

# Formas de pensar jurídicas y económicas

Salomón Kalmanovitz<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Juristas y economistas se entienden poco. Sus lenguajes y formas de pensar son distintos y sin embargo se requieren mutuamente. Por lo general, los economistas ignoran los costos de la justicia o de su carencia, abstrayendo de sus formalizaciones los costos de transar que incluyen los de litigar y demandan que los jueces fallen más en eficiencia que en derecho. Los magistrados, por su parte, han caído en cuenta finalmente de que sus fallos tienen implicaciones económicas y sociales y la profesión del derecho comienza a percibir la necesidad de entender mejor las consecuencias y costos de sus acciones.

En Colombia, las sentencias de la Corte Constitucional representaron un fuerte viraje en la jurisprudencia que surgía de la Corte Suprema de Justicia, después de aprobada la Constitución de 1991. Muchas decisiones en los temas de los derechos de trabajadores y deudores y sobre la independencia del banco central enfrentaron estas decisiones con las visiones que tienen los economistas sobre el impacto que estaban produciendo sobre el desarrollo económico y sobre el empleo. El debate ha sido duro por parte de los economistas pero ha sido esquivado por la mayor parte de los magistrados. Por ejemplo, el magistrado Carlos Gaviria manifestó que él no discutía con los intereses afectados negativamente por los fallos de la Corte Constitucional y José Gregorio Hernández agregó “de qué manera” había vencido tales intereses. Sin embargo, el magistrado Rodrigo Uprimny ha argumentado rigurosamente las críticas de los economistas y para continuar con el diálogo, siguiendo su espíritu abierto y constructivo, me voy a referir en las páginas que siguen a su ensayo “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía” que insisto es un modelo de debate académico interdisciplinario.

## 2. Pensamiento jurídico y pensamiento económico

El pensamiento jurídico es analógico o deontológico: contrasta la norma legal o constitucional con las acciones de los agentes que son cuestionadas o acusadas. Si las acciones son acordes o no con las reglas, vendrán fallos absolutorios o condenatorios, aunque puede suceder que no sea posible aportar pruebas suficientes y entonces el caso se disuelve. El jurista piensa en términos de si la acción conformó o no con las normas y considera que su fallo no tiene por qué considerar efectos sobrevinientes sobre los incentivos, la eficiencia o la sociedad que este pueda desencadenar hacia adelante.

La constitución está por encima de las leyes y el juez constitucional debe verificar que las nuevas leyes y las actuaciones de todos los poderes se conformen con sus preceptos. Para ello es conveniente que las constituciones sean cortas, inequívocas, puntuales y definan los mecanismos que garanticen la libertad y el progreso de sus ciudadanos. Es más difícil en el caso de la constitución colombiana de 1991 que más que una arquitectura del Estado es una lista grande de derechos políticos, sociales y económicos,

---

<sup>1</sup> Las opiniones aquí expresadas no son compartidas por la Junta Directiva del BANCO DE LA REPUBLICA.

muchos de ellos utópicos dado su nivel de desarrollo, donde hasta se constitucionalizan las transferencias que debe hacer el gobierno central a departamentos y municipios, que son procesos netamente políticos y coyunturales. Es por eso peculiar que ciertas interpretaciones de la Carta Fundamental vayan en contra de preceptos allí mismo contenidos y, creo yo, exige cierto grado de flexibilidad en su interpretación para evitar dogmatizar algunos de sus contenidos ideológicos. En cierta forma, la complejidad de la Constitución hace posible que la Corte continúe constitucionalizando sin tener que consultar de nuevo al pueblo, abriendo la posibilidad para que los magistrados ejerzan el despotismo sobre el lecho de la confusión.

El pensamiento económico cuenta con muchos enfoques – positivismo, individualismo metodológico, materialismo y empirismo - pero básicamente podría afirmarse que es deductivo. Construye modelos simplificados de la realidad – unas variables que se relacionan de distinto modo y que generalmente se pueden formalizar - y deriva lo que sucede bajo distintos escenarios que afectan las variables así definidas. La economía está pensando en los efectos de las acciones de los agentes sobre las distintas variables que pueden dar varias vueltas o sea puede considerar segundas y terceras consecuencias de sus acciones. Así una alza del salario mínimo real beneficia al trabajador empleado, lo cual puede estar acorde con la interpretación de una norma en derecho, pero puede contribuir a que se aumente la tasa de desempleo, vejando el derecho al trabajo de otros individuos. Así mismo, el derecho a la vivienda digna puede llevar a defender efectivamente ese derecho, pero su segunda consecuencia puede ser la de inhabilitar al sistema de crédito y cerrar así las oportunidades al financiamiento de vivienda de la mayoría de la población.

Uprimny se puede identificar bastante con lo dicho hasta el momento. Dice él (145): “la economía ha solido desconocer la importancia que tienen la dimensión normativa y los arreglos institucionales en el comportamiento de los agentes económicos y en el significado del propio desarrollo, mientras que el olvido de los condicionamientos económicos puede llevar al análisis jurídico a moverse en abstracciones desvinculadas de la dinámica objetiva de los procesos sociales”.

Uprimny se está refiriendo a la economía positiva que se limita a definir un lenguaje y “un cuerpo de hipótesis sustantivas que trata de abstraer características esenciales de una realidad compleja” (Friedman, 48) que puede validarse sobre la base de ofrecer pronósticos adecuados de lo que va a suceder. Pero la economía, por lo menos en sus inicios, estuvo muy ligada a la ética y existen propuestas para que la economía ofrezca también normas que garanticen una mayor equidad. Más recientemente, cómo el mismo lo señala, la economía neo-institucional ha introducido la política y los costos de transacción en los modelos simplificados, que incluyen los que se afrontan cuando los contratos o las leyes se incumplen y es necesario un tercero imparcial, la justicia, que contribuya a solucionar los conflictos.

La economía neo-institucional ha aportado un contenido político y social a la forma de pensar de los economistas. Se introduce la calidad de las normas, de las instituciones y de las creencias de los agentes como limitantes de sus acciones y como imponiendo obstáculos o facilitando el desarrollo económico. La justicia juega un papel fundamental en el desarrollo armónico de las sociedades, porque se establece idealmente como una tercera parte que resuelve conflictos de interés o vulneraciones de contratos y lo debe hacer idealmente en forma imparcial, objetiva y eficiente.

### 3. Trabajadores y deudores

La primera corte constitucional sentenció unívocamente que el salario debía aumentar de acuerdo con la inflación pasada porque así lo ordenaba una norma constitucional que reza los trabajadores deben tener una “remuneración mínima vital y móvil”. Sin embargo, cabían mínimo dos interpretaciones con respecto a qué debía moverse el salario: a la inflación del año anterior o a la meta de inflación que debía asegurar la autoridad monetaria que también por mandato constitucional debía velar por la capacidad adquisitiva de la población. Escoger la primera significaba que una decisión judicial llevaba a que los salarios reales aumentaran porque la inflación venía cayendo, imponiéndole dificultades a ese proceso de desinflación, sin considerar además que la economía estaba en recesión y que la productividad de muchas actividades era decreciente. La segunda consecuencia fue la de aumentar el desempleo y la tercera la de incrementar aún más el déficit fiscal cuando se le aplicó este principio a los sueldos oficiales.

Escoger la meta como referencia de los salarios mantenía el valor real de los salarios (a condición de que se cumpliera la meta<sup>2</sup>) y por lo menos no incidía en aumentar aun más el desempleo. En una recesión la economía informa que alzas reales de los salarios aumentarán en forma desproporcionada el desempleo, porque al mismo tiempo confluye un descenso de la demanda por trabajo y un aumento de su remuneración real. Las dos fuerzas impulsan el desempleo en la misma dirección negativa. Siendo el salario mínimo una especie de unidad de cuenta para todos los salarios, es siempre importante dar con su fijación una orientación para la política salarial de todas las empresas y sectores.

Ateniéndose al mismo texto, tal cómo lo ha hecho la Corte Constitucional que inició labores en marzo del 2001 en su proceso D-3449 de octubre de 2001, sentencia que el gobierno tiene facultad para decidir sobre los salarios y que sólo debe proteger las remuneraciones mínimas y ser proporcional con el resto. De lo anterior se deduce que es legal que el salario mínimo sea definido teniendo en cuenta la meta de inflación y no la inflación pasada, porque en el primer caso se mantiene el valor real y en el segundo se aumenta necesariamente en una fase de desinflación. También le reconoce la Corte al gobierno la facultad de ajustar el salario de los trabajadores que ganan menos que a los funcionarios de mayor salario.

Los conflictos más frecuentes entre trabajadores y patronos y entre deudores y acreedores deben ser resueltos caso por caso, según sus méritos y su conformación con las normas. Para los neo-institucionalistas, y North en particular, la legitimidad de la justicia depende de su actuación imparcial y de basarse en un cuerpo doctrinario y de acumulación de experiencias que dan lugar a una jurisprudencia. Los fallos brotan casi objetivamente de la suma de los antecedentes de casos similares. Actuar de acuerdo con la constitución y con los antecedentes fallados por los jueces en sentido siempre similar produce seguridad jurídica y reduce el costo de transar y contratar. Los agentes litigan menos porque conocen cómo se han fallado casos similares en el pasado. Bajo estas condiciones, la justicia contribuye a que la economía puede entrar en un círculo virtuoso

---

<sup>2</sup> Esto podía garantizarse con ajustes a los salarios con el faltante en caso de no cumplirse la meta, pero debía considerarse que si se sobre-cumplía también deberían devolver el exceso de capacidad adquisitivo ganado de esta manera.

de crecimiento porque los agentes están seguros de sus derechos de propiedad, no hay depredación de los excedentes, se profundiza la división del trabajo, contratan más entre ellos y si surgen conflictos estos son zanjados en forma justa y oportuna.

En presencia de condiciones opuestas de una justicia parcializada por una ideología que falla a favor siempre de deudores y trabajadores lo que tenderá a suceder es que se racionará el crédito y sólo se otorgará a aquellos que ofrecen garantías plenas muy especiales, el mercado monetario se tornará llano y costoso, habrá menos inversión y menos consumo, y los patronos contratarán a menos trabajadores o acudirán al sector informal para hacerlo con una degradación sustancial de las condiciones del trabajador que deja de contar con garantías en materia de despido, salud, educación y régimen pensional.

La justicia constitucional colombiana se ha aproximado al escenario donde se ideologizan los fallos, donde se cuestionan los derechos de propiedad de los acreedores, y los organismos del estado se ven asediados por usuarios apoyados por la primera Corte Constitucional en sus exigencias. La Corte se convirtió así en una fuente de inseguridad para todos los agentes.

El argumento que presenta Uprimny de que está bien que la Corte genere incertidumbre porque el ejecutivo también crea inseguridad tributaria y regulatoria e “impiden su asimilación por los operadores jurídicos” no es una buena justificación para que el sistema de justicia opere en la misma dirección: dos yerros no suman una virtud y, por el contrario, el problema se agudiza cuando tanto el gobierno como las cortes cambian insistentemente las reglas de juego de multitud de actividades y negocios, aumentando el costo y riesgo en todas sus inversiones y operaciones.

Yo no estoy de acuerdo con mi colega Sergio Clavijo que castiga a la Corte por limitar el poder del gobierno central en materia salarial de los empleados públicos. Es que el ejecutivo elegido por el pueblo puede abusar de su poder y ese es el sentido fundamental de la arquitectura del sistema de gobierno que divide el poder en varias ramas y las enfrenta para balancearse mutuamente. Se requiere de un sistema de justicia fuerte que limite la posibilidad del despotismo de las otras ramas y que todos actúen de acuerdo con la Carta fundamental.

Si el sistema de justicia no es independiente, el gobierno podrá perseguir con él a sus oponentes y ofrecer impunidad a sus funcionarios o tomará acciones que lesionan a muchos ciudadanos sin protección posible para ellos. Supongamos que llega un gobierno que pretende reducir a la mitad los salarios de sus empleados, para solventar de una vez por todas el déficit fiscal, configurando un impuesto discriminatorio basado en la facilidad que tiene para imponer recortes en las remuneraciones reales de estos contribuyentes especiales. ¿Quién va a proteger a estos ciudadanos de tales abusos, si al gobierno elegido por el pueblo se le atribuye la capacidad de imponer impuestos discriminatorios sin el aval del congreso?

Se puede concluir en esta sección que la primera corte fue inconsciente de la limitación presupuestal y que afectó tanto la tributación como el gasto público, los que en una democracia deben pasar por el tamiz de la política. No es legítimo que sea la justicia, los funcionarios no elegidos, los que tomen decisiones fundamentales y desequilibrantes en estas delicadas materias.

#### 4. La Corte y el BANCO DE LA REPUBLICA.

Atendiendo a mi obligación constitucional como codirector del banco central de defender el poder adquisitivo de la moneda me sentí presionado por la Corte en una serie de fallos que atentaron contra la autonomía de la Junta Directiva del BANCO DE LA REPUBLICA y que me llevaron al mismo territorio empleado por ella, que era de apoyarse en la opinión pública. Por eso publiqué una serie de artículos sobre sus fallos tratando siempre de argumentar y probar lo que desde mi punto de vista eran acciones que vulneraban la división de poderes del estado colombiano y que podía tener serias consecuencias para el futuro de la economía y la sociedad colombianas.

Las preguntas que se hace Uprimny respecto a la jCorte y la economía me parecen pertinentes:

*En primer término, un problema de fundamentación: ¿Es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? Uno segundo que es institucional: ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? En tercer término, existe un problema hermenéutico: ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la Constitución en materia económica o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? Y finalmente uno empírico, referido al trabajo de la Corte: ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones? (Uprimny, 147)*

Sobre el primer tema creo que a la Corte le corresponde controlar no tanto la economía en sí misma sino las acciones despóticas de las otras ramas de gobierno, que no se excedan y ejerzan sus funciones de manera coherentemente con la Constitución. Reivindico de esta manera el hecho de que el sistema de justicia y la Corte Constitucional deben ser independientes del gobierno que en nuestra arquitectura política despliega un enorme poder.<sup>3</sup> La Corte impidió por ejemplo que las emergencias económicas fueran empleadas para decretar impuestos o que el congreso legislara en asuntos técnicos que eran de la responsabilidad de la junta directiva del BANCO DE LA REPUBLICA.

En el caso de la Corte anterior lo que dictaminó en la sentencia C895 de 1999 fue revocar el presupuesto por no incluir ajustes de todos los empleados públicos de acuerdo con la inflación pasada, lo que pretendía y logró un alza real de los salarios públicos, en momentos de gran afluencia fiscal. Aquí no se estuvo defendiendo un principio de equidad y mantenimiento del valor de los salarios sino la pretensión de aumentarlos en medio de una crisis económica y fiscal. La nueva Corte le reconoció al gobierno algún grado de flexibilidad en el ajuste salarial en el año 2001, al tiempo que protegió el salario real de los empleados con menores remuneraciones.

En términos procesales el desarrollo constitucional en el campo de la economía debe acudir a orientaciones generales, derivadas de la Carta, pero no asumir ningún detalle de la legislación, porque estos debe ser resuelto por peritos, a los que por ejemplo el Congreso escucha regularmente cuando legisla sobre campos específicos. Frente al BANCO DE LA REPUBLICA la antigua corte no respetó la constitución que dice proteger su autonomía

---

<sup>3</sup> Es lamentable por ejemplo que toda la Corte Constitucional sea removida cada 8 años porque quiebra la posibilidad de desarrollar una jurisprudencia y porque un gobierno sí, y otro no, tiene la posibilidad de cambiar la composición ideológica de la Corte e inclinarla a su favor.

técnica, al comenzar a ordenar una legislación en materia de crédito de vivienda que exigía complejos conocimientos que la corte mostró no poseer,<sup>4</sup> ni tampoco contar con el ánimo de encontrar un apoyo técnico. Frente a problemas que exigen pericias especiales, los jueces pueden dar instrucciones sobre la orientación de las soluciones, pero deben dejarle a los expertos el diseño de esas soluciones. Por ejemplo, los sistemas hipotecarios de Estados Unidos e Inglaterra tienen una garantía del estado sobre la titularización de las obligaciones, lo cual reduce el riesgo de los acreedores y abarata y estabiliza las tasas de interés. Pero a los magistrados radicalizados se les dio por eliminar de tajo - ¡horror! - la tasa de interés del crédito hipotecario.

Tenemos por lo tanto una legislación de mala calidad que dificulta la reactivación de la construcción. ¿Debió haber intervenido en la materia? Si debió hacerlo para lograr un mejor equilibrio entre deudores y acreedores, pero apoyándose en el concepto de académicos y técnicos del sector financiero y no en demagogos populistas para sentar las pautas del sistema de crédito de vivienda. Debió tener en cuenta también que podía afectar menos el presupuesto público si sentaba el principio de reparación sólo a los más desprotegidos y no a toda la clase media endeudada.

Los magistrados escucharon opiniones que era muy deficientes en calidad pero defendían los mismos intereses con que simpatizaban. No escucharon a los técnicos porque presuntamente favorecían los intereses que ellos creían era necesario debilitar y hasta destruir. Es notorio que aceptaron el análisis económico populista como cierto, incluso dictaminaron que era el análisis correcto. Los riesgos de no distinguir un buen análisis de otro de mala calidad constituyen una buena razón para que los magistrados evadan los asuntos en que no pueden acceder al conocimiento necesario para dictaminar de manera justa y objetiva. Si tienen que hacerlo deberán oír con cuidado a todas las partes y no tragar entero ningún discurso.

Una Corte no es un recinto donde acudan todos los intereses que deben estar representados en la toma de decisiones de asignación de gasto público y mucho menos de tributación. Ella trata más bien de resolver conflictos o de impedir injusticias. Sin embargo, las audiencias públicas organizadas por la Corte se convirtieron en congresillos cuya composición definían ellos mismos. Se debe amarrar el proceso legislativo a la constitución pero no hay por qué sustituirlo. En el caso de la vivienda, la Corte substituyó al congreso y al ejecutivo al ver que eran ineficientes, pero eso no arregló el problema de eficiencia de estos cuerpos y dio lugar a la mala calidad de la regulación.

Yo no creo que se necesita un lente especial para que los magistrados traten los complejos problemas de la economía, porque así mismo les corresponde fallar en terrenos como la medicina o la tecnología. En eso estoy de acuerdo con Uprimny. Pero eso no significa que deban intervenir a los cuerpos independientes del Estado a favor de algún agente particular. En Estados Unidos la Reserva Federal nunca ha sido controvertida por una acción de la justicia, a pesar de que su independencia no está escrita en la constitución,

---

<sup>4</sup> Yo escuché a un magistrado decir que los préstamos UPAC se pagaban 7 y más veces sin entender que cada año la moneda perdía en promedio de 25% anual de su poder adquisitivo, lo cual se debía descontar durante los 15 años vigentes de un préstamo. Traté de explicarle que por el sólo hecho de la inflación la deuda se duplicaba nominalmente cada 3 años y medio, pero su valor real se amortizaba una sola vez. El problema no es sólo del magistrado sino de la inflación que exige hacer unos cálculos muy complejos y difíciles de entender para descontarla de los precios que se están moviendo todo el tiempo. Sin embargo, el magistrado debe estar consciente de sus limitaciones en todos los temas complejos distintos de su profesión.

entendiendo que la política monetaria no puede ser ejecutada por personas que no están preparadas técnicamente para hacerlo. Se entiende también que así como la justicia no puede ser dependiente del gobierno porque sería facilitar su abuso para perseguir oponentes y proteger a los suyos, así tampoco el banco central puede ser utilizado abusivamente por el gobierno para causar un impuesto inflacionario o por una corte para proteger a todos los deudores del sistema hipotecario.

Sin embargo la corte colombiana informa que el BANCO DE LA REPUBLICA debe coordinarse con el plan de desarrollo del gobierno, presuponiendo que su junta directiva es proclive a los caprichos. ¿Qué sucede si un gobierno populista es elegido que pretende crecer a punta de patadas monetarias? Pues que el banco no podrá ejercer su función constitucional de defender la estabilidad de precios. ¿Si había en esa corte la idea de que el banco central es un resorte clave en los balances de poder y que debe limitar los posibles abusos del gobierno?

## **5. Las condiciones de la intervención judicial**

¿Qué peligro tiene que un cuerpo que no piensa en segundas consecuencias y que interviene decisiones económicas en forma imprudente? Pues que podrían conducir a un desajuste fiscal y macroeconómico de inmensa magnitud sin la menor conciencia de lo que está haciendo.

¿Qué puede y debe hacer la Corte en estas materias? Podría fortalecer los derechos sociales apoyando a los organismos del Estado encargados de atenderlos en vez de debilitarlos, apoyar a las partes débiles en la negociación económica, como deudores o trabajadores, pero teniendo en cuenta el límite especificado por Jon Elster, de no estrangular a la gallina de los huevos de oro, o sea que no inhabiliten el sistema capitalista. Un jurista con quien estaba debatiendo en un foro público afirmó que los equilibrios macroeconómicos y del ajuste iban en contra del estado social de derecho. (Estrada, 166) No podía creer lo que escuchaba: era afirmar que Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Alemania y otras social democracias no podían existir porque combinan equilibrio fiscal (el gasto del gobierno es similar a los impuestos) y generosos sistemas de bienestar social. Es como decir que acá y ahora forcemos al Estado a su quiebra financiera para lograr ese estado social beatífico, no importa que reduzcamos el producto nacional de manera catastrófica como resultado de la hiperinflación y de la incapacidad del país de ser sujeto de crédito internacional. Si los abogados no entienden que el gasto público se hace posible con los impuestos de los ciudadanos sino que éste obedece a un principio abstracto de justicia social y triunfan sus argumentos, entonces el Estado carecerá de la más elemental base material y sucumbirá.

Uprimny (151) ofrece un buen ejemplo de las cortes norteamericanas oponiéndose a un mandato intervencionista del New Deal que una vez reelegido se sintió con suficiente apoyo popular como para amenazar a la corte suprema de justicia con una enmienda constitucional que le daría mayoría al presidente Roosevelt. En ese momento los jueces se dieron cuenta que el mandato popular era la fuente última del derecho y dejaron de oponerse a las reformas de intervención que había propuesto la administración al pueblo y este había apoyado en dos ocasiones.

¿Qué pasa en el sentido contrario, cuando es la Corte la que genera la inseguridad contractual por introducir reformas “progresivas”, sin contar con un apoyo político

electoral? Porque el gobierno de Roosevelt reelegido pudo cambiar a la corte y establecer nuevas reglas de juego y obtener una consecuente estabilidad, pero la Corte no puede o no debe sustituir al gobierno, de tal modo que mantiene una situación de perpetua inseguridad, a menos que sea la corte la que cambie de doctrina. ¿Será que tenemos magistrados que se lanzan a la política para apuntalar sus avances logrado en el tribunal? Eso sería incluso mucho más claro que judicializar la política y politizar la justicia.

Pero hay un problema más de fondo que es el del paternalismo de la corte constitucional, que protege a sus escogidos, los tutela y los vuelve entes pasivos que no tienen que recurrir a la política para garantizar la defensa de sus intereses sino a los jueces. Confirma su estatus de menores de edad, sometidos a la voluntad de gobiernos malos y de magistrados buenos. Esta fue una crítica que desplegaron en repetidas ocasiones los magistrados Cifuentes y Naranjo contra la mayoría de una corte que se sintió mesiánica en más de una ocasión.

Estoy plenamente de acuerdo con Uprimny cuando advierte de los riesgos de que los jueces intervengan la economía:

*La constitución no pretende adoptar una particular teoría económica, sea ésta paternalista, o de una relación orgánica entre los ciudadanos y el Estado, o del 'laissez faire'". Según Holmes, la función de un juez constitucional no es determinar la corrección de una determinada política o doctrina económica pues, en una democracia, las mayorías tienen derecho a experimentar ya convertir sus opiniones económicas en ley y las constituciones están hechas para personas con puntos de vista muy diferentes. A partir de esa sentencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos se ha abstenido, casi totalmente, de cuestionar las políticas económicas de los órganos políticos. (Uprimny, 152)*

Se pregunta Uprimny: ¿Significa lo anterior que debemos entonces suprimir la Corte Constitucional colombiana cualquier posibilidad de entrar a examinar la legitimidad de las decisiones de política económica, tal y como lo han sugerido algunos representantes gremiales? Replico yo: No, en tanto busque afectar el balance de poder entre intereses sin dislocar la economía y ponderar cuidadosamente el costo de sus fallos, que necesariamente tienen que alterar los presupuestos. La pregunta es ¿en cual medida? Y ¿con qué razón?

El juez constitucional puede y debe intervenir en los asuntos económicos. No debe intervenir en decisiones técnicas de los entes autónomos porque les roba su capacidad y lo obliga a hacer regulaciones de baja calidad que frenan el desarrollo económico. Como ya se dijo, las cortes de Estados Unidos nunca han controvertido decisiones de la Reserva Federal, porque su autonomía es un hecho aceptado política y legalmente. Los populistas no aceptan la autonomía de la banca central porque encuentran atractivo generar y disponer del impuesto inflacionario. A pesar de que la Constitución defiende claramente esa autonomía, la Corte la vulneró directamente en muchas ocasiones, frecuentemente justificada con argumentos también populistas.

Ahora bien la Corte vulneró la independencia técnica y política del banco central colombiano de las siguientes formas:

1. Interviniendo el mercado interbancario con el 2 por 1000 (Kalmanovitz, 1999); 2.

imponiendo tasas máximas en el mercado hipotecario, 3. subordinando la política monetaria al plan de desarrollo del gobierno,<sup>5</sup> 4. imponiéndole consideraciones sobre el crecimiento, 5. dándole y sugiriéndole imponer topes indefinidos sobre las tasas de interés, 6. obstaculizando la obtención de la meta de inflación al ordenar la fijación de salarios mirando a la inflación causada y no a la meta de inflación acordada entre el gobierno y el BANCO DE LA REPUBLICA. Interviene la autonomía técnica vulnerando lo que ella misma señaló contra los intentos de ingerencia del Congreso en este tipo de decisiones:

*Las regulaciones del legislador en cuanto a la manera como el banco debe ejercer sus funciones deben ser ... generales y abstractas y no puntuales, a efecto de que no se interfiera, reduzca o anule la iniciativa de la Junta Directiva en lo que concierne con el estudio y ponderación de las circunstancias de orden económico y social que en un momento dado ameritan la adopción de una determinada medida. (Sentencia C- 208 de 2000 Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell).<sup>6</sup>*

Las razones para la autonomía técnica de cualquier banco central tienen que ver de nuevo con que se trata de una labor especializada que exige un personal muy calificado, perito en el tema de la política monetaria y de la teoría macroeconómica. Bien fuera el congreso o cualquier otro organismo el que pretendiera sustituirla causaría el mismo daño: una legislación deficiente e ineficiente.

Sobre el tema de la coordinación “obligatoria” con el plan de desarrollo que le impuso la primera corte constitucional al BANCO DE LA REPUBLICA expresó en otra parte lo siguiente:

*Si el banco se ve forzado a cooperar con el plan de desarrollo del gobierno, como lo especificó una sentencia de la Corte Constitucional,<sup>7</sup> y este es tan ambicioso que pretende hacer crecer la economía caprichosamente por encima*

---

<sup>5</sup> En la Sentencia C-481 de 1999 de la Corte Constitucional se afirma: “Desde el punto de vista material, la autonomía del Banco de la República se encuentra limitada por la obligación constitucional que tiene esta institución de coordinar sus funciones con las otras autoridades, a fin de que el Estado colombiano cumpla los fines previstos por la Carta”... “las estrategias y decisiones de la autoridad monetaria deben buscar ser consistentes con las políticas fiscal, salarial y de empleo, a cargo del gobierno, a efectos de mantener el equilibrio y dinamismo de la economía”.

<sup>6</sup> En el mismo sentido se expresaron las sentencias C-529 de 11 de noviembre de 1993, Magistrado ponente, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, C-021 de 27 de enero de 1994, Magistrado ponente, doctor Antonio Barrera Carbonell, C-455 de 13 de octubre de 1993, Magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz, y Sentencia C-489 de 1994 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández.

<sup>7</sup> En la C-021 de 1994 se dice “los alcances de la independencia del Banco de la República no llegan hasta el punto de que sus decisiones puedan adoptarse al margen de las estrategias y orientaciones generales de la política económica incorporadas fundamentalmente en el Plan Nacional de Desarrollo, porque si bien el Banco no es un órgano del ejecutivo, es de todas maneras, un organismo del Estado, y le está absolutamente vedado, por lo mismo, actuar bajo la simple inspiración de sus caprichos. De no ser así sobraría la advertencia final del artículo 371, que como se vio, acoge el principio universal de que las políticas generales del Estado no pueden desconocerse por ninguna autoridad y menos cuando está organizado en forma de república unitaria (C.P. art. 1o.)”. (Énfasis agregado) La Corte está más prevenida contra el BANCO DE LA REPUBLICA y contra su competencia técnica que con la posibilidad de que el gobierno abuse de su poder y lo obligue a emitir por encima de las necesidades del crecimiento potencial que tiene la economía.

*de su producto potencial, entonces se verá obligado a abandonar su objetivo de estabilidad de precios. La ley 31 de 1992 explicita que si el banco se enfrenta a tener que escoger entre la estabilidad de precios y otros objetivos, deberá defender la primera. Este artículo no fue alterado por la Corte Constitucional, de tal modo que su interpretación, de que el banco siempre debe cooperar con el plan del gobierno, introduce una ambigüedad jurídica sustancial. (Kalmanovitz, 2001)*

Es claro que en el caso de los deudores hipotecarios la Corte asumió la tarea de representar los intereses afectados por una crisis económica. Al respecto Uprimny dice “aisladas, como están, de las presiones políticas, e investidas con el deber de aplicar la Constitución, las cortes están en la mejor posición para insistir en que las condiciones inconstitucionales sean remediadas, incluso si el costo financiero es significativo”. ¿Si se podría argumentar lo mismo para favorecer a los deudores hipotecarios de clase media? Al no poder solucionar su problema por el sistema político les fue resuelto a su favor por los magistrados. Es defendible que el gobierno gaste en personas desposeídas de representación pero ¿sí se justifica subsidiar personas de ingresos muy altos con mucha influencia política – la inmensa mayoría de deudores hipotecarios se concentran en los estratos 4, 5 y 6, siendo las deudas mayores adivinen de quien - sin distinción en un país de tanta pobreza general y fiscal?

Uprimny encuentra objeciones válidas al enfoque consecuencialista porque implicaría que los jueces no fallan en forma independiente y sobre los méritos del caso sino sobre consideraciones políticas. También que no es fácil establecer unanimidad con respecto a las segundas consecuencias sociales de los fallos. Para mí, lo importante es que los magistrados estén muy conscientes de los costos de sus sentencias, de la equidad, de contribuir a obtener ciertos equilibrios sociales pero también de las segundas consecuencias de sus fallos. En lo fundamental que no se sientan operando en un vacío social.

El argumento fuerte de Uprimny que cito en extenso es el siguiente:

*Esta dimensión social de la ciudadanía y de la dignidad de la persona justifican y explican entonces que la Constitución haya incorporado derechos sociales – como el derecho a la vivienda o el derecho a la salud – que tiene fuerza normativa. Por consiguiente, las mayorías políticas no son totalmente libres para escoger cualquier política económica, ya que ... un derecho constitucional es precisamente algo que ha sido sustraído al debate democrático, pues se considera que debe ser garantizado, independientemente de la opinión de las mayorías, por su importancia para asegurar un mínimo de dignidad y para preservar el propio proceso democrático. En tales circunstancias, el reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben estar orientadas a progresivamente realizar esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. Por ello, incluso en aquellos países cuyas constituciones prefirieron hablar de "principios sociales" en vez de "derechos sociales", la jurisprudencia ha terminado por señalar que esos principios son verdaderas normas, que deben ser aplicadas por los jueces y que condicionan la validez de las leyes expedidas por los parlamentos. (Uprimny, 174)*

Aquí estoy de acuerdo con Uprimny, en el sentido de que las cortes deben proteger los derechos de las minorías y deben hacer cumplir unos principios básicos, incluyendo algunos derechos económicos, que no pueden ser entregados a la política porque podrían ser desconocidos por ella. No obstante, se requiere el buen juicio para asignar recursos muy limitados y el magistrado procurará no asumir él esa tarea en la mayor parte de los casos, sino dejarla a la política.

Sobre la asignación de recursos en una cuantía cercana a los \$3 billones para reparar el daño patrimonial sufrido por los deudores hipotecarios se pueden hacer las siguientes preguntas: ¿Por qué la Corte decidió que era más importante el derecho a la vivienda digna vulnerado por una crisis, que es lo mismo que una catástrofe natural, que, por ejemplo, compensar las pérdidas de tantos empleos? Y ¿por qué obligó a compensar a todos los deudores y no sólo a los que lo requerían verdaderamente? Y ¿por qué supuso que nadie podía pagar sus deudas o sus pensiones en los colegios, dándole rienda suelta a la masificación de la conducta de incumplir deudas, compromisos, contratos y la propia palabra?

Los datos sobre morosidad de los deudores hipotecarios señalan que, en el fondo de la crisis, el 80% podía cumplir con sus obligaciones – sí, es cierto que con mucho esfuerzo - o que los padres afectados, impedidos para pagar sus pensiones, no eran todos. Es que son decisiones judiciales posiblemente justas para los más afectados pero basadas en falsas presunciones y no en hechos; tales fallos son inconvenientes porque despiertan las ansias oportunistas de muchos agentes que se aprovechan de la leniencia de los magistrados y comprometen toda la marcha del desarrollo económico. La morosidad de la cartera hipotecaria se acerca al 24% en diciembre del 2001, cuando se ha remontado la crisis que causaba la incapacidad para pagar de los usuarios, mientras que para el resto del sistema financiero se ha normalizado en el 6%. La diferencia se explica por la protección judicial que experimenta el deudor moroso hipotecario.<sup>8</sup> Muchos colegios vieron agravadas sus condiciones financieras y más de uno quebró a cuenta de la generosidad de los magistrados.

Una de las críticas más severas contra la conducta de la primera corte constitucional la articuló el jurista y economista Hugo Palacios Mejía. Dice él: “los abogados sabemos que, en todos los procesos, la prueba de los hechos en los cuales se apoyan las pretensiones es tan importante como el derecho mismo: no hay derecho si no hay prueba, controvertida, de los hechos en que se funda. Pero la Corte Colombiana no aplica esa regla en muchas de sus sentencias”.

Palacios Mejía expone la manera especulativa y poco rigurosa con que trabajaba la Corte en los siguientes términos:

*El análisis abstracto de las normas legales que hace nuestra Corte, en procesos donde la posibilidad de controversia es mínima, donde no hay instancias, donde los argumentos que presentan los intervinientes no limitan de modo alguno la capacidad de decisión de la Corte y en donde no se sabe siquiera cuáles son*

---

<sup>8</sup> En el mismo sentido operan las medidas judiciales que buscan que se oculte el hecho de acciones de mora en aquellos deudores que eventualmente cumplen sus obligaciones o que se olvide toda la historia crediticia de un cliente pasado cierto lapso de tiempo. Es de nuevo una ideología religiosa la que le impone riesgos difíciles de medir al sistema financiero para decidir quien es merecedor de crédito y quien no (el que incumple frecuentemente sus obligaciones).

*todas las normas que pueden resultar afectadas por el fallo, termina siendo apenas un ejercicio superficial, que puede ser sólo un disfraz para el capricho de la Corte.*

Jorge Armando Rodríguez observa cómo unos constituyentes y magistrados idealistas, que enuncian “sueños, aspiraciones y utopías”, como Carlos Gaviria, generan instituciones inconvenientes para la obtención de los fines de una constitución. Más vale establecer los mecanismos democráticos que garanticen los derechos – el balance de los poderes, el control del despotismo, el fortalecimiento de las regiones y localidades, la protección de la oposición y de la crítica, la justicia y el banco central independientes – que enunciar detalladamente las aspiraciones democráticas y los plenos derechos económicos. Utopías y aspiraciones tienen el sello de lo incierto e irrealizable y generan decisiones malas o simplemente no pueden ser llevadas a la realidad, debilitando de esta manera la autoridad del sistema de justicia y desviándolo de sus objetivos. (Rodríguez, 169)

Hay economistas en todas partes que también opinan mucho y no ofrecen pruebas sobre lo que afirman, pero en términos generales en esta profesión y en las ciencias sociales se debe sustentar cuidadosamente las afirmaciones que se hacen con muestras de coherencia teórica y comprobar las hipótesis con base en estadísticas que surgen de la realidad. Al contrario del enfoque de ciencia social, la primera Corte Constitucional se basaba frecuentemente en utopías, juicios de valor y en la “economía del corazón” para fallar, profundizando los efectos de una crisis devastadora y erigiendo nuevas barreras al desarrollo económico. De esta manera consideró que las corporaciones de ahorro habían hecho gala de “enriquecimiento ilícito” durante la crisis, a pesar de que conocían que el BANCO DE LA REPUBLICA había permitido tasas de interés muy altas, que en algún momento también consideró como resultado del capricho de su junta directiva o de una asociación para delinquir y no como una medida para frenar la fuga de capitales, resultado de una crisis que estaba sacudiendo al Asia, a Europa Oriental y a toda la América Latina. Al no comprender lo que estaba sucediendo, la Corte contribuyó a profundizar la crisis financiera que quebró a la banca pública del país y generó enormes pérdidas para la banca privada, agravadas por sus fallos inconvenientes.

Uprimny finaliza diciendo “La realización de las promesas sociales de muchas constituciones es un asunto demasiado serio para dejárselo únicamente a los jueces constitucionales”. Se podría agregar que se requieren ciudadanos más autónomos y organizados, magistrados que no sean paternalistas, que sean más técnicos y menos caritativos, que interpreten la constitución en forma más racional y menos dogmática, considerando que el logro de los derechos sociales es una tarea que debe adelantarse pero que puede tomar tiempo.

## **Bibliografía**

Clavijo, Sergio. 2001. “Fallos y fallas de la Corte Constitucional”, Libros de **Cambio**, Editorial Alfa Omega Bogotá.

Friedman, Milton. 1986 “La metodología de la economía positiva”, en Franz Khan, Martin Hollis (comps.), **Filosofía y Teoría Económica**, FCE, México.

Elster, Jon. 1994 “The Impact of Constitutions on Economic Performance”, Annual Bank Conference on Development Economics, Banco Mundial.

Estrada, Jairo Álvarez. 2002 “Constitución y modelo económico”, en ILSA, **El debate a la Constitución**, Bogotá.

Kalmanovitz, Salomón. 1999 “La Corte Constitucional y el Emisor”, **Contexto**, Numero 5, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

Kalmanovitz, Salomón. 2001 A **Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia**, Editorial Norma, Cali.

Kalmanovitz, Salomón. 2001 B “El Banco de la República como institución independiente”, **Borradores de Economía**, No. 190, Banco de la República, Bogotá.

North, Douglass. 1995 **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**, FCE, México.

Palacios Mejía, Hugo. 2000 “En busca del un control constitucional “eficiente””, Seminario *Corte Constitucional y economía: Una propuesta para los poderes públicos y la sociedad civil*, Universidad de los Andes, agosto.

Rodríguez, Jorge Armando. 2001 “El Estado unitario descentralizado: Una crítica del enfoque constitucional colombiano”, **Cuadernos de Economía**, No 35, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.

Uprimny, Rodrigo. 2001 “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, **Derecho Público**, No 12, Universidad de los Andes, Bogotá.