

La corte constitucional entre la economía y el derecho

HERNANDO TORRES CORREDOR

Profesor asociado, Universidad
Nacional de Colombia.

RESUMEN

El cuerpo del presente documento puede definirse en dos secciones correlativas y de fundamental importancia. La primera ofrece un panorama teórico contextual en torno a las relaciones y rupturas trazadas por la ciencia jurídica y la económica. En este espacio, y con sólidos fundamentos, es introducida como corolario la necesidad de cohabitación entre las dos disciplinas. La segunda aplica los fundamentos teóricos precedentes en el nivel práctico-analítico, a tres casos jurisprudenciales en materia constitucional, cuyas consecuencias político-económicas han suscitado importantes debates. El análisis finalmente propicia los elementos vinculantes de las dos secciones, que vienen a formar parte de la conclusión.

ABSTRACT

This paper has two fundamental correlative sections. The first shows a background theoretical overview about relations and breakups between law and economics. Here, the need of cohabitation of these two disciplines is introduced as a consequence. The second applies these theoretical precepts to the practice analysis of three jurisprudence cases related to constitutional topics whose political-economic implications have come significant debates up. Finally, the analysis introduce the linking elements between this two sections which are being part of the conclusion.

I. Los escenarios del debate entre la economía y el derecho

Ruptura y reconstrucción

El espacio público jurídico sirvió de facilitador para el desarrollo de las grandes reformas formuladas en la década de los noventa, generadas por la estructura de la Constitución Política de 1991; mediante la materialización de los postulados allí consagrados, se afirman las propuestas de cambio en los escenarios económicos, públicos y de mercado, en los regímenes del comercio exterior, financiero, bancario, industrial y fiscal; y se da vía libre a las reformas con perfil social: la laboral, la de seguridad social, las formas de participación ciudadana, y el ordenamiento de los servicios públicos tanto domiciliarios, como sociales.

Desde el ángulo institucional corresponde a la Carta constitucional, orientar de cara a la nueva normatividad, el ejercicio de los derechos individuales, sociales y los denominados de tercera generación; se incorporan los presupuestos para desarrollar los esquemas y contenidos del nuevo derecho, para significar la justicia material, que ha de superar los cánones tradicionales de la sociedad formal. Corresponde igualmente a la Carta no sólo sentar las bases para resolver los conflictos societales e individuales, sino señalar las condiciones y las restricciones que tiene el ejercicio de un derecho e identificar los espacios jurídicos para incoar las modernas materialidades del derecho.

Inducir un sistema de derecho enriquecido, replantea necesariamente en el escenario societal los conceptos de lo público, de lo privado y sus áreas de intersección; replantea, entre muchas otras cosas, en el plano constitucional, la génesis y el manejo de los recursos públicos y sus formas de asignación.

En este escenario, se produce una necesaria apertura a los conceptos económicos como elementos igualmente fundantes para la construcción de las normas; la eficiencia, la eficacia, la transparencia, la productividad, los costos, la participación ciudadana, todos los cuales van tomando asiento en la construcción y redacción de las leyes.

Las decisiones de la Corte Constitucional sobre temas económicos, y que se enmarcan en el tránsito del Estado de derecho al Estado social de derecho, son

objeto de argumentos a favor y en contra en el debate público; ¿afecta una sentencia del ente constitucional la organización de las finanzas públicas? Si las afecta, está fungiendo de ordenador del gasto público, y por ende, de hacedor de políticas públicas. Pero, bajo el esquema de la división de poderes y competencias en la organización estatal, ¿no se está invadiendo la órbita del Legislador o del Ejecutivo?

Reconceptualizar el Estado, bajo la égida de lo "social" comporta mover las hipótesis fundamentales del sistema clásico democrático, del sistema jurídico y del sistema económico, en particular lo referido al gasto público; así fue prescrito en la Carta política al crear la Corte Constitucional como parte del redimensionamiento del sistema público de justicia.

Corresponde, pues, al ente constitucional afrontar una pluralidad de desafíos, empezando por la cimentación de una mirada crítica sobre el antiguo régimen jurídico; en el marco de un Estado democrático y constitucional, ha de contribuir a imprimirle legitimidad y seguridad al ordenamiento jurídico, que supone un acercamiento entre las ideas contenidas en las normas y la realidad. Pero el reconocimiento de las leyes por parte de los asociados, y por tanto su obediencia, comporta procesos de participación en la elaboración de sus contenidos, y consistencia en el análisis que se hace de la aplicación del ordenamiento jurídico a situaciones específicas.

Sin embargo, la ruptura y superación de paradigmas anteriores no se producen en un solo punto del tiempo; la transitoriedad produce choques, rupturas, contradicciones y mutación de los conceptos y de la práctica jurídica, judicial y de la economía estatal.

El proceso de profundización ha generado pluralidad de debates sobre las decisiones y análisis del ente constitucional: derecho a la intimidad, relaciones de pareja, dosis personal, homosexualidad, eutanasia; pero también debates en temas que tocan la organización del sistema financiero y bancario, la emergencia económica, los salarios, la vivienda, la salud, todos ellos con impactos significativos en la asignación y uso de los recursos públicos.

• Los temas señalados inducen a una reflexión sobre los postulados de la teoría económica moderna y los nuevos perfiles del derecho contemporáneo; den-

tro de esa recomposición del Estado social de derecho, ¿hasta dónde debe ir el ente constitucional en tratándose de las fuentes de argumentación entre las decisiones económicas y las jurídicas? Hay herramientas analíticas que permiten, bajo la elaboración de hipótesis predecir algunos comportamientos de la ley, predecir sus impactos? Se supone que las decisiones, en este caso jurisdiccionales, ¿son en todas sus partes "neutras"? Y, de cara al mercado, ¿hasta dónde debe ir el Estado y hasta dónde debe ser autónomo el ejercicio económico, la libre empresa y las decisiones de las autoridades económicas públicas? Estas preguntas y el escenario descrito nos permiten hacer algunas reflexiones de acercamiento a las teorías y métodos que utilizan la disciplina económica y los saberes del derecho.

Hoy por hoy, las posiciones de estas dos áreas del conocimiento están fundadas "en sí mismas", es decir, argumentadas en los axiomas que soportan sus propias disciplinas; en otras palabras, hay un conjunto vacío en la intersección que es preciso entrar a llenar de contenidos, por la vía de los saberes.

La transformación del conocimiento

El mundo contemporáneo se caracteriza por haber acumulado una enorme cantidad de conocimiento y haber construido grandes volúmenes de información; la revolución de las comunicaciones ha hecho que esta última circule a gran velocidad y haya roto paradigmas propios de la clásica sociedad industrial. Este avance, signado por el proceso de globalización articulado a la tercera revolución industrial, se ha sentido en todo el universo y particularmente sensibles a estos impactos han sido las estructuras de los sistemas económicos, cualquiera sea su característica dominante; ello incluso ha conducido a que se postulara, en los inicios del siglo XXI, la organización de la sociedad del conocimiento o sociedad posmoderna que se rige por paradigmas radicalmente diferentes a los que animaran la era industrial.

Creación de conocimiento y velocidad han provocado entre investigadores y docentes de las ciencias sociales y naturales nuevos retos; y de alguna manera, han inducido a reelaborar metodologías para abordar el estudio tanto de las disciplinas clásicas

—la economía y el derecho—, como de las nuevas y nacientes. Los conceptos y métodos utilizados por los saberes formales han mutado ante la aparición de nuevos fenómenos a indagar, aún más en la medida en que la sociedad y las comunidades científicas no encuentren respuestas satisfactorias a sus interrogantes o que sus hallazgos se encuentren restringidos, los académicos acuden a los patrimonios que han logrado otras disciplinas científicas; este proceso de acercamiento de conceptos, métodos e instrumentos entre diversas áreas del conocimiento ha generado escenarios comunes de reflexión, intervenciones para el intercambio y mutación conceptual y áreas de interacción entre dos o más disciplinas como lo serían la economía y el derecho.

En las zonas de frontera de las disciplinas y ante la necesidad de abordar estudios sobre diversos fenómenos sociales o jurídicos o de acometer problemas de la práctica jurídica o judicial, se van incubando escenarios confluyentes que en opinión de muchos científicos sociales, son los escenarios donde se provocan con mayor fuerza las propuestas de innovación (Dagon Matei).

Las sociedades modernas tienen mayores niveles de complejidad; muchas de sus preguntas no tienen respuesta en una sola fuente de conocimiento, v. gr. los determinantes de la criminalidad urbana, la violencia que se genera entre parejas, hijos y padres, los impactos de la biotecnología sobre las nuevas bases de relacionamiento jurídico y societal; y sobre todas estas incógnitas se pregunta: ¿cuáles son los costos para la sociedad, para el Estado, y para las familias? ¿quién debe asumirlos? O, de frente al mercado inmobiliario, ¿cuáles son sus efectos económicos sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento o de *leasing*? Ante los nuevos interrogantes se ha de acudir a examinar los continentes del conocimiento, para nuestro caso, de la economía y del derecho, a estudiar las restricciones en las fronteras y los nichos que aún mantienen; es necesario provocar el diálogo entre ellas, de cara a las supuestas autonomías que pretendían tener para su desarrollo y entendimiento: ¿cómo responder a interrogantes sobre la efectividad y seguridad de las mismas frente a procesos de globalización o sobre los efectos derivados de una decisión judicial

o sobre la resolución por parte de un tribunal de arbitramento de un derecho en disputa?

Un proceso de focalización: economía y derecho

A partir de la década de los sesenta del siglo anterior, se ha construido una corriente de pensamiento identificada como "economía y derecho" en el ámbito de la cultura anglosajona, la cual ha provocado nuevos escenarios para "reconstruir" los contenidos, los métodos y las herramientas tanto de la ciencia económica como del derecho.

Esta tendencia ha irrumpido como potenciadora del análisis jurídico en el territorio de la teoría jurídica contemporánea; ha sido reconocida y estimulada y cuenta con una amplia aceptación en los países de inspiración anglosajona y de tradición germanoromana, últimamente.

La renovación de la ciencia jurídica, expresa Mercado¹, a través de la adopción de una perspectiva interdisciplinaria, peculiar por el peso que en ella tiene la ciencia económica, la utilización de técnicas como el análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la participación de las decisiones judiciales, la apertura decidida del discurso jurídico al tema de las consecuencias económico-sociales del derecho, o la consideración de la eficiencia económica como valor jurídico son, entre otras, signos evidentes de esa innovación con la que el "análisis económico del derecho" se presenta a sí mismo.

Los postulados que se aunaron en esa corriente de pensamiento identificado como "economía y derecho", han provocado desde hace unas décadas la construcción de escenarios para "repensar" los contenidos, los métodos y los alcances tanto de la ciencia económica como del derecho. ¿Por qué ha tenido éxito el análisis económico del derecho?, se preguntan los investigadores Cooter y Ulen; como el conejo en Australia, la economía encontró un nicho vacante en la "ecología intelectual" del derecho y lo ocupó con rapidez. Para explicar este nicho, consideremos esta definición clásica del derecho: "Una ley es una obligación respaldada por una sanción estatal".

Los legisladores y jueces se preguntan a menudo: "¿cómo afectará una sanción al comportamiento?" Por ejemplo, si se condena al fabricante de un pro-

ducto defectuoso a pagar los daños, ¿qué ocurrirá con la seguridad y el precio del producto en el futuro? ¿bien ¿se disminuirá la cantidad de delitos violentos, si se encierra automáticamente a quienes delincan por tercera vez?²

Desde el derecho se supone, según el método que se utilice, que las respuestas vienen dadas por la interpretación de las normas, la experiencia, la práctica, la intuición. La economía, según esta corriente, ofrece una teoría científica para inferir y pronosticar los efectos sobre el comportamiento humano; para los economistas, las sanciones han de responder como lo hacen los precios. De manera simplificada podemos decir, con los investigadores referenciados, que la economía ofrece una *teoría del comportamiento* para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. De esta manera se podría decir que el derecho contaría con métodos que permitirían evaluar las normas y las políticas públicas y la asignación de los recursos.

Al inicio de su formulación —década de los cincuenta—, el ámbito económico del derecho estaba centrado sobre el análisis de los monopolios, con algunos trabajos sobre derecho fiscal; el análisis, en expresión de Posner, de las leyes antimonopolios y de regulaciones legales de los mercados económicos explícitos, sigue siendo próspero e importante hoy en día. Sin embargo, agrega el mismo Posner³, el sello distintivo del "nuevo" derecho y economía, el derecho y economía que surge en los últimos treinta años es la aplicación de la economía al sistema legal por todas partes: a campos del derecho común tales como los daños, los contratos, la restitución y la propiedad; a la teoría y práctica del castigo; al procedimiento civil, penal y administrativo, a la teoría de la legislación y la regulación; a la imposición de la ley y la administración judicial; e incluso al derecho constitucional, el derecho positivo, el derecho naviero, el derecho familiar y la jurisprudencia.

Para efectos de este artículo, hemos de interrogarnos sobre los fundamentos y los efectos económicos que algunas decisiones en la Corte Constitucional han provocado entre la opinión pública económica y jurídica, sobre temas como la seguridad social en salud, la emergencia económica y el equilibrio sobre el so-

1. Pedro Mercado Pacheco, *Análisis económico del derecho -una reconstrucción teórica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 1994.

2. Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 13 y ss.

3. Richard Posner *El análisis económico del derecho*, cap. II, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 27 y ss.

tema financiero y de ahorro y crédito, que afectarán al sistema de vivienda de interés social.

Ante estas preguntas, se interroga sobre las bases de las decisiones y las disciplinas que deban reaccionar; a quién corresponde dar las respuestas: ¿a la ciencia económica, invocando su tradición metodológica mediante la construcción de modelos y el estudio de las ciencias sociales a través de la aplicación de métodos estadísticos o económicos? ¿O corresponde al derecho, bajo las escuelas, ora del derecho natural (*Lex naturalis*), ora del derecho positivo (*Lex humana*), ora de las posteriores reconstrucciones que surgen del neonaturalismo y del neopositivismo? Otras alternativas metodológicas se estructuran con las postulaciones de la hermenéutica jurídica, la teoría de la argumentación jurídica, la teoría del "general principles of law" (Dworkin) y en los enfoques de "critical legal studies" que niega a la dogmática jurídica el derecho a ser un método autónomo de aplicación jurídica, y prescribe el derecho como un conglomerado de reglas jurídicas, en expresión de Arthur Kaufmann⁴.

Estas reflexiones se hacen más relevantes, no sólo por el debate público que han desatado las decisiones de la Corte Constitucional, sino a propósito de las evaluaciones que diferentes actores sociales y económicos han realizado a propósito de los diez años de haberse promulgado la Constitución. Es preciso subrayar que las raíces de esta concepción entre análisis jurídico y económico, se originaron en escenarios propios de países desarrollados donde la familia jurídica predominante corresponde al "Common Law"; esta consideración es de importancia habida cuenta que la creación normativa es muy diferente en el sistema jurídico anglo-norteamericano a la que puede hacer una sociedad como la nuestra, donde los supuestos dominantes en el derecho, son articulados

por los postulados que constituyen la familia germano-romana.

La tradición y argumentos de estos dos universos jurídicos difieren significativamente; por ahora, se subraya que los legisladores y abogados educados en la familia del derecho correspondiente al "Civil Law", donde se ubica el ordenamiento jurídico colombiano, difícilmente podrían utilizar los mismos patrones de análisis y argumentación. El juez anglosajón se apoya en estudios del "precedente", focalizado en los estudios del "Case Law", vieja institución inglesa utilizada por los tribunales para crear derecho; el juez colombiano tiene como fuente la Constitución, la ley y subsidiariamente la jurisprudencia.

Cuando se realiza una evaluación sobre el análisis económico del derecho, que difiere del derecho económico tradicional, se pregunta si reaccionarían de la misma forma los operadores del derecho en cualquiera de los dos sistemas jurídicos. Y más aún, si los economistas que actúan frente a estos sistemas aplicarían las mismas herramientas y métodos. Inicialmente parecería que no, si por vía de ilustración se documenta el debate que surgió entre las autoridades monetarias y la Corte Constitucional a propósito de las decisiones sobre la declaratoria de emergencia económica, el sistema financiero y las cotizaciones al sistema de seguridad social. En efecto, ante la ausencia de análisis sobre el impacto económico de los fallos de la Corte, la solución propuesta parecería ser que "se requiere de un cuerpo técnico asesor muy capacitado, de economistas destacados que muestren imparcialidad política y que contrate con firmas especializadas en asesoría de tipo financiero"⁵; sin embargo esta solución formulada desde la economía no haría otra cosa que seguir escindiendo la estructura y organización de las dos disciplinas; esta postura refuerza los enunciados for-

es aquella parte del derecho que está dentro de las competencias de las Cortes y que ellas mismas deben establecer. En el desarrollo del "Common Law" es esencial distinguir dos tipos de proposiciones: las proposiciones doctrinales y las proposiciones sociales.

6. Salomón Kalmanovitz, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", en *Economía Colombiana y Coyuntura Política*, Bogotá, D.C.; el autor dice que la Corte con esas decisiones "entra en la categoría de las instituciones que inducen a la mala asignación de los escasos recursos públicos, colocándose incluso por encima del deber del funcionario público para con el contribuyente, en el sentido de cuidar rigurosamente sus recursos. En la misma dirección apuntan los argumentos de Sergio Clavijo en *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Bogotá, Editorial Alfa Omega, 2002.

4. Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 98 y ss.

5. Melvin Aron Eisenberg, *The Nature of Common Law*,

Cambridge, Harvard University Press, 1991. Es conveniente precisar cuando se analizan las instituciones que gobiernan este derecho, que hay normas que se

establecen en las constituciones, estatutos o en otras autoridades que las Cortes deben interpretar, pero no transformar; el "Common Law", en contraste,

mulados sobre el "imperialismo económico", frente a las demás ciencias sociales que convocan a construir la ciencia económica como teoría general de la sociedad (Becker, Lepage, Buchanan, entre otros).

Visto el debate desde la otra orilla, aparece aún más distante la respuesta si se pondera lo dicho por uno de los miembros de la Corte, al expresar: "ninguna Corte del mundo debe pronunciarse sobre si una norma es buena o mala, sino si se ajusta a la Constitución. Por eso ningún magistrado necesitaría saber estrictamente de economía para fallar en derecho sobre una norma económica"⁷. No parece afortunado decir que el "nicho" del análisis económico del derecho permanezca, de manera exclusiva, en manos de los economistas, ora porque se mira desde "afuera" de la decisión jurídica, en atención a que la Corte no estaría en capacidad de analizar las consecuencias sobre las áreas o componentes del sistema económico, ora porque desde "adentro", desde el análisis jurídico mismo, se rechaza la incorporación del análisis económico. En todo caso habrá que tener presente que una decisión judicial debe consultar el ejercicio del principio de integridad, bajo los supuestos de racionalidad, para que sea aceptada por la comunidad jurídica; el profesor Habermas al reflexionar sobre los fallos emitidos afirma que estos deben "cumplir la función socio integradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de presentar *decisiones consistentes* y de ser racionalmente aceptables"⁸.

De seguir en la dinámica autónoma, cada disciplina continuaría observándose a sí misma, hablando con sus propios elementos, argumentando intrasistémicamente; así, el análisis económico continuará predicando su dominio y el análisis jurídico

7. José Gregorio Hernández, *El Espectador*, Bogotá, D.C., oct. 8-2000.

8. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, "Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del disenso", Valladolid, Editorial Trotta, segunda edición, 2000, pp. 267 y ss.

9. Hernando Torres C., "Leyes de la economía y leyes del Estado. Ejecución de cohabitación", en revista *Administración y Desarrollo*, Bogotá, Esap.

10. Ronald Coase, "Una entrevista con Ronald Coase" realizada por Tawni Ferrarini, John Nye, Alfredo Bullard y Hugo Eyzaguirre, en revista *Administración y Desarrollo*, Bogotá, D.C., Esap, 1999, pp. 32 y ss.

reafirmando, como lo dice la dogmática clásica, que aquellos elementos provenientes de otras disciplinas, no hacen parte de la "sustancia jurídica" y por tanto son cuerpos extraños que es preciso rechazar.

Es necesario avanzar en la construcción de un "nicho" incluyente y dialogante; los nuevos enfoques de creación normativa, de acercamiento de los dos sistemas jurídicos, de ruptura conceptual sobre la definición de la ciencia económica al asumir como presupuesto la acción racional económica como característica de toda acción humana (Pedro Mercado), todo ello como fundamento para incursionar con más firmeza en la cimentación de la intersección economía y derecho o escenario de cohabitación⁹.

El análisis económico del derecho permitirá enriquecer la teoría y la práctica del derecho, cuando los juristas contribuyan a construir el "nicho" hoy día regido por economistas dado que, en palabras del profesor Coase, quedan aún muchos cabos sueltos en esa intersección que aún no se han atado: "La parte en que más me he interesado, por supuesto, es la relación entre la economía y el derecho: infortunadamente, es una de las dificultades de la economía institucional que se haya avanzado mucho más en la parte de la relación entre la economía y el derecho que analiza el sistema legal, y no tanto en la parte del tema que tiene que ver con los efectos del sistema legal sobre el sistema económico. Es decir, lo que la gente ha hecho es usar la economía para estudiar el sistema legal en lugar de discutir cómo los cambios del derecho afectan la forma legal en que opera el sistema económico"¹⁰. Ello ha inducido, de manera breve, a que en la segunda parte analicemos, en el marco de la modernidad, los cambios que generaron la reconceptualización del derecho y de la economía: las mutaciones que se produjeron desde las doctrinas clásicas inspiradas en las leyes de la naturaleza, hasta los más recientes debates sobre la economía liberal y de mercado y la intervención del Estado.

II. Dos disciplinas de las ciencias sociales recreadas en el contexto de la modernidad

El objeto de este segmento es hacer un acercamiento a los focos de estudio de estas disciplinas e identificar los elementos que permiten articular el dis-

curso de la intersección; no pretende, pues, hacer una historia del derecho, ni de la economía; tampoco se propone poner en escena todos los fragmentos o teorías desarrolladas en innumerables obras científicas sobre la teoría económica, la teoría del derecho, la filosofía del derecho y la dogmática jurídica.

Bastenos señalar, para efectos de este ejercicio, que el discurso que subyace, ora para la economía, ora para el derecho, es el discurso de la modernidad donde se repiensen las ciencias de la naturaleza y las ciencias del comportamiento humano. Hegel es quien ha desarrollado de manera clara el concepto de modernidad, "será a él a quien será menester recurrir, por tanto, si queremos entender qué significó la interna relación entre modernidad y racionalidad, que hasta Max Weber se supuso evidente de suyo y que hoy parece puesta en cuestión"¹¹.

En expresión de Habermas el vocablo "modernización" se introduce como término teórico en los años cincuenta; el concepto de modernización se refiere a una constelación de procesos acumulativos que se refuerzan mutuamente: a la formación del capital y a la movilización de los recursos; al desarrollo de las fuerzas productivas y al incremento de la productividad del trabajo; a la implantación de poderes políticos centralizados y al desarrollo de identidades nacionales; a la difusión de los derechos de participación política, de las formas de vida urbana y de la educación formal; a la secularización de valores y normas, etc. La teoría de la modernización practica en el concepto de *modernidad* de Max Weber una abstracción preñada de consecuencias¹².

En el mundo moderno se van a construir los conceptos de economía política, de mercado, de intercambio, de trabajo productivo e igualmente se van a construir los axiomas iusnaturalistas del racionalismo

jurídico. Hegel no sólo descubre como principio de la edad moderna la subjetividad, sino que supone la existencia de un poder unificador absoluto que, en palabras de Habermas, entra "a considerar la razón a diferencia de lo que acontece en la filosofía de la reflexión, como un *poder unificador*"¹³.

El intercambio de mercancías se va a arropar bajo el linaje y las formas del derecho privado; la economía se va a desgajar del Estado; de la economía de "la casa" se va a pasar a la economía de mercado. Este proceso se entendería si se examinaran los nuevos axiomas que animan el mundo moderno; sin embargo "la peculiaridad del Estado moderno sólo se nos torna visible si se logra entender el principio de la sociedad civil como un principio de "sociación" (*Vergesellschaftung*) operado por el mercado, es decir, como un principio de "sociación", *no estatal*"¹⁴.

A. Las mutaciones del derecho y sus paradigmas El iusnaturalismo: secularización del derecho

Bajo la modernidad, el derecho natural deviene en secularizado, basado en la máxima de que un derecho también tiene que valer bajo el supuesto de que Dios no exista: *etiamsi darerum non esse deum* (Hugo Grocio)¹⁵. Este derecho natural es el conjunto de normas vigentes preeminentemente frente al derecho positivo y con independencia de él, que no deben su dignidad a un establecimiento arbitrario, sino, por el contrario, legitiman la fuerza objetiva de éste. Es decir, el conjunto de normas que valen no en virtud de provenir de un legislador legítimo, sino en virtud de cualidades puramente inmanentes... el derecho natural es por ello la forma específica de legitimidad del ordenamiento jurídico *revolucionariamente* creado¹⁶.

Todo este proceso de afirmación del derecho natural secularizado ha de tener expresiones en el utili-

a los inicios de la ciencia moderna de la naturaleza, la filosofía moderna, desde la escolástica tardía hasta Kant, es ya también una expresión de la autocomprensión de la modernidad. Pero sólo a fines del siglo XVIII se agudiza el problema del autocercenamiento de la modernidad hasta el punto de que Hegel puede percibir esta cuestión como problema filosófico y, por cierto, como el problema fundamental de la filosofía". *Ibid.*, pp. 28 y ss.

12. *Ibid.*, pp. 12 y ss.

13. *Ibid.*, p. 37.

14. Jürgen Habermas, *op. cit.*, p. 55.

15. Arthur Kaufmann, *Filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 68.

16. Max Weber, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1977, p. 640.

11. Jürgen Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Capítulo: "La modernidad: su conciencia del tiempo y su necesidad de autocercenamiento", pp. 15 y

ss.; "Hegel es el primero que eleva a problema filosófico el proceso de desgajamiento de la modernidad respecto de las sugerencias normativas del pasado que quedan

extramuros de ella. Ciertamente que en el curso de una crítica a la tradición, que hace suyas experiencias de la Reforma y el Renacimiento y que reacciona

tarismo de Jeremy Bertham y John Stuart Mill, y su más alta expresión en los códigos "iusnaturalistas", particularmente en el Código Civil de Napoleón. Max Weber indica que los criterios *materiales* para juzgar lo que es legítimo en el sentido iusnaturalista son la "naturaleza" y la razón.

Como reacción, surge la *escuela histórica del derecho*, liderada por Friedrich Carl V. Savigny, quien denomina al derecho natural como "una infinita arrogancia de los filósofos"; el derecho no sería producto de la razón, sino creado "mediante las fuerzas silenciosamente actuantes del espíritu del pueblo"¹⁷. Con Hegel se precisará que la historia se hace con la razón; sin embargo, para Hegel lo completamente racional ha de estar en el Estado: "Éste es para él el concepto más elevado, la realidad más perfecta, o sea la realidad de la "idea moral" y con ello también el más alto valor jurídico. La filosofía de Hegel es filosofía de identidad, como sólo hay un Estado, también hay solamente un derecho, no un derecho natural además del positivo"¹⁸.

El positivismo jurídico-científico

Esta escuela parte de entender el derecho como "un hecho de la realidad sensible, bien como un hecho interior o como un hecho del mundo exterior. Este positivismo jurídico empírico se considera como la verdadera ciencia del derecho, y precisamente porque procede empíricamente, es decir, a la manera de la ciencia natural"¹⁹. Los antecedentes que inspiran esta corriente se encuentran en la codificación de Justiniano y la elaboración teórica de Hobbes sobre el derecho²⁰.

Los fundamentos del positivismo jurídico pueden resumirse, en concepto del profesor Norberto Bobbio,

cuales el hombre puede conseguir de la mejor forma lo que le es útil.

21. Norberto Bobbio, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

22. Arthur Kaufmann, *op. cit.*, p. 51.

23. *Ibid.*, p. 51.

en los siguientes enunciados: a) En el modo de acercarse al estudio del derecho: el positivismo jurídico aborda esta cuestión considerando el derecho como un hecho y no como un valor; (b) sobre la definición del derecho: el iuspositivismo define el derecho en función del elemento de coacción; (c) sobre las fuentes del derecho: consideró la teoría de la legislación como fuente principal del derecho; (d) sobre la teoría de la norma jurídica: consideró la norma como un mandato; (e) sobre el ordenamiento jurídico: estudia la norma no aisladamente, sino dentro del conjunto de normas vigentes en la sociedad; (f) el método de la ciencia jurídica o sea el problema de la interpretación: el positivismo jurídico sostiene la teoría de la interpretación mecanicista que hace prevalecer, en la actividad del jurista, el elemento declarativo sobre el productivo o creativo del derecho; (g) de la teoría de la obediencia: aun cuando no es fácil hacer generalizaciones, hay, sin embargo, un conjunto de posiciones en el ámbito del positivismo jurídico que convergen en torno a la *teoría de la obediencia absoluta a la ley en cuanto tal*, teoría que se resume en el aforismo *Gesetz ist Gesetz (la ley es la ley)*²¹.

La teoría pura del derecho: el imperio de la norma

Hans Kelsen, fundador de la "teoría pura del derecho" hace parte del Círculo de Viena, donde predomina el positivismo lógico: "conforme a esta orientación filosófica sólo es racional y comprensible lo que pueda verificarse lógicamente"²².

Parte Kelsen del *dualismo metodológico: el ser y el deber ser*. La teoría científica del derecho, ciencia que no es natural, sólo versará sobre el último, es decir sobre las normas. El ser, que trata de los hechos, no será objeto de preocupación científica. Según Kaufmann, la "teoría positiva sólo puede tener como objeto las estructuras *formales* (lógicas) de las normas jurídicas, no sus contenidos; pues éstas son (según Kant) inaccesibles al conocimiento científico... la teoría pura del derecho tiene que ver con el deber ser (*Sollen*), y por cierto el *puro deber ser* jurídico, que no es un valor ético sino sólo una estructura lógica"²³.

Kelsen estima que toda teoría general del derecho debe ocuparse de la definición del objeto de estudio

17 Arthur Kaufmann, *op. cit.*, p. 70.

18. *Ibid.*, pp. 71-72.

19. *Ibid.*, p. 50.

20. Norberto Bobbio, *Positivismo jurídico*, Madrid, Editorial Debate S.A., 1998, 105 y 106. Además el autor precisa: la diferencia entre Bentham y los iusnaturalistas consiste solo en que éste sitúa este principio fundamental y objetivo no ya en la naturaleza del hombre, sino en el hecho empíricamente verificable de que todo hombre persigue su propia utilidad: la ética se convierte así en el conjunto de reglas a través de las

de los métodos que permiten lograrlo, en tal sentido la determinación del derecho es el resultado de una actividad científica y no el "descubrimiento" de un objeto autónomo o existente de por sí²⁴. En tal contexto el mismo Kelsen ha de expresar:

En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición o efecto, en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas. Las relaciones entre los hombres sólo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas²⁵.

De esta forma, y en breve, Kelsen distingue, al escindir la teoría del derecho y la dogmática, los elementos que diferencian el ser y el deber ser; al señalar las normas se hace referencia al sentido de lo *debido*, al elemento determinante de la función que *ordena*, permite o caracteriza un comportamiento.

La superación del dualismo derecho natural-positivismo en Gustavo Radbruch

Este autor, de mediados del siglo XX, referencia el derecho y lo analiza desde su contenido y no sólo desde sus formas y estructura. "La pauta axiológica del derecho positivo y meta del legislador es la justicia. La justicia es un valor absoluto como la verdad, el bien o la belleza; un valor que descansa, por tanto, en sí mismo, y no derivado de otro superior"²⁶. Radbruch se constituye en un puente que sobrepasa las posiciones antagónicas de ayer... este puente lo constituye su *concepto de derecho*. A partir de la definición del derecho natural plantea una teoría de la justicia sin esquivar para nada los contenidos de su normativa. La teoría de justicia implícita en la idea de derecho, es definida por el autor así: "La médula de la justicia es la idea de igualdad. Desde Aristóteles se distinguen dos clases de justicia, en cada una de las cuales se plasma de manera diferente el postulado de

la igualdad. La *justicia conmutativa* representa la igualdad absoluta entre una prestación y una contraprestación... La *justicia distributiva* preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas..."; y más adelante señala: "La idea de justicia es una idea formal. No da respuesta a dos preguntas, sino que las presupone mas bien como contestadas. Supone trato igual para los iguales y trato desigual para los desiguales con arreglo a la misma pauta pero sin que pueda decirnos (1) a quién debe considerarse igual y a quién desigual, ni (2) cómo han de ser tratados los iguales y los desiguales. La igualdad es siempre la abstracción de la desigualdad existente, pues las cosas y lo hombres de este mundo se parecen tan poco entre sí como "un huevo a otro huevo"²⁷.

General Principles of Law

Otro ensayo de significación para superar la dicotomía es el atribuido a L. Hart, discípulo de John Austin. Hart señala que la "característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en algún sentido. Dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria podemos distinguir diversas formas. El sentido primero, en que la conducta no optativa se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro dice, no porque sea compelido físicamente en el sentido de que actúa sobre su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehúsa a hacer lo que el otro quiere..."²⁸.

Un segundo problema surge cuando las reglas morales imponen obligaciones y excluyen ciertas áreas de conducta de la libre decisión del individuo para comportarse como le place. El sistema jurídico contiene elementos estrechamente conectados con ciertos aspectos de la moral.

El tercer problema es aún más general:

"A primera vista puede parecer que el enunciado de que un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en reglas, no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender. Sin embargo, la insatisfacción, la confesión y la falta de certeza

24. José Ramón Cossío D., *Derecho y análisis económico*, México, F.C.E., 1997.

25. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México, Editorial Porrúa S.A., 1995.

26. Gustavo Radbruch, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 41 y ss.

27. Gustavo Radbruch, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

28. H.L.A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires-Oxford, Editorial Abeledo-Perrot, 1963.

acerca de esta noción aparentemente no problemática, se encuentra en la base de buena parte de la complejidad sobre la naturaleza del derecho: ¿Qué son las reglas? ¿Qué significa decir que una regla existe?, o ¿los tribunales aplican realmente reglas o sólo fingen hacerlo?²⁹. El autor responde señalando que las normas jurídicas o bien son primarias, o bien secundarias, según la forma en que ellas lleguen a existir. Es Dworkin quien realiza un "ataque general" contra el positivismo: "mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o disertan sobre derechos y obligaciones, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas"³⁰. Ello indica que a más de las normas, el discípulo de Hart reconoce unos principios generales del derecho, entre los cuales se destacan, al menos tres: justicia, imparcialidad y arreglo al Estado de derecho.

B. La construcción de la ciencia económica

A la revolución científica del siglo XVIII la acompañó la elaboración de una teoría de la economía política, que de la misma forma que el derecho, se fundamentaba no ya en un mundo de origen divino, sino natural. "Los librepensadores del siglo XVIII encontraron un sustituto para la religión en el concepto de *ley natural*. Trataban de hallar los principios de armonía y justicia en la vida humana, correspondientes a la regularidad del universo físico que Newton había revelado"³¹.

Los filósofos empezaban a preguntarse ¿de dónde viene la riqueza?, ¿de dónde surgen los beneficios?, ¿cómo explicar la conformación de los precios?, ¿en qué consiste la justicia social?, ¿cómo se distribuye la plusvalía? Todo lo cual indujo diferentes respuestas que fundamentaron las corrientes del pensamiento económico.

El predominio de los clásicos

La ortodoxia clásica se empieza a construir como reacción al mercantilismo que señalaba que las exportaciones eran la fuente de la riqueza de las naciones y abogaban por la consolidación de un Estado intervencionista que facilitara el tráfico de mercan-

cías a nivel internacional y protegiera la balanza comercial; el objeto principal de lo político personal y público sería la acumulación de oro y plata, o sea la riqueza pecuniaria³². De los fisiócratas tomaron el análisis de clase como dinámica económica, fundamentaron su doctrina en la concepción de la tierra como fuente de producción neta³³; así, pues, la única plusvalía que se produce, en opinión de la escuela de Quesney, es la proveniente de la tierra, la cual ha de privilegiar a los terratenientes.

Con la investigación de Adam Smith sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones, se inicia el análisis y estructuración de una nueva sociedad, fundada en la industria y en el trabajo; se crea la empresa como superación del taller y nace la clase obrera. Para este precursor del capitalismo, la mayor parte de los cosas necesarias, convenientes y gratas de la vida se adquieren por la vía del trabajo: "La mayor parte de ellas se conseguirán mediante el trabajo de otras personas, y será rico o pobre, de acuerdo con la cantidad de trabajo ajeno de que pueda disponer o se halle en condiciones de adquirir. En consecuencia, el valor de cualquier bien, para la persona que lo posee y que no piensa usarlo o conservarlo sino cambiarlo por otros, es igual a la cantidad de trabajo que pueda adquirir o de que pueda disponer por mediación suya. El trabajo, por consiguiente, es la medida real del valor de cambio de toda clase de bienes"³⁴. Smith manifiesta que todo el producto anual de una nación se distribuye, de manera natural, entre la renta de la tierra, los salarios del trabajo y los beneficios del capital.

David Ricardo, a quien algunos consideran padre de la economía moderna, bajo la teoría smithiana ideó el método que se conoce como *modelo* y precisó conceptualmente la distribución de la plusvalía entre el capital y la tierra. La gran crítica a la forma capitalista de producción la realizó Carlos Marx, en su obra *El capital*, la cual básicamente señala que la plusvalía no puede asignarse sólo a través de las relaciones técnicas, sino que proviene del proceso productivo. Marx "utilizó la teoría clásica de que las mercancías se intercambian según unos valores determinados por el tiempo de trabajo necesario para producirlas y la interpretaba en el sentido de que sólo el trabajo produce valor". De esto deducía que, como todas las mercan-

29. *Ibid.*, p. 10.

30. Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel Derecho, 1997, pp. 72, 73 y ss.

31. Joan Robinson y John Eatwell, *Introducción a la economía moderna*, México, Fondo de Cultura económica.

32. John Kenneth Galbraith, *Historia de la economía moderna*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.

33. Joan Robinson y John Eatwell, *op. cit.*, p. 22.

34. Adam Smith, *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, México, F.C.E., 1958, pp. 31 y ss.

... se intercambiaban según los valores de trabajo, "la mercancía de trabajo debe intercambiarse también según su valor de trabajo". Así pues, en Marx el trabajo tiene la cualidad única de producir valor y... "Los trabajadores son explotados por los capitalistas, porque éstos se apropian del valor producido por el trabajo. Éste es el origen del beneficio"³⁵.

La afirmación de la escuela neoclásica

Ante los nuevos escenarios políticos e ideológicos, la economía política clásica aparece insuficiente para dar respuesta a problemas referidos a la distribución de los precios. Los clásicos que se apoyaron en la dinámica de las clases sociales y sus conflictos de intereses, serían superados por nuevos paradigmas.

Leon Walras, Alfred Marshall, Wilfredo Pareto e Irving Fisher instauran entre finales del siglo XIX y mediados del siglo XX la era neoclásica. En desarrollo de una teoría de comportamiento del mercado "en pocos años, la que pasó a ser conocida como economía neoclásica había sustituido el concepto clásico de acumulación con un análisis de equilibrio de la oferta y la demanda en una situación estacionaria y aun cuando el debate sobre las clases sociales no podía ser totalmente ignorado... el debate principal se centraba en la situación del individuo, y las normas y juicios se establecían en términos de individualismo". Los neoclásicos desviaron su atención hacia el cambio y buscaron una teoría de los precios relativos de las mercancías en el concepto de *utilidad*. Entonces se evitó el origen clasista de la renta y el análisis se orientó en términos de reuniones de individuos en el mercado³⁶. Como se puede observar, de los inmensos aportes de los neoclásicos, surgen otras miradas sobre el equilibrio de los mercados, los factores de producción, el concepto de utilidad, los precios y los beneficios.

Luego de la crisis: nueva ola intervencionista

Para la escuela neoclásica el "laissez-faire" se convirtió en el gran dogma; las empresas bajo el libre mercado saben colocar bien los recursos y por ello no es conveniente la intervención del Estado. Sin embargo, a principios del siglo XX hay una gran generalización de la seguridad social en toda Europa, lo cual

colocaba en dificultades la administración de las finanzas públicas. Por esta época, el discípulo de Marshall, A. C. Pigou, en la *Economía del bienestar*, "describió un cierto número de casos en los que el *laissez-faire* no es necesariamente beneficioso, pero los trataba como excepciones a una regla que, en general, no podía ser puesta en duda"³⁷.

Con la gran depresión, los parámetros del mercado y de la libre empresa habían sucumbido; viene pues un nuevo pensamiento económico que ha sido denominado como la revolución keynesiana, la cual logró destruir las premisas básicas de las teorías de Smith y Pigou; "nadie podía negar que suponiendo que se gastara todo el dinero, prevalecería el pleno empleo o que la gente ahorraría más dinero al aumentar las tasas de interés y que esos ahorros se convertirían automáticamente en inversiones o que el empleo aumentaría, suponiendo que los trabajadores aceptaran sueldos más bajos. Hasta el mismo Keynes admitió que el sistema clásico era lógico. El problema, decía, no está en la lógica del sistema, sino en sus premisas. El sistema clásico, en su opinión, sólo era válido en un caso especial: cuando el empleo era completo"³⁸.

Con la reformulación del sistema económico, Keynes sugiere el uso de instrumentos poderosos a nivel de política fiscal, v. gr. recaudo de impuestos y control del gasto público, estímulos o desestímulos del proceso económico mediante medidas monetarias: control directo de la banca central y de las tasas de interés.

Énfasis en el comportamiento humano racional

Las mutaciones del pensamiento económico conducen a la postulación de nuevos paradigmas, tales como el análisis económico, que se afirma durante las dos últimas décadas; la aplicación de lo económico a otras ciencias sociales, logra los más altos reconocimientos a esta disciplina en los años 1991 y 1992, mediante el otorgamiento del premio Nobel a los profesores Ronald Coase y Gary Becker. Ello conllevó, desde la orilla del derecho, a decir al profesor Bruce Ackerman, de la escuela de derecho de Yale, que este enfoque se constituía en el "desarrollo más importante del siglo XX en el campo de los estudios legales".

35. Joan Robinson *et al.*, *op. cit.*, p. 47.

36. Joan Robinson *et al.*, *ibid.*, pp. 55 y ss.

37. *Ibid.*, p. 69.

38. Clement & Pool, *Economía*, McGraw-Hill, 1978, pp. 167 y ss.

La economía ofrecía elementos básicos, a través de la teoría científica, para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. En efecto, a través de diversas definiciones de lo que debe constituir el objeto de la ciencia económica se producen los acercamientos al análisis económico del derecho. ¿Cómo se identifica la economía?, ¿cómo se construye la conducta económica racional?

Para Robbins, "la economía es la ciencia que estudia la conducta humana como una relación entre fines y medios escasos susceptibles de sus alternativos". De su propuesta surgen el tiempo y los medios como componentes limitados para alcanzar los fines, lo cual implica que se establezcan prioridades y la conducta asume la elección y adquiere una connotación económica. De esta forma, la economía, en palabras de Torres López, "se convierte en la ciencia de la elección bajo condiciones de escasez y su objeto no será otro que estudiar lo que se denominará conducta maximizadora en cualquiera de sus sentidos. Su estructura científica y su validez metodológica no dependerán, por tanto, del campo en donde sea aplicada. Allí donde haya alternativas, escasez y, en su virtud, elección, allí serán aplicables los métodos del análisis económico"³⁹.

Gary Becker ha de considerar que la escasez y la elección son contentivas de todo proceso de asignación de recursos "tanto si estos se asignan por medio del proceso político... como si se asignan por medio de la familia o por los científicos... y así indeterminablemente"; de esta forma, se llega a la conclusión de que no hay aspecto de la vida humana que no pueda ser considerado campo del análisis económico; agrega Becker que "lo que distingue verdaderamente a la economía como disciplinaria de otras disciplinas dentro de las ciencias sociales no es su temática sino su enfoque"⁴⁰.

El "enfoque" económico se ha de agrupar en tres grandes supuestos: el comportamiento maximizador, el equilibrio del mercado y la estabilidad de la preferencia de los individuos.

Este amplio enfoque sobre la economía permite a Becker precisar lo siguiente:

Creo que el análisis económico es esencial para comprender mucho el comportamiento que tradi-

cionalmente estudian sociólogos, antropólogos, así como otros especialistas de las ciencias sociales. ¡Esto sí es un ejemplo de imperialismo económico! Dicho de otra manera, digo que la definición amplia de lo que es economía, es decir, la asignación de bienes escasos para fines competitivos, debería tomarse muy en serio por los economistas, además de ser una fuente de orgullo y no de vergüenza, porque apunta conocimientos profesionales sobre una gran variedad de problemas⁴¹.

Todas estas definiciones y otras muchas, que se pudieran invitar al texto, concluyen que sus enfoques se dirigen al estudio de la conducta humana; la complejidad se presenta en el contexto a varias ciencias sociales, sobre la identificación y la especificidad de lo que se puede denominar propio de la conducta humana, y gr.: del derecho que las reclama en tanto que las articula con las normas; la sociología en tanto que estudia relaciones e instituciones sociales; la ciencia política en tanto que estudia relaciones de poder y el empoderamiento de ellas en las instituciones.

Para el caso de la economía, cabría afirmar, según lo expresado por Becker, que este nuevo enfoque es el que "proporciona un marco valioso y unificado para la comprensión de *todo tipo* de comportamiento humano". La hipótesis de la conducta del hombre como maximizador racional constituye el marco superior para comprender la realidad, la aplicación de este modelo de conducta económica a los fenómenos sociales demuestra su validez como instrumento científico (mercado)⁴². Posteriormente, aceptó que solo una "parte" de las conductas humanas puede identificarse como posible objeto de estudio de la economía o, lo que es igual, que sólo ciertos aspectos de la conducta humana pueden ser considerados como "conductas económicas".

Con estas ideas básicas se cimentan los caminos que han de conducir al estudio y análisis económico del derecho, que afirman no sólo conductas de mercado, sino toda conducta que tenga connotación económica; allí se han de incorporar, sobre la base del estudio del comportamiento de los individuos, las hipótesis sobre la conducta maximizadora, sobre las preferencias estables y sobre los conceptos de costo de oportunidad.

39. Juan Torres L., *Análisis económico del derecho*, Madrid, Tecnos, 1987.

40. Gary Becker, *The Essence of Becker*, Stanford University Press, 1995.

41. Gary Becker, *Teoría económica*, Madrid, F.C.E., 1997.

42. Gary Becker, *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, 1976.

III. Nuevo paradigma del derecho:

El análisis económico

Presupuestos

Este movimiento ha irrumpido como una *verdadera novedad* en el panorama de la teoría jurídica contemporánea, tanto en el "Common Law" como en el sistema jurídico del "Civil Law", de donde se desprende que es pertinente identificar los supuestos básicos que lo soportan; de ellos se pueden destacar:

- Esta nueva perspectiva ha tenido grandes repercusiones, tanto en la teoría como en la metodología con las que se aborda el estudio del derecho; la complejidad de los problemas que estudia y los interrogantes que asume, hacen que este escenario se caracterice como *heterogéneo*, es decir, que de alguna forma y en un sentido genérico, se ha de identificar todo aquel análisis que, desde las categorías económicas, se haga del derecho: ya sea para bienes de mercado, ya para bienes públicos.

- Su origen básico es extraído de la reinterpretación que diversos investigadores han hecho sobre la *forma de construir y hacer efectivo el derecho norteamericano*, que hace parte de las corrientes de la familia del "Common Law". Confluyen las nuevas creencias sobre los alcances y contenidos de la economía dirigida a evaluar, bajo la conducta económica racional, todo tipo de actividad humana, dentro de las cuales estarían las referenciadas por el derecho.

- La forma como el análisis económico del derecho encara las relaciones que se establecen entre la ciencia jurídica y la ciencia económica produce, desde la teoría y la práctica, un aporte *muy original*, particularmente con la incorporación de los *enfoques económicos* en el panorama de la teoría jurídica; dado su origen académico inicial, la Escuela de Chicago, no deja de percibirse la alta influencia en su elaboración de toda la ideología liberal. Esta apreciación aparece con más fuerza en atención a que las primeras propuestas se originaron en el escenario de la teoría económica de la propiedad y de los derechos de propiedad, estudiadas en escenarios de mercado.

- Una pregunta básica que tendría que abarcar este movimiento hace referencia al problema de *aplicabilidad*. ¿Se trataba de una simple reflexión académica?, ¿tendrá, esta orientación, gran impacto

para el ejercicio de los derechos, cualesquiera sea su clasificación?; el concepto de su aplicabilidad y las posibles respuestas dadas desde esta perspectiva, tendrán más resistencia entre aquéllos que miraban este movimiento desde la orilla del sistema jurídico continental; en efecto, los impactos más importantes surgen cuando se analizan los "casos" de la jurisprudencia inglesa estudiados por el profesor Coase en 1961⁴³.

- La aplicación de este esquema de análisis llevó a la iniciación de una *reconstrucción del derecho*, para el cual se habrían de utilizar dos ejes fundamentales:

A. Se define esta corriente por la aplicación de la teoría económica, más exactamente, la teoría microeconómica del bienestar en el análisis y explicación del sistema subyacente de la teoría económica del derecho, y,

B. A partir de la filosofía jurídica, investiga los presupuestos y las condiciones latentes en la tradición de la cultura jurídica anglo-norteamericana, que hace posible la incorporación de la teoría a su ámbito de aplicación. Esta tendencia no nace en el terreno de la cultura jurídica europea-continental, ni de los procedimientos tradicionales de la dogmática jurídica. En este sentido, pregunta Pedro Mercado⁴⁴ si la evolución de la propuesta de renovación en el entendimiento entre economía y derecho, entre ciencia económica y ciencia jurídica, que nos propone este movimiento, hace surgir la cuestión de si la promesa de renovación del discurso jurídico puede valer para salir del círculo cerrado de la dogmática jurídica.

La importante tradición del pensamiento jurídico formal —como se observó en la parte segunda—, la cual se encuentra amparada por el formalismo normativo de la "teoría pura del derecho" propuesta por Kelsen, en la jurisprudencia de conceptos o la teoría de la argumentación jurídica, solamente ha permitido que la ciencia del derecho sea llevada por la senda del *autoconfinamiento*, antes que hacia el encuentro con otras ciencias sociales.

Se construye, bajo el predominio de la filosofía de la codificación, un sistema de estructura lógico-conceptual que se asienta en la dogmática jurídica tradicional, donde los códigos han de responder al orden normativo "racional"; el ordenamiento jurídico se

43. Ronald. H. Coase, *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 33 y ss., 121 y ss.

44. Pedro Mercado, *op. cit.*

concebido como un todo cerrado, el juicio jurídico se entendió autónomo y las normas, por supuesto, neutrales.

De esta forma, como lo expresa Torres López, la ciencia jurídica no podría ser otra que la dogmática. La preocupación del jurista, lejos de la valoración que da vitalidad al derecho, sería exclusivamente la de aislar el hecho de forma que pudiera ser subsumido en la literalidad de la ley. Lo metajurídico, que no es otra cosa que la realidad social, no tiene cabida en la concepción de lo jurídico, pues pese a ser crítico ha mantenido una importante vigencia a lo largo del tiempo⁴⁵.

El replanteamiento y renovación de la ciencia jurídica se aborda desde la perspectiva *interdisciplinaria*, particularmente por la importancia que tiene la ciencia económica, que utiliza técnicas de análisis coste-beneficio en la elaboración de las políticas jurídicas y en la justificación de las decisiones judiciales. En virtud de esto se produce una apertura del discurso jurídico al territorio de las consecuencias económico-sociales del derecho y a la consideración de la *eficiencia económica* como valor jurídico⁴⁶.

La nueva propuesta supera la fase en la cual la ciencia económica sólo contribuía, desde su orilla, a descubrir o aclarar problemas propios de la economía; de ello se deduce que no aportaba para mejorar o para *enriquecer una adecuada decisión jurídica*. De allí que Posner hablara del "viejo" y "nuevo" análisis

económico del derecho. Todo en atención a que el nuevo análisis económico del derecho apunta a *aplicar las proposiciones jurídicas y las proposiciones económicas*.

La renovación radical del discurso contemporáneo sobre el derecho, lleva a encarar de manera diferentes problemas que tradicionalmente han abordado los juristas:

- La justificación de las decisiones judiciales.
- El estatuto de científicidad.
- El modelo metodológico adecuado para el estudio del derecho⁴⁷.

Características

Conocida esta corriente en el lenguaje anglosajón como "law and economic", este movimiento que proviene de los EE. UU. y cuyas bases se originan en la década de los sesenta del siglo pasado, combina paradigmas de las ciencias económicas y jurídicas en un esfuerzo por estudiar, en un solo escenario, el derecho en forma interdisciplinaria.

La "señal" más importante de esta corriente la relaciona con el sello de la *eficiencia económica*; este supuesto es asociado, para interpretar el derecho, con la *escuela del libre mercado*, la de Chicago; sin embargo, bajo esta perspectiva de estudio había investigadores y autores que se salían de esta tendencia, como el caso de la "Escuela de Génova" a la cual está asociada

45. Juan Torres López, Introducción al análisis económico del derecho, ed. cit.

46. Es preciso subrayar, como lo establece Mercado, que Posner ha avanzado la hipótesis de la eficiencia del "Common Law", es decir, la hipótesis de que el "Common Law" o derecho de base judicial promueve la eficiencia económica, que las normas e instituciones de derecho privado patrimonial (propiedad, contratos, responsabilidad) son de hecho eficientes en el sentido económico. Esto y lo que se conoce como «tesis positiva o descriptiva del análisis económico del derecho» que afirma la tendencia de las normas, reglas e instituciones del "Common Law" a promover la eficiencia. La lógica del mercado y la lógica del derecho son idénticas, una mano invisible recorre las decisiones de los jueces en el proceso de toma de decisiones induciendo a éstos a adoptar las decisiones

congruentes con la lógica de la eficiencia económica. «La hipótesis no es que el "Common Law" duplique o pueda duplicar los resultados de los mercados competitivos, sino que, dentro de los límites de viabilidad administrativa, el derecho conduce al sistema económico a conseguir los resultados, que la competencia efectiva –un mercado en que no existan externalidades relevantes,

monopolio o problemas de información– produciría". Posner, "Some Uses and Abuses of Economic in Law", *The University of Chicago Law Review*, vol. 46, 1979. Y agrega –Posner– que esta tendencia hacia la eficacia económica no necesita ser asumida conscientemente como principio o valor por parte de los jueces. Lo que intenta poner de manifiesto es "que la forma de adjudicación de derechos y

responsabilidades del "Common Law" parece predisponer la consecución de resultados eficientes al margen de cualquier consenso en favor de la eficiencia que los jueces puedan compartir". Una variante, sobre la posible explicación causal a la Teoría de la eficiencia, la presentan los investigadores Rubin y Priest.

47. Pedro Mercado, op. cit., caps. I y II.

nombre de Guido Calabresi⁴⁸ que, siendo profesor de la Universidad de Harvard, aparece mediando en esta tendencia a cuya cabeza está el profesor Guido Alfa.

Hoy en día prolifera una producción muy alta sobre todas las áreas del derecho, no sólo en EE.UU. y Europa continental, sino para nuestro caso en América Latina.

Contribuciones del análisis económico del derecho

La ruptura

El análisis tiene su origen⁴⁹ en los años sesenta, momento en el cual confluyen tres publicaciones muy importantes, que se identifican como punto de par-

tida de esta corriente; ellas son:

a) De Ronald Coase: *El problema del costo social* (The Problem of Social Cost, 1960) en el que se opuso a las tesis pigouvianas sobre la intervención del Estado y se extendió en las implicaciones de los costos de transacción.

b) De Guido Calabresi: "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts" (Yale Law Journal, vol. 68, 1961), donde el autor emplea la teoría económica para auscultar las distintas significaciones que implica el uso de la noción de distribución del riesgo. Para Calabresi es el criterio de imputación de responsabilidad el que informe todo el derecho de daños.

48. Guido Calabresi, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Barcelona, Ariel, 1984.

49. Los antecedentes más importantes de esta corriente de pensamiento se encuentran en Cesare Beccaria, autor del libro *De los delitos y de las penas* publicado en 1764, donde se plasman los postulados contra la pena de muerte por injusta, innecesaria e ineficaz; se introduce el concepto de daño social y se sientan bases de reflexión sobre la eficacia de las penas y el principio de la responsabilidad entre delitos y penas, colocando esta última en función de los beneficios o satisfacciones que le reportan al delincuente. Sin embargo, es a Jeremy Bentham, distinguido entre los fundadores del utilitarismo, a quien se invoca como antecedente más inmediato. Bentham no consideraba la

economía como una *master science*, y menos aún como modelo explícito de todas las relaciones sociales, sino como parte, o *branch of jurisprudence*, una rama particular y limitada, relacionada con uno de los "fines subordinados" de la legislación, en concreto, la abundancia. Para Bentham el principio de utilidad juega un papel fundamental; de acuerdo con Halévy, este principio tiene una doble naturaleza: por una parte, considerado como máxima que rige la acción humana, implica una orientación determinada hacia la mayor felicidad del mayor número, siendo, pues, en esta forma imperativa, un precepto moral; por otra parte, en cambio puede ser concebido como el enunciado de un hecho de validez universal, a saber, que todos los hombres tienden naturalmente a obtener placer y a evitar el dolor; desde de esta segunda

perspectiva, que presenta el principio de utilidad en forma indicativa, estamos en presencia de una ley "natural", en el único sentido en que tal expresión es concebida en la teoría de Bentham (en el libro *J. Bentham: Política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*, de Benigno Perdas García, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales). Ahora bien en *Escritos económicos*, en la parte referenciada en "Filosofía de la ciencia económica", el mismo Bentham señala en el título XXI: por utilidad se entiende la propiedad, en cualquier objeto, por medio de la cual, tiende a producir beneficio, ventaja, placer, bien o felicidad (en el presente caso todas vienen a ser lo mismo), o (lo que igualmente viene a ser lo mismo) para impedir que le ocurran: el perjuicio, el dolor, el mal o la desdicha a la parte cuyos intereses se

consideren; si esta parte es la comunidad en general, entonces es la felicidad de la comunidad; si de un individuo en particular, entonces la felicidad es de ese individuo. El otro gran principio inspirador de Bentham se concentra en la forma expresiva "the greatest happiness to the greatest number", que sin pertenecer al campo de la moral está dirigida al legislador para que fundamente lo consagrado en las normas y dé equilibrio a los intereses individuales y a los generales. Los utilitaristas —agregan Cooter y Ulan— miden el valor de un bien o un acto por el placer o la satisfacción que crea en términos netos. Para los utilitarios, el propósito de la institución de la propiedad es la maximización del placer o la satisfacción total que se obtiene de los recursos materiales y de otras clases. En consecuencia, Bentham define esta institución, así: "La propiedad no es más que una base de esperanza; la esperanza de obtener ventajas de una cosa, que deseamos poseer, en consecuencia de la relación en la que nos encontramos respecto de ella".

c) De A. A. Alchian: "Some Economics of Property Rights", Rand Corporation (Rand paper No. 2316, Santa Mónica, 1961), quien se concentró en los derechos de propiedad.

Las orientaciones

Para una mejor ilustración sobre los significados y alcances de estas contribuciones se podrían agrupar en las siguientes proposiciones: "lo común y definitivo del análisis económico del derecho es la aplicación de la teoría económica en la explicación del derecho. Más en concreto, es la aplicación de las categorías e instrumentos teóricos de la teoría micro-económica neoclásica, en general, y de una de sus ramas en este siglo, la economía del bienestar, en particular, en la aplicación y evaluación de las instituciones y realidades jurídicas"⁵⁰.

• Sin duda la aplicación de la teoría económica al ámbito del derecho y sus diferentes áreas lo llevaría a constituirse en una *disciplina autónoma*. La década de los sesenta es una etapa de *cimentación*; la década de los setenta será la de la consolidación como disciplina autónoma y generalizada de su enseñanza en los principales centros académicos de Europa y Norteamérica.

• En expresión de Richard Posner, en la época de ruptura, el análisis económico del derecho era casi sinónimo de análisis contra los monopolios, aun cuando había trabajos económicos sobre derecho fiscal (Henry Simons), el derecho comparativo (Henry Manne) y la regulación de los servicios pú-

margen de las consecuencias distributivas específicas de la búsqueda de la eficiencia, al margen de lo que constituye una distribución equitativa de la renta. En otras palabras, si la renta se puede distribuir sin coste, es siempre preferible aumentar al máximo el tamaño del pastel, dado que éste puede repartirse como se quiera.

blicos y el transporte (Ronald Coase). No obstante, los estudios sobre los casos antimonopolios eran significativos para examinar las prácticas empresariales, sin embargo, en esencia no era diferente de lo que tradicionalmente habían hecho los economistas: tratar de explicar el comportamiento de los mercados económicos explícitos⁵¹.

Sin embargo, agrega Posner, el sello distintivo del nuevo derecho y economía es la *aplicación de la economía al sistema legal por todas partes*.

El concepto "análisis económico del derecho" al que inicialmente se le atribuyó un sentido genérico, en la concepción de Posner toma un sentido más restringido, el cual se ha de estructurar en dos ramas: la que se ocupa del estudio de las leyes que regulan la operación de los mercados y la que analiza las normas que regulan conductas ajenas del mercado. Para el propio Posner, en opinión de Cossio⁵², la segunda de las ramas mencionadas tuvo su origen en los trabajos de Jeremy Bentham, aun cuando su pensamiento no haya tenido continuadores inmediatos.

Lo que podríamos llamar la teoría de la eficiencia del derecho común, no significa que toda doctrina y toda decisión de ese derecho sea "eficiente". Eso sería muy poco probable, dada la dificultad de las cuestiones de que se ocupaban el derecho y la naturaleza de los incentivos de los jueces. A propósito de lo anterior, Posner expresó: la teoría hace relación a que el derecho común se explica mejor (no perfectamente) como un sistema para maximizar la riqueza de la sociedad. De ahí que para el autor existan dos clases de reglas. Las reglas que *maximizan la riqueza* y aquellas que *las distribuyen*. Los jueces, cuando aplican el "Common Law", tienen poco que hacer con el problema de la distribución.

Los campos del derecho constitucional o estatutario, por oposición a los del derecho común, tienen menos probabilidad de promover la eficiencia, pero incluso ellos están impregnados de los intereses económicos y deben ser aclarados por el análisis económico.

Sin embargo, dentro de esta misma escuela otros investigadores se cuestionan si dentro de este enfoque queda excluida la equidad. Se pregunta Polinsky⁵³ si existe conflicto entre la búsqueda de la eficiencia y la búsqueda

50. Pedro Mercado, *op. cit.*

51. Richard A. Posner, *El análisis económico del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 27 y 28.

52. Cossio, *op. cit.*, p. 225.

53. Michel Polinsky, *Introducción al análisis económico del derecho*, cap. 2, Madrid, Ariel Derecho, 1985, pp. 21 y 22. A propósito de la equidad y la eficiencia el autor argumenta lo siguiente: si la renta no se puede distribuir sin coste puede plantearse un conflicto entre eficiencia y equidad. El que haya o no, en realidad, un conflicto depende de las consecuencias distributivas específicas de la búsqueda de la eficiencia y de lo que constituya una distribución equitativa de la renta. Pero si puede redistribuirse sin coste, no hay conflicto alguno entre eficiencia y equidad. Esto es cierto al

da de la equidad; la forma de resolver ese conflicto, según su expresión, dependería de la importancia que se le asigne a la eficiencia respecto de la equidad.

Desde Coase: Crítica y construcción

La crítica a la economía del bienestar de Coase, trata de poner sobre el tapete el tema específico del *coste social* o de *efectos externos* producidos por las actividades económicas; allí se interroga sobre el papel intervencionista del Estado al otorgarle la responsabilidad —Pigou— de solucionar las fallas del mercado. Coase trata de “poner de manifiesto la incoherencia de esta teoría al ignorar el problema de los costes que la propia intervención del Estado crea a la hora de corregir una falla del mercado”; para Coase la intervención del Estado sólo es aceptable en la corrección de una deficiencia del mercado si verdaderamente implica un coste menor que el coste del fallo de mercado que se intenta corregir⁵⁴.

A partir del estudio de casos de jurisprudencia, se analizan los posibles impactos cuando “las personas en uso de los derechos conferidos por el sistema jurídico, *causan daños y costes* en el uso o disfrute de determinados recursos por parte de otras personas, provocando conflicto de derechos en el uso de los recursos”; en su análisis, Coase subraya el carácter económico que subyace en las normas de responsabilidad y propiedad establecidas por el ordenamiento jurídico, en tanto que para Mercado la decisión jurídica adoptada era determinante para conseguir una solución eficiente al conflicto planteado o para evaluar la posibilidad de una actuación correctiva del Estado, basándose en la previa comparación de los costes y beneficios de las alternativas de solución jurídica presentes en cada caso.

Los paradigmas fundamentales que establece Coase rompen con el viejo análisis, para acercarse a la reconstrucción del discurso jurídico:

A. La relevancia del concepto de efecto externo o externalidad para construir una teoría económica de las instituciones.

B. El puesto que ha de ocupar el coste del derecho en el análisis del comportamiento jurídico. Esta herramienta que permite evaluar las decisiones jurídicas desde la perspectiva del análisis coste-beneficio,

ha de permitir la construcción de un diálogo entre economía y derecho y la posibilidad de cuantificar los efectos del derecho y de su ejercicio.

C. La no existencia o no necesidad *a priori* de la intervención del Estado, bajo la crítica a la economía del bienestar, en los supuestos de configuración de fallas del mercado, como sobre las externalidades.

Se afirma, pues, esta nueva corriente académica que trata de cimentar la ciencia económica como “Teoría General de la Sociedad” y como fenómeno coadyuvante de la necesidad, a través del pensamiento crítico, de renovar la ciencia económica neoclásica “mediante la introducción en su análisis del significado económico del marco institucional en el que se desarrolla todo problema económico”⁵⁵.

El Teorema de Coase

En el artículo referido sobre el coste social, el autor hace una fuerte crítica a los planteamientos de Pigou sobre el tratamiento dado en la economía del bienestar al problema de las externalidades.

Su análisis intenta mostrar “la inadecuación del remedio fiscal para la internalización del efecto externo sobre la base que, de determinadas circunstancias, la imposición de tasas y subsidios puede llevar a situaciones más ineficientes que aquéllas que querían evitar con esos mecanismos. La intención de fondo del ensayo de Coase es la negación de la necesidad *a priori* de la intervención del Estado para corregir fallas del mercado manifestadas por la inexistencia de externalidades y de mostrar cómo dicho problema puede ser resuelto desde el interior de los mecanismos autoreguladores de negociación del mercado”⁵⁶.

De manera simplificada, se puede afirmar que los actores involucrados en un problema de efectos externos, llegarán a negociar entre sí, procurando alcanzar la solución óptima, de forma tal que beneficie a las dos partes. Es de entender que para lograr estos efectos, a través de mecanismos autorregulativos, se requiere que se den al menos dos condiciones básicas: a) que haya una precisa delimitación de los derechos sobre recursos escasos y, b) que los costos de transacción sean iguales a cero.

Esta formulación del profesor Coase replantea de manera radical la forma como se construyó la econo-

54. Cooter y Ulen, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

55. Pedro Mercado, *op. cit.*, cap. III.

56. Pedro Mercado, *op. cit.* En la “revolución” de Coase: costes de transacción, negociación y control jurídico-privado de la externalidad como cimientos de una teoría económica del derecho, pp. 139 y ss.

mía y el derecho, cuyos fundamentos se consolidaron a mediados del siglo XX; el derecho se estructura para que la norma dé cabida al proceso de "internalización" del costo externo; ello significaba que el agente productor de la externalidad ha de ser el responsable de sus efectos y, por tanto, está obligado a resarcirlos mediante tasas, impuestos o mecanismos de indemnización de perjuicios.

El teorema, que el profesor Coase dice no haber formulado⁵⁷, se empieza a fundamentar cuando el autor aplica el análisis económico a las decisiones de los jueces y estudia cómo se estructuran aquéllas, cuando hay derechos en conflicto; para ello estudia los casos de la jurisprudencia inglesa. Replantea el enfoque puramente causal que de manera permanente pregunta: ¿quién originó el hecho?, típica expresión para que desde el derecho se asignen responsabilidades. Para Coase, y esto es fundamental en su planteamiento, el problema de las externalidades no sería un problema unilateral sino un problema de carácter recíproco; ya no se trataría simplemente de indagar quién causó el daño o el perjuicio, como lo auscultara un abogado tradicionalista, sino que se interroga en términos de eficiencia; no dónde está ubicada la causa y su responsable, sino cuál es la solución más eficiente; las proposiciones jurídicas construidas con anterioridad desconocían que toda externalidad suponía de alguna manera enfrentarse a un conflicto recíproco. Este enfoque trae una nueva visión sobre el conflicto jurídico, las alternativas de solución y el papel que el derecho ha de jugar inicialmente en una economía de mercado.

En el artículo sobre el coste social, lo ilustra con los ejercicios de "casos" y trae entre otros el ejemplo del agricultor y el ganadero que son vecinos; valdría la pena acudir a Cooter y Ulen, quienes hacen una buena ilustración de este evento, así:

El agricultor cultiva maíz en una parte de su tierra y deja el resto en barbecho. El ganadero tiene ganado en toda su tierra; la línea divisoria entre el rancho y la granja es clara pero no hay ninguna cerca. Por lo tanto, de tiempo en tiempo, el ganado se mete a la propiedad del agricultor y daña el maíz. El daño podría reducirse construyendo una cerca, manteniendo menos ganado o cultivando menos

maíz, todo lo cual es costoso. El ganadero y el agricultor podrían negociar entre sí para decidir quién debe soportar el costo del daño. De otra manera, la normatividad legal podría asignar la responsabilidad de los daños.

Hay dos reglas específicas que legalmente se podrían aceptar:

1º. El agricultor es responsable de mantener el ganado fuera de su propiedad y deberá pagar los daños causados por el ganado (un régimen que podrían llamar "derechos de los ganaderos" o "praderas abiertas"), o bien,

2º. El ganadero es responsable de mantener el ganado en su propiedad y debe pagar los daños causados por éste ("derechos de los agricultores" o "praderas cerradas")⁵⁸.

Según la primera regla, en derecho, el agricultor estaría obligado a resarcir los daños causados por el ganado o escoger otras alternativas como reducir su cultivo de maíz; según la segunda regla, en derecho, el ganado sería responsable y debería, eventualmente, buscar otras alternativas de solución.

Se pregunta Coase, si no es mejor ante este enigma buscar de parte de los actores racionales una negociación cooperativa, donde se maximizarían los beneficios conjuntamente sin necesidad de recurrir a la ley. Si las partes negocian con éxito entre sí, alcanzan una buena decisión y esta es eficiente, se abstendrían de acogerse a lo que señalen las reglas de derecho.

Cuando hay interferencia en el ejercicio de un derecho, la ley debe decir si la otra parte tiene derecho a intervenir o la primera a quedar libre de esas interferencias. De ahí que "la eficiencia requiere que se asigne el derecho a la parte que lo valúe más. Cuando las partes respeten la ley en una manera no cooperativa, la asignación legal de los derechos es importante para la eficiencia. Cuando las partes negocian con éxito, la asignación legal de los derechos no importa para la eficiencia"⁵⁹.

¿Qué sucede si la negociación no es exitosa y fracasa? Cuando se negocia un acuerdo las partes pueden ahorrarse los costos que resultan del desacuerdo y, por lo tanto, dividirse las ganancias; en otras palabras, prescindir de la ley con el fin último de

R. H. Coase, "Notas sobre el problema del coste social": "no inventé el Teorema de Coase ni su formulación; ambas se deben al profesor Stigler. Sin embargo, es verdad que su formulación del teorema está dada en mi trabajo, en el que se encuentra la misma idea, aunque expresada de una forma algo diferente. Expuse por primera vez la proposición que ha sido transformada en el Teorema de Coase, en el artículo sobre la Comisión Federal de Comunicaciones".

Robert Cooter y Thomas Ulen, *Derecho y Economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 117-118.

Coase, *op. cit.*, pp. 117

maximizar la eficiencia. Sin embargo, cuando las partes no logran conciliar los desacuerdos, la ley interviene otorgándole el derecho a una parte en detrimento de la otra. Es decir, que la negociación resulta ineficiente por la ausencia de cooperación, así las partes respeten la ley.

De otro lado, el autor sostiene que la negociación se realiza a través de la comunicación y ésta genera costos. Es decir, que de alguna manera estos costos entorpecen el curso de la negociación al socavar los intereses particulares. Por este camino, Coase logra configurar el concepto de "costos de transacción" que define como los obstáculos que impiden o entorpecen la negociación. Por consiguiente, si los costos de transacción son elevados, las partes no negociarían y preferirían someterse al imperio de la ley de una manera no cooperativa; mientras que si los costos de transacción son nulos, la negociación triunfará sin intervención de la ley. Así las cosas, los costos de transacción son los costos de intercambio que se encuentran contenidos en las siguientes categorías:

- *Costos de búsqueda*: debe localizarse un socio para el intercambio.
- *Costos de arreglo*: deberá llegarse a un arreglo entre las partes que intercambian.
- *Costos de ejecución*: una vez celebrado el acuerdo, debe ejecutarse.

Los costos de búsqueda tienden a ser altos en el caso de los bienes peculiares, mientras que tienden a ser bajos en los bienes estandarizados. Por su parte, las negociaciones tienden a ser sencillas cuando la información acerca de los valores de la amenaza y la solución cooperativa es pública, mientras que tienden a ser complicadas cuando la información acerca de los valores de la amenaza y de la solución cooperativa es privada. En cuanto a los costos de ejecución, éstos surgen cuando se requiere tiempo para el cumplimiento de un acuerdo.

En estos términos, se puede concluir diciendo que el Teorema de Coase sugiere que el uso eficiente de los recursos no depende de la asignación de los derechos de propiedad cuando los costos de transacción corresponden a cero; mientras que en el evento contrario, y *gr.* costos de transacción elevados, la asignación de los derechos de propiedad adquiere un

protagonismo importante. Desde esa perspectiva, la función de la ley debe estar encaminada a la eliminación de obstáculos que impidan los acuerdos entre las partes. Así mismo, la ley debe buscar minimizar los daños causados por las fallas de los acuerdos ocurridos entre las partes.

Así las cosas, simplifiquemos con Cooter y Ulen el enunciado de la versión del Teorema de Coase, en dos expresiones:

Quando los costos de transacción son nulos, un uso eficiente de los recursos proviene de la negociación privada, cualquiera que sea la asignación legal de los derechos de propiedad.

Quando los costos de transacción son nulos, no nos hemos de preocupar por especificar las reglas de derecho referentes a la propiedad para alcanzar eficiencia.

No obstante, el teorema nos dice de otra forma, implícita, cuándo es importante el derecho de propiedad:

Quando los costos de transacción son lo suficientemente elevados para impedir la negociación, el uso eficiente de los recursos dependerá de la manera en que se asignen los derechos de propiedad.

IV. Análisis de casos fallados por la Corte Constitucional

A propósito de algunos de los fallos del Tribunal Constitucional el debate público sobre temas de alta sensibilidad ciudadana se ha agudizado, bien sea en tratándose de declaratorias de constitucionalidad, tal como la emergencia económica, bien de decisiones de tutela, como la que se refiere a la afectación de los recursos destinados a la seguridad social.

La necesidad de robustecer el análisis jurídico ha conducido a la necesaria exploración de temas y supuestos de la disciplina económica que pudieren facilitar la evaluación de hipótesis y herramientas aplicadas a las normas y a las decisiones judiciales; explorar caminos que hagan viable la transición de las formulaciones teóricas a la práctica de la economía y del derecho, es la finalidad de los ejercicios que se presentan en este texto.

El desarrollo de modelos explicativos, la construcción de hipótesis implica que se vayan superan-

do las restricciones que se han incorporado a la formación de los juristas y de los operadores del derecho; en efecto, en el proceso educativo mientras a los economistas se les inculca, de forma permanente, el concepto de restricción, a los abogados se les educa sobre los supuestos de universalidad; mientras al economista se le familiariza con herramientas estadísticas y matemáticas que permiten medir los fenómenos económicos, al estudiante de derecho, no sólo no se le ofrecen métodos cuantitativos, sino que se fortalece la ausencia de la medición y de la cultura del número.

La construcción de escenarios de cohabitación y de intersección conduce a que desde lo legal, como decía el profesor Coase, se avance en los análisis de impacto del derecho sobre los acontecimientos económicos. El diálogo incluyente, debe al menos homologar a las dos disciplinas en sus supuestos metodológicos y en el uso de herramientas comunes; de ahí la necesidad de hacer específicos los instrumentos que midan, con el apoyo de otras disciplinas científicas, el impacto de los fenómenos jurídicos. Este escenario científico que se denomina *Iurismetría* permitirá hacer uso de las matemáticas, la estadística, las finanzas, el cálculo, el álgebra, para explicar los impactos de una norma, de una decisión y así contribuir a la construcción de políticas públicas, que lleven a verdaderos contenidos los debates que necesariamente surgen cuando se toman decisiones.

Ahora bien, interceptar lo pertinente de las dos disciplinas supone que las mismas, de alguna manera, tienen comportamientos similares a la de los precios; que el derecho es el articulante de la eficiencia económica y del sistema social; que la norma no es pasiva y receptiva del sistema económico y político, sino que fundamenta cambios y comportamientos que se pueden prever; es colocar al derecho en una dimensión proactiva frente a las situaciones del sistema económico y social.

El ejercicio sobre las tres sentencias proporcionará, en forma inversa, elementos para estudiar el impacto legal de las decisiones económicas e identificar vacíos, contradicciones e incongruencias.

La metodología sugiere, en una primera instancia, para el análisis de las decisiones judiciales, señalar

de forma clara los actores jurídicos que participan en la controversia y cuáles son sus pretensiones frente al debate; ha de seguir luego una identificación y organización de los argumentos jurídicos y económicos.

Es conveniente subrayar que en cada sentencia se estructuran los componentes que va a estudiar la Corte para provocar una decisión; decidido el caso y evaluados los contenidos en función de las pretensiones, se ausculta el escenario económico que los soporta: las bases del cálculo, los costos, las probabilidades, las fuentes de los recursos y, según el caso, el modelo y las posibles hipótesis a desarrollar. Dado que se trata de un pronunciamiento del aparato judicial, originado en el Tribunal Constitucional, se auscultan los escenarios de mercado, y los escenarios públicos en tratándose de bienes meritorios.

Las tres sentencias que se entran a estudiar por separado son: La sentencia sobre emergencia económica y sector financiero (sentencia C-122 de 1999), la sentencia sobre plan obligatorio de salud y enfermedad catastrófica (T-819 de 1999) y la sentencia sobre acceso de los niños al derecho a la salud (T-225 de 1998).

Análisis económico de la sentencia sobre emergencia económica y sector financiero

SENTENCIA C-122

FECHA: primero de marzo de 1999

SENTENCIA: No. C-122/99

TIPO DE SENTENCIA: Sentencia de constitucionalidad

SALA: Sala Plena

EXPEDIENTE: R-E-103

PROCEDENCIA JURÍDICA: Control previo de constitucionalidad de Decretos de Emergencia Económica y Social

A. Antecedentes

En virtud del artículo 215 de la Constitución Política, el Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional el Decreto 2330 de 1998 para efectos del examen de constitucionalidad.

El Decreto aludido declara el estado de emergencia económica y social considerando entre otros hechos el deterioro de la situación de los establecimientos de cre-

que, la disminución del flujo de capitales externos, el desestímulo a la inversión extranjera como consecuencia de la crisis internacional, las altas tasas de interés generadas por dicha situación y por la restricción monetaria de los últimos años.

Lo anterior dio lugar a una disminución de los plazos de los créditos, el aumento de la cartera vencida y de los activos improductivos, por lo que se pone en peligro la estabilidad y solvencia de los establecimientos de crédito, especialmente en las corporaciones de ahorro y vivienda. El gobierno manifiesta que ya se han agotado medidas para hacer frente a dicha situación, tales como la reducción de los encajes, el suministro de liquidez permanente al sistema financiero, el fortalecimiento patrimonial de Fogafin a través de aportes de la Dirección General del Tesoro, el incremento de contribuciones de las entidades inscritas, y el otorgamiento del aval de la Nación para garantizar créditos externos con destino al fortalecimiento del sector financiero, pese a lo cual se ha agudizado el deterioro de los indicadores del sistema financiero.

También considera que la combinación de altas tasas de interés y desempleo ha desbordado la capacidad de pago de muchos deudores del sistema de financiación de vivienda Upac, por lo que se pone en peligro la solvencia y viabilidad del sistema financiero y, por consiguiente, la financiación de vivienda. Esto afecta gravemente al sector solidario que no se encuentra cubierto con las garantías de Fogafin, por lo que los ahorros captados por las cooperativas intervenidas no han podido ser reembolsados a sus pro-

pietarios, lo que genera desconfianza en el público y amenaza la estabilidad de ese sector.

Que en vista de lo anotado, fue necesario dotar a Fogafin de recursos adicionales y ampliar los mecanismos para afrontar la situación de crisis que incluyó medidas para arbitrar recursos corrientes y de capital para recuperar la liquidez del sistema financiero y solidario, y aliviar la situación de los deudores, por lo cual se declaró el estado de emergencia económica y social en todo el territorio nacional.

B. Señalamiento de los actores

En el trámite adelantado ante la Corte participaron diferentes actores, con el fin de solicitar la inexecutable del decreto o defender su exequibilidad. Entre los primeros podemos señalar a las asociaciones de trabajadores, asociaciones de usuarios del sector financiero y de servicios públicos, asociaciones de usuarios de cooperativas y ciudadanos en general. Este grupo presentaba una defensa de los derechos sociales y económicos de las personas, particularmente el derecho a la igualdad y el incumplimiento de los requisitos para declarar el estado de excepción.

Dentro de los segundos encontramos al sector gubernamental: Ministerio de Hacienda, Procuraduría, Superintendencia Bancaria, Banco de la República, Fogafin, Minsalud; gremios privados: Asobancaria, Anif y Asociación de Fiduciarias; y la Bolsa de Valores. Este grupo hacía énfasis en el deterioro de los indicadores financieros y en la existencia de hechos sobrevinientes.

C. Pretensiones

Actor	Actor	Actor	Actor
A. Usuarios Upac	B. Usuarios cooperativas	C. Sector financiero privado	D. Sector solidario y banca oficial
Principal: que las Caves indemnicen a sus usuarios por los mayores intereses cobrados. Subsidiaria: que reliquiden el crédito mediante la revisión de los términos del contrato y así recuperar el equilibrio contractual.	Que el Estado a través del Fogafin devuelva los ahorros de los usuarios de las cooperativas financieras del sector solidario.	Que el Estado inyecte recursos al sector financiero para superar la crisis de liquidez.	Que el Estado adopte medidas de inyección de recursos para su capitalización.

D. Argumentos de los actores

Ubicación de actores

Usuarios Upac

Argumento jurídico

A partir del artículo 51 de la C.P. puede verificarse que hay un desequilibrio entre las partes contratantes a favor de los propietarios de las Cavs, produciéndose un detrimento en contra de los usuarios del sistema.

Argumento económico

El desbordamiento de las tasas de interés efectivas cobradas causa detrimento de la capacidad de pago de los usuarios.

Usuarios cooperativas

Según el artículo 335 de la C.P., los usuarios tienen derecho a conservar su patrimonio entregado para su manejo financiero al sector solidario.

El Estado está obligado a proteger al sector solidario mediante la capitalización de las cooperativas a través de Fogafin, para conservar los ahorros de los usuarios.

Sector financiero privado (Cavs)

El Estado debe apoyar al sector financiero dado que opera el sistema de pagos.

Minimizar la crisis del sector financiero mediante la inyección inmediata de recursos para garantizar su superación.

Sector solidario y bancario oficial

El Estado debe apoyar al sistema financiero oficial, en virtud de su deber de garantizar el interés público, y ya que las medidas ordinarias no surtieron efecto hay que recurrir a las extraordinarias.

El Estado está obligado constitucionalmente a introducir medidas que aseguren un flujo adicional de recursos para salvar al sector mediante su capitalización.

E. Análisis de la Corte

En este punto se ilustrará al lector sobre la forma como la Corte Constitucional abordó el caso y los elementos que consideró para preparar su decisión. Entonces, se señalará el evento que debe ser probado por la Corte, las normas jurídicas principales y las proposiciones principales presentadas a lo largo de la sentencia, con la explicación sobre su certeza.

1. *Evento que debe ser probado:* La Corte Constitucional ha de concluir si los hechos que sustentan la declaratoria de emergencia tienen el carácter de circunstancias extraordinarias que perturben o amenacen turbar en forma grave e inminente el orden económico y social del país o si constituyen grave calamidad pública.

2. *Presupuestos normativos para el análisis:*

• En el Estado social de derecho, el aparato estatal debe corregir las distorsiones de la economía, conforme a lo establecido en los artículos 334 y 335 de la Constitución Política.

• Tratándose de los establecimientos de crédito, la Constitución le impuso al Estado el deber de regular su actividad para lograr la primacía del interés general.

• Las medidas que se adopten en los estados de excepción sólo serán constitucionales si se encaminan a la realización de un orden económico y social justo.

3. *Cuestiones a resolver:*

¿El deterioro del sistema financiero es de carácter sistémico o aislado?

La Corte responde que la crisis no es de carácter sistémico, pues no afecta al sistema como conjunto sino a específicos establecimientos que era necesario intervenir, como en efecto lo hizo en su momento el Gobierno, recurriendo a mecanismos ordinarios. Los responsables de la política monetaria y de la supervisión financiera son unánimes al señalar que el sistema financiero, independientemente de los problemas que afectan a algunas instituciones específicas, es sólido, no presenta una crisis sistémica ni problemas de

solvencia o liquidez que lo coloquen en situación de riesgo, aunque pueda verse afectada la rentabilidad. ¿El deterioro se produjo por causas sobrevinientes?

La Corte responde que las causas sobrevinientes expuestas por el Gobierno, es decir el agravamiento de la crisis internacional, no son determinantes pues de conformidad con las pruebas allegadas, se puede concluir que un país que presenta de manera simultánea, déficits crecientes y elevados, tanto en cuenta corriente como en sus cuentas fiscales, es considerado por los mercados financieros internacionales como un país de alto riesgo, lo que razonablemente implica que se reduzca el flujo neto de capitales externos. La disminución del flujo neto de capitales externos se originó, en gran medida, en el manejo interno de la política económica. En relación con los subsectores más vulnerables, sí operan con plena fuerza los hechos sobrevinientes indicados por el Gobierno en el decreto de emergencia. En consecuencia los argumentos desestimatorios que se hacen aquí no se predicen en relación con los tres mencionados subsectores (usuarios Upac, ahorradores de cooperativas y sector banca oficial y solidario).

También indica que el incremento de las tasas de interés no resiste la calificación de hecho sobreviniente, pues es el resultado de una medida concebida en un escenario técnico, que se dedica precisamente a analizar y diagnosticar el comportamiento de la economía, para definir las medidas pertinentes tendientes a lograr la estabilidad cambiaria y alcanzar metas anti-inflacionarias.

¿Se contaba con instrumentos ordinarios que evitaran la declaratoria del estado de emergencia?

La Corte responde que, en principio, si de lo que se trataba era de obtener recursos que le permitieran al Estado garantizar la liquidez y la solidez de los establecimientos de crédito oficiales, que presentaban riesgo de insolvencia, recursos que deberían destinarse a Fogafin, el Gobierno Nacional había podido recurrir a la Junta Directiva del Banco de la República, para que ésta, con base en lo dispuesto en el artículo 373 de la C.P. autorizara por unanimidad, una operación de financiamiento a favor del Estado, instrumento ordinario diseñado por el constituyente, precisamente para atender situaciones especiales.

La emergencia no se puede declarar para enfrentar problemas crónicos o estructurales y no procede por el incumplimiento de pronósticos, supuestos o metas, por eso, en el caso específico que se revisa, encuentra la Corte que la medida se justifica respecto de ciertos y específicos subsectores, para los cuales se declarará exequible, pero respecto al sector financiero privado no, por lo que para el mismo se declarará inexecutable.

El Gobierno Nacional contaba con claros y definidos instrumentos de carácter ordinario, al menos en lo que se refiere al sector financiero privado, para tomar las medidas que expidió acudiendo al estado de excepción, lo que vicia de inconstitucionalidad la declaratoria de emergencia para dicho sector.

F. Decisiones

A. Usuarios Upac	B. Usuarios cooperativas	C. Sector financiero privado	D. Sector solidario y banca oficial
Los usuarios son titulares de derechos de especial prevalencia, por lo que se obliga al Estado a promover sistemas de financiación de vivienda a largo plazo que aseguren una vivienda digna.	Ordena al Estado, cuando el sector solidario esté en crisis, a protegerlo y fortalecerlo, incluso, hasta llegar a señalarse los montos de devolución a los ahorradores, así sea por mecanismos de excepción.	La crisis no es de carácter sistémico, además existían mecanismos de carácter ordinario, por lo tanto este sector no puede beneficiarse de las medidas de excepción.	Al ser estos sectores los especialmente afectados por la crisis y al representar el interés público, obliga al Estado a protegerlos y fortalecerlos, aun a través de medidas de excepción.
A favor	A favor	En contra	A favor

Es necesario aclarar que la decisión de la Corte Constitucional fue a favor de los usuarios de Upac, mas no atendió explícitamente a la pretensión por ellos presentada, tal como se desprende del siguiente párrafo de la sentencia, en el cual se hace alusión a la favorabilidad de la decisión: "Con fundamento en los argumentos expuestos y en los hechos examinados, la Corte procederá a declarar la exequibilidad del Decreto No. 2330 de 1998, por el cual se declara el estado de

emergencia económica y social, pero sólo en relación con la función de las personas y sectores materialmente afectados por las circunstancias críticas a que éste alude, que son exclusivamente los siguientes: los deudores individuales del sistema de financiación de vivienda Upac, el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras y de ahorro y crédito, se encuentren o no intervenidas o en liquidación, y las instituciones financieras de carácter público".

Matriz de decisiones (¿Quién asume los costos?)

	Usuarios de UPAC y ahorros	Las cooperativas del sector solidario	Las instituciones financieras oficiales	Estado (Fogafin)	Las Cajas
Usuarios de Upac	0%	0%	0%	20%	80%
Usuarios cooperativas	0%	0%	0%	100%	0%
Sector solidario	0%	0%	0%	100%	0%
Instituciones financieras oficiales	0%	0%	0%	100%	0%

G. Impacto económico

Se presenta a continuación el cuadro 1: el cual registra las tasas de interés que cobraron el conjunto de

instituciones prestamistas de crédito de vivienda Upacs, así como las tasas de interés que debieron ser cobradas con base en el IPC.

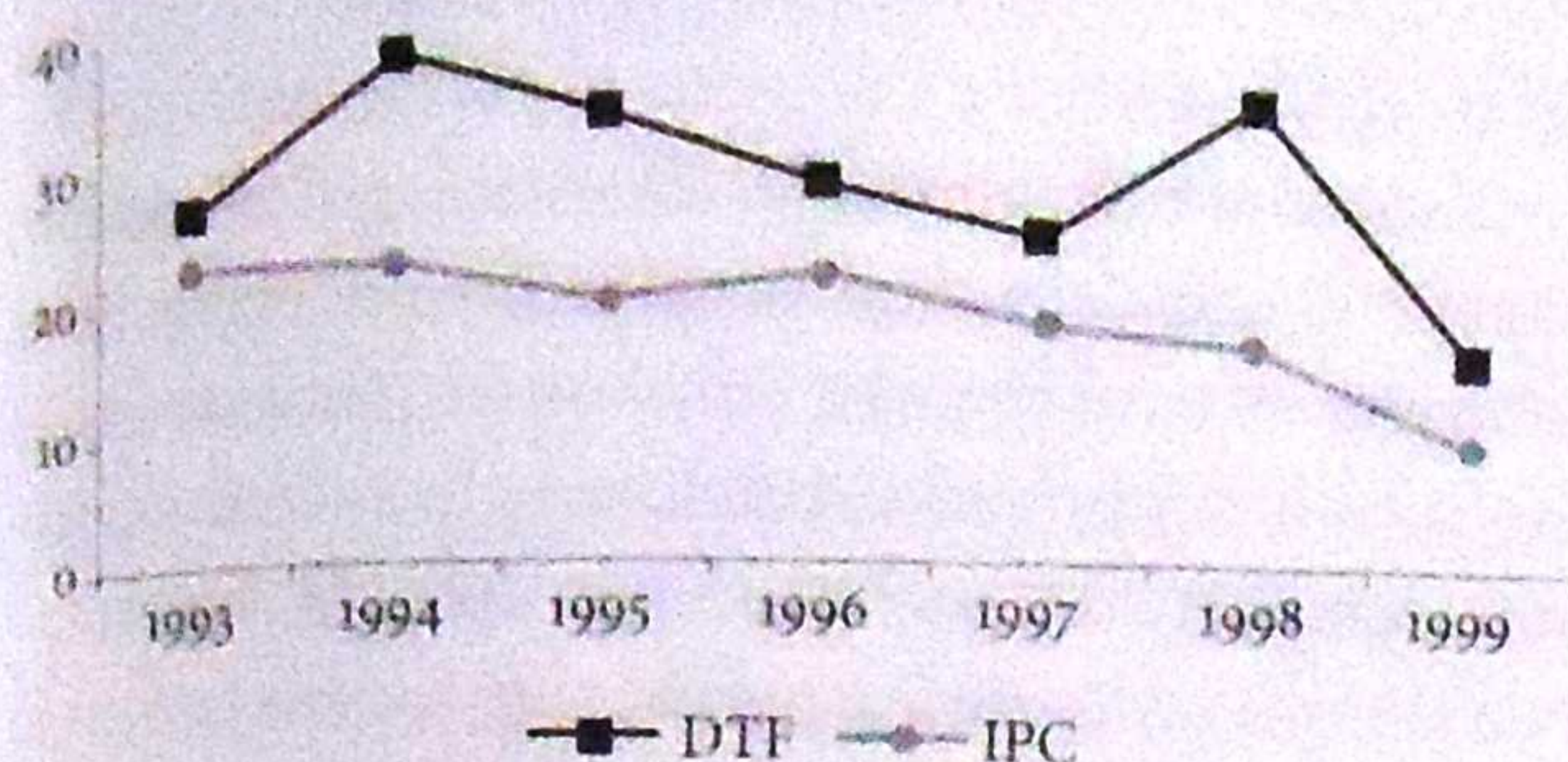
CUADRO 1
Las tasas de interés

Año	DTF Efectiva anual ¹	Puntos adicionales estimados	Tasa de interés cobrada	IPC anual ²	Interés debido cobrar
1993	26.49				
1994	37.90	12.5			35.10
1995	33.42	12.5	42.30	22.60	35.09
1996	28.05	12.5	55.14	22.59	31.96
1997	24.32	12.5	50.10	19.46	34.13
1998	34.58	12.5	44.06	21.63	30.18
1999	15.49	12.5	39.86	17.68	29.20
		12.5	51.40	16.70	21.73
			29.92	9.23	

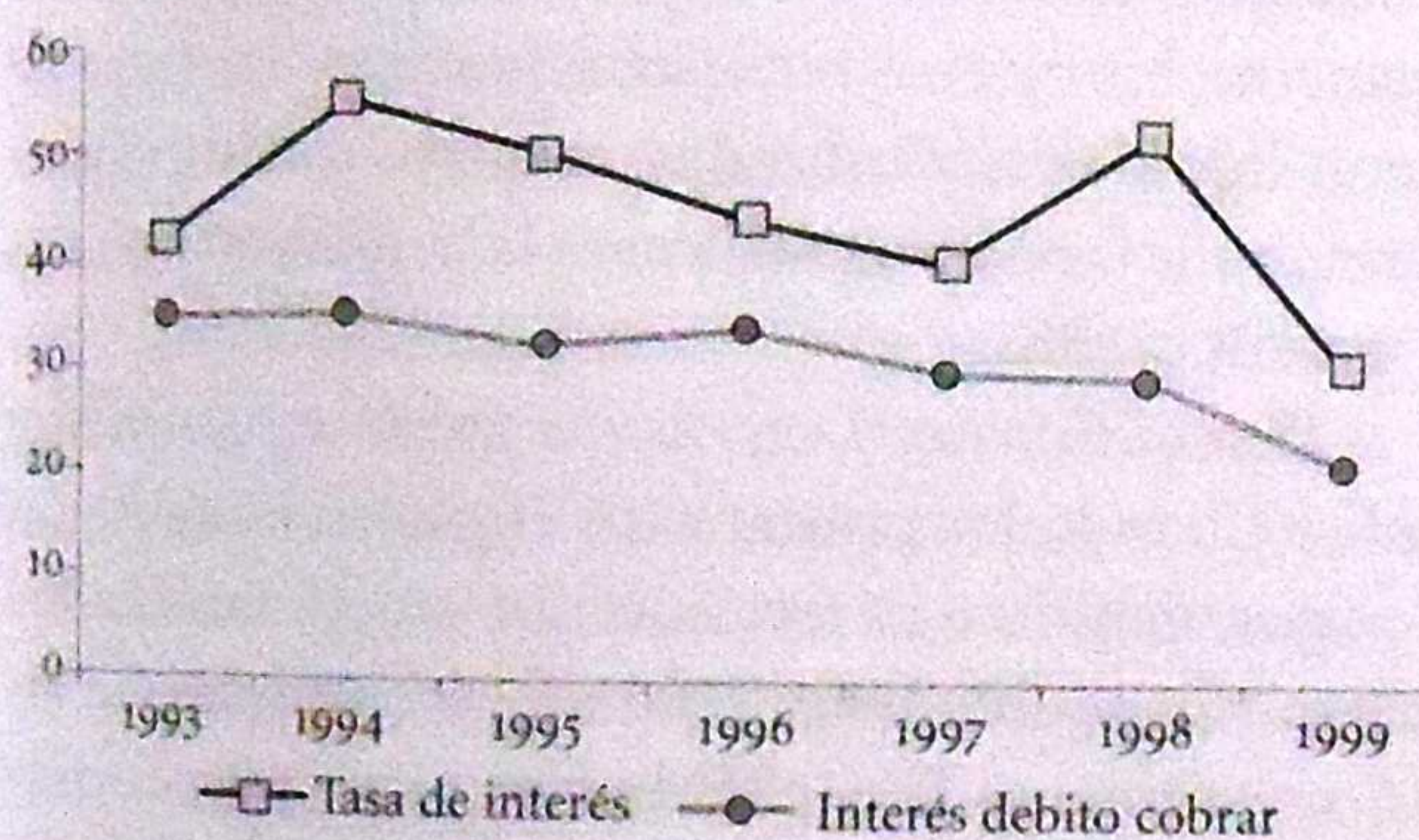
¹ Fuente: Banco de la República.

² Fuente: Dane, IPC total 12 meses.

Comparación
DTF efectiva anual - IPC anual



Comparación Tasa de interés cobrada - Interés
debito cobrar



CUADRO 2
Valores cobrados en exceso
(en millones de pesos)

Año	Valor cartera total del sistema financiero ^a	Cartera Total Cavs (Inc. el BCH) ^b	Interés cobrado en exceso (%)	Valores a devolver a los usuarios de Upac ^c
1993	15.235.283	4.402.129	7.20	317.008
1994	21.656.058	6.542.415	20.05	1.311.591
1995	30.081.972	7.838.237	18.14	1.421.660
1996	37.670.740	10.592.989	9.93	1.051.487
1997	48.385.696	13.703.261	9.68	1.326.476
1998	54.103.090	11.708.052	22.20	2.599.480
1999	51.931.734	11.932.668	8.20	978.031
TOTAL	259.064.573	66.719.751		9.005.733

a. Fuente: datos suministrados por la Superintendencia Bancaria.

b. Ibid.

c. Sin tener en cuenta los alcances de la Ley 45 de 1990 en su artículo 72, sobre la penalización por el cobro de intereses en exceso.

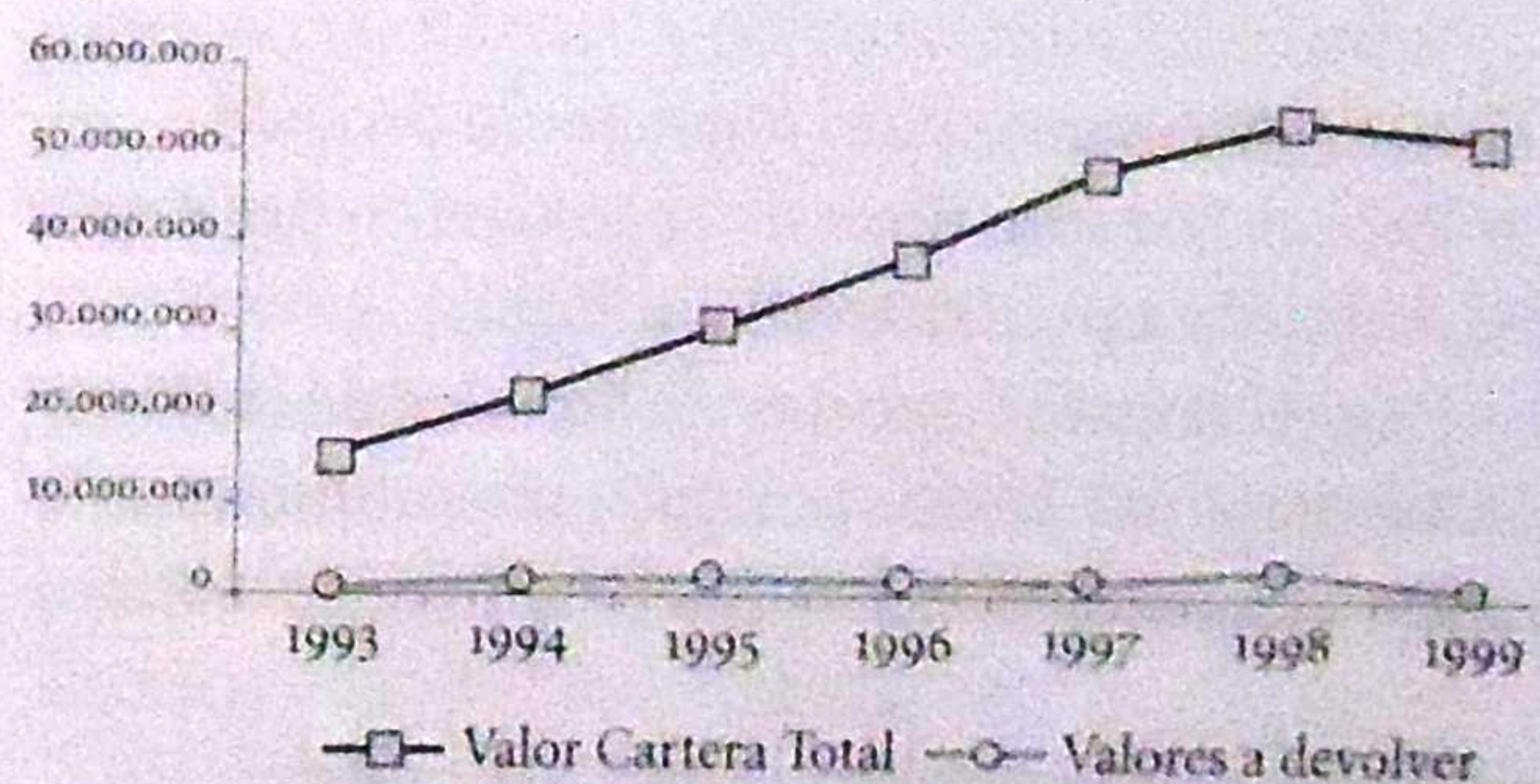
Los elementos referidos son los siguientes, tomando como ejemplo el año de 1993:

a. La "tasa de interés cobrada" es el resultado de combinar la tasa "DTF efectiva anual" del 26.49% por "puntos adicionales estimados" porcentuales que en promedio fueron cobrados a los usuarios de los créditos en Upac del 12.5%, lo que produce una cifra de 42.30%⁶⁰.

b. El "interés debido cobrar" es el resultado de sumar el "IPC anual" de 1993, o sea el 22.60%, con los "puntos adicionales estimados" del 12.5%, lo que produce una cifra del 35.10%.

Se presenta a continuación el cuadro 2: que calcula tanto el interés cobrado en exceso como los valores a que corresponden con base en la cartera de las Cavs.

Comparación entre valor cartera total sistema financiero y valores a devolver a los usuarios de Upac



60. Es el resultado de multiplicar 1.2649 por 1.125 menos 1.

Los elementos referidos son los siguientes, tomando como ejemplo el año de 1993:

a. La "cartera total del sistema financiero" es el valor adeudado en moneda legal por la totalidad de los usuarios de todos los segmentos del sistema.

b. La "Cartera tot. Cavs" es el valor adeudado por el segmento de usuarios del sistema Upac, que a su vez hace parte del sistema financiero.

c. El "interés cobrado en exceso" es la diferencia resultante del cuadro 1 entre la cifra de la "tasa de interés cobrada" y la cifra del "interés debido cobrar", que para el caso del año 1993, sería entre el 43.30% y el 35.10% o sea el 7.20%.

d. Los "valores a devolver a los usuarios del Upac" es el resultado de multiplicar la cifra de "cartera total Cavs" y la del "interés cobrado en exceso", que para el caso del año 1993, sería entre \$4,402,129 millones y 7.2%, lo que produce un valor de \$317,008 millones a devolver.

3. Fuentes de recursos para financiar la decisión

- Para el Fogafin: línea de redescuento del Banco de la República por \$500.000 millones.
- Para el Fogafin: aportes de liquidez de la Dirección General del Tesoro por \$280.000 millones.
- Para Fogafin: aval de la Nación por \$1.38 billones.

4. Valor total de la decisión: \$11,821,733 millones.

Ítem	Concepto	Valor (millones de \$)
1	Usuarios del Upac	9,005,733
2	Ahorrradores cooperativas	656,000
3	Fogafin	2,160,000
Totales		11,821,733

5. Tipo de consecuencia previsible

• Para lograr el equilibrio de los afectados, se deberá garantizar que las fuentes de recursos por situar sean efectivamente provistas en el monto de \$2.6 billones.

• La Corte al tomar la decisión sobre los usuarios de Upac, no definió el mecanismo ni el responsable de la fuente para allegar los recursos en los cuales se

beneficiarían dichos usuarios y, en consecuencia, estaría por definir la fuente de los \$9.0 billones.

H. El modelo

1. *Escenario de mercado.* El escenario donde se enmarca el modelo está localizado en el sistema financiero, el cual se basa fundamentalmente en el ahorro público y privado. Adicional a lo anterior, también hacen parte del patrimonio público las inversiones en dinero tanto de los rentistas privados como de las empresas o entidades estatales, además, con los recursos del Banco de la República como prestamista de última instancia de los entes del sistema financiero se crea la base monetaria para conferir los créditos a todos los segmentos del mismo. A partir del financiamiento (vía crédito) a los diferentes demandantes se generan los nuevos recursos a partir de las tasas de interés liquidadas y cobradas, recursos que de nuevo ingresan a la base monetaria para la concesión a su vez de nuevos créditos.

2. *Desequilibrios. Descripción frente a patrimonio público* Cuando los prestatarios entraron en cesación de pagos, debido a la recesión que afectó tanto a los prestatarios individuales como a las empresas, se alteró severamente la capacidad de pago y en consecuencia la parte patrimonial de los entes financieros del sector oficial y solidario, y, a renglón seguido, fueron desapareciendo los ahorros de los socios de las cooperativas y de los rentistas de capital (inversionistas oficiales) que también se vieron afectados por los desequilibrios generados por la cesación de pagos.

Causados por las tasas de interés. El modelo económico aperturista generó una recesión que afectó especialmente a la industria, la agricultura, el comercio y la banca, lo que generó altos niveles de desempleo y consecuentemente debilitó la capacidad de pago a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda y demás entidades del sector financiero tanto privadas como oficiales.

Como la banca y las corporaciones adicionalmente entraron en un estado de iliquidez ocasionado por las políticas monetaristas del Gobierno, en términos del control de la inflación y la banda cambiaria, se vieron en la imperiosa necesidad de mantener su rentabilidad con menores recursos de crédito, lo que ocasionó una subida desmedida de la DTF (tasa de interés

del mercado o de referencia), con las consecuentes incidencias en el costo del crédito tanto comercial como el dirigido a la adquisición de vivienda y a los constructores de la misma. La subida desmedida de las tasas de interés tuvo su mayor impacto en los créditos en Upac y por lo tanto en sus usuarios, los cuales entraron en cesación de pago tanto por el alto valor de los intereses a través de la unidad Upac como de la subida desmedida de los saldos adeudados, lo que originó un total desequilibrio en este segmento del sistema financiero.

3. Perjuicios o desventajas

Primer desequilibrio (patrimonio público). Pierden:

1. Los prestamistas: Banca oficial y sector solidario: patrimonio e intereses.
2. Los ahorradores: pierden patrimonio (ahorros).
3. Los prestatarios: pierden patrimonio.
4. Ciudadanía en general: patrimonio (público, indirectamente).

Segundo desequilibrio (tasas de interés). Pierden:

1. Ahorradores: pierden patrimonio e intereses.
2. Prestatarios Upac y DTF: pierden patrimonio.
3. Ciudadanía en general: pierde patrimonio.

Los actores mencionados pierden patrimonio público y posibilidad de acceder al crédito, los posibles acuerdos para lograr minimizar la pérdida y conseguir una decisión óptima, partiendo de la prioridad de proteger el patrimonio público de conformidad con los perjuicios presentados, serían:

1. Que los ciudadanos acuerden con las entidades la entrega de parte de sus recursos para recuperar el patrimonio perdido por la banca y el sector solidario (una carga general).
2. Que los prestatarios devuelvan sus bienes (entrega en dación de pago), o se inicien procesos ejecutivos para recuperar el patrimonio de las entidades.
3. Que el Estado decreta impuestos generales (toda la ciudadanía), o contribuciones particulares (a los directamente afectados) para apoyar a las entidades.

¿Se cumple la protección del patrimonio público en forma óptima? Para la primera opción: la carga gene-

ral podría ser una medida que menoscabe el patrimonio de toda la ciudadanía en determinado momento, pero a largo plazo el beneficio (al capitalizar el sector oficial y solidario) sería mayor. Es buena, pero el problema es la falta de voluntad de la ciudadanía que lo consideraría injusto.

Para la segunda opción: los prestatarios perderían sus bienes-patrimonio, pero se lograría recuperar el patrimonio en bancos y cooperativas; es una alternativa neutra, y no sería óptima pues el patrimonio se estaría transfiriendo de un lugar a otro sin ganancia real.

Para la tercera opción: el impuesto general tendría el mismo efecto anterior. La contribución particular representaría un costo menor en número de ciudadanos pero igualmente un beneficio menor; no es óptima.

En general, las alternativas pasarían de un lado a otro la pérdida o la aumentarían, y atentaría contra principios básicos de la Constitución: protección al patrimonio público y acceso a vivienda digna.

Hipótesis

- Proteger de la quiebra a la banca oficial y al sector solidario (cooperativas intervenidas) y sus ahorradores para evitar el deterioro o pérdida del patrimonio público, con su nefasta incidencia en los ahorros de todos los ciudadanos.

- Controlar el desbordamiento de las tasas de interés de referencia o del mercado y su particular incidencia en los créditos Upac, y así evitar la desmedida rentabilidad de los propietarios de las Caves tanto privadas como públicas.

Conclusión

I. Desde el escenario en el cual el Estado intervino a través de la decisión de la Corte Constitucional, la cual se analizó, podemos observar algunos efectos sobre el sector financiero:

1. El juez constitucional efectuó una "discriminación positiva" al favorecer al sector financiero oficial y al sector solidario, partiendo de presupuestos constitucionales referidos a su relación con el interés público, incluso con el señalamiento de las partidas financieras necesarias para la capitalización de estos sectores.

2. La Corte también hizo una discriminación positiva para favorecer a los usuarios de las cooperativas financieras y de ahorro y crédito, señalando incluso los montos de la devolución a la que los hace beneficiarios, sobre la base de calificarlos como usuarios de alta vulnerabilidad dada su escasa capacidad de ahorro.

3. En relación con los usuarios del Upac, formalmente la Corte presenta su decisión como favorable para ellos, sobre el argumento de su titularidad del derecho a una vivienda digna y a un sistema de financiamiento de largo plazo idóneo para satisfacerlo. Sin embargo, en la realidad material, la decisión no explicita los montos, ni las fuentes, ni la naturaleza de su favorecimiento, por lo que la decisión favorable es sólo una falacia. En tal sentido, asigna a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda, Cavs, la carga de la supuesta devolución de recursos a los usuarios del Upac.

4. Frente al sector financiero privado, el juez constitucional, a partir de la evaluación de los indicadores del sector, concluye que la crisis es de rentabilidad y no patrimonial, por lo que no compromete la responsabilidad estatal de intervención, control y vigilancia de las actividades financieras mediante mecanismos ordinarios permanentes.

II. Desde un escenario en que la decisión de la Corte hubiese sido totalmente inexecutable, podrían observarse los siguientes efectos:

1. En relación con los ahorradores de las cooperativas de ahorro y vivienda, por ser un sector de alta vulnerabilidad, el efecto habría sido catastrófico, pues el detrimento en su patrimonio los marginaría del acceso al sistema de pagos, y en consecuencia también se afectaría el sistema financiero.

2. Induciría una quiebra generalizada del sector solidario, el cual está expresamente garantizado por la Constitución, poniendo en peligro la estabilidad y existencia del sector solidario y otras formas asociativas indispensables para el desarrollo del esquema constitucional vigente, fundamentado en los principios de solidaridad, equidad y generación de condiciones económicas justas. En

consecuencia, los propietarios de las cooperativas financieras y de ahorro y crédito se verían afectados, adicionalmente a su calidad de ahorradores.

3. Frente a los usuarios del sistema Upac, es igual que la decisión de exequibilidad, su situación sigue en las mismas condiciones (debido a la ausencia de un señalamiento explícito del alcance del favorecimiento, como se explicó en el acápite anterior), que en términos prácticos genera una decisión neutra.

III. En el evento de que la decisión hubiese sido totalmente exequible, el sector financiero privado habría contado con una inyección significativa de recursos, que en un contexto de liquidez generalizada, apoyaría una reactivación de la economía siempre que ésta se enmarcara en una política integral, que contuviera un replanteamiento de estrategias al sector industrial, basado en un esquema productivo de exportación competitivo. La carga de los recursos quedaría sobre el Estado a través del Banco de la República, los inversionistas de capital y los ahorradores en general.

Análisis económico sobre la sentencia de acceso de los niños al derecho a la salud

SENTENCIA SU-225

FECHA: 20 de mayo de 1998

SENTENCIA: SU-225/98

TIPO DE SENTENCIA: Sentencia unificada

SALA PLENA

EXPEDIENTE: T-140800

PROCEDENCIA JURÍDICA: Juzgado 12 de

Familia de Santafé de Bogotá

MAGISTRADO PONENTE

Eduardo Cifuentes Muñoz

A. Antecedentes

Cuatrocientos dieciocho (418) padres de familia en su mayoría madres cabeza de familia, trabajadores del sector informal, residentes en la localidad de Puente Aranda (Bogotá), por intermedio de la Fundación para la Defensa del Interés Público (Fundepúblico) entablaron acción de tutela contra el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud, ante el Juzgado

Dece de Familia, a fin de que les sea suministrada en forma gratuita la vacuna contra los virus que producen las enfermedades conocidas como meningitis meningococcica y meningitis por *Haemophilus influenzae*, en atención a que consideran vulnerados los derechos fundamentales a la vida (C.P., art. 11), a la salud (C.P., arts. 44 y 49) y a la seguridad social (C.P., art. 48) de sus hijos al no suministrarles en forma gratuita la vacuna contra los virus que producen las enfermedades enunciadas.

En su mayoría, estos trabajadores del sector informal de la economía, están obligados a dejar a sus hijos a cargo de hogares comunitarios del ICBF, donde las condiciones de salubridad son bastante precarias.

Se señala que el hacinamiento y el contacto permanente aumenta el riesgo para que los niños contraigan el virus de la meningitis; agregan que carecen

de recursos suficientes para sufragar la atención en salud que demandan sus hijos menores de edad y no se encuentran vinculados a ninguna institución del servicio público de Seguridad Social en Salud.

B. Señalamiento de los actores

En el trámite de tutela adelantado ante la Corte Constitucional, los actores jurídicos fueron Funde-público, que fundamenta su actuación en considerar que es responsabilidad del Estado el suministro gratuito de las vacunas a los niños. Los actores gubernamentales son el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud que presentan una defensa consistente en argumentar que la vacuna contra la meningitis no se encuentra incluida en el sistema único de vacunación, ni en el plan de acción del programa, por lo que no es posible asignar recursos en ese sentido por no ser responsables.

C. Pretensión

Escenarios de mercado y de no mercado

Mercado:

Actor: el ciudadano	Actor: EPS	Actor: Estado
Afiliado	Ente gestor	Minsalud-Secretaría Distrital de Salud
Que se hagan efectivos los derechos fundamentales de los niños, particularmente el derecho a la salud.	Que se declare que sólo está obligada a hacer efectivas las obligaciones establecidas para sus afiliados en el POS y en el POSS.	Regula y aplica los principios de solidaridad y subsidiariedad.

No mercado:

Vinculado	Ente gestor	Actor
Que se hagan efectivos los derechos fundamentales de los niños, particularmente el derecho a la salud.	Que se declare como responsable a la entidad pública o privada que tenga contrato con el Estado.	Que se declare que sólo ha de responder por lo incluido -vacunas- en el programa ampliado de inmunizaciones: P.A.I ^a

a. El Decreto 1938 de 1994 que reglamentó el Plan de Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud, en su artículo 3º, estipula los tipos de planes: el literal identifica al Plan de Atención Básica, PAB, que luego será desarrollado por el art. 5. Corresponde al Estado-Minsalud prevenir, detectar, controlar y vigilar entre otros las enfermedades tales como... y enuncia las inmunoprevenibles contenidas en el PAI y luego agrega: las actividades de vacunación contenidas en el Programa Amplio de Vacunación, PAI. En el párrafo que le atribuye responsabilidades al régimen contributivo, señala que: "la vacunación contenida en el PAI, seguirá siendo responsabilidad del Ministerio de Salud". Esta norma fue derogada por el Decreto 806 de 1998, que en su artículo 4º, definió el Plan Básico de atención, así: Es un plan cuyos contenidos son definidos por el Ministerio de Salud en desarrollo del artículo 49 de la Constitución Política, es de carácter obligatorio y gratuito, dirigido a todos los habitantes del territorio nacional, prestado directamente por el Estado y sus entidades territoriales o por particulares mediante contrato con el Estado.

D. Argumentos de los actores

Actores	Argumento Jurídico	Argumento Económico
Fundepublico	<ul style="list-style-type: none"> • Los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños, son derechos fundamentales que prevalecen sobre los de los demás y que pueden ser protegidos en forma directa a través de la acción de tutela. • El Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud deben suministrar a sus hijos menores, de manera gratuita, la vacuna contra los virus que provocan las enfermedades, especialmente graves, denominadas meningitis meningococcica y meningitis por <i>Haemophilus Influenzae</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> • El Estado –Minsalud y Secretaría Distrital de Salud– deben tomar todas las medidas necesarias para proveer recursos, a fin de que los menores de edad tengan acceso gratuito a las vacunas. • Están obligados a atender a los niños: la familia, en comienzo; la sociedad y el Estado, de forma subsidiada; así pues, en el evento en que los padres de familia o las instituciones de la sociedad no estén en condiciones de pagar, el costo de las vacunas corre a cuenta del Estado.
Ministerio de Salud	<ul style="list-style-type: none"> • La vacuna contra la meningitis “no se encuentra incluida dentro del esquema único de vacunación para Colombia” y que ésta sólo se suministra, en forma focalizada, a grupos vulnerables y según riesgo epidemiológico. • La vacuna contra la meningitis en la actualidad no se aplica en forma gratuita y obligatoria. • Las familias que habitan zonas no consideradas como de alto riesgo pueden acceder a la vacuna a través de las EPS y otras instituciones públicas de salud que las suministran con algún costo. • La vacuna sólo está indicada para zonas de alto riesgo y para niños que tengan más de 5 años; para los menores de cuatro años la vacuna es ineficaz. 	<p>Las poblaciones asentadas en zonas de alto riesgo pueden acceder a las vacunas a través de la EPS (régimen contributivo o subsidiado).</p> <ul style="list-style-type: none"> • El Estado asume responsabilidad sólo de manera excepcional; financia para grupos vulnerables, de forma focalizada y según riesgo epidemiológico. • Manifiesta que las familias de Puente Aranda no han solicitado a ese Ministerio ningún apoyo.
Secretaría de Salud	<ul style="list-style-type: none"> • Informa al juez: “que en el Plan de Acción del Programa Nacional no se contempla la vacunación para la meningitis por <i>Haemophilus Influenzae</i>.” • Recomienda –no obligada– al público sea aplicada la vacuna contra la meningitis meningococcica a niños mayores de 4 años, porque su efectividad no ha sido comprobada en niños menores de esa edad. 	<ul style="list-style-type: none"> • No se dispone de presupuesto para la compra de la vacuna. • No se asignan recursos en atención a su no responsabilidad; sólo para las focalizadas a título de excepción.

E. Análisis de la Corte

1. Evento que debe ser probado: La Corte debe resolver si la sentencia objeto de revisión se ajusta a la Carta Superior.

2. Presupuestos normativos para el análisis: Las normas constitucionales, particularmente las referi-

das a los artículos 13 y 44, en concordancia con los tratados internacionales sobre prestación a la infancia, obliga al Estado a garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de los niños, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud y la protección contra toda forma de abandono. La prevalencia

de los derechos de los niños exige que sus necesidades vitales sean en todo momento atendidas con prioridad.

3. *Cuestiones a resolver:* ¿Los menores en cuyo nombre se solicita el amparo constitucional, y que conforman un grupo socialmente marginado, tienen el derecho fundamental a exigir del Estado protección gratuita, oportuna y eficaz, contra las variedades de meningitis bacteriana que pueden afectar y ponerlos en situación de debilidad manifiesta?

¿La abstención del Estado, en este caso, viola el núcleo esencial de los derechos prestacionales de los menores, en materia de salud?

¿La abstención del Estado quebranta el mandato constitucional de erradicar la marginación y la discriminación?

La Corte Constitucional responde así:

• El juez constitucional es competente para aplicar directamente, en ausencia de prescripción legislativa, el *núcleo esencial* de aquellos derechos prestacionales de que trata el artículo 44 de la Carta.

• La falta de una política estatal mínima, encaminada a evitar que los menores en situación de riesgo contraigan las bacterias causantes de la meningitis, constituye una *omisión grave* que lesiona el núcleo esencial de su derecho fundamental a la salud.

• La abstención del Estado, en este caso, viola el mandato constitucional de erradicar la marginación y la discriminación. De otra parte, quebranta el núcleo esencial de los derechos prestacionales de los menores en materia de salud.

• Un mandato de erradicación de las injusticias presentes solo puede actualizarse en el tiempo y requiere de la puesta en obra de una vasta gama de acciones que, sin lugar a dudas, deben ser decididas por el Congreso y ejecutadas por la administración.

• En cuanto a la prioridad y a la necesidad de que las medidas efectivamente se lleven a cabo, ningún órgano del poder puede declararse libre, pues el mandato superior en estos aspectos ha limitado la competencia de los órganos constitucionales al vincularlos a una función que, en los términos de la Carta, es perentoria.

F. Decisiones

Ciudadanos: Niños

• Tutela los derechos a la vida, a la salud y a la seguridad social de los niños de la zona de Puente Aranda en Bogotá, D.C.

Estado, Minsalud, Secretaría Distrital de Salud

Ordena al Ministerio y a la Secretaría Distrital de Salud que en el término de 48 horas se apersonen de la situación y hagan que los menores reciban en forma gratuita la dosis de vacuna. Los costos deben ser provistos por el Ministerio de Salud y la Secretaría Distrital de Salud, de manera gratuita para los niños de Puente Aranda.

Decisión

A favor

En contra

G. Impacto económico

1. Cifras

- La tendencia de la tasa de afectación

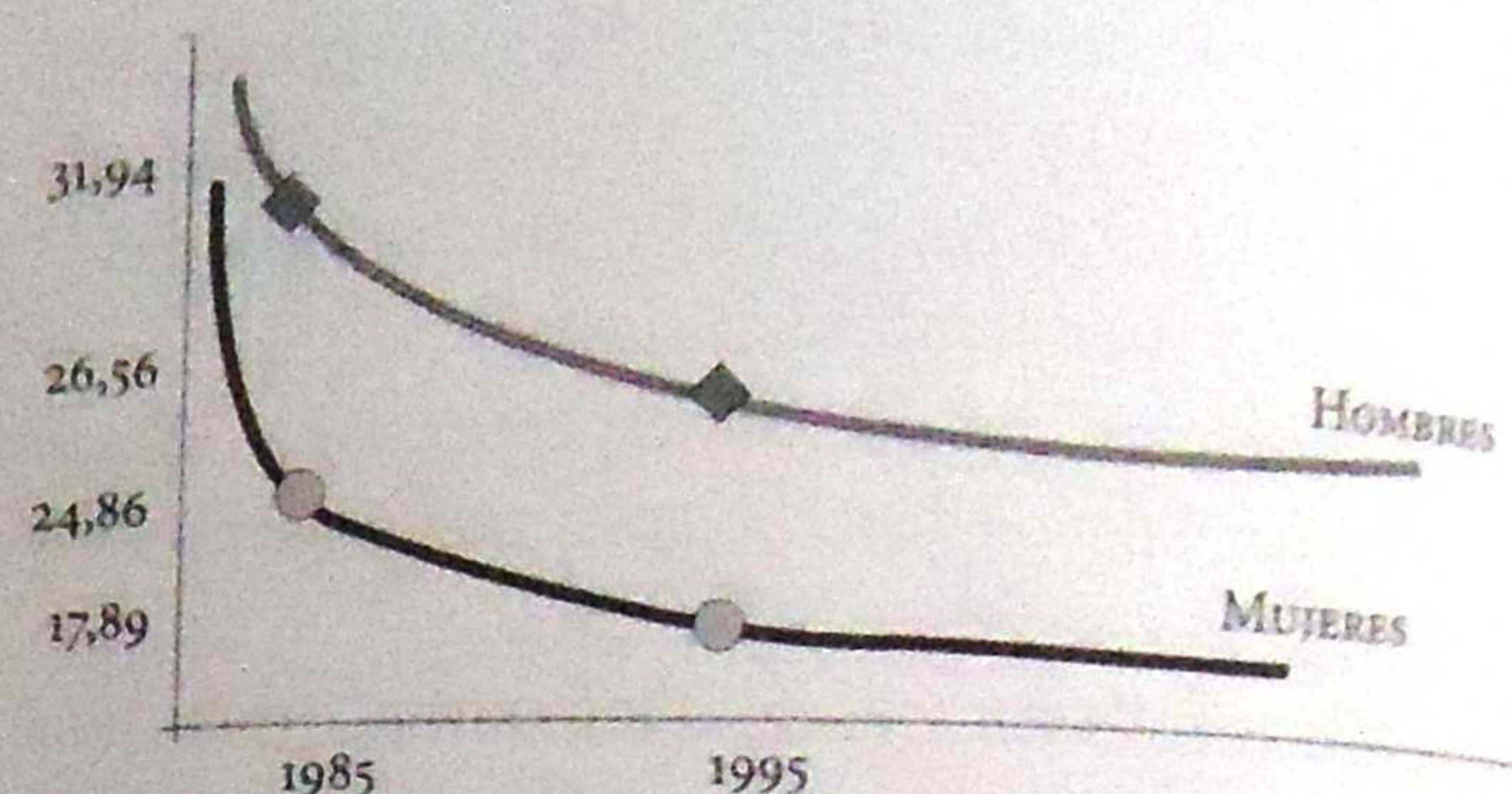
La meningitis por *Haemophilus Influenzae*, es una enfermedad clasificada dentro de las quince primeras causas de muerte, en el grupo de edad y género de 0-4 años y se encuentra dentro del Grupo I (Enfermedades transmisibles, condiciones maternas, afecciones perinatales y enfermedades de la nutrición), según la clasificación Internacional de Enfermedades (CIE 9).

La probabilidad de muerte en Colombia para enfermedades como la meningitis *Haemophilus Influenzae* (0-4 años) ha venido disminuyendo del año de 1985 hasta 1995, en efecto, para mujeres la tasa de mortalidad pasó de 24,86 a 17,89 (X 100.000) y en hombres para el mismo período pasó de 31,94 a 26,56 (X 100.000), como se puede observar en el siguiente gráfico.

La tasa de mortalidad de la meningitis para edades entre 5-14 años, no resulta ser significativa, según el estudio realizado por el Ministerio de Salud. (Mortalidad y años de vida ajustados por discapacidad

como medidas de la carga de enfermedad, Colombia 1985-1995).

Tendencia de la tasa de mortalidad Colombia 1985-1995 Meningitis *haemophilus influenzae*



- Costos de la vacuna

Los costos aumentan, por dosis de vacuna, de conformidad con los reportes de las autoridades de salud, para cada uno de los niños según se trata de la meningitis Meningococcia o de *Haemophilus Influenzae*, y se registran en el siguiente cuadro:

Costos de la vacuna valor unitario

Cobertura	Según tipo de vacuna		
	Costo de la vacuna (<i>Haemophilus Influenzae</i>)	Costo de la vacuna (Meningococcica)	Total
	menores de 5 años	mayores de 5 hasta 14 años	(valor unitario en pesos)
Persona no-cubierta seguridad	22.000	28.500	50.500
Persona cubierta seguridad	22.000	28.500	50.500
Fondo de Solidaridad-Presupuesto Nacional	22.000	28.500	50.500

2. Bases de cálculo para la evaluación del costo de la decisión

- La población total referente de menores. Con el propósito de evaluar el impacto económico en los dos escenarios propuestos hemos de referenciar el conjunto de la población objeto de estas vacunas; para tal

efecto, se estima la población menor de 5 años y en un segundo segmento, se calcula la población de menores comprendida entre las edades de 5 y 14 años; los guarismos se expresan en el siguiente cuadro:

Referente de población afectada por grupos de edad

Vacuna Población	Meningitis Meningococcica Niños mayores de 5 y hasta 14 años	Haemophilus Influenzae Menores de 5 años	Totales menores
Total niños estimados año 2000 - DANE.	8.487.999	4.787.709	13.275.708
Total niños cabecera municipal (0.7102).	6.028.177	3.400.231	9.428.408
Total niños en área rural -resto-, municipios (0.2898)	2.459.822	1.387.478	3.847.300

• Cobertura del sistema de salud para los menores
Para la aproximación a una cifra referente global,
sobre cobertura, se supone que los niños tienen co-
bertura similar a la de los padres afiliados o vincula-

dos; de esta forma se tendría un cubrimiento de aten-
ción en salud para los menores que se expresa en el
siguiente cuadro:

Cobertura del sistema para menores cabecera y resto de municipios

	Vacuna	Meningitis Meningococcica	Haemophilus Influenzae	Totales
	Población	Niños mayores de 5 y hasta 14 años	Menores de 5 años	
CABECERA	Total niños <i>cubiertos</i> por el Sistema de Seguridad Social en Salud cabecera municipal.	3.616.906	2.040.139	5.657.045
	Total niños <i>no cubiertos</i> por el Sistema de Seguridad Social en Salud cabecera municipal.	2.411.271	1.360.092	3.771.363
RESTO	Total niños área rural <i>cubiertos</i> por el Sistema de Seguridad Social en Salud resto de municipios.	1.475.893	832.487	2.308.380
	Población de menores <i>no cubiertos</i> por el Sistema de Seguridad Social en Salud resto municipios.	983.929	554.991	1.538.920

Probabilidades. Establecidas las bases de población
y de costos se requiere, para analizar el juego que rea-
lizan los actores, identificar las probabilidades que tie-
nen las personas afiliadas o vinculadas al sistema, para
asumir los costos de las vacunas. Para tal efecto, la seg-
mentación de la población de menores se compone
de personas aseguradas, ora bien por las entidades

promotoras o por la vía de la medicina prepagada, ora
por las personas vinculadas que no tienen ningún sis-
tema de seguridad social, ante lo cual aparece como
garante el Fondo de Solidaridad y Garantías, FOSYGA,
como principal fuente de financiación y en su defec-
to el presupuesto ordinario; el siguiente cuadro repre-
senta las probabilidades conjuntas y marginales:

Probabilidad conjunta y marginal si una persona asume los costos

	Asume los costos	Prepagada	No asume costos	Total
Persona no-cubierta seguro	0,009	0,0498	0,3012	0,36
Persona cubierta seguro	0,001	0,1000	0,4090	0,51
Prepagada	0,050	0,0299	0,0010	0,08
Fondo de solidaridad	0,0001	0,0001	0,0498	0,05
Total	0,0601	0,1798	0,7610	1,00

3. Fuentes de recursos para financiar la decisión

El juez, al tutelar los derechos a la vida y a la seguridad social de los hijos de los demandantes, ordenó al Ministerio de Salud y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá que en el término de 48 horas se apersonara y tomara las medidas que condujeran a que los niños recibieran la dosis o vacuna y a que asumieran los costos respectivos.

4. Valor total de la decisión

El juez de instancia concede la tutela a los niños solicitantes y la Corte Constitucional en el presente fallo, luego de un extenso y enriquecedor análisis, confirma la decisión del Juzgado 12 de Familia de Bogotá, D.C.

Los instrumentos que facilita el análisis económico del derecho, auscultan los elementos particularmente entre las proposiciones jurídicas y la lógica económica y fundamenta los elementos que hacen explícitos los costos de una norma o de una decisión judicial. Como ya se precisó al comienzo de este trabajo, en ocasiones utiliza herramientas de la microeconomía, en otras el análisis costo-beneficio, y en otras los análisis de eficiencia, buscando resaltar el impacto de la decisión tomada.

Los casos aquí estudiados pretenden abrir espacios metodológicos y explorar líneas de análisis para las decisiones judiciales más significativas que afectan, por la vía de ilustración jurisprudencial, al con-

junto de la sociedad; de ahí que, para el caso que nos ocupa –Sentencia 225 de 1998*–, que involucra a personas vinculadas, no afiliadas, que demandan asignación de recursos estatales para su solución concreta, igualmente se presentan eventos simulados, cuando la familia o las instituciones de la sociedad asumen los costos de las vacunas en un escenario de mercado, contrarrestándolo con el escenario de no mercado.

En el caso específico, se ordena que el Estado asuma la responsabilidad invocando los principios y fundamentos de la Carta Política y las obligaciones internacionales contraídas por el país, frente a la niñez, ante lo cual y para estimar estos particulares costos se abren tres alternativas, como se muestra en el siguiente cuadro.

La primera alternativa, supone que se ha de aplicar la dosis de vacuna contra la meningitis *Haemophilus Influenzae* a todos los niños menores de 5 años, que suman 418, cuyo costo unitario es de \$22.000 pesos; en este evento el Estado ha de proveer recursos por un valor de \$9.196.000 a precios del año 2000.

La segunda alternativa, involucra a los niños de 5 y hasta 14 años, para los cuales se aplicaría la vacuna contra la meningitis meningococcica, con un costo unitario de \$28.500; en este segundo evento el Estado habría de asignar recursos por un valor de \$11.913.000 a precios del año 2000.

* El proceso metodológico de análisis de las decisiones judiciales, bajo el derecho normado, ha tenido unos esbozos preliminares tales como el que se presentó en el trabajo denominado "Análisis económico de las sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud", elaborado por los investigadores Óscar Fresneda, Hernando Torres y Olga Lucía Acosta, para el Centro de Investigaciones de la Esap. Otro estudio es "Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil", Carlos Amaya, mimeógrafo, Bogotá, D.C.; y el "Estudio descriptivo sobre el impacto de los fallos de tutela en el Sistema General de Seguridad Social en Salud", efectuado por Ramón Abel Castaño Yepes, MD., Ministerio de Salud, Programa de Apoyo de la Reforma en Salud, mimeógrafo, Bogotá, D.C., enero 2000.

Niños zona de Puente Aranda
Impacto de la Sentencia SU-255/98

Escenarios para los 418 niños	E.P.S. más prepagada 90%	Porcentaje del costo cuando es asumido por:		Quién asume los costos
		Ciudadano 10%	Estado 100%	
De libre mercado				El ciudadano asume la totalidad de los costos o las entidades de seguridad social
costo de Vacunas				
\$22.000 (418 niños)	\$ 8.276.400 y	\$ 919.600 y	\$0.0	
\$28.500 (418 niños)	\$10.721.700	\$1.191.300		
Proporcional a la estructura poblacional 150 y 268 niños	\$2.970.000 \$6.874.200	\$330.000 \$763.800	\$0.0	
Mercado intervenido o de bienes de no mercado				El Estado asume los costos por la vía de: 1) sin previsión –presupuesto– Fondo solidaridad 2) no previsión –recurre a nuevos recursos
Vacunas	\$0.0	Mínimo 5%		
\$22.000 y		\$459.800	\$9.196.000	
\$28.500 (418 niños)		\$595.650	\$11.913.000	
Proporcional a la estructura poblacional 150 y 268 niños		\$165.000 \$381.900	\$3.300.000 \$7.638.000	

El tercer evento, tendría en cuenta la participación relativa de cada grupo de población de menores, para lo cual se aplicarían costos unitarios de \$22.000 por vacuna para los menores de 5 años, meningitis *Haemophilus Influenzae*, cuyo coeficiente es de 0.37%; su valor total sería de \$3.402.520; para el otro grupo, mayor de 5 y hasta 14 años, se aplicaría un coeficiente de participación de 0.62% y el valor total de la vacuna contra la meningitis meningococcica, sería de \$7.505.190.

En el caso estudiado, se puede constatar, según material que reposa en el expediente, que las entidades públicas no habían previsto recursos para estos eventos, para lo cual era preciso recurrir a recursos nuevos dentro del presupuesto asignado; parece, en este caso, que una lógica lleva la norma jurídica y otras leyes para asignar recursos públicos.

H. Modelo

De conformidad con la Ley 100, todos los ciudadanos pertenecen al Sistema de Seguridad Social en Salud, bajo dos categorías:

A) Los afiliados al Sistema de Seguridad Social, que se subdividen a su vez en dos tipos:

1. Afiliados mediante el régimen contributivo y,

2. Afiliados mediante el régimen subsidiado.

B) Las personas vinculadas al Sistema, que son aquellas que por motivos de incapacidad de pago y mientras logren ser beneficiarios del régimen subsidiado, tendrán derecho a los servicios de atención de salud que prestan las instituciones públicas y aquellas privadas que tengan contrato con el Estado.

Bajo esta perspectiva, la gestión para cada grupo de personas se realiza de forma diferente, según pertenezcan a una Empresa Promotora de Salud, EPS, bien sea bajo el régimen contributivo o el subsidiado, o que acudan a la prestación del servicio de salud de manera directa a instituciones públicas o privadas que tengan contratos con el Estado, por no encontrarse afiliados a ninguna institución de Seguridad Social en Salud.

La dirección general y la responsabilidad del funcionamiento del sistema de Seguridad Social en Salud le corresponde al Estado, quien no sólo regula el siste-

ma a través del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, sino que formula políticas, estrategias y maneja las instituciones básicas del sistema de salud.

Se supone, para los efectos del análisis económico del derecho, y en particular del estudio del impacto de la decisión consagrada en la sentencia SU-225 de 1998, que las pretensiones y el posicionamiento de los actores se construyan sobre dos escenarios: el primero, el de los afiliados que actúan en principio bajo las leyes del mercado y el segundo, el de los vinculados, que expresa las transferencias que se realizan en un escenario de bienes de no mercado.

Los dos escenarios

Esta parte del estudio proyecta el ejercicio económico, sobre la base de haber estimado los valores monetarios de las vacunas para los dos grupos de población de menores y de contar con una tabla de probabilidades de asunción de costos.

Por efectos metodológicos, se presentan dos cuadros separados: uno, refiere los valores de las probabilidades para el caso de la meningitis meningococcica, que incide sobre los niños mayores de 5 y hasta 14 años y que, de conformidad con los estudios de salud, es la que registra mayor costo-efectividad y no aparece entre los registros de los primeros 15 casos de mortalidad (véase cuadro 1); y otro, referencia las estimaciones hechas para la meningitis *Haemophilus Influenzae* y cuyos detalles se registran (véase cuadro 2).

Como se precisó anteriormente, para los dos tipos de vacunas, el ejercicio tenía como referente el conjunto de la población de menores, y a partir de allí, se estructurarían los dos escenarios: uno de mercado, que asigna los costos a los agentes privados, y otro, público, que estaría asignando valores a los bienes de carácter meritatorio y haciendo transferencias entre los actores participantes.

• Meningitis Meningococcica

A) Ejercicio de mercado con población referente. En un primer acercamiento, se pregunta ¿cuál sería el impacto económico de la aplicación de esta vacuna, en términos de agentes privados, si se tuviera que hacer efectiva a los 1.074.370 de niños entre los 5 y los 14 años? En este evento, se está tratando con todo el

universo de menores presuntamente implicados.

Dada la probabilidad de que el 0.7610 de las personas no asuman costos, el valor monetario para este segmento del mercado sería cercano a los \$35.836 millones para el universo de la población urbana; en el mismo grupo de menores, para el área rural, el valor ascendería a \$14.623 millones a precios del año 2000.

B) Ejercicio de no mercado con población referente. En el evento de considerar la población no cubierta por el Sistema de Seguridad Social en Salud, o vinculada, el costo que tendría que asumir el sector público, bien con fondos o presupuesto ordinario para el conjunto de la población en esta franja, o sea 2.170.144 menores, sería cercano a los \$18.629 millones para cubrir una población rural de 885.536 menores, no cubiertos, se tendrían que proveer recursos cercanos a los \$7.601 millones a precios del año 2000.

Sin embargo, si se estima el impacto económico para el Estado -Fondos de Solidaridad-Presupuesto Ordinario- sobre una cobertura de afectación del 0.05, la población a atender sería de 301.409 niños en la zona urbana y de 122.991 menores en la zona rural; en los dos eventos, habría que asignar recursos por un valor cercano a los \$428 millones para la zona urbana y de \$175 millones para la zona rural.

Meningitis *Haemophilus Influenzae*

Las estimaciones hechas para esta vacuna en acápites anteriores tienen como universo los niños menores de 5 años, población altamente vulnerable, y donde las vacunas han demostrado menos efectividad.

A) Ejercicio de mercado con población referente. Se pregunta, igual que en el ejercicio anterior ¿cuál es el impacto económico de la aplicación de la dosis en términos de agentes privados, si se tuviera que vacunar a 1.734.118 niños de la zona urbana, que se encuentran cubiertos por instituciones de la seguridad social?; los valores monetarios que se estiman sobre la probabilidad conjunta de quienes, estando afiliados no asumen los costos, se estimaría en una suma cercana a los \$11.860 millones, en el sector urbano, sin incluir la población de menores cubiertos por la medicina prepagada. En el sector rural, bajo las mismas condiciones, el valor monetario estimado ascendería a la suma de \$4.839.6 millones a precios del año 2000.

B) Ejercicio de no mercado con población referente.

	Asume todos los costos	Cuenta con medicina prepagada	No asume los costos
Probabilidad conjunta de quien ...	0,06	0,18	0,76
Total estimación Dane al año 2000			8.487.999
ESCENARIO DE MERCADO LIBRE			
Cabecera municipal			6.028.177
Total niños cubiertos por el Sistema de Seguridad Social (EPS - ISS) (51%) 3.074.370	87.619.545	8.761.954.500	35.836.393.905
Población cubierta por medicina prepagada (8%) 482.25468	7.211.950	410.952.746	13.744.239
ESCENARIO DE MERCADO INTERVENIDO O DE BIENES DE NO MERCADO			
Población no cubierta por el Sistema de Seguridad Social (36%) 2.170.144	556.641.936	3.080.085.379	18.628.950.125
Fondo de Solidaridad presupuesto ordinario (Población cubierta 5%) 301.409	859.016	859.016	427.789.794
Población resto municipio			2.459.822
ESCENARIO DE MERCADO LIBRE			
Total niños cubiertos por el Sistema de Seguridad Social (EPS - ISS) (51%) 1.254.509	35.753.507	3.575.350.650	14.623.184.159
Población cubierta por medicina prepagada (8%) 196.7862	80.420.050	167.691.190	5.608.401
ESCENARIO DE MERCADO INTERVENIDO O DE BIENES DE NO MERCADO			
Población no cubierta por el Sistema de Seguridad Social (36%) 885.536	227.139.984	1.256.841.245	7.601.618.131
Fondo de Solidaridad presupuesto ordinario (Población cubierta 5%) 122.991	350.524	350.524	174.561.126

Se ha visto, que la población no cubierta es de alrededor del 40%. Este guarismo equivale a 1.224.083 niños en el área urbana y a 499.492 menores en el área rural.

Este grupo de población es altamente vulnerable a la transmisión de la enfermedad, particularmente para quienes habitan las áreas urbanas, dado los altos niveles de hacinamiento y carencia de condicio-

nes higiénicas en la convivencia; si se referencia todo el conjunto para efectos de vacunación, el costo de la aplicación sería equivalente a \$6.165,3 millones en la zona urbana y a \$2.515,8 millones en la zona rural-resto del municipio.

Si en el ejercicio se toman las tasas de afectación de la población de mayor vulnerabilidad, se tendría

un universo de 170.012 niños en la zona urbana y de 69.374 menores en la zona rural; en este evento, si se refleja en términos de previsión de recursos públicos, el cubrimiento de esta población de menores, sería equivalente a una suma cercana a los \$141,6 millones para el sector urbano y a los \$57,8 millones para el sector rural, valores monetarios que serían lo mínimo que se le pudiera exigir al Estado para la prevención de los efectos de esta grave enfermedad en una vigencia fiscal.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que las estimaciones realizadas para este ejercicio se encuentran restringidas debido a la variabilidad que se presenta en la conformación de los grupos de edad planteados; para la expansión adecuada a vigencias futuras, se puede aplicar la metodología propuesta, pero debe tenerse en cuenta que los grupos difieren de su conformación inicial.

Es decir, se supone que con una sola dosis se adquiere inmunidad, pero se debe tener en cuenta que a medida que los niños crecen pasarán al grupo siguiente, en cuyo caso sería necesario aplicar otro tipo de vacuna; por lo que el costo en la segunda urgencia estaría dado tanto por "los nuevos nacimientos", que ingresan al grupo 1, como por los que teniendo entre 4 y 5 años pasan, en la segunda urgencia, al gru-

po número 2, o sea los niños entre 5 y 14 años.

Ahora bien, se plantean los siguientes interrogantes: ¿cuál es el costo total por urgencia en relación con los recursos totales con los que se contará para atender a las poblaciones?; ¿presupuestos del Estado, presupuestos ordinarios o presupuestos del Fosyga?; ¿es significativo o no es significativo, y qué opinan el Estado o el Fosyga, sobre el costo de un tratamiento para alguien que se ve afectado por la enfermedad y no está cubierto?; ¿es el tratamiento "remedial" de la enfermedad y "no deja secuelas"?; en este último caso, lo que se debe comparar es el valor esperado de los costos de la prevención *versus* los costos de tratamiento.

Análisis económico de la sentencia sobre el plan obligatorio de salud, POS, y enfermedades catastróficas

SENTENCIA SU-819

FECHA: 20 de octubre de 1999

Sentencia SU-819

TIPO DE SENTENCIA: Sentencia unificada

SALA: Sala Plena

EXPEDIENTE: T-217495

PROCEDENCIA JURÍDICA: Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá

MAGISTRADO PONENTE: Álvaro Tafur Galvis

CUADRO 2
 Impacto de la sentencia SU - 225/98
 Caso: Meningitis *Haemophilus influenzae*
 Población: Niños menores de 5 años
 Valor de la vacuna \$22.000
 Valor monetario esperado de las vacunas

	Asume todos los costos	Cuenta con medicina prepagada	No asume los costos
Probabilidad conjunta de quien...	0,06	0,18	0,76
Total, estimación DANE al año 2000			4.787.709
ESCENARIO DE MERCADO LIBRE			
Cabecera municipal			3.400.231
Total niños, cubiertos por el sistema de seguridad social (EPS - ISS) (51%)1.734.118	38.150.592	3.815.059.182	15.603.592.054
Población cubierta por medicina prepagada (8%)272.018	299.220.328	178.933.756	5.984.407
ESCENARIO DE MERCADO INTERVENIDO O DE BIENES DE NO MERCADO			
Población no cubierta por el sistema de seguridad social (36%)1.224.083	242.368.466	1.341.105.510	8.111.264.651
Fondo de Solidaridad presupuesto ordinario (Población cubierta 5%)170.012	374.025	374.025	186.264.654
Población resto municipio			1.387.478
ESCENARIO DE MERCADO LIBRE			
Total niños, cubiertos por el sistema de seguridad social (EPS - ISS) (51%)707.614	15.567.503	1.556.750.316	6.367.108.792
Población cubierta por medicina prepagada (8%)110.998	122.098.064	73.014.642	2.441.961
ESCENARIO DE MERCADO INTERVENIDO O DE BIENES DE NO MERCADO			
Población no cubierta por el sistema de seguridad social (36%)499.492	98.899.432	547.243.523	3.309.834.319
Fondo de Solidaridad presupuesto ordinario (Población cubierta 5%)69.374	152.623	152.623	76.006.045

A. Antecedentes

El peticionario quien se encuentra desde el 10. de marzo de 1995 afiliado a Salud Colmena, EPS, como cotizante y en calidad de beneficiarios sus tres hijos, su esposa y la madre de ésta. Uno de sus hijos, Alejandro, presentó quebrantos de salud, y fue llevado al médico de la EPS para el diagnóstico y tratamiento de la posible enfermedad.

La doctora Martha Patricia Vizcano, médica de la entidad, le diagnosticó la enfermedad denominada "Leucemia Mieloide Crónica"; siendo necesario para preservar la vida del niño, la realización de un transplante de médula ósea con donante no relacionado -transplante heterológico-, el cual no es realizado en Colombia por no contar con la tecnología adecuada. Por tal motivo, Salud Colmena le informó al peticionario la imposibilidad de realizar este procedimiento, pues no se contempla dentro del POS, según Resolución 5261 de 1994, su realización; aunque manifestó la posibilidad de asumir el valor correspondiente al transplante incluido en el POS, y que sería el que por ley tendría que asumir.

El peticionario, teniendo en cuenta la urgencia de conservar la vida de su hijo, decidió ponerse en contacto con la Universidad de Birmingham en Alabama, EE.UU., que realiza este tipo de intervenciones, y según cotización, el costo de la operación podría ascender a la suma de US\$371.740.00, suma de la que el actor no dispone ni puede conseguir.

C. Pretensiones

Actor	Actor	Actor
A. Peticionario	B. EPS Colmena	C. Ministerio de Salud
Que se haga efectivo el acceso al derecho a la salud y se proteja el derecho a la vida.	Que el Estado asuma el valor que exceda al POS, ya sea directamente o a través de un reembolso a favor de la EPS.	Que se declare que los recursos del Fosyga no pueden ser destinados a cubrir ese tipo de tratamiento.

Solicita entonces que se ordene al Estado-Ministerio de Salud y a la Entidad Promotora de Salud, Colmena Salud, quien es la responsable de la atención del servicio esencial en salud, consagrado en los artículos 44 y 48 de la Constitución Política, la realización del tratamiento requerido por su pequeño hijo en el exterior, así como los demás gastos de estadía y desplazamiento al exterior para su hijo y para él como padre o para la madre, y así mismo, que se ordene a Salud Colmena, EPS, reembolsar al Estado el valor equivalente al tratamiento contemplado en el resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud, de manera que coadyuve en la parte correspondiente al valor del tratamiento que se realiza en Colombia y que se encuentra contemplado en el POS.

B. Señalamiento de los actores

En el trámite de la Acción de Tutela encontramos al peticionario, Sr. Alejandro Moreno Álvarez, que parte de la base de la responsabilidad estatal para la asunción del tratamiento de su hijo. Los demandados son el Ministerio de Salud y Salud Colmena, EPS. El Ministerio alega que no es responsabilidad estatal la asunción del costo de tal enfermedad. La Empresa Promotora de Salud, EPS, parte de la base de que tampoco es su responsabilidad, por no estar incluido el tratamiento requerido en el Plan Obligatorio de Salud, POS.

Actores	Argumento Jurídico	Argumento Económico
Peticionario	<ul style="list-style-type: none"> • Manifiesta que es al Estado-Ministerio de Salud a quien corresponde asumir la responsabilidad de la atención del servicio esencial de salud, por tanto, debe ordenar la realización del tratamiento requerido por el menor y asumir los gastos de desplazamiento y estadía en el exterior. • La EPS-Colmena debe ser vinculada como coadyuvante en el tratamiento, en aquello que sí cubre el POS en el país. 	<ul style="list-style-type: none"> • El Estado debe asumir el costo de la intervención para hacer efectivo el derecho de acceso a la salud bajo la puesta en marcha del principio de la solidaridad. • Se reconoce la imposibilidad económica, actual y futura, para que el peticionario asuma los costos del trasplante de médula ósea.
Colmena (EPS)	<ul style="list-style-type: none"> • La EPS debe garantizar la prestación de los servicios en salud en los términos de la Ley 100 y sus decretos reglamentarios y, por tanto, no incluye los tratamientos con tecnologías no disponibles en el país; se diagnosticó "Leucemia Mieloide Crónica" y para salvar su vida se requiere un trasplante de médula ósea con donante no relacionado. • El POS tiene limitado el listado de medicamentos y procedimientos. La UPC se ha fijado para responder únicamente por el contenido del POS. Ley 100, art. 162. • No se puede alterar el equilibrio contractual que debe existir entre el Estado y las EPS. 	<ul style="list-style-type: none"> • No se puede asumir el tratamiento por no estar contemplado dentro del POS y, por tanto, no se autoriza la intervención quirúrgica. • A pesar de no estar obligado quiere asumir el valor del tratamiento que corresponde al trasplante de médula ósea, incluido en el POS, es decir el autólogo. • El valor de lo que excede al POS corresponde financiarlo al Estado, aplicando el principio de solidaridad. • En el evento de que la EPS deba pagar todo el tratamiento, se le reconozca el derecho a obtener el reembolso por el mayor valor de lo reconocido en el país.

Actores	Argumento Jurídico	Argumento Económico
Ministerio de Salud	<ul style="list-style-type: none"> • La leucemia mieloide con transplante heterólogo sí es tratable en Colombia. • Los pagos de valores que excedan el POS y los medicamentos no incluidos en la lista esencial no pueden ser financiados a cargo de los recursos del Fondo de Solidaridad y Garantías, Fosyga. • En la Nación, no hay fondos para el reconocimiento de enfermedades catastróficas; lo que exceda del POS no es responsabilidad del Fosyga. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los recursos: son calificados de parafiscales, lo que significa que son públicos, pero tienen unas reglas de manejo diferentes a las incluidas en el presupuesto general de la nación. • Los recursos destinados a la Seguridad Social y a financiar la salud son limitados y deben ser manejados razonablemente. • Las EPS, deben implantar mecanismos de <i>seguro</i> y <i>reaseguro</i>, con un porcentaje de la UPC, para garantizar la cobertura del riesgo económico; así pues, debe existir <i>reaseguro</i> para enfermedades catastróficas por parte de las promotoras de salud.

E. Análisis de la Corte

1. *Evento que debe ser probado.* La Corte debe resolver si la sentencia objeto de revisión se ajusta a la Carta Superior.

2. *Presupuestos normativos para el análisis.* Se invoca la Constitución para hacer efectivos los derechos prestacionales, en su núcleo esencial. Según el marco constitucional y legal, a las Entidades Promotoras de Salud les es exigible el conjunto de prestaciones contenido en el Plan Obligatorio de Salud, POS, y lo relativo al régimen de prestaciones económicas, de acuerdo con lo establecido por el Consejo Nacional de Seguridad Social, en armonía con las disposiciones legales. El art. 9 del Decreto 806 de 1998 prevé los lineamientos dentro de los cuales el Plan debe ser definido y, por ende, garantizado por las EPS, con la precisión de que la condición de calidad se sujeta a la tecnología existente en el país y a las condiciones financieras del Sistema.

Igualmente en la relación Estado-EPS el co-contratante (EPS) busca el mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato o el restablecimiento de la ecuación financiera si ésta se altera. Ésta no puede ser alterada al momento de la ejecución, y de allí nace el deber de la administración de colocar al co-contratante, concesionario, en condiciones de

cumplir el servicio, obra o prestación, amenazados por hechos ajenos a la voluntad de las partes.

Sin embargo, en casos excepcionales cuando esté de por medio el derecho a la vida y la integridad física, se autoriza mediante trámite especial la prestación del servicio de salud por fuera del POS, según la Ley 508 de 1999.

3. Cuestiones a resolver:

¿Los derechos sociales y económicos, entre los cuales ha sido catalogado el de la seguridad social, admiten su protección a través de la acción de tutela?

La Corte responde:

Los derechos económicos, sociales y culturales se vuelven fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera vinculación de éstos.

¿El Estado debe asumir los costos de un tratamiento no contemplado en el Plan obligatorio de Salud?

La Corte responde:

Soporte del Sistema de Seguridad Social es el Fosyga, el cual a través de las subcuentas, asigna recursos y compensa entre distintos ingresos y riesgos. Por ello entiende la Corte "que se alteran las reglas de juego iniciales establecidas por la ley", cuando se exige al Fosyga que asuma una serie de obligaciones que están excluidas de los regímenes o que se imponen a

las EPS. Su asunción, no teniendo capacidad económica ni recursos para prestaciones que están por fuera del plan, incide en el equilibrio financiero del sistema.

¿Quién asume, entonces, lo excluido del POS?

La Corte Constitucional responde así:

Ha sostenido la jurisprudencia que las EPS deben repetir contra el Estado, en tratándose de servicios de salud excluidos del POS, cuando está de por medio

el derecho fundamental a la vida. A partir de la Ley 508 de 1999 y mientras no haya trámite definido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, se ha de acudir al Ministerio de Salud para que éste haga efectiva la autorización. El Ministerio de Salud deberá, previo a la remisión del paciente, disponer de los recursos a través del Fosyga, los cuales se adicionarán a los que coloque proporcionalmente la EPS, en este caso Colmena.

F. Decisiones

Actor	Actor	Actor
A. Ciudadano	B. EPS	C. Ministerio de Salud
Ordena hacer efectivo el derecho a la salud.	<ul style="list-style-type: none"> • Ordena autorizar intervención • Pagar lo correspondiente al POS nacional • Dispone que solicite reembolso del tratamiento en el exterior, al Estado. 	Asigne recursos al sistema Fosyga para adelantar el tratamiento.
A favor	Neutra	En contra

Matriz de decisiones

Sentido de la decisión	Quién asume costos	Ciudadano cubierto con POS	Ciudadano no cubierto	EPS	Estado (Fosyga)
Si es negada	Ciudadano	90%	100%	10%	0%
Si falla contra la EPS	EPS	0%	0%	100%	0%
Si falla contra el Estado.	Estado	0%	0%	0%	100%

G. Impacto económico

1. Cifras

Costo directo de la operación en Estados Unidos: US \$ 371.740⁶¹.

Cofinanciación por parte de EPS: \$ 66 millones
Probabilidad de sufrir una enfermedad catastrófica: 0,00001

Costo de una enfermedad catastrófica: 10 veces mayor que un prepago y 100 veces mayor que una normal⁶².

2. Costo de la decisión:

Se estimó en un monto de \$2.000 millones (a pesos de 1999), el valor aproximado que incluye los cos-

tos de la intervención y del desplazamiento del paciente y su familia al exterior, más el proceso de recuperación.

3. Fuentes para financiar recursos

La Empresa Promotora de Salud: \$ 66 millones de pesos (a pesos de 1999)

El Fondo de Solidaridad y Garantía: \$ 1.934 millones (a pesos de 1999)

H. El modelo

1. Escenario del Sistema de Seguridad Social en Salud

Según el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, todo ciudadano participará en el Sistema General de Segu-

61. No incluye costos indirectos: desplazamientos, alojamientos, postoperatorios.

62. La enfermedad síndrome mieloplástico, tipo leucemia mielomonocítica está incorporada en la resolución 5261 de 1994 o Manual de Práctica y Procedimientos, como el grupo de catastróficas o ruinosas. El trasplante de médula ósea es la única oportunidad para prolongar la vida.

ridad Social en Salud que le permite acceder al servicio de público esencial de salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado, y otros lo harán de forma temporal como participantes vinculados.

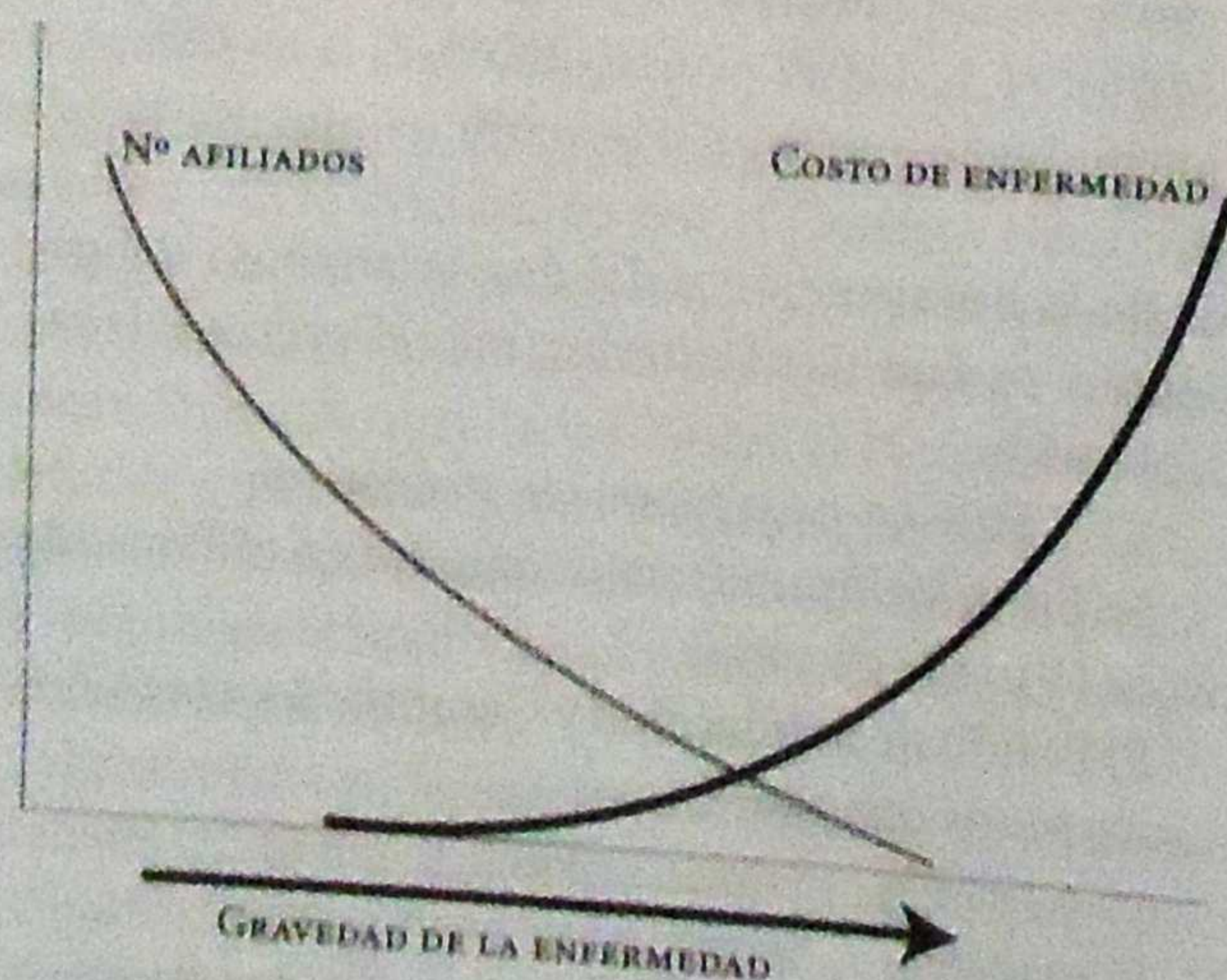
La gestión del sistema está a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, EPS. Estas son responsables de la afiliación, el registro de afiliados y el recaudo de sus cotizaciones por delegación del Fosyga. Su función básica será organizar y garantizar directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados y girar, en los términos de la ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de la UPC (Unidad de Pago por Capitación) al Fosyga.

La dirección, orientación, regulación, supervisión, vigilancia y control del sistema está en cabeza del Gobierno Nacional y del Ministerio de Salud, como órgano de dirección del sistema de Seguridad Social en Salud.

Si bien la cobertura debe ser universal, los recursos disponibles son restringidos, lo cual implica que debe haber una óptima asignación de los recursos a través de mecanismos de control de costos.

2. Hipótesis

Costo de una enfermedad catastrófica



Como se puede observar, a medida que el costo de la enfermedad se incrementa, se presenta una dis-

minución en el número de afiliados que la padece; es decir, existe una relación inversa entre el número de afiliados y el costo de la enfermedad.

El costo promedio del tratamiento de enfermedades catastróficas del tipo analizado es de \$ 2.000 millones a precios corrientes de 1999, dado que la probabilidad de sufrir la enfermedad (P_x) es de 1 por cada 100.000 habitantes y el costo del tratamiento estaría incidiendo significativamente en los recursos destinados a la atención del conjunto de la población; en otras palabras, hasta el momento de esta decisión el sistema no había previsto financiamiento para enfrentar las enfermedades catastróficas; y por tanto se requiere hacer uso de los recursos resultantes que adquiera el Fosyga.

Se ha de suponer que los costos para hacer equitativo el sistema podrían ser distribuidos entre la totalidad de los afiliados.

De acuerdo con lo anterior, la hipótesis quedaría formulada así:

“Si la Corte obliga al Sistema de Seguridad en Salud a obtener el financiamiento de los costos de las enfermedades catastróficas entre sus afiliados, con fundamento en los altos valores de los tratamientos, la probabilidad real de ocurrencia y el parámetro de beneficio del interés general de la población, la decisión tendría un efecto económico entre sus afiliados de cerca de \$20.000 por cada uno de los aportantes al sistema”.

3. Toma de decisión

Si la tutela es negada:

- El ciudadano asume la totalidad de los costos (90%)
- En consecuencia se tiene que endeudar

Si la tutela falla en contra de la EPS:

- La EPS asume el costo (100%)
- Sube el costo de las cotizaciones para cubrir eventuales pérdidas
- Disminuyen sus utilidades y no reajustan las cuotas
- Establece un reaseguro

Si la tutela falla en contra del Estado:

- El Estado asume el 100% de los costos
- Recurre a un fondo de solidaridad
- No existe el Fondo de Solidaridad y en consecuencia habría que aumentar tributos

• Asume un reaseguro
A modo de conclusión
Esencia de cohabitación

El análisis económico de las decisiones judiciales es un escenario privilegiado para verificar el espacio de intersección en el que se concatenan la racionalidad jurídica y la económica. En este sentido, es necesaria la construcción de una metodología que permita auscultar en qué casos y bajo qué condiciones la racionalidad jurídica ha hecho uso de la económica para afianzarse, o la razón económica ha revaluado la dimensión jurídica, definiendo un solo escenario de racionalidad, el de la cohabitación, entre estos dos saberes.

Ahora bien, frente al presupuesto sobre la poca disposición del derecho normado, el "Civil Law", al análisis económico, los ejercicios de aplicación de éste a los problemas jurídicos muestran que el derecho ha rebasado los límites impuestos por la dogmática jurídica, a partir de un diálogo interdisciplinario que lleva al entendimiento racional de los paradigmas del Estado social de derecho, frente a las restricciones en la cantidad y calidad de los recursos públicos disponibles. No obstante, se requiere diagnosticar los espacios en los que el análisis jurídico debe ser utilizado para sustentar las decisiones económicas y viabilizar la garantía efectiva de las libertades y principios de la justicia, pues el énfasis ha estado dirigido a efectuar el análisis económico de las decisiones judiciales.

Supuestos económicos

El análisis económico permite el estudio del impacto de variables económicas tales como las restricciones presupuestales, el empleo, los precios, los subsidios, entre otros; analiza el impacto sobre el ejercicio del derecho, y su contenido; para ello, utiliza los paradigmas económicos sobre eficiencia, costo-beneficio, teoría de precios, buscando un equilibrio entre el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, y la dinámica de una economía de mercado.

Se subraya el interés específico, como se observó en las sentencias seleccionadas, de evaluar el impacto de las decisiones judiciales en el manejo del gasto público y derivar de allí, no sólo la responsabilidad institucional que ella genera, sino la asignación eficiente y equitativa de los derechos.

Supuestos jurídicos

El análisis económico del derecho supone la consecución de objetivos primordiales para la sociedad y el Estado: la búsqueda de la eficiencia del sistema jurídico y la óptima asignación de los derechos.

En tal sentido, la exigencia que la sociedad hace a los jueces para que efectúen ejercicios de asignación de derechos frente a las restricciones económicas y jurídicas cotidianas, son un reto para la ciencia jurídica; a partir de este escenario la ciencia jurídica debe incorporar de manera crítica los nuevos paradigmas del derecho.

La reformulación del derecho implica dar una mirada a las alternativas de negociación, que disminuyan los costos de transacción, incluso si no están reguladas estrictamente por el derecho, aun en el caso en que deba hacerse una asignación institucional. Ello supone una mayor articulación con otras disciplinas científicas, para evaluar el impacto económico y social de los fallos y de la construcción del derecho.

Las decisiones judiciales aún se fundamentan en el principio de definición de responsabilidades, a pesar de que los enfoques estén dirigidos, cada vez más, al estudio de la asignación de derechos y cargas, buscando con ello materializar los propósitos incorporados en la Carta Política. Aunque la proposición de la subsidiariedad de la asignación de derechos, por parte del juez, ante un eventual fracaso o alto costo de una transacción económica entre las partes, no sea una alternativa asumida manifiestamente, se puede observar que la Corte ha vuelto la mirada a las etapas relacionadas con la negociación de los conflictos por las partes, llamando la atención en este contexto, a la política legislativa y pública en general.

Eficiencia con equidad

Finalmente, al decir del profesor Coase, la eficiencia requiere que se asigne el derecho a la parte que lo valúa más. Esto tiene una directa relación con el alcance del nuevo derecho y su dinámica a partir de los postulados del Estado Social de Derecho, que reformula la aplicación taxativa de la norma y la subsunción de unos hechos en un supuesto normativo, práctica altamente regresiva frente a dichos postulados.

La aceptación y adopción de la teoría de precios, la teoría de asignación de recursos y el examen de sus fuentes, son elementos constitutivos de la eficacia del derecho y al mismo tiempo, la garantía de que los derechos se convierten en presupuestos de la política pública económica. Empero, estos nuevos paradigmas no son, como algunos autores lo señalan, sólo responsabilidad del juez constitucional, sino que son la resultante de los procesos legislativos y de las tareas del Ejecutivo: la eficiencia, como valor jurídico en la dimensión de la cohabitación entre economía y derecho, sólo puede asegurarse teniendo en cuenta como referente y objetivo final la equidad. La eficiencia posibilita la realización

material de la equidad en una sociedad como la nuestra.

Bajo este precepto, ha de evaluarse la necesidad de reducir los costos de transacción, a través de la asignación clara de los derechos y de los recursos públicos, en la esfera legislativa; en la definición clara de las reglas de juego económicas y en la adopción de las medidas necesarias para desarrollarlas, desde la esfera gubernamental; y, en la consideración de restricciones económicas, en el otorgamiento de derecho, desde la esfera judicial cuya intervención ha de ser subsidiaria, en la medida en que la claridad de los derechos y las reglas del tráfico económico-jurídico sean altamente aceptadas por la sociedad.