos y leyes que han regido la interacción social entre los colombianos durante los siglos XIX y XX y quizás desde el periodo colonial. Asimismo, no podemos olvidar la existencia de otros derechos; derechos que han sido enmascarados por el orden social dominante o, mejor, por los arreglos institucionales que salieron triunfantes o dominantes en el juego de relaciones de poder.

⁶⁰ Mauricio García Villegas, *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993, p. 80.

⁶¹ *Ibid.*, p. 81.

⁶² *Ibid.*, p. 82.

Finalmente, las anotaciones precedentes hacen viable la apropiación de la propuesta de Douglass North para analizar la crisis de la sociedad colombiana, pero es preciso insistir en que la única manera para determinar la pertinencia real del neoinstitucionalismo es la realización de investigaciones de largo plazo. Con seguridad, para abordar muchas de las variables que exige el estudio de las instituciones es necesario contar con el concurso activo de las ciencias sociales y del derecho. Esta necesidad abriría la posibilidad de un diálogo fructífero entre historiadores, economistas, juristas, antropólogos, politólogos y sociólogos entre otros. Lo problemático es lograr en el marco del actual modelo universitario colombiano la estructuración de programas de investigación conjuntos, que permitan el intercambio fructífero entre estas disciplinas. Sin embargo, soñar no cuesta nada. Para soñar bien en vista del futuro, convendría tener en cuenta esta palabras de Eric Hobsbawm, que completan las del epígrafe:

Nosotros no sabemos a dónde vamos a ir. Lo único que sabemos es que la historia nos ha traído hasta este punto (...) Sin embargo, algo es claro: si la humanidad va a tener un futuro reconocible, éste no será por la prolongación del pasado o del presente. Si tratamos de construir el tercer milenio sobre estas bases fracasaremos. Y el precio de este fracaso, o lo que es lo mismo, la alternativa a una sociedad transformada, es la oscuridad.

CONSTITUCIÓN Y ECONOMÍA¹

HELENA ALVIAR GARCÍA

This paper analyzes the relationship, in Colombia, between law and modernization until 1945, and, since then, between law and economic development. This last phase saw a transformation from an instrumental conception of law to an understanding of law as a state mechanism used to fulfil the goals of classical liberalism. It is from this perspective that the 1991 Constitution came to be seen as a source of institutions that block economic growth. This severely complicates the possibility of a dialogue between economists and lawyers, which cannot ignore the aims of development, nor can it ignore the conditions that a model of ideal liberal institutions imposes.

Esta presentación se enmarca dentro de un debate mucho más amplio y antiguo que se refiere a la relación entre el derecho y la modernización en un primer término y, a partir de 1945, a la relación entre derecho y desarrollo económico. Esta relación entendida en su sentido más amplio, en Colombia ha ido evolucionando desde la predominancia del derecho (teniendo la economía un papel secundario), pasando por una interpretación instrumental del derecho (entendiéndolo al servicio del desarrollo económico), a las aproximaciones teóricas más recientes que entienden el derecho como un obstáculo al desarrollo y que analizan la legislación, su creación, efectos y adjudicación judicial a través del uso de herramientas económicas. Este último enfoque implica una pérdida del espacio de discusión teórica jurídica y la colonización del debate por temas técnico-económicos. De esta manera, el marco de discusión se plantea en términos del análisis histórico y comparado del conjunto de instituciones que promueven y aseguran la asignación de recursos a través del mercado (el mecanismo idóneo y eficiente para la distribución) y cuyo efecto es un mejor desempeño económico. Como consecuencia, los conceptos relevantes son la

¹ Esta ponencia fue leída en el Foro sobre *Constitución económica de Colombia*, en marzo de 2002, en la Universidad Icesi.

libertad económica, la libertad de empresa, la libre competencia y el desarrollo de instrumentos que fortalezcan la seguridad jurídica y protejan la propiedad privada. En la medida en que estos temas ganan terreno (con la inevitable consecuencia de excluir del debate a quienes no son expertos), otros van perdiendo relevancia. De esta manera, temas tales como la estructura del orden político, los límites e ideales de la justicia social, la intervención del Estado en la economía y los instrumentos para proteger los derechos económicos y sociales se vuelven conceptos marginales o, para ponerlo en términos de un neo-institucionalista colombiano, son 'frenos al alcance de las reformas liberales contenidas en la constitución'.²

Esta ponencia tiene como objetivo hacer un análisis histórico y comparado de los términos en los cuales ha evolucionado esta relación para demostrar que aún existen temas fundamentales que el derecho debe definir (por ejemplo, individualismo vs solidaridad, egoísmo vs altruismo, intervencionismo o no para la redistribución). Esta definición debe hacerse por cierto a partir de un diálogo con la economía; sin embargo, como abogados no debemos abandonar el espacio de discusión jurídica en aras de argumentos técnico-económicos: debemos tener la convicción que el derecho aún tiene mucho que aportar al debate y que solamente de un intercambio serio y profundo entre las dos disciplinas, entre los objetivos de desempeño económico y los objetivos de justicia social podremos promover intervenciones encaminadas a impulsar el bienestar de la mayoría de la población colombiana.

1. Aspectos históricos de la relación entre derecho y desarrollo

El concepto claro, concreto y definido de desarrollo económico se empezó a discutir, nacional e internacionalmente a partir de 1945³. Antes de 1945 existían diversas concepciones relacionadas con el tema del progreso en términos económicos. En su sentido más amplio, la búsqueda de la modernización, entendida como el conjunto de factores políticos, culturales y económicos que definen un país como moderno.

¿Qué se entiende, entonces, por lo 'moderno'? En primer lugar, puede entenderse como el propósito de distinguir el presente cristiano, del pasado pagano que caracterizó a los romanos. De esta manera, el vocablo expresa la conciencia de una época que se relaciona de una manera específica con el pasado y se ve a sí misma en movimiento, pasando de lo antiguo a lo nuevo. La idea de ser 'moderno' también se refiere a una ruptura con la idea de volver a los clásicos (considerados

² Kalmanovitz, Salomón, «Constitución y Modelo Económico» en *El Debate a la Constitución*, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002, p.141.

³ Arndt, H.W., *Economic Development, The History of an Idea*, 1987, University of Chicago Press, pp. 9-49.

durante algún tiempo y por algunos, fuente única de conocimiento) e implica una visión lineal de la historia que mira hacia el futuro, con una fe absoluta en el progreso del conocimiento hacia un perfeccionamiento social y moral.

Pero el proyecto modernizador fue formulado concretamente durante el siglo XVIII por los filósofos de la Ilustración y consiste en un esfuerzo por desarrollar los elementos característicos de una ciencia objetiva así como una serie de conceptos universales acerca de la moral y la ley. Cada una de esas áreas se consideraba como una unidad epistemológica coherente, delimitada por una lógica interna. Esta concepción de lo 'moderno' fue promovida o facilitada por tres revoluciones. Una revolución económica caracterizada por la consolidación del sistema capitalista y la producción industrial, una revolución política que introdujo las ideas del Estado liberal, democrático, moderno y una revolución cultural que secularizó la educación y la transmisión de valores culturales⁴.

De esta manera, la revolución económica es uno de los elementos de la modernización y como tal es el antecedente al concepto de desarrollo económico a nivel académico nacional e internacional. Esta modernización económica se refiere a la acumulación de capital para la industrialización. Miguel Urrutia la describe en los siguientes términos para el caso colombiano.

Aunque en historia económica es muy difícil identificar en cualquier país el momento en que se inicia el desarrollo económico moderno, en el caso colombiano la década de los veinte se puede identificar como el momento en que se acelera perceptiblemente la formación de capital y la tasa de crecimiento en el ingreso per capita.

⁴ Ver Melo, Jorge Orlando, «Algunas Consideraciones Globales Sobre Modernidad y Modernización» en *Colombia: El Despertar de la Modernidad*, Fernando Viviescas y Fabio Giraldo (compiladores), Carvajal 1991, pp.231-232. Jorge Orlando Melo describe en mayor detalle estas revoluciones de la siguiente manera: En primer lugar la revolución económica, que generó por primera vez un sistema productivo en proceso continuo de crecimiento, capaz de sostener un aumento permanente y no cíclico de la población. Los elementos centrales de este proceso fueron el establecimiento del capitalismo, la vinculación estrecha entre el desarrollo tecnológico y el proceso económico, la creación de la industria fabril, la creciente utilización tecnológica de los conocimientos científicos y el surgimiento de una economía basada en el mercado de trabajo asalariado y en la propiedad privada de la tierra y los recursos productivos. En segundo lugar una revolución política que configuró los estados nacionales modernos, con un Estado con pretensiones de soberanía vinculado a una ciudadanía abstracta como fundamento de esa soberanía. En tercer lugar, se produjo una revolución cultural de grandes consecuencias. Entre el siglo XVI y el siglo XX se ha efectuado un paulatino desplazamiento de las formas de comunicación social. El papel de la Iglesia y de la familia en la transmisión de la tradición cedió ante la importancia creciente del sistema escolar formal, y en la medida en que se expandió la alfabetización, ante el surgimiento de la industria cultural.

En esa época surge la industria moderna, y se comienza a crear un mercado nacional a través de la inversión en una infraestructura de transporte⁵.

Sin embargo, la costumbre de llamar a este conjunto de factores ‘desarrollo económico’ y el propósito de promoverlos para los países del Tercer Mundo, surgieron a partir de 1945. H.W. Arndt, en su libro *Desarrollo económico: la historia de una idea*, lo explica de la siguiente manera.

Las razones por las cuales el desarrollo económico de las naciones menos desarrolladas, que apenas había merecido atención al final de la Primera Guerra Mundial, fue universalmente considerada como una política nacional e internacional fundamental al final de la Segunda Guerra Mundial, no son difíciles de identificar. La guerra había cambiado el balance mundial de poder. Los antiguos poderes imperialistas surgieron debilitados de la guerra y los movimientos de independencia nacional fortalecidos. El incremento del poder de la Unión Soviética y el correspondiente aumento de la influencia comunista le dio a los países subdesarrollados el rango de países del Tercer Mundo, progresivamente capaces de tomar ventajas de la Guerra Fría entre los dos poderes y presionar por sus demandas. En Occidente, estas exigencias de poder se complementaron con el compromiso de la opinión pública a los principios liberales y humanitarios que encontraban el poder colonial y el desequilibrio entre los países pobres y ricos inaceptable⁶.

180 Aunque el concepto no se había definido como proceso único y autónomo, existen antecedentes económicos, sociales, políticos y jurídicos que abrieron el camino a la creación del campo de conocimiento correspondiente al desarrollo económico. El momento a partir del cual se vinculó el proceso de modernización con la normatividad jurídica es incierto. Lo que es seguro es que esta interacción entre el derecho y el desarrollo comenzó mucho antes de 1945 y su proceso de estructuración nacional fue alimentado por diversos debates teóricos europeos. Jorge Orlando Melo describe así este proceso de estructuración en Colombia:

Los primeros esbozos de una ideología modernizadora se presentaron en la elite criolla neogranadina de la segunda mitad del siglo XVIII.

⁵ Urrutia, Miguel, «La Creación de las Condiciones Iniciales para el Desarrollo: El Café» en 50 *Años de Desarrollo Colombiano*, La Carreta, 1979, p. 38.

⁶ Arndt, H.W., ob.cit., p.50.

Su percepción del atraso hispánico, y del atraso adicional en el que estaba nuestro territorio, estuvo vinculada desde el comienzo a la adopción de un pensamiento protoliberal, cercano al liberalismo europeo. El desarrollo de una economía capitalista, la igualdad legal de la población, la expansión de la educación, la ampliación de las oportunidades de dirección administrativa para los criollos...

Para 1850 este proyecto modernizador hacía parte del ideario fundamental de los grupos dirigentes del país, y sus defensores podían alegar que al menos en el plano político se encontraba muy avanzado, en la medida en que se había creado un estado independiente, cuyo sistema institucional se basaba en principios constitucionales y jurídicos similares a los de las más avanzadas naciones de Europa: legislación escrita, separación de poderes, funcionarios electivos mediante un sistema electoral limitado, derecho civil y derecho penal tomado de Francia⁷.

Ahora, este proyecto modernizador sufrió adaptaciones y reveses al debatirse en el contexto colombiano. Dos pensadores fundamentales del siglo XIX- Miguel Antonio Caro y Rafael Núñez (conservadores)- hicieron esfuerzos para adaptar la teoría liberal clásica, desde su perspectiva, a las condiciones colombianas. En este orden de ideas, es importante establecer cuáles eran las diferencias entre liberales y conservadores en el siglo XIX.

Ambos (miembros de los partidos liberal y conservador) eran librecambistas y con mayor o menor fuerza aprobaban la idea de la división internacional del trabajo que atribuía a los países latinoamericanos el papel de productores de materias primas agrícolas y mineras y el de consumidores de manufacturas baratas producidas por las metrópolis industriales...Sin embargo desde los orígenes de la República hubo en el seno de la clase dirigente discrepancias en materias religiosas y educativas suficientes para alimentar violentos conflictos. Hacia 1850 los liberales colombianos siguiendo las huellas de los europeos eran partidarios de la separación de la Iglesia y el estado, de la libertad de cultos, de la educación laica y de la no intromisión de la Iglesia en la política y de la reducción del poder económico que le daba su carácter de propietaria de tierras y beneficiaria de capitales dados a censo. Los conservadores por su parte defendían la unión

⁷ Jorge Orlando Melo, Algunas consideraciones globales sobre modernidad y modernización en Fernando Viviescas y Fabio Giraldo (compiladores), *Colombia: El Despertar de la Modernidad*, Carvajal (1991), pp. 231 y 232.

íntima de las dos potestades, hasta llegar a una posición rectora de la Iglesia frente al poder civil y considerar la religión católica como elemento básico del orden social...⁸

Estas ideas conservadoras en cuanto a temas económicos se centran en una crítica a la economía libre y una convicción de que el Estado debía dar soluciones a los problemas sociales y económicos del pueblo. Tanto Caro como Núñez, fueron defensores de un Estado fuerte, centralizado y eficaz en sus funciones jurídicas y económicas, con fuertes limitaciones a los derechos individuales en beneficio de la sociedad.⁹ Sus ideas fueron luego traducidas en la Constitución de 1886 que consagró un Estado centralizado, autoritario y caracterizado por una aceptación del papel dominante de la iglesia, el autoritarismo presidencial y la limitación de los derechos individuales¹⁰. Al mismo tiempo, los constituyentes de ese momento no consideraron que los temas económicos debían tener capítulos o artículos exclusivos y optaron porque los temas económicos se manejaran por medio de leyes. Los temas económicos se encontraban dispersos por todo el ordenamiento, no se consagró el principio liberal de la libertad económica; la existencia de la libertad de empresa se infería interpretando el contenido y alcance del artículo 39 sobre libertad de trabajo¹¹ y el derecho de propiedad se encontraba consagrado en el artículo 32.

La primera reforma que abre el paso para un diálogo entre los objetivos de modernización económica y el derecho es la reforma constitucional de 1936. En esa época existía la convicción entre los miembros progresistas del partido liberal de que se necesitaba transformar el contenido político de las directrices del partido por dos razones fundamentales, en primer término para poner fin al escalamiento en los conflictos sociales y en segundo lugar para obtener los votos de los trabajadores urbanos y rurales. Una vez el ala progresista del partido liberal estuvo en el poder, necesitaba moldear este cambio ideológico en términos constitucionales y legales. Como consecuencia, en 1934, el Ministro del Interior Darío Echandía, presentó una reforma constitucional cuya justificación se encontraba en su deseo de apartarse del individualismo consagrado en la Constitución de 1886 y reemplazarlo por un concepto de solidaridad, más acorde con la realidad social, económica y política de

⁸ Jaramillo Uribe, Jaime, «Etapas y Sentido de la Historia Colombiana» en *Colombia Hoy*, Siglo XXI editores, 1990, p. 39.

⁹ Jaramillo Uribe, Jaime, *El Pensamiento Colombiano en el Siglo XIX*, Temis, 1982, p. 261-273.

¹⁰ Melo, Jorge Orlando, «La República Conservadora (1880-1930)» en *Colombia Hoy*, Siglo XXI editores, p.61.

¹¹ Perry Rubio, Guillermo, «Estado y Sector Privado en la Constitución de 1991» en *Constitución Económica Colombiana*, El Navegante Editores, 1996, pp. 123-143.

un país que estaba sufriendo los efectos extremos del sistema capitalista¹². Darío Echandía mismo resumiría los objetivos de la reforma:

Como véis, honorables Representantes, el proyecto sustituye la concepción excesivamente individualista de los derechos privados que caracteriza la Constitución actual, por otra que considera que el derecho individual debe ejercitarse como una función social y debe tener como límite la conveniencia pública. El derecho privado como función social por oposición al derecho privado absoluto: tal es la última razón del proyecto que el Gobierno somete a vuestra consideración.¹³

Esta incorporación de la función social de los derechos tiene importantes consecuencias en el derecho constitucional colombiano debido a que transforma las actividades y objetivos del Estado y al mismo tiempo establece nuevas limitaciones al derecho de propiedad. En cuanto a la función del Estado, ésta no sólo se debe limitar a proteger a los individuos y sus derechos individuales, sino que debe regular la economía para crear los servicios públicos que permitan el ejercicio plenas de las actividades sociales. En cuanto a la propiedad establece claramente que tiene una función social. De esta manera, los artículos reformados decían lo siguiente:

Art. 10 - Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social. *La propiedad es una función social que implica obligaciones.*

Art. 11-El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas o privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a la que tiene derecho.

Parágrafo. Las leyes que se dicten en ejercicio de la facultad que otorga este artículo requieren para su aprobación el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.¹⁴

¹² Alviar García, Helena, «Leon Duguit and the 1936 Colombian Constitutional Reform», Trabajo presentado en *Harvard Law School*, 8 de diciembre del 2001.

¹³ Darío Echandía citado por Tirado Mejía, Alvaro y Velásquez, Magdalena, *La Reforma Constitucional de 1936*, p. 162.

En este momento es importante hacer una pausa para reflexionar acerca de las características fundamentales de esta reforma para los objetivos generales de esta exposición. Aunque no se habla de desarrollo económico como lo hará en su momento la reforma del 68, es interesante ver que se tenía plena confianza en que, al cambiar el fundamento ideológico de la Constitución, se estaría ejerciendo una influencia clara y directa sobre la función del Estado y el régimen de propiedad. En este sentido, al hacerse esta transformación del Estado, los argumentos económicos encajarían dentro de esta nueva concepción y por lo tanto eran secundarios en la reforma.

A partir de 1945 a nivel internacional, y a nivel nacional concretamente con la reforma de 1968, esta relación entre derecho y desarrollo empezó a transformarse. De esta manera, en la reforma de 1968, se empieza a delimitar el debate jurídico a través de los objetivos de desarrollo económico y a mirar el derecho como instrumento para promover el desarrollo. Se podría decir que esta vinculación con objetivos de desarrollo económico, comienza a des-humanizar el debate jurídico, que empezará a ser planteado más y más en términos técnico-económicos y menos en relación con el individuo o la sociedad. La siguiente cita, tomada de un informe de la Presidencia de la República a través del cual se justificaba la reforma, ilustra esto.

En este orden de ideas, el tránsito del Estado gendarme al Estado para el desarrollo, impone también la sustitución de la mentalidad arcaica para la política por un espíritu y una inteligencia dinámicos y audaces. No se le oculta al autor de este informe que cuando en Colombia se alude a una mayor dotación de facultades o poderes constitucionales al órgano ejecutivo una inmediata reacción de desconfianza y temor pone en estado de alerta a la clase política y a la opinión pública¹⁵.

184

Para el tema que nos interesa, la reforma le dio al Ejecutivo la iniciativa legislativa en materias como normas orgánicas del presupuesto, planes y programas de desarrollo, planes de obras públicas, inversiones públicas y participaciones en las rentas nacionales. Estableciendo de esta manera que el ejecutivo podía canalizar mejor la relación entre los objetivos técnico-económicos y la intervención por medio de la regulación:

La vida actual es tan compleja que, de un lado, muchos problemas de la vida social deben recibir una reglamentación administrativa y no legislativa, y, por otra parte, es el Ejecutivo quien juega predo-

¹⁴ Tirado Mejía, Alvaro y otra, ob.cit., pp. 137 y 139.

¹⁵ Presidencia de la República, *Historia de la Reforma Constitucional de 1968*, Bogotá, Imprenta Nacional 1969, p. 77.

minantemente el papel en el procedimiento legislativo. Para preparar una ley es preciso tener muchos especialistas y contar con la competencia técnica de un gran número de sabios, de técnicos, de administradores, de funcionarios etc.¹⁶

La primera materia que, que por lo tanto, será necesario estudiar es la concerniente a la distribución de competencias entre el Congreso y el ejecutivo. El punto presenta especial importancia porque desde las reformas constitucionales de 1936 y 1945 que contemplaron la intervención estatal en la economía e introdujeron en la carta el concepto del plan, ha avanzado considerablemente la técnica de la planeación y de los medios para ejecutar los planes de desarrollo. Quizá en ningún otro campo se presenta una desproporción más grande entre el progreso de las técnicas económicas y la imperfección de los instrumentos político jurídicos¹⁷.

Internacionalmente, en esta misma época se formó el movimiento de académicos norteamericanos interesados por el *law and development*, derecho y desarrollo. Para este grupo de académicos, la configuración de un determinado sistema legal (el sistema legal liberal) promovería la industrialización y consolidación del sistema capitalista por un lado y fortalecería la modernización política por otro. Este concepto era la aplicación de la interpretación de Max Weber respecto de las condiciones que permitieron la industrialización en Europa, a los países subdesarrollados. Weber desarrolló esta idea en *Economía y Sociedad*. El académico de la escuela de derecho y desarrollo, David Trubek, resume esta relación:

El evento que trató de explicar Weber fue la razón por la cual el sistema moderno de capitalismo industrial surgió en Europa y no en otras partes del mundo. Weber consideraba que el derecho había jugado un papel esencial en el recuento. La ley europea contenía unas características únicas, diferentes de los sistemas jurídicos de otras civilizaciones, que facilitaron el surgimiento del capitalismo¹⁸.

Durante la década de los noventa, debido en gran parte al resurgimiento de la función del Estado gendarme concebido por el liberalismo clásico -el neoliberalismo- la relación entre derecho y el desarrollo se transformó, y empezó a entenderse el

¹⁶ Presidencia de la República, ob.cit., pag. 13.

¹⁷ Presidencia de la República, ob.cit., pag. 13.

¹⁸ Trubek, David, «Max Weber on Law and The Rise of Capitalism», *Wisconsin Law Review*, 1972, p. 721.

derecho como un impedimento. Esta idea tomó fuerza a partir de un documento publicado en 1983 por el Banco Mundial en el que se establecía cómo algunas políticas gubernamentales (controles sobre el comercio exterior, control cambiario y subsidios) creaban distorsiones en el mercado que impedían el correcto funcionamiento del mismo y como consecuencia impedían el crecimiento económico¹⁹.

2. Diversas interpretaciones sobre los aspectos económicos de la Constitución de 1991

En líneas generales, la Constitución de 1991 mantuvo el equilibrio (presente desde 1936 en el constitucionalismo colombiano) entre los derechos de propiedad privada y libertad económica con la función social de la propiedad y la intervención del Estado en la economía. Para los miembros del partido liberal, este equilibrio es deseable para un país como Colombia. Esta opinión es clara en la siguiente cita de la Declaración expedida por los constituyentes liberales:

Buscaremos fortalecer y hacer eficaz la libre competencia económica, a tiempo que procuraremos un Estado capaz de dirigir la economía en beneficio de toda la sociedad. Nos proponemos sentar las bases para la construcción de un Estado y una sociedad modernos y justos, 'con tanto mercado como sea posible y con tanta intervención como sea necesaria'.²⁰

Recientemente, sin embargo, como lo dije al comienzo, se ha generalizado una interpretación neo-institucionalista de la Constitución, que se enmarca dentro del análisis económico del derecho; es decir, dentro del uso de herramientas económicas para analizar la formación, estructura, procesos jurídicos, el impacto económico de la ley y las instituciones legales²¹. De acuerdo con esta interpretación, la fórmula para lograr el desarrollo económico sería una en la que el Estado se encargue exclusivamente de promover la libertad económica para estimular el intercambio mercantil, proteja los derechos de propiedad privada, establezca reglas para la regulación de los mercados y provea de seguridad y justicia. Claramente, la idea liberal clásica de las funciones del Estado. En este orden de ideas, las instituciones que se van a desarrollar a

¹⁹ Alviar García, Helena, *The Place of Economic Development and Feminist Theory in Legal Transformation*, Tesis Doctoral, Harvard Law School, 2001, pp. 23-25.

²⁰ Perry Rubio, Guillermo, *ob.cit.*, p. 126.

²¹ Kalmanovitz, Salomón, *ob.cit.*

partir de la Constitución de 1991 impiden el desarrollo económico, debido a que existe una incompatibilidad teórica entre el intervencionismo que lleva a la protección de derechos económicos y sociales con el establecimiento y la protección de un orden de mercado. En esta medida, la constitución está mal diseñada pues no establece unívocamente principios liberales y, en cambio, «no se desprendió con firmeza de una concepción paternalista y caritativa del Estado que fue la base moral de la constitución de 1886²²».

Según Kalmanovitz, esta concepción tradicional habría impedido el desarrollo económico en Colombia. Así lo expresa en la evaluación que hace de los 10 años de la Constitución:

La matriz institucional legada por la tradición hispánica le da forma a un Estado que trata a los individuos como niños, que intenta resguardarlos en sus actos y contratos, porque no saben lo que hacen, porque dejados a su arbitrio se harían daño, porque no son libres, porque deben ser guiados continuamente por la sapiencia del Estado iluminado por el amor de Cristo. Esto ha cambiado en buena medida con la modernización del país y su acelerada secularización, pero estas actitudes todavía sobreviven en muchos actos de gobierno y en algunos fallos de los altos magistrados, mientras que muchos ciudadanos se sienten como súbditos carentes de iniciativa y exigen al padre-Estado que satisfaga todas sus necesidades. Las políticas y los fallos paternalistas enfatizan los derechos y descuidan los deberes de los ciudadanos menores de edad. Una concepción democrática debe enfatizar que el poder del Estado depende de la tributación de sus ciudadanos-mayores de edad. Todos deben comprometerse con la comunidad para tributar y construir el Estado.²³

187

Las consecuencias de esta contradicción entre Estado interventor-paternalista y Estado gendarme, en términos de Kalmanovitz, se configuran en la labor de la Corte Constitucional:

Los problemas de la implementación de las directrices contenidas en la constitución fueron los de escoger cuál sería predominante sobre las demás, tarea que se le encomienda a la Corte Constitucional. Algunos magistrados de la primera Corte Constitucional cuyo período culminó en marzo de 2001, debilitaron los

²² *Ibid.*, p. 119

²³ *Ibid.*, p. 121.

elementos liberales contenidos en la ley de la nación y reforzaron los temas introducidos por los sectores socialdemócratas y conservadores...La primera Corte ha interpretado la Constitución de 1991 como dando lugar a un grado de intervención estatal muy alto, que la mayoría de los constituyentes de 1991 no aprobaría.²⁴

Conclusiones

En el diálogo entre el derecho y la modernización económica o el derecho y el desarrollo, tanto abogados como economistas hemos pecado por no entender los argumentos y estructura del análisis hecho por cada una de las disciplinas. En un primer momento, los abogados daban poca importancia a los factores económicos y entendían que estos vendrían como consecuencia de un determinado orden político y social. En un segundo período, en el cual la economía empezó a ganar terreno como campo de conocimiento científico al cual solo accede un grupo de expertos, el derecho empezó a entenderse al servicio del bien mayor, es decir las fórmulas de desarrollo económico. Sin embargo, durante este período, que podríamos relacionar con el Estado intervencionista -no sólo en Colombia sino en América Latina- todavía existía la convicción de que hay temas que deben ser discutidos en términos de ideología política y social y que hay algunas funciones de redistribución que solamente el Estado puede cumplir. A partir de los noventa, la intervención del Estado (Estado entendido en su sentido más amplio, incluyendo los jueces, de acuerdo con el análisis de Kalmanovitz) se ha visto como un obstáculo para el desarrollo. En esta medida, el examen al que se someten las instituciones, es si promueven o no el libre desarrollo del mercado. Como consecuencia, el debate ideológico, teórico, jurídico se mete en una camisa de fuerza que permite solamente la comparación de una situación con un modelo de instituciones liberales ideales.

De esta manera, los economistas consideran que los abogados son ingenuos en temas económicos y los abogados acusan a los economistas de ser insensibles ante los temas sociales y políticos. La manera de resolver este conflicto no es la forma tradicional de los debates, es decir, dándole importancia polémica a cada uno de los polos de la discusión (primero el jurídico y luego el económico). Se hace imprescindible un diálogo entre iguales por parte de quienes ejercen cada una de las dos disciplinas, partiendo de un entendimiento complejo y no superficial de los alcances y de los límites que tiene cada uno de los discursos, con el fin de llegar a acuerdos reales en términos de progreso económico, social y político.

²⁴ Kalmanovitz, Salomón, ob.cit.

DERECHO EMPRESARIAL Y ÉTICA

POR CIERTO, EL DEBATE PÚBLICO CRÍTICO ES UN REQUISITO INEVITABLE DE LA buena política económica y social, puesto que no es posible predeterminar el papel y el alcance que deben tener los mercados sobre la base de una gran fórmula general-o de alguna actitud omnicomprehensiva- que todo quiera ponerlo dentro del mercado o que le niegue todo al mercado. Hasta Adam Smith, firme defensor de los mercados allí donde funcionarían bien (y que negaba el mérito de un *rechazo* general del comercio y del intercambio), no dudó en investigar las circunstancias económicas en las que es razonable proponer particulares restricciones, o los terrenos económicos en los que instituciones no mercantiles serían muy necesarias para complementar lo que los mercados pueden hacer.

Amartya K. Sen,
Development as Freedom,
Cap. V: «Markets, State and Social Opportunity»

Ética e inversión extranjera
Jorge Pinzón Sánchez

La contratación de trabajadores a través de empresas de servicios temporales,
Gerardo Arenas Monsalve

ÉTICA E INVERSIÓN EXTRANJERA¹

JORGE PINZÓN SÁNCHEZ

This paper proposes to use human rights as a reference point with which to measure the behavior of foreign investors. When choosing between the ethical standards of the home and host countries, the paper suggests that investors should favor the most stringent standards, and should evaluate the differences from the perspective of human rights. Ethical judgements in entrepreneurial activity are both possible and relevant, and they motivate economic agents. In fact, free enterprise combines with the ethical expectations of the communities where it exists, and such expectations allow human beings, as ethically responsible subjects, to gauge their conduct. In practice, it is difficult for a country like Colombia to have the moral authority to criticize foreign investors, given the practices of business people, unions, consumers, and other members of society. Nevertheless, foreign investment is part of development, and development must be measured by ethics, as Amartya Sen shows, and by the improvements in freedoms and rights that it brings to developing countries.

Planteamientos introductorios.

Los Derechos Humanos y la apreciación ética de la conducta empresarial

Una reflexión acerca de la ética empresarial y la inversión extranjera puede abordarse desde diversos puntos de vista. En este documento se parte de la base de que la apreciación ética de la conducta de un inversionista extranjero es posible y pertinente, como lo es en general respecto de situaciones

¹ Ponencia presentada en el Segundo Foro de Derechos Humanos e Inversión Ética en Colombia, patrocinado por la Embajada de Canadá, la Cámara de Comercio Colombo-Canadiense y la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 19 de febrero de 2002.

jurídicas, económicas y políticas; y de que para tal propósito los derechos humanos cumplen una función referencial o indicativa que permite ponderar diferentes posturas éticas frente a una misma conducta en particular.

Aunque existen conocidas discusiones acerca de la noción de derechos humanos y de su interpretación y aplicación, máxime si se trata de su utilización en el contexto de una argumentación ética y moral y no jurídica; y aunque es claro que el estatuto mismo de la reflexión ética está abierto a un permanente debate, tales cuestiones no se examinan en este momento. De acuerdo con una reflexión jurídica de Otfried Hoffe, que aquí se toma en un sentido normativo más amplio, de manera que cobije el juicio ético y moral, se considera que:

con la ayuda de la idea de los derechos humanos, pero también con la ayuda de reflexiones teórico - institucionales y otras, es posible fundamentar principios normativos rectores para la justicia económica. Pero estos principios ordenan inmediatamente sólo en una parte reducida un determinado hacer y omitir(...). Son, por una parte, normas básicas de acuerdo con las cuales han de ser percibidas, juzgadas, esbozadas y establecidas las correspondientes relaciones económicas. Por otra parte, no indican cómo ha de llevarse a cabo la realización concreta(...) Por ello es necesario elaborar los principios normativos rectores específicamente para cada ámbito y situación y mediar entre ellos, como así también con las exigencias funcionales del respectivo ámbito concreto².

La tesis que se propone en este escrito consiste en que la legitimidad del aprovechamiento de las oportunidades de negocio que ofrecen los países pobres a los inversionistas de los países ricos, no depende ni única ni principalmente del cumplimiento de las leyes del país receptor de la inversión; y que al ser insuficiente la valoración jurídica de la conducta del inversionista, es posible y deseable formular juicios acerca de la rectitud o incorrección ética de comportamientos empresariales específicos. Como lo ha señalado en nuestro medio Guillermo Hoyos Vásquez, frente a las preguntas centrales de ética empresarial, «no bastaría con responder eufemísticamente con presupuestos sociales para las empresas, que sólo respondieran a expectativas de buen manejo y de gestión empresarial dentro de los límites de lo legal»³.

² Hoffe, Otfried. *Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia*, trad. J. Seña, Ed. Fontamara, México, 2^a. 1997, p.58.

³ Hoyos Vásquez, Guillermo «Epílogo», en Cortina Adela, Conill Jesús, *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*, Fundación Social, Siglo del Hombre, Bogotá, 1998, p. 175.

Aquí no se pretende sustituir la norma jurídica, sino destacar la insuficiencia de la sujeción a la misma y proponer criterios de legitimación ética con apoyo en las razones que suministran los derechos humanos en el plano de una argumentación o discurso racional entre los posibles afectados por una determinada conducta empresarial, en especial cuando dichos derechos no han sido objeto de desarrollos legales en determinadas materias económicas.

Para ello, el punto de referencia básico es el propio de una comunidad respetuosa de los derechos humanos, respeto con base en el cual cualquier comportamiento empresarial legal, no obstante su legalidad, puede ser revisable desde un punto de vista jurídico, específicamente constitucional, en el país receptor de la inversión. No es ése el punto que interesa ahora, sino plantear cómo ese respeto a los derechos humanos también puede servir de guía principal para la argumentación o uso práctico de la razón de la cual depende la apreciación de dicho comportamiento desde un punto de vista ético. Y ello a pesar, o mejor, precisamente ante la inexistencia de una solidaridad global que responda a una dimensión ética y política común⁴ y que permita entablar con base en ella compromisos a favor de un orden económico justo⁵, pues, tal y como lo expresa Jürgen Habermas:

Mientras que la solidaridad de los ciudadanos de un Estado está arraigada en una particular identidad colectiva, la solidaridad cosmopolita debe apoyarse exclusivamente en el universalismo moral expresado en los Derechos Humanos⁶.

El contexto propio del punto de vista del país receptor

Aquí no se examina la cuestión a partir de las expectativas éticas legítimas de un inversionista extranjero acerca de la conducta de los ciudadanos y autoridades públicas del país receptor de la inversión. La óptica escogida corresponde a la del ciudadano de un país receptor teniendo en cuenta el caso específico de Colombia, en el cual resultan relevantes algunas circunstancias, a saber: (a) la pobreza que afecta a gran parte de nuestra población, (b) una altísima criminalidad, en la que el hurto calificado y el homicidio son, respectivamente, el primer y tercer delito de mayor ocurrencia⁷, el secuestro extorsivo y los atentados terroristas contra la infraestructura pública que se han convertido en amenazas particularmente

⁴ Habermas, Jürgen, *La Constelación Postnacional- Ensayos Políticos*, trad. P. Fabra, Ed. Paidós, Barcelona, 2000, p. 141

⁵ Küng, Hans. *Una Ética Mundial para la Economía y la Política*, trad. G. Canal, Ed. Trotta, Madrid, 1999, p. 223

⁶ Habermas, Jürgen, ob.cit. p. 141

⁷ Fiscalía General de la Nación, Informe de Gestión del Fiscal Alfonso Gómez Méndez, 1997-2001, Bogotá, 2001, p.19

nocivas en materia de inversión; (c) el haber sido considerado en 1996 por Transparencia Internacional, entre 54 países, como el décimo tercero de la lista de los más corruptos⁸. Tales situaciones locales deben ser puestas en el contexto de la liberalización de la actividad económica transnacional sin soslayar los enormes contrastes existentes entre pobres y ricos.

La regla de apreciación propuesta.

En este orden de ideas, se plantea aquí que la conducta de un inversionista extranjero debe ajustarse al criterio de corrección que sea más exigente, entre la ética del país del inversionista y la del país receptor de la inversión. Esta versión del sensato principio según el cual «no hagas a otros lo que no te gusta que te hagan a ti», se aparta de la máxima oportunista según la cual «a donde fueres, haz lo que vieres»; y suministra una regla de apreciación utilizable frente a hipótesis concretas en las cuales una misma conducta sea ponderada en forma distinta de acuerdo con los estándares éticos del inversionista y con los del receptor, cualquiera que sea su justificación o fundamentación en la comunidad respectiva, examen en el cual el contraste entre ambos patrones de comportamiento se hace a la luz de juicios y argumentos racionales propios de una comunidad respetuosa de los derechos humanos.

La aplicación de esta regla de «máximos relativos» supone establecer que en cada caso concreto la diferencia entre ambas apreciaciones sea materialmente relevante desde el punto de vista del derecho o derechos humanos involucrados. Implica, además, que el juicio de reproche o corrección de la conducta de un inversionista extranjero por parte de los nacionales del país receptor no puede formularse – ni siquiera con base en los estándares éticos del país del inversionista – si el comportamiento de los empresarios locales merece el mismo o peores reproches; al fin y al cabo, ya desde la Biblia se ha advertido cómo no puede hablarse de la paja en el ojo ajeno sin reparar en la viga que se tiene en el propio.

Insuficiencia de la valoración jurídica y pertinencia de la apreciación ética

Los juicios éticos en materia empresarial no sólo son posibles, sino pertinentes, porque, como lo han resaltado, entre otros, Amartya Sen y Adela Cortina, ningún sistema económico, incluyendo el capitalismo, puede subsistir sin un adecuado sistema de valores, cuyo papel en la motivación de los

⁸ Moody Stuart, George, Feature Service, Página Web del Center For International Private Enterprise.

agentes económicos es relevante⁹. Por esa razón, en la base de legitimación de las empresas el soporte jurídico de la libertad de iniciativa económica de los empresarios se amalgama con las expectativas éticas de la sociedad, de manera que tales normativas están llamadas a reforzarse mutuamente, sin que el déficit coactivo de la ética y de la moral impida criticar desde esa perspectiva las conductas que se ajustan a la ley. Al llevar a cabo esa valoración se apela a pautas de comportamiento compartidas y construidas por los empresarios, que responden a las siguientes características: (a) son respuesta a exigencias y expectativas sociales mínimas no reguladas que involucran la legitimidad de la actividad empresarial más allá de su legalidad, (b) tienen su origen en la moral social y no en la percepción o intuición moral particular, (c) son indispensables en la construcción de la confianza necesaria para la creación y desenvolvimiento de relaciones jurídicas, en especial las de carácter contractual.

Sobre los empresarios que compiten por un mercado, cuya conducta se hace más visible y más sensible en la sociedad contemporánea, es cada vez más intensa la presión que ejercen las expectativas éticas de la sociedad civil, de su clientela potencial e inclusive, de sus propios funcionarios y empleados. Más allá del deseo de ser percibidos favorablemente por la comunidad – presente en las donaciones y en el apoyo empresarial a toda suerte de causas «nobles», con o sin beneficios fiscales- o del cálculo de las ventajas comerciales de una «imagen» ética, los propios empresarios emprenden iniciativas concordantes con tales expectativas, aplicándose a sí mismos estándares adicionales a los puramente legales. Se pone así de relieve que el sujeto éticamente responsable es el ser humano concreto, extranjero o nacional, que recibe dinero a diversos títulos (dividendos, salarios, honorarios, comisiones, etc.) proveniente de ganancias obtenidas de conductas susceptibles de una apreciación ética; no lo son ni poderosas corporaciones transnacionales ni fantasmas jurídicamente engendrados en los paraísos fiscales y bancarios.

Un ejemplo en esta materia, ya citado en otra oportunidad y que conserva su actualidad, lo constituye la política de la British Petroleum, corporación distinguida en 1999 por las Naciones Unidas con el premio al liderazgo individual en medio ambiente, en relación con las emisiones de CO₂; sir John Browne, su director ejecutivo, ha dicho al respecto:

Las personas que trabajan en BP son ciertamente personas de negocios, pero también son personas de creencias y convicciones(...) individuos preocupados por la calidad de vida para ellos y sus niños.

⁹ Sen, Amartya, *Desarrollo y Libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, , Ed. Planeta, Bogotá, 2000, p.334. Cortina, Adela, *Ética de la Empresa, Claves para una nueva cultura empresarial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 64.

*Cuando pasan por la puerta a su trabajo cada mañana, no dejan atrás sus convicciones y su sentido de responsabilidad. Y lo mismo aplica para nuestros consumidores. Su elección determina nuestro éxito como compañía. Y ellos tienen creencias y convicciones (...) el ambiente global es un tema que nos concierne a todos en nuestros varios roles y capacidades. Primero monitoreamos y controlamos nuestro propio control de emisiones de dióxido de carbono (...) Ninguna legislación nos ha obligado a dar este paso; lo hacemos porque creemos que es lo correcto*¹⁰.

*Y ha insistido en que «no se puede dirigir una compañía sobre la base de que solamente se hace lo que la ley demanda (...) Nosotros usamos el cumplimiento de la ley como mínimo y vamos más allá de eso»*¹¹

La regla de apreciación en función de los estándares éticos del país del inversionista, en el contexto de la relación entre países ricos y pobres.

La pertinencia de una regla que permita reprochar éticamente al inversionista extranjero en el país receptor de la inversión una conducta que sería reprochable en su país, se pone de manifiesto en tres ejemplos de actualidad: la corrupción, las excepciones a los derechos de patente y su relación con los precios de los medicamentos genéricos, y el trabajo infantil.

1. Ya se mencionó la lista de países más corruptos elaborada por Transparencia Internacional, que es encabezada por países pobres, como lo confirma el primer lugar en que en ella se sitúa a Nigeria. Pues bien, si alguien se tomara el trabajo de elaborar una lista de los países más corruptores, podría pensarse en que, correlativamente, la misma estaría encabezada por países de los más ricos. Probablemente sí, porque la sabiduría popular, apoyada por sor Juana Inés de la Cruz y el derecho penal, tienen bien averiguado que tanto la prostitución como el soborno tienen dos caras. Cuando se repara en el hecho elemental de que el tráfico de «blancas», de trigueñas y morenas suele hacerse desde países pobres «exportadores» hacia países ricos «importadores», y no al revés, se confirma la idea de que “quien paga por pecar” algo tiene que ver con el problema.

Sin embargo, sólo desde hace poco tiempo en los países que no se encuentran en la lista de los países más corruptos se comienza a reaccionar en contra de

¹⁰ Browne, John, «Climate Change Speech», Stanford, Mayo 19 de 1997,

¹¹ Browne, John. Citado en Kluger Jeffrey. «Special Report. Global Warming. A climate of despair» en *Time*, Edición Latinoamericana. Abril 10, 2001, p. 26

las conductas reprochables de sus empresarios en el exterior, de manera que, por ejemplo, los sobornos pagados a extranjeros con causa en negocios celebrados fuera de sus fronteras, en vez de ser favorecidos cínicamente como gastos deducibles de impuestos, reciban el mismo tratamiento criminal que se adecua al reproche ético que merecen si se soborna o se intenta sobornar a una autoridad del propio país. Hay una reciente profusión de acuerdos internacionales en materia de corrupción, entre los cuales deben destacarse la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional, contenida en la resolución 55/25 del 15 de noviembre del 2000, que, entre otras cosas busca la criminalización tanto de los funcionarios públicos corruptos como de sus corruptores; la Convención de la OECD (Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo) para combatir el soborno a los funcionarios públicos en las transacciones internacionales de negocios, que entró a regir en 1999, y en cuyo marco se pretende incluir a funcionarios públicos de gobiernos que no forman parte de la convención; y la Convención Interamericana contra la Corrupción, expedida por la Organización de Estados Americanos (OEA) que entró a regir en 1997, que busca promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados miembros para prevenir, detectar, erradicar y castigar la corrupción.

En el plano de las legislaciones internas, en cambio, resulta excepcional una previsión expresa como la de la ley estadounidense de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977 (*Foreign Corruption Practices Act*), que establece que los directores de empresas estadounidenses que sobornen, directa o indirectamente, a funcionarios públicos o a políticos en el exterior, serán tan culpables como si hubieran sobornado a un ciudadano estadounidense. Es en ausencia de normas legales como ésta cuando el reproche fundado en los estándares éticos aplicables en el país inversionista resulta adecuado dentro de la construcción de una ética empresarial aplicable a la inversión extranjera.

2. El asunto de los medicamentos genéricos, su amparo con los correspondientes derechos de patente y sus precios de comercialización, ofrece otro interesante ejemplo de por qué la formulación sincera y consistente de una ética empresarial en el campo internacional es tan difícil. La autorización de la producción de medicamentos genéricos utilizables por los enfermos de sida, con base en una regla de la Organización Mundial del Comercio (OMC) aplicable en casos de emergencia nacional, que prevé licencias compulsivas que constituyen una excepción frente al monopolio temporal derivado de los derechos de patente, dio lugar, en el caso de Sudáfrica – país que ocupa el primer lugar en el mundo en la lista de la población infectada por dicha enfermedad – a la iniciación y posterior retiro de un litigio contra ese país, promovido por importantes corporaciones transnacionales de la industria farmacéutica. En el caso de Brasil, la fabricación a partir de 1997 de drogas utilizables por los enfermos de sida – que se

calcula ascienden en ese país a 500.000— bajo el régimen de la licencia compulsiva — permitió una disminución en el precio en un promedio del 79% ¹² y dio lugar, en el marco de un exitoso programa de salud pública, tanto a una reducción del 40% en el número de muertes vinculadas a esa enfermedad como a una queja elevada por los Estados Unidos ante la OMC en febrero del año pasado, con el objeto de revisar si dicha producción de genéricos de medicamentos con patentes estadounidenses se ajusta o no a las reglas de la OMC ¹³.

Los beneficiarios de las patentes, entre otras cosas, señalan la indiscutible importancia de los derechos de patente como estímulo para la creatividad y el desarrollo, la magnitud de los recursos que reclama la investigación en este campo, así como la necesidad de preservar los derechos contractuales de los accionistas ante quienes rinden cuentas los administradores de todas las sociedades comerciales. Estos importantes argumentos, tan sensibles desde el punto de vista de los derechos de los inversionistas y de la estabilidad de las reglas del juego que les son aplicables en los países receptores de sus inversiones, son pertinentes en el caso de la producción y comercialización de cualquier medicamento.

No obstante, parece que su discusión y descarte frente a otros argumentos fue más rápida y sencilla en el caso específico del precio del Cipro, antibiótico utilizado para el tratamiento de pacientes infectados con ántrax, y en relación con cuya disminución la farmacéutica productora y el Departamento de Salud y Servicios Humanos del gobierno estadounidense suscribieron un acuerdo para mantener la exclusividad de la patente y disminuir el precio por píldora de US\$1.77 a US\$0.95. Hay que destacar que según las declaraciones de un alto funcionario de la farmacéutica, «*Bayer se siente solidaria con Estados Unidos y apoya totalmente su lucha contra el bioterrorismo*»¹⁴. Tan sólo cinco días después del anuncio de dicho convenio, que incluía la donación de dos millones de unidades del medicamento, el Centro para el Control y la Prevención de las Enfermedades (CDC) de los Estados Unidos, anunció la sustitución del Cipro por un genérico, la doxiciclina, de manera que el gobierno no tendría que pagar los cien millones de dólares derivados del acuerdo firmado con Bayer y que suministraría al Departamento de Salud cerca de 95 millones de tabletas. La prensa divulgó unas declaraciones de la portavoz de la CDC, quien explicaba el cambio en la situación desde un punto de vista científico, ya que «nuestras recomendaciones para tratar esta enfermedad cambian al tiempo que tenemos nuevas informaciones y mejor conocimiento de esta contaminación», y se dieron a conocer también las quejas de una empleada del servicio

¹² Rosenberg, Tina «Patents laws are malleable. Patients are educable. Drug companies are vincible. The world 's AIDS crisis is solvable», en *The New York Times Magazine*, Nueva York, enero 28 de 2001, pp. 26 y ss.

¹³ «La Batalla de Brasil por los Genéricos», en *Portafolio*, Bogotá, abril 23 de 2001, p.28.

¹⁴ Bay News, Página Web. Bayer Farmacéutica., Noticias Octubre 2001. Chile. 2001

postal americano, quien apuntaba: «espero que no tomen esta decisión de cambiar de medicamentos porque es más barato»¹⁵

La existencia de un doble estándar de esta clase resulta inconsistente frente al respeto a la dignidad humana del paciente de una enfermedad mortal, circunstancia cuya apreciación desde el punto de vista de los derechos humanos impide distinguir entre la causa de la infección, la nacionalidad, raza o color del enfermo.

3. La frontera entre la consideración de la mano de obra como un factor de producción barato y, como tal, favorable para la competencia mundial, y la explotación del trabajo infantil, no depende solamente del régimen legal local. La situación en algunos países es tal que la alternativa real al trabajo infantil usado en algunas partes del mundo para la manufactura y producción de artículos comercializados por corporaciones extranjeras se materializa en una absoluta falta de oportunidades, que precipita a los niños hacia la delincuencia, la prostitución o los deja en garras de peores formas de explotación laboral por parte de empresarios locales. Entonces, el simple y pragmático argumento de la preferencia del mal menor es útil para criticar las consecuencias previsibles de reacciones radicales y simplemente represivas. En este orden de ideas, son claras las ventajas que reporta el apoyo por parte de la comunidad internacional a políticas como la del Programa Internacional de Erradicación del Trabajo Infantil orientado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT)¹⁶.

Pero abstracción hecha de tales programas, y para lo que aquí interesa, la regla de apreciación propuesta exige respeto del ser humano, particularmente del niño, cuya protección es objeto contemporáneamente de numerosas declaraciones internacionales, que obedecen a principios que se supone forman parte de los estándares éticos del país del inversionista. Esta es la razón por la cual, de acuerdo con dicha regla, no sería éticamente aceptable que dicho inversionista extranjero –cualquiera que fuera su motivación, v. gr., la búsqueda de un competitivo ahorro de costos en la mano de obra, o el laudable propósito hipotético de generar alternativas frente a la delincuencia – usara el trabajo infantil en el país receptor, con sujeción a la legislación interna de éste aunque esta forma fuese inaceptable dentro de su propio país. El principio aplicable le exigiría no hacerle a los niños de otros lo que no le gustaría que le hicieran a los propios, inclusive si existe una alta probabilidad de que alguien los trate peor.

¹⁵ «Un genérico sustituye al Cipro» en Página Web El mundo, Madrid, 29 de octubre de 2001,

¹⁶ Bhagwati, Jagdish, «Coping with Antiglobalization», en *Foreign Affairs*, Nueva York, enero-febrero 2002, p. 6

La autoridad moral del país receptor de la inversión para formular reproches éticos al inversionista extranjero.

Una interesante y constante característica histórica de la formación del derecho comercial, que desde sus orígenes ha tenido una clara vocación internacional, radica en la necesidad de ofrecer a los extranjeros, además de confianza en la estabilidad de las reglas del juego, igualdad de trato frente a los comerciantes locales. Por esto ha dicho Berman que un tratado suscrito en el siglo XII, entre el rey Enrique II de Inglaterra y la ciudad de Colonia, que aseguraba a los comerciantes de esa ciudad un trato no menos favorable que el que recibían los mercaderes ingleses, es probablemente « el más antiguo ejemplo que sobrevive de la cláusula de tratamiento nacional y un precursor de la cláusula de la nación más favorecida de los tratados comerciales modernos»¹⁷.

Esta reciprocidad de derechos, indispensable en las relaciones jurídicas privadas de carácter comercial, implica que en atención a las expectativas en que se funda la apreciación moral, al igual que por razones de sinceridad y consistencia, el juicio de reproche o corrección de la conducta de un inversionista extranjero por parte de los nacionales del país receptor depende en la práctica de si éstos tienen autoridad para formularlo. Y dicha autoridad a su vez depende de los estándares éticos que éstos aplican a su propio comportamiento. Hay entonces que preguntarse con franqueza, cuáles son los estándares éticos efectivamente imperantes en nuestra actividad empresarial, sin perder de vista que forman parte del conjunto normativo que regula en nuestro país la actividad económica y de la situación general en materia de derechos humanos.

Esta inquietud no desconoce que la preocupación ética ha sido explícita en nuestro medio empresarial, como lo pone de relieve la instalación de la Asamblea General Ordinaria de Afiliados de la Asociación Nacional de Industriales (ANDI) de 1999, en la cual se señalaron, en su orden, la ética, la competitividad y la eficiencia como imperativos actuales para la conducta de los empresarios colombianos¹⁸. Pero no puede ignorarse que cuando se formulan reparos frente a un inversionista extranjero en un caso específico, generalmente los mismos suelen ser igualmente aplicables a empresarios colombianos competidores en el mismo sector. Más en el fondo de la cuestión, hay que reconocer que en una economía con tan altos grados de concentración de la propiedad y del ingreso, y con tasas de desempleo tan elevadas, todos los protagonistas de la actividad económica local enfrentan dificultades para quejarse con autoridad de los im-

¹⁷ Berman, Harold J. *Law and Revolution - The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 344

¹⁸ Discurso del presidente de su junta directiva, Nicanor Restrepo, pronunciado en Medellín el 12 de agosto de 1999.

pactos negativos de la liberalización del comercio. Los empresarios, en la medida en que no han podido o no han querido liderar en nuestras instituciones políticas y económicas una actividad empresarial interna realmente competitiva, que es la mejor garantía de calidad y buen precio para los consumidores. Los sindicatos, porque aunque aparentemente no representan siquiera a un número de trabajadores igual a la mitad de los ciudadanos desempleados¹⁹, en nombre de la defensa dogmática de ciertos derechos de los trabajadores sindicalizados dificultan la creación de nuevos empleos por parte de empresarios locales y extranjeros. Los propios consumidores tampoco resultamos bien librados en cuanto a autoridad se refiere, si, por ejemplo, se repara en el inveterado hábito nacional de adquirir bienes de contrabando, origen de los célebres «sanandresitos», que sólo recientemente han comenzado a decaer, si bien es justo recordar cómo productores y proveedores extranjeros importantes no son del todo ajenos a esa distribución ilegal, sin que las acciones legales al respecto sean eficaces²⁰. Y el Estado, cuando actúa como autoridad pública o cuando toma el papel de empresario - además de los reparos derivados de la corrupción, antes de plantear reclamos éticos ante terceros - debe cumplir con sus cometidos constitucionales fundamentales.

Pero el irrespeto a la vida humana y la indolencia frente al dolor ajeno que se expresan en el alto índice de homicidios y en el secuestro, son las muestras de falta de solidaridad que en la práctica minan más que cualquier otra cosa nuestra autoridad para cualquier pronunciamiento ético frente a cualquier extranjero. Y eso que ahora, como consecuencia de la generalización de la crisis económica, el secuestro y la extorsión se «democratizaron», de modo que cualquier colombiano con carro es secuestrable. Esta amenaza ha afectado considerablemente la conservación y la generación de empleos, por lo cual la ciudadanía ha comenzado a dejar atrás la resentida e inmoral apreciación del problema como algo que no le importaba a la mayoría porque sólo afectaba a la minoría de ricos, tanto nacionales como extranjeros, incluyendo entre estos últimos a funcionarios de las compañías extranjeras que invierten en Colombia. Uno de ellos, de nacionalidad japonesa, fue secuestrado en Bogotá hace ya algunos años por agentes de la policía a pocos metros de la carrera séptima, aberración que dio lugar al inicio de una importante depuración en esa fuerza pública .

¹⁹ Véase Marulanda Gómez, Eugenio, Colombia: País de Paros, Documentos de Coyuntura, no. 1. Confecámaras, Bogotá, 1999, pp. 13-16. Se calcula que el número de los trabajadores sindicalizados (CUT, CGTD, CTC e independientes) no llega al millón de personas.

²⁰ Como lo comprueba el fracaso de la demanda instaurada por todos los departamentos colombianos y la ciudad de Bogotá contra Philip Morris y R.J. Reynolds, véase «Departamentos fallan en demanda a Tabacaleras» en *El tiempo*, Bogotá, febrero 20 de 2002.p.8, noticia publicada al día siguiente de la presentación de esta ponencia.

Piénsese en el caso del trabajo infantil, hace ya varios años dramáticamente sintetizado en *Chircales*, la película de Rodríguez y Silva, para no hablar del reclutamiento de niños con ocasión del conflicto armado, situación de la cual nadie puede pretender responsabilizar a ningún empresario extranjero, con excepción de la responsabilidad que le quepa compartir en ello a los traficantes y productores extranjeros de armas y a los eslabones extranjeros del negocio de la droga, tales como productores de acetona y banqueros.

Como fue puesto de relieve por Hans Küng, las transacciones financieras internacionales dependen de la observancia de dos principios éticos inmemoriales y básicos: «no mentir» y «no robar»²¹. Por desgracia, el estándar ético de nuestros empresarios en cuestiones tales como la lealtad en el cumplimiento de los contratos o la confiabilidad de su información financiera y contable, no permite alzar la voz frente a comportamientos reprochables equivalentes de acreedores o deudores extranjeros; aunque debe advertirse que frente a escándalos de la magnitud de la bancarrota de la empresa Enron se quedan cortas las malas artes de nuestros caballeros de industria, cuyo número disminuye por su traslado a los países donde se encuentran sus cuentas personales, y no porque exista una sanción moral interna al respecto. El éxito local de dos excelsos productos de exportación, las telenovelas «Café» y «Betty la Fea», además del talento de sus actores y guionistas, también obedece a que el parecido entre las trapisondas de «Café Export» y «Ecomoda» y la realidad no es simple coincidencia; y la reacción general de los televidentes al respecto mostraba ante ellas un alto grado de tolerancia o indiferencia social, que contrasta con el excesivo celo colectivo empeñado en la protección jurídica de la confidencialidad del pasado comercial de los deudores morosos.²²

La existencia de un buen gobierno corporativo, afianzado por códigos de conducta, que en ciertos casos son exigidos legalmente, como ocurre en el caso de las bolsas de valores, los comisionistas de bolsa y las sociedades que aspiran a ser objeto de inversión de las sociedades administradoras de fondos de pensiones, es indispensable para promover un mercado de capitales, escenario natural para impor-

²¹ Küng, Hans «Ethical Standards for International Financial Transactions», presentado en 38th International Federation of Stock Exchanges, FIBV, General Assembly, October 1998, Kuala Lumpur, pp. 7, 8. Esta intervención fue dada a conocer en nuestro medio en la septuagésima conmemoración de la fundación de la desaparecida Bolsa de Bogotá por su Presidente y actual Presidente de la Bolsa de Colombia, Augusto Acosta

²² Además de los fallos judiciales basados en argumentos de tipo constitucional, en el artículo 19 de la ley 716 del 2001 se dispuso que «Las personas que dentro del año siguiente a la vigencia de la presente Ley se pongan al día en obligaciones por cuya causa hubieren sido reportadas a los bancos de datos de que trata este artículo tendrán un alivio consistente en la caducidad inmediata de la información negativa histórica, sin importar el monto de la obligación e independientemente de si el pago se produce judicial o extrajudicialmente. La Defensoría del Pueblo velará por el cumplimiento de esta norma».

tantes inversiones del exterior. En tiempos de crisis económica, esa clase de códigos de comportamiento empresarial son necesarios también en las empresas beneficiarias del crédito, pues es a través del mismo como la mayoría de ellas obtienen recursos de capital. Ese era el propósito inspirador de la exigencia legal de la adopción de códigos de conducta empresarial por parte de las empresas que celebran acuerdos de reestructuración en los términos de la ley 550 de 1999, de manera que se establecieran:

reglas de comportamiento para la administración de las empresas que correspondan a estándares mínimos constitutivos de una ética empresarial cuya construcción y apropiación colectiva es indispensable para la celebración y el cumplimiento de acuerdos de reactivación²³.

Sin embargo, la experiencia en ese campo muestra que tales códigos en muchos casos se limitan a ser formatos carentes de contenido concreto, y hay que suponer que puesto que la ley no puede impedirlo, en la práctica se promueven y negocian acuerdos de reestructuración exclusivamente inspirados en el propósito de escudarse frente a los acreedores o de imponerles esperas o rebajas, sin analizar con la mayor objetividad y buena fe posibles la viabilidad de la empresa. Actitud que es de vieja data en nuestro medio, pues es la misma «cultura de no pago» –como se le dice ahora– que ha inspirado muchos concordatos tramitados y celebrados legalmente, y que no permite quejarse con autoridad de los frecuentes abusos de los acreedores, tanto nacionales como extranjeros, que se consuman también dentro de la ancha manga de la ley.

Los derechos humanos y una actitud ética hacia la pobreza.

203

Ya se ha dicho que los derechos humanos, cuya formulación y respaldo coactivo es cada vez más de tipo jurídico, se encuentran en la base de esas expectativas mínimas de la comunidad que dan origen a la ética empresarial.

Y ello porque éstos no remiten únicamente a exigencias de carácter político; y porque al igual que en el caso del poder estatal, el ejercicio del poder empresarial también es susceptible de una apreciación crítica en función de su concordancia con los derechos humanos. De ahí que la formulación de proyectos de tratados, de leyes uniformes y de guías legislativas en cuestiones propias del

²³ Exposición de Motivos. Proyecto de ley de Intervención Económica, rad. 14599, Cámara de representantes, octubre 20 de 1999, presentado por los ministros Juan Camilo Restrepo S. y Jaime Alberto Cabal S., p.6

derecho mercantil internacional por parte de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (CNUDMI), se inspire también en la paz y el desarrollo, es decir, en los objetivos fundamentales de dicha organización²⁴.

Hay que reiterar entonces la relación que existe entre el desarrollo y los derechos humanos. Es a partir del respeto a los derechos humanos, y no sólo con base en el cálculo de la utilidad económica que reporta una inversión extranjera, tanto para el inversionista (dividendos, derechos de licencia, márgenes derivados de la reducción de costos de mano de obra, etc.) como para el país receptor (nuevos empleos, obtención de capital, adquisición de tecnología, inserción en la economía global, etc.) como se aprecia el importante papel capaz de cumplir la inversión extranjera al suministrar recursos y oportunidades indispensables para el desarrollo de los ciudadanos de los países pobres.

El examen de la ética empresarial en materia de inversión extranjera debe ponerse en el contexto mundial de contraste entre países pobres y ricos. Desde un punto de vista ético no es aceptable que la liberalización del comercio mundial, es decir, la expansión de la libertad de iniciativa económica privada y de contratación en el campo internacional, se haga a expensas de la libertad de los ciudadanos de los países pobres. Si se acepta que la liberalización del comercio es favorable para el desarrollo de los países pobres, es necesario recordar que por desarrollo hay que entender, de acuerdo con Amartya Sen, «...el proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos»²⁵, de manera que si, como él mismo lo señala, la pobreza es una privación radical de la libertad económica, que puede a su vez fomentar la falta de libertad política y social. la legitimidad de la ganancia del inversionista extranjero, desde un punto de vista ético, exige que ésta no se obtenga a expensas de la pobreza del país receptor, evaluación compleja y que en cada caso debe hacerse de manera prudencial, recurriendo, más allá de los marcos legales de negociación local o internacional, a la piedra de toque de los derechos humanos.

Esta apreciación, que es de carácter normativo, exige la consideración de los derechos del inversionista extranjero a partir de una perspectiva que no se agota en su valoración jurídica, como lo pone de relieve el momento en que se

²⁴ Corell, Hans, Consejero Legal de la ONU, documento UNIS/L/86, julio 9 del 2001, pp. 1-2.

Como lo pone de relieve la declaración conjunta del 5 de julio de 1999 del secretario general de la ONU y del presidente de la Cámara de Comercio Internacional de París, mencionada por el Subsecretario General de Asuntos Legales de la ONU en su mensaje a la CNUDMI, con ocasión de su sesión del año pasado.

²⁵ Sen, Amartya. Ob. Cit. p. 19

sopesan frente al denominado «derecho a no sufrir hambre», prerrogativa que se postula hoy desde un punto de vista ético; de ahí que Amartya Sen señale que la afirmación de este derecho se lleva a cabo en primera instancia como:

una exigencia moral de algo que tendría que ser valorado y hacia lo que tendríamos que hacer que apuntaran las estructuras institucionales y que se debería tratar de garantizar en lo posible. Puede ser expresado en los términos de la categoría de Ronald Dworkin de «derechos básicos», derechos que proveen de una justificación para decisiones políticas por parte de una sociedad en abstracto. Esta interpretación sirve para una mentalidad de cambio de las estructuras institucionales existentes y de organización política²⁶.

²⁶ Sen, Amartya, «Propiedad y Hambre», en *Precedente-Anuario Jurídico*, Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Icesi, Cali, 2001, p. 104

LA CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES A TRAVÉS DE EMPRESAS DE SERVICIOS TEMPORALES

GERARDO ARENAS MONSALVE

This article analyzes Temporary Agencies (Empresas de Servicios Temporales) in the context of work flexibility, and it also analyzes the evolution of norms that regulate this field in Colombia. The article then studies the country's Temp Agencies laws and regulation. Finally, it examines how judges from the Colombian Supreme Court and Constitutional Court have treated the subject, highlighting the legal consequences of overstepping the normative limits of this activity.

El contexto general: la flexibilización laboral

El tema de la contratación de trabajadores a través de las Empresas de Servicios Temporales (en adelante, EST) no es un aspecto técnico-jurídico aislado, sino que debe ser examinado en el contexto más amplio de la flexibilización laboral que conoce hoy el mundo de las relaciones laborales.

Por qué surge la flexibilización laboral

Como lo ha señalado un importante estudio de Arturo Bronstein, funcionario de la O.I.T., en los debates sobre la flexibilidad laboral se encuentran factores económicos y tecnológicos, factores ideológicos y factores culturales¹:

Los factores económicos y tecnológicos sitúan las raíces de los planteamientos flexibilizadores en los cambios que se dieron en Europa a partir de los años sesenta, al pasar de un importante crecimiento económico que venía desde la finalización de la segunda guerra mundial, a un período de reestructuracio-

¹ Bronstein, Arturo: «La flexibilidad del trabajo: Panorama general», en *La flexibilización del trabajo. Un estudio internacional*. Coordinador Oscar Hernández Álvarez. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo, Barquisimeto, 1990, pp. 13 y ss.

nes industriales, irrupción de nuevas tecnologías, el surgimiento de nuevas potencias industriales (cuenca del Pacífico) y la crisis energética.

Los factores ideológicos están enmarcados en el cuestionamiento al Estado de bienestar y el surgimiento de una mentalidad política con mayor énfasis en el mercado como mecanismo de asignación de recursos en la sociedad. En ese contexto «eran las fuerzas del mercado y no el gobierno a través de su política de regulación institucional, quienes deberían regular la economía, incluyendo al propio mercado de trabajo». La protección laboral pasó a ser vista, entonces, «como un elemento negativo que imponía rigideces», por lo que se pasó a revisar la protección social y laboral existente².

Los factores culturales que determinaron el surgimiento de la flexibilización son los que Bronstein denomina las «presiones psicosociales provenientes de los propios trabajadores» y que describe así:

El derecho del trabajo tradicional (...) se construyó en torno de un modelo de relación de trabajo cuyo arquetipo era el empleo industrial, desempeñado por un trabajador manual, de sexo masculino, en un régimen de jornada completa, quien entraba por lo común muy joven en el mercado de trabajo.

En las últimas décadas, ese perfil cambió sustancialmente, y los trabajadores y trabajadoras de hoy no encajan en ese modelo tradicional, por razones que sobra explicar.

Las formas jurídicas que asume la flexibilidad

El estudio que se viene citando señala que hay en las distintas legislaciones nacionales cuatro grandes vertientes de la flexibilidad laboral: la flexibilidad de los salarios, la flexibilidad de la duración del trabajo, la flexibilidad de la organización del trabajo y la flexibilidad de la contratación laboral³.

La flexibilidad de los salarios se planteó en algunos países a partir de la idea de que los mismos se venían fijando por mecanismos demasiado rígidos (decretos de salarios mínimos generales, convenios colectivos que establecen mínimos profesionales en niveles muy altos o mecanismos de indexación automática). También se plantearon mecanismos de reducción convencional de salarios por causa de la crisis.

² *Ibidem*, p. 20.

³ *Ibidem*, p. 24 y ss.

La flexibilidad en la duración del trabajo parte del planteamiento de las dificultades que enfrentan las empresas cuando procuran adaptar las horas del trabajo al nivel requerido por la coyuntura. A este respecto, surgieron mecanismos de reducción y ampliación de horarios de trabajo según las circunstancias productivas, así como el establecimiento de horarios flexibles.

La flexibilidad en la organización del trabajo ha tenido menos importancia relativa desde el ángulo jurídico que las demás formas de flexibilidad. Está relacionada con la rigidez en las clasificaciones de puestos de trabajo y el debate acerca de si el trabajador tiene derecho adquirido a una calificación profesional determinada.

La flexibilidad en la contratación laboral ha sido tal vez el elemento de mayor impacto entre los planteamientos flexibilizadores. A este respecto, se han planteado tres formas principales de flexibilización: la primera es la que se refiere al monopolio en el reclutamiento de trabajadores, en los países que lo tenían en manos del servicio público de empleo. La segunda alude a la flexibilidad en las formas de terminación del vínculo laboral y la disminución de la estabilidad laboral que tradicionalmente pregonaba el Derecho Laboral. Y la tercera se relaciona con las modalidades específicas en que se presta el trabajo, las que dieron lugar a las llamadas «relaciones de trabajo atípicas»: trabajo a tiempo parcial, trabajo intermitente, contratos de duración determinada, programas de empleo formación, «teletrabajo», trabajo mediante vínculo autónomo, etc. En este grupo de aspectos de la flexibilidad en la contratación se sitúan precisamente las relaciones de trabajo «triangulares», y entre ellas la intermediación de las agencias de trabajo temporal.

Estas tendencias flexibilizadoras de la contratación laboral, con sus consecuencias específicas en la legislación del trabajo, no parecen tampoco ser definitivas. Medidas más recientes en algunos países europeos –España, por ejemplo- muestran un cuestionamiento de la flexibilización o por lo menos su razonable atenuación. El profesor Montoya Melgar se ha expresado así sobre el particular:

Tras la euforia precarizadora y después de años de proclamación del fin del principio de estabilidad en el empleo y de encomio de los benéficos efectos de la contratación temporal sobre el mercado de trabajo, los tiempos más próximos nos muestran otros efectos menos deseados; por citar sólo los económicos, se comprueba como la expansión de los contratos temporales desemboca en la contracción del consumo y consiguientemente de la producción, en la escasa cualificación y experiencia de la mano de obra, en la obstaculización de la introducción de nuevas tecnologías, en la pérdida de eficacia del sistema productivo al

estar basado éste cada vez más en trabajos no estables, en el incremento de la siniestralidad laboral, etc..

En ese contexto se introdujo la reforma española de 1994⁴

El auge del trabajo temporal

Aparecidas en los Estados Unidos a partir de la segunda post-guerra, las empresas de trabajo temporal vinieron a satisfacer una necesidad de la vida empresarial moderna: la de resolver, en forma rápida y eficiente, las necesidades ocasionales de personal, mediante el envío de trabajadores que dependían de la empresa temporal y no ocasionaban responsabilidades laborales a la empresa que utilizaba el servicio.

La política normativa de los distintos países sobre el nuevo fenómeno fue variada y puede clasificarse así: Un primer grupo de países decide adoptar una política de rigurosa prohibición, por considerar que practicaban actividades de colocación y restringían derechos laborales de los trabajadores. Un segundo grupo de países adopta una postura liberal de no intervención legislativa sobre estas empresas. Finalmente, los que adoptaron la posición intermedia de no prohibir la actividad, por considerarla necesaria en una economía libre, pero deciden introducir regulaciones normativas para introducir límites a su actividad.

Con el surgimiento de las políticas flexibilizadoras en las relaciones laborales que se han descrito antes, las contrataciones de trabajadores a través de empresas temporales tuvieron un incremento significativo y menores restricciones en la legislación.

En los últimos años, como lo señala Montoya Melgar,

la valoración sobre la experiencia de funcionamiento de esas empresas de trabajo temporal no es unánime: mientras que de un lado se destaca su valor de generación de empleo, de especialización de los servicios y de polivalencia de formación, desde el ángulo opuesto se denuncian los problemas de precarización laboral que originan⁵.

⁴ Montoya Melgar, Alfredo, «Estabilidad en el empleo: cara y cruz de un principio», en *Derecho Social* No. 50, Colegio de Abogados del Trabajo, Bogotá, marzo de 1999, pp. 1 y ss.

⁵ *Ibidem*, p. 5.

Las políticas normativas sobre el trabajo temporal en Colombia

Acercas de la actividad de las EST en Colombia, presentes en la economía colombiana desde hace cerca de cuarenta años, el Estado colombiano registra tres etapas en su política normativa frente a las mismas: una primera etapa, que podríamos llamar de abstención regulativa; una segunda etapa que sería de «regulación permisiva» y un último período de regulación y control formal. Explicaremos brevemente esta periodización.

Primera etapa: abstención normativa (1963-1983)

Según lo registran los pocos análisis que se han hecho sobre el tema en el país, en 1963 hizo su entrada en Colombia la primera empresa de servicio temporal: la multinacional «Manpower», que operó hasta 1971, cuando se desarticuló y se fraccionó en varias EST con capital nacional⁶.

La característica básica de este primer período está en que el funcionamiento de las EST careció de regulación normativa específica. Pese a que esa carencia podía favorecer su funcionamiento, en cuanto les permitía fijar sus propias reglas de juego, el asunto resultaba más complicado, por cuanto las EST eran vistas como un «apéndice» de las agencias de colocación de empleo, que en su tiempo estaban reguladas por un decreto del gobierno (Decreto 2676/71), y cuya actividad estaba controlada por Convenios de la OIT. El propio gremio de las empresas temporales –ACOSET– inició un plan de propuesta legislativa tendiente a encontrar una regulación autónoma para las EST.

Segunda etapa: regulación permisiva (1983-1991)

Dentro de las iniciativas para regular la actividad de las EST, el Gobierno presentó al Congreso proyectos de ley sobre el tema, hasta que en la administración del Presidente Belisario Betancur el Gobierno llegó a la conclusión de que la regulación de las EST podía efectuarse por decreto. En la elaboración del proyecto tuvo una notable injerencia el propio gremio de la actividad, es decir, ACOSET⁷.

Se expidió entonces el Decreto 1433 de 1983, que reconoce a las EST como empleadores de sus trabajadores y no como intermediarios. El decreto establecía los requisitos de constitución de las EST, y asignaba al Ministerio de Trabajo

⁶ Duque Villegas, Francisco Javier y Arana Madrián, Luis Felipe, “Las empresas de servicio temporal. Su problemática a la luz de las actuales realidades –Un examen crítico”-. Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1989, pp. 10 y ss.

⁷ *Ibidem*, pp. 33-54.

la vigilancia y control de su actividad. El mayor defecto de esta reglamentación consiste en que no se establece término alguno a la «temporalidad» del servicio suministrado por la EST.

La regulación del Decreto 1433/83 dejó satisfechas a las EST, que podían ofrecer a sus usuarios la condición de «verdaderos patronos» de los trabajadores temporales contratados, pero que podían mantener indefinidamente a estos trabajadores, eludiendo así responsabilidades extralegales.

Desde el punto de vista jurídico, la legalidad de esta regulación fue cuestionada: algunos analistas consideraron que no era posible considerar, por vía de decreto reglamentario, que las EST fueran verdaderos patronos, cuando frente al marco legal general (CST, art. 34 y 35) constituían una modalidad del «simple intermediario»⁸.

Al amparo de ese marco normativo permisivo y favorable a sus intereses, las EST continuaron su crecimiento en el mercado laboral colombiano.

Tercera etapa: regulación y control formal (desde 1991)

Con los debates de la reforma laboral que culminó en la Ley 50 de 1990 se introdujeron en la legislación laboral colombiana importantes mecanismos de flexibilidad laboral. Entre ellos, se facilitó que los empleadores contrataran directamente trabajadores por períodos de corta duración (contratos de trabajo a término fijo inferior a un año), situación que la legislación anterior dificultaba, lo que a su vez estimulaba la contratación a través de las EST. En ese contexto, la reforma laboral se propuso crear un nuevo marco normativo para las mismas.

En la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, el Ministro de Trabajo de la época señalaba la importancia de legislar sobre el asunto «con el objeto de que esta actividad tenga un marco legal adecuado y se protejan debidamente los derechos de los trabajadores». Destaca que «la temporalidad es de la esencia de tales contratos», así como otros aspectos del proyecto: que los contratos consten por escrito, que haya pólizas para garantizar las obligaciones de las EST con los trabajadores en misión, y que el Ministerio verifica sus requisitos para operar y que debe controlar permanentemente su actividad⁹.

En la ponencia para primer debate se señala que «el control de las agencias temporales de empleo es un tema clave para que la reforma laboral cumpla el objetivo de mejorar la estabilidad de los trabajadores colombia-

⁸ Ochoa Moreno, Benjamín, «Los intermediarios o la sobreexplotación de la mano de obra asalariada», *Revista Trabajo y Derecho*, No. 12-13, Bogotá, Octubre de 1984, pp. 27 y ss.

⁹ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Compilación de la Reforma Laboral*, Imprenta Nacional, Bogotá, 1991, p. 69.

nos». Se introduce la limitación a un año, con prórroga, el período máximo de contratación, que el proyecto original del gobierno había señalado en dos años prorrogables; también el respeto al principio de igualdad salarial y finalmente el derecho proporcional del trabajador en misión a vacaciones y prima de servicios¹⁰.

La ponencia para segundo debate insiste en que se requiere «una reglamentación tendiente a la eliminación de abusos que pueden cometerse en detrimento de los trabajadores». Señala que «se consideró necesario restringir aún más el campo de acción de estas empresas» y que «se establecen normas muy precisas tendientes a la protección de los derechos de los trabajadores temporales en cuanto a su remuneración, prestaciones sociales y salud ocupacional»¹¹.

Si se observan en detalle las normas del proyecto original del gobierno y las modificaciones que se fueron introduciendo en el debate parlamentario, es posible sacar dos conclusiones importantes: la primera es que el proyecto original del gobierno era muy laxo en la regulación de las EST, al punto que la regulación no difería sustancialmente de la anterior. La segunda conclusión es que pese a los mayores controles y exigencias que el debate parlamentario logró introducir, de todas maneras, la regulación de las EST, tal como quedó establecida en la Ley 50 de 1990 contiene serias deficiencias, como se examinará en detalle más adelante.

El marco legal vigente de las empresas de servicios temporales

Nociones legales

Las EST constituyen una modalidad de trabajo en la que no existe vínculo directo entre quien se beneficia del trabajo y la persona que lo realiza, sino que se trata de un *vínculo laboral indirecto*: en efecto, existe una vinculación laboral, que supone formalmente todos los derechos para el trabajador, pero ese vínculo lo tiene el trabajador con una empresa especializada en esa actividad y bajo un marco legal específico.

El marco legal actual de las EST está contenido en la Ley 50/90 (arts. 71 a 94) y el Decreto 24/98, modificado por el Decreto 503/98. De conformidad con la ley:

es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar tem-

¹⁰ *Ibíd.*, p. 130.

¹¹ *Ibíd.*, pp. 167-168.

poralmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor prestada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador (art. 71)

Los trabajadores de las EST son de dos clases: trabajadores de planta, que desarrollan su actividad en las dependencias de las EST; y trabajadores en misión, que son «aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicio contratado por éstos» (art. 74).

La ley fija las reglas de constitución de las EST, como la de constituirse como persona jurídica y tener como objeto exclusivo esa actividad (art. 72); exige la autorización del Ministerio de Trabajo (art. 82), para lo cual deben cumplir determinados requisitos, entre los que figura la obligación de constituir una garantía para asegurar los derechos laborales de los trabajadores (art. 83); y deben tener un reglamento interno de trabajo con cláusulas especiales (art. 85).

Tipos de vínculos jurídicos y sus reglas legales

En la regulación de las EST es preciso ver, en consecuencia, una relación triangular, en la que hay tres tipos de vínculos jurídicos:

- *Entre la EST y la empresa usuaria, hay un contrato de prestación de servicios.* Ese contrato debe constar por escrito y tiene reglas específicas sobre las obligaciones laborales que asume la EST (art. 81). La ley prohíbe a las EST prestar servicios a usuarias con las cuales tengan vinculación económica (art. 80), como también a usuarias en huelga (art. 89). La limitación más importante es la que señala cuándo los usuarios pueden contratar con las EST: en labores ocasionales, por reemplazos de personal o para atender incrementos de la actividad respectiva de la usuaria «por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) meses más» (art. 77).

- *Entre la EST y el trabajador hay un contrato de trabajo.* Ese contrato somete a los trabajadores en misión de la EST a toda la normatividad laboral del Código Sustantivo del Trabajo (art. 75), con ligeras variaciones respecto del pago de vacaciones y prima (art. 76). Y se ordena que los trabajadores en misión «tendrán derecho a un salario ordinario equivalente al de los trabajadores de la empresa usuaria que desempeñen la misma actividad», así como los beneficios que la usuaria tenga en materia de transporte, alimentación y recreación (art. 79).

- *Entre la empresa usuaria y el trabajador hay un vínculo que no constituye contrato pero origina algunos derechos.* En la regulación legal de las EST es

claro que entre la empresa usuaria y el trabajador temporal no hay contrato alguno, pues el empleador es la EST, y ésta ha celebrado un contrato de servicios con la usuaria. Pero de hecho, el trabajador labora en las dependencias, en las condiciones y bajo las órdenes de la empresa usuaria. Ese vínculo, entonces, genera derechos para el trabajador en misión, tales como el de igualdad salarial con los trabajadores de la usuaria, así como el derecho a gozar de los beneficios de transporte, alimentación y recreación de la usuaria. Además, de conformidad con las normas reglamentarias del sistema de riesgos profesionales, «las empresas usuarias deberán incluir a los trabajadores en misión dentro de sus Programas de Salud Ocupacional», debiendo suministrarles inducción, información permanente sobre riesgos, elementos de protección personal y condiciones de seguridad, higiene y medicina laboral que la usuaria tenga para sus trabajadores; además, la EST debe cotizar a riesgos profesionales sobre la clase de riesgo en que se encuentra clasificada la empresa usuaria (D. 1530/96, art. 11 a 13).

La Ley 50/90, excluyó expresamente de esta regulación de las EST a las empresas que prestan «servicios diferentes al envío de trabajadores en misión», y señaló específicamente «las de suministro de alimentación y las que realizan labores de aseo». Esta exclusión deja a esas actividades de intermediación sin un marco legal específico, de modo que pueden ser, conforme al Código Laboral unos «contratistas independientes», o unos «simples intermediarios» o constituir modalidades de contratos de servicios donde puede discutirse si existe o no contrato de trabajo con la empresa que se beneficia de su actividad.

Reglamentaciones

Las normas de la Ley 50 de 1990 sobre las EST han sido objeto de dos reglamentaciones. La primera fue el Decreto 1707 de 1991 y la segunda fue proferida mediante el Decreto 24 de 1998, que derogó expresamente el anterior.

La reglamentación vigente se ocupa principalmente de los siguientes asuntos: señala que la EST tendrá siempre el carácter de empleador de los trabajadores de planta y de los trabajadores en misión (art. 1º). Dispone también que la seguridad social (en cuanto a salud, pensiones y riesgos profesionales) es responsabilidad de la EST, pero sin perjuicio de las responsabilidades que la ley asigne a las empresas usuarias en estas materias (art. 4º). Reglamenta al detalle los documentos que deben aportarse para que el Ministerio de Trabajo pueda extender la autorización de funcionamiento de la EST (art. 7º), así como las obligaciones de éstas frente al Ministerio: actualización de cuantías de pólizas, informes estadísticos, reformas estatutarias, constitución de sucursales o agencias, etc. (Art. 8º a 12).

Un aspecto importante de la reglamentación, que no es original del Decreto 24/98 sino adicionado por el Decreto 503/98, consiste en la precisión que se introduce acerca de la duración que puede tener el vínculo del trabajador temporal, cuando se trate de incrementos de producción, transporte, ventas o prestación de servicios: la ley establece que en esos eventos la contratación de temporales sólo puede hacerse por un término de seis meses prorrogables por seis meses más (Ley 50/90, art. 77; D.R. 24/98, art. 13). El Decreto 503/98 agregó un párrafo que dispone que si se ha cumplido el plazo de seis meses y su prórroga, y la necesidad en la usuaria subsiste, «para atender esa necesidad la empresa no podrá contratar con empresas de servicios temporales». Esta prohibición, evidentemente, busca que no se desconozcan los plazos máximos de vinculación, lo que sigue siendo uno de los problemas más serios de la actividad de las EST.

Finalmente, la reglamentación se ocupa del régimen sancionatorio de las EST. Comprende multas hasta de 100 salarios mínimos mensuales (art. 19), suspensión de la autorización de funcionamiento (art. 20) y cancelación de la autorización de funcionamiento (art. 21).

Con respecto a la reglamentación del régimen de las EST en la Ley 50/90 se ha pronunciado el Consejo de Estado. Mediante Auto del 28 de mayo de 1998, suspendió provisionalmente una norma del Decreto 24/98 que daba a los trabajadores en misión «todas aquellas prerrogativas que la empresa usuaria tenga respecto de sus propios trabajadores» (art. 3°, literal b), por exceder el marco legal de la Ley 50/90 que sólo las obliga a otorgar los beneficios que tenga la empresa usuaria en materia de transporte, alimentación y recreación¹².

Las empresas de servicios temporales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

216

Desde la regulación anterior a la Ley 50/90, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que una característica básica de las EST la constituye el ser «verdadero empleador» de los trabajadores en misión. Así lo señaló en sentencia de la Sala de Casación Laboral del 29 de octubre de 1986¹³.

Ya en vigencia de la regulación actual, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 24 de abril de 1997, con ponencia del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, ha reiterado el carácter de empleador de la EST, señalando que la empresa usuaria ejerce la potestad de subordinación frente a los trabajadores en misión, pero no por derecho propio sino en virtud de delegación o representación de la EST¹⁴.

¹² Ver *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, Bogotá, 1998, p. 1409.

¹³ Ver *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, Bogotá, 1986, p. 1003.

¹⁴ Ver *Revista Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, Bogotá, 1997, p. 683.

En este fallo, la Corte Suprema elabora su más completa jurisprudencia sobre las EST y señala que

los usuarios no responden por los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores en misión ni de su salud ocupacional, aunque en este aspecto pueden contraer obligaciones con la EST. La razón de que el usuario no deba responder por los derechos laborales de los trabajadores de la EST la explica así la Corte: «Acontece que precisamente mediante el contrato con la EST y con autorización legal, el usuario cancela un sobre costo sobre el valor real de la fuerza de trabajo que requiere para su actividad económica, a fin de hacerse irresponsable en lo que hace a la remuneración, prestaciones y derechos de los operarios. Desde luego, no se desconoce que por esta razón, entre otras, se ha cuestionado seriamente la institución, con argumentos cuya razonabilidad corresponde estudiar al legislador, mas ello no le resta validez jurídica a los preceptos que en la actualidad permiten y regulan su funcionamiento».

No obstante lo anterior, para la Corte, la ausencia de responsabilidad laboral de la empresa usuaria frente al trabajador temporal admite dos excepciones:

La primera excepción a la no responsabilidad de la usuaria frente al trabajador se da cuando la EST se sale del marco legal establecido:

Pero esta irresponsabilidad laboral del usuario con referencia a los trabajadores en misión –dice la Corte- supone que la EST funcione lícitamente... pues de lo contrario la EST irregular sólo podría catalogarse como un empleador aparente y un verdadero intermediario que oculta su calidad, en los términos del artículo 35-2 del CST», de forma que el usuario ficticio se consideraría verdadero patrono y la supuesta EST pasaría a responder solidariamente de las obligaciones laborales conforme al ordinal 3° del citado artículo del CST. Igualmente, aparte de las sanciones administrativas que procedan, el usuario se haría responsable en la forma que acaba de precisarse con solidaridad de la EST, en el evento de que efectúe una contratación fraudulenta, vale decir, transgrediendo los objetivos y limitaciones fijados por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, bien sea en forma expresa o mediante simulación. Ello por cuanto las normas que regulan el trabajo humano son de orden público, de obligatorio acatamiento y la ilegalidad o ilicitud se sanciona con la ineficacia de las respectivas estipulaciones (CST, art. 14 y 43).

Lo expresado en el conciso lenguaje jurídico de la jurisprudencia significa, en la práctica, algo de suma trascendencia que no suelen conocer las empresas usuarias de las EST: si una EST opera sin el permiso del Ministerio de Trabajo (lo que no es frecuente), o si una empresa usuaria contrata trabajadores para labores distintas de las ocasionales, de reemplazo de personal en vacaciones, licencia o incapacidad, o si la vinculación del trabajador temporal excede el término máximo de un año (lo que sucede cotidianamente), la EST deja de ser «verdadero empleador» y pasa a ser considerada «un simple intermediario que oculta su calidad». Es decir, que el empleador, para todos los efectos laborales, será la empresa usuaria; la EST, al pasar de empleador a «simple intermediario», se vuelve solidariamente responsable de esas obligaciones laborales.

El segundo caso en que la empresa usuaria puede resultar responsable como empleador frente al trabajador en misión, conforme a la jurisprudencia que se viene estudiando ocurre cuando la EST acuerda con el trabajador «*actividades paralelas ajenas totalmente a las propias del encargo a que se comprometió la EST*». A este respecto, la Corte se remite a su propio precedente del 12 de marzo de 1997, con ponencia del Magistrado José Roberto Herrera Vergara¹⁵. Se trataba del caso de una empresa industrial que contrató los servicios de una EST, la cual vinculó a un trabajador para realizar las labores propias de operario de la empresa industrial; el trabajador fue encargado por la usuaria de una labor de arreglo de tejados, en desarrollo de la cual fue víctima de accidente grave. La Corte consideró que hubo culpa patronal directa de la empresa usuaria, con esta consideración jurídica:

Estima la Sala, en consecuencia con lo dicho, que si bien en principio las empresas de servicios temporales son verdaderos patronos y responsables frente al trabajador en misión de la salud ocupacional, no es lícito ni legítimo que un usuario aproveche los servicios de esta clase de trabajadores para atribuirles funciones que escapan totalmente de los deberes propios del contrato de trabajo celebrado por el empleado con la empresa de servicios temporales y luego pretenda desconocer las naturales consecuencias del marco obligacional que surge del contrato de prestación de servicios celebrado con ésta, para así evadirse de la ineludible responsabilidad laboral que surge de su proceder culposo que origina accidentes de trabajo, los cuales deben ser reparados en la forma prescrita por el artículo 216 del Código de Trabajo.

¹⁵ Revista *Jurisprudencia y Doctrina*, Legis, Bogotá, 1997, p 507.

Y agrega la Corte:

Y si aparece diáfano —como en el presente caso— que la empresa de servicios temporales fue totalmente ajena a esa actuación apartada del objeto del contrato de prestación de servicios con la usuaria y del contrato de trabajo en misión, ella no puede reputarse subordinante en estos eventos, y por lo tanto no será ésta quien deba satisfacer las indemnizaciones pertinentes sino el empresario usuario culpable de la acción o la omisión generadora del infortunio laboral».

Concluye la Corte para el caso en estudio que, dado que el accidente de trabajo del trabajador en misión «no tuvo como causa el contrato de trabajo con la empresa de servicios temporales, ni fue responsable ésta de su ocurrencia, ni estaba en sus manos poder evitarlo», el único responsable es el usuario, quien incurrió en culpa por haber ordenado al trabajador «por fuera del contrato de trabajo en misión, un trabajo riesgoso a un servidor no capacitado para la labor».

Se concluye, entonces, a la luz de la normatividad y de la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en principio las EST son verdaderos empleadores y que las empresas usuarias no tienen obligaciones laborales frente al trabajador en misión. Pero esa regla no es absoluta, pues la jurisprudencia laboral ha señalado las situaciones en las cuales la empresa usuaria asume la condición de empleador frente al trabajador en misión.

Las empresas de servicios temporales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha tenido escasas oportunidades de examinar la constitucionalidad del marco legal de las EST en la Ley 50 de 1990. La única decisión de fondo sobre esa normatividad ha sido la sentencia C-330/95, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía, en la cual la Corte declaró ajustado a la Constitución el artículo 77 de la Ley 50/90 que regula las ocasiones en las cuales es posible que las EST contraten trabajadores en misión, es decir, para trabajos ocasionales o transitorios, para el reemplazo o incremento ocasional de personal y en cualquier otro caso de necesidad temporal se permite la contratación máxima de temporales por un año (seis meses prorrogables por otro tanto). La demandante argumentaba que las EST eran organizaciones empresariales como cualesquiera otras, de modo que «la limitación de su capacidad de contratación con sus clientes no tiene

justificación ni explicación», por lo cual estimaba que la norma violaba la libertad de empresa y el principio de igualdad constitucional. La Corte consideró que no existía tal violación de las normas constitucionales señaladas, por cuanto «es claro que la finalidad de la norma es la protección de los trabajadores para que las empresas no abusen de la posibilidad de contratar trabajadores temporales haciendo a un lado los permanentes». La Corte consideró, además, que los tres casos en que se permite la contratación son «razonables», y en especial la limitación temporal del vínculo, que la Corte destaca como un propósito expreso de la Ley 50/90¹⁶

En cuanto a sentencias de revisión de tutelas, la Corte Constitucional ha estudiado diversas situaciones respecto de las EST en relación con los derechos fundamentales. El tema ha sido analizado directa o indirectamente en sentencias como las siguientes: T-739/98, T-1562/00, T-1101/01 y T-1280/01. De las sentencias de tutela mencionadas, la T-1101/01 señala en forma bastante completa la apreciación de las EST a la luz de la Constitución, así como la problemática práctica que las mismas registran.

En la sentencia T-1101/01, con ponencia del Magistrado Manuel José Cepeda¹⁷, la Corte estudió en revisión un caso de una trabajadora contratada por una EST para realizar labores en la usuaria, habiendo prestado sus servicios durante siete meses; a la trabajadora le fue terminado el contrato de trabajo «por finalización de la obra o labor», pese a que había notificado su estado de embarazo, y sin que la EST hubiera solicitado permiso al Ministerio del Trabajo para proceder al despido. Las pruebas practicadas por la Corte aportaron otros datos de interés: que la usuaria ha contratado los servicios de la temporal implicada en el caso y de otras EST para atender incrementos de producción por períodos de tiempo superiores a los autorizados por la ley; además, se estableció la precariedad de los mecanismos de vigilancia y control aplicados por el Ministerio a las EST. Las tesis más importantes de esta sentencia, desde el punto de vista que se viene estudiando, son las siguientes:

a) La Corte Constitucional reitera su jurisprudencia sobre la «estabilidad laboral reforzada» que tiene la trabajadora embarazada, así como la trascendencia constitucional de esa protección. Destaca la Corte que como consecuencia de ese derecho de estabilidad, «se restringe la autonomía de la voluntad contractual entre el empleador y su trabajadora», por lo cual aún la terminación del contrato por extinción del plazo fijo pactado resulta contraria a la Constitución. Recuer-

¹⁶ Además de la sentencia examinada, la Corte Constitucional ha proferido las sentencias C-358/99 y C-1113/01, en las cuales se demandaron normas del régimen legal de las EST. La Corte produjo en ambos casos sentencias inhibitorias por deficiencias en la argumentación constitucional de las demandas.

¹⁷ *Revista Tutela*, Tomo III, p. 317. Legis, Bogotá, 2002.

da la Corte que aunque la tutela no es el mecanismo normal para obtener reintegro laboral, en estos casos de protección a la maternidad sí procede como mecanismo transitorio de protección.

b) Destaca luego la Corte que esta protección constitucional a la maternidad procede «cualquiera que sea el tipo de contrato que da origen a la relación laboral, incluida la modalidad de contrato de servicios temporales». Luego de examinar brevemente el marco legal de las EST pasa a analizar el caso concreto y encuentra que en ese caso, no hubo los «incrementos de producción» que se tuvieron como causa de la contratación, ni que la causa de la terminación del contrato de trabajo entre la trabajadora y la EST haya sido la «finalización de la obra para la cual fue contratada», por lo cual concluyó que «la razón de la terminación del contrato con la actora fue su embarazo».

c) Posteriormente sienta la Corte un criterio importante: considera que cuando la irregularidad de la contratación de servicios temporales y la vulneración de derechos es tan evidente, «*se desvirtúa el carácter de trabajo temporal y las prerrogativas de ese tipo de contratos*». Por eso concedió la tutela ordenando el reintegro de la trabajadora al lugar de trabajo en la empresa usuaria «*si su solicitud de trabajadores temporales sigue vigente*», o en cualquiera de las empresas clientes de la EST «*que desarrollen actividades en el mismo sector de producción*» de la usuaria.

d) Finalmente la Corte, a partir del caso en estudio, cuestiona la realidad del trabajo a través de EST en Colombia y en particular las siguientes prácticas frecuentes e ilegales: la subrogación sin restricciones entre empresas temporales para eludir el límite legal a la contratación; la contratación de temporales para actividades que no son temporales sino necesarias y propias de la producción de las usuarias; la ausencia de efectivos controles administrativos del Ministerio de Trabajo, etc. Por esas razones, la Corte ordenó al Ministerio que en un plazo de seis meses (que ya han trascendido), diseñe, adopte y ejecute

un programa que garantice efectivamente los derechos de los trabajadores temporales y establezca los correctivos necesarios que eviten que las empresas de servicios temporales y sus usuarias incurran en graves irregularidades para beneficiarse de las ventajas que ofrecen este tipo de contratos.

Reflexiones finales

Como puede observarse, las decisiones de la jurisprudencia acerca de la problemática del empleo a través de las EST, marcan importantes tendencias: Con la orden al Ministerio de Trabajo de fortalecer la política de vigilancia y control de esta actividad, es de esperar que en el futuro próximo haya una más eficiente actitud por parte de esa dependencia. Además, tanto la juris-

prudencia de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional destacan que la actividad de las EST tiene unas importantes ventajas legales, que están condicionadas al respeto estricto al marco legal de su actividad, de modo que si hay excesos o desconocimientos de ese marco legal, desaparecen esas ventajas normativas y habrá responsabilidades directas de la empresa usuaria con los trabajadores temporales.

DERECHO COMUNITARIO EUROPEO

LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA -SEA QUE LA INTERPRETEMOS TAN SÓLO COMO una intensificación de tendencias de largo alcance, o como un giro abrupto hacia una nueva configuración transnacional del capitalismo-, comparte rasgos inquietantes con todos los procesos de modernización acelerada. Los rápidos cambios estructurales distribuyen los costos sociales de manera más desigual, y acrecientan las brechas de rango entre ganadores y perdedores, al infligir generalmente más carga sobre el corto plazo, y asegurar los beneficios mayores sólo a largo plazo. La última ola de globalización económica no procedió de una evolución inherente del sistema; fue, en gran medida, el resultado de sucesivas rondas del GATT, es decir, de una acción política consciente. Por lo tanto, los gobiernos democráticos deberían tener la oportunidad, por lo menos en principio, de contrarrestar las indeseables consecuencias sociales de la globalización por medio de políticas sociales e infraestructurales complementarias. (...) Como lo hace notar Göran Therborn, «el camino de Europa hacia la modernidad y a través de ella ha dejado también cierto legado de normas sociales que reflejan la experiencia europea sobre clase y género... Negociaciones colectivas, sindicatos, servicios sociales públicos, los derechos de los niños y de las mujeres han sido apoyados legalmente más en Europa que en el resto del mundo contemporáneo. Están expresados en documentos sociales de la Unión Europea y del Consejo de Europa»

Jürgen Habermas.

Why Europe Needs a Constitution:

<http://www.newleftreview.net/NLR24501.shtm>

¿Por qué necesita Europa una Constitución?

Jürgen Habermas

Servicio público y realidades económicas: del siglo XIX al derecho comunitario europeo

Marceau Long

¿POR QUÉ NECESITA EUROPA UNA CONSTITUCIÓN?*

JÜRGEN HABERMAS

In this article, Jürgen Habermas addresses the role a European Constitution can play in the process of European integration. After considering the reasons that motivated integration, the author suggests that economic interest, which has been a powerful reason, will not be sufficient to mobilize political support for the project of a true political union. What can mobilize Europeans, Habermas says, is appealing to emotions rather than interests, and this could be done by gathering people to defend their way of life from the kind of society that is promoted by dominant economic models. A constitutional debate, aroused by a popular referendum, could seize the imagination of Europeans and give a cultural thrust to integration. Habermas presents the Eurosceptic argument that a European Constitution would not work because «there is as yet no European people,» and refutes this argument by distinguishing between a «nation of citizens» and an ethnic «nation of the people.» He finishes with three elements that are important for integration: a strong European Parliament, a European public sphere, and a shared political culture.

Se da un peculiar contraste entre las expectativas y demandas de los europeos de la «primera hora» quienes, apenas finalizada la Segunda Guerra Mundial, apostaron por la unión política de Europa y delinearon su proyecto, y las de aquellos otros que se enfrentan a la tarea de continuar ese proyecto ya en camino.

*Conferencia pronunciada el 26 de Junio de 2001 en el marco de la octava *Hamburg Lecture*, una serie de discusiones organizada conjuntamente por la Universidad de Hamburgo, el Primer Alcalde de la Ciudad Libre y Hanseática de Hamburgo, y la Fundación ZEIT Ebelin y Gerd Bucerius. Precedente agradece a la dirección de *Diálogo Científico*, Revista semestral de Investigaciones Alemanas sobre sociedad, derecho y economía (publicación del *Zentrum für Wissenschaftliche Kommunikation mit Ibero-Amerika* en colaboración con *Inter Nationes Goethe Institut*, Munich) la amable autorización para reproducir este artículo, aparecido en el vol. 10, Nº 1/2, 2001.

Aquí llama la atención no sólo la diferencia de tonalidades retóricas, sino también el contraste en los objetivos. Mientras que la generación de los pioneros hablaba abiertamente de los «Estados Unidos de Europa» y no reparaba en compararlos con los Estados Unidos de América, la discusión actual se ha independizado de tales modelos. Incluso el mismo término «federalismo» es objeto de escándalo. Podemos preguntarnos si este cambio del clima político es sólo expresión de un sano realismo -como resultado de un proceso de decenios- o, por el contrario, de un contraproducente desaliento o incluso de un simple derrotismo.

Nuestra actual situación europea no es comparable a la de los *federalists* de antaño o a la de los miembros de la *Assamblée nationale*. A fines del siglo XVIII, los padres constitucionales en Filadelfia y los ciudadanos revolucionarios en París fueron iniciadores y partícipes de una praxis inaudita hasta entonces jamás vista en el mundo. Tras dos siglos de praxis constitucionalista no sólo caminamos por senderos bien pisados, sino que la pregunta por la constitución tampoco es ya la clave del problema pendiente de solución. Más aún: el desafío ya no es inventar algo nuevo sino mantener, en un formato distinto, los grandes logros del Estado nacional europeo más allá de sus fronteras nacionales: lo único aquí nuevo es la entidad que va a surgir por esa vía.

Se habrán de conservar las condiciones materiales de la vida, las oportunidades de educación y de ocio productivo, los espacios creativos sociales, los únicos en otorgar su valor útil a la autonomía privada y que hacen así posible la participación democrática. Por otro lado, no deberíamos subvalorar el peso simbólico de la circunstancia de que entretanto se haya iniciado un debate en torno a la constitución. En cuanto ente político común, Europa no puede quedar arraigada en la conciencia de sus ciudadanos sólo bajo la forma del euro. Y al acuerdo intergubernamental de Maastricht le falta aquella pujanza necesaria para consolidarse en símbolo, una pujanza que sólo puede encarnar un acto político fundacional

Hasta la generación de Helmut Kohl, la mayor fuerza impulsora hacia la integración era el deseo de poner fin a la historia de las guerras sangrientas en Europa. Otro motivo adicional, también compartido por Adenauer, era una integración de Alemania que debía suavizar la desconfianza, históricamente justificada, frente a esta nación en el centro de Europa, políticamente lábil pero económicamente de nuevo fortalecida.

Pese a que hoy todas las partes están convencidas de que definitivamente se ha logrado el primero de estos dos objetivos, la meta del aseguramiento de la paz sobrevive en un contexto totalmente distinto. En el curso de la guerra de Kosovo ha quedado clara una sutil diferencia en lo que respecta a la justificación de la intervención humanitaria. Los EE UU y Gran Bretaña consideraban las operaciones de la OTAN desde la perspectiva de sus preferencias nacionales, ampliadas con objetivos propios de la política de derechos humanos. Por el contrario,

los Estados continentales parecían orientarse más a la luz de los principios de un futuro derecho mundial de los ciudadanos, que por la actualidad de las necesidades de orden político tal como éstas se presentan a una superpotencia que piensa a escala global.

Respecto a las transformaciones estructurales de las relaciones internacionales existen buenas razones para que la Unión Europea, apoyada en un ejército propio, hable con una sola voz en cuestiones de política exterior y de seguridad, a fin de que sus propias concepciones sean más consideradas en la OTAN y en el Consejo de Seguridad de la ONU.

La otra meta, la integración de una Alemania vista con recelo dentro de una pacífica Europa, puede que haya perdido plausibilidad en nuestro país si consideramos sus sólidas instituciones democráticas y las difundidas mentalidades liberales. Sin embargo, la reunificación de este pueblo de 82 millones de habitantes ha reavivado viejos temores de una eventual recaída en los sueños y tradiciones imperiales del *Reich* alemán.

Ninguno de los dos motivos mencionados contaría hoy como razón suficiente para una integración más fuerte de Europa. Sin embargo, desde el inicio existió ya un tercer interés, directamente económico, en la unión económica europea. Desde la Comunidad del Carbón y el Acero del año 1951 y desde la fundación de la Comunidad Económica Europea y Euratom en 1958, se han ido integrando cada vez más países a través del libre intercambio de personas y bienes, de capital y de prestaciones de servicios -un proceso que se ha consumado con el establecimiento del Mercado Común y la introducción de una moneda común.

Las expectativas económicas no bastan sin embargo como motivo para movilizar en la población el apoyo político para el arriesgado proyecto de una unión que realmente mereciera tal nombre. Para ello se precisa de orientaciones valorativas comunes. Ciertamente que la legitimidad de un régimen depende también de su eficiencia. Pero innovaciones políticas tales como la creación de un Estado de Estados nacionales, necesitan la movilización política para metas que apelan no sólo a los intereses sino también a los sentimientos.

Nuevas Constituciones han sido hasta ahora respuestas históricas a situaciones de crisis. ¿Pero dónde están las crisis a las que tendrían que enfrentarse las sociedades de Europa occidental que, en su conjunto, bien pueden ser calificadas como de bienestar y pacíficas? Las sociedades en transformación de Europa oriental central, interesadas en ingresar en la Unión Europea, tienen que enfrentarse de hecho a los desafíos extremos propios de una ruptura de sistema -pero su respuesta fue el retorno al estado nacional-. En estos países no se detecta ningún entusiasmo por transferir a instancias europeas esos derechos soberanos que acaban de recuperar.

En vista de la falta de motivación en ambas partes, se hace tanto más patente la insuficiencia de razones exclusivamente económicas. Éstas se han de asociar

a ideas de índole totalmente distinta para lograr, en los Estados miembros, mayorías para un cambio del *status quo* político; por ejemplo, con la idea de la preservación de una específica cultura y forma de vida hoy amenazada.

La gran masa de los ciudadanos europeos se siente unida en el interés por defender una forma de vida que ellos pudieron desarrollar en las regiones favorecidas a este lado de la «cortina de hierro» durante el segundo tercio del siglo pasado, o sea, en «los años dorados», según Eric J. Hobsbawm¹. Sin duda, un rápido crecimiento económico echó los fundamentos de un Estado social en cuyo marco se regeneraron las sociedades europeas de postguerra. Pero como resultado de esa generación sólo cuenta una cosa: modos de vida en los que sobre la base del bienestar y de la seguridad se ha ido diferenciando la riqueza y la diversidad nacional de una cultura atractivamente renovada que lleva siglos de antigüedad.

Las ventajas económicas de la unificación europea cuentan como argumento para una mayor ampliación de la UE solo en el contexto de un fuerte atractivo cultural que va mucho más allá de la dimensión económica. Las amenazas para esta forma de vida, y el deseo de preservarla, estimulan la visión de una futura Europa dispuesta a aceptar de nuevo, innovativamente, los desafíos actuales.

El primer ministro francés, en su grandioso discurso del pasado 28 de Mayo, ha señalado este «modo de vida europeo» como contenido del proyecto político: «Hasta hace poco, los esfuerzos de la Unión se concentraban en la creación de la unión monetaria y económica..., pero hoy se precisa de una perspectiva más amplia, de lo contrario Europa degenerará en un mero mercado y se ablandará en la globalización. Porque Europa es mucho más que un mercado. Europa representa un modelo de sociedad que ha ido creciendo en la historia.»

228

¿Pero pueden nuestros pequeños o medianos Estados nacionales, por sí solos, mantener la capacidad de acción para resistir al destino de una subrepticia asimilación al modelo de sociedad que les insinúa el régimen económico hoy reinante en el mundo? Este modelo, en términos polémicos, está marcado por cuatro momentos:

- por la imagen antropológica del ser humano como un empresario que decide racionalmente, que explota su propia fuerza de trabajo;
- por la imagen social moral de una sociedad postigualitaria que se resigna a la existencia de marginalizaciones, recusaciones y exclusiones;

¹ «Los años dorados» es el título del capítulo IX del libro de Hobsbawm, *Historia del siglo XX*, Buenos Aires, Crítica Grijalbo Mondadori, 1998 (Nota de *Precedente*).

- por la imagen económica de una democracia que reduce a los ciudadanos de un Estado a la condición de miembros de una sociedad de mercado y redefine al Estado como empresa de prestación de servicios para clientes y parroquianos;

- finalmente, por la pretensión estratégica de que no existe mejor política que la practicada por él mismo.

Estas son piezas de una imagen neoliberal del mundo que, si no me equivoco, no se adapta bien a la concepción normativa que hasta ahora los europeos tenían predominantemente de sí. ¿Qué lectura del proyecto de unificación europea insinúa este diagnóstico? En la medida en que los europeos quieran balancear las indeseables consecuencias sociales de crecientes desigualdades distributivas, e influir en una cierta renovada regularización de la economía mundial, tendrán también que tener un interés en el potencial constitutivo que lograría una Unión Europea capaz de ejercicio político en el círculo de los *global players*.

El actual debate sobre la reforma ha sido provocado por el dilema de la «crisis de la ampliación». Con la fecha para el ingreso de los Estados del este europeo, la UE misma se ha sometido a la presión de una reforma. La ampliación de la Unión a doce países, en términos económicos y sociales relativamente heterogéneos, incrementa la complejidad de una necesidad de regulación y sintonización que no puede ser resuelta sin una ulterior integración o «profundización».

La Conferencia de Niza no ha resuelto este atasco reformista. No se ha logrado convertir el actual problema de la ampliación en la palanca para la elaboración de problemas estructurales con base más profunda. Aquí se trata, por un lado, del desequilibrio entre la imbricación económica y la política - densa la primera y más bien relajada la segunda - y, por otro, del déficit democrático de los procesos de decisión de Bruselas.

La discrepancia entre la avanzada integración económica y la retardada integración política podría ser superada por una política que apuntara a la construcción de capacidades políticas de acción en un nivel más alto, ya que quiere guardar el paso con los mercados desregularizados. Desde esta perspectiva, el proyecto europeo aparece como el intento común de los gobiernos nacionales de recuperar en Bruselas algo de la capacidad de intervención que cada uno de ellos ha perdido en casa. Así lo ve al menos Lionel Jospin que exige para la eurozona un gobierno económico así como, a largo plazo, una armonización de toda la imposición fiscal a las empresas.

La coordinación de más ámbitos de la política significa naturalmente una concentración de competencias, la cual hace todavía más agudo un dilema. La densidad de decisiones europeas, la impenetrabilidad de su gestión y la faltante oportunidad para los ciudadanos europeos de participar en los procesos de decisión, provocan desconfianza en la base.

Claus Offe ha estudiado los temas y los complejos necesitados de regulación que despiertan temores en cada una de las naciones y provocan rivalidades entre ellas. Las preocupaciones apuntan en primera línea a los efectos fiscales de redistribución, que podrían suponer una desventaja para los propios compatriotas y un beneficio para otras naciones. También despiertan temores las corrientes migratorias desde países extraños, y las corrientes inversoras que fluyen hacia países extraños. Offe describe la actual situación de las relaciones entre las naciones que pertenecen a la UE como un «estado natural pacífico». Tal estado sólo podría ser superado, según él, con una «formación de Estados» europea, pero que no debería orientarse por el patrón del Estado nacional.

Los euroescépticos rechazan un cambio de la base de legitimación de acuerdos internacionales hacia una constitución europea, argumentando que «no existe un pueblo europeo», tal como escribe el ex juez constitucional Ernst-Wolfgang Böckenförde. Lo que parece faltar es el debido sujeto de un proceso constituyente, es decir, ese singular colectivo del «pueblo» que podría constituirse a sí mismo como una nación de ciudadanos.

Esta «*no-demos-thesis*» ha sido criticada por razones conceptuales y empíricas. La nación de los ciudadanos no debe ser confundida con una comunidad de destino pre-política, marcada por un origen, lengua e historia comunes, puesto que con ello se erraría el carácter voluntarista de una nación de ciudadanos, cuya identidad colectiva no existe, ni antes ni en absoluto, independientemente del proceso democrático del que ella surge.

En este contraste de nación de ciudadanos y nación de pueblo se refleja el gran logro del Estado nacional democrático que con el *status* de la ciudadanía ha generado por primera vez una solidaridad totalmente nueva, una solidaridad abstracta, mediada a base del derecho.

Aun cuando la lengua y forma de vida comunes han facilitado este proceso de formación de una conciencia, no se puede deducir de la circunstancia de que democracia y Estado nacional se hayan desarrollado al mismo paso, que el pueblo tenga la prioridad frente a la república. Más bien se trató de un proceso circular en cuyo curso fueron estabilizándose recíprocamente conciencia nacional y ciudadanía democrática. Ambas han dado lugar conjuntamente al nuevo fenómeno de una solidaridad entre ciudadanos que desde entonces constituye el aglutinante de las sociedades nacionales.

A raíz de esta historia de la génesis de los Estados nacionales europeos, se puede aprender que las nuevas formas de la identidad nacional tienen un carácter artificial que se ha ido formando bajo determinados condicionantes históricos en el curso de un largo proceso que se extiende por todo el siglo XIX. Esta formación de identidad se debe a un doloroso proceso de abstracción, que ha llevado desde las identidades locales y dinásticas a las identi-

dades nacionales y democráticas. Si esto es así, no hay entonces razón alguna para suponer que la formación de un tal tipo de solidaridad ciudadana habría de detenerse en las fronteras del Estado nacional.

Las condiciones bajo las que surgió la conciencia de nación nos recuerdan por lo demás los requisitos empíricos que han de ser cumplidos para que una formación de identidad tan improbable pueda difundirse también más allá de las frontera nacionales: en *primer* lugar, la necesidad de una sociedad europea de ciudadanos; en *segundo* lugar, la construcción de una esfera pública política en toda Europa; y, *tercero*, la creación de una cultura política que pueda ser compartida por todos los ciudadanos de la UE.

Estos tres requisitos funcionales de una Unión Europea democráticamente constituida se pueden entender como puntos de referencia de desarrollos complejos pero convergentes. Estos procesos pueden ser acelerados a través de una constitución que tiene un efecto en cierto modo catalizador, y ser dirigidos hacia el punto de convergencia. Por así decir, Europa tiene que volver a aplicarse reflexivamente a sí misma la lógica de aquel proceso circular en el que se generaron recíprocamente el Estado democrático y la nación. En los inicios estaría un referendo sobre la constitución, que pondría en marcha un gran debate en toda Europa. El proceso constituyente es ya en sí un peculiar medio de comunicación allende las fronteras. Tiene el potencial de una *selffulfilling prophecy*. Una constitución europea no sólo haría manifiesto el desplazamiento del poder que, tácitamente, ya ha tenido lugar; también promovería nuevas constelaciones de poder.

*Primer*o: una vez que la Unión Europea se hiciera financieramente autónoma, la Comisión asumiera las funciones de un gobierno y el Consejo llegara a ser como una segunda cámara, el Parlamento Europeo atraería mayor atención hacia un ejercicio mejor establecido, y más visible, de competencias que ya ahora son notables. Para ello ni siquiera se precisa, inicialmente, la plena soberanía presupuestaria de las clásicas representaciones populares.

El eje de la política se inclinaría más desde las capitales nacionales hacia Bruselas y Estrasburgo. Además, los intereses organizados de acuerdo al sector económico y grupo profesional, a la confesión religiosa e ideología política, a la clase, región y sexo, se fusionarían por encima de las fronteras nacionales. La perceptible superposición transnacional de intereses paralelos fomentaría el surgimiento de un sistema de partidos europeos y de redes allende las fronteras. De esta manera, las formas territoriales de la organización serían convertidas en principios funcionales, de modo que surgirían condiciones de asociación que podrían formar el núcleo de una sociedad civil en toda Europa.

Segundo: no habría remedio para el déficit de legitimación, sin embargo, sin la existencia de una vasta esfera pública europea, es decir, sin una red que diera a todos los ciudadanos de los Estados miembros igual oportunidad de

tomar parte en un proceso incluyente de comunicación política. En sociedades complejas, la legitimación democrática requiere un contacto recíproco de procesos de deliberación institucionalizada y de toma de decisiones en los parlamentos, cortes e instancias administrativas -por un lado-, y de un proceso abarcador de comunicación informal masiva. Ocurre que tales espacios de formación pública de opinión y voluntad, de momento sólo se dan dentro de algunos Estados nacionales. Pero no hay que imaginarse la vasta esfera pública europea como la proyección de un diseño familiar que se desplaza desde lo nacional hacia un nivel europeo. Ella habrá de surgir más bien de una apertura recíproca de los existentes universos nacionales que dé lugar a una interpenetración de comunicaciones nacionales que se trasladan con reciprocidad. Los medios nacionales de un país habrán de recoger y comentar la sustancia de las controversias que tienen lugar en otros Estados miembros. Así será posible que en todos los países se vayan formando opiniones paralelas, a favor y en contra, sobre un mismo tipo de objetos, informaciones y razones, independientemente de cuál sea su procedencia. El hecho de que las comunicaciones que aquí fluyen horizontalmente de un lado a otro hayan de pasar por el filtro de las traducciones recíprocas no merma su significación esencial.

Tercero: la generación de una opinión pública europea depende de las intervenciones vitales de actores de la sociedad civil. Al mismo tiempo, una vasta esfera pública europea necesita también de estar enmarcada dentro de una cultura política compartida por todos. Esta exigencia vastamente percibida ha estimulado un preocupado debate entre los intelectuales, debido a que ha sido difícil separar la pregunta «¿Qué es Europa?» del hecho de que las realizaciones de la cultura europea -que, de hecho, no reflexionó sobre sí misma hasta los siglos XVIII y XIX- se han difundido por todo el globo. El cristianismo, la ciencia moderna y la tecnología, el derecho romano y el Código de Napoleón, el Estado nacional, la democracia y los derechos humanos se difundieron por todo el mundo desde Europa. Mencionemos además dos experiencias específicas de nuestros países que han tenido un eco digno de atención. En su historia, Europa ha sido confrontada más que otras culturas con conflictos y tensiones de profundas raíces y estructuralmente afianzados, y ello tanto en lo que concierne a la dimensión social como a la temporal. De ahí se explica sin duda también su agresiva disponibilidad a la expansión y su alto potencial de violencia. Pero los europeos también han reaccionado productivamente ante tales desafíos y aprendido en ello sobre todo dos cosas: a vivir con conflictos duraderos estabilizados, y a adoptar una postura reflexiva frente a sus propias tradiciones.

En la dimensión social, la Europa moderna ha desarrollado procedimientos e instituciones para el tratamiento de conflictos intelectuales, sociales y

políticos. En el curso de dolorosos y con frecuencia fatales conflictos, Europa ha aprendido a valérselas en medio de la competencia entre poderes religiosos y seculares, de la separación entre fe y conocimiento, de la endémica contienda entre las confesiones y, al final, también de la hostilidad y rivalidad entre belicosos Estados nacionales. Esto lo hemos logrado no por haber solucionado tales conflictos, sino por haberlos perpetuado a través de la ritualización, y convertido en fuente de energías innovadoras.

A las fracturas, discontinuidades y tensiones experimentadas en la dimensión temporal, inherentes a todo proceso de modernización, la Europa de la Revolución francesa respondió con el establecimiento de un certamen ideológico entre los partidos políticos. El clásico sistema de partidos cuida de la reproducción de un amplio espectro de interpretaciones conservadoras, liberales y socialistas de la modernización capitalista. Como consecuencia de la heroica apropiación intelectual de un patrimonio judío y griego, romano y cristiano, incomparablemente rico, Europa ha aprendido cómo adoptar repetidamente una postura sensible frente al rostro jánico de la modernidad.

En todo caso, el universalismo igualitario e individualista que hasta hoy marca nuestra autocomprensión normativa, no es la más ínfima entre las conquistas de la modernidad europea. El hecho de que la pena de muerte siga siendo practicada en otros lugares, hasta en los Estados Unidos, nos hace recordar rasgos específicos de nuestra propia conciencia normativa.

Lo que integra el núcleo de la identidad europea es naturalmente más el carácter de dolorosos procesos que su resultado. El recuerdo del abismo moral a que nos llevó el exceso nacionalsocialista, confiere a nuestro actual compromiso el rango de una conquista. Este trasfondo histórico podría allanar la transición hacia una democracia postnacional apoyada en el reconocimiento recíproco de las diferencias entre orgullosas culturas nacionales. Ni «asimilación» ni mera «coexistencia» (en el sentido de un tambaleante *modus vivendi*) son los modelos adecuados a esta historia - una historia que nos ha enseñado cómo poder establecer siempre formas más abstractas de una «solidaridad entre extraños».

La población que en su mayoría tiene una actitud de rechazo o, al menos, vacilante, podrá ser ganada para Europa sólo si el proyecto es disociado de la descolorida abstracción de las medidas administrativas y conversaciones entre expertos, es decir, si el proyecto es politizado. Los intelectuales no han recogido la pelota, y los políticos, muy en especial, tampoco quieren quemarse los dedos al tocar un tema poco popular.

Tanto más notable es por ello que el discurso de Joschka Fischer en la Universidad Humboldt de Berlín (12 de Mayo de 2000) haya significado un empujón hacia un debate sobre la constitución. A una pregunta sobre cómo

establecer el enlace correcto entre la Europa de los Estados y la Europa de los ciudadanos, han reaccionado con propuestas propias Chirac y Prodi, Rau y Schröder. Pero ha sido Jospin quien ha dejado bien claro que una reforma de procedimientos e instituciones no logrará su objetivo antes de que el contenido del proyecto político tenga perfiles más precisos.

SERVICIO PÚBLICO Y REALIDADES ECONÓMICAS: DEL SIGLO XIX AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO¹

MARCEAU LONG

Public service directs us to the concept we have of the State. The natural field of action Duguit assigned to public service left a wide margin for interpretation and evolution, which is indispensable for social inter-dependence. Security and order are indispensable, as well as satisfying basic economic, social and cultural needs. The answer of States and the «international community» to the September 11 attack in New York against terrorism, and also the fear of an increase in violence suggest a return to the Protective State, because its quality is order. Even when, with the rise of civil society, the European Community, and the institutions of the international society, it does not become the only guarantee of public interests, it is so that State that we turn, during globalization, to preserve the social pact to prevent it from tearing apart.

Más de cuarenta años de una carrera iniciada con la Auditoría del Consejo de Estado y terminada con su vicepresidencia me han dado la oportunidad – que ha sido para mí un gran honor– de conocer bien los servicios públicos y muchas formas del servicio público. Reales y de gestión real², ante todo en el

¹ Este artículo apareció originalmente en el número correspondiente a noviembre-diciembre de 2001 de la *Revue Française de Droit Administratif* (RFDA), con el título «Service public et réalités économiques du XIX siècle au droit communautaire». Precedente agradece la amable autorización del autor y del editor Dalloz para publicarlo en estas páginas. Agradece también a la *Maison Franco Andine du droit - Casa Franco-andina del derecho* la selección del artículo y el trámite para la autorización.

² *Régaliens et de gestion régaliennne*: la expresión sirve para calificar un poder, un derecho, una gestión, una función, un vínculo, que el Estado establece o ejerce con su propia autoridad. En Francia, el Ministère de l'Énvironnement (ministerio del Medio Ambiente), por ejemplo, puede ser considerado como un ministerio *régalien* en cuanto negocia directivas, prepara leyes, edita reglamentos, vigila el cumplimiento de los mismos, ejerce misiones de policía y de control, repara los daños cuando no ha podido llevar a cabo una política plena de prevención y de protección del ambiente. La expresión tiene sus raíces en el latín medieval: *jura regalia*: derechos reales (siglo XII); los derechos inherentes a la monarquía. De allí, el vocablo del derecho antiguo *regale*. (Precedente agradece a Elisabeth Lager y a Jean Paul Margot el contenido de esta nota).

Consejo de Estado, por supuesto, alrededor de quince años; en asuntos extranjeros – el ministerio y una embajada–(5 años); la Dirección de la Función Pública (6 años); el Secretariado general para la administración del Ministerio de Defensa (6 años), el Secretariado general de gobierno (8 años). No me atrevo a clasificar mi presidencia de la Oficina de Radio y Televisión de Francia (ORTF) de octubre 1974 a enero 1975 como parte de este largo período de gestión pública ya que estaba también al servicio de la cultura, de la información, del espectáculo (...), algo muy lejano de lo que había conocido hasta entonces. Como a mis predecesores, el Secretariado general del gobierno me abrió las puertas del sector público: público aún, pero administrado según los métodos de la industria y el comercio. Primero en una sociedad de economía mixta – Air Inter – en la que el sector privado poseía el tercio del capital, y Air France el resto, la SNCF, la Caja de Depósitos, el Crédito Lionés y las cámaras de comercio. Finalmente una sociedad anónima en la que el Estado poseía, en esa época, más del 98% del capital, Air France, celosa de su independencia frente a ese Estado, cuyo apoyo aunque le imponía restricciones, constituía -con sus propios resultados, los de sus pilotos, ingenieros, y su personal comercial- los elementos capitales de su rango y de su prestigio internacional.

No creí venir a menos, ni traicionar ese pasado, al aceptar, después de haber sobrepasado el límite de edad, la presidencia de una *fundación de empresas*, independiente de los sindicatos de servicios públicos industriales y comerciales, de sus federaciones, y de su Unión (UNSPIC), y que tenía por objetivo el desarrollo de la gestión delegada del servicio público y su profundización. La gestión delegada de los servicios públicos es en el mundo, particularmente para el Banco Mundial, uno de los grandes modelos, que debemos apoyar en la competencia con modelos anglosajones -especialmente la familia del *Built Operate Transfer* (BOT)- apoyados por la *Private Finance Initiative* (PFI), los modelos continentales (alemán, español) y la privatización.

Al hacerlo en interés de la expansión de concepciones que se remontan a nuestras más antiguas tradiciones jurídicas, permanecemos en la línea del servicio público. La historia del derecho nos hace constatar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha construido los principios del servicio público a partir de concesiones tales como eran y tales como deberían ser: formados en los moldes de concesiones de canales, de ferrocarriles, de agua, de gas, electricidad, en innumerables especies desde hace varios siglos. Pero no dejemos fijada una pieza esencial de nuestro sistema económico y político en los rasgos de una época. No empobrecamos el servicio público; más bien tratemos de enriquecerlo. Dentro de esta perspectiva, las diferencias que creemos subrayables entre el concepto francés y el concepto comunitario del servicio público resultan relativizadas en justa medida. En el concepto jurídico francés, el Estado es el depositario de la soberanía nacional que pertenece al pueblo y que éste ejerce conforme a la

Constitución. Ella determina las estructuras de los órganos que aseguran su funcionamiento, la extensión y los límites de los principios del preámbulo de la Constitución. Esta misión del Estado implica inicialmente que dispone del poder público con el fin de poder prescribir, y si es necesario, sancionar. Este fundamento del derecho público se ha sido enriquecido desde que cobró relieve propio el concepto de servicio público: el Estado no puede limitarse a ordenar y a sancionar. Existen en la sociedad necesidades por satisfacer que son comunes a todos, o a una parte de sus miembros; necesidades de toda índole, que varían en el tiempo y el espacio y que, cuando se tornan vitales para la comunidad, son asumidas por la autoridad política. Si reglamentar y sancionar no basta para satisfacerlas, y si la sociedad civil misma no ha tomado la iniciativa, la autoridad toma en sus manos la satisfacción social de la necesidad. Ese es el origen del servicio público, de los servicios públicos.

La función de servicio público «de servicio de interés general que incluye el servicio de interés económico general» ha existido antes de que se hubiesen clasificado categorías de la misión; el servicio público existía antes de que existieran los «servicios públicos». Por eso es que el servicio público ha sido construido por la jurisprudencia a partir de las concesiones, contratos por medio de los cuales en el siglo XIX el Estado y las colectividades locales, habiendo definido y organizado la misión y reservándose su control, confían la ejecución a la iniciativa privada (ferrocarriles por ejemplo; después: gas, electricidad y agua...), cuando no se encargan ellos mismos directamente, que era lo que sucedía más a menudo; el Príncipe no disponía, hasta hace dos o tres siglos, de los hombres y de los medios para una gestión directa. A principios del siglo XX, Duguit podía escribir entonces: «El Estado no es, como han querido hacerlo creer y como se ha creído durante algún tiempo, una potencia que da órdenes, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes (...) El servicio público es un servicio de interés colectivo que crea el lazo social». En la misma época, lo que llamamos las grandes «leyes del servicio público» – igualdad, continuidad, adaptabilidad, neutralidad – eran impuestas por la jurisprudencia. Hoy, el concepto de servicio público está confrontado tanto con la evolución de la sociedad francesa, que ya no es la misma de antes de la primera guerra mundial, como con las exigencias de la Comunidad europea.

1. El servicio público frente a las evoluciones económicas, sociales e ideológicas

El último tercio del siglo XX sometió a «examen al servicio público» en el mismo momento en que la construcción comunitaria tenía como efecto minar su substancia. Los servicios públicos conocieron a finales del siglo XIX y hasta mediados del siglo XX un crecimiento irresistible. A los servicios públicos reales tradicionales, o de soberanía, se fueron añadiendo los servicios económicos y, des-

pués, los servicios públicos sociales y culturales. Para llevar a buen término el desarrollo de estos servicios, el grupo de colectividades públicas, y especialmente el Estado, recurrieron, según los sectores y los períodos, a métodos extremadamente diversificados de gestión: a menudo empezaron por la concesión con la gestión directa, la administración de rentas, que habiendo obtenido la personalidad moral recibió el rango de establecimiento público; después se apeló a la sociedad de economía mixta asociando capitales públicos y capitales privados. La historia de la economía mixta es paralela a la del intervencionismo económico de las colectividades locales, y su fortalecimiento data del decreto del 20 de mayo de 1955 que extendió las posibilidades para las colectividades de recurrir a estas estructuras y, sobre todo, de la ley del 7 de julio de 1983 que se traduce en una explosión del número de sociedades de economía mixta, que pasó de 600 en 1983 a 1300 actualmente.

La cultura francesa de una asociación de lo público y privado es el llamado del soberano, del Príncipe, a la unión de sus «leales súbditos» o de sus «buenas ciudades»; desde el despertar de las comunas, para las necesidades de la «conquista del territorio»: desagüe de pantanos, apertura de caminos y de vías, construcción de canales, fuentes públicas, adoquinado de calles, construcción de obras públicas de reforzamiento de puentes y calzadas. El Príncipe, tal y como lo escribió François Rachlinel, fue en primer lugar el «que toma primero» - *primum capere* -; después, cuando la economía del *encantamiento* encontró sus límites en el Occidente medieval, el príncipe intensificó su poder y transformó «su territorio en zona productiva, favoreció la creación de mercados, mediante los cuales la soberanía pudo echar mano de las riquezas y quedarse con su parte». Con el tiempo, el *soberano* se convertiría en *productor* y *empleador*; al no poder hacerlo todo, cuando toma la decisión de realizar algo, a menudo confía su ejecución a un operador: es la concesión, sobre el fundamento de la división de responsabilidades entre el que organiza y controla, y el que construye y explota. Al lado de las actividades autorizadas por decisiones del poder público, asistimos al desarrollo de actividades que no siempre gozaban de una investidura clara de servicio público otorgada por la decisión soberana o, en su defecto, por el juez. Es así como se produjo una multiplicación de actividades llamadas «accesorias», que no entraban en el campo de la misión de servicio público pero que constituían sin embargo el complemento natural: ¿se trataba de servicios públicos? La jurisprudencia con frecuencia ha respondido afirmativamente desde principios del siglo XX, aunque preservando el principio de la libertad de comercio y de la industria de textos de 1791, es decir, poniendo la condición de carencia o insuficiencia de la iniciativa privada.

Desde los años inmediatamente posteriores a la Primera Guerra mundial, la evolución de esta forma de asociación entre poderes públicos y operadores no fue la misma para los servicios nacionales y para los de las colectividades

locales. La transformación de numerosas concesiones de ferrocarriles, de distribución de la electricidad y del gas en *empresas nacionales* – SNCF, EDF-FDG- dio, con el nacimiento de estos grandes grupos, una forma original al «servicio público». La guerra, la liberación, la reconstrucción, la planeación han hecho de estos monopolios la «punta de lanza» de la renovación de equipos, del nuevo arranque de la economía, de la reducción de las desigualdades sociales en el nuevo paisaje político; ellos se convirtieron en un aspecto del compromiso social que la importancia de los retos y del esfuerzo solicitado al país necesitaba y justificaba, y siguen siendo una de las más preciosas cartas de triunfo en un mundo muy diferente.

Los servicios locales -agua, saneamiento, basuras, energía, transportes- dependen por su parte de un modelo secular renovado por las leyes de la descentralización. Su gestión puede ser delegada, por contrato, para un período frecuentemente largo, a empresas privadas, públicas o de economía mixta; si el contrato de administración es del mismo tipo, el *estatuto de explotador según la naturaleza jurídica y la forma de la empresa, tiene en la gestión una incidencia nada menospreciable* y que puede transformar la naturaleza de las relaciones especialmente *cuando el concesionario – el operador- es empresa pública y monopolio nacional*, así como lo demuestran la relaciones entre EDF-GDF o SNCG y las colectividades locales. La Federación nacional de colectividades concesionarias y administradas, queriendo constituirse en administradora privilegiada de estas empresas nacionales, con las que tiene vínculos estrechos, solicitó , para renovar la « economía concesionaria », la renegociación de los contratos de concesión y el establecimiento de nuevos pliegos de condiciones.

¿Es acaso nuestra tradición de servicios locales concedidos la herencia de nuestras concepciones *centralizadoras* -en cuanto a la tutela sobre estos « menores » que fueron durante largo tiempo colectividades locales y al desmigajamiento de nuestro territorio en 36.000 comunas-, lo que ha sido fermento poderoso para esta asociación? Sea lo que fuere, lo cierto es que para estas colectividades y sus operadores es *el acuerdo entre las dos partes* lo que define las relaciones: el *contrato* puede además referirse a *convenios de carácter más general, como los pliegos de condiciones y las prescripciones técnicas para cada sector que son esencialmente urbanos –distribución del agua, saneamiento, recolección, selección y reciclaje de las basuras, calefacción urbana, transportes colectivos, incluyendo los transportes escolares, parqueaderos y estacionamientos, restauración colectiva, servicios funerarios.–* Pero es cierto que estos contratos y convenios deben en primer lugar respetar las leyes y sus decretos de aplicación que han intervenido en numerosos sectores. Es conveniente mencionar el ejemplo significativo del sector de las basuras en el que las colectividades locales y los operadores privados están obligados, para la localización y la explotación de las plantas de incineración, a tomar decisiones compatibles con los planes departamentales de eliminación de los desechos domésticos y similares.

El «servicio público sometido a proceso»

A pesar de su éxito, o a causa de él, el servicio público ha sido objeto de críticas de diverso orden, al punto que se ha llegado a hablar de «servicio público sometido a proceso». En el plano económico, ante todo, se levantan protestas: ¿es legítimo reservar algunas actividades para el servicio público, quitándoselas al mercado, partiendo de un uso abusivo de la idea de monopolio natural, o de tarifas poco favorables a ciertas categorías de consumidores? Otras protestas se refieren al peso excesivo del recurso de las empresas públicas al mercado financiero o a subvenciones presupuestales que les son otorgadas, y cuestionan la eficacia económica de los servicios públicos aduciendo que no podrían ofrecer un mejor servicio al menor costo.

En el marco del derecho, la crítica es doble. Por una parte, y especialmente en lo que se refiere a los servicios públicos industriales y comerciales, la realización de grandes principios básicos del servicio público —principios de igualdad, de continuidad, de adaptación— no son suficientes para brindar a los usuarios garantías reales y a veces actúa en detrimento de ellos. Se puede pensar, por ejemplo, en el cierre de escuelas de curso único, o de oficinas postales, o en supresión de estaciones y de vías férreas en zonas rurales y en regiones montañosas. Sin llegar hasta su supresión, se podría pensar igualmente en el aumento del costo de los servicios o en la posibilidad de una diferenciación de tarifas para usuarios que se encuentran en situaciones objetivamente diferentes. Así, el principio de igualdad no se opone a un tratamiento tarifario diferente para usuarios de una misma comunidad según su lugar de residencia ya sea en el centro o en zonas más alejadas.

Por otra parte, existe cierta confusión entre lo que compete al *interés general* y lo que compete al *servicio público*. El interés general tiende, según los términos del *Informe del Consejo de Estado de 1999* dedicado al concepto, a ser entendido en forma cada vez más amplia por el juez y para cubrir actividades cada vez más variadas. Esta confusión concluye en una extensión indebida atribuida a la esfera pública, así como a una superposición que conduce a hablar, a la vez y al mismo tiempo, de riesgo de *confiscación pública* de la iniciativa privada y del riesgo de *control privado* del servicio público.

En lo que se refiere a la relación entre *ciudadanos* y *usuarios*, si los franceses están apegados a sus servicios públicos y reconocen la calidad de muchos de ellos, son bastante reservados sobre el funcionamiento de otros. Estas críticas son diversas: calidad insuficiente del servicio, falta de flexibilidad y de adaptación a las necesidades de los usuarios, costo excesivo. Los movimientos de huelga de mucha amplitud como los que conocieron los transportes públicos parisinos en el invierno de 1995-1996, alimentaron cierto malestar contra estructuras incapaces de administrar el diálogo social sin perturbaciones mayores para los

usuarios. Los agentes de estos servicios, al beneficiarse con un empleo garantizado, producen muchos envidiosos en un país que cuenta con más de dos millones de desempleados. De hecho, el Estado es más criticado que las presidencias y las directivas de las empresas de servicio público. De ahí la demanda, tan antigua como aguda, de una legislación relativa a los procedimientos de iniciación de conflictos sociales, como también al servicio mínimo en caso de huelga. Desde hace medio siglo, ningún gobierno se ha arriesgado a eso o ha perseverado en iniciativas al respecto. Esas críticas no impiden la existencia de una viva oposición a la privatización de los servicios públicos: riesgo de abandono de los segmentos menos rentables de la actividad considerada, o – para los segmentos prósperos – una pérdida de los «derechos sociales adquiridos» (remuneración, estabilidad en el empleo, tiempo, ritmo y condiciones de trabajo; temor recurrente al «reajuste» de efectivos (planes de despido, de jubilación anticipada).

¿Son acaso inmunes a este escepticismo los agentes mismos del servicio público? Deploran una desvalorización de su rango, un ambiente poco favorable, y temen un alejamiento de los usuarios/consumidores/ciudadanos, con el que va a la par cierto eclipse del Estado.

Este conjunto de críticas lleva, sobre todo en períodos de crisis, a una protesta que pone en evidencia *el carácter político –en el sentido neutro de la palabra– del «servicio público»*.

Por cierto, parece que estaríamos allí muy lejos del servicio público, criterio de aplicación del derecho administrativo, de la clave que explica las construcciones jurisprudenciales del Consejo de Estado. Las decenas de miles de personas que se despliegan en manifestaciones en nombre de «la defensa del servicio público» no marchan para defender los fallos *Terrier, Thérond, Monpeurt, Bertin* o *Grimouard*. Existe un nexo entre las reacciones apasionadas con respecto al servicio público y uno de los conceptos clave del derecho público: si el Lázaro jurídico resucita periódicamente, es porque es un rostro de una concepción política ambiciosa.

La crisis del Estado-Providencia, las inquietudes nacidas del Tratado de Maastricht, de la mundialización de la economía, paralelamente a los trabajos sobre la reforma del Estado, habían hecho nacer el Movimiento por una Carta de los servicios públicos. ¿El proceso al servicio público conducirá al examinado hacia la Roca Tarpeya o hacia el Capitolio? Releamos un artículo humorístico de esta época, firmado en 1995 por Georges Vedel, en el diario *Le Monde*: «el servicio público hace vibrar nuestros corazones. Lo defendemos en Bruselas (...); en París parece ser el único punto en común entre el gobierno y los huelguistas (...); queremos que sea inscrito en la Constitución (...)». La construcción de la afirmación es, en derecho, simple: algunas prestaciones son indispensables para la Nación. Por lo tanto, no pueden ser abandonadas a las incertidumbres del mercado. Solo el Estado y las personas públicas descentralizadas pueden asegurarlas (...). Esta es por lo menos la teoría; pero en la práctica, la ley de continuidad es negada

evidentemente; la ley de mutabilidad solo puede aplicarse para las evoluciones aceptadas por los agentes (...). Se niega a las autoridades políticas la última palabra sobre decisiones y arbitrajes, al menos, en forma de veto. ¿Cuál es la versión correcta de este vocablo ambiguo, unánimemente reverenciado? En conclusión, el decano Vedel se pregunta sobre la conveniencia de la Carta: «redactar un texto que exaltaría las bellezas del servicio público sin poner de manifiesto la realidad sería un ejercicio de dudosa utilidad (...) ¿Y cómo dar a nuestros socios europeos una definición clara de lo que proponemos?»

Esta última pregunta nos conduce a avanzar en un análisis profundo del principal fenómeno al que debe enfrentarse el servicio público: el potente aumento de las restricciones comunitarias con miras a asegurar la libre competencia.

El nuevo reparto europeo de cartas

Si por largo tiempo la aplicación del libre juego de la competencia por parte de las instituciones comunitarias pareció ignorar las especificidades del servicio público, en un segundo tiempo ellas hicieron al respecto una mutación sensible de sus posiciones. De una voluntad de conciliación entre las exigencias de interés general y las del mercado, la política europea condujo a tomar en cuenta el servicio público y lo que él representa, como una contribución a la instalación de un modelo europeo de cohesión social y territorial.

a) De la ignorancia al reconocimiento

El derecho comunitario no se ocupa de la noción. Ella solo aparece en el artículo 73 del Tratado instituyente y solo se ocupa de las compensaciones financieras a las restricciones de servicio público de las empresas de transporte, en beneficio de otras como las de «servicio de interés general» o «de interés económico general» del artículo 86-2. Estas empresas son sometidas al conjunto de reglas del tratado, particularmente a aquellas relativas a la competencia y a aquellas que limitan la atribución de ayudas del Estado. Ellas no pueden no conformarse a estas últimas reglas a menos, por una parte, que la aplicación de las mismas haga fracasar el cumplimiento de la misión y, por otra parte, si la derogación correspondiente no afecta el desarrollo de los intercambios en forma contraria al interés de la Comunidad. En un primer tiempo, la jurisprudencia de la Corte de justicia de las Comunidades europeas se mostró bastante reacia a aceptar estas derogaciones. Después, dos importantes decisiones de la Corte, publicadas en 1993 y en 1994,

dieron cabida a una evolución más favorable:

- la decisión del 19 de mayo de 1993, *Corbeau* relativa al correo belga: cierta *limitación de la competencia* destinada a proteger las actividades específicas rentables, disociables de la misión de interés general del Correo, podía ser admitida siempre y cuando la obligación impuesta a este servicio de interés general de asegurar actividades no rentables, implicara una compensación por medio de actividades rentables,
- la decisión del 27 de abril de 1994, *Comuna de Almelo* relativa a la distribución de electricidad en los Países Bajos: una cláusula de *compra exclusiva prohibiendo a un distribuidor local importar electricidad* es aceptada aunque sea contraria a los artículos 81 y 82 del tratado de la Comunidad europea, porque aparece como necesaria para permitir a la empresa cumplir una labor de interés general que le había sido confiada. Esta decisión admite que elementos que no tienen un carácter únicamente económico, tales como las restricciones de reglamentación y la conducción de una política de medio ambiente, pueden ser tomados en cuenta para admitir restricciones a las reglas de libre competencia

Estas decisiones parecen remitirse, en lo que se refiere a la búsqueda de criterios de servicios económicos de interés general, a criterios cercanos a los del servicio público. Ellas fueron confirmadas por la Corte de Justicia de las Comunidades europeas el 23 de octubre de 1997, *Comisión c/Francia*: reconoció la posibilidad de reservar un monopolio de importación y exportación para el gas y la electricidad a GDF y EDF, teniendo en cuenta misiones de interés general que les son impartidas. Así, el juez comunitario admite que pueden ser compensadas por las restricciones que pesan especialmente sobre los servicios públicos y de las que no sufren las empresas privadas. Al mismo tiempo, se consideró igualmente posible otorgar algunas ayudas públicas, como las que recibe el Correo, que resultan de una disminución igual al 85% de sus bases impositivas «debido a las restricciones de servicio al territorio nacional y de participación en el ordenamiento territorial que se impone a este explotador» (TPICE, 27 de febrero de 1997, *Federación francesa de empresas de seguros*; también CJCE, 25 de marzo de 1998). Ocho años después, casi día a día después del fallo *Corbeau*, la Corte de justicia prolonga este razonamiento al validar la obligación para los prestatarios de servicios postales italianos que no dependen del servicio básico de contribuir a su

financiación, mediante el pago de un derecho postal a su administrador exclusivo para permitirle la prestación del servicio «en condiciones económicas equilibradas» (CJCE, 17 de mayo 2001, TNT *Traco-Poste Italiane*).

Esta evolución de la Corte de Justicia remite más ampliamente a la idea según la cual «el principio de no competencia de las empresas privadas por parte de personas públicas, previsto por el fallo *Cámara de Comercio al por menor de Nevers* (...) es sustituido actualmente por el de *igual competencia entre personas públicas y empresas privadas*» (Pierre Delvolvé).

La jurisprudencia del Consejo de Estado progresa en este sentido. Juzgó, el 3 de noviembre de 1997 -*Million et Marais*-, que la decisión mediante la cual una autoridad pública decidía confiar a un operador una delegación de servicio público debía respetar las disposiciones de la ordenanza del 1º de diciembre de 1986, y solo sería legal a condición de no crear un abuso de posición dominante. Admitió, más recientemente, la posibilidad para una persona pública de ser candidata a la atribución de un contrato público (Aviso del CE, 8 de noviembre de 2000, *Sociedad Jean-Louis Bernard Consultores*), y al beneficio de algunas ayudas cuando no falsean necesariamente la competencia para la atribución del contrato (CE, 16 de octubre de 2000, *Compañía mediterránea de explotación de servicios de agua*; CJCE, 7 de diciembre de 2000, *Arge Gewässerschutz*).

La Comisión Europea terminó por adoptar una actitud que puede, en algunos casos, matizar el principio de la libre competencia, y que se traduce por dos series de iniciativas.

En primer lugar, ha hecho emerger progresivamente el concepto de servicio universal, versión mínima del concepto francés de «servicio público», pero que tiene el mérito de reconocer la existencia de prestaciones básicas, garantes de cierta forma de solidaridad social y territorial que implica el recurso al reconocimiento de «derechos exclusivos». El ejemplo de la liberalización del sector de las telecomunicaciones ilustra en derecho nacional este movimiento, con la aparición del concepto de servicio universal en la ley del 26 de julio de 1996 que transpone la directiva comunitaria de 1996.

Después, admitió el recurso al concepto de «servicio público» en derecho comunitario, que da más densidad –al menos en Francia– a la noción de servicio de interés general. Si los tratados raramente se refieren al servicio público –artículo 77 (convertido en 73CE) a propósito de los transportes aéreos–, las directivas que organizan la liberalización de ciertos sectores comienzan a hacer referencia a este artículo. Así, la directiva del 19 de diciembre de 1996 sobre la liberalización en el sector de la electricidad admite que las obligaciones ligadas a la puesta en marcha de misiones de servicio público pueden ser de naturaleza tal que interpongan legalmente obstáculos a la puesta en marcha del dispositivo que esta prevé.

En su comunicación del 26 de septiembre 1996, la Comisión había admi-

tido en substancia la posible complementariedad entre servicio de interés económico general y realización del mercado interior, poniendo en evidencia la necesidad de disociar las misiones de los servicios de interés general y el asunto de la selección de los prestatarios a los que estas misiones pueden ser confiadas. Más recientemente, en su comunicación del 20 de septiembre de 2000, la Comisión confirma la evolución de su posición al reconocer un lugar importante al servicio público, consagrado en la política europea, con la introducción en el Tratado de Amsterdam de su artículo 16 relativo a los servicios de interés económico general.

b) *Del reconocimiento al enriquecimiento*

La toma en cuenta de las exigencias del servicio público, como uno de los rasgos de modelo de cohesión social y territorial europeo, se hizo posible por un entorno jurídico y extra-jurídico, que no era sin embargo tan hostil como aparece en algunos escritos.

Si bien está bastante difundida la opinión de que la mayoría de los bienes y servicios suministrados en Francia por los «servicios públicos» no lo serían donde nuestros vecinos y socios europeos, no es menos cierto que los británicos no desconocen los *publics services* ni las *utilities*; los italianos no ignoran los *servizi pubblici*, ni los españoles los «servicios públicos», aunque estas nociones no coincidan del todo con la noción francesa de servicio público, como tampoco los conceptos alemanes de *öffentlicher Dienst*, o de *öffentliche Wirtschaft*. No obstante las diferencias entre los conceptos jurídicos, la realidad sociológica revela claramente las convergencias. Es así como el artículo 47 de la Constitución italiana prevé la posibilidad de monopolios públicos o privados para las actividades correspondientes a los servicios públicos esenciales. Así mismo, el artículo 128 de la Constitución española dispone que «la ley puede reservar al sector público los servicios esenciales, en particular en el caso de los monopolios». Aunque la ley fundamental alemana no se refiere a la noción de servicio público, menciona sin embargo las respectivas competencias de diferentes autoridades públicas para los grandes servicios de red (ferrocarriles, correo, vías acuáticas...), y reconoce la posibilidad de nacionalizar el suelo, los recursos naturales y los medios de producción. En el Reino Unido, el movimiento de privatización iniciado a principios de los años 1980 estuvo sin embargo acompañado por la promulgación de cierto número de cartas que definían los derechos de los ciudadanos-usuarios: la Carta del ciudadano, de junio de 1991 que enumera así las exigencias de un nivel definido:

- de *calidad* que implica disponibilidad, competencia y rapidez de acción, garantizadas por cláusulas que definen los criterios de resultados ya usuales

en los contratos británicos;

- de *transparencia* en el suministro de servicios y de *información* sobre la existencia de diferentes operadores si el sector de la actividad es competitivo;
- de *prohibición de las discriminaciones* entre usuarios en función del sexo o de la raza y de obligación para los agentes del servicio de expresarse en el idioma del usuario;
- de *accesibilidad suficiente* al servicio y de la posibilidad de reclamo, o de reparación en caso de perjuicio.

Así mismo, el debate actual sobre los *sistemas de regulación* es un amplio debate europeo. Una de las paradojas, en las confrontaciones sobre la privatización de los servicios públicos, es que Francia defiende de hecho la solución liberal por lo menos para los servicios públicos de las colectividades locales, que se conceden a empresas privadas, frecuentemente en una proporción muy superior al 50% (agua, calefacción urbana, sanidad, desechos, transportes públicos), mientras que Alemania continúa con un sistema inspirado en el socialismo municipal a través de los *Stadtwerke*, poco receptivos a la competencia. Y sin embargo, Alemania es considerada como más liberal y abierta al mercado que nosotros, debido a las posiciones hostiles que hemos asumido respecto a ciertas privatizaciones en el plano nacional.

Me parece que no es inadecuado destacar una «excepción francesa» en este campo. El servicio público a «la francesa», al ampliar nuestras diferencias con nuestros asociados sobre la concepción de servicio público, los aleja de ella, a pesar de que existen fundamentos para una concepción «europea»; tendremos que esforzarnos en facilitar los posibles acercamientos. Sin duda se necesitará tiempo y, sin duda, no todo país encontrará sus propias concepciones; pero así sucede en todo el campo de acción cubierto por la Comunidad.

La construcción europea está esencialmente dominada por la libertad de circulación y de intercambios (personas, capitales, bienes, mercancías) y por el juego de la competencia. Pero el Tratado de Maastricht no deja de contener cierto número de disposiciones que, al evocar una acción de la Comunidad «tendiente al fortalecimiento de su cohesión económica y social» o «de acciones específicas con miras a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos (de los consumidores)», o la contribución de la Comunidad al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas, así como a la interconexión y la interoperabilidad de las redes nacionales, hacen aparecer preocupaciones que van mucho más allá del solo ideal competitivo. Se pueden ver en estas disposiciones los jalones de servicios públicos a escala europea, o una concepción europea del servicio público.

La política de cohesión, al expresarse desde 1975 por medio de Fondos estructurales y desde 1992, por medio del Fondo de cohesión; y más especialmen-

te, la puesta en marcha de una política regional ambiciosa y dinámica, son el testimonio de que el imperativo de solidaridad no es ignorado ni menospreciado por la construcción europea.

El Artículo 16 del Tratado de Amsterdam, adoptado en gran parte bajo la insistente presión de Francia, dispone: «Sin perjuicio de los artículos 73,86 y 87, y teniendo en cuenta el lugar que ocupan los servicios de interés económico general entre los valores comunes de la Unión, así como el papel que desempeñan en la promoción de la cohesión social y territorial de la Unión, la Comunidad y sus Estados miembros, cada uno dentro de los límites del campo de aplicación del presente tratado, velan porque estos servicios funcionen sobre la base de principios y en condiciones que les permitan cumplir sus objetivos». Se trata, por primera vez, del reconocimiento del servicio público como instrumento esencial de cohesión social y territorial de la Unión, justificando algunas derogaciones a las reglas del tratado. Pero no será posible dar pleno efecto a estas disposiciones sino con tres condiciones: no deben ser puestas al servicio de los intereses corporativos de grandes empresas públicas de diferentes países; deben estar libres de toda confusión entre la noción de *servicio público* y la de *sector público*; finalmente, deben incluir no solamente los servicios en red y los servicios públicos locales concedidos, sino también la enseñanza, la salud y la protección social.

Dentro de esta perspectiva, ha sido incluido un artículo 36 dedicado al acceso a los servicios de interés económico general en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, en la reunión de Niza. Previendo que «la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios de interés económico general tal y como está previsto por las legislaciones y las prácticas nacionales, conforme al Tratado que instituye la Comunidad europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión», el artículo consolida por cierto el lugar del servicio público, pero es indudable que el valor y la fuerza jurídicas de la Carta deben ser precisados. Si ella no llegare a ser apremiante para los Estados, sus principios podrían sin embargo ser tenidos en cuenta por los jueces.

Si el artículo 295 del Tratado que instituye la Comunidad precisa que «no prejuzga para nada el régimen de propiedad en los Estados miembros», la Comisión de Bruselas se matiene desafiante frente a actividades productivas de bienes o de servicios en los que el Estado ocupa un lugar preponderante: esta situación parece ser una amenaza al ejercicio del libre juego de la competencia. Esta actitud se traduce particularmente por la «transparencia», que apela a medidas de publicidad en el campo del otorgamiento de mercados públicos, y por la obligación impuesta a los Estados de comunicar a la Comisión documentos relativos a sus relaciones con las empresas públicas y la actividad de estas empresas en sus países. La razón profunda de la desconfianza comunitaria con respecto al servicio público parece residir en la idea de que el Estado o las colectividades locales tendrán, permanentemente, la tentación de hacer aplicar reglas que no

son el derecho común a las actividades de producción y de intercambio de bienes y de servicios en el mercado: Bruselas condena, en nombre de la competencia, las desigualdades que pueden resultar, a partir del momento en que el Estado o la colectividad pública no actúan como poder público.

2. Las evoluciones del servicio público frente al derecho comunitario

El debate que se instituye desde hace varios años en relación con el lugar del servicio público frente a la realización del Mercado único, cristaliza cierto número de reflexiones sobre el devenir del servicio público. Si queremos identificar con precisión las perspectivas de evolución que se desprenden de la aplicación del derecho europeo, conviene previamente aclarar sus diferentes retos.

Los retos presentes

Se trata ante todo de reexaminar los lazos existentes entre el servicio público y otras nociones clave del derecho público.

Es claro que hoy el servicio público no se confunde con el *monopolio* de derecho o de hecho, solo que existe una coincidencia general entre las nociones de *servicio público* y de *función pública*, de *servicio público* y de *dominio público*. Cuando en el Consejo de Estado, durante los años que siguieron al final de la guerra, y después de haber agotado los contenciosos relacionados con ella –depuración, encarcelaciones arbitrarias, beneficios ilícitos, revisión de las situaciones de categorías de funcionarios y de militares– reexaminamos estas nociones clave –fui relator y después, comisario del gobierno–, nos preguntamos acerca de lo que era un contrato administrativo, el trabajo público, el área pública, lo que era el servicio público. El Consejo estuvo tentado, a instancias especialmente del Presidente Latournerie, elocuente y eficaz defensor de algunas de las ideas de la Escuela de Burdeos, de rehacer alrededor del servicio público cierta unidad del derecho administrativo, desgastado por la teoría del «bloque de competencia». En este espíritu, yo había concluido sobre los casos *Bertin*, *Grimouard*, *Le Béton*. El esfuerzo necesario fue estabilizador de la jurisprudencia. Pero la investigación filosófica de unidad encuentra sus límites en la infinita diversidad de los casos y yo había reconocido, en un artículo publicado después del *Informe del Consejo de Estado* de 1995 sobre «Servicio público, Servicios Públicos», que este no podía explicar todo el derecho administrativo, que no todo podía referirse a él. No es menos cierto que los estrechos lazos entre el servicio público y estos conceptos diferentes no han desaparecido. Y si, por ejemplo, se puede concebir que el estatuto del trabajo dentro de los servicios públicos,

o servicios de interés económico general, utiliza a la vez el derecho público y el derecho privado, este estatuto debería tener en cuenta las restricciones deontológicas que se han tornado necesarias por el carácter del servicio empleador: continuidad, neutralidad, independencia, transparencia, responsabilidad.

Esta aclaración de los retos debe hacer una distinción entre las críticas dirigidas al servicio público *como misión* y las que se hacen a los servicios públicos *como estructuras*. Este asunto es sin duda difícil, ya que frecuentemente la existencia de una misión de servicio público implica la aparición de una estructura de gestión pública. Hay que distinguir dos elementos: el que trata de la *rigidez y la pesadez de la gestión pública*, y el que tiene que ver con la *legitimidad de la injerencia de los poderes públicos en la esfera productiva con sus prerrogativas derogatorias del derecho común*. El segundo elemento es más fundamental que el primero, ya que somete a discusión la noción misma.

Delimitemos mejor el campo del servicio público. Lo primero es analizar los riesgos del libre juego del mercado desde el punto de vista de la satisfacción óptima de las necesidades dentro de la colectividad: satisfacción nula o insuficiente de las necesidades individuales no solucionables o de las necesidades fundamentales de la sociedad como ser colectivo – tales como el mantenimiento de la cohesión social (lucha contra la exclusión, política de ordenamiento territorial, protección de las zonas rurales o montañosas)–, o límites que se han de poner a una economía manejada por una pura lógica del mercado (agotamiento de los recursos raros, destrucción de medios).

En todo caso, no se pone en entredicho la legitimidad de una gestión bajo el signo del servicio público, de servicios tradicionales de soberanía. Si bien esa legitimidad no escapa a las impugnaciones, la misión de servicio público es admitida frecuentemente en muchos Estados para cierta protección social – más o menos amplia – y para la educación y la formación. La jurisprudencia del Consejo de Estado, frente al desarrollo de las intervenciones en estos campos toma en cuenta esta dimensión del servicio público. Es así, por ejemplo, para las acciones internacionales de estas colectividades: ha admitido la legalidad de la atribución de una beca mensual de cinco mil francos durante tres años a dos estudiantes extranjeros, de Rumania y de Polonia, para permitirles preparar un doctorado de «técnicas de punta» en la Universidad de ciencias y técnicas de Lille, cuya sede está instalada en el territorio de una comuna hermanada a las dos ciudades de donde dichos estudiantes eran originarios (CE, 28 de julio 1995, *Comuna de Villeneuve d'Ascq*).

Una segunda diligencia, en el plano jurídico, consiste en reflexionar sobre los lazos entre servicio público y las normas que resultan de la constitución de los tratados y de las leyes. El nacimiento progresivo de normas cons-

titucionales y convencionales puede hacer nacer la tentación de dar lugar, en ruptura con el famoso «existencialismo jurídico» proclamado en otro tiempo, una concepción «esencialista» del servicio público. Hay que resistir a esta tentación, ya que el servicio público –en su noción como en su campo y sus procedimientos de acción– necesita cierta *plasticidad*, aunque un mínimo de estabilidad en la distribución de las cargas, los roles o las competencias, es necesario para garantizar a los usuarios y a los operadores la seguridad jurídica, o la seguridad sin más, a las que unos y otros aspiran legítimamente. Creación, supresión o transformación de servicios públicos dependen normalmente de la competencia del legislador, dentro del respeto de los tratados y bajo el control de juez constitucional.

Un asunto importante queda sobre el tapete: ¿hasta qué punto es posible justificar los avances del servicio público en vista de consideraciones que tienen en cuenta no solamente los límites de la oferta del mercado, sino también la rentabilidad o la competitividad necesaria de los operadores? El problema de la diversificación de las empresas públicas de servicio público y de sus actividades accesorias fueron objeto de un concepto del Consejo de Estado (7 de julio de 1994) a propósito de *Electricidad de Francia-Gas de Francia*. El concepto recordó la vigencia del principio de especialidad. Los silencios de los textos no ponen obstáculos a las actividades anexas, con tal de que se observen dos condiciones que deben llenarse acumulativamente:

- por una parte, deben ser *el complemento de la actividad principal*, aun cuando no sean absolutamente necesarias a esta;
- por otra parte, deben revestir a la vez un *carácter de interés general y de utilidad para el establecimiento público*.

Desde que se elaboró la teoría del servicio público, se han seguido de ella algunos principios fundamentales, las «leyes del servicio público», a los que el funcionamiento está sometido: igualdad, continuidad, adaptación, neutralidad y laicidad. Pero con el transcurrir de los años, la evolución económica y social, así como el desarrollo de los servicios públicos de naturaleza industrial y comercial, no dejaron de afectar el alcance y el contenido de estos principios fundamentales, suscitando nuevos interrogantes para el jurista. ¿En qué medida, por ejemplo, la tarificación diversificada que practican los grandes servicios industriales y comerciales es compatible con el principio de igualdad de los usuarios? Es el problema tratado por el concepto que el Consejo de Estado rindió el 24 de junio 1993 relativo a la tarifa experimental del TGV Norte-Europa. ¿Cómo conciliar con el principio de continuidad ya sea las supresiones de los servicios que son consecuencia del aumento de los imperativos de rentabilidad, ya sea el ejercicio del derecho de huelga, cuyo marco legislativo sigue siendo fragmentario? ¿Cómo conciliar con la libertad de los alumnos la neutralidad y la laicidad del servicio públi-

co, en particular del servicio de la enseñanza? Recordemos aquí el problema de las «pañoletas islámicas» que dio lugar, después del concepto emitido por el Consejo de Estado el 27 de noviembre 1989, a una jurisprudencia matizada, ilustrada tanto por la decisión del 2 de noviembre 1992 *Kherouaa y otros*, para los musulmanes, como por las decisiones *Koen* y *Consistorio central de los israelitas de Francia*, del 14 de abril 1995, para los estudiantes israelitas. Al conciliar los principios de laicidad y de libertad de conciencia, estas decisiones juzgaron ilegales los reglamentos que dictaminan prohibiciones generales y absolutas, y establecieron que las sanciones deben ser justificadas, vez por vez, por las circunstancias de cada caso. Concretamente, los signos de pertenencia religiosa no deben revelar una voluntad de proselitismo, perturbar el orden público o el buen desarrollo de los cursos de formación.

Al lado de estos principios de contenido renovado, apareció lo que en la *Carta de los servicios públicos* adoptada el 18 de marzo de 1992 llamaba «principios de acción»: de participación, de transparencia y de responsabilidad, de simplicidad y de accesibilidad. Algunos implican la continuación de esfuerzos anteriores: aun si el balance de la asociación de usuarios en cuanto a la gestión de las empresas nacionalizadas o del seguro social no es siempre concluyente, subsiste sobre este punto una fuerte demanda, a la que las empresas como Electricidad de Francia, la Sociedad nacional de ferrocarriles o la Sociedad autónoma de transportes parisinos trataron de responder organizando formas de concertación. El principio de transparencia encontró su traducción jurídica con las importantes leyes del 6 de enero de 1978 – llamada «informática y libertades» –, del 17 de julio de 1978, que organiza especialmente el acceso a los documentos administrativos, y del 11 de julio de 1979, que impuso en numerosos casos la motivación expresa de las decisiones administrativas.

El derecho comunitario impone igualmente a los Estados miembros y a sus colectividades públicas obligaciones precisas de transparencia, en lo que se refiere especialmente al otorgamiento de mercados. Las directivas 92/50 del 18 de junio de 1992 y 93/37 del 14 de junio de 1993, relativas a los mercados públicos de servicios y de trabajos, respectivamente, prescriben obligaciones de competitividad, y el Consejo de Estado verifica el respeto de las mismas por parte las autoridades nacionales, como lo muestran las decisiones *Tête*, del 6 de febrero 1998, y *Comuna de Piémont de Barr*, del 20 de mayo 1998. Respondiendo a este movimiento, pero principalmente a una preocupación creciente de transparencia expresada en el plano nacional, el legislador introdujo así algunas reglas que enmarcan el procedimiento de conclusión de convenios de delegación de servicio público, para asegurar una práctica competitiva y reforzar los medios de control de las colectividades

públicas sobre los delegatarios, a través de las leyes del 29 de enero 1993, llamada *Ley Sapin* y del 8 de febrero 1995, llamada *Ley Barnier*.

Las perspectivas de evolución del servicio público frente al derecho comunitario.

Tres parejas de nociones permiten esbozar el marco jurídico en el que éstas se inscribirían tanto en el plano comunitario como en el nacional.

a. Iniciativa nacional y estrategia comunitaria

¿Desea la comunidad europea poner en marcha una política comunitaria organizando a escala europea los grandes servicios públicos de redes? Hasta ahora el camino escogido ha sido el de directivas sectoriales de armonización de las reglas nacionales. Desde el relativo fracaso de las redes transeuropeas previstas sin embargo por el Tratado de Maastricht pero que no recibieron los medios financieros necesarios para una realización significativa, podría dudarse. La paradoja de esta situación se encuentra en el hecho que, al mismo tiempo, los proyectos transnacionales son numerosos (extensión del TGV Norte, proyecto del TGV Este, línea férrea Lyon-Turín...). En todo caso, una política comunitaria de servicios en red debe estar acompañada de una aclaración del marco jurídico comunitario para poner en práctica un verdadero desarrollo de estos servicios en la línea de las disposiciones del artículo 16 del Tratado de las Comunidades europeas. Hay que definir, ante todo, la especificidad de los servicios de interés general en relación con las otras actividades de producción de bienes y de servicios. Para aclarar la situación y acrecentar la seguridad jurídica de los actores, especialmente públicos confrontados a las dificultades de aplicación de las reglas de competencia, es necesario identificar más claramente las nociones de servicio universal, de servicio de interés general, de servicio económico de interés general, o servicio público, a menos que se encuentre un concepto único y federador, tan buscado en Francia.

b. Eficacia económica y cohesión social

El artículo 16 del Tratado de la Comunidad europea, eventualmente modificado y completado, permitirá una mejor distinción dentro de los servicios de interés general. Desde hace algunos años, en Europa se han manifestado inquietudes en cuanto al destino deparado por la Comisión y la Corte de justicia de las Comunidades europeas a los servicios sociales (seguro de enfermedad, pensiones...). La preocupación de eficacia económica y de cohesión social a menudo son potencialmente contradictorias, como lo muestran los problemas de la tarificación. El reto aquí es seguramente evitar el desmantelamiento siste-

mático de estrategias de distribución equitativa: la amenaza puede venir tanto de las instancias comunitarias como del juez nacional. El Consejo de Estado, por ejemplo, ha proscrito toda financiación de un servicio público deficitario por medio de tarifas percibidas en razón de un servicio excedente de la misma colectividad (ley del 30 de julio de 1996, Ville de Saint Etienne). Pero puede haber también compensación dentro de un mismo servicio. Por extraña que parezca la aplicación de este sistema en relación con la búsqueda del justo precio correspondiente al costo real —condición de su transparencia—, su desaparición provocaría tales consecuencias políticas, económicas y sociales, que se debería pensar en mecanismos que pudieran suplirla y en su financiación. ¿En qué medida, sobre todo, solicitaríamos al contribuyente la diferencia entre lo que cuesta el servicio para ciertos usuarios y el precio real que ellos pagan? En esta perspectiva, para los servicios de compensación tarifaria, el reconocimiento en el Tratado de posibilidades de compensación que podría incluirse en el artículo 16, constituiría un avance positivo al eximir a la Unión Europea de participar en el desmantelamiento de un modelo social que prevalece en una mayoría de sus Estados miembros.

c. Participación y territorios

La elección entre las colectividades territoriales del mejor nivel (tenemos demasiadas en Francia) de intervención de operadores y de reguladores que ofrece la posibilidad efectiva de participaciones a los usuarios, responde más a consideraciones políticas que a datos técnicos. Es difícil de encontrar la solución en el plano nacional. Según la definición de la limitación de poderes considerados como subsidiarios en las competencias comunitarias y nacionales, Europa puede asociarse a colectividades territoriales para proyectos que se inscriben en las acciones de la Comunidad y en los programas de políticas europeas, si son escogidos, después de una selección, y obtienen una ayuda, completando eventualmente acciones nacionales, regionales o locales. Pero se impone una gran vigilancia para no cruzar ayudas que harían perder a los proyectos su cohesión y diluirían la responsabilidad de las colectividades participantes.

253

Conclusión

Sin duda debemos admitir que hoy solo deben colocarse bajo el signo del servicio público las actividades «indispensables a la realización y al desarrollo de la interdependencia social», para retomar la expresión con la cual Léon Duguit definía en 1928 el campo natural del servicio público.

Pero el adjetivo «indispensable» dejaba un amplio margen de interpretación y de evolución. Si sabemos muy bien que *el Estado no puede ser una*

inmensa cooperación de servicios públicos que asegure la coherencia de la sociedad, me resisto aún más a definirlo -por oposición- como el único titular de la violencia, por lo menos de la violencia legal. Porque el servicio público nos remite al concepto que nos hacemos del Estado. No podemos, tampoco, precisamente cuando emergen la sociedad civil en el plano nacional, y las organizaciones no gubernamentales en el plano mundial, hacer del Estado el único garante del bien común, o del interés general. El Estado es todo eso a la vez y participa en todas esas finalidades, al precio, sin lugar a dudas, de caer en contradicciones y de cometer fallas en su acción. Si debe ser « modesto » es porque él puede y debe mensurar de todas esas nuevas misiones de conducta –que no deberían ser reducidas al poder y al servicio– y de acompañamiento de los pueblos que quieren vivir y vivir su vida dentro de una sociedad y un mundo nuevos. Su integración en la Comunidad Europea obliga al Estado a compromisos o, lo que es mejor, si es posible, a síntesis para conjurar la inseguridad de comportamientos y del derecho mismo que nos amenazan en este difícil camino. La integración nos exige a todos, ciudadanos y Estados actores de la Comunidad, a asumir nuestras responsabilidades. No temeremos, como nuestros ancestros galos, que «el cielo caiga sobre nuestras cabezas», si nuestra acción es hábil, eficaz para hacer prevalecer, en la globalización de los problemas, concepciones que nos resulten aceptables y que eviten un desgarramiento del pacto social cuya noción de servicio público es uno de los elementos fundadores que no se borra fácilmente de la memoria y del subconciente colectivos.

En un país
enloquecido por
las facciones,
siempre quedan
evidentemente

Todos los fines y motivaciones son
económicos por cuanto requieren el uso de
recursos objetivos para su realización; pero
todos son ideales, convencionales o
sentimentales porque el intento de definir
fines objetivos está destinado al fracaso.

(Frank H. Knight, "Ética e
interpretación económica", 1922)

RIATAA **ET** **RNON**

... El uso del derecho como indicador
social privilegiado de las formas de
sociabilidad, propuesto por primera vez
por Durkheim, ha mostrado ser
igualmente fructífero para el análisis de la
sociabilidad transnacional. (Boaventura
de Souza Santos, *La globalización del
derecho*, 1998)

unos pocos, y
habitualmente
muy pocos, que
conservan su
juicio no
corrompido por
la infección
generalizada.

(Adam Smith,
*Teoría de los
sentimientos
morales*, 1759)

NOVA ET VETERA
NOVA ET VETERA

Uno de los rasgos
interesantes de

algunas
instituciones
independientes de
investigación en
América Latina es
que buscan unir la
experiencia de las
ciencias sociales y
de las naturales,

mostrando poco
respeto por los
límites
disciplinarios.
(Immanuel
Wallerstein, *Abrir
las ciencias sociales*,
1996)

NOVA ET VETERA

Siendo el derecho un proceso
dinámico de construcción social, la
idea de la visión instrumental y del
carácter determinado del derecho
pierde toda capacidad explicativa. En
su lugar aparece el derecho como un
fenómeno social dotado de resultados
contingentes que derivan de la
interacción entre los individuos y las
instituciones. (Mauricio García,
Sociología jurídica, 2001)

NOVA ET
VETERA

NOVA ET VETERA

En esta sección encontrarán cabida comentarios y notas sobre libros y otros documentos -recientes, no tan recientes y antiguos: *nova et vetera*- sobre el derecho o relacionados de algún modo con la cultura jurídica.

TRES LECTURAS DE LOS ENSAYOS DE KALMANOVITZ
Salomón Kalmanovitz, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Editorial Norma, Bogotá, mayo de 2001

1. Kalmanovitz: economía institucional en Colombia

Los esquemas mentales no cambian de la noche a la mañana
Joseph E. Stiglitz, *El malestar de la globalización*.

Salomón Kalmanovitz hizo recientemente un aporte a la literatura colombiana sobre economía institucional en su libro titulado *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, premiado por la Cámara de libros de Economía como el mejor texto económico publicado en el país en el 2001. Es un libro escrito en un lenguaje claro que no discrimina a los lectores no economistas, y no por esto es menos profundo que lo que podría esperar un economista. Constituye un avance en el reconocimiento de la limitación de los modelos tradicionales en explicar los fenómenos económicos, en la medida en que ignoran aspectos cruciales tales como la existencia de costos de transacción, asimetrías en la información y la existencia e importancia de las instituciones en el desarrollo económico.

En efecto, para los neoinstitucionalistas, el Estado y sus instituciones pueden combatir la amenaza que ejercen los altos costos de transacción sobre el sistema productivo y la acumulación de capital. Este es el tema de moda entre los académicos que reconocen que los modelos teóricos micro y macroeconómicos que se aprenden en el pregrado, son muy entretenidos, bien hechos e increíblemente refinados, pero de difícil aplicación. En palabras de Wesley Mitchell citadas por Kalmanovitz: «modelos matemáticamente consistentes pero que los autores se sentían exonerados de comprobar empíricamente la teoría. La exigencia de simplicidad teórica podía resultar en supuestos que hacían problemática la relación de la teoría con la realidad, haciéndola imposible de verificar». En el presente breve texto se resaltan algunos de los aportes de Kalmanovitz en este libro sobre las instituciones.

Es un libro escrito en un lenguaje claro que no discrimina a los lectores no economistas, y no por esto es menos profundo que lo que podría esperar un economista.

El prólogo es normalmente una de las mejores partes de los libros, pues muchas veces ayuda a decidir si se leerá el libro o no. En el prólogo de Kalmanovitz hay un aspecto que llama la atención: la vehemente necesidad que experimenta el autor de mostrar la evolución de su ideología a lo largo de su experiencia académica: «activista de izquierda en los años setenta, ... marxismo académico en los ochenta, y ... una pérdida de orientación, una vez derribado el muro de Berlín». Algunos podrían tomarlo como un recurso del autor para no ser juzgado duramente por sus antiguos camaradas izquierdistas; otros podrían verlo como un esfuerzo por mostrar cómo esta evolución en el pensamiento es resultado de la mayor capacidad de discernimiento que otorgan muchos años de estudio de la teoría económica y el pertenecer al equipo de quienes ejecutan la política monetaria del país (por eso la elección del epígrafe de este texto). Claro está, los muchos años de estudio no necesariamente conducen a la forma de pensamiento actual de Kalmanovitz, y por el contrario dotan a los analistas de una formación bastante por fuera de la ortodoxia, y muy valiosa porque implica la existencia de oposición en la academia, gracias a que algunos, desde la heterodoxia, intentan explicar por qué lo que venimos estudiando y llevando a la práctica no siempre - muchas veces a decir verdad - no funciona.

Y por supuesto era importante que Kalmanovitz recordara la evolución de su ideología, aunque no es suficiente para que unos cuantos lectores entiendan algunos de sus planteamientos acerca del manejo de la seguridad social, los sindicatos, los deudores del UPAC, entre otros, sin poder evitar tildarlo de «neoliberal» - en el significado popular de la palabra -, o algún otro adjetivo peyorativo. Me refiero específicamente a las críticas a la legislación de la Corte Constitucional que ha intervenido en asuntos como: a) ordenar que las empresas de salud públicas y privadas paguen toda clase de operaciones; b) que el Seguro atienda enfermos que no cotizan; c) la legalización de pensiones no fondeadas; d) las reivindicaciones salariales de los trabajadores; e) las compensaciones por contratos de deuda de los usuarios de UPAC; entre otros. Las críticas son claramente válidas, en la medida en que este tipo de acciones atenta contra la viabilidad financiera de las instituciones en juego. Sin embargo, todas deberían ir acompañadas por el planteamiento de una alternativa clara; para curarse en salud y también porque - aunque lo de la viabilidad es un asunto indiscutible -, es horrible imaginarse a un enfermo que sea devuelto a su casa cuando necesita atención inmediata, por ejemplo.

Por otro lado, Kalmanovitz realiza numerosas recomendaciones en materia de política económica tanto fiscal como monetaria. Siendo coherente con la posición que ha mantenido frente al impuesto inflacionario como funcionario del Banco de la República, insiste en el carácter perverso de las medidas encaminadas a financiar el gasto público o la deuda a través de la emisión, teniendo en cuenta el perjuicio que causa en la economía la inestabilidad de precios. Según el autor, quienes se empeñan en esperar que el Banco intervenga expandiendo significativamente la oferta monetaria con el fin de luchar contra el desempleo, están haciendo una mala lectura de las recomendaciones keynesianas frente a que, si bien los mayores precios disminuyen los salarios reales estimulando la demanda de empleo, el exceso de emisión no es una solución al desempleo y subempleo crónico. Corromper la moneda tiene consecuencias funestas que normalmente llevan a la hiperinflación.

La experiencia internacional justifica la posición de Kalmanovitz, pues normalmente el origen de las hiperinflaciones ha sido fiscal, así como la solución a las mismas. Al fin y al cabo, se sabe que las políticas de estabilización - monetaria y fiscal -, no garantizan el crecimiento económico ni la acumulación de capital de manera sostenida. Sin embargo, lo que cuesta dificultad entender, es que en una economía donde el desempleo es alto y las empresas tienen capacidad instalada subutilizada, la mayor cantidad de dinero genere presiones inflacionarias preocupantes. De hecho en los últimos tres años, el Banco de la República ha podido emitir moneda en grandes cantidades sin disparar el costo de vida. La pregunta es entonces hasta donde puede el Banco emitir para ayudar a impulsar la demanda sin echar para atrás el logro alcanzado en estabilización de precios, pero sin olvidar que definitivamente es mejor una economía con desempleo bajo e inflación mediana, que una economía con baja inflación y muy alto desempleo, como la nuestra.

En materia fiscal, el autor llama la atención sobre el olvido del sistema financiero y de los dirigentes públicos de la existencia de la restricción básica presupuestal; debe existir un ingreso para respaldar cada gasto, y la deuda tendrá que ser pagada en algún momento; el fenómeno de endeudamiento ocurrido en Colombia a mediados de los noventa es un claro ejemplo de riesgo moral, por parte tanto de los bancos como de las entidades territoriales y empresas públicas. En el caso de los bancos, porque otorgaron una enorme cantidad de préstamos al sector público local y a las empresas del Estado, confiados en la posibilidad de rescate por parte

es mejor una economía con desempleo bajo e inflación mediana, que una economía con baja inflación y muy alto desempleo, como la nuestra

de la Nación. En el caso de las entidades territoriales, el gobierno nacional no ejerció el suficiente monitoreo sobre ellas, para impedir que se excedieran en la posibilidad de adquirir deuda, lo que se había acordado como un elemento necesario al proceso de descentralización.

También en materia fiscal, Kalmanovitz se refiere a la necesidad de tributar para garantizar la presencia del Estado en todas las regiones del país. El sistema tributario debe estar diseñado de acuerdo a los principios de equidad y eficiencia, pero la equidad no significa que solamente los ricos tributen, sino que también lo hagan las personas de menor ingreso con cierta capacidad de pago, obviamente de manera proporcional. La búsqueda del objetivo de redistribución del ingreso no puede constituirse en fuente de pereza fiscal, por el contrario debe premiar el esfuerzo. Efectivamente, algunos territorios considerados «olvidados por el Estado», carecen de recaudo tributario suficiente, y finalmente quienes se benefician son terratenientes que pueden explotar las tierras sin tributar o bien, las subutilizan porque no les genera ningún costo.

Por otro lado, queda clara la necesidad de incorporar asuntos relacionados con la reglamentación y la política en el análisis económico. En más de una ocasión Kalmanovitz llama la atención sobre el hecho de que la Corte Constitucional no es precisamente el símbolo de la democracia representativa, puesto que no es elegida popularmente. Pero realmente la cuestión de la representatividad no es el verdadero problema, igualmente la Junta directiva del Banco de la República no es representativa, y sus decisiones tienen tanto o más impacto que las de la Corte.

El problema más relevante es la limitación de los representantes de la Corte para intervenir en ciertos temas económicos debido a que poseen distinta formación académica. Es sabido que para cada uno de los temas que resuelve la Corte se contratan peritos, expertos que ayudan a los miembros de la Corte a tomar las decisiones. Sin embargo, en algunos casos los desaciertos cometidos reflejan una falta de coordinación con los objetivos macroeconómicos del gobierno nacional. Que lo anterior no se entienda como una propuesta para suprimir - sino para limitar - la intervención judicial en los asuntos económicos. Esto es lo que puede chocar a algunos al leer el texto de Kalmanovitz: pensar que a partir de esas denuncias se pueda concluir que la Corte definitivamente no intervenga; al fin y al cabo también el equipo económico del gobierno y la junta del Banco Central cometen errores en sus decisiones (se debe aclarar

realmente la
cuestión de la
representatividad no es
el verdadero
problema,
igualmente la
Junta directiva
del Banco de la
República no es
representativa,
y sus decisiones
tienen tanto o
más impacto
que las de la
Corte

que los errores de los demás no justifican los propios). De cualquier modo, al autor le faltó ser más explícito en lo que propone frente a la Corte Constitucional y los asuntos económicos.

De otra parte, y a propósito del interés por el derecho que está de moda entre algunos economistas, el autor destaca la necesidad de preparar en las universidades a los futuros legisladores para que sepan reconocer las consecuencias sociales y económicas de las leyes que se promulguen. Dada la importancia para la economía de contar con un sistema legal claro y coherente, se debe velar por la calidad de las facultades de derecho existentes, pues son muy graves las consecuencias de un sistema que pueda ser creado por abogados mal preparados, que sea entorpecedor de las decisiones económicas, que aumente la incertidumbre de los individuos y distorsione - en vez de influir positivamente -, el funcionamiento del mercado. Kalmanovitz llama la atención acerca de la inexistencia del ejercicio de investigación en el área de Derecho, así como de la falta de documentación histórica que le permita identificar la escasa influencia que, según el autor, ha tenido en la «solución de conflictos y la represión de la criminalidad». Todo lo anterior es también aplicable a los economistas: tan grave como un abogado mal preparado, es un economista con escasa formación; finalmente son los encargados de la planeación económica, y de sus análisis y recomendaciones depende el rumbo económico y social del país.

Dada la importancia para la economía de contar con un sistema legal claro y coherente, se debe velar por la calidad de las facultades de derecho existentes

Blanca Zuluaga
Universidad Icesi

261

2. Salomón y la Parábola de las Instituciones

No entiendo la teoría. La práctica me ayuda un poco.

F. Rabelais

Lo más interesante del libro de Salomón Kalmanovitz es su enfoque holístico; un enfoque comprensivo de una palpitante realidad actual y a la vez responsable de la explicación del génesis y de la evolución históricas de unas Instituciones que explican de manera inteligente lo primero. S.K. le ha regalado a sus lectores un libro breve pero denso. Revisa las teorías sobre esto de las Instituciones desde la perspectiva académica, remontándose a Thorstein Veblen para culminar, en largo recorrido, con Wesley Mitchel,

Los
economistas
(jóvenes o no
tan jóvenes)
sabrán
reconocer en
el libro
galardonado
de Salomón
un aporte
intelectual de
altura

262

North, Marx, Mancur Olson, John Nye, Stiglitz, etc. Reclama Salomón algo a estas interpretaciones teóricas: la ausencia o carencia de una perspectiva de las ideas religiosas y/o morales. En esto, me parece, avanza un paso la propuesta analítica de Kalmanovitz. Los Neoinstitucionalistas activos deben estar pensándolo. En el repaso de Salomón sobre las Instituciones colombianas a lo largo del siglo XX acude a lo mejor de la bibliografía histórica: Jaramillo Uribe, Colmenares, José A. Ocampo, Urrutia y Arrubla, Junguito, etc. Se documenta bien nuestro autor para estudiar la evolución de nuestros cuatro poderes: el Jurídico, el Legislativo, el Ejecutivo y la Iglesia. Por fuera se quedan la prensa en todas sus modalidades, la familia en todas sus acepciones antropológicas, el deporte, el humor y el arte. Bueno, esto último tampoco importa porque, ¿es posible un enfoque tal que dé cuenta de todos los pormenores entrelazados del devenir espiritual y material de una sociedad; Magma y Pneuma en solo movimiento? Ley, ideas, representaciones, normas, instituciones y constituciones más clases sociales y recursos materiales, amores y odios. Los economistas (jóvenes o no tan jóvenes) sabrán reconocer en el libro galardonado de Salomón un aporte intelectual de altura. Desde luego. se trata de un libro de historia económica (el *magma*) pero también se trata de un libro de historia de las ideas y de las Instituciones (el *pneuma*). Van de la mano la materia y la idea. Acompasados, sí, la materia y la idea, la roca y el aire. Bien, ¿pero qué fue primero? ¿Las leyes de Estado aboliendo la esclavitud a mediados del siglo pasado o la imposibilidad de mantener a tanto esclavo bajo condiciones de vasallaje? ¿La reforma agraria de López Pumarejo o la insurrección campesina? ¿La expulsión de los Jesuitas o la manumisión de los bienes de manos muertas? Lo material condiciona, *remember* Marx. Ahora bien, un lector desprevenido se preguntará: ¿Hasta qué punto el entramado constitucional colombiano, tanto el vertical (los distintos niveles de la administración estatal) como el horizontal (las distintas formas de la trama y la urdimbre en que se entrelazan regiones y provincias) han contribuido para impulsar el desarrollo económico y cultural de los colombianos? Es natural que sin un sistema de impuestos no tendríamos escuelas ni carreteras, cierto. ¿Pero no nos encontraríamos en mejores condiciones si ese entramado no hubiese sido diseñado y conducido por los más ricos, por los menos aptos para entender que el bienestar general de una población se fundamenta en políticas entendidas como un arte? No se debe llorar sobre la leche derramada, pero importante

saber por qué se ha vertido tanta leche en la casa. Debemos reconocer que la gran tragedia nuestra no se debe a nuestra miseria material; todo lo contrario, debemos tanta tragedia a tanta riqueza (guerras por los suelos fértiles, del banano, de las esmeraldas y del café, del petróleo, de la marihuana, de la coca, de la amapola, de las vacas, gallinas y marranos, etc) y, en este reconocimiento, también debemos observar que nuestras instituciones (sobre todo la justicia y las Fuerzas Armadas) en casi nada han contribuido a mejorar las condiciones de vida de los más pobres. Las entidades legislativas, por su parte, no parece que hubiesen entendido nunca el *dictum* platónico que define la política como un arte del tramar y urdir, como lo hacen los artesanos del tejido. Salomón da cuenta en su libro del cúmulo de embrollos creado por las leyes en Colombia. Colombia dispone de costalados de leyes entreveradas y contradictorias, la mayoría pasajeras, la mayoría intercambiadas en el tiempo por sus leyes opuestas, la mayoría desconocidas por la población, casi ninguna acatada. Si así son las cosas, no nos queda más que reconocer que tanto los ediles municipales como los diputados y senadores, tan solo en muy someras ocasiones podrían ser considerados como seguidores del filósofo griego. Del grueso de los electores que votan a cada rato para elegir a estos señores, pues ni se hable. La iglesia cardenalicia ha inculcado entre sus fieles el pecado y la culpa; poco -y menos que poco- ha enseñado la responsabilidad individual de sus feligresías ante el goce de la vida y de la libertad espiritual. Curas, obispos y cardenales han desviado inmensas sumas del excedente económico nacional hacia el boato de sus iglesias, colegios, universidades y cementerios. Es cierto que ya esa iglesia no se nos presenta con la espada y con la cruz como en la época de la conquista; ahora es mas sutil pero mucho más poderosa y más opulenta. Sus fieles seguidores acusan hoy por hoy y cada día con mas fuerza, la culpa de ser ricos o la culpa de ser pobres. ¡Pobre Colombia! Quedan por fuera otras instituciones como el deporte y su influencia en las condiciones de vida de la población. Tenemos estadios, plazas de toros, coliseos, piscinas, etc. Todo para suscitar entre las masas aquello que Estanislao Zuleta denominaba un entusiasmo vacío. El deporte, aquel ejercicio a la vez magma y pneuma, no nos ha hecho más atléticos, ni más sanos ni más alegres. Ahora somos más fanáticos en los estadios, más histéricos frente a los espectáculos deportivos en la televisión. Los niños deben jugar al fútbol en las calles de sus barrios, los jóvenes se alcoholizan, las chicas se prostituyen y así, la vida deja de ser dig-

P

Cualquier lector, puede establecer un llamativo paralelismo entre el North juvenil que leyó a Marx en Berkeley, en la década del cuarenta, y el joven Kalmanovitz que leyó al mismo autor en Nueva York a finales de los sesenta

264

na, deja de ser bella y amable. Colombia no dispone de un estado eficiente (en el sentido de orientar sus manejos hacia el mejorarse de la mayoría de la población) sino uno lento, pesado y caro. Acusa, son palabras de S.K., de todas las fallas que le atribuyen los ideólogos neo-liberales al corporativismo y al intervencionismo estatal: pérdida de eficiencia económica, disminución de la rentabilidad general de la economía, captura de rentas por los monopolios, los gremios, los políticos y los sindicatos públicos, hasta el punto en que la economía está generando cada vez menos excedentes e incluso se está tornando insolvente (pag 190). Y, me parece, esto ha sido así desde la fundación de la república de Santander. Será muy positivo para las nuevas generaciones de economistas, sociólogos y demás estudiosos del quehacer social la atenta lectura de este pequeño gran libro de Salomón.

Jorge Vallejo M.
Universidad del Valle

3. El precio del equilibrio

En el prólogo a su libro, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Salomón Kalmanovitz confiesa que el institucionalismo le ha permitido encontrar un nuevo equilibrio ideológico. Al parecer North, Coase y compañía le han brindado el puente teórico para poder utilizar, hoy, las bases teóricas y el trabajo empírico del pasado, sin caer en la molesta teleología del marxismo de juventud y de la primera madurez. Cualquier lector, incluso, puede establecer un llamativo paralelismo entre el North juvenil que leyó a Marx en Berkeley, en la década del cuarenta, y el joven Kalmanovitz que leyó al mismo autor en Nueva York a finales de los sesenta. Unidos en el origen por Marx, sus caminos, sin embargo, divergen, hasta volver a encontrarse muchos años después, en el vacío que dejara en muchos la caída del Muro de Berlín. Estamos, pues, ante el producto final de un reencuentro teórico y de una recuperación del equilibrio perdido.

El primer capítulo sobre el nuevo y el viejo institucionalismo deja la sensación de ser un deber cumplido de mala gana. Thorstein Veblen, uno de los pensadores más creativos de las ciencias sociales, es despachado en dos lánguidos párrafos en los que se informa acerca de su afición por la biología evolutiva, de su crítica a la versión hedonista de la teoría de la utilidad, y de los trabajos históricos que nunca hizo

(¿por qué habría de haberlos hecho?). Queda la sensación de ser uno de esos resúmenes que los estudiantes preparan de afán, en noche de domingo, para su curso de Introducción a las Ciencias Sociales. Igual cosa puede decirse del tratamiento dado a Commons y Mitchell. Si el autor no los considera autores importantes o no tuvo tiempo de estudiar su trabajo, ¿para qué reducirlos a unas cuantas frases de cajón?

Marx y North

El plato fuerte es la relación entre Marx y North. En un procedimiento típico de la llamada historia «Whiggish», aquella que ve el pasado con los ojos abiertos (¿o entrecerrados?) del presente, Kalmanovitz procede a comparar las teorías de Marx con lo que North logró un siglo después. Marx, claro, sale bastante mal librado. El tratamiento que hace North de los incentivos es más minucioso que el de Marx (Kalmanovitz, Op.cit., 30; I, de ahora en adelante), afirma el autor. Por supuesto, Marx no pensó el problema del comportamiento de los agentes en términos de incentivos. No hacía parte de su discurso teórico. En él, los agentes eran portadores de ciertas estructuras. Sin embargo, en sus análisis históricos Marx distinguía muy bien entre la forma ideal de esas estructuras y la forma real en que se concretaban de acuerdo a la política, la historia, y las instituciones en cada coyuntura. No se le ocurrió el término incentivos, lo que no deja de ser explicable: el pobre no recibió una sólida formación en la tradición dominante en la teoría económica en la segunda mitad del siglo pasado.

Kalmanovitz procede a comparar las teorías de Marx con lo que North logró un siglo después. Marx, claro, sale bastante mal librado

Kalmanovitz sugiere cierta novedad en el análisis de North cuando supone que los trabajadores se comportan como cualquier otro grupo social al tratar de capturar tanto como puedan del excedente generado en la producción. ¿Dónde está la novedad con respecto a Marx? En condiciones ideales el trabajador recibiría el valor de su fuerza de trabajo. Pero en una situación de auge, los trabajadores lucharían por apropiarse de una parte del excedente, así como en una recesión deberían combatir muy duro para mantener a duras penas el valor de su fuerza de trabajo. No hay en Marx ninguna afirmación que sugiera una visión estática de la remuneración y de la acción de los trabajadores.

El punto más alto de la comparación entre Marx y North lo alcanza Kalmanovitz al señalar la inexistencia en Marx del concepto del *free rider*, o del polizón o del gorrón, según sea la traducción que se quiera usar. Decir que un concepto, perteneciente a una cierta estructura teórica o a un programa de investigación, no ha sido

visto por una teoría o por un programa anterior no pasa de ser un sin sentido metodológico. ¿Por qué requeriría la teoría de Marx del concepto del gorrón? Más bien habría que preguntarse si la teoría de Marx no puede dar cuenta de la situación real que el nuevo institucionalismo estableció. Si, en realidad, es totalmente ajena a su forma de pensar y de atrapar la conducta de los individuos en una sociedad de mercado. El problema del gorrón pertenece al campo de la interacción estratégica. ¿Puede decirse, con absoluta seriedad, que este campo es ajeno del todo a la forma en que Marx pensaba la economía y la sociedad? Recuérdense que la interacción estratégica es una de las formas de tratar el conflicto social. ¿Acaso, por ejemplo, la lucha de clases no puede tratarse desde la óptica de la interacción estratégica? No estoy diciendo, por supuesto, que Marx vio, en su absoluta sabiduría, el problema del gorrón. Ni la palabra ni el concepto aparecen por ninguna parte en su trabajo. Sólo estoy señalando lo impropio que resulta el método de comparar a un pensador con otro, o a una propuesta teórica con otra, a partir de lo que una de ellas vio y la otra nunca vio, o no usó en su construcción teórica.

Ahora, por fin, el autor puede afirmar que la clase obrera no irá al paraíso ni dirigirá ninguna revolución liberadora

Pero las comparaciones de Kalmanovitz no son sólo el resultado de un método erróneo. Hay algo más. En la página 33, el autor afirma, quizá en contra de lo que creía en el pasado, que la clase obrera no tiene capacidad para liderar ningún proceso político. Puede ser. El problema es que todo el discurso anterior acerca de los vacíos teóricos de Marx preparaban el terreno para liberarse de una molesta creencia del pasado. Ahora, por fin, el autor puede afirmar que la clase obrera no irá al paraíso ni dirigirá ninguna revolución liberadora. Eso quedará en manos de los intelectuales y de los profesionales de la política. ¿Se requería de esa dudosa excursión teórica para justificar una creencia nueva y desembarazarse de una anterior? El párrafo remata con un lugar común que hace pensar en un posible error tipográfico:

«(...)la clase trabajadora puede dividirse según región, industria, profesión, lugar en la escala salarial, raza, etc. y no tiene por qué radicalizarse, adquirir conciencia, unificarse y liderar cualquier proceso. Tenderá, incluso, a gangsterizarse en determinadas actividades (...)» (I, Ibid.).

Que la clase trabajadora puede dividirse según todo lo dicho y también según sexo, equipo de fútbol, tipo de sangre, color de pelo y demás es tan posible como cualquier otra clasificación desde la ya célebre clasificación de Borges. Es tan posible que no dice nada.

La última frase parece escrita para asustar a algún admirador del potencial utópico de la clase trabajadora. No hubiera sorprendido a Marx que conocía a sus trabajadores y algo sabía de las realidades de sus acciones en una sociedad capitalista. El verdadero punto de Kalmanovitz es reafirmar su convicción de que la clase obrera no dirigirá ningún proceso. Está muy bien que así lo quiera hacer para alcanzar cierto equilibrio ideológico. No está muy bien, en cambio, que estas afirmaciones pasen por análisis teórico.

Algo similar, aunque con menos carga ideológica por equilibrar, le ocurre al pobre Adam Smith. Después de reconocerlo como un precursor del nuevo institucionalismo, Kalmanovitz le achaca a Smith un método que es difícil de conciliar con la evidencia disponible, al menos en el caso de esta teoría particular. Dice Kalmanovitz que Smith deriva su teoría del tamaño del mercado y de la división del trabajo de casos históricos «que ilustran profusamente su *Riqueza de las Naciones*» (I, 35). Es cierto que Smith ilustró su libro con infinidad de ejemplos históricos, pero su teoría del tamaño del mercado no es una inducción realizada a partir de la observación de muchos casos ilustrativos. Lo que hizo Smith fue crear una generalización a partir de unos cuantos principios o postulados teóricos. Más que de un proceso de inducción, como lo sugiere el autor, se trataría más bien de un proceso de abducción: la creación de una hipótesis que permite explicar el conjunto de los fenómenos considerados en el contexto de una economía con división del trabajo.

Pienso, en cambio, que la referencia al trabajo de Mancur Olson es apropiada en este contexto. Sin embargo, ¿por qué no pensar la relación entre los planteamientos de Smith (ya que tan cerca había estado de los problemas que luego planteara Olson) acerca de la interacción estratégica entre trabajadores y patrones, y de la importancia de los números en la formación de estrategias, con las tesis de Olson?

La Corte Constitucional y las instituciones

Cuando pasa al tratamiento de las instituciones colombianas en el siglo pasado, Kalmanovitz vuelve a un pasatiempo favorito: casar pelea jurídica y económica con la Corte Constitucional y culparla por la desaparición del principio de responsabilidad individual de la conducta de los colombianos. Sin entrar a discutir las bondades de las interpretaciones de la Corte, no creo que todo lo que haya hecho, por más equivocado y peligroso que fuera, pueda reemplazar a

Después de reconocerlo como un precursor del nuevo institucionalismo, Kalmanovitz le achaca a Smith un método que es difícil de conciliar con la evidencia disponible

Decir que la irresponsabilidad jurídica de nuestros ciudadanos es un efecto de las andanzas de la Corte Constitucional es demasiado: la Corte no tiene en Colombia la importancia que le da Kalmanovitz

muchos años de evolución social en Colombia. Decir que la irresponsabilidad jurídica de nuestros ciudadanos es un efecto de las andanzas de la Corte Constitucional es demasiado: la Corte no tiene en Colombia la importancia que le da Kalmanovitz. Es extraño que un libro sobre las instituciones colombianas y su desarrollo en el siglo pasado no haya ni siquiera un intento de entender las instituciones espontáneas que han ido sustituyendo a las instituciones formales y han cambiado las formas en que los colombianos conducen sus asuntos y sus diferencias. Y es más extraño aun cuando el mismo Kalmanovitz, en otras partes de su libro, se refiere, por ejemplo, a esa estrategia social que es la depredación generalizada. ¿Por qué no ver en ese contexto esa explosión de irresponsabilidad que Kalmanovitz le achaca a la jurisprudencia de la Corte?

Hay otras hipótesis merecedoras de atención, por supuesto. Lo que queda por dilucidar es la obsesión del autor por la Corte. Una hipótesis provisional: el problema no es con la Corte en sí misma, sino con su poder. Se queja Kalmanovitz de los poderes sin límite de la Corte, de la falta de un contra poder que neutralice su inmenso poder. Cualquiera inocente se preguntaría por los contra poderes que tiene la Junta Directiva del Banco de la República. ¿Quién puede discutir, en términos reales, no en las columnas tristes de los domingos, las decisiones de la Junta? ¿Quién puede echarlas para atrás? Se dirá que sólo los agentes, en el mercado, están en capacidad de cuestionar las decisiones de la Junta. Puede ser. Igual cosa podría decirse de la despistada jurisprudencia de la Corte: los colombianos de carne y hueso se encargarán de meter en cintura sus determinaciones erróneas. A menos, claro, que los incentivos implícitos en sus fallos sean de carácter perverso y abra la vena irresponsable de los colombianos. Se dirá, también, que los miembros de la Junta tienen tras de sí todo el apoyo de la teoría económica. Es cierto, pero todo depende de quién aplique la teoría económica, con qué rigor y en qué circunstancias. Reclamar el respeto por la teoría ortodoxa no garantiza, siquiera, que aquella está siendo bien aplicada. No jurarás mi santo nombre en vano, podría decir la teoría ortodoxa, si la dejaran hablar. Pero, ella, la pobre, no puede hablar. Hay quienes hablan por ella, y no siempre lo hacen bien.

Equilibrio: ¿a qué precio?

Esto me lleva a una de las partes más molestas del libro: sus intentos de hacer sociología *pop* a costa de la conducta de los colombianos. En la página 146 se puede leer esta joya de la sociología *pop* para señoras aburridas en un té canasta: «El éxito financiero del narcotráfico es un incentivo para que la gente confíe en que puede trabajar poco y hacerse

muy rico: se corren riesgos altos en los Estados Unidos y menores en Colombia, pero en cualquier caso el que trabaja es un tonto...».

No sé si ese sea el ideal de todos los colombianos o de la mayoría de ellos. Como el mismo Kalmanovitz lo reconoce en la frase siguiente, la mayoría de los colombianos tiene que trabajar muy duro para sobrevivir. Los que viven del empleo informal, por ejemplo, trabajan jornadas que lindan con lo sobrehumano. Decir que el ideal de todos ellos es no trabajar es una frase de cajón que no resiste ningún análisis. ¿Por qué no analizar estos problemas inmediatos de la sociedad colombiana desde la óptica del institucionalismo? ¿Por qué no convertirlo en una herramienta de análisis y no en una disculpa para lanzar opiniones que no pueden defenderse en el mundo de las ideas?

A pesar de las diferencias que uno pueda tener con puntos específicos de su análisis, el capítulo sobre las Farc es un intento de usar la teoría económica para entender el programa económico de esa organización. Es lo mejor del libro de Kalmanovitz. El resto deja una duda: ¿valía la pena usar el nuevo institucionalismo para ajustar cuentas con el pasado ideológico del autor? ¿O para ajustar cuentas con sus grandes enemigos de hoy (la Corte, la irresponsabilidad de los colombianos, los neo estructuralistas)? Recuerdo la forma en que el autor liquidó, en unas cuantas hojas, a Currie, a sus seguidores, y a las todavía recordadas cuatro estrategias. No sé si esa crítica resista el paso del tiempo. No sé si este libro, tan abundante en opiniones, y tan escaso en análisis, resista el paso del tiempo. Quizás, como lo confesaba su propio autor, sólo se trataba de alcanzar un nuevo equilibrio ideológico.

Boris Salazar
Universidad del Valle

¿Por qué no analizar estos problemas inmediatos de la sociedad colombiana desde la óptica del institucionalismo?

LA POBLACIÓN CIVIL EN EL DURO JUEGO DEL CONFLICTO ARMADO

Boris Salazar/María del Pilar Castillo, *La hora de los dinosaurios. Conflicto y depredación en Colombia*, CIDSE-Universidad del Valle y CEREC, Bogotá, septiembre de 2001.

La hora de los dinosaurios es un libro importante. Publicado hace más de un año, este breve libro, cuya elegancia formal no menoscaba su densidad conceptual, merecía más eco. En esencia, el libro atrae porque identifica a la población civil en las zonas de conflicto como un agente

La hora de los dinosaurios es un libro importante. Publicado hace más de un año, este breve libro, cuya elegancia formal no menoscaba su densidad conceptual, merecía más eco

cuya conducta es parte de un juego y que construye una estrategia en forma dinámica, como consecuencia de un aprendizaje por interpretación de la conducta de los agentes armados y estimación de los probables desenlaces y riesgos involucrados, en un país con instituciones ineficaces, que bordea la anarquía.

El libro tiene una introducción, cuatro partes o capítulos y un apéndice.

En la introducción los autores imputan racionalidad a los agentes armados de la guerra. Tras reconocer el origen ideológico de nuestra violencia, ubican nuestras fisuras sociales y la raíz de nuestra violencia en el apetito por el control de la gente y los recursos. Encuentran en las raíces históricas de la rebelión el origen de una organización con poder militar, la necesidad de tener control de la población y el ingenio para articularse con la economía en condiciones restrictivas. La depredación prevalente concilia la conducta de la guerrilla, desde diversos ángulos, con la de otros agentes depredadores. La presencia de todos ellos es perceptible en la vida diaria de un país en el cual ya no es procedente matar para resolver los problemas, porque la lógica del contexto induce, más bien, a hacer matar.

El resto del libro se centra en la aplicación de herramientas analíticas a la interpretación de las conductas de los agentes, para lo cual se construye primero un marco teórico y conceptual apropiado.

La primera sección, «Un conflicto entre agentes muy racionales», parte de los cimientos contractuales de la muerte violenta en Colombia, y de la necesidad de mantener por las vías de hecho la calidad de agente válido en la confrontación. Pone de presente el dinamismo de los mecanismos de intercambio de bienes e información en las zonas de conflicto. La mutabilidad institucional que resulta de la anomia en los sitios de la guerra hace costosas las transacciones para la población civil, obligada a desarrollar criterios para interpretar las tendencias y acomodar su andamiaje contractual a una apreciación de desenlace probable para un conflicto que de alguna manera no le pertenece.

Antes de introducir herramientas para toma de decisiones, los autores hacen una interesante digresión sobre Hobbes. Destacan cómo el pensador inglés presupone iguales y con igual información a todos los partícipes en un estado de naturaleza. Así, el contrato social hobbesiano surge de la desconfianza y de la oposición universal, al construirse un ente externo a todos los partícipes precedentes, con el propósito de hacer efectivo el monopolio del poder coercitivo. En esta perspectiva, nuestra guerra hoy es el fruto del

resquebrajamiento del Estado, a raíz de la depredación generalizada. Se gestan contratos de protección paralelos y precarios.

Los autores revisan las propuestas programáticas de la guerrilla. Encuentran marcado contraste entre el ELN, con una lista de buenos deseos, una posición radical en política energética, y muy poco más, y las FARC, movimiento estructurado, claro en algunas exigencias importantes, pero ambiguo en su propuesta sobre mecanismos de participación y apertura. Su aprendizaje se apoya en la cuidadosa observación del proceso que vivió el M-19, y ha desembocado en la búsqueda de vínculos permanentes con población y territorio. Es claro el rechazo de las FARC al capitalismo salvaje, pero incierta su propuesta de mecanismo para la intervención en la economía. Los autores señalan cómo el éxito en sobrevivir y prosperar de la guerrilla se basa en la misma depredación que la engendró y le abrió espacios sociales con apoyo en bonanzas ilegales.

P

El interrogante final de la primera sección fundamentaría el análisis estratégico de cualquier agente: ¿es capaz la guerrilla de ampliar su ámbito territorial sin acentuar los aspectos que ponen en tela de juicio su legitimidad? ¿Podrá la contraofensiva de los paramilitares inhibir la expansión de la guerrilla e inducir su contracción territorial?

La segunda parte, sobre «Conflicto, Estrategias y Organizaciones», apunta al agotamiento del estudio de la violencia como producto de procesos históricos y a la necesidad de introducir el análisis de conveniencia entre conductas alternas, sobre bases racionales, para cada agente involucrado en un conflicto complejo alrededor del poder. La población civil, obligada a asumir posiciones sobre expectativas de servicios subsidiarios de seguridad, es un agente involuntario en el conflicto.

Los autores presentan la interpretación de Eric Blair, en cuyo análisis el conflicto colombiano eventualmente determina la forma específica de organización de cada agente, y motiva conductas calificables de terrorismo no masivo, con racionalidad económica. Guerrilla y paramilitares, ambos enemigos del estado de derecho y entre sí, enfrentan en la periferia del país, que cubre una proporción importante de su área, el reto de descifrar la percepción de una población que, a su vez, infiere reglas a partir de la conducta de cada agente. La racionalidad de los agentes no se construye en el plano individual, sino en el seno de las organizaciones del conflicto, cada una de las cuales alberga múltiples actores, procesa información y produce discurso con fundamentos empíricos.

La construcción de organización se revisa bajo los lineamientos

El objetivo de la guerrilla es la conformación de estado embrionario en uno o más territorios, con plena e indiscutida legitimidad

272

que provee el trabajo pionero de Kenneth Boulding. En este contexto, la primera organización que amerita análisis es el ejército mismo, cuya conformación, ideología y articulación con el resto del estado han sufrido transformaciones durante el conflicto. Por su parte, la guerrilla de las FARC también se ha transformado, en respuesta a cambios en el entorno y en su misma configuración, para convertirse en una organización con territorialidad, unidad ideológica y unidad militar.

Los autores señalan la asimetría entre los agentes armados, en primer lugar en relación con su *modus vivendi*. Así, en tanto que las Fuerzas Armadas dependen del presupuesto nacional, la guerrilla depende directamente de su propia actividad ilegal. Ello incide en el papel que juega el respectivo desempeño en la expectativa de supervivencia de cada agente, pues las Fuerzas Armadas presumen permanencia, al margen de resultados tangibles.

El asunto se traduce, finalmente, en calidad organizacional y legitimidad. El objetivo de la guerrilla es la conformación de estado embrionario en uno o más territorios, con plena e indiscutida legitimidad. Este objetivo contradiría la premisa de unidad nacional y violaría los linderos de lo tolerable en el ámbito internacional. De otra parte, para la guerrilla la expansión territorial ulterior podría ser contraproducente en términos militares, y más cuando se considera el avance de la contraofensiva paramilitar. Así las cosas, la guerrilla enfrenta serios dilemas estratégicos, cuya solución encuentra en la búsqueda de permanencia territorial restringida.

La evolución estratégica de los paramilitares guarda correspondencia con la de la guerrilla. Sus medios son diferentes, porque no tienen un cimiento ideológico comparable, y porque su ámbito temporal es limitado. No buscan permanencia para sí, sino consolidar una posición para una negociación posterior, y mientras tanto lucrarse de las oportunidades derivadas de la debilidad del estado frente a su misión. Por ello, su acción es directa, orientada a modificar conductas de la comunidad en su relación con la guerrilla mediante un terror racionalizado.

El análisis de los dilemas estratégicos y los procesos de aprendizaje permite inferir una aparente convergencia estratégica entre FARC y ELN, para la construcción de estados embrionarios. Esto lleva a preguntar si la estrategia del pasado sigue siendo efectiva hoy, frente a un nuevo sistema social construido en la anarquía pero vinculado al resto del mundo.

La tercera sección identifica «Tres juegos para el conflicto ar-

mado colombiano». Buscan los autores construir un modelo de interacción estratégica, y proponen cinco tesis para apoyo interpretativo, que me atrevo a resumir:

1. El conflicto ya no es una lucha de reivindicación agraria sino una pugna territorial manifiesta en conductas de amenaza y protección hacia la población civil
2. Los ejércitos paramilitares son expresión de la voluntad de los terratenientes y narcotraficantes de inhibir la expansión territorial de la guerrilla, aprovechando la pérdida de apoyo de la población civil a la guerrilla
3. Los ejércitos paramilitares, más que aliados de las Fuerzas Armadas, son sus sustitutos
4. La población civil se ha visto obligada a aprender reglas para escoger conductas en condiciones de información incompleta y desenlace incierto. Hay, pues, una secuencia temporal en la inferencia de actuaciones convenientes
5. La imbricación intensa entre la economía militar y la civil ha protegido la sostenibilidad de la economía civil, lo cual ha prolongado el conflicto

La población civil se ha visto obligada a aprender reglas para escoger conductas en condiciones de información incompleta y desenlace incierto

El primero de los tres juegos que el libro analiza enfrenta a Fuerzas Armadas y guerrilla. Cada uno de los dos agentes puede optar entre el escalamiento y el desarme. Se concluye que a ninguna de las dos partes le conviene ni detener el escalamiento del conflicto ni su cesación impuesta desde afuera.

El segundo juego es entre guerrilla y paramilitares, por el control de la población civil. Los últimos pueden optar por atacar o no atacar, en tanto que la primera puede optar por esperar o no esperar. La conjunción de no atacar y no esperar sería inofensiva para los paramilitares. La estrategia de atacar parecería la más apropiada para los paramilitares en todos los casos, en tanto que para la guerrilla no esperar tiende a ser más conveniente.

El tercer juego es tridimensional, pues resume la interacción entre la población civil y cada uno de los agentes armados. Las opciones de la población civil son desplazarse, aliarse con la guerrilla o aliarse con los paramilitares.

- En el primer caso, cuando la población civil se desplaza, el dilema de los paramilitares es atacar o no atacar a la población civil, en tanto que el de la guerrilla es atacar o no atacar a los

El cuarto capítulo, «¿Quién aprende de la guerra?», es una sobria reflexión sobre una población que, involucrada en una pugna de poder entre agentes armados, construye un mecanismo para decidir conductas

paramilitares. El mejor escenario para ambos agentes en conflicto es atacar

· En el segundo caso, cuando la población civil se alía con la guerrilla, el dilema de paramilitares y guerrilla es el mismo, y la tendencia natural sería al escalamiento del conflicto.

· En el tercer caso, cuando la población civil se alía con los paramilitares, el dilema de los paramilitares se transforma en atacar o no atacar a la guerrilla. Este juego corresponde a un escenario de contraofensiva de la guerrilla.

Evidentemente, el ejercicio es incipiente, pues la valoración de beneficio esperado en cada conjunción de estrategias no tiene cardinalidad.

El cuarto capítulo, «¿Quién aprende de la guerra?», es una sobria reflexión sobre una población que, involucrada en una pugna de poder entre agentes armados, construye un mecanismo para decidir conductas, con información incompleta sobre actuaciones precedentes del respectivo grupo, su estrategia y la de su contraparte, y el beneficio que cada desenlace significa a cada agente. La mejor manera de conocer las distribuciones de probabilidad de cada conducta de cada agente en determinado momento es apelar a la teoría de juegos evolutivos. Se parte de una situación en la cual el aprendizaje se limita a una situación de estímulo y respuesta, pero se va refinando con la experiencia.

En el conflicto colombiano no hay población ni agentes sin información. Hay un proceso de búsqueda de un estadio intermedio entre los modelos de emulación y los modelos con agentes plenamente racionales dotados de infinita capacidad de procesamiento de datos; en ese estadio intermedio se construyen organizaciones funcionales. Ellas son depósito y fuente de información, tienen capacidad para formar decisiones e incluso abaratan el proceso de tomarlas.

La construcción de organización afecta la relación entre agentes y comunidad. Así, la existencia de la guerrilla y su presencia en determinada zona modifica la vida misma de los sindicatos de la zona, y los procesos políticos locales, al inhibir la pluralidad de expresión política. Además se forjan relaciones entre las organizaciones militares y las organizaciones sociales construidas alrededor del conflicto. Todas las organizaciones con interacción relevante al conflicto armado son fuentes de información para que la población construya hipótesis plausibles sobre distribuciones de probabilidad de conducta de los agentes armados, y así tomar decisiones sobre la

propia conducta. Los autores aplican su herramienta *ex post facto* al devenir del conflicto y la conducta de la población civil en Urabá, para ilustrar el punto.

Se introduce a esta altura el modelo de formación de convenciones que propone H.P.Young. Este modelo resulta en un derrotero de construcción de memoria y toma de decisiones hasta devenir, en condiciones de equilibrio en el flujo de la información, en estrategias cíclicas. Las limitaciones inherentes a procesos adaptativos sujetos a la interferencia de lo aleatorio hacen que la construcción de memoria sea necesariamente limitada y su funcionalidad variable.

La guerra no tiene circunstancias y desenlaces uniformes en todo el territorio durante todo el tiempo. Este hecho limita la aplicación de herramientas analíticas en la construcción de memoria y toma de decisiones. En este contexto los autores revisan las herramientas desarrolladas por P.H.Albin, que permiten involucrar no solo el desenlace local e inmediato, sino también la percepción del desenlace agregado.

El análisis de la evolución de sus estrategias abre el espacio para explicar que la población civil necesita estrategias flexibles frente a los agentes armados, en función de la información acumulada. En el ámbito del conflicto las racionalidades no pueden ser sustantivas. Al fin y al cabo, lo que se está computando es el riesgo de enfrentar la muerte, y la aspiración de supervivencia libra las preferencias.

Finalmente, los autores explican cómo construir decisiones colectivas coherentes en un juego complejo, alrededor de la noción de organización con experiencia que enfrenta un peligro percibido. Toda la argumentación va dirigida a explicar cómo en Colombia se está construyendo un orden institucional precario, complejo y, por tanto, costoso desde la perspectiva de cualquier criterio de economía, con organizaciones inmersas en la violencia y peculiares estructuras contractuales.

Al terminar el libro, el lector encontrará un interesante apéndice sobre «Modelos teóricos del conflicto», orientado a justificar la utilización de modelos dinámicos, con herramientas que reflejen la naturaleza adaptativa y frágil de la formación de memoria y toma de decisiones.

A mi juicio, los autores abren una Caja de Pandora al presentar una teoría de la formación de organizaciones precarias y su actuación en el conflicto armado. Las reflexiones sobre la población civil comprometida en la pugna territorial directa pueden hacerse extensivas a toda la población del país. Un reto de esa magnitud

Al fin y al cabo, lo que se está computando es el riesgo de enfrentar la muerte, y la aspiración de supervivencia libra las preferencias

desborda esta oportunidad, pero es difícil resistirse a enunciarlo al tener la oportunidad de diálogo con los autores.

Han pasado dos años, y la dinámica misma del contexto hace más evidente la aplicabilidad del modelo frente al avance de la contrainsurgencia paramilitar. De otra parte, las vivencias de una guerra prolongada determinan una cada vez mayor, o al menos más evidente incidencia de las pasiones en la conducta. Esto debe ser más evidente hoy, ante la escalada del conflicto y su internacionalización. Todo esto hace más compleja la modelación, y presenta nuevos interrogantes a estos inteligentes estudiosos del asunto, cuyo aporte celebramos.

P

Gustavo Moreno
B&M

¿ES POSIBLE DEFINIR LA NACIÓN?

Varios autores, *Cuadernos de nación*, «Observatorio de políticas culturales», Ministerio de Cultura, Bogotá, diciembre de 2001.

«La pesadilla mayor de la clase gobernante es la existencia de cien millones de compatriotas a los que jamás se podría invitar a cenar». Así dice Carlos Monsiváis, cuando habla acerca del paso de la nación tradicional a lo que él llama sociedad postradicional en México. La frase, en un texto repleto de otras por el estilo, es un indicio de lo que el lector puede encontrar en el cuaderno *Imaginario de nación. Pensar en medio de la tormenta*, al cual se referirá la siguiente reseña. Es preciso, sin embargo, antes de abordar lo que este texto propone, dar una mínima información acerca de qué son estos *Cuadernos de Nación* y de su importancia para alguien interesado en aproximarse al modo como se piensa el problema de la nación en América Latina.

1. Noticia de una colección

En diciembre de 2001 el proyecto «Observatorio de Políticas Culturales» del Ministerio de Cultura editó una colección titulada *Cuadernos de Nación*. Los seis cuadernos que componen la colección tienen la pretensión de contribuir a uno de los debates centrales de las tres últimas décadas en las ciencias sociales y en la esfera política, debate que se podría resumir en torno a tres cues-

tiones principales: cómo se forma una nación, cómo dura en el tiempo y en qué se distingue de otras formaciones sociales.

P

Para dar cuenta de estas cuestiones se recurre a una importante selección de estilos y autores. Los textos recogen ensayos teóricos de conocidos pensadores latinoamericanos, resultados de algunas investigaciones y reflexiones de investigadores colombianos e incluye un cuadernillo destinado a revisar algunas de las concepciones anglosajonas sobre el tema.

No obstante que los Cuadernos pueden leerse de manera independiente, es indudable que se remiten unos a otros, no sólo por la temática común, sino porque las referencias evidencian cierta tradición académica compartida y ponen de relieve discusiones que comprometen buena parte del cuerpo conceptual de la política, la historia y las ciencias sociales. En este sentido, es oportuno señalar que una manera conveniente de abordar su lectura es comenzar por el Cuaderno *Nación y sociedad contemporánea*, escrito por Ingrid Bolívar. Allí se encuentran un balance muy bueno del debate en torno a los estudios sobre nación, y una bibliografía general y especializada sobre el tema. A partir de esta presentación es posible situar las reflexiones y análisis que desarrollan los otros cinco Cuadernos.

Miradas anglosajonas al debate sobre la nación reúne tres ensayos de los principales investigadores en el debate anglosajón sobre el tema y contiene una nota bibliográfica en la que se hace énfasis en los textos referidos al poscolonialismo inglés y francés.

Otros dos cuadernos dan cuenta de los trabajos de investigación y de las reflexiones que sobre el tema de la nación han realizado investigadores colombianos. El primero, *Belleza, fútbol y religiosidad popular*, presenta parte de los resultados del proyecto «Iconos, ídolos y símbolos: Tentativas para la construcción de la nación 1948 – 2000». El segundo, *Relatos y memorias leves de nación*, reúne una serie de ensayos que sobre la identidad nacional, y a partir de un cuerpo bastante diverso de materiales, ofrece algunas consideraciones acerca de cómo y por dónde circula la «colombianidad».

Un cuarto volumencito, titulado *Músicas en transición*, publica algunas de las ponencias presentadas en el III Congreso de la Rama Latinoamericana de la Asociación Internacional de Estudios de Música Popular (Bogotá, agosto de 2000).

Un último cuaderno, coordinado por Jesús Martín-Barbero, *Imaginario de nación. Pensar en medio de la tormenta*, mencionado al inicio de esta nota, es el que particularmente interesa detallar aquí, puesto que recoge artículos de lo que podría ser una muestra muy repre-

sentativa de la intelectualidad latinoamericana al tratar el tema de la nación. La diversidad y la complejidad de esta muestra son grandes; por eso las anotaciones que a continuación se hacen se centran más en unos artículos que en otros, debido a las limitaciones de quien escribe y a las pretensiones de esta reseña.

2. Para pensar la crisis de lo que es la nación

La clave de lectura que se nos propone para los siete ensayos que conforman este cuaderno es la noción de crisis. Crisis en las sociedades latinoamericanas y crisis en las disciplinas que las estudian. Crisis evidentemente relacionadas y dependientes. Crisis sin relaciones causales fáciles y, lo que es más grave, sin soluciones reconfortantes a la vista. Sin embargo, crisis que se pueden pensar desde un lugar: la nación.

Es evidente que este panorama poco consolador está marcado por los eventos del 11 de septiembre de 2001, que inciden de diversa manera sobre los textos. A lo que habría que añadir la manera como ellos están organizados, pues el del comienzo, «Pensar en medio de la tormenta», de Néstor García -cuyo título provee de subtítulo a todo el cuaderno-, ya da el tono de lo que este se propone. De hecho, los títulos de los artículos se debaten entre el pesimismo y la nostalgia: «Colombia: ausencia de relato y desubicaciones de lo nacional», de Martín-Barbero; «Ser argentino: ya nada será igual», de Sarlo; y «Crisis cultural e identidad de la condición posmexicana», de Bartra. El artículo de Monsiváis no necesita poner el pesimismo en el título, porque su ensayo toma como uno de sus puntos centrales el fatalismo. Achugar insiste en la «estéril nostalgia del origen» y el de Ortiz concluye con la desigual batalla entre cultura popular y cultura mundializada.

Pero el punto central es la crisis. Habría que preguntarse a qué crisis se refieren los cuadernos. Antes que nada porque no hay evidencia de que el concepto de crisis alguna vez se haya ido de las ciencias sociales¹. Tampoco se trata de pretender que estos ensayos deban abrumarnos con su novedad. Más que hablarnos de una Nueva o la Verdadera crisis, los textos muestran cómo debates sobre nación, identidad y memoria ofre-

¹ De hecho, ya Edgar Morin ha propuesto que la sociología requiere de una teoría de la crisis si tenemos en cuenta su permanencia en la sociedad y en la teoría moderna (Morin, Edgar. *Sociología*. Tecnos. Madrid. 1995). Pero no es el único que habla de la presencia permanente de las crisis en la literatura de las ciencias sociales. Una breve ojeada por el catálogo de la Biblioteca Luis Ángel Arango, la más grande del país, da 3545 entradas de libros y artículos cuando la búsqueda se realiza asociando América Latina, ciencias sociales y crisis, por indicar algún ejemplo.

La clave de lectura que se nos propone para los siete ensayos que conforman este cuaderno es la noción de crisis

278 Habría que preguntarse a qué crisis se refieren los cuadernos

cen nuevas perspectivas para comprender el estado actual de las sociedades latinoamericanas, construidas a partir de sus crisis endémicas, en las que siempre se ha tenido que pensar en medio de la tormenta.

Aún así es necesario introducir un matiz referido a la novedad que contienen, pues este cuaderno ofrece un balance desde una perspectiva predominantemente cultural. Los autores de los artículos han demostrado con creces la pertinencia de este enfoque y, sin duda alguna, sus excelentes frutos se pueden apreciar en la producción intelectual de estos académicos en las dos últimas décadas. Pero este enfoque no agota la complejidad del problema de la nación, el cual, sin lugar a dudas, requiere de la inclusión de otras perspectivas, entre las cuales la económica brilla por su ausencia.

«Como América Latina no hay dos y ni falta que hace»: Breve referencia de algunos artículos

Nuevamente apelamos a Monsiváis para caracterizar todo el cuaderno. El fatalismo mexicano está lejos de ser el denominador común del mismo; pero luego de su lectura quizá valga la pena pensar con cuidado en qué estamos en América Latina.

Rápidamente podría presentarse el contenido de estos artículos como sigue. El breve texto de García es el más influenciado por el 11 de septiembre; es, en sentido estricto, una introducción a la colección, no un ensayo de las mismas proporciones de los que le siguen. Propone, entonces, con precisión una idea: ¿cómo pensar cuando las seguridades más firmes desaparecen, cuando lo que socialmente se ofrece es riesgo y pánico? Más que responder, García propone un camino: fortalecer el aporte del intelectual en la sociedad. Este aporte sería producir *información* razonada y contrastable, promover la *solidaridad* gracias a la comprensión crítica de los conflictos interculturales y la duda (en la que no se detiene, pero que define citando con ironía a un militar argentino como «privilegio de intelectuales»). Se podría finalizar diciendo que tanto optimismo es comprensible, si uno no quiere sucumbir en el horror que puede provocar el once de septiembre.

Sin duda alguna el texto mejor escrito de la colección es el del cronista mejicano Carlos Monsiváis, «De la sociedad tradicional a la sociedad postradicional». Con mucho humor, un agudo sentido crítico, y una gran capacidad analítica, el autor descompone lo que a su juicio serían las claves para entender lo que quiere decir para el México de finales del siglo XX convertirse en una sociedad postradicional.

¿cómo pensar cuando las seguridades más firmes desaparecen, cuando lo que socialmente se ofrece es riesgo y pánico?

Monsiváis señala que México asiste a algo llamado la posnacionalidad; aunque no es muy claro el significado de esta noción, sus características sí aparecen descritas con mucha precisión: la fragmentación de la experiencia colectiva, la desaparición del anti-imperialismo (anti-yanqui, se entiende) como sentimiento oficial, la crítica de la construcción que del pasado histórico hizo el nacionalismo, la reivindicación de lo local por encima de la nación, la conversión del pueblo en público (especialmente gracias a los espectáculos deportivos), la desconfianza política, el predominio de la idea de que la nación oficial fracasó y, prácticamente, la desaparición del patriotismo de la cultura urbana.

Monsiváis muestra que los causantes de esta transformación no son los medios de comunicación y la imposición del estilo de vida norteamericano, acusados usuales en estas críticas. Si bien el papel de ellos es fundamental, éste es mucho más complejo. Dos evidencias podrían ser más que suficientes para convalidar las razones esgrimidas por el autor. Con relación a los medios, éstos, como «protectores oficiales» recurren a un uso del idioma que «con tal de preservarlo, hablan con notoria escasez de recursos», en una sociedad en donde predominan el *espanGLISH* y las «deformaciones» del castellano. Los medios van, al menos en su lenguaje oficial, en contravía de estos cambios, al defender una idea de nacionalismo que les es cómoda porque se refugia en el estereotipo.

Con relación a la americanización de la vida mejicana, sería ingenuo hablar de un traspaso sencillo de valores y prácticas: «uno puede gozar de los productos norteamericanos, pero la identificación con ellos no incluye el abandono del punto de vista». Así, éstos productos ingresan en lógicas locales y se transforman o incluso se invierten. Una muestra podría ser la definición de lo mexicano en la frontera, a través de la construcción de la cultura chicana que, sin ser la cultura mexicana tradicional, sirve de «paso cultural» para los migrantes que van a Los Ángeles. Pero sobre todo, no hay que olvidar que lo norteamericano no es homogéneo, así sea muy fácil pensarlo como un todo hostil, y que lo gringo ha sido para los mexicanos la «oportunidad» de tener un otro que ha hecho posible que lo mexicano fructifique.

Concluye Monsiváis diciendo que quizá a lo que se asiste es al fin de la teatralización y del discurso anti-gringo, en el discurso oficial y en el núcleo del nacionalismo mexicano. Así las cosas, el posnacionalismo puede representar una nueva forma de organización de la sociedad civil, preocupada por reivindicaciones distintas de las que tenían o podían tener lugar en el nacionalismo, quizá con intere-

ses más pragmáticos, pero no por ello menos urgentes y primordiales. No hay todavía un sustituto claro del nacionalismo, pero los hechos del once de septiembre mostraron que «los intereses nacionales del imperio no admiten la cercanía de otros intereses nacionales». Este puede ser un modo de regresar a las preocupaciones por la soberanía que tanta falta le hace a México.

En línea de continuidad con el ensayo anterior, el de Roger Bartra, «Crisis cultural e identidad en la condición posmexicana», llama la atención sobre la necesidad de pensar la quiebra en México del complicado aparato de legitimación y consenso que el nacionalismo garantiza. Señala, como se hizo en el artículo precedente, que uno de los problemas cruciales estriba en la dificultad de este aparato para construir una idea de otredad luego del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Bartra muestra, mediante el análisis de las fotos que a comienzo de siglo se hicieron de algunos indios mexicanos, cómo en la actualidad esa lectura del indio está diluida y sin referentes precisos. Así, la pobre visión del indio que transmiten estas fotografías, pero finalmente definida con precisión, se desvanece, como sus imágenes, pues ya los indios no son lo mexicano, pero tampoco son ya lo otro.

Resulta muy ilustrativo leer el artículo de Renato Ortiz, «Brasil: sociedad, cultura y nación», en relación con el de Monsiváis. Ortiz se centra en dos aspectos del proceso de constitución de nación que el mexicano no ha desarrollado: la tensión que hay entre la construcción de la nacionalidad con la apropiación y reconstrucción de la modernidad en América Latina, especialmente en Brasil.

El autor muestra cómo la industrialización, la ideología del progreso, la formación de una cultura de masas vinculada a la industrialización de la cultura, fueron las claves que permitieron construir algo llamado la «brasilidad». La samba, el símbolo cultural que más fácilmente identifica a Brasil en el mundo, llegó a ser un emblema de lo nacional sólo gracias a la conjunción de estos factores.

No es el baile de ese nombre y su carnaval una imposición del pasado tradicional, -difícilmente podría serlo en un pueblo tan heterogéneo como lo era Brasil a principios de siglo-, sino una muestra del modo como la intelectualidad brasileña propuso un modo de vincularse al mundo moderno. «Para ser modernos hay que ser nacionales» cita Ortiz, indicando el modo como ciertos elementos de la cultura popular fueron tomados de un sector específico de la sociedad brasilera y convertidos en referente nacional más allá de las particularidades regionales.

La crisis que enfrenta la nación -o el nacionalismo para ser más precisos-, se debe, a juicio de Ortiz, a que la dinámica de la moder-

lo que
llamamos
tradicional-
mente
identidad
nacional
estaría a
punto de
desaparecer,
siendo
reemplazada
por una
cultura
popular
internacional

282

nidad es distinta de la que hizo posible el afianzamiento de la nación. Si bien es cierto que durante el siglo XIX y la primera mitad del XX ambas fueron una pareja indisoluble, asistimos hoy en día a la constitución de la modernidad-mundo. En ésta, es posible ser moderno sin ser nacional, lo que trae consecuencias complejas para sociedades, como sería el caso de Colombia, en las que ambos proyectos, el de modernidad y el de nación, están o quedaron inconclusos. Así las cosas, lo que llamamos tradicionalmente identidad nacional estaría a punto de desaparecer, siendo reemplazada por una cultura popular internacional frente a la que urge redefinir lo autóctono.

Complementan el cuaderno dos trabajos desde el cono Sur. En un breve artículo, «Ser argentino: ya nada será igual», Beatriz Sarlo indica cómo la identidad nacional giraba en torno a tres cualidades: ser alfabetizado, ser ciudadano y tener un trabajo asegurado. Aunque los pesos específicos de cada una variaban de acuerdo a las coyunturas y al modo particular como se valoraban los derechos, las posibilidades y las capacidades, a lo largo del siglo XX en Argentina esta tríada definía lo que era ser nacional.

Los cambios recientes en la vida económica y política han trastocado estas cualidades, al punto que ya no se reconocen como tales por un grupo cada vez más numeroso, bien sea porque no tienen sentido práctico para ellos, bien sea porque ser nacional no dice nada. Es fácil, dice la autora, prever las consecuencias políticas y culturales que trae esta transformación. Y aunque Sarlo no habla de una disolución de lo que ha significado hasta el momento ser argentino, parece ser una consecuencia inevitable de lo que anuncia. De allí que su llamado, tan urgente como desesperado, a los intelectuales locales, para que produzcan explicaciones, por insuficientes que sean, acerca de lo que está ocurriendo en Argentina.

El segundo trabajo es el de Hugo Achugar, «Ensayos sobre nación a comienzos del siglo XXI». De este artículo, que aborda en muy breve espacio una diversidad de temas referidos a la nación, dejando todos un dulce pero insuficiente sabor de pasabocas, vale la pena señalar su insistencia en pensar la nación como el resultado, inacabado siempre, de las luchas que libran diferentes nacionalismos por alcanzar la hegemonía.

Esta lucha supone un permanente ejercicio de olvido y recuerdo, que podría resumirse en la frase Ernest Renan, citada por el autor «La esencia de una nación es que todos los individuos tienen

EN
ET
NOVA
VETRA

muchas cosas en común y también que han olvidado muchas cosas», frase que le permite, además, indicar cómo estas luchas redefinen la autoridad, que utiliza la redefinición del pasado como un modo de legitimarse.

A continuación, Achugar enuncia temas como el control sobre la palabra, la definición de la enfermedad, la globalización, todos relacionados con el problema de nación, llenos de ideas muy sugerentes, en especial los dos primeros, pero que desafortunadamente se quedan allí. Sin embargo, las referencias que hace el autor y el contexto en el que las inscribe obligan a su lectura.

Acerca de la ausencia del relato de la colombianidad

Para concluir, vale la pena detenerse un poco más en el artículo «Colombia: ausencia de relato y desubicaciones de lo nacional», de Jesús Martín-Barbero. En éste, a partir de la idea de Daniel Pecaut de que «lo que le falta a Colombia más que un ‘mito fundacional’ es un *relato nacional*», el autor pretende mostrar que «Colombia está necesitada de un relato que se haga cargo de la memoria común». La ausencia de este relato tiene su origen en la violencia, tanto simbólica como física, que caracteriza nuestra historia.

Martín-Barbero insiste en la necesidad de una memoria incluyente que dé cuenta de las violencias que vive nuestro país, que haga visible aquello que las representaciones existentes de lo nacional han hecho invisible y que pueda nombrar nuestros errores y fracasos, nuestros duelos y carencias, pero que a la vez haga posible contarnos a nosotros mismos y a los demás.

Cabría señalar aquí que esta idea de la carencia de un relato nacional incluyente y de la necesidad de su construcción, es pertinente sólo a condición de que se haga precisión en el origen de la carencia. Éste sería la incapacidad de las elites y en general de todos los grupos que se han formulado proyectos políticos nacionales de producir relatos hegemónicos.

De hecho, lo que muestra precisamente la colección en mención es la diferencia que hay entre naciones en las que un relato se convierte en dominante y define de manera específica, por periodos relativamente largos, la manera como se organizan las relaciones sociales, y otras naciones, como es el caso colombiano, donde tal relato no funciona. El problema no es pues solamente de ausencia de relatos, incluyentes o no, sino de su debilidad a la hora de convertirse en referente obligado para los colombianos. Lo cual abre el inte-

Martín-Barbero insiste en la necesidad de una memoria incluyente que dé cuenta de las violencias que vive nuestro país

¿es indispensable que haya un relato incluyente nacional?

rrogante acerca de qué sería lo que está mal, cuando se tiene una multiplicidad de relatos que pretenden dar cuenta de qué es lo nacional ¿No tener un relato hegemónico equivaldría a decir que no hemos tenido nación? ¿reforzaría esto la tesis tan discutida por los violentólogos de la precariedad de nuestro Estado? Sin duda, es mucho más claro, no por ello deseable, encontrar un relato nacional frente al cual las relaciones de los actores se definen y por ende se articulan sus conflictos Sin embargo, ¿es indispensable que haya un relato incluyente nacional? Porque es posible reconocer la existencia de relatos parciales, fragmentarios, locales, en los que la violencia, la exclusión, la integración y la solidaridad aparecen en distintos grupos y comunidades del país y que -como lo muestra Omar Rincón (en su artículo «Colombia: marca no registrada»²), de manera bastante superficial, pero no por ello menos pertinente-, terminan por ir produciendo un relato más amplio, de circulación menos oficial pero igualmente nacional, mediante el cual se pueden nombrar las situaciones que tanto preocupan a Martín-Barbero.

Es muy interesante que, a continuación de los planteamientos arriba discutidos, el artículo señale de manera muy pertinente y acertada las implicaciones que se dan cuando un relato, el de la globalización y el capital, se convierte en hegemónico. Cito frases que el autor retoma de Peter Berger y Manuel Castells, respectivamente: «Berger nos pone en perspectiva el cambio que atraviesa un capitalismo que al tornarse mundo ya no ve en la cultura tanto y sólo un objeto a rentabilizar sino el lugar del sentido, que el lugar que el mercado pretende ocupar al ponerse a sí mismo»; «el capitalismo se hace mundo cuando se torna cultura, es a eso que apunta la sociedad del conocimiento o de la información».

284 **P** Entiendo que la propuesta de Martín Barbero es precisamente la de señalar los peligros que trae la imposición de la globalización, que es por supuesto más que un relato, de convertirse en el relato dominante. Más relevante aún, es innegable la importancia de entender que el capital en el lugar de la cultura es un sinsentido y que la mera lógica del mercado es incapaz de impedir que otras lógicas se le resistan y la subviertan, como tan pertinentemente afirma.

De allí que uno se pregunte por qué, si en el caso de las relaciones mundiales es importante que Colombia tenga un relato nacional incluyente -porque «contar es tanto narrar historias como ser tenidos en cuenta por los otros»-, un relato que sirva de alguna forma de resistencia frente

² Incluido en el Cuaderno de esta colección *Relatos y memorias breves de nación*.

al discurso homogenizador total, en lo nacional debamos revisar esas formas de resistencia con la «petición» a los diversos grupos culturales de Colombia de contribuir a un relato nacional incluyente.

No habla en ninguna parte el autor de que la «cultura de la nación», en caso de que existiera, deba imponerse a los grupos que la conforman; por el contrario, cree que las políticas estatales de cultura, los Diálogos de Nación que dan origen a la colección presente, pueden constituirse en un espacio en donde se arme un proyecto de nación que «en el mismo movimiento en que se afirme la diferencia, se afirmen también la reciprocidad y la solidaridad» y, además, se tenga en cuenta que pensar «la recuperación de lo propio contra la hegemonización global, [es] tan fácil como inútil».

Pedirle al Estado, como lo hace Jesús Martín, al actual Estado colombiano, que asuma esa tarea es tan fácil como inútil. Porque ese pedido parte de la base de que el Estado es el principal organizador de la vida social, no cree que la apuesta está en la capacidad de la sociedad civil de proponer esas formas de organización, porque desconoce que la lógica del mercado en el lugar de la cultura está entre nosotros como lo está en Los Ángeles o en París, porque olvida que ese mismo Estado está en disputa, tanto simbólica como militar, con otras fuerzas que han mostrado un poder similar o al menos tan intimidante como el suyo. Finalmente, porque olvida lo que está en muchos de sus otros textos, la imposición hegemónica que debe hacer el Estado si quiere imponerse como Estado. Hegemonía que está lejos de conseguirse en nuestro caso.

Enrique Rodríguez Caporali
Universidad Icesi

«contar es tanto narrar historias como ser tenidos en cuenta por los otros»

285

EL CONFLICTO ENTRE EFICIENCIA Y JUSTICIA

Cass R. Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, Oxford University Press, 1997

En la discusión social de los últimos dos siglos ha ocupado lugar destacado el conflicto entre eficiencia y justicia. Así, los Moralistas escoceses de finales del siglo dieciocho, con Hume y Smith a la cabeza, intuyeron que las condiciones de equilibrio de un sistema económico no necesariamente coinciden con el deseo expreso del Soberano manifiesto a través de la norma positiva. Los hegelianos alemanes infirieron de las leyes de la dialéctica una eventual conciliación de propósitos en el devenir de las fuerzas que conforman la histo-

En la discusión social de los últimos dos siglos ha ocupado lugar destacado el conflicto entre eficiencia y justicia

El libro de Sunstein, es quizás todavía hoy el más acabado esfuerzo por delimitar el ámbito apropiado para los mercados libres, para proteger la posibilidad de que haya justicia social

ria. Marx formuló una visión comprensiva de la salvación de la humanidad a través de la revolución de las clases trabajadoras, que desembocaría en una sociedad igualitaria y libre. Los utilitaristas formularon la hipótesis de racionalidad de las conductas y se apoyaron en la aplicación del cálculo diferencial a la interpretación de la conducta económica, cuyo corolario sería la inexorabilidad de ciertos desenlaces. Correspondió al profesor A.C.Pigou la formulación de los Principios del Bienestar, cuyo más elemental corolario es que el interés privado y el interés público no necesariamente coinciden, y el análisis de la relevancia de la conmesurabilidad de alternativas en la toma de decisiones.

La reflexión de la segunda mitad del siglo veinte, usando herramientas de las matemáticas finitas, como la teoría de juegos, aportó diversas aproximaciones al problema del diseño de las instituciones políticas y legales, pero la capacidad de la especie humana para movilizar masa y energía evolucionó dramáticamente, e indujo la crisis de las categorías a que alude la literatura clásica, por la transformación de la especie en sociedad global. No hay, entonces, última palabra en la materia, y más bien una mayor conciencia de la complejidad del tema.

El libro de Sunstein, aunque tiene ya cinco años de haber sido publicado, es quizás todavía hoy el más acabado esfuerzo por delimitar el ámbito apropiado para los mercados libres, para proteger la posibilidad de que haya justicia social. Sunstein, Profesor Distinguido en la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago, ha escrito con abundancia; entre sus libros anteriores se destacan *The Partial Constitution* (1993) y *Democracy and the Problem of Free Speech* (1994). Su ámbito de interés más reciente incluye la discusión sobre las implicaciones legales y morales de la red cibernética, asunto sobre el cual su franqueza en la identificación de problemas imputables a la ausencia de normatividad en internet le ha valido ser tildado de represivo por algunos extremistas libertarios. En cualquier caso, es una figura destacada del pensamiento jurídico anglo-americano contemporáneo, y su aporte merece mayor divulgación en otros ámbitos.

La publicación de *Free Markets and Social Justice* antecedió a las rebeliones contra la globalización neoliberal en Seattle y Ginebra. No es, pues, un libro oportunista. Tampoco se pretende formular en él una teoría integral de la justicia, en la manera de Rawls o de sus contradictores comunitaristas. Busca, más bien, trascender los debates sobre si se debe regular más o menos, y regresar a través de la reflexión práctica a la premisa de que ciertos ámbitos de la conviven-

cia requieren regulación.

Sunstein no será del agrado de los partidarios del mercado como mecanismo único para la asignación de recursos. Tampoco va a satisfacer los apetitos de quienes creen factible desechar el mercado en los procesos públicos, en aras de la justicia como objetivo central. Su planteamiento abarca siete temas básicos:

1. El mito de *laissez faire*, fórmula postulada inicialmente por los fisiócratas franceses de finales del siglo dieciocho, y que a juicio de nuestro autor es una descripción equivocada de lo que son y requieren los mercados. Puntualiza que los mercados necesitan un marco jurídico, y no pueden operar en el vacío institucional. No se trata de desestimar los mercados, sino de entender que ellos son un constructo social y legal, y no un producto de la naturaleza.

2. Formación de preferencias y normas sociales, asunto que apunta a la necesidad de verificar el vínculo entre las preferencias y el bienestar humano. Sunstein acota que el marco legal nunca va a ser neutro frente al proceso de formación de preferencias.

3. El carácter contractual de la escogencia. Al fin y al cabo, la selección entre alternativas siempre será determinada por el contexto. Esto es importante para moderar las inferencias sobre determinaciones probables, de acuerdo con las circunstancias específicas de cada decisión.

4. La importancia de una distribución equitativa. La abundancia de recursos en una sociedad no es suficiente criterio para calificar su éxito, pues también se debe calificar su distribución para evaluar su éxito como proyecto de convivencia.

5. La diversidad de los bienes humanos. Sunstein centra su apreciación de los límites en el análisis económico a la uniformidad de criterio en las valoraciones, que abiertamente discrepa con la experiencia cotidiana, en la que se aplican diversos valores a cada clase de relación con personas u objetos. Así, la decisión de pronunciamiento político no puede simplemente limitarse a una transacción comercial.

6. La ley puede formar preferencias. Así, una asignación inicial de bienes puede inducir inclinación a preferirlos, y no necesariamente el mercado va a ser eficaz en la reasignación a través de los procesos de intercambio que conlleva, en forma independiente de las condiciones iniciales del sistema.

7. Incógnitas de la racionalidad humana. Evidentemente no son claros los criterios que se aplicarían a una respuesta tentativa a la pregunta sobre si la especie es racional. Incluso es discutible la

Los mercados necesitan un marco jurídico, y no pueden operar en el vacío institucional. Ellos son un constructo social y legal, y no un producto de la naturaleza

definición misma de racionalidad.

El libro pretende investigar los siete temas desde una amplia gama de perspectivas, en muchos contextos diferentes. Está dividido en tres secciones, la primera de las cuales es un conjunto de documentos más o menos sueltos a través de los cuales se desarrolla una especie de marco de referencia para la discusión posterior. La segunda sección versa sobre los derechos y la ineficacia de los mercados desinstitucionalizados para protegerlos. La parte final hace un examen riguroso, apoyado en ejemplos positivos y negativos de regulación frente a los objetivos deseados, para justificar la facultad soberana de limitar las conductas individuales de los agentes en el sistema bajo ciertas y determinadas condiciones.

El autor expresamente declara que ya es hora de cerrar la discusión sobre si debe haber más o menos ingerencia del estado, o más o menos mercados, porque la interdependencia entre instituciones y mercado es clara, y en diversas situaciones y contextos es importante buscar más espacio para la iniciativa individual y el libre juego de los mercados, en tanto que en otras situaciones y contextos es deseable la acción expresa del estado.

En relación con la política y la formación de preferencias, anota que las democracias constitucionales no deben pretender inmiscuirse en el alma de los asociados. Hace, pues, una defensa clara de la posibilidad de divergencia, del derecho a formalizar a través de leyes los juicios prevalentes y de la importancia de poder oponerse a preferencias y creencias ajustados a institucionalidades injustas.

En materia de normas y papeles sociales, hace énfasis en la importancia de dimensionar adecuadamente la injerencia de creencias y otros elementos sociales en los procesos institucionales. Incluso, anota, el concepto mismo de selección depende del contexto, de tal manera que el abanico de opciones disponibles puede ser el factor determinante de la selección. No habría vida social sin normas, significados y papeles, y lo cierto es que los individuos tienen muy poco control sobre estos elementos. Esta ausencia de control, a su vez, puede fijar límites serios para el bienestar. Muchas normas sociales pueden ser nocivas, y su modificación requerir ayuda colectiva. Así, las declaraciones radicales en pro de la selección individual pueden inhibir desarrollos sociales o institucionales importantes.

Sobre inconmensurabilidad y valoración en derecho, Sunstein

288

No habría vida social sin normas, significados y papeles, y lo cierto es que los individuos tienen muy poco control sobre estos elementos

hace un juicioso análisis, y concluye que un reto importante para los teóricos del derecho es la elaboración de una descripción efectiva de procesos de selección entre bienes inconmensurables y distintas clases de valoración posibles. Sunstein abre la discusión con afirmaciones serias: toda exploración del asunto debe presumir que hay límites a la conmensurabilidad, o definición de un patrón universal de medición, y hacerlo generará beneficios sustanciales para quien desee entender y evaluar el derecho, tanto público como privado.

Los límites del análisis jurídico se hacen más evidentes en el capítulo sobre medición del bienestar, donde la insuficiente presentación del material técnico resta fuerza a lo que podría ser una discusión de cierta trascendencia. Sin embargo, el autor se reivindica con un breve análisis de criterios que pueden aplicarse a la comunicación política sobre calidad de vida. Sunstein asigna la debida importancia a los medios de comunicación masiva como elementos neutralizadores de problemas sociales, porque atraen atención sobre ellos y crean incentivos para la intervención estatal cuando es procedente.

El profesor Richard Plides participa en la elaboración del capítulo sobre expertos, economistas y demócratas. El texto parte de la evaluación de las limitaciones del análisis de relación entre costo y beneficio, aborda la diferencia de percepciones entre expertos y personas ordinarias en materia de riesgo, racionalidad y política, considera las distintas aproximaciones desde la perspectiva económica, con un lúcido discurso sobre la voluntad de pago como reflejo de preferencias, enfrentada a valoraciones que consideren el conjunto de experiencias vitales, cuya medición puede ser los años de vida ajustados por indicadores de calidad de vida.

El libro tiene un inventario persuasivo de ejemplos que ilustran cómo los mercados no impiden la discriminación arbitraria, basada en prejuicios. Muestra, además, los efectos negativos de la discriminación en los procesos de formación de capital humano y, por ende, en el bienestar futuro. Incluso demuestra que en ciertos casos el mercado perpetuará la discriminación.

La exposición sobre libertad en el espacio cibernético es claramente insuficiente. De hecho, Sunstein ha subsanado con creces estas deficiencias con posterioridad al libro, con nuevas e importantes publicaciones, que lo han convertido posiblemente en la figura principal en la discusión sobre asuntos como la pornografía en la red desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, el capí-

un reto importante para los teóricos del derecho es la elaboración de una descripción efectiva de procesos de selección entre bienes inconmensurables y distintas clases de valoración posibles

tulo sobre esta materia en *Free Markets and Social Justice* será de enorme interés para los lectores interesados en la historia constitucional de los Estados Unidos en el marco de los problemas jurídicos relacionados con la libertad de expresión.

Sunstein hace una reflexión seria sobre propiedad y constitucionalismo con fundamento en la experiencia de la transición simultánea de los países de Europa Oriental, de un solo partido a la pluralidad de opciones políticas, de la economía planificada a la economía de mercado, y de un estado sin límites a un estado sujeto a normas constitucionales. Aboga por la importancia de elevar a la categoría de norma fundamental el principio de la sujeción a la ley, la protección a la propiedad y contra la expropiación sin compensación y debido proceso, la protección a los contratos por la ley, la libertad de trabajo o actividad, la prohibición de los monopolios estatales, el principio de no discriminación hacia la empresa privada, el derecho al desplazamiento y las reglas básicas de relación fiscal entre el estado y los asociados. Concluye que su propuesta generaría procesos de crecimiento económico a la vez que impulsaría la maduración social hacia la autonomía colectiva en un marco democrático. Propone una estrategia que vincule a todos los asociados a la propiedad privada a través de programas estatales.

El libro considera con algún cuidado el tema de igualdad política y consecuencias no deseadas de la acción estatal, con énfasis en la financiación de campañas políticas. Este asunto es quizás el problema más espinoso de la democracia contemporánea, por cuanto la financiación estatal puede resultar en la perpetuación del statu quo, pero la ausencia de reglas puede llevar a la comercialización del poder. Aunque en verdad el examen no es exhaustivo, y no considera el aporte de tratadistas como Dworkin, se concluye, con razón, que el estudio empírico de las experiencias disponibles es más importante ahora que la disquisición teórica, para el propósito de identificar consecuencias no deseadas de la regulación estatal en uno u otro sentido.

La sección final es, sin duda, la más interesante del libro, por cuanto induce conclusiones a partir de una exposición clara y ordenada. En el asunto de regulación sobre impacto ambiental, demuestra cómo en ocasiones los desenlaces son consecuencia de la asimetría entre opciones políticas y opciones de consumo. Explica cómo el absolutismo ambientalista aflora del prejuicio según el cual no hay conmensurabilidad entre los bienes ambientales y otros bienes, e ilus-

El libro considera con algún cuidado el tema de igualdad política y consecuencias no deseadas de la acción estatal, con énfasis en la financiación de campañas políticas

tra la aplicación de la diferencia entre incommensurabilidad y valoración infinita. En esta materia concluye la necesidad de cuestionar la premisa de que las preferencias privadas cimienten la política ambiental, de manera que las decisiones democráticas solo tendrán validez sobre la base de una suficiente ilustración.

El inventario de paradojas que enfrenta el estado regulador, sin pretensiones de agotar la materia, lleva a legitimar la intervención estatal en situaciones en las cuales se presentan fallas de mercado, pero también a alertar sobre el riesgo de regulación inadecuada, de manera que se debe buscar el equilibrio entre un estado sin pudor para impulsar aspiraciones democráticas, bienestar económico y equidad en la distribución de oportunidades, y la conveniencia de prohijar la flexibilidad, adaptabilidad, potencial productivo y descentralización inherentes a los mercados libres.

El análisis de intercambios en materia de salud distingue entre diversas clases de riesgos, examina la relación entre riqueza y seguridad, e ilustra la dificultad de traducir el análisis teórico en prácticas eficaces. Aunque Sunstein defiende la gestión histórica del estado administrador de la salud, no tiene inhibición para declarar que los programas regulados son mucho más costosos y menos efectivos de lo que correspondería a una situación racional, amén de los nuevos riesgos inducidos por la regulación misma. Para abordar el asunto de manera práctica propone que se acepte la premisa de que no es posible cubrir todos los riesgos totalmente, por lo cual los entes estatales responsables deben administrar decisiones que implican intercambio de cubrimiento de riesgos, en tanto que el sistema judicial debe impulsar la búsqueda de la reducción del riesgo agregado. Además alerta sobre la perturbación que inducen los problemas de atención selectiva (que hacen más ruido que impacto relativo), el poder de grupos con intereses especiales y la visión de corto alcance en la definición de criterios sobre cubrimiento de riesgos.

El capítulo sobre democratización a través de la ley hace una recapitulación histórica en el marco del derecho en los EEUU, identifica remedios para las ineficiencias en la regulación existente, y sugiere incentivos económicos concretos para robustecer el espíritu democrático. También hace una declaración de confianza en la descentralización como mecanismo que concilia parcialmente los criterios de eficiencia e igualdad. Aunque se consideran los límites de todas las estrategias, se invita a no rendirse solo por las fallas de las instituciones existentes.

omite considerar que el dilema entre justicia y prosperidad se refleja más marcadamente en sociedades de África y América Latina, cuya inequitativa distribución del ingreso es el principal factor inhibitorio del crecimiento económico

Al revisar la gestión del legislador en los EEUU, las circunstancias específicas para la aplicación de los preceptos constitucionales y el problema de la eficiencia del estado en los años noventa, puntualiza que el discurso prevalente apunta a la medición de la relación entre el costo y el beneficio en la gestión estatal. Este lenguaje es conveniente frente al caos que se desprende de la complejidad institucional, pero no es más que un punto de partida, en primer lugar por la necesidad de ventilar en forma recurrente la concepción de costo y beneficio, bajo una teoría del valor. Percibe una mayor eficacia en las iniciativas de la rama administrativa que en las de la rama legislativa del poder público. Concluye que el Congreso lograría un mejor resultado si identifica los problemas conceptuales en la estructura gubernamental y delega, con límites claramente definidos, la revisión de estructura en la rama administrativa. Entre los criterios para la reforma en pro de un estado regulador eficaz, sin asignársele calidad hegemónica, debe considerarse como muy importante el efecto económico, de manera que la regulación se oriente a corregir fallas de mercado.

Indudablemente, esta colección de ensayos articulados de Sunstein es un aporte importante a asuntos esenciales de política pública. Sin embargo, el libro tiene limitaciones importantes, que vale la pena enunciar de manera somera. La principal es la perspectiva estrictamente referida a la experiencia de los EEUU, excepto en la discusión del tránsito institucional en Europa Oriental. El ordenamiento constitucional de ese país fue el primero construido sobre la base de la filosofía liberal, pero las razones históricas del federalismo tienden a desdibujarse en la sociedad posmoderna, desespecificada, y crecientemente desarraigada. Por otro lado, omite considerar que el dilema entre justicia y prosperidad se refleja más marcadamente en sociedades de África y América Latina, cuya inequitativa distribución del ingreso es el principal factor inhibitorio del crecimiento económico, cuyas instituciones políticas son poco maduras y cuyo aparato jurídico no está inscrito en la tradición del Derecho Común. Tampoco pone en tela de juicio la viabilidad a largo plazo del esquema de convivencia prevalente en las economías desarrolladas, a medida que las demás sociedades eventualmente se acerquen al umbral de la prosperidad y el precio relativo de los bienes frente a los servicios se incrementa.

El libro tiene las naturales restricciones de un conjunto de documentos hábilmente ensamblados, que aborda interrogantes de alcance global desde la tradición del derecho común, pero es, de to-

dos modos, un libro importante, por su contribución al entendimiento de la formación de decisiones individuales y de las consecuencias de la intervención en la economía. Su lenguaje es claro y sencillo, y su acervo de fuentes es impresionante. El sesgo ideológico, marcado en algún grado por el *public choice*, por la teoría de la función expresiva del derecho, del Profesor Laurence Lessig, que considera la norma positiva como expresión de valores y creencias sobre modelos de organización social, y por el ambiente de la Universidad de Chicago, en la cual ha interactuado con el prolífico y polémico Juez Richard Posner, reconoce la calidad del mercado como vehículo para la eficiente asignación de recursos escasos, pero identifica restricciones a su eficacia en el corto plazo, e invita a estudiar los procesos de formación y cambio de preferencias, de acuerdo con el contexto, del cual la norma misma hace parte.

El autor es ecléctico y no tiene pretensiones de introducir rupturas en la historia del pensamiento jurídico y político, pero tiene una rica veta de originalidad, no limita su teoría de la selección al ámbito de lo racional, aunque sin penetrar la senda espinosa de categorías como el inconsciente y los impulsos de la libido. En síntesis, desde una posición muy ortodoxa en el ámbito de las ciencias jurídicas pone en tela de juicio la premisa de que la democracia debe respetar el arbitrio individual como punto de partida, y en el desarrollo de este cuestionamiento logra interesar al lector juicioso en la emocionante aventura del debate sobre mercados y regulación.

Gustavo Moreno
B&M

desde una posición muy ortodoxa en el ámbito de las ciencias jurídicas pone en tela de juicio la premisa de que la democracia debe respetar el arbitrio individual como punto de partida

293

¿JUSTICIA LITERARIA?

Martha C. Nussbaum, *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*,. Beacon Press, Boston, 1995.

«Si admites a la entretenida musa de la poesía lírica y épica, entonces en vez de la ley y de la aprobación general de que la razón es la mejor guía, los reyes de tu comunidad serán el placer y el dolor.» Así explica Sócrates, en el libro 10 de la *República*, por qué los «poetas representativos,» es decir, los poetas que apelan a la parte irracional de la mente con sus representaciones imaginarias, no tienen cabida en la comunidad que Sócrates propone. Es peligroso tener poetas precisamente porque «engordan» la parte irracional

lo que Nussbaum propone en *Poetic Justice* es experimentar «el otro» a través de la literatura, para que la empatía que puede nacer de esa experiencia nutra nuestras decisiones sobre lo público

294

de las mentes de las personas, y también porque «deforman inclusive a las personas buenas» al hacerlas disfrutar e inclusive apoyar las imágenes de gente llorando mucho, riendo mucho, o participando en otros excesos. Esto no quiere decir que la poesía no sea entretenida. Lo es, según Sócrates, pero para que pueda formar parte de la comunidad ideal alguien tiene que probar que «hay más en la poesía que mero placer— que también afecta positivamente a la sociedad y a la vida humana en general.»

Este reto es el que asume Martha Nussbaum en el libro *Poetic Justice*. En el prefacio y en el primer capítulo del libro, Nussbaum presenta un esqueleto de su defensa de la literatura. Nussbaum dice que el libro nació de su convicción de que «contar cuentos y usar la imaginación literaria (*literary imagining*) no se oponen a la argumentación racional, sino que pueden aportar ingredientes esenciales para un argumento racional» (p. xiii). Estos ingredientes, añade, también son esenciales para «una posición ética que nos pide que nos preocupemos por el bien de otras personas cuyas vidas son lejanas a las nuestras» (p. xvi). El resultado de esos ingredientes es la empatía. En general, lo que Nussbaum propone en *Poetic Justice* es experimentar «el otro» a través de la literatura, para que la empatía que puede nacer de esa experiencia nutra nuestras decisiones sobre lo público.

Los otros tres capítulos desarrollan el argumento que vimos en el párrafo anterior. El segundo capítulo hace una crítica del utilitarismo, que no es una crítica de la razón o la ciencia, sino de una forma del estudio científico, la economía utilitaria, que «representa mal y dogmáticamente la complejidad de los seres humanos y de la vida humana» (p. 44). En su crítica, Nussbaum presenta los cuatro elementos básicos de los modelos utilitarios de decisión racional, muestra su insuficiencia a la luz de la novela *Hard Times* de Charles Dickens, y se defiende ante tres posibles objeciones de los economistas utilitarios.

El tercer capítulo, que considero el más valioso del libro, se titula «Emociones Racionales.» Nussbaum presenta cuatro argumentos básicos en contra del uso de las emociones en la deliberación pública. Estos argumentos son, primero, que las emociones son fuerzas ciegas que se relacionan poco o nada con el razonamiento. Segundo, que las emociones dañan a la sociedad porque les quitan autonomía a las personas al hacerlas sentir necesitadas. Tercero, que las emociones no permiten la imparcialidad que requiere una decisión, porque resaltan algunos elementos y no otros. Y cuarto, que «las emociones se preocupan mucho por los individuos y muy poco por unida-

des sociales más grandes como las clases» (p. 70). Luego de exponer estos argumentos, Nussbaum prepara contra-argumentos, algunos más detallados y hábiles que otros. La autora termina el capítulo con la figura del «espectador imparcial» de Adam Smith, y muestra cómo, al ser un espectador, al tener emociones nacidas de la imaginación, y al gozar de empatía, constituye un buen modelo para la persona que toma decisiones públicas.

El último capítulo de *Poetic Justice* estudia los jueces y sus decisiones. Al analizar las contribuciones del «juicio poético» (*poetic judging*) (p. 99) al razonamiento legal, Nussbaum concluye que «el juicio literario no es, en absoluto, suficiente para el buen juicio, y podría ser dañino si no está amarrado adecuadamente a otras virtudes institucionales y legales; pero deberíamos exigirlo en las circunstancias apropiadas, aparte de cualquier otra cosa que exijamos» (p. 118). Para desarrollar este argumento, Nussbaum analiza tres novelas, *Hard Times* de Dickens, *Maurice* de E. M. Forster, y *Native Son* de Richard Wright, y tres decisiones judiciales.

Dejando el resumen a un lado, uno de los elementos más interesantes de la obra de Nussbaum es la figura del utilitarista redimido, encarnado en un personaje de Dickens, Thomas Gradgrind, y en Richard Posner. Gradgrind es el utilitarista puro en *Hard Times*. La novela empieza con una lección de economía en la que Gradgrind expone los principios del utilitarismo: «Ahora, lo que quiero son hechos. ... Sólo los hechos son deseados en la vida.» Ese énfasis atrofia las emociones de Gradgrind, hasta el punto de que su familia crece bajo su régimen despótico y árido, aislada de toda creación imaginativa. El régimen revienta dentro de la novela, y Gradgrind cae en una crisis que lo aleja de su fe en el utilitarismo, y termina «doblando sus teorías, hasta entonces inflexibles, ante las circunstancias apropiadas.» Es la misma parábola que trazó en su vida John Stuart Mill, uno de los pensadores que inspira a Nussbaum en su libro (p.19).

Richard Posner sigue un desarrollo similar dentro de *Poetic Justice*. En las páginas de agradecimiento, Nussbaum cuenta cómo se conoció con Posner: sucedió en una conferencia donde Posner «fue en muchas formas el Señor Gradgrind; y mi adversario intelectual» (p. xi). Hasta la gramática de Nussbaum se contagia de la tensión que le provoca Posner, colocando un punto y coma donde debería ir una coma. Lo que empezó en «aprehensión» (p. xi) terminó en «afecto» (p. xii), y Nussbaum, quien ahora enseña junto a Posner en la Universidad de Chicago, le dedicó *Poetic Justice*.

Posner aparece varias veces en el libro. En el prefacio Nussbaum

El último capítulo de *Poetic Justice* estudia los jueces y sus decisiones 295

cita con aprobación a Oliver Wendell Holmes, el famoso juez norteamericano del siglo diecinueve. La cita proviene de un libro editado por Posner. Pero luego de una introducción amable, Posner es, en la mayoría del libro, uno de los pensadores más atacados por Nussbaum. Posner produce una «descripción gradgrindiana de las decisiones sexuales» (p. 17), se convierte en un ejemplo de posiciones utilitarias «extremas» (p. 19), y, como el «pensador más importante del movimiento de derecho y economía,» hace parte del intento utilitarista de usurpar la razón al extender el análisis económico a «todas las áreas de la vida humana» (p. 54).

Una de las tres sentencias judiciales que estudia Nussbaum en el último capítulo es de Posner, y luego de las críticas a Posner era de esperarse que Nussbaum triturara esa sentencia. El caso, *Carr v. Allison Gas*, enfrentó a Mary Jane Carr, una mujer que trabajó en la división de turbinas Allison Gas de General Motors, con su antigua compañía, de la cual renunció al ser víctima constante de acciones y actitudes abusivas de sus compañeros de trabajo, todos hombres. Posner, contra toda predicción, produce una decisión elegante, llena de empatía y descripciones vívidas del abuso al cual fue sometida Carr. «Aquí vemos,» dice Nussbaum, «el uso de la empatía en conexión con la evaluación cautelosa» (p. 108). Al posicionarse como «juez y espectador, alejado y neutral en las maneras apropiadas» (p. 110), Posner emerge no como el utilitarista vilipendiado, sino como el modelo del espectador imparcial.

Pero es precisamente Posner quien le hace una crítica poderosa a *Poetic Justice* en su libro *Law and Literature*. El florecimiento de Posner en *Poetic Justice* parece responder más a los deseos de Nussbaum de reformar a su contrincante, dentro de las demarcaciones nítidas que ofrece una obra, que a una victoria argumentativa sobre Posner. De hecho, Posner le conecta unos golpes a *Poetic Justice* de los cuales esa obra difícilmente se recupera.

Para empezar, Posner despacha el ataque de Nussbaum a los economistas utilitarios diciendo que el problema de Gradgrind fue confundir «las diferentes esferas de la actividad humana,» pero han pasado «muchos años desde que un científico social responsable se confunde de esa manera, así que pregonar en contra de Gradgrind es tan significativo como pregonar en contra de la esclavitud (el objetivo más seguro, porque no tiene defensores)» (p. 319). Posner resalta el hecho de que Nussbaum «no muestra una sola política pública promovida por economistas que falle por el tipo de pensamiento de Gradgrind» (p. 320).

Además de ese argumento en defensa propia, Posner presenta varias críticas de peso contra la posición de Nussbaum. Por ejemplo, Nussbaum habla sobre la tendencia igualitaria de las novelas (p. 129 n. 34), pero Posner muestra cómo el arte, por ser amigo de los extremos y de la exaltación, no es muy buen amigo de la democracia (pp. 310, 330). El elitismo de cientos de novelistas sirve para sustanciar esta crítica.

Asimismo, Nussbaum se concentra en las lecciones morales de la literatura. Posner expone dos problemas con ese enfoque. Primero, estudiar el arte en función de la moral es restringir el dominio del arte, que incluye mucho más que eso. El «contenido moral de una obra de literatura,» dice Posner, «es tan sólo la materia prima del escritor» (p. 312). El valor de *Othello*, por ejemplo, cambia poco si se demuestra que es una obra racista. El segundo problema con el enfoque de Nussbaum es que la lección moral no es única. Buscar una lección moral en las obras literarias casi siempre implica encontrarse con cientos de lecciones morales en conflicto, y por lo tanto leer una obra no lleva inexorablemente a que el lector o la lectora absorban *una* lección. «El mundo de la literatura es una anarquía moral,» dice Posner; «la inmersión en ese mundo enseña relativismo moral» (p. 311).

El ataque más fulminante de Posner se relaciona con la crítica anterior. El valor literario que Nussbaum más defiende, como hemos visto, es la empatía. Darle a la razón la profundidad de la empatía es el aporte más significativo de la literatura, y justificaría su presencia en la comunidad de Sócrates. Pero el problema es, en las palabras de Posner, que «la empatía es amoral» (p. 327). Es decir, en la literatura nos sentimos en la posición de personas oprimidas, pero también en la posición de «ególatras, pícaros, seductores, conquistadores, psicópatas, estafadores, e inmorales» (p. 328). Con la empatía, pues, podemos aprender a ser malas personas. La relación que sugiere Nussbaum, entre el buen carácter de los lectores y la empatía de la literatura, se debilita al mostrar que la empatía no juega para un solo equipo. Posner remata con una pregunta: Hitler, «con su entendimiento sin igual de las esperanzas y los miedos de decenas de millones de europeos, ¿no tendría que haber tenido una de las más desarrolladas capacidades para la empatía de la historia?» (p. 327).

No quiero sugerir que, por sufrir de tantos errores, es mejor no leer *Poetic Justice*. Los argumentos de Posner en su contra no son siempre tan contundentes. *Poetic Justice* es importante como un

P

Poetic
Justice es
importante
como un
comienzo o
una
continuación
del diálogo
entre la
literatura y el
Derecho

comienzo o una continuación del diálogo entre la literatura y el Derecho. Cuenta con la mente hábil de Nussbaum, quien desarrolla sus argumentos con detenimiento, aunque a veces se descuida por sus ganas de humanizar las políticas públicas. Se necesitará de otro estudio, sin embargo, para que Sócrates les abra las puertas de su comunidad a los poetas.

Federico Escobar
Universidad Icesi

ESTADO DE SITIO Y CONSTITUCIONALISMO

Eduardo L.Gregorini Clusellas, *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

Sin caer en la exageración de sostener que jamás los denominados estados de excepción hayan hecho parte de un capítulo especial de nuestro repertorio jurídico, es del caso aceptar que su tratamiento científico ha sido bastante modesto en Colombia y que además de ser un capítulo incierto en los manuales de derecho constitucional, su estudio en las facultades de derecho se simplifica al máximo. En abierto contraste con lo que sucede en el sistema jurídico colombiano, donde es notoria la escasa elaboración doctrinaria sobre el tema -frente a otros tópicos del derecho público-, el autor de esta obra investiga con detenimiento y sentido crítico la realidad del estado de sitio en la vida institucional argentina.

Con tal fin, el profesor Clusellas toma como punto de partida la problemática esencial que resulta de la tensión individuo-Estado y el papel primordial que la Constitución nacional le asigna al individuo como ser humano. En conjunto, sin ambages, se refiere a la «magna obra» realizada por el constituyente argentinos de 1853; no así en lo atinente al artículo 23 constitucional sancionatorio del estado de sitio en el ordenamiento jurídico de su país, pues lo califica de verdadera «arma jurídica» al poder ser utilizado en legítima defensa, dada su finalidad natural, o como simple medio de agresión, desvirtuando su esencia, que como toda arma, su mal uso muchas veces la vuelve contra quienes así la esgrimen.

Cuando opera como factor defensivo, los valores en juego son la seguridad colectiva y la existencia misma de las instituciones de la república; cuando lo hace como herramienta de agresión, se compro-

meten valores tales como la libertad y la dignidad del ser humano.

En otras palabras, la temática de las situaciones de emergencia, de los medios legales para afrontarla, del estado de sitio y de la limitación de las garantías en general, se enfoca correctamente si se encuadra dentro de otra más vasta y comprensiva como es la relación individuo-Estado y el juego armónico de los valores conjugados en esa relación. Ya que no es nada diferente a una relación entre seres humanos esencialmente iguales entre sí, que, al convivir en situaciones supuestamente alteradas, unos desde el poder y otros desde la llanura, deberán concurrir a un objetivo común: el bienestar general.

Así el autor cierra estas reflexiones introductorias en medio de una auténtica profesión de fe frente al constitucionalismo moderno, como herramienta jurídica de sustentación de los mencionados valores y con algunos vaticinios sobre su futura proyección, básicamente centrada en tres aspectos relevantes:

Primero, *el constitucionalismo social*, el cual, de una parte adopta la democracia como única forma de legitimidad política y de otra, el solidarismo como sentimiento inspirador del acto político. Lo que significa reconocer todos los derechos individuales que había consagrado el constitucionalismo clásico del estado de derecho liberal burgués, pero con la ambiciosa pretensión de universalizar su disfrute, incorporando la solidaridad social en el enfoque de ellos.

Segundo, *la integración de Estados*, como fenómeno inspirado en última instancia en la vieja idea del hombre universal, por encima de las limitaciones nacionales o fundadas en la extracción geográfica, racial o religiosa. De ahí que la importancia muy relativa de las fronteras nacionales y otros conceptos clásicos, como el de soberanía, requieran de un urgente replanteamiento a la luz de nuevas ópticas orientadoras. Lo cual, necesariamente conduce a la creación de organismos supranacionales que van gradualmente asumiendo atribuciones propias de los Estados nacionales, «internacionalizándolas». Aceptando además el nuevo concepto de «comunidad» como soporte del quehacer nacional.

Tercero, la vigencia de *los derechos humanos* como «gran marco de referencia» y su implementación en cada comunidad como objetivo de vida. Sobretudo, si tenemos en cuenta que el concepto «derechos humanos» trasciende los límites del derecho constitucional o del derecho internacional público, pudiéndose afirmar sin temor a equivocaciones, en sentir del autor, que no hay disciplina jurídica o rama del derecho que no se vean permeados por él.

A las anteriores precisiones conceptuales le sigue un análisis

Cuando opera como factor defensivo, los valores en juego son la seguridad colectiva y la existencia misma de las instituciones de la república; cuando lo hace como herramienta de agresión, se comprometen valores tales como la libertad y la dignidad del ser humano

sobre las diversas emergencias institucionales del derecho comparado como expresiones distintas de esa relación, donde el autor parte de un elemental símil: *Así como los seres vivos atraviesan a lo largo de su existencia situaciones extraordinarias que arriesgan su supervivencia, obligándoles a emplear todos sus recursos para subsistir, los organismos políticos también experimentan iguales vicisitudes, que si bien tienen carácter de anomalías, no son imprevisibles y consecuentemente el constitucionalismo debe contemplarlas.*

Otro tanto sucede en el terreno jurídico donde la concepción del «estado de necesidad» justifica que tanto individuos como comunidades políticas, enfrentados con determinadas circunstancias extraordinarias, legitimen conductas dirigidas a conjurar peligros inminentes, que normalmente serían inaceptables. Lo que en la práctica significa que la ley llegue a aceptar la muerte de un semejante causada en prevención de graves males inmediatos no provocados, o autorice invadir zonas en el terreno de los derechos patrimoniales para paliar necesidades de otros individuos.

Lo cual igualmente puede colocar a las comunidades políticas en circunstancias extremas denominadas con el nombre genérico de «emergencias». Las que a su vez llevan al autor a ensayar su clasificación bajo el concepto comprensivo de eventos anómalos de máxima gravedad que racionalmente pueden alterar el ser nacional, como: a) emergencias económicas, b) emergencias derivadas de catástrofes naturales, c) emergencias institucionales internas o conmoción interna, d) emergencias bélicas o de guerra internacional, e) emergencias revolucionarias, que a su vez pueden consistir en el hecho revolucionario propiamente dicho, o el golpe de Estado o asonada.

En el caso concreto del derecho argentino, advierte el autor que si bien todas las anteriores situaciones tienen un factor común consistente en la capacidad potencial de desbordar las defensas ordinarias del aparato estatal, por lo que la eventualidad de su ocurrencia requiere dotar al poder de recursos adicionales para enfrentarla, las emergencias de característica económica, incluidas las derivadas de catástrofes naturales (como las contempladas específicamente en las Constituciones de Colombia y Panamá), no dan lugar a ningún estatuto específico. No así frente a los supuestos de grave conmoción interior o ataque exterior -*casus belli*- que indistintamente constituyen *las causales fácticas capaces de generar el único instituto de emergencia del derecho argentino, llamado estado de sitio, y para hacerlo deberán acreditar peligrosidad suficiente para*

comprometer la estabilidad constitucional y de las autoridades que se le derivan.

Antes, en el Capítulo III sobre posturas doctrinales comparadas a favor y en contra de la figura de estado de sitio, a muy grandes rasgos hace un recorrido por diferentes ordenamientos: Francia, Chile, Inglaterra, Estados Unidos, Irlanda, España, Portugal, Italia, Suiza, Alemania, Bélgica, Rusia, Brasil, Colombia Costa Rica, Ecuador, Méjico, Panamá, Portugal, Perú, Uruguay, Venezuela, donde, en general se acepta la presencia de este instituto como medida defensiva del orden constitucional y como recurso legítimo de autopreservación. Pero que, dada la fecha de edición de la obra (1987), la realidad colombiana tiene como punto de referencia el artículo 121 de la derogada Constitución Nacional de 1886 que básicamente estipulaba: «En caso de guerra exterior o de conmoción interior podrá el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en *estado de sitio* toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá, además de las facultades legales, las que la Constitución autoriza para los tiempos de guerra o de perturbación del orden público, y las que conforme a las reglas aceptadas por el derecho de gentes rigen para la guerra entre naciones»

Efectivamente por más de cuarenta años el país vivió permanentemente en *estado de sitio*, lo que llevó al uso indiscriminado y abusivo de las facultades que tal figura le otorgaba al Presidente, llegándose a hablar incluso de la existencia de una dictadura civil o de una Presidencia Imperial. Lo normal era el desconocimiento y la violación continua de los derechos humanos, lo que obviamente deterioraba el régimen y servía de pretexto a los grupos armados para combatir el sistema y justificar su rebeldía. La Asamblea Nacional Constituyente de 1991, que tenía entre sus propósitos principales el de sentar las bases para la paz, la convivencia ciudadana y el de crear los espacios de participación para los grupos que se encontraban al margen de la vida civil, se propuso reformar tales facultades estableciendo cierta gradualidad y controles por parte del poder legislativo y la Corte Constitucional. El *estado de sitio* fue reemplazado por los llamados *estados de excepción*, con claras y precisas diferencias en cuanto a las condiciones para la declaratoria y sus efectos: en el artículo 212 de la C.P se contempló el estado de *guerra exterior*; en el artículo 213 la *conmoción interior* y en el 214, el *estado de emergencia*.

Actualmente, en Colombia el estado de *conmoción interior* debe

ser declarado por el Presidente mediante decreto que debe además llevar la firma de todos los ministros. En la declaración del estado de conmoción interior tendrán que consignarse las razones que dan lugar a la declaratoria de éste, para efectos de que se pueda realizar el control jurídico por la Corte Constitucional.

Aparte, no sin advertir el «torbellino de opiniones» que lo rodea, se empeña Clussellas, en su orden, en focalizar once *institutos* diferentes de *emergencias*, que le permiten a la vez hacer una relación detenida de los antecedentes históricos en su derecho patrio y en el comparado, y un análisis crítico de la doctrina y la jurisprudencia existentes sobre este tema en especial, bajo los siguientes epígrafes: 1. Estado de sitio; 2. Estado de sitio «presidencial»; 3. Estado de prevención y alarma; 3. Estado de asamblea o puesta «bajo bandera»; 4. Estado de guerra interno; 5. Estado de guerra; 6. Suspensión del hábeas corpus; 7. Ley marcial; 9. facultades extraordinarias; 10. institutos varios; 11. institutos de emergencia económica.

Por cuanto varias de las anteriores instituciones (2, 3, 4, 5) hoy son figuras no vigentes, o corresponden exclusivamente a estados de fuerza (8, 9) que significarían en nuestro tiempo renunciar a más de veinte siglos de civilización y cultura regresando al estado preconstitucional o a la autocracia despótica propia de la horda guerrera; o son instituciones propias del derecho anglosajón (6) aplicables especialmente en Inglaterra y Estados Unidos; el autor circunscribe su análisis al estado de sitio (1), considerándolo el instituto de emergencia más difundido en el constitucionalismo contemporáneo, tanto en el derecho argentino como en el latinoamericano. Califica el tema como «materia polémica» de honda preocupación para juristas y hombres públicos, lo que explica la disparidad de criterios conceptuales y lo cambiante de su presencia histórica, adhiriendo de paso a la identificación que hiciera Juan Carlos Rébora¹ del estado de sitio como «la ley histórica del desborde institucional».

O en propias palabras del autor, como *instituto único de emergencia institucional, formal, extraordinario y excepcional, previsto concurrentemente para circunstancias de máxima gravedad tipificadas, como recurso de autodefensa constitucional y restablecimiento de la normalidad alterada, para cuyos fines determina el uso de facultades limitadas y relativas.*

Cierra su importante ensayo con una reseña evolutiva que parte de 1853 y llega hasta el estado de sitio en nuestros días, haciendo

¹ Rébora Juan Carlos, *El estado de sitio y la ley histórica del derecho institucional*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 1935. Citado por el autor.

referencia obligada a las últimas experiencias del gobierno constitucional en Argentina. El autor Gregorini Clusellas expone francamente su propuesta sobre cómo debe ser, a su entender, este recurso de emergencia y para ello sugiere la reforma del artículo 23 de la Constitución nacional y pone a la consideración del lector un concepto más específico sobre la materia.

Javier Aristizábal
Universidad Icesi

304

AUTORES DE LOS ARTÍCULOS

Helena Alviar García

Directora de la maestría en derecho de la Universidad de los Andes. Ex directora de educación continuada de la misma universidad. Doctora en derecho económico y de género de Harvard Law School. Master en derecho de la misma universidad. Abogada y especialista en legislación financiera de la Universidad de los Andes.

Ana María Arjona

Profesora asociada e investigadora de la Universidad Carlos III de Madrid, departamento de economía. Economista con estudios de postgrado en sociología. Radicada en España desde 1999. Sus áreas de interés incluyen la metodología de la economía, la filosofía política, el análisis económico del derecho y los conflictos armados.

Gerardo Arenas

Director de la especialización en instituciones jurídico-laborales de la Universidad Nacional. Profesor de derecho laboral y de seguridad social en la Universidad Nacional y en la Universidad Javeriana. Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá. Abogado y especialista en derecho laboral de la Universidad Javeriana. Estudios de maestría en derecho en la Universidad Nacional. Ex gobernador del Colegio de abogados especializados en derecho del trabajo y seguridad social. Autor de múltiples estudios sobre temas laborales y de seguridad social. Abogado en ejercicio, asesor y consultor.

Catalina Botero

Directora nacional de divulgación y promoción de derechos humanos de la Defensoría del pueblo. Exmagistrada auxiliar de la Corte Constitucional. Abogada de la Universidad de los Andes. Especialista en derecho administrativo, derecho constitucional y derechos humanos. Candidata a doctorado de derecho constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Profesora de derecho constitucional en las Universidades de los Andes y Nacional. Profesora invitada de derecho constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Andina Simón Bolívar, Asamblea Legislativa de Panamá, Instituto Manuela Ramos de Perú. Participó en la publicación *constitución política de Colombia, concordada y comentada* de Editorial Legis (1993) y en el preámbulo constitucional, del Centro de estudios constitucionales de Madrid (1997).

Jürgen Habermas

Fue ayudante de Theodor Adorno, de Hans Gadamer y de Karl Löwith, y se habilitó como profesor universitario con Wolfgang Abendroth. Pronto fue considerado como el más brillante representante de la nueva generación de la Escuela de Francfort. Profesor en Francfort, en Princeton y en Berkley, fue director del *Instituto Max Planck de Stamborg*. Entre sus obras se destacan *El cambio estructural de la opinión pública*, *La lógica de las ciencias sociales*, *Conocimiento e interés*, *Teoría de la acción comunicativa*, *El discurso filosófico de la humanidad*, *Facticidad y validez*. Atento a las tradiciones de pensamiento social provenientes del idealismo alemán, de Marx y de Weber, Habermas las ha reformulado

en términos de filosofía y ciencia social contemporáneas, construyendo uno de los paradigmas de análisis e interpretación del presente más determinantes en la actualidad.

Jaime Eduardo Londoño

Profesor de historia de las Universidades Icesi, Corporación Autónoma de Occidente y Universidad del Valle. Estudios de doctorado en la Universidad Simón Bolívar de Ecuador. Magister en historia de la Universidad Industrial de Santander. Especialista en la enseñanza de las ciencias sociales – historia de Colombia. Especialista universitario en la historia de América Latina de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla-España). Ha realizado diversas publicaciones y ponencias sobre historia empresarial; poblamiento y conflictos en el Valle del Cauca.

Marceau Long

Vicepresidente honorario del Consejo de Estado de Francia. Ex auditor del Consejo de Estado. Ex presidente del Instituto de Gestión Delegada. Ex secretario general para la administración del Ministerio de Defensa. Ex secretario general de Gobierno.

Jorge Pinzón Sánchez

Superintendente Bancario. Ex superintendente de Sociedades, ex secretario general del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el año 1992, miembro de la comisión asesora del Ministerio de Justicia para la reforma al Código de Comercio. Estudios de maestría en filosofía en la Universidad Javeriana de Bogotá, abogado de la misma universidad. Profesor de la Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Externado de Colombia y Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Ha escrito numerosos artículos y ponencias en seminarios sobre temas mercantiles. Es miembro de la Cámara de Comercio Internacional de París

Diana Patricia Quintero

Profesora de la facultad de derecho y humanidades de la Universidad Icesi. Magister en filosofía de la Universidad del Valle. Especialista en ética y derechos humanos de la Universidad del Valle. Abogada de la Universidad Libre de Cali. Ha sido invitada por la Defensoría del Pueblo para elaborar y dictar un módulo sobre derecho a la igualdad en el Diplomado para formación de promotores en derechos humanos. Ha publicado artículos y ponencias sobre fundamentación moral del estado social de derecho, eutanasia y neutralidad política. Actualmente participa en dos investigaciones de la línea «Justicia en las relaciones laborales» en la Universidad Icesi.

Mauricio Rubio

Profesor asociado de la Universidad Carlos III de Madrid, Investigador del Centro de análisis y prospectiva de la Guardia Civil y consultor internacional, principalmente en Centro América. Economista y sociólogo colombiano radicado en España. Sus áreas de interés incluyen los temas de violencia, crimen organizado, justicia penal, la «economía jurídica» y, más recientemente, la delincuencia juvenil y las ‘maras’.

Boris Salazar

Jefe del departamento de Economía de la Universidad del Valle. Magister en economía de la New School for Social Research. Además de artículos en revistas especializadas, ha publicado *La hora de los dinosaurios: Conflicto y depredación en Colombia*, en colaboración con María del Pilar Castillo. Autor de las novelas *La otra selva*, (edit. tercer mundo, 1991) y *El tiempo de las sombras* (edit. Fundación tierra de promisión, 1996), y de colección de cuentos *Caravana* (Universidad del Valle, 1992). Ganador de la quinta bienal de novela y de la beca de creación artística de Colcultura.

Luis Jaime Salgar

Profesor de la Universidad de los Andes. Master de estudios políticos aplicados en la Fundación de gobierno y políticas públicas de Madrid (España). Abogado y filósofo de la Universidad de los Andes. Ha realizado los cursos the european union and the new world order y strategies for successful economic development en la London School of Economics. Entre sus escritos se destacan: «*Hacia el fin del anacronismo jurídico*» (1993) en el II Congreso colombo–venezolano de derecho, Universidad Externado de Colombia y «*La encrucijada de los partidos políticos colombianos*» (1997) en la II Convención Latinoamericana de derecho, Cochabamba, Bolivia.

INDICACIONES PARA TRABAJOS DESTINADOS A PRECEDENTE

1. **PRECEDENTE** tendrá en cuenta la clasificación de documentos propia de Colciencias para aplicarla a escritos en el campo del derecho o afines a él:

a) *Artículos de investigación científica*: documentos que presentan resultados derivados de proyectos de investigación científica. Los procesos de los que se derivan están explícitamente señalados en el documento y el resultado satisface el examen hecho por árbitros.

b) *Artículos de reflexiones originales sobre un problema o tópico particular*: documentos que corresponden a resultados de estudios sobre un problema teórico o práctico, que al igual que los anteriores, satisfacen las normas de certificación sobre la originalidad y calidad por árbitros anónimos calificados.

c) *Artículos de revisión*: estudios hechos con el fin de dar una perspectiva general del estado de un dominio específico de la ciencia y la tecnología, de sus evoluciones durante un período de tiempo, y donde se señalan las perspectivas de su desarrollo y de evolución futura. Estos artículos son realizados por quienes han logrado tener una mirada de conjunto del dominio y están caracterizados por revisar una amplia bibliografía, que se refleja en el gran número de referencias bibliográficas.

d) *Notas*: documentos cortos que tratan sobre un tópico específico del dominio cubierto por la revista.

e) *Comunicaciones (letters)*: documentos que son más cortos que un artículo normal, usualmente con un número menor de referencias, que pueden dar cuenta de resultados originales de investigación o de otros estudios.

f) *Ponencias (Proceedings)*: trabajos ya presentados en eventos académicos - congresos, coloquios, simposios - que no han sido objeto de un proceso de certificación pero que, en general, son consideradas por el editor contribuciones originales y actuales en el dominio de publicación de la revista.

2. Los documentos pueden ser solicitados por esta publicación a personas invitadas a colaborar, o pueden ser enviados espontáneamente. En todo caso, la publicación someterá a evaluación de árbitros los escritos y se reserva el derecho de aceptarlos para la publicación o de no aceptarlos.

3. Los documentos enviados deben ser totalmente inéditos y quien los envía debe confirmarlo por escrito.

4. Los documentos comprendidos por los literales *a*, *b*, *c* y *f* deben ser acompañados por un breve resumen de no más de ochenta palabras -en Español y en Inglés-, por una concisa hoja de vida de la autora o autor y por el dato correspondiente sobre la clasificación de Colciencias.

5. Los documentos deben estar escritos en fuente N^o 12 y con interlineado 1.5. Debe ser enviados en copia impresa, acompañada por disquete en Word Win o compatible con IBM.

6. No se devolverán los documentos que el Comité editorial decida no publicar.

