



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1,
p. 1-200, 1º sem. 2023

DECISIÓN JUDICIAL Y TEORÍA ECONÓMICA ENTRE EL PENSAMIENTO LIBERTARIO Y EL IGUALITARISMO

Edgar Andrés Quiroga Natale

Posdoctorado en Derecho y Justicia Constitucional (PphD) Universidad de Bolonia (Italia). Posdoctorado en Derecho (Pphd) Universidad Nacional. Doctor en Derecho (Phd) Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico (Msc) Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Unad. Abogado (Summa Cum Laude) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Procurador 122 Judicial Administrativo II. Docente Universitario (Andes, Externado, Nacional, Libre, Sabana, Santo Tomás, entre otras).

Catherine Díaz Sanabria

Magíster en Derechos Humanos (Msc) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Colombia. Abogada Universidad Antonio Nariño. Directora de Posgrados Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Docente e Investigadora Universitaria

Submissão em: 27/04/2023

Aprovado em: 27/04/2023 e 28/04/2023

RESUMEN: La premisa principal del presente trabajo, es que a toda teoría de la justicia le subyace una teoría económica, y, por lo tanto, la decisión judicial debe responder a la articulación de ambas para

evitar fallos ineficientes (desde la asignación) e inequitativos (desde la esfera distributiva).

PALABRAS CLAVE: Decisión judicial, teoría económica, eficiencia y equidad.

ABSTRACT: The main premise of this paper is that an economic theory underlies every theory of justice, and therefore, the judicial decision must respond to the articulation of both in order to avoid inefficient rulings (since the assignment) and inequitable rulings (since the distributive sphere).

KEY WORDS: Judicial decision, economic theory, efficiency and equity.

El enfoque humanista – deontológico del derecho concibe la disciplina como un instrumento para la realización de la justicia en términos de equidad; de la misma manera como el enfoque neoclásico de la economía concibe la ciencia como una herramienta para lograr la eficiencia; no obstante, y aunque *prima facie* resultan claros los “paradigmas” de cada campo del conocimiento, en el momento de concreción de dichos cometidos¹ surgen múltiples problemas de orden epistemológico, sustantivo y práctico respecto de la multiplicidad de nociones, conceptos, enfoques y/o derivaciones de lo que se entiende por Justicia – Equidad y lo que es eficiencia económica, lo cual produce que decisiones justas y eficientes para unos, supongan de forma concomitante que sean injustas e ineficientes para otros.

Si se parte del discurso excluyente y antagónico entre Derecho y Economía² imperioso resultaría concluir que: i) una decisión justa – equitativa es necesariamente ineficiente; y, ii) una decisión eficiente es injusta e inequitativa por definición.

No obstante, el presente estudio se construye sobre la base de un discurso inclusivo y complementario entre Derecho y Economía sosteniendo que es posible lograr decisiones constitucionales económicamente eficientes (desde la asignación) y justas – equitativas (desde la distribución).

¹ En lo que respecta a la asignación y distribución de derechos a través de la sentencia constitucional.

² Con respecto a los paradigmas en cita de algunos modelos de estas disciplinas.

Para lograr una primera aproximación al referido cometido, resulta imperioso reiterar que no existe una sola teoría de la justicia ni un solo modelo económico de eficiencia; por lo tanto, lo primero que hay que identificar (para homologar un lenguaje que haga posible el discurso interdisciplinar), son las teorías de la justicia más relevantes y los modelos de eficiencia que de ellas puedan desprenderse.

A continuación, se presenta de forma muy general los referidos modelos desde el enfoque interdisciplinar que ofrece el derecho económico.

1. EL ESTATUTO ECONÓMICO DE LOS PRINCIPALES MODELOS DE JUSTICIA

Una premisa fundamental del presente análisis, es que existe una relación estrecha e inescindible entre la elección del modelo y/o teoría de justicia que se pretende aplicar, con la teoría y/o modelo económico respecto del cual se pueda medir o juzgar su eficiencia; es decir, que toda teoría de la justicia trae intrínseca una teoría económica respecto de la cual puede medirse, bajo el entendido, que una decisión no es justa o injusta *per se*, por el contrario, será justa o injusta dependiendo de qué teoría se utilice y la forma como puede llegar a medirse y/o verificarse.

En las teorías y/o modelos que se exponen, el concepto justicia se encuentra íntimamente ligado a la igualdad, por el contrario, el concepto eficiencia tiene como premisa o requisito *sine quanon* a la libertad.

1.1 La Teoría Libertaria de la Justicia.

Los principales exponentes de la Teoría Libertaria de la Justicia son Robert Nozick (1974), Von Hayek (1976), James Buchanan (1986) y Milton Friedman (1947), quienes parten del hecho de establecer la libertad como premisa fundamental respecto de la cual se debe edificar un modelo de convivencia política organizada, y por lo tanto, el papel del Estado debe ser el de garantizar los mínimos esenciales de esa libertad y no interferir en nada más, en la medida que el Estado no le puede imponer al individuo un proyecto “común” de vida diferente del mismo que él se ha establecido dentro del marco de las reglas generales, para evitar que la libertad de uno haga nugatoria la libertad del otro.

Bajo este entendido, el bien común no existe, pues lo único común son las reglas generales para el ejercicio de la libertad; por lo tanto, la justicia no es una categoría que pueda aplicarse a una situación social en general sino a los procesos que se desarrollaron para llegar a ella, dando una enorme importancia al marco general de reglas ex – ante de asignación y ex – post de ejercicio.

No se puede pretender la igualdad sin el requisito de la libertad; solo bajo la premisa de la libertad, es que el individuo decide si quiere o no la igualdad frente a otro u otros.

Siguiendo la obra de Castellanos antes citada³, se hará referencia a algunos pasajes que representan el pensamiento de los teóricos en comento. Para Nozick algunas de las ventajas del Estado Mínimo son las siguientes:

“(...) El Estado Mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados en ciertas formas por otros como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas con derechos individuales con la dignidad que esto constituye. Tratándonos con respeto al respetar nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien escojamos, escoger nuestra vida y alcanzar nuestras metas y nuestra concepción de nosotros mismos, en la medida en que podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros individuos con la misma dignidad. Cómo se atreve cualquier Estado o grupo de individuos a hacer más o menos (...)”⁴.

Para Buchanan, la buena política es aquella que puede medirse en función de la satisfacción de aquello que es deseado por lo individuos, por lo tanto, lo importante son las preferencias individuales más allá de la obtención de algún objetivo social:

“(...) nuestro enfoque ha sido el de analizar la elección del individuo entre distintas reglas posibles de la toma de decisiones. No ha sido necesario en ningún nivel del análisis plantear el problema en cuanto a la correspondencia entre la aplicación de esta o aquella regla y la obtención de cualquier objetivo social, postulado, tal como “bienestar social” o el “bien común” (...) El mejoramiento en el funcionamiento de la política, es medido en términos de la satisfacción de aquello

3 ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva.

4 NOZICK, Robert. “Anarchy, State, and Utopia”, Basic Books, 1974 pág 334.

que es deseado por los individuos, lo que quiera que esto sea, mas que en términos de moverse más cerca de algún ideal supra – individualístico, externamente definido (...)⁵.

En igual sentido Hayek sostuvo:

“(...) Espero haber mostrado que la frase “justicia social” no es, como mucha gente piensa, una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos afortunados, sino que ha llegado a ser la insinuación deshonesta de que uno debe aceptar las demandas de algún interés especial para las cuáles no hay razones reales (...) El mayor servicio que yo les puedo hacer a mis conciudadanos es que logre hacer avergonzar a los oradores y escritores por usar el término “justicia social” (...)⁶.

Para Von Mises la existencia de un constructo colectivo racional resulta difícil de creer en la medida que, dada la complejidad de la acción humana y su limitada racionalidad, algunos pocos podrían imponerse sobre la voluntad de la gran mayoría a partir de una falaz promesa de bien general basados en una utópica razón pura:

“(...) Recordemos, en este sentido, a tantos creadores de utopías, lucubrando siempre en torno a imaginarios paraísos terrenales donde sólo la razón pura prevalecería. No advertían, desde luego, que aquellos imperativos absolutos y aquellas verdades manifiestas, tan pomposamente proclamadas, constituían sólo fantasías de sus propias mentes. Considerábanse infalibles, abogando, con el máximo desenfado, por la intolerancia y la violenta supresión de heterodoxos y disidentes. Aspiraban a la dictadura, bien para sí, bien para gentes que fielmente ejecutarían sus planes. La doliente humanidad no podía salvarse más que si, sumisa, aceptaba las fórmulas por ellos recomendadas. (...)⁷.

Milton y Rose Friedman⁸ en su obra “la libertad de elegir” retoman la concepción económica de la teoría libertaria de la justicia para dar argumentos entorno a las bondades de una economía centrada en las preferencias individuales de los agentes de mercado y en oposición a la idea de

5 BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. “El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional”, Barcelona, Planeta Agostini, 1993. Pág. 111.

6 HAYEK Von, Friedrich. “Law, legislation and liberty”, 1976. Pág. 96, 97.

7 VON MISES, Ludwig. “La acción humana”. Traducido del inglés por Reigalbio Joaquín. Unión Editorial. S.A. Madrid, 1986. Pág. 123.

8 FRIEDMAN Milton y FRIEDMAN Rose. “Free to choose”. Ed. Orbis S.A., New York, 1980.

una economía centralizada. La libertad de elegir sin intervención de nadie (y sobre todo del Estado), es un claro ejemplo de cooperación eficiente en donde la función de utilidad resulta óptima para quienes se relacionan, pues esta se encuentra determinada por sus preferencias reales y no por criterios artificialmente contruidos por la planificación central que crea imaginarios colectivos ineficientes violando no solo los presupuestos de maximización de la riqueza sino principalmente la libertad del individuo.

De lo anterior se colige, que para las tesis libertarias la justicia es un concepto ambiguo e indeterminado que se utiliza para justificar el intervencionismo estatal minando, reduciendo y atentando contra las libertades individuales; por lo tanto, la equidad es equiparable a proteger la libre elección de las preferencias individuales (tanto en las reglas ex – ante como de las reglas ex – post)⁹.

Una teoría de la justicia basada en las tesis económicas libertarias genera un imperio de los derechos individuales subjetivos negando el concepto de bien común para poder ir mas allá de la eficiencia de protección de dichas preferencias.

Aunque *prima facie* estas tesis no serían aplicables en un Estado Social de Derecho como el Colombiano, una mirada mas detenida a la teoría de los derechos fundamentales nos lleva a la posibilidad de adoptar dichas aplicaciones para la defensa a ultranza de los mismos frente a la amenaza, mengua o morigeración que puedan tener frente a la adopción de normas y/o políticas que pongan por encima de los citados derechos, construcciones equivalentes a un bien colectivo de mayor valor para desplazarlos.

Por ejemplo, en la discusión y decisión judicial de temas como la dosis personal, en donde el derecho al libre desarrollo de la personalidad entra en aparente colisión con derechos como la salud y la sana convivencia, la aplicación de una teoría libertaria de la justicia definiría dicha tensión en favor del derecho individual a construir y explicitar un proyecto de vida (cuando no existe una vulneración directa respecto de los otros), por considerarla más eficiente, pues la función de justicia es intra – persona, y,

⁹ Respecto de la importancia del respeto a las reglas y su imposibilidad de implicarlas bajo un concepto abstracto de justicia ver ACKERMAN, Bruce. "Social justice in the liberal state". New Haven, Yale University Press, Boston, 1980, pág. 112- 125.

en razón a las preferencias individuales se revela a través de una relación de satisfacción directa:

Si la acción de “A” está condicionada solo por las preferencias de “A” para generar “Z” sin exceder las fronteras propias de las reglas ex – ante a su elección, entonces, solo puede ser eficiente aquella decisión que proteja “Z” pues no hacerlo supondría una mengua en la satisfacción de la elección en procura de proteger derechos indeterminados, lo cual generaría una pérdida irre recuperable de la eficiencia del derecho.

Siguiendo la teoría libertaria de justicia, y en el mismo caso en cita, si con la decisión de “A” de hacer “Z” se afecta “B” en igual medida de las preferencias recíprocas, la decisión mas eficiente sería aquella que pueda justificar en mayor valor de la preferencia de alguno de ellos (típico ejercicio de ponderación en sentido amplio), y en caso de decidir en contra de la preferencia de “A” prohibiendo “Z”, no se hace por la existencia de un bien colectivo mas valioso que la preferencia prohibida, se justificaría en la medida en demostrar que la preferencia individual de “B” es mayor que la de “A”.

En igual sentido Arrow (1950) sostuvo que no puede equipararse el bien común a la *“agregación de las preferencias individuales”*¹⁰, pues resulta imposible medir de forma objetiva y veraz la manera como se agregan dichas preferencias al no existir ningún sistema de votación adecuado y consistente para probar que la agregación de preferencias individuales es igual a la preferencia colectiva. Lo anterior se conoce como el *“teorema de la imposibilidad de Arrow”*¹¹ el cual fue explicitado en un famoso modelo matemático que sirve de soporte científico a las tesis libertarias, para sostener la inexistencia de modelos de equidad que vayan mas allá que la garantía de los derechos y preferencias individuales.

Para Castellanos los estudios de Arrow arrojan conclusiones muy importantes para la construcción de una teoría de la justicia tales como:

“(…) 1. Si un criterio de interés colectivo no se puede construir, entonces el único criterio relevante de la evaluación social es el de la eficiencia. Lo que

10 ARROW, Kenneth. “Social choice and individual values”. New York, Yale, 1963, pág.72

11 ARROW, Kenneth and DEBREU, Gerard. “Existence of and equilibrium for a competitive economy”, *Econometría*, New York, 1954. Pág. 18-32.

importa es que la sociedad sea eficiente, no equitativa. 2. La justificación de la democracia basada en que esta representa la voluntad popular carece totalmente de fundamento: según el teorema de Arrow, ni la democracia ni ningún otro sistema de agregación de preferencias individuales, es capaz de representar la voluntad popular. La democracia no se puede defender con el argumento “populista” de que representa el interés general, sino con el argumento “liberal” de que permite remover a los gobernantes ineptos. 3. Las condiciones institucionales son claves para entender las preferencias sociales. Es decir, las preferencias sociales que se expresan dependen del marco institucional a través del cual son consultadas: usted tiene unas instituciones, y eso produce mas preferencias sociales. Usted cambia el marco institucional, y usted obtiene unas preferencias sociales distintas (...)”¹².

No puede resumir mejor el pensamiento económico que sustenta la aproximación a la teoría de la justicia libertaria que la frase de Friedman: “(...) *No es que la eficiencia someta a la justicia, todo lo contrario, el nivel mas óptimo de eficiencia representa la justicia misma (...)*”¹³.

La teoría libertaria de la justicia desarrolló varios modelos económicos en búsqueda de un sustrato mas científico de sus postulados, además del teorema de Arrow (ya citado), a continuación se presentan (a título descriptivo) algunos modelos económicos tradicionales que resultan de utilidad para el presente estudio.

1.1.1 Modelo del Equilibrio General Neoclásico:

La economía clásica sentó las bases de la ciencia económica moderna a través de autores tan importantes y representativos como Adam Smith y David Ricardo,¹⁴ cuyos diversos aportes también se ubican en el campo de los presupuestos metodológicos de lo que Becker posteriormente de-

12 CASTELLANOS, García, Daniel. *¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012. Pág. 46 y 47.

13 FRIEDMAN, Milton. “Lerner on the economics of control”. *Journal of political economy*, Chicago, 1947. Pág. 52.

14 Véase SMITH, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones”. Trad. Gabriel Franco, México, 1958, pág. 44. SMITH, Adam. “Wealth of nations”, ed. W.R. Scott, 1925, pág. 69. RICARDO, David. “Principios de economía política y tributación”. Fondo de Cultura Económica. México, 1992. Pág. 28.

nominaría el Homo Economicus¹⁵, creando un modelo que partía de la comprensión de tres características básicas del individuo que podían extrapolarse al conjunto universal de consumidores, las cuales son a saber: racionalidad, egoísmo y maximización.

Aunado a lo anterior, el modelo clásico pregonaba los esenciales de la libertad del individuo (la cual suele estar asociada intrínsecamente al concepto de eficiencia), la no intervención o mínima intervención del Estado en la economía (*laissez faire, laissez passer*), y por supuesto, la idea de que el mercado a través de la confluencia de las fuerzas de la oferta y la demanda es el mejor y mas eficiente asignador de precios.

Sin embargo, solo fue hasta que las tesis en cita fueron “matematizadas”, y comenzaron a darse modelos de aplicación de las mismas, que surgió lo que hoy conocemos como microeconomía, la cual nace de la retoma del pensamiento clásico pero con un gran énfasis en la marginalidad, utilidad y el equilibrio general, lo cual suele identificarse con un pensamiento económico neoclásico.

Los autores mas representativos de ésta “revolución neoclásica” fueron Carl Menger, William Stanley Jevons, León Walras y Alfred Marshall.¹⁶

A continuación, se presentarán algunos de los conceptos básicos sobre los cuales se construye la teoría del equilibrio general neoclásico los cuales resultan útiles para la comprensión de los supuestos de la escuela de pensamiento en estudio.

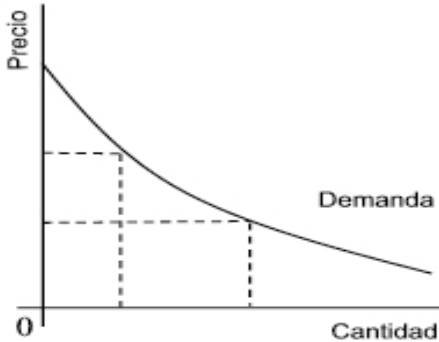
1.1.1.1 Ley de la oferta y la Demanda:

El equilibrio neoclásico parte de poner en interacción dos principales reglas: i) la ley de la demanda: manteniéndose todo lo demás constante, la cantidad demandada de un bien disminuye cuando su precio aumenta; por lo tanto, existe una relación inversamente proporcional entre precio y cantidad.

15 BECKER, William. “Homo economicus”. Chicago, 1981, pág 2.

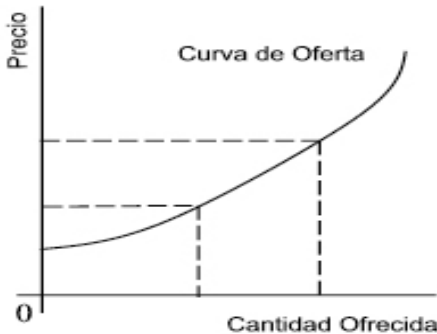
16 Ver MENGER, CARL. “Principios de economía política”. Unión Editorial, México, 1997. Pág. 112-146. JEVONS, William Stanley. “The theory of political economy”. London 1871. Pág 68 -89. WALRAS, León. “Éléments d’ économie politique pure”. Paris, 1926. Pág 214 – 269. MARSHALL, Alfred. “Principles of economics”. London. 1980. pág 39 – 122.

Figura 1. La ley de la Demanda¹⁷:



ii) la ley de la oferta: manteniéndose todo lo demás constante, la cantidad ofrecida de un bien aumenta cuando sube el precio; generándose una relación inversamente proporcional entre la oferta y la demanda.

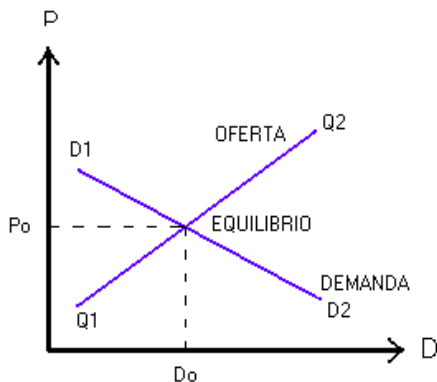
Figura 2. La ley de la Oferta¹⁸:



La interacción de estas dos fuerzas (oferta y demanda) en un escenario de libertad de confluencia, genera que en algún punto se encuentren alcanzando el precio un nivel en donde la cantidad ofrecida y la demandada se igualan generando un equilibrio general.

¹⁷ <http://www.economia.ws/oferta-y-demanda.php> Consultado el 02 de febrero de 2012. 8:00am

¹⁸ <http://www.economia.ws/oferta-y-demanda.php> Consultado el 02 de febrero de 2012. 8.21 am

Figura 3. Equilíbrio geral¹⁹.

A estes conceitos básicos se les fueron agregando otros cuya utilidad para el estudio que nos ocupa resulta insoslayable, tal es el caso conceptos como: el excedente del consumidor, el excedente del productor, las curvas de indiferencia, la elasticidad y la utilidad marginal.

1.1.1.2. Excedentes del consumidor y del productor:

Por excedente del consumidor se entiende *“la disposición a pagar de un comprador menos la cantidad que paga realmente”*²⁰, es decir, que habrá excedente del consumidor cuando la cantidad que está dispuesto a pagar por un bien y/o servicio es menor a la que termina pagando efectivamente. Y por excedente del productor, ha de entenderse *“la cantidad que persigue un vendedor por un bien menos el coste de producirlo”*²¹.

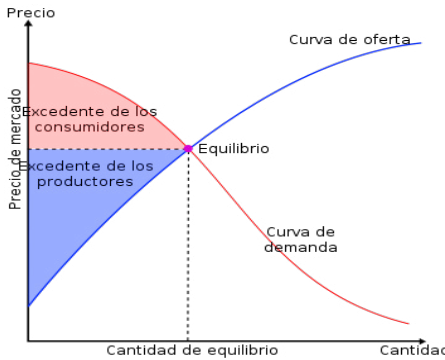
Un modelo económico que propenda por niveles eficientes de asignación de los recursos con una tendencia a igualar el excedente del productor con el excedente del consumidor se reputa en equilibrio logrando no solo una maximización del excedente total de los miembros de una sociedad, sino alcanzando una equidad prima facie respecto de dichos miembros.

19 <http://gitetur.wikispaces.com/Las+funciones+de+demanda+y+oferta+y+sus+movimientos>. Consultado 02 de febrero de 2012. 8:40am.

20 MANKIW, Gregory. “Principios de Economía”. Mc Graw Hill, Tercera edición, Madrid. 2004, pág 8.

21 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 91.

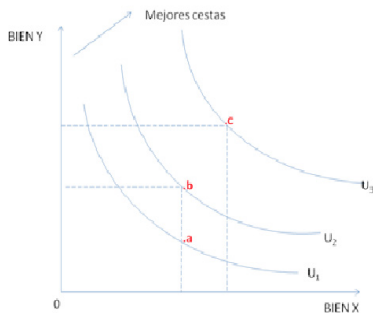
Figura 4. Excedentes del consumidor y productor en un modelo de equilibrio²².



1.1.1.3. Las Curvas de Indiferencia:

Las curvas de indiferencia en un modelo neoclásico del equilibrio representan las diferentes opciones de consumo que le reportan al consumidor un mismo nivel de satisfacción dentro de su restricción presupuestaria, lo cual resulta útil para poder medir o calcular la relación marginal de sustitución, es decir, *“relación a la que un consumidor está dispuesto a intercambiar un bien por otro”*²³.

Figura no. 5. Curvas de Indiferencia²⁴.



22 http://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Economic-surpluses_es.svg. Consultado el 10 de febrero de 2012. 5:00pm.

23 MNKIW. Ob. Cit. Págs. 280 y 281.

24 <http://jaimesuarez10.blogspot.com/2010/08/el-estudio-del-comportamiento-del.html>. Consultado el 02 de abril de 2012. 10:00pm.

De acuerdo con el modelo, los consumidores son racionales y maximizadores de la utilidad que le reporta la escogencia de determinadas preferencias, por lo tanto, las mismas pueden ser ordenadas de conformidad con los principios de transitividad²⁵, completitud²⁶ y monotonicidad²⁷, y, en consecuencia (en condiciones normales), tienen pendiente negativa, no se cortan entre sí y son convexas al origen.

1.1.1.4. Elasticidad de la Demanda y de la Oferta:

Otro concepto inescindible a la teoría general del equilibrio neoclásico es el de la elasticidad entendida como la “medida de la sensibilidad de la cantidad demandada o de la cantidad ofrecida a uno de sus determinantes”²⁸, es decir, la forma de medir cuantitativamente el nivel de respuesta de los oferentes y demandantes ante la introducción de variables a la relación directa de equilibrio.

La elasticidad – precio de la demanda se calcula *“dividiendo la variación porcentual de la cantidad demandada por la variación porcentual del precio”*²⁹, por ejemplo si cuando sube un 30% el precio de la gaseosa y la cantidad que consumimos de la misma (por efecto de la subida del precio) se reduce en un 10% la elasticidad de la demanda sería igual a:

$$\text{Epd: } 30/10$$

$$\text{Epd: } 3$$

De acuerdo al nivel de variación de la elasticidad – precio, la demanda puede ser: i) perfectamente inelástica (cuando la demanda es igual a cero); ii) inelástica (cuando la demanda es menor que 1); iii) elástica unitaria (cuando la demanda es igual a 1); iv) elástica (la elasticidad es mayor que 1); y, v) perfectamente elástica (cuando la elasticidad es igual a infinito).

25 Si a es mejor que b; y, b es mejor que c, entonces a es mejor que c.

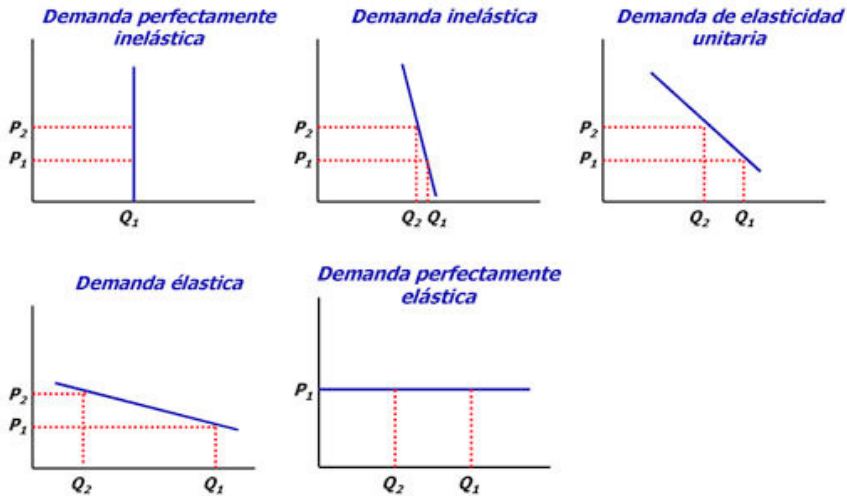
26 Siempre es posible ordenar “paquetes o canastas” de posibilidades de acuerdo a las preferencias.

27 Los individuos siempre prefieren mas a menos bienes y/o servicios.

28 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 56.

29 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 56.

Figura 6. Comportamiento de la elasticidad – precio de la demanda³⁰:



La elasticidad – precio de la oferta se calcula “*dividiendo la variación porcentual de la cantidad ofrecida por la variación porcentual del precio*”³¹. Por ejemplo, una subida del precio de los carros del 10% genera un aumento en la producción de los mismos del 20% entonces la elasticidad – precio de la oferta es igual:

$$\text{Epo: } 20/10$$

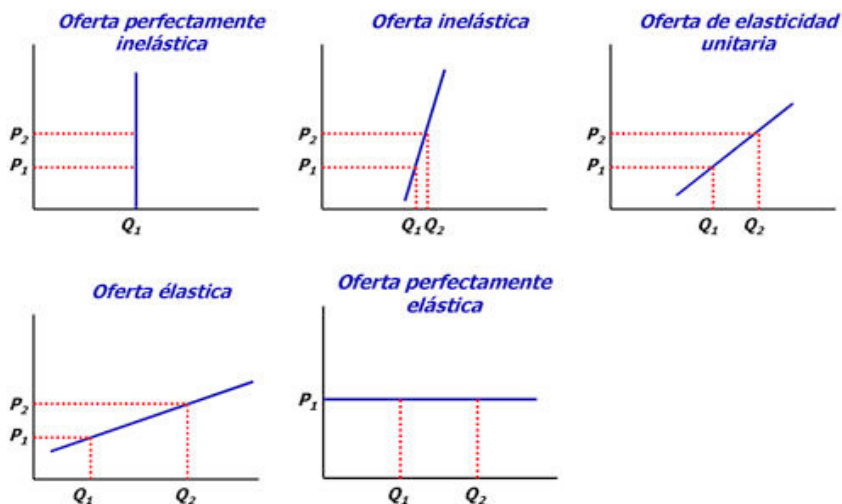
$$\text{Epo: } 2$$

De acuerdo con el nivel de la variación de la elasticidad – precio, la oferta puede ser: i) perfectamente inelástica (cuando la elasticidad es igual a cero); ii) inelástica (cuando la elasticidad es menor que 1); iii) elástica unitaria (cuando la elasticidad es igual a 1); iv) elástica (cuando la elasticidad es mayor que 1); y, v) perfectamente elástica (cuando la elasticidad es igual a infinito).

30 <http://www.gestiopolis.com/economia/economia-y-sus-conceptos.htm>. Consultado el 25 de abril de 2012 a las 11:00pm.

31 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 62.

Figura 7. Comportamiento de la elasticidad – precio de la oferta³²:



El concepto de elasticidad es muy útil para establecer los niveles e impacto de las variaciones de las cantidades ofrecidas y demandadas ocurridas por la introducción de variables o determinantes que las hacen modificar.

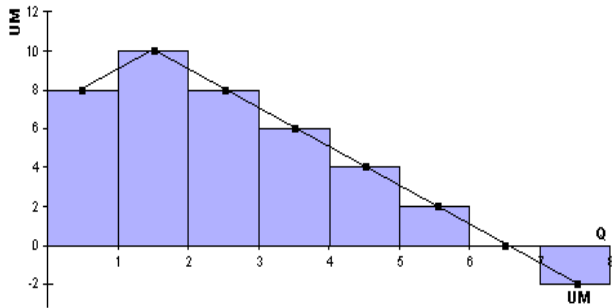
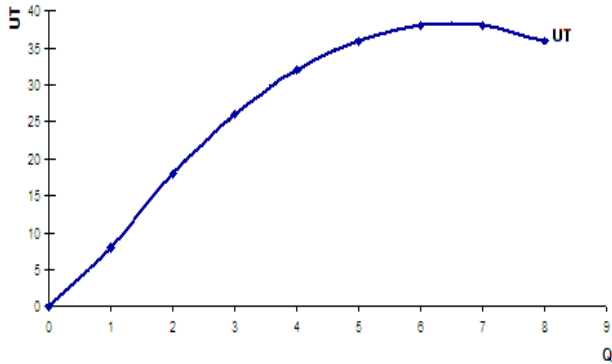
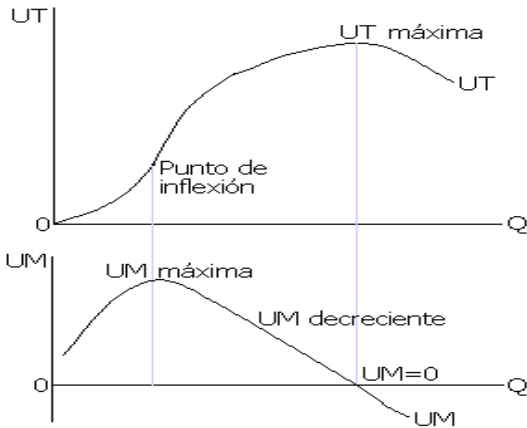
1.1.1.5. Utilidad Marginal:

La utilidad conforme a una visión Benthaminana de distribución se corresponde con “una medida abstracta de la satisfacción o la felicidad que reporta a un consumidor una cesta de bienes”³³. Por lo tanto, la utilidad marginal hace referencia a la satisfacción que le produce a un consumidor el hecho de consumir una unidad adicional del bien.

La noción de utilidad marginal decreciente expresa aquella situación en donde cuando mayor es la cantidad consumida menor es la utilidad marginal generada por cada unidad de consumo adicional.

32 <http://www.gestiopolis.com/economia/economia-y-sus-conceptos.htm>. Consultado el 25 de abril de 2012 a las 11:00pm.

33 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 284.

Figura 8. Utilidad y Utilidad Marginal:³⁴.Figura 9. Utilidade Marginal Decreciente:³⁵.

34 <http://www.auladeeconomia.com/micro-material3.htm>. Consultado el 27 de abril de 2102. a las 9:00am.

35 <http://www.auladeeconomia.com/micro-material3.htm>. Consultado el 27 de abril de 2102. a las 9:00am.

La comprensión general del modelo del equilibrio neoclásico puede ser de utilidad para el juez constitucional de control abstracto (utilizando la técnica de proporcionalidad), ya que por medio del entendimiento y aplicación de sus esenciales puede establecer de alguna manera las consecuencias exógenas de su fallo sobre todo por el efecto erga omnes que acompaña al mismo, por ejemplo, en el momento de estudiar la constitucionalidad de una norma de carácter tributario, puede establecer el nivel de asignación y el alcance distributivo de la misma, los márgenes de aumento o reducción del excedente del consumidor, el grupo focal que potencialmente pudiera perjudicarse con la medida, el nivel de regresividad de dicha medida, etc., lo cual redundaría en la comprensión respecto de la conveniencia o inconveniencia de la medida no solo en términos jurídico – políticos sino además económicos.

De igual forma, en el ejercicio del control en concreto de constitucionalidad (utilizando la técnica de la ponderación), el juez constitucional puede establecer en la medición de los *pondus* de los principios, variables que le permitan conocer su margen de elasticidad, las curvas de indiferencia en el ejercicio de los mismos y la determinación del peso abstracto, dando como consecuencia una mejor comprensión y aplicación del coste de la decisión en términos absolutos y relativos lo cual genera la construcción de mejores asignaciones a través de la sentencia.

1.1.2 Modelo de Eficiencia y Óptimo Paretiana:

El economista Vilfredo Pareto postuló un modelo de eficiencia – equilibrio a partir de la premisa que “(...) *una situación social es eficiente si no es posible mejorar a alguien sin empeorar a alguien mas (...)*”³⁶; no obstante, dicha premisa ofrece dos clases diferentes de interpretaciones, una relativa y otra absoluta:

“(...) En la interpretación relativa, una situación social solamente puede ser eficiente o ineficiente en relación con otra. Por ejemplo diremos que una situación social a es eficiente con respecto a una situación social b si en la situación a todos los individuos, de manera unánime, dicen estar mejor o

36 PARETO, Vilfredo. “Manual of political economy”. London, 1906, pág. 33.

*igual que en la situación b. Por el contrario, si en la situación a algunos individuos están mejor que en la situación b, pero otros están peor, yo no puedo categorizar las situaciones a y b en términos de eficiencia. Por su parte, en la interpretación absoluta de la noción de eficiencia diré que una situación social a es eficiente si no hay ninguna otra situación social b en la que todos los individuos digan unánimemente que prefieren b a a. Por el contrario, diré que una situación social b es ineficiente si existe por lo menos una situación social a en la que todos los individuos digan unánimemente que prefieren a a b (...)*³⁷

La eficiencia paretiana evita enfrentar las comparaciones interpersonales de utilidad, basta con hacer comparaciones intra – individuales; no obstante, no es suficiente para definir la decisión mas equilibrada, pues la multiplicidad de elementos que puede tener una situación social “X” puede ser tal que puedan existir en términos relativos muchos resultados eficientes, pero en términos absolutos se generen ineficiencias.

Esta teoría llevada de forma sencilla al campo del consumo de los derechos, podría suponer que un derecho (bien) es igual a la sumatoria de los elementos intrínsecos que lo componen, por ejemplo si el derecho (bien) está compuesto por los elementos a, b, c y d, es decir X: (a+b+c+d); entonces, si una decisión Y está mejorando los elementos a, b y c pero empeorando d se podría decir que hay eficiencia relativa respecto a, b y c pero ineficiencia relativa en d; sin embargo si X es mirado de forma absoluta, la conclusión será que la decisión Y es ineficiente.

Por ejemplo si el derecho al debido proceso (DP) es entendido como la sumatoria de los principios y/o núcleos esenciales que lo integran a saber: legalidad (l), publicidad (p), contradicción (c), defensa (d), indubio (i), no reformatio in pejus (nip), nom bis in ídem (nii), nulidad de pleno derecho (npd); entonces, DP: (l+p+c+d+i+nip+nii+npd). Y una decisión judicial Z protege y/o mejora l, i, nip, nii y npd pero desprotege o desmejora p, c y d; entonces, podría decirse que respecto a los primeros elementos la decisión es eficiente pero respecto a los últimos la decisión es ineficiente; luego si puede escindirse DP se concluirá la eficiencia parcial de la medida, a con-

37 CASTELLANOS García, Daniel. ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pág 16.

trario sensu, si DP es considerado como un todo la decisión judicial Z será totalmente ineficiente.

Esta teoría puede tener aplicación en un escenario de control en concreto de constitucionalidad³⁸ (utilizando la técnica de ponderación) en donde exista una colisión de derechos y/o principios, pues ello generaría una comparación interpersonal³⁹; por el contrario, si el caso supone solo una verificación de lesión, amenaza, mengua o desmedro de un derecho en particular (sin colisión con otro), la eficiencia paretiana se ofrece como una herramienta para que el juez tome una decisión de protección intra - subjetiva del derecho con el mayor logro en el nivel de satisfacción o eficiencia del mismo.

Por último, se hace claridad que se está haciendo referencia a la eficiencia paretiana y no al óptimo de Pareto, pues éste último supone el problema de escoger la mejor decisión (decisión óptima) entre todas las decisiones eficientes posibles. Llevado al campo del consumo de los derechos, podría afirmarse que un óptimo de Pareto *“implica la relación de las utilidades marginales de los bienes para todos los consumidores (...) si tal igualación no se produjera, entonces al menos uno de los consumidores, en este modelo, no estaría obteniendo la máxima satisfacción posible con su ingreso disponible (...)”*⁴⁰.

El óptimo paretiano se diferencia de otros teoremas neoclásicos como el teorema del equilibrio walrasiano no solo en su formulación sino sobre todo en su aplicación⁴¹:

38 Por ejemplo, en la solución de acciones de tutela.

39 Para lo cual será mas equilibrados otros modelos que veremos mas adelante.

40 CUEVAS, Homero. “Teorías Económicas del mercado”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág 278.

41 La siguiente tabla con base en MONSALVE, Sergio “Introducción a los conceptos de equilibrio en economía”. Universidad Nacional de Colombia. 1999, páginas 19 y 31.

Teorema o modelo del óptimo Paretiano	Teorema o modelo del Equilibrio Walrasiano ⁴²
Una asignación factible $\{(X_a, X_y), (X_b, Y_b)\}$ de una economía competitiva, es un óptimo de Pareto si no existe otra asignación factible $\{(X'_a, X'_y), (X'_b, Y'_b)\}$ tal que $U_i(X'_i, Y'_i) > U_i(X_i, Y_i)$ para todo i , y $U_j(X'_j, Y'_j) > U_j(X_j, Y_j)$ para algún j .	Sean ⁴³ : $U_i: R^2 + \text{_____} R$ $(X_i, Y_i) \text{_____} u_i(X_i, Y_i)$ para $i = A, B$, funciones de utilidad continuas, monótonas crecientes y cuasicóncavas estrictas y (W_xA, W_yA) y (W_xB, W_yB) las dotaciones iniciales de los consumidores A y B , respectivamente. Además, supongamos que si $P_j = 0$ entonces $Z_j: (P_x, P_y) > 0$ para $j = X, Y$ ⁴⁴ . Entonces existe algún par de precios positivos (P_x, P_y) tales que $Z_x(P_x, P_y) = 0$ y $Z_y(P_x, P_y) = 0$; es decir, existe un equilibrio walrasiano para la economía descrita por estas funciones de utilidad y dotaciones iniciales.

De lo anterior se colige que el óptimo paretiano sí exige una comparación intersubjetiva de preferencias y satisfacciones lo cual puede servir de herramienta para el juez constitucional en escenarios de control abstracto de constitucionalidad (acción pública de inconstitucionalidad, acción de nulidad por inconstitucionalidad), para medir las consecuencias de su decisión en el conjunto del mercado debido a los efectos erga omnes de esta clase de fallos.

1.1.3. Teoría del equilibrio Keynesiano

John Maynard Keynes fue uno de los economistas más influyentes del siglo XX quien a través de sus principales obras⁴⁵ fundó los presupuestos modernos de lo que hoy se conoce como macroeconomía.

Keynes refutó las teorías lesseferistas ortodoxas (principalmente las tesis de Hayek) y destacó el invaluable papel del Estado en la generación de políticas de intervención tendientes al aumento de la tasa de empleo y como consecuencia de ello, el aumento en la capacidad adquisitiva, el consumo y el bienestar general.

42 Denominado así por su creador León Walras.

43 $R^2 +$ es el cortante no negativo del plano cartesiano, es decir $R^2 + = \{(a,b) \in R^2/a > 0 = 0, b > 0 = a 0\}$

44 Esta hipótesis es conocida como el axioma de deseabilidad.

45 Por ejemplo, el "Tratado de la probabilidad", "Tratado sobre la reforma monetaria", "Cómo pagar la guerra" y "Teoría general del empleo, el interés y el dinero", entre otras.

No obstante, la propuesta keynesiana no se basa en un control y absoluta dirección del Estado en la economía, pues considera que esto conllevaría a modelos autoritarios profundamente ineficientes; por el contrario, propone que con fundamento en criterios de respeto por la libertad individual y la eficiencia, se construyan sistemas de intervención que permitan garantizar a través del aumento del empleo una mejor distribución de los recursos escasos disponibles en la economía. En punto de discusión afirma:

“(...) Los sistemas estatales autoritarios hoy en día parecen resolver el problema del desempleo a expensas de la eficiencia y la libertad. Es cierto que el mundo no toleraría por mucho tiempo el desempleo que, aparte de breves intervalos de auge, está asociado –y, en mi opinión, inevitablemente aceptado– con el individualismo capitalista presente. Pero puede ser posible, mediante un correcto análisis del problema, curar la enfermedad preservando la eficiencia y la libertad (...)”⁴⁶.

Partiendo de la importancia del rol que juega el Estado en la economía, Keynes propone el análisis de los fundamentales de las fuerzas del mercado (oferta y demanda), a partir no de una explicación endógena que los justifica así mismos, por el contrario, cuestiona la ley de Say⁴⁷ y plantea la discusión a través de la comprensión de agregados que permiten redefinir el concepto de equilibrio. Estos son a saber:

i) La Oferta agregada (OA)⁴⁸:

$$OA = C + A$$

Oferta agregada, es igual al ingreso y producto nacional.

Oferta agregada equivalente al volumen de empleo.

C = Consumo final (alimentación, vestuario, etc.)

A = Inversión producto.

ii) La demanda agregada (DA)⁴⁹:

$$DA = C + I_p + (G - R) + (X - M)$$

46 KEYNES, John Maynard. “Teoría del empleo, el interés y el dinero”. Fondo de Cultura Económica, México, 1990. Pág 88.

47 Tosa oferta genera su propia demanda.

48 Siguiendo los postulados desarrollados en Keynes. Ob. Cit.

49 Siguiendo los postulados desarrollados en Keynes. Ob. Cit.

Componentes de la demanda agregada (DA) y la solución al desempleo
Consumo (C)

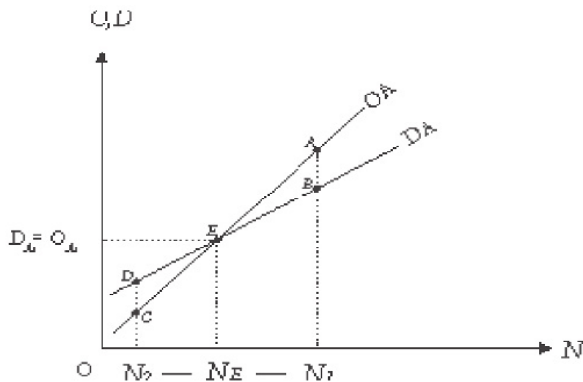
Inversión planeada (I_p)

Gasto público menos impuestos (G-R)

Exportaciones menos importaciones (X-M).

La convergencia de la oferta y la demanda agregada genera un nuevo escenario de equilibrio así:

Figura 11. Equilibrio a partir de la oferta y la demanda agregada⁵⁰:



Explicando este modelo de equilibrio concluye Cuevas: “(...) *En síntesis, a niveles de empleo mayores a N_e (como N_1) se pone en acción un mecanismo para disminuir el nivel de empleo, y a niveles menores que N_e (como N_2) se pone en acción un mecanismo para aumentar el nivel de empleo. Este tiende automáticamente, entonces, hacia N_e . Esto significa que N_e es el nivel de empleo de equilibrio (...)*”⁵¹.

Al respecto afirma Fernández haciendo alusión al modelo keynesiano:

“(...) *Es muy conveniente que quienes están interesados en entender la política económica se familiaricen con el uso de esos diagramas, mientras no pierdan de vista los supuestos que están detrás de las curvas (...)* no se debe olvidar que las formas de esas curvas y la magnitud de sus despla-

50 Tomado de CUEVAS. Ob. Cit. Pág. 322.

51 CUEVAS. Ob. Cit. Pág. 322.

*mientos dependen de las características del mercado de trabajo, el mercado del producto, y el mercado monetario (...)*⁵².

El entendimiento del juez constitucional del modelo de equilibrio keynesiano, le permite reconocer el contenido distributivo de las normas (leyes o decretos), de naturaleza económica sobre las cuales hace control, y, concomitante a ello, los efectos sobre dicho contenido distributivo generados por la decisión que pretenda adoptar, advirtiendo sus consecuencias y los alcances en su efecto útil en la política económica del Estado. Lo anterior, resulta importante a la hora de fallar sobre la exequibilidad (simple o modulada) y/o inexecutable de normas referentes a temas como tratados de libre comercio, impuestos, hacienda pública, servicios públicos domiciliarios, competencia, consumo, etc.

1.1.4. Teoría Institucionalista y equilibrio institucional.

La teoría institucional (y el nuevo institucionalismo), fueron mas allá del estudio de las relaciones de transacción existentes entre productores y consumidores en el escenario del libre mercado, cuestionan el modelo del equilibrio perfecto neoclásico pues considera que éste no tiene en cuenta un factor absolutamente vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el mercado, dicho factor lo constituye: Las Instituciones.

Los principales exponentes del institucionalismo son Douglas North⁵³ y Oliver Williamson⁵⁴ quienes a través de unos supuestos de análisis tales como el individualismo metodológico, la maximización de la utilidad, la racionalidad limitada y el comportamiento oportunista, explicaron el rol que juegan las instituciones y el diseño institucional en la forma como se asignan y distribuyen los recursos en una sociedad.

Para North las instituciones son *“(...) restricciones que surgen de la inventiva humana para limitar las interacciones políticas, económicas y so-*

52 FERNANDEZ RIVA, Javier. “Modelos clásico y keynesiano. Un enfoque teórico con especial atención a su relevancia para la economía colombiana”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, págs. 61 y 62.

53 Ver “Instituciones, cambio institucional y desempeño económico”.

54 Ver “Las instituciones económicas del capitalismo”, “Comportamiento y desarrollo institucional”.

*ciales (...)*⁵⁵. Estas a su vez pueden ser formales tales como las constituciones, leyes, decretos, etc., pero también existen instituciones informales como los usos y costumbres sociales que en su conjunto forman el “ambiente institucional” sobre el cual se limitan y/o permiten las interacciones y/o transacciones.

Los institucionalistas otorgan especial interés a la variable temporal y la forma como esta va mutando y adecuando los arreglos institucionales, lo cual es bastante útil para hacer mas detallados análisis comparativos en la evolución que experimentan ciertos diseños en el corto, mediano y largo plazo y su forma de adaptarse sobre todo a las transformaciones experimentadas en las instituciones informales.

Williamson por su parte, desarrolló un estudio de la importancia del análisis de los costos de transacción en la eficiencia empresarial el cual puede extrapolarse a diferentes campos de los escenarios de intercambio⁵⁶.

El equilibrio institucional es definido por North así:

“(...) una situación en que dada la fuerza negociadora de los jugadores y el conjunto de operaciones contractuales que componen un intercambio económico total, ninguno de los jugadores consideraría ventajoso dedicar recurso a reestructurar los acuerdos. Obsérvese que una situación así, no significa que todo el mundo esté satisfecho con las normas y contratos existentes, sino sólo que los costos y beneficios relativos de alterar el juego, entre las partes, indican que no es aconsejable hacerlo (...)⁵⁷.”

El referido equilibrio, (anota Pinzón) por una parte se asemeja al concepto de equilibrios inestables que propone la teoría general de sistemas, en donde los puntos de estabilidad del sistema son temporales y mutan conforme a la adaptación del organismo con su entrono; por otra parte,

55 NORTH. Ob. Cit. Pág. 24.

56 Respecto a la relación entre costos de transacción y cambio institucional sostiene Pinzón:“(...) Al analizar las razones por las cuales se generan los cambios marginales en el ambiente institucional, se observa, que éstos son el resultado de un análisis costo – beneficio que realiza cada uno de los agentes que se ven afectados por el arreglo institucional vigente. Así, si los recursos que se deben invertir para propiciar el cambio, producen beneficios superiores a dicha inversión, el agente tendrá razones para intentar llevar a cabo esa iniciativa. En caso contrario, es posible que se esté frente a un escenario de equilibrio institucional (...)” PINZON Camargo, Mario Andrés. “Aproximaciones al análisis económico del derecho”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010. Pág. 95.

57 NORTH. Ob. Cit. Págs. 113 y114.

también tiene estrecha relación con el equilibrio de Nash⁵⁸ por la falta de incentivos que tienen los agentes para cambiar y/o mutar su posición.

El conocimiento de los presupuestos metodológicos del institucionalismo es importante para el juez constitucional, pues le sirve como herramienta analítica para analizar entre otras cosas, las transformaciones que va experimentando la sociedad (instituciones informales) en relación con las reglas positivas que la regulan (instituciones formales) y así entender la necesidad de cambiar el precedente cuando las segundas han sido palmaria-mente superadas por las primeras.

Por ejemplo, hace unos años nuestro ordenamiento jurídico establecía que los hijos nacidos por fuera del matrimonio eran de “dañado y punible ayuntamiento” (posteriormente se les denominó “naturales”), y en razón a dicha condición, les era proscrito la asignación de algunos derechos de los cuales solo gozaba el hijo “matrimonial”. Lo anterior debido al marcado confesionalismo que regía en la época tanto en la costumbre como en las normas positivas. En la actualidad, dichas instituciones formales tuvieron que ser replanteadas conforme también, cambió la dinámica social para entender que tanto los unos como los otros tienen los mismos derechos.

Este análisis de dinámica temporo – institucional, lo ha empleado la Corte constitucional por ejemplo en temas como el aborto, eutanasia, matrimonio y adopción en parejas del mismo sexo, en donde conforme a la lectura de una específica dinámica social en las primeras sentencias no se reconocía (o su reconocimiento era tímido y minoritario), la posibilidad de aplicar estos derechos sin caer en el quebrantamiento de la norma positiva, pero que con el paso del tiempo (importante variable institucional) se fue adaptando y morigerando su posición al punto de reconocer en la actualidad: i) tres circunstancias de no punibilidad del aborto⁵⁹, ii) el derecho a morir dignamente⁶⁰, iii) igualdad de derechos pensionales y seguridad

58 El cual ha de estudiarse en el presente acápite.

59 A saber, malformación grave del feto, riesgo médico para la vida de la madre y haber sido la concepción producto de un acceso carnal violento (Sentencia C-355 de 2006).

60 Bajo el entendido que la eutanasia puede ser vista como una forma negativa de proteger el derecho iusfundamental a la vida en condiciones dignas (Sentencia C-239 de 1997).

social⁶¹, igualdad en derechos políticos⁶², igualdad en status de relación⁶³ y adopción⁶⁴ (cuando uno de los miembros de la pareja es el padre y/o madre biológico) respecto de parejas del mismo sexo.

1.2 La Teoría Igualitaria de la Justicia.

Entendemos por Teoría igualitaria de la justicia al conjunto de tesis y/o modelos de justicia que se centran en la igualdad para derivar lo que se entiende por equidad en las decisiones individuales y/o colectivas, con soporte en el bien común y en procura de aumentar el bienestar general (no solo como una exigencia política sino principalmente como un deber ético); además, es una constante en el pensamiento “igualitario” el papel protagónico del Estado como planificador, generador de diseños institucionales y veedor de los consensos.

Aunque de ninguna manera se pueden desconocer los invaluable aportes de Marx y Engels⁶⁵, entorno a las tesis igualitarias que inspiraron sus trabajos, en procura de demostrar i) como el Estado resulta ser un aparato de dominación para perpetuar en el poder a la clase burguesa, ii) como el burgués se queda ilegítimamente con parte del fruto del trabajo del proletariado a través de la plusvalía⁶⁶, iii) como a través de la dominación de la clase burguesa sobre la clase proletaria se está reinvertiendo el verdadero “orden social”⁶⁷, etc., sus tesis no permiten articular un modelo de justicia con criterios de eficiencia económica institucional, por lo tanto, a efectos del presente trabajo, se estudiarán como los principales exponentes de la Teoría igualitaria de la Justicia a Jeremy Bentham, John Rawls, Amartya Sen, Gauthier y John Nash (entre otros), cuyos trabajos y estudios revelan

61 Sentencia C-075 de 2007 y C-577 de 2011.

62 Sentencia T-911 de 2009.

63 Sentencia c-577 de 2011.

64 Sentencia SU-617 DE 2014.

65 En obras como “El Capital”, “El manifiesto comunista”, “Del socialismo utópico al socialismo científico”, entre otras.

66 La cual constituye la teoría económica del valor en Marx.

67 Ya que Marx afirma en “el capital” que en un comienzo dicho orden estaba jerarquizado en prioridad a quien era el dueño de la tierra (terratiente), luego a éstos les fue arrebatado el poder por quienes son los dueños del medio de producción denominado capital (los capitalistas), pero tanto unos y otros dependen para existir de la fuerza laboral del proletariado, el cuál resulta ser el mas importante en la relación de producción, entonces conforme a un nuevo orden social debería ser el proletariado quien detentara el poder. Lo anterior extraído de las reflexiones de MARX, Carl. “El Capital”. Fondo de Cultura Económica, México, 1987. Pág. 35 a la 74.

una clara inclinación igualitaria pero con fundamento en criterios de eficiencia; sin embargo, sus postulados resultan disímiles entre sí debido a sus particulares posturas epistemológicas, políticas y económicas, razón por la cual expondremos su pensamiento de forma separada.

1.2.1. La teoría utilitarista de la justicia.

Jeremy Bentham fundó las bases teóricas del utilitarismo (el cual fue seguido y robustecido posteriormente por varios políticos, juristas y economistas)⁶⁸, centrado en la premisa (elevada a principio de utilidad) de que la justicia consiste en proveer del mayor grado de felicidad al mayor número de personas posibles:

“(...) Los seres humanos están bajo el gobierno de dos amos soberanos, el placer y el dolor (...) principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de acuerdo con la tendencia que parezca tener de aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés esté en cuestión, o, lo que es lo mismo en otras palabras, de promover u oponerse a esa felicidad (...)”⁶⁹.

Por lo tanto, el mayor valor de la función social de la utilidad es la felicidad, y esta se logra según Bentham a partir de la sumatoria de la felicidad individual; es decir, por medio de la suma agregada de preferencias de felicidad individual. De ahí deviene que el interés colectivo es la suma de los intereses individuales y al alcanzarlo se logra la justicia social.

Aunque la tesis utilitarista se suele adscribir a la teoría de justicia de corte igualitarista, pues i) reconoce la existencia del bien común, ii) cree en la suma agregada de preferencias, iii) persigue un aumento en la felicidad colectiva; no necesariamente resulta ser una teoría redistributiva, ya que la función de utilidad social se mide en relación de la felicidad del mayor número posible de personas, es decir, de la mayoría. Hecho que llevado a una praxis económica restrictiva, significaría una justificación para la exclusión de la felicidad de las minorías, aunado a que lo importante es la consecución en el aumento total de la felicidad sin reparo en la forma como

68 Por ejemplo, John Mill, Sidgwick, Beltine, Cristemuar, entre otros.

69 BENTHAM, Jeremy. “The principles of morals and legislation”, In: Collection Great Books in philosophy, Prometheus Books, 1998. Pág 1.

se distribuye individualmente dicha ganancia colectiva, en otras palabras, lo importante es el crecimiento en términos absolutos aunque exista una fuerte brecha en la asignación relativa.

Estudios mas recientes sobre la felicidad como concepto económico de asignación y distribución, cuestionan la forma como se determinan y agregan las preferencias para construir a partir de lo individual un criterio ampliado de lo que es la felicidad colectiva. Por ejemplo, Robert y Eduard Skidelsky⁷⁰ partiendo de Epicuro quien afirmaba que “Nada es suficiente para quien lo suficiente es poco”, develan la función expansiva del utilitarismo fincada en los deseos insaciables del individuo por alcanzar objetivos que muchas veces le son impuestos a partir de la función ampliada de conveniencia colectiva.

En el mismo sentido, Ariely⁷¹ afirma que como los seres humanos somos predeciblemente irracionales (pues repetimos sistemáticamente siempre los mismos errores), no resulta eficiente crear una función de utilidad con base en suma agregada de preferencias en términos absolutos, ya que la mayoría de las personas tomamos decisiones en relación con las alternativas disponibles, es decir, decidimos en contexto y generalmente eliminando los usos mas difíciles de elección, por lo tanto, resulta poco factible un método que racionalmente determine bajo efectos de homologación lo que se debe entender por “felicidad colectiva”.

Para Macmahon⁷², la felicidad es resultado de una evolución en la construcción de las preferencias individuales pero siempre marcadas por un profundo referente colectivo; por lo tanto, históricamente la felicidad pasó de ser el regalo de los Dioses (lo opuesto a la tragedia), a convertirse en una especie de derecho natural al cual aspiran todos los hombres, y es sobre esta última acepción de felicidad que la misma se construye como función de utilidad.

El utilitarismo ha sido aplicado por parte del juez de control de constitucionalidad en concreto (en tratándose de resolver por ejemplo las ac-

70 SKIDELSKY, Eduard y SKIDELSKY Robert. “Cuánto es suficiente. ¿Qué se necesita para una “buena vida”?”. Colección Letras de crítica, Madrid, 2012.

71 ARIELY, Dan. “Las trampas del deseo. Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error”. Ariel, Madrid, 2008.

72 MCMAHON M., Darrin. “Una Historia de la felicidad”. Traducción Jesús Cuellar y Victoria Gordo. Taurus, Madrid, 2006.

ciones populares), pues le permite decidir entorno a conceptos que no son esencialmente jurídicos (y que de serlo, serían conceptos jurídicos indeterminados tales como el interés general, el interés colectivo, los derechos difusos, etc.), partiendo de justificar su decisión en la protección de un bien colectivo cuyo valor se determina por la sumatoria de los bienes individuales, estableciendo que debe operar la protección del derecho colectivo si la felicidad total de la población es menor que la felicidad individual de quien esta generando la violación o amenaza del bien colectivo. Para ello, desde la tesis utilitarista podría optar por dos posiciones:

i) Establecer la viabilidad de la protección del derecho colectivo en función del aumento o disminución de la felicidad total de la población; es decir que el derecho colectivo “A” se protege solo si la felicidad total “B” es reducida por la amenaza y/o violación de “C”, incluyendo para la obtención de “B” la ganancia de “C” o el aporte de “C” para conseguir “B”.

ii) Establecer la viabilidad de la protección del derecho colectivo en función del aumento o disminución de la felicidad total de la población; es decir que el derecho colectivo “A” se protege solo si la felicidad total “B” es reducida por la amenaza y/o violación de “C”, sin tener en cuenta para la obtención de “B” la ganancia de “C” o el aporte de “C” para conseguir “B”.

Para ilustrar lo anteriormente anotado, piénsese en un proceso de acción popular en donde se está demandando la protección del derecho al goce de un ambiente sano presuntamente perturbado por el ruido que ocasiona en la población el ejercicio de extracción minera que hace una compañía en un municipio X y en donde no existen opciones intermedias a prohibir o permitir el accionar de la empresa.

El juez para solucionar el caso bajo la hipótesis i) debería tener en cuenta tanto los daños como las bondades que la empresa esté generando con esa explotación, pues si la felicidad colectiva entorno al ruido se ve disminuida, pero respecto del trabajo local que genera la empresa dicha felicidad se ve aumentada, entonces, se debería hacer un análisis comparativo de la felicidad total la cual está siendo influida por ambas variables.

Por el contrario, bajo la adopción de la hipótesis ii) el juez solo debería corroborar que la amenaza o violación que se arguye se presente y que esta

disminuya la felicidad total pero solo en relación con el ruido que provoca la actividad de extracción.

Nótese que, sin importar la derivación, el juez constitucional estaría utilizando una función de utilidad social creada a partir de la suma agregada de preferencias individuales.

1.2.2 La Teoría Igualitarista de la Justicia como equidad

Para alguna parte de la doctrina calificada la Teoría igualitarista de la Justicia nace como ejercicio teórico – sistemático en la tesis utilitarista Benthamiana (descrita anteriormente); no obstante, los partidarios del “garantismo igualitario”⁷³, reconocen en John Rawls el padre del igualitarismo a partir de su obra cumbre “A theory of Justice” publicada en 1971. Algunos de los múltiples aportes de Rawls respecto a la construcción de la Justicia con un enclave en la igualdad son:

i) Reconoce a la Justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, cuestionando los diseños institucionales fundamentados solo en criterios de eficiencia con desconocimiento de la igualdad, respecto de los cuales los cataloga directamente como injustos:

“(...) La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada sino es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas (...)”⁷⁴

ii) Encuentra en la imparcialidad en la formación de las reglas o instituciones que rigen a una sociedad (contrato social), un punto *sine quanon* para hablar de justicia igualitaria.

El epicentro de la acción política se encuentra en la construcción de consensos como expresión y materialización natural de la proyección de los valores individuales y colectivos. ¿Cómo evitar que el abuso arbitrario de la

73 Concepto acuñado por Francis Roger al referirse al efecto distributivo generado por la adopción de modelos Sociales de Derecho y Bienestar bajo los movimientos neoconstitucionalistas.

74 RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997. Pág. 17.

individualidad se apodere de la construcción del consenso y, por lo tanto, se produzca un no consenso, pero con efectos generales? Una forma racional de ejecutar el proceso referido es a través de lo que Rawls denominó “*construcción de las reglas colectivas distantes*” por medio de las cuales se genera un sistema de organización de las sociedades que garantiza un resultado económico eficiente basado en un acuerdo político sobre la equidad mínima que los asociados consideran justa.

Para que ese consenso sea legítimo debe partir (posición original) de un acuerdo *ex ante* sobre una situación hipotética distante o, también llamado por Rawls, *unas reglas distantes detrás de un velo de incertidumbre*:

“(...) Cuando a una sociedad se le cuestiona sobre cuáles deberían ser las reglas que las rijan y no pueden anticipar cómo les iría, o que saldrán ganando o perdiendo es muy probable que se pongan de acuerdo sobre un marco regulador que se legitima por el consenso. Es importante el velo de la ignorancia sobre lo que podría pasar para evitar que la racional choice termine buscando la maximización del interés individual. Así se alcanza una acción social satisfactoria así no sea óptima (...)”⁷⁵

En el mismo sentido:

“(...) resulta coincidente los estudios realizados al interior de la denominada escuela de la ‘Escogencia Pública’ entre otros representada por Buchanan (1986) y Tullock (2001), en donde se plantea que procesos constitucionales que no son imparciales en términos de elección tras el ‘velo de la incertidumbre’, generan instituciones que protegen e incentivan actividades tendientes a la captura de rentas (rent seeking) con efectos redistributivos notables (...)”⁷⁶.

Del referido principio de imparcialidad, se derivan a su vez dos principios de justicia esenciales:

“(...) 1. Cada persona ha de tener un derecho igual al mas extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos. 2. Las desigualdades sociales y económicas han de ser estruc-

75 RAWLS, John. OB. Cit. Pág. 42.

76 Tomado del concepto del evaluador anónimo del artículo “La ponderación de derechos en el estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica. QUIROGA Natale, Edgar. Ob. Cit. Pág 140.

*turadas de manera que sean para: a) Mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo⁷⁷, y b) Unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades (...)*⁷⁸.

iii) Se opone al utilitarismo al considerar que la felicidad no puede constituir una función de utilidad social, en la medida que es no puede medir de forma homogénea y objetiva, por el contrario, Rawls propone como estándar para saber quienes son los “mas o menos aventajados” un índice de bienes primarios entre los cuales se encuentran: derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingreso y riquezas.

A Theory of Justice es una de las teorías filosóficas, políticas y económicas mas influyentes del siglo XX, y una de las que mas ha impactado la ciencia jurídica con especial énfasis la justicia constitucional. El entendimiento de los principios igualitarios de Rawls y su corresponsal armonía con los postulados esenciales del Estado Social de Derecho, han “seducido” notablemente a nuestra Corte Constitucional sobre todo en lo que se ha denominado el “test de igualdad” en tratándose de identificar las situaciones sociales en las cuales puede aplicarse o no la cláusula de igualdad en sus diferentes manifestaciones o mandatos⁷⁹:

- i. Trato igual entre iguales.
- ii. Trato desigual entre desiguales.
- iii. Trato Paritario: Si hay igualdades y diferencias, pero las igualdades son mayores.
- iv. Trato Diferenciado: si hay igualdades y diferencias, pero las diferencias son mayores.

77 También llamado principio de la diferencia o criterio maximim.

78 CASTELLANOS. Ob. Cit. 74.

79 “(...) Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables (...). Corte Constitucional. Sentencia C- 250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Los anteriores mandatos de igualdad establecidos en el precedente constitucional, en gran parte son el desarrollo de los principios igualitarios de Rawls, ya que nuestro artículo 13 superior⁸⁰ que establece la cláusula de igualdad (aunque es poli - semántico) no es política, económica y mucho menos éticamente neutro, pues establece la existencia de una igualdad formal ante la ley; pero de forma concomitante reconoce la existencia de una desigualdad material⁸¹ ordenando la adopción por parte del Estado de acciones afirmativas (en favor de los grupos discriminados, marginados o en situación de debilidad manifiesta) para lograr una igualdad real y efectiva.

Por medio de las acciones afirmativas de igualdad se estarían mejorando a quienes están peor en una sociedad, y, en consecuencia, posterior a la materialización de dichas acciones todos quedarían en un campo relativo de igualdad material. Este argumento reiteradamente utilizado por nuestro órgano de cierre constitucional⁸², es absolutamente coincidente con el principio de la diferencia o criterio maximim Rawlsiano.

1.2.3 La Teoría Igualitarista de la Escogencia Social.

El mas importante expositor de esta teoría es Amartya Sen quien a través de sus rigurosos trabajos⁸³ realiza significativos aportes a la teoría de la justicia, la comprensión sobre la igualdad relevante, la escogencia social, la ética en el ejercicio económico, entre otros.

Para los efectos del presente estudio, se hará referencia a título descriptivo respecto de algunos argumentos de invaluable relevancia en el pen-

80 ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad.

81 Pues de facto existen en términos Rawlsianos unos mas aventajados que otros.

82 Ver por ejemplo sentencias T-386 de 2013. C-250 de 2012, C-818 de 2010, C-667 de 2006, C-174 de 2004, entre otras.

83 Véase, por ejemplo: i) "Bienestar, justicia y mercado". Paidós, Barcelona, 1997. ii) "Collective choice and social Welfare", Colection Advanced Texbooks in Economics, 1979. iii) "Interpersonal agregation and partial comparability", *Econometrica*, 1970. iv) SEN, Amartya. "The Idea of Justice". Cambridge, 2009. v) "The impossibility of a Paretian liberal". *Journal of political economy*, 1978, entre otros.

samiento de Sen que convergen en la construcción de un estatuto económico para una tesis igualitaria de la justicia, a saber:

i) Cuestiona el teorema de la imposibilidad de Arrow y planteó las condiciones necesarias para poder agregar preferencias individuales en una decisión colectiva. Lo anterior, rescata la idea de crear un criterio normativo económico a partir de la identificación de la restricción del valor de las preferencias individuales que permite que el sistema electoral de la mayoría sea transitivo.

Sumado a ello, también planteó escenarios de cuasi – transitividad respecto de las preferencias sociales resultantes de la agregación individual:

“(...) Sen mostró que una regla de agregación también se puede obtener, no restringiendo su dominio, sino los requerimientos sobre las preferencias sociales resultantes. En vez de que estas sean completas y transitivas, todo lo que se les exige es que sean cuasitransitivas. La cuasitransitividad dice que, si X es preferido a Y, y Y a Z, entonces X debería ser preferido a Z. Esto es como la transitividad, pero no requiere que la indiferencia sea transitiva (...)”⁸⁴.

ii) Introduce el respeto de la esfera mínima de los derechos personales – individuales como una restricción a la decisión colectiva, demostrando la imposibilidad de un “paretiano liberal”. Dicha restricción garantiza que en una *public choice* no se sacrifiquen los derechos y libertades esenciales del individuo; es decir, que resulta válida de la agregación de preferencias individuales para la creación de la decisión colectiva siempre y cuando el proceso de agregación respete los fundamentos mínimos de la agregación individual.

iii) Plantea una teoría de la justicia por fuera del marco tradicional en donde la preocupación es hallar la naturaleza de la justicia perfecta, por el contrario, su interés radica en proponer herramientas para el mejoramiento de la justicia a partir de la reducción de la injusticia, estudiando los diversos supuestos sobre la comparabilidad interpersonal en la generación de una regla de decisión colectiva.

84 CASTELLANOS. Ob. Cit. Pág. 52.

Contempla la posibilidad de la divergencia individual en el momento de la agregación subjetiva de preferencias, pero lejos de ver en ello una imposibilidad para la construcción de una teoría de la justicia, lo que supone es que la misma no se construye sobre una sola razón, sino varias razones de justicia producto del ejercicio del pesamiento y el raciocinio humano:

“(...) Aquí se sostiene que puede haber distintas razones de justicia y cada una sobrevive al escrutinio de la crítica, pero da pie a conclusiones divergentes. Argumentos razonables en direcciones opuestas pueden surgir de personas con diversas experiencias y tradiciones, pero también pueden emanar de una sociedad determinada o incluso de la misma persona. Existe una necesidad de argumentación razonada, con uno mismo y con los otros, para lidiar con reivindicaciones enfrentadas, en lugar de lo que se puede llamar “tolerancia indiferente”, que se escuda en la comodidad de una postura perezosa, del estilo “tú tienes razón en tu comunidad y yo tengo razón en la mía”. El razonamiento y el escrutinio imparcial son esenciales (...)”⁸⁵.

iv) Propone que los problemas acerca de la “injusticia irremediable” no necesariamente son producto de malos o inadecuados diseños institucionales; por el contrario, el origen de dichas injusticias lo encuentra en el mismo comportamiento humano y la manera como los individuos interactúan en la constante revelación de sus preferencias:

“(...) La justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean. En contraste, muchas de las principales teorías de la justicia se concentran de manera abrumadora en cómo establecer “instituciones justas”, y conceden una función subsidiaria y dependiente a las cuestiones relacionadas con el comportamiento. (...) El énfasis en las vidas reales para la evaluación de la justicia tiene muchas implicaciones de largo alcance para la naturaleza y el alcance de la idea de justicia (...)”⁸⁶.

85 SEN, Amartya. “The Idea of Justice”. Cambridge, 2009, pag. 14.

86 SEN, Amartya. Ob. Cit. pag. 15.

Sin duda alguna los aportes de Sen superan los campos estrictamente filosóficos y económicos, pues han tenido importante eco y relevancia en el derecho constitucional y una aplicación notoria en tres escenarios especiales relacionados con la sentencia constitucional a saber:

i) La necesidad de construir la legitimidad exógena de la sentencia a partir de la legitimidad endógena de la misma; es decir, que al no existir respuestas correctas en el derecho (o en gracia de discusión al no existir una sola respuesta correcta), es necesario que el juez construya la legitimidad de su decisión a partir de la coherencia interna que ésta debe tener en cuanto a lo esgrimido, producto del ejercicio propio de la inteligencia (razón) en relación causal entre lo que se interpreta y lo que se argumenta.

ii) La necesidad de contextualizar la sentencia en muchas ocasiones a un determinado campo de acción social que escapa de la regulación general y ordinaria; por ejemplo, el marcado pluralismo existente en Colombia conduce de facto al juez a enfrentarse a escenarios especiales tales como la regulación de los derechos de los indígenas, comunidades afro, comunidades room, etc., en donde se impone como exigencia para la legitimidad de la sentencia que en esta se estudie la particular forma como esos individuos interactúan y manifiestan sus preferencias, pues al ser especiales estas pueden ser diferentes (y en ocasiones excluyentes) con las reglas generales de escogencia social.

iii) El juicio de razonabilidad utilizado por el juez constitucional de control abstracto (explicitado a través de la proporcionalidad) para determinar las circunstancias en las cuales un instrumento de intervención estatal (por ejemplo las leyes) en la esfera de los derechos se reputa constitucionalmente legítimo.

El “test de razonabilidad”, tan recurridamente utilizado por nuestra Corte Constitucional⁸⁷, exige del fallador una comprensión de la forma como se agregaron las preferencias individuales para la construcción colectiva del consenso explicitado en la ley que se pretende examinar, y, conforme a dicha comprensión, establecer si había una restricción de valor que no

⁸⁷ Ver por ejemplo sentencias C-022 de 1996, C-470 de 2011, T-555 de 2011, T-141 de 2013, entre otras.

fue aplicada (por ejemplo la necesidad de consulta previa para la entrada en vigencia de algunas leyes), o si de acuerdo con el caso en estudio, la regla de agregación no estaba sujeta a una restricción de dominio, caso en el cual han de evaluarse de forma especial los requerimientos sobre las preferencias sociales resultantes para poder establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad del instrumento de intervención. Lo anterior denota la gran influencia del pensamiento de Sen en nuestra tradición jurídica.

1.2.4. Modelos de Justicia como expresión de Negociación y ventaja mutua

A partir de los fundamentos sustantivos y metodológicos de la teoría de la justicia igualitarista (desde sus diferentes enfoques ya expuestos), fueron desarrollados modelos adicionales (que no configuran *per se* teorías como tal pero si desarrollos de la teoría), que permitieron aplicar dichos conceptos en escenarios como la cooperación, negociación, resolución de conflictos, estrategias de guerra, etc.

Siguiendo el trabajo de Castellanos⁸⁸, los dos autores mas representativos de estos modelos aplicativos son David Gauthier⁸⁹ y John Nash⁹⁰.

Gauthier hace una retoma del pensamiento contractualista de Tomas Hobbes para formular su modelo de justicia - negociación.

*(...) Gauthier identifica tres problemas medulares: 1. ¿Cuál es el principio de cooperación racional que es esencial para la moral?, Su respuesta es que es un acuerdo o negociación racional; 2. ¿Es racional aceptar ese principio?, Este es el problema de la conducta racional que plantea el dilema de los prisioneros, y 3. ¿Cuál es la posición inicial apropiada a partir de la cual puede dar resultado la cooperación?, Según Gauthier, esto exige mostrar la racionalidad de aceptar la cláusula o estipulación lockeana para el acuerdo inicial (...)*⁹¹.

88 Cuya obra ha sido objeto de reiteradas citas en el presente acápite.

89 Ver algunos de sus trabajos como: "La Moral por acuerdo", Barcelona, Gedisa. 1994.

90 Ver algunos de sus trabajos como: "The bargaining problem". *Econometrica*, 1950 y "Non-cooperative-games", *The annals of mathematics*, 1951.

91 CASTELLANOS. Ob. Cit. Pág. 81.

En el modelo Gauthieriano de justicia, la moral surge como un criterio de restricción respecto de las preferencias individuales, y esa restricción mutua, resulta válida en la medida que sea el producto de un consenso racional e imparcial. Para Gauthier actuar de forma racional es un equivalente a actuar de forma moral, a diferencia de la teoría neoclásica (ya expuesta), en donde actuar de forma racional supone actuar de forma eficiente en razón a los principios del homo economicus (racional, egoísta y maximizador).

“(...) moral es el conjunto de restricciones racionales e imparciales que limitan la búsqueda del interés personal. (...) La moral surge de manera bastante sencilla de aplicar la concepción maximizadora de la racionalidad a ciertas estructuras de interacción (...)”⁹²

Estos son los fundamentos de lo que se conoce en teoría de juegos⁹³ como el “dilema del prisionero”⁹⁴, pues frente a una determinada estructura de interacción se puede optar por actuar de forma individual, egoísta o interesada, o, por el contrario, actuar de forma cooperativa, consensuada; es

92 GAUTHIER, David. “La Moral por acuerdo”, Barcelona, Gedisa. 1994. Pág. 21 y 25.

93 “(...) Aunque sus antecedentes van, atrás en el tiempo, hasta los trabajos de Cournot (1838) y Edgeworth (1881), la teoría de juegos sólo llegó a ser un cuerpo coherente con la publicación, en 1944, del *Theory of Games and Economic Behavior* del matemático John von Neumann y del economista austriaco Pskar Morgenstern (...)” MONSALVE, Sergio y AREVALO, Julián. “Un curso de teoría de juegos clásica”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 13.

94 “(...) En el dilema del prisionero se se analizan los incentivos que tienen 2 presos encarcelados por un delito menor para delatar al otro a la policía y acceder así a beneficios penitenciarios, teniendo siempre en cuenta la decisión que podría tomar el otro:

Este ejercicio considera el supuesto de que cada prisionero está encarcelado por separado, de tal forma que no pueden comunicarse entre ellos, ponerse de acuerdo, pactar sus decisiones o saber qué hace el otro. Las posibilidades de condena hacen en función de la decisión tomada por ambos son las siguientes: a) NADIE DELATA: si ninguno de los dos delata al otro a la policía, entonces cada uno recibirá una condena de 2 años: (-2, -2). b) UNO DELATA AL OTRO: si uno de los prisioneros delata al otro, pero este otro no delata al uno, entonces el prisionero que delata reducirá su condena hasta solo 1 año, mientras que el prisionero delatado verá incrementada su condena hasta 10 años: posibilidades (-10, -1) y (-1, -10). c) AMBOS SE DELATAN MUTUAMENTE: si ambos deciden delatar al otro, entonces recibirán una condena de 6 años de cárcel para cada uno (-6, -6).

La conclusión que explica este ejercicio, es que el pensamiento lógico por separado de cada prisionero hace que al final cada uno tome por separado la decisión que es mejor para él individualmente y no la que sería la mejor decisión para el bien común. Si nos ponemos en la piel de uno de los dos prisioneros, sabemos que nuestra mejor decisión será la de delatar al otro en cualquier caso, pues así siempre minimizaremos nuestra condena, independientemente de lo que el otro haga. Y dado que el otro prisionero es igual de inteligente y razonará de la misma manera, lo que al final ocurrirá es que ambos acabarán pasando 6 años entre rejas (-6, -6), mientras que si hubieran cooperado hubieran sido condenados sólo 2 (-2, -2). (...)”. <http://mundodelaempresa.blogspot.com/2012/12/economia-la-teoria-de-juegos-el-dilema.html> Consultado el 15 de octubre de 2014. 4:35pm.

decir conforme a la regla moral. De acuerdo con Gauthuier la segunda forma de actuar es a la que conduce a conseguir una justicia por negociación.

El otro gran exponente del modelo en estudio es John Nash, quien formuló varios postulados matemáticos de masiva aplicación en el campo de la teoría de juegos y la negociación. Uno de sus principales desarrollos lo llevó a modelar una teoría del equilibrio decisional partiendo de la búsqueda de la mayor ganancia colectiva (utilidad) que puede obtener un grupo de individuos en interacciones no cooperativas.

De forma cartesiana Nash establece como primer paso, una lectura integral del problema a estudiar descomponiéndolo en todas las posibles soluciones y/o combinaciones de interacción (conjunto de negociación) para tener un panorama general y segmentado del problema a resolver. Sumado a lo anterior, establecer los escenarios de desacuerdo y el impacto que se genera si el acuerdo fracasa.

No se requiere de forma imperiosa y ex - ante una comparación interpersonal de bienestar. La solución siempre debe estar dentro del marco del conjunto de negociación previamente establecido en donde cualquiera de las posibilidades de ese conjunto es mejor que el desacuerdo o fracaso de la negociación⁹⁵.

La teoría de juegos como derivación del modelo de justicia por negociación y/o ventaja mutua, resulta útil al juez constitucional de control en concreto (a través de la técnica de la ponderación), sobre todo en aquellos escenarios en donde de conformidad con sus competencias, le es posible proponer una fórmula de arreglo a las partes en litigio, verbi gracia en la audiencia de pacto de cumplimiento al interior de una acción popular.

De igual forma, la teoría de juegos puede ser aplicada por el juez constitucional de control abstracto (a través de la técnica de la proporcionalidad),

95 "(...) La solución debe ser independiente de alternativas irrelevantes. Esta condición es distinta a la condición de Arrow con el mismo nombre. La intuición de Nash (1950) en este caso es que, si los negociadores en algunas ocasiones conviene una solución "S" cuando la solución "T" está disponible. Mejor dicho si usted prefirió bodega paiza estando el ajiaco disponible, usted nunca debe escoger el ajiaco estando la bandeja paiza disponible. De manera un poco mas técnica, si la solución de un problema dada por un conjunto "grande" de opciones pertenece también a un conjunto "pequeño" de opciones (donde el conjunto pequeño está enteramente contenido en el conjunto grande), entonces debe ser cierto que la solución del problema dado por el conjunto pequeño de opciones debe ser igual a la solución del problema dado por el conjunto grande de opciones (...)" CASTELLANOS. Ob. Cit. Pág. 84.

para establecer en el juicio de necesidad del instrumento de intervención que se demanda (por ejemplo una ley), si del conjunto de los instrumentos idóneos posibles para cumplir con el fin propuesto se escogió el que menos intervención hace en el derecho o derechos demandados, ya que (como se explicará mas adelante) si no cumple esta condición el instrumento de intervención a pesar de ser idóneo debe ser declarado inconstitucional por no satisfacer la condición de necesidad.

Otro autor que ha desarrollado modelos de distribución a partir de criterios de negociación y ventaja mutua ha sido Felber⁹⁶ quien a través de su propuesta de “economía del bien común” basada en procesos de ayuda y beneficio recíproco ha tenido un enorme reconocimiento en el campo empresarial norteamericano.

El citado modelo formula la articulación de presupuestos tales como: i) el fortalecimiento de las relaciones humanas a partir de la generación de confianza sin desconocer el incentivo por la competencia leal, ii) participación por parte de todos los agentes en las decisiones cruciales para el proceso productivo, iii) construcción de un balance social a partir de la comprensión de los réditos colectivos desplazando a un segundo orden el balance financiero, iv) a partir de criterios de solidaridad, establecer un modelo colectivo de tamaño óptimo, v) pasar de una noción de éxito basado en la acumulación de capitales, a una economía del bien común centrado en el crecimiento colectivo con respeto a las preferencias individuales.

Las citadas propuestas quieren evitar juegos de suma cero, y por el contrario, maximizar la mayor ganancia colectiva posible a partir de identificar diferentes escenarios de ventaja mutua aplicando estrategias de función de utilidad expansiva.

CONCLUSIONES

Los jueces constitucionales en un Estado Social de Derecho, detentan un papel protagónico en la garantía del cumplimiento de las preferencias individuales que fungen como bienes primarios, y que a través del diseño

96 FELBER, Cristian. “La economía del bien común. El modelo económico del futuro”. Resumen del Autor <http://www.christian-felber.at/vortraege/valencia.pdf> . Consultado el 17 de agosto de 2015 a las 5:00pm.

institucional se van integrando en un agregado social que se reconoce y protege bajo un solo corpus: La constitución.

Por lo tanto, los jueces tienen el deber de ser agentes de optimización, ya que, a través de sus decisiones, fungen como operadores de asignación y distribución de esos derechos - preferencias (bienes); y en consecuencia, a través de su digno conducto se materializa en el caso concreto, el contenido abstracto y teleológico tanto de los bienes primarios como del agregado social.

De lo anterior se colige, que la decisión judicial – constitucional debe ser en esencia una decisión racional, mediante la cual se permita lograr la asignación mas eficiente de los recursos disponibles, pero con la justa distribución de los mismos; pues si no se integra estas dos dimensiones (eficiencia y equidad), se podrían generar ineficiencias sistémicas con profundos efectos para-distributivos respecto del bienestar individual y general de los sujetos pasivos de la función de administrar justicia.

El bienestar (como pretensión de la equilibrada decisión judicial), no es un concepto neutro y mucho menos desafecto a interpretaciones y aplicaciones disímiles y excluyentes; sin embargo, como expresión teleológica del Estado Social de Derecho, no puede construirse al margen del desconocimiento de los derechos y las preferencias individuales, pues ello no solo sería ineficiente sino perjudicial para el desarrollo de los potenciales de las personas, su proyecto de vida, de crecimiento y generación de capital humano⁹⁷; pero, concomitante a ello, tampoco puede concebirse el bienestar a “espaldas” de la elección colectiva, del principio de solidaridad que debe existir entre los individuos y del deber de mantener un mínimo igualitario, pues esto no solo sería injusto e inequitativo, sino éticamente reprochable⁹⁸.

97 El capital humano se define como el conjunto de las capacidades productivas que un individuo adquiere por acumulación de conocimientos generales o específicos, de *savoir-faire*, etc. La noción de capital expresa la idea de un stock inmaterial imputado a una persona (i.e. idiosincrásica) que puede ser acumulado, usarse. Es una opción individual, una inversión. BECKER, Gary. “El Capital Humano: Human Capital. University of Chicago Press. 1993, pág 12.

98 En el mismo sentido puede verse: i) “(...)Ciertamente, es posible que concurren hambrunas generalizadas sin que se violen los derechos liberales de nadie y sin que deje de operar un mecanismo de mercado libre. La reivindicación de los derechos liberales de una forma independiente de los resultados es, pues, susceptible de ser puesta seriamente en cuestión en términos de su aceptabilidad ética(...)”. SEN, Amartya. Mercados y libertades. Logros y limitaciones del mecanismo de mercado en el fomento de las libertades individuales. En : Bienestar, justicia y mercado. S.I. : Paidós, ICE/UAB, 1997, p. 45. ii) “(...) la eficiencia como valor único para evaluar el

Las consecuencias de operar la función de administrar justicia (sobre todo por parte de los órganos de cierre) con desconocimiento de los elementos en cita, puede introducir fuertes distorsiones en la optimización de la utilidad social, pues si se ejecuta solo bajo postulados de eficiencia (sin tener en cuenta la equidad), puede llegar a generar una desigualdad tan extrema que el mismo mercado estaría en riesgo pues la miseria de la gran mayoría haría inane el consumo; cuando la economía de mercado “se abandona a sí misma” se genera una secuencia continua entre la desigualdad *constitutiva* y la *excesiva* (entendida como la distorsión que produce el peso excesivo de la renta acumulada en el proceso de producción de riqueza.)⁹⁹.

De la misma manera, si se ejecuta la función de justicia, solo con base en la equidad (prescindiendo de la eficiencia), produce un excesivo y desmedido intervencionismo del Estado en la forma como se generan las transacciones entre los agentes de mercado, lo cuál podría llevar a detener el crecimiento y hacer regresiva cualquier pretensión de prosperidad económica colectiva, al tiempo que se “reduce y condena el proyecto individual de las personas”¹⁰⁰.

Tal vez no existan respuestas “mágicas” para lograr el punto perfecto de eficiencia con equidad; sin embargo, el equilibrio parte de la noción de combinar estrategias que permitan maximizar la riqueza individual, pero generando agregados sociales de distribución. Y como se indicó, esta es una de las tareas de los jueces constitucionales (ya sea como agentes de aplicación del derecho y/o agentes de corrección del mismo), la cuál explicitan a través de sus decisiones reduciendo el margen de falibilidad de sus sentencias y aumentando la probabilidad de generar decisiones más eficientes y equitativas, es decir, decisiones más equilibradas.

bienestar general es injustificablemente vacía, y desde luego, no está exenta de convertirse en instrumento de grupos de interés aun cuando puede convertirse en fuente de ineficacia, si se prescinde de ella (...)” LOPEZ Obregón. Ob. Cit. Pág. 21. ii) “(...) puede señalarse que una decisión es ineficiente, cuando, al final reduce el bienestar de todas las personas relacionadas con ella [] el mandato de promover el bienestar general debe ser algo como aumentar el bienestar de todo el mundo, y no solo de un grupo de personas; y sin duda, no puede ser algo que disminuya el bienestar de todos (...)” PALACIOS Mejía, Hugo. “En busca de un control constitucional eficiente”. En *Memorias del Seminario Corte Constitucional y Economía*. Bogotá: BID-Universidad de los Andes, 2000, pág. 44.

99 PIKETTY, Thomas. Ob. Cit. Pág 369.

100 VOLPEI, Johan. “El fin del hombre y del capital”. Fondo de cultura económica, México, 1997. Pág. 177.

BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James. “Porqué fracasan los países”. Ediciones Deusto, Traducido por Marta García Madera, 11 edición, Barcelona, 2015.

ACKERMAN, Bruce. “Social justice in the liberal state”. New Haven, Yale University Press, Boston, 1980.

ARIELY, Dan. “Las trampas del deseo. Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error”. Ariel, Madrid, 2008.

ARROW, Kenneth. “Social choice and individual values”. New York, Yale, 1963.

ARROW, Kenneth and DEBREU, Gerard. “Existence of and equilibrium for a competitive economy”, *Econometrica*, New York, 1954.

BECKER, William. “Homo economicus”. Chicago, 1981.

BENTHAM, Jeremy. “The principles of morals and legislation”, In: *Collection Great Books in philosophy*, Prometheus Books, 1998.

BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. “El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional”, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

CASTELLANOS García, Daniel. ¿Qué es la justicia?. Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

CUEVAS, Homero. “Teorías Económicas del mercado”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

FERNANDEZ RIVA, Javier. “Modelos clásico y keynesiano. Un enfoque teórico con especial atención a su relevancia para la economía colombiana”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

FRIEDMAN Milton y FRIEDMAN Rose. “Free to choose”. Ed. Orbis S.A., New York, 1980.

FRIEDMAN, Milton. “Lerner on the economics of control “. *Journal of political economy*, Chicago, 1947.

FRIEDMAN Milton y FRIEDMAN Rose. “Free to choose”. Ed. Orbis S.A., New York, 1980.

GAUTHIER, David. “La Moral por acuerdo”, Barcelona, Gedisa. 1994.

JEVONS, William Stanley. “The theory of political economy”. London 1871.

HAYEK Von, Friedrich. “Law, legislation and liberty”, 1976.

KEYNES, John Maynard. “Teoría del empleo, el interés y el dinero”. Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

MANKIWI, Gregory. “Principios de Economía”. Mc Graw Hill, Tercera edición, Madrid. 2004.

MARSHALL, Alfred. “Principles of economics”. London. 1980.

MARX, Carl. “El Capital”. Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

MCMAHON M., Darrin. “Una Historia de la felicidad”. Traducción Jesús Cuellar y Victoria Gordo. Taurus, Madrid, 2006.

MENGER, CARL. “Principios de economía política”. Unión Editorial, México, 1997.

MONSALVE, Sergio y AREVALO, Julián. “Un curso de teoría de juegos clásica”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

MORENO DURÁN, Álvaro y RAMÍREZ, José Ernesto. Pierre Bourdieu. Introducción Elemental. 2 ed. Bogotá : Panamericana, 2006.

NOZICK, Robert. “Anarchy, State, and Utopia”, Basic Books, 1974.

PARETO, Vilfredo. “Manual of political economy”. London, 1906.

PIKETTY, Thomas. “La economía de las desigualdades. Cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza”. Siglo XXI Editores. Buenos Aires, 2015.

PINZON Camargo, Mario Andrés. “Aproximaciones al análisis económico del derecho”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. “Hermenéutica constitucional”. Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2019.

RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

RICARDO, David. “Principios de economía política y tributación”. Fondo de Cultura Económica. México, 1992.

SEN, Amartya. “The Idea of Justice”. Cambridge, 2009.

SKIDELSKY, Eduard y SKIDELSKY Robert. “Cuánto es suficiente. ¿Qué se necesita para una “buena vida”?”. Colección Letras de crítica, Madrid, 2012.

SMITH, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones”. Trad. Gabriel Franco, México, 1958.

SMITH, Adam. “Wealth of nations”, ed. W.R. Scott, 1925.

VON MISES, Ludwing. “La acción humana”. Traducido del inglés por Reigalbiol Joaquín. Unión Editorial. S.A. Madrid, 1986.

WALRAS, León. “Éléments d’ économie politique pure”. Paris, 1926.