
LA RELACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN PERSUASIVA DEL DERECHO Y EL SUJETO A PERSUADIR. UNA MIRADA DESDE EL CONCEPTO DE AGENTE DE AMARTYA SEN

*Mauricio Valenzuela Gruesso**

INTRODUCCIÓN

Este trabajo responde a la siguiente pregunta: ¿desde el concepto de agencia de Amartya Sen, cuál es la relación entre la función persuasiva del derecho y el sujeto a persuadir, específicamente en lo que se refiere a la generación de oportunidades de trabajo? Para responder esta pregunta, analizamos los cuatro elementos contenidos en ella, a saber: la función persuasiva del derecho, el sujeto a persuadir, la generación de oportunidades de trabajo y el concepto de agencia de Amartya Sen. Para explicar la función persuasiva del Derecho, se revisó la tensión generada entre la soberanía del Estado para interferir en la vida de los individuos y el espacio de libertad de los individuos que no puede ser interferido, pero únicamente en cuanto dicha tensión se manifiesta en la generación de las oportunidades de trabajo.

Se parte de asumir que hay un espacio de la libertad de iniciativa que no puede ser interferido ni siquiera por el Estado, pero, ¿cuál es ese espacio y por qué el Estado necesitaría interferirlo? Creemos que el espacio que no puede ser interferido por el Estado es la elección por parte de los individuos de su actividad económica; esa libertad de elección es de la esencia del ordenamiento jurídico y, en ese sentido, constituye un núcleo irreductible que no puede ser eliminado por el Estado, tanto que, si ello ocurriera, el ordenamiento jurídico dejaría de ser el que es para convertirse en otro.

1 *Trabajo de investigación presentado para optar al título de Magister en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica de la Universidad Libre, 2019. Director Hernán Martínez Ferro.

En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al expresar que la intervención del Estado en la economía no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa (Sentencia C-228 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva). Esta afirmación debe ser matizada para precisar que, aunque el Estado no puede eliminarla, sí puede restringirla o condicionar su ejercicio. El Estado puede prohibir la realización de ciertas actividades económicas, como ocurre en el caso colombiano con el comercio de armas, o puede también condicionar su ejercicio, como sucede con el desarrollo de la minería en ciertas zonas. Pero, insistimos, no puede eliminar la libertad de elección.

En síntesis, hay espacios de la libertad de los individuos en los que el Estado puede interferir y, en consecuencia, decirles a los individuos cómo deben actuar. Pero hay otros (como la decisión sobre la actividad que desarrollan en la economía) en los que el Estado no puede interferir prescribiendo cuál debe ser esa actividad. El solo reconocimiento de la libertad de elección no es en sí mismo conflictivo, sino que la tensión aparece cuando el Estado necesita interferir dicha libertad; pero, ¿cuándo se presenta esa necesidad?

La respuesta la encontramos en la transición del Estado liberal al Estado constitucional contemporáneo. Con el triunfo de la Revolución francesa y la superación de la sociedad estamental, se reconoció a todos los individuos el derecho a participar libre y voluntariamente en la economía. Se esperaba, con ese reconocimiento que todos los individuos pudieran ejercer la libertad de iniciativa sin los condicionamientos asociados a la pertenencia a un segmento social, con lo cual el resultado para cada uno iba a depender de su propio esfuerzo.

No obstante, el solo reconocimiento de “igualdad de oportunidades” no produjo el resultado perseguido, por el contrario, condujo a una mayor concentración de la riqueza y a generar miseria en amplios sectores de la población. El dominio de la autonomía privada –que se basaba en los pilares de la libertad de propiedad, de contratación y de transmisión hereditaria– dividió la sociedad en poseedores y no poseedores, situación que se agudizó con la revolución industrial (Grimm, 2006, p. 185).

Dicho de otra manera, no se cumplió la promesa de que las personas tendrían suficientes oportunidades de trabajo, entendida esta expresión en sentido amplio, para incluir no solamente el empleo asalariado o cualquier actividad remunerada por otro, sino también las actividades realizadas por cuenta propia en la economía. En este sentido, las oportunidades de trabajo equivalen a posibilidades de ejercer la libre iniciativa individual en la economía a través de la forma de participación que cada persona elija –dependiente o independiente– y en la actividad que libremente elija.

Se evidenció, entonces, la necesidad de replantear el papel del Estado. Con ese fin, se delimitó la autonomía privada y la distribución de los bienes, otorgándole mayores poderes al Estado en estos aspectos. No era, esta vez, una postura defensiva contra este –como había ocurrido frente al absolutismo de los príncipes– sino una necesidad de intervención del Estado, en procura de que la libertad individual misma fuera realizable (Grimm, 2006 p. 194). Hacia el futuro, ya no bastaba con que el Estado garantizara la seguridad de los individuos y la libertad negativa –como lo hacía el Estado liberal– sino que debía, adicionalmente, intervenir para garantizar la satisfacción efectiva de los derechos. En lo que a nosotros corresponde, el Estado debía intervenir para garantizar que hubiera suficientes oportunidades de trabajo.

Hay que aclarar, sin embargo, que esta obligación de intervenir no significa que el Estado deba producir directamente las oportunidades de trabajo, porque tales oportunidades han de surgir de la interacción voluntaria de los individuos en la economía. Esto es parte también del diseño del ordenamiento jurídico. De hecho, si el Estado proveyera todas las oportunidades de trabajo estaría sustituyendo la actividad de los individuos y, de paso, restringiéndoles indebidamente el ejercicio de un derecho (el de participar libremente en la economía). El Estado como proveedor de oportunidades de trabajo en la economía es un actor más (muy importante, cierto, pero uno más).

Y es aquí donde identificamos la tensión, porque el Estado para cumplir con su obligación, necesita que los individuos desarrollen ciertas actividades que generen suficientes oportunidades de trabajo. Pero los individuos, en ejercicio de su libertad de iniciativa, eligen libremente las actividades que desean realizar, las cuales pueden no coincidir con las que el Estado prefiere, o pueden no conducir necesariamente al resultado perseguido por él. Se trata, pues, de una obligación a cargo del Estado cuyo cumplimiento está mediado por la voluntad de los individuos.

Esta tensión es propia del diseño de nuestro ordenamiento jurídico. No se presentaba en los países que integraron la Unión Soviética, donde el Estado era dueño de los medios de producción y proveía las oportunidades de trabajo, e incluso podía definir el tipo de actividades a realizar en la economía, con sacrificio de la libertad de iniciativa –planificación centralizada– (Hadfield, 2017, p. 203). Y tampoco se presentaba en el Estado liberal, porque este no tenía la obligación de garantizar que al final se produjeran suficientes oportunidades de trabajo; se asumía que serían consecuencia natural de la libre interacción de los individuos.

¿Qué puede hacer, entonces, el Estado para lograr que los individuos actúen en el sentido en que él necesita que actúen, si no los puede obligar? En nuestra opinión, dado que no puede forzarlos, no tiene más opción que persuadirlos. Y con ese propósito deberá entonces expedir normas que no podrán ser coercitivas, sino persuasivas. Sin embargo, y esta es la hipótesis a demostrar, en el sentido de que la función persuasiva del Derecho no se da naturalmente sobre todos los individuos sino que requiere de sujetos en condición de ser persuadidos, sujetos que solamente se darán en la medida en que se les facilite el acceso al conocimiento y el capital requeridos.

Con este marco conceptual, el capítulo primero de este trabajo será dedicado a clarificar la función persuasiva del Derecho. Allí exponemos nuestra comprensión de dicha función, las características de las normas persuasivas y los eventos en que el Estado debe recurrir a ellas, no por técnica legislativa, sino porque no tiene más opciones.

El capítulo lo dedicamos al sujeto a persuadir, es decir, el individuo sobre quien recae la intención persuasiva del Estado. A este individuo nos aproximamos para definir quién es y qué condiciones debe tener para ser persuadido. Ahora bien, las normas persuasivas contienen incentivos cuyo propósito es el de motivar a los individuos a que realicen ciertas actividades económicas, pero el desarrollo de tales actividades requerirá de unas mínimas condiciones de conocimiento y capital por parte de los individuos. Si estos carecen de esas condiciones no podrán realizar las actividades; en otras palabras, en ausencia de esas condiciones, los individuos no podrán ser persuadidos.

Debe haber, pues, correspondencia entre el incentivo ofrecido por el Estado y la capacidad del individuo para entenderlo y aprovecharlo. En este sentido, hay una relación directa entre el nivel de educación de los individuos y el grado de colaboración eficaz que puede encontrar en ellos el Estado. Y lo mismo ocurre con el acceso a los recursos de capital necesarios para aprovechar los incentivos. A ese individuo en condiciones de ser persuadido lo hemos llamado “sujeto habilitado”.

Las posibilidades de llegar a ser un “sujeto habilitado” las validamos contra las formulaciones de igualdad del ordenamiento jurídico. Pues, aunque en principio podría decirse que todos los individuos pueden llegar a ser “sujetos habilitados”, dado que todos tienen los mismos derechos, el diseño del ordenamiento jurídico ofrece dificultades que resultan de acoger al mismo tiempo pretensiones de igualdad con instituciones que naturalmente generan desigualdad.

Finalmente, el capítulo tercero lo dedicamos a contrastar nuestro “sujeto habilitado” con el “agente” de Amartya Sen, entendido este último como un individuo autónomo, una persona que actúa y provoca cambios, y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos (Sen, 2000, p. 35).

Esta visión del “agente” armoniza con lo expresado por la Corte Constitucional en cuanto a que

(e)l Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependen las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones (Sentencia C-459/04).

Con estos presupuestos, en el capítulo tercero establecemos y analizamos las similitudes entre el “sujeto habilitado” y el “agente”. En el curso de ese ejercicio revisamos conceptos de Sen que han sido ampliamente desarrollados, no solo por él mismo sino también, entre otros, por la filósofa norteamericana Martha Nussbaum. Nos referimos a las “capacidades” y los “funcionamientos”, entendidas las primeras como oportunidades y los segundos como el ejercicio que de esas oportunidades hagan las personas.

En Sen y en Nussbaum, encontramos la afirmación, según la cual, las capacidades son más importantes que los funcionamientos, lo que significaría que es más importante el hecho de que los individuos tengan oportunidades que lo que en la práctica hagan con ellas (o, incluso, que no hagan uso de ellas).

Esta afirmación es de suma importancia, en tanto este planteamiento se funda en una premisa que parecería ser la opuesta, y es la necesidad de que los individuos actúen en la economía. Desde nuestra perspectiva, la acción es necesaria para producir el resultado de generar oportunidades de trabajo, mientras que la inacción, por el contrario, lo imposibilita. De modo que en el capítulo tercero analizamos esa afirmación respecto del concepto de “agente” como individuo que debe provocar cambios a través de la acción, para lo cual requiere de ciertas habilitaciones.

La conclusión a la que llegamos confirma la hipótesis planteada en cuanto a que la persuasión no se da naturalmente en todos los individuos sino que requiere de sujetos habilitados para ser persuadidos. A su vez, para que los individuos lleguen a ser sujetos habilitados, deben tener acceso al conocimiento y el capital, como requisito necesario para llegar a ser sujetos habilitados en los

niveles requeridos. De esa manera, los individuos podrán reconocer y aprovechar las oportunidades ofrecidas por el Estado y realizar las actividades en la economía que generen mayores opciones de trabajo.

Creemos que el enfoque elegido para este trabajo aporta a la reflexión sobre la libertad de iniciativa y la igualdad de oportunidades, entre otras cosas, para reflexionar sobre si la libertad de iniciativa en igualdad de oportunidades sigue siendo una promesa, como lo fue –de acuerdo con Rosanvallon– después de la Revolución francesa. La sensación que nos queda al terminar el trabajo es que la libertad de iniciativa en igualdad de oportunidades no es solo una concesión a los individuos, sino que la posibilidad real de ejercerla es sobre todo un requisito necesario para el adecuado funcionamiento del ordenamiento jurídico. Y para que eso ocurra, se requiere que haya individuos en capacidad de ejercerla.

1. LA FUNCIÓN PERSUASIVA DEL DERECHO

LA DIFERENCIA ENTRE LA FUNCIÓN COACTIVA Y LA FUNCIÓN PERSUASIVA DEL DERECHO

La función del derecho más frecuentemente mencionada es la coactiva; coacción y derecho son expresiones que naturalmente se asocian y que encontramos formuladas en términos tales como “*No existe Derecho sin coacción*” (Durán Casas, 2006, p 83), o “*el Derecho moderno se concibe como un orden de coacción*” (Chevalier, 2011, p 245).

A tal punto se identifica la coacción como una característica esencial del derecho que, en palabras de Alejandro Nava Tovar, si este no tuviera el elemento de la coerción institucional, la seguridad jurídica –y con ello la estabilidad social– peligrarían ante el anarquismo provocado por la falta de eficacia social y vinculación jurídica (Nava Tovar, 2015, p 291).

Para efectos de este trabajo, entenderemos que son coactivas las normas que contienen órdenes y prevén sanciones para los casos de incumplimiento, y que no lo son aquellas que no cumplen con ese criterio. De acuerdo con Hart,

(...) existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía de órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta (Nava Tovar, 2015, p 84).

Como ejemplo de norma coactiva imaginemos una prohibición de desarrollar la minería en una determinada zona, so pena multa y arresto. Y como ejemplo de norma no coactiva mencionemos la autorización para otorgar testamento, ejemplo tomado de Hart.

Hasta aquí no se ha dicho nada novedoso. Nuestro problema empieza cuando nos preguntamos ¿por qué existen estos dos tipos de normas y no uno solo? Creemos que una posible respuesta debemos buscarla en la motivación del Estado al expedirlas, pues al prohibir la minería en una zona, el Estado pretende que la actividad no se ejecute, tanto, que acompaña la prohibición con sanciones para presionar el cumplimiento. En cambio, la norma que autoriza a otorgar testamento no está animada por un interés particular del Estado en que los individuos hagan uso de esa autorización. Al Estado le es indiferente si los individuos otorgan o no testamento. Si nadie decide hacerlo, la norma entra en desuso, sin que por ello se cause un perjuicio a la sociedad o se comprometa el cumplimiento de los fines u obligaciones del Estado.

Nos preguntamos, entonces, si podríamos concluir que las normas coactivas se usan siempre que se trate de comportamientos cuya ejecución compromete el cumplimiento de los fines u obligaciones del Estado, razón por la cual el Estado debe asegurarse de que efectivamente se cumplan. Y las no coactivas para comportamientos cuya realización le es indiferente al Estado, en tanto no comprometen el cumplimiento de sus fines u obligaciones y, por lo tanto, pueden librarse a la voluntad de los individuos.

Tal vez, la conclusión anterior pueda universalizarse para las normas coactivas, porque no tendría sentido que el Estado emitiera órdenes sobre comportamientos en cuya realización no tiene interés particular. Pero no podría extenderse de igual manera a todas las normas no coactivas. Basta imaginar una norma que establezca una bonificación para quienes realicen actividades económicas que generen al menos diez puestos de trabajo. Se trata de una norma no coactiva, dado que no contiene orden ni amenaza de sanción. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la autorización de otorgar testamento, tiene el claro propósito de motivar a los individuos a realizar el comportamiento deseado, puesto que con dicho comportamiento se cumplen un fin y una obligación del Estado (la satisfacción del derecho al trabajo).

Aquí es donde vislumbramos la función persuasiva. No está presente en la norma que prohíbe la minería, cuyo propósito no es persuadir sino coaccionar. Tampoco en la norma que permite otorgar testamento, que simplemente establece la autorización pero no busca motivar a los individuos a que lo hagan, a diferencia

de la norma que establece una bonificación para quienes realicen actividades económicas que generen al menos diez puestos de trabajo. Si se incumple la norma sobre minería, habrá sanción; si los individuos no hacen uso de la autorización para otorgar testamento, no hay ninguna consecuencia; pero si los individuos no realizan actividades económicas que generen al menos diez puestos de trabajo, aunque no habrá nada que reprocharles en términos de incumplimiento normativo, se dejan de cumplir un fin y una obligación del Estado.

LA FUNCIÓN PERSUASIVA

De acuerdo con lo anterior, para que pueda hablarse de persuasión se requiere (i) que no se trate de una norma coactiva; (ii) que la norma tenga una intencionalidad, esto es, que busque motivar a sus destinatarios para que realicen el comportamiento, y (iii) que esa intencionalidad obedezca al interés del Estado en que el comportamiento sea efectivamente realizado porque es conveniente o incluso necesario para el cumplimiento de sus fines y obligaciones.

Planteada así, la persuasión, tal como la entendemos, excluye la coacción. Al respecto, se encuentra en Bobbio una aproximación a esta función persuasiva del Derecho, de acuerdo con la cual

...en las Constituciones liberales clásicas la función principal del Estado parece ser la de tutelar (o garantizar); en las Constituciones pos-liberales, junto a la función de la tutela o de la garantía aparece cada vez más frecuentemente la de promover (Díaz Román, 2012, p. 119).

A partir de allí, Bobbio introduce el concepto de “función promocional” para diferenciarla de la tradicional función coercitiva, lo que el profesor Miguel Díaz Román califica como un gran mérito consistente en haber observado que el Derecho estaba siendo utilizado para fines y funciones diferentes a las que cumplía en el Estado Liberal (Revista de Ciencias Jurídicas, No.129, 2012, p. 119).

De acuerdo con Díaz Román, las normas no se limitan a desalentar conductas bajo la amenaza de sanciones, sino que también van a alentar las conductas valoradas como socialmente deseables, es decir, aquellas que por medio de los mecanismos institucionales socialmente establecidos, son normadas jurídicamente para promover su realización. Esto es propio, según Bobbio, del Estado Social de Derecho, pues al advertir en este la presencia de normas jurídicas que alientan conductas, el autor concluye que el ordenamiento jurídico ha incorporado una función que él denomina “*función promocional*” y que lo diferen-

cia de la función protectora-represiva del Estado Liberal (Revista de Ciencias Jurídicas, No.129, 2012, p. 119).

Pero no todas las normas utilizan las mismas técnicas, ni «promocionan por igual» (Pérez Lledó, 2000). Por esa razón, es preciso distinguir entre el fin que se desea promocionar y las técnicas o medios promocionales utilizados para cumplir ese propósito. Asimismo, entre los medios promocionales debemos distinguir aquellos que consisten en incentivar (motivar) conductas, de aquellos que no consisten en motivar directamente la conducta, sino, simplemente, en posibilitarla o en premiarla.

Para Pérez Lledó, cuando hablamos de la función promocional del Derecho, el objeto promovido puede ser un fin general o una conducta. Por fin general entendemos bienes jurídicos, *...considerados deseables por el Derecho, ya sea por razones de utilidad...o por razones «de principio»*. Y por conductas entendemos *“cursos de acción que se consideran deseables, o al menos valorados positivamente”* (<https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.26>).

De acuerdo con Pérez Lledó, si el Estado

la incentiva, es porque objetivamente ello redundará en beneficio de... un fin público o general, normalmente un objetivo socioeconómico o policy que se desea promocionar. El beneficio con que se incentiva suele ser también de tipo económico o material (<https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.26>).

Queda claro que se trata de incentivos para motivar a los individuos a actuar en un sentido determinado. Pero, tratándose de un asunto tan crítico como la creación de empleo, ¿por qué el Estado expediría normas no coactivas –arriesgándose a que los individuos no reaccionen en el sentido deseado– en lugar de recurrir a la coacción para obligarlos a actuar como se requiere que actúen?

Se nos ocurren dos posibles respuestas: la primera, que aunque el Estado es “*todopoderoso*” y, en consecuencia, puede dar órdenes bajo amenazas de sanción en cualquier escenario, en ocasiones prefiere por estrategia acudir a la persuasión como técnica legislativa; o, la segunda, que el Estado no es “*todopoderoso*”, lo que significa que hay espacios a los cuales no puede llegar con normas coactivas. Así tenga interés en que los comportamientos se realicen, en estos casos no puede acudir a la coacción y se ve obligado a recurrir a la persuasión. Veamos cada una de estas opciones:

LAS NORMAS NO COACTIVAS COMO ESTRATEGIA LEGISLATIVA

En esta primera hipótesis, se asume que el Estado es “*todopoderoso*” y, en consecuencia, que puede expedir normas coactivas para ordenar comportamientos en todos los aspectos de la vida de las personas, pero, por estrategia, en ocasiones prefiere recurrir a normas no coactivas.

A este respecto, en Chevalier encontramos lo siguiente:

Una nueva concepción del derecho, caracterizada por el reflujo de los elementos de coacción y unilateralidad (...), apareció en las sociedades contemporáneas. Más que recurrir a los preceptos jurídicos tradicionales, se tiende a recurrir a técnicas más flexibles, propias de una “dirección jurídica no autoritaria de las conductas” (...): Los textos indican “objetivos” por alcanzar, fijan “directivas” por seguir, formulan “recomendaciones” por respetar, pero sin darles fuerza obligatoria; la norma no tiene más carácter imperativo y su aplicación depende no de la sumisión sino de la adhesión de los destinatarios (Chevalier, 2011, p 245).

EL ESTADO NO ES TODOPODEROSO

La segunda opción es que el Estado no es “*todopoderoso*”, de modo que no puede llegar a todos los espacios con órdenes acompañadas de amenazas de sanción. De ser cierta esta hipótesis, habría un ámbito de la libertad de los individuos que no puede ser vulnerado con normas coactivas; esto significaría que, pese a la capacidad del Estado para regular el comportamiento de los individuos –sobre todo en las constituciones contemporáneas– subsiste un espacio de la libertad de iniciativa que el Estado no puede restringir.

Este espacio al que el Estado no puede llegar con mandatos y coacción ha sido descrito por Dieter Grimm. Para este tratadista, si bien los cometidos y la responsabilidad del Estado se han incrementado y eso ha justificado una mayor dirección e intervención estatal, tal fenómeno no ha ido parejo con un ensanchamiento correlativo de su competencia de disposición. “*En consecuencia, el Estado ha de renunciar en grandes ámbitos de su actividad organizadora de la sociedad al empleo de los medios específicamente estatales del mandato y la coacción*” (Grimm, 2006, p 193).

Grimm advierte sobre la insuficiencia de la coacción para gobernar todas las situaciones:

El instrumental con el cual el Estado cumplía sus tareas clásicas de garantía de un orden social previo se componía de mandato y coacción (...). Las innovaciones científico-técnicas, **los progresos económicos** o los patrones culturales de conducta no pueden lograrse a través del mandato y la coacción; si se incluyen en el ámbito de los cometidos estatales, habrán de ser perseguidos por otra vía. El resaltado es nuestro (Grimm, 2006, p. 193). En opinión de Grimm, deben ser recursos de carácter no imperativo que actúen indirectamente, y cita como ejemplo los incentivos económicos.

(L)a conducta privada que se considera deseable por el Estado se hace tentadora a través de estímulos financieros, la indeseada se torna no atractiva por medios disuasorios del mismo tipo. Pero el control no imperativo se lleva a cabo también por vía de información o convicción (Grimm, 2006, p. 193).

Grimm lo denomina gobierno indirecto, para sostener que, en tal caso,

...los destinatarios particulares de la acción de gobierno se desvinculan en igual medida de su posición de subordinación, pues no existe deber de obediencia alguno respecto al gobierno indirecto. El Estado, en la imposición de su política, depende más de la libre disposición a obedecer de dichos destinatarios (Grimm, 2006, p 194).

La expresión “*obedecer*” no nos parece apropiada en este contexto, pues precisamente se trata de incentivar a través de mecanismos distintos de los mandatos; en ese sentido, nos parece más adecuado el término “*adhesión*” utilizado por Chevalier.

Ahora bien, cuando Grimm habla de estímulos financieros, no se está refiriendo a sanciones económicas como multas o tarifas (Grimm, 2006, p 193). No podrían serlo, pues precisamente se trata de comportamientos que no ameritan reproche ni sanción. Esto reafirma nuestra postura de reservar la persuasión para aquellos eventos en los cuales la decisión de la persona de realizar o no el comportamiento no es sancionable, y por lo tanto respecto de ellos no es posible la coacción.

Con estas consideraciones, retomemos la norma hipotética que establece una bonificación para quienes realicen actividades económicas que generen al menos diez puestos de trabajo, ¿podría considerarse como una mera estrategia legislativa?, ¿o, más bien, como la consecuencia de que el Estado no podría ordenar tal comportamiento a través de la coacción?

Para sostener que es solo una estrategia legislativa, tendríamos que asumir que el Estado está en capacidad de procurar el mismo resultado a través de una norma que ordene que *“todos los colombianos deben realizar actividades económicas que requieran la contratación de al menos diez empleados, so pena de...”*. Creemos que una norma así no es posible en el ordenamiento jurídico por las razones que trataremos en el acápite siguiente. Por lo tanto, creemos que, en este caso, la persuasión no es solamente una alternativa sino la vía de que dispone el Estado cuando no procede la coacción.

A manera de conclusión, diremos que, en nuestra opinión, el Estado no es *“todopoderoso”*, como consecuencia de lo cual hay un espacio en el que, pese a todo su poder, no puede irrumpir imponiendo comportamientos con normas coactivas. En ese espacio reina la libertad de iniciativa individual, razón por la cual lo llamaremos *“ámbito irreductible”*.

EL ÁMBITO IRREDUCTIBLE

Para validar ese reducto intocable de la libertad de iniciativa, vale la pena dar una mirada rápida a la forma como ese concepto se incorporó al ordenamiento jurídico y a la manera como ha evolucionado. Comencemos por recordar que el reconocimiento de la libre iniciativa en su momento significó la superación del orden estamental-feudal, en el que la posición del individuo estaba dada por sus condiciones de nacimiento y pertenencia a un determinado estamento. Fue la transición al orden social burgués, para el que lo justo resultaba de la autonomía individual. De ahí su importancia. (Grimm, 2006, p 177).

De esta manera, el ámbito económico de la sociedad fue liberado del control político y entregado al mercado. El orden social burgués se apoyaba en la premisa, según la cual, las posibilidades abiertas le permitirían a cualquier individuo alcanzar los bienes necesarios para la satisfacción de sus derechos fundamentales (Grimm, 2006, p 162). Cualquiera tenía la posibilidad de buscar su propio provecho sin que nadie pudiera ser forzado a negocios desventajosos. Por tanto, el acuerdo voluntario no dejaba lugar a injusticia alguna. Si alguien no lo lograba era debido a su propia negligencia y, por lo tanto, su miseria no era injusta. También el principio de libertad igual, según la convicción del liberalismo, defendía a todos de la explotación privada y del exceso de poder, y excluía el dominio de unos miembros de la sociedad sobre otros, al tiempo que admitía las obligaciones entre ciudadanos sólo cuando fueran voluntariamente aceptadas. (Grimm, 2006, p 162).

Sin embargo, las expectativas de justicia puestas en ese orden social no se cumplieron (Grimm, 2006, p.73). Aunque se incrementó la productividad, la autonomía privada basada en los pilares de libertad de propiedad, de contratación y de transmisión hereditaria, condujo a la formación de clases, lo que reagrupó a los individuos en poseedores y no poseedores y condujo a relaciones privadas de dominio, posibilitando la explotación de una parte de la sociedad por la otra. Dice Grimm que esta situación no se produjo como consecuencia de la revolución industrial, pero sí fue acentuada por ella (Grimm, 2006, p. 185).

A raíz de esa situación, la libertad de iniciativa privada se fue atenuando con el Estado Providencia y el Estado de Bienestar hasta llegar al Estado Social de Derecho, de la mano de criterios de justicia y solidaridad que inspiran los ordenamientos jurídicos contemporáneos (sobre este tema volveremos en el capítulo segundo). Esta evolución ha llevado a que el lenguaje constitucional precise que, aunque la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada están garantizadas, tal garantía no tiene carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompasarse con la función social de la empresa, el interés social y la necesidad de contar con un mercado competitivo (Art. 333)” (Sentencia T-040/12 de la Corte Constitucional).

Lo que tenemos hoy, entonces, es un espacio para la libertad de iniciativa, limitada pero existente. Esto tampoco es una novedad. Sobre el tema, ha dicho la Corte Constitucional:

En cuanto a la libertad de empresa, también denominada como libre iniciativa privada, la Corte ha planteado que se concentra en la facultad de participación en el mercado a través de actividades empresariales destinadas a la oferta de bienes y servicios. Así, esa garantía constitucional se ha definido como aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia (Sentencia C-228/10).

Luego, la pregunta que nos hacemos no es si existe ese espacio, pues sobre eso no hay discusión; lo que nos preguntamos es si ese espacio subsiste porque el Estado no ha querido intervenirlo –teniendo la capacidad de hacerlo– o si subsiste debido a que el Estado, pese a todo su poder, no lo puede vulnerar (el ámbito irreductible).

Para avanzar en ese sentido, demos una mirada a las normas positivas y a la jurisprudencia constitucional. Por el lado de las normas positivas, tenemos el artículo 26 de la Constitución Política (CP) que dice: “*Toda persona es libre de escoger profesión u oficio (...)*”.

Por su parte, el artículo 333 de la CP dice lo siguiente:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

Del panorama normativo y jurisprudencial reseñado derivamos dos conclusiones: una, que el Estado tiene capacidad de intervención para restringir la libre iniciativa, y dos, que esa capacidad no tiene el alcance de poder eliminarla. Esto supone limitaciones a la capacidad del Estado para intervenir en la libre iniciativa y, por lo tanto, la existencia de un reducto intocable (el ámbito irreductible), constituido por la capacidad del individuo para decidir su participación en la economía (incluso decidir sobre el hecho mismo de participar) y seleccionar libremente la actividad. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional:

(...) tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) **no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa**; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. El resaltado es nuestro (Sentencia C-228/10).

Lo anterior evidencia que no existe una norma que prescriba algo como “*todos los colombianos deben realizar actividades económicas que requieran la contratación de al menos diez empleados*”. Una norma así sería ideal para garantizar el derecho al trabajo, pero tendría dos problemas: uno, sería impracticable porque, si todos deben contratar empleados, ¿quiénes podrían ser los empleados? Y dos, supondría forzar la participación de los individuos en la economía e imponer que la actividad sea aquellas que requieran la contratación de al menos diez empleados, lo cual iría en contravía de la visión normativa y jurisprudencial, vulnerando el ámbito irreductible.

Adicionalmente, por la manera como las normas y la jurisprudencia reconocen y protegen el ámbito irreductible, diríamos que se trata de un elemento de la esencia del ordenamiento jurídico, pues no se concibe la vida en sociedad sin la participación voluntaria de los individuos en la economía. Si se eliminara, el ordenamiento jurídico no sería el mismo sino otro. Ha dicho la Corte:

...el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribía la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público (Sentencia C-228/10).

En conclusión, en la generación de oportunidades de trabajo, el Estado participa como un actor más, en tanto desarrolla actividades empresariales directamente o en concurso con los particulares, pero no está llamado a reemplazar totalmente a estos últimos. Si esto ocurriera, tendría que ser porque los individuos se han abstenido –o han sido forzados a abstenerse– de ejercer su libertad de iniciativa, lo cual es un escenario que no corresponde al diseño del ordenamiento jurídico que tiene precisamente a la libertad de iniciativa como uno de sus presupuestos. Lo anterior ha sido expuesto por la Corte Constitucional:

Las libertades económicas son garantías que encuentran restricción en las potestades de dirección del mercado por parte del Estado. No obstante, ese carácter autorrestringido no puede entenderse como un mecanismo que permita extender la medida de intervención más allá del núcleo esencial de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, de modo que las haga nugatorias y refrende un modelo económico de planificación centralizada. Antes bien, existe un interés reconocido y protegido constitucionalmente, en el sentido que deben preservarse las garantías mínimas que posibiliten el intercambio comercial y, de manera más amplia, la participación de los agentes de mercado, en un marco de condiciones que permita el desarrollo económico y la libre competencia (Sentencia C-830/10).

Esta limitación que tiene el Estado para no afectar el núcleo esencial (para nosotros, el ámbito irreductible) se refleja en los juicios de constitucionalidad emitidos por la Corte. Así, cuando se trate de la revisión de una norma de intervención del Estado en la economía, la Corte deberá “examinar si el núcleo esencial del derecho fue desconocido” con la restricción derivada de la norma y si la operatividad del núcleo esencial se mantiene incólume. (Sentencia C-830/10)

EFFECTOS COLATERALES DEL ÁMBITO IRREDUCTIBLE

El reconocimiento de la libertad de iniciativa es un triunfo respecto de la sociedad feudal-estamental, pero no es un asunto exento de consecuencias problemáticas. A estas consecuencias problemáticas las denominaremos “efectos colaterales del ámbito irreductible”. Identificamos los siguientes: la tensión entre la acción del Estado y la de los particulares en cuanto a la creación de empleo, la relativización del derecho al trabajo y la dificultad del control constitucional.

LA TENSIÓN

El primer efecto colateral que identificamos es una tensión que se explica así: el Estado, como director de la economía, debe hacer lo necesario para que se genere empleo. Pero su obligación no es la de proveer los puestos de trabajo directamente, sino la de promover las condiciones para que ello ocurra. Para que los puestos de trabajo se generen finalmente se requiere de la participación de los individuos en la economía. Pero esta participación de los individuos es voluntaria, de modo que no puede ser forzada por el Estado.

En conclusión, la generación de empleo resulta de una complementariedad necesaria de la acción del Estado y de los individuos en la economía: ni el Estado puede producir el resultado con prescindencia de los individuos, ni estos pueden lograr los resultados con prescindencia del Estado. Por lo mismo, no es posible exigirle al Estado la provisión directa de trabajos, pero tampoco puede esperarse que los individuos los produzcan más allá de las condiciones creadas por el Estado.

Esta tensión es propia de un ordenamiento jurídico que acoge los presupuestos de libertad de iniciativa de los individuos en la economía e impone simultáneamente al Estado la obligación de intervenir para promover condiciones que conduzcan a la generación de oportunidades de trabajo. Es, pues, consecuencia del diseño mismo del ordenamiento, de modo que no se presentaría en una economía totalmente estatizada, pues en ese caso el Estado se ocupa de proveer directamente las oportunidades de trabajo.

LA RELATIVIZACIÓN DEL DERECHO AL TRABAJO

El derecho al trabajo está formulado normativamente en tono categórico, así: **artículo 7 del Código Sustantivo del Trabajo**: “*Toda persona tiene derecho al*

trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio...". Artículo 25 de la Constitución Política colombiana: "**El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas**". Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): "**1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo (...)**". **El resaltado es nuestro.**

De esta formulación categórica debería derivarse a cargo de algui, la obligación de proveer directamente puestos de trabajo. Pero, según hemos visto, ni el Estado ni los particulares tienen una obligación con ese alcance: la expectativa es que la acción combinada (la complementariedad necesaria) del Estado y los particulares genere las oportunidades de trabajo.

Esto ha conducido a que algunos elementos del derecho al trabajo se identifiquen como constitutivos de su núcleo, y que a este se le reconozca la naturaleza de derecho fundamental, susceptible de ser protegido incluso por vía de tutela. Pero también que a otros elementos, que no pertenecen al núcleo, se les niegue esa posibilidad. Entre estos elementos adicionales, externos al núcleo esencial, tenemos el de tener acceso garantizado a un trabajo. No es posible, por lo tanto, que una persona le exija al Estado, vía tutela, que le provea un trabajo, pero tampoco puede hacerle tal petición a un particular. En palabras de la Corte:

Es cierto que el derecho al trabajo es fundamental, y, por tanto, su núcleo esencial es incondicional e inalterable. Pero lo anterior no significa que los aspectos contingentes y accidentales que giran en torno al derecho al trabajo, sean, per se, tutelables, como si fueran la parte esencial. No hacen parte del núcleo esencial la facultad de obtener una vinculación concreta como tampoco el permanecer indefinidamente en un cargo determinado (Sentencia T-799/98).

Resulta curioso que el acceso a oportunidades de trabajo se considere contingente o accidental, pues más bien parecería ser lo esencial del derecho al trabajo. Sin embargo, la disección que hace la Corte para aislar el núcleo y excluir del mismo la garantía de acceder a un trabajo no es caprichosa. Parece ser un recurso para sortear la dificultad de no poder dotar a los individuos del derecho a exigir del Estado o de algui que les provea un trabajo de manera inmediata. Y esto ocurre, pese al deber de solidaridad y al principio de progresividad, y pese también a la previsión de la Constitución que considera el trabajo no solo como un derecho sino también como un deber social.

Como conclusión de lo anterior, si bien el derecho al trabajo está reconocido como tal por el ordenamiento jurídico, la provisión directa de puestos de trabajo necesaria para satisfacerlo no está establecida como una obligación a cargo de alguien. Es una especie de paradoja, porque un derecho es la facultad que se tiene para exigir de otro un determinado comportamiento, lo que significa que, al tiempo que derecho, constituye una obligación para alguien que debe cumplirla. Pero proveer puestos de trabajo –en el sentido de proveerlos directamente– no es una obligación correlativa a cargo de alguien. Por eso no está expresada normativamente como una orden con ese alcance, pues sería una orden carente de destinatarios y, por lo tanto, en sí misma un contrasentido.

Tampoco, de los pactos internacionales podemos derivarle al Estado una obligación con mayor alcance del que hemos planteado. El artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) establece lo siguiente:

(...) cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (el resaltado es nuestro).

Por su parte, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé que

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr **progresivamente** la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (el subrayado no es del texto).

Respecto de la progresividad, anota Omar Toledo:

el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar **positiva**, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena

y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales” y la otra a la que podemos denominar **negativa** que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad (<http://omartoledotoribio.blogspot.com/2010/12/el-principio-de-progresividad-y-no.html>).

Esta obligación de avanzar progresivamente en la generación de oportunidades de trabajo no modifica en el tiempo el alcance de las obligaciones del Estado ni de los particulares. Es importante decirlo para dejar en claro que la progresividad no soluciona la tensión a la que nos hemos referido ni elimina los efectos colaterales del ámbito irreductible. En ese sentido, lo que al Estado podrá exigirsele ahora o en el futuro es que promueva las condiciones para que se generen las oportunidades de trabajo, pero no que las provea directamente. A menos, claro, que se transforme sustancialmente el ordenamiento jurídico.

Sobre la progresividad volveremos en el capítulo segundo. Por ahora, comentemos que dicho concepto está estrechamente vinculado con otra obligación constitucional a cargo del Estado, consistente en promover la productividad, la competitividad y el desarrollo económico (artículo 334 de la CP).

En resumen, apoyados en la progresividad, en el mejor de los casos al Estado se le podrá reclamar que promueva las condiciones para que se generen las oportunidades de trabajo, y de los particulares se podrá esperar que su participación en la economía termine generándolas, pero no se podrá establecer como derecho que de ellos se demande la provisión de trabajos específicos. Sigue siendo válida, entonces, la afirmación sobre la existencia del ámbito irreductible.

LA DIFICULTAD DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

Describimos el control constitucional como el ejercicio de comparación entre una norma y una disposición constitucional (incluidas reglas, principios y valores), con el fin de verificar que aquella armoniza o resulta compatible con esta. Tal ejercicio de comparación no ofrece en ocasiones ninguna dificultad. Por ejemplo, una norma que diga que los colombianos que cumplan ciertos requisitos podrán pensionarse, con excepción de los negros, sería abiertamente inconstitucional y, por lo tanto, llegar a esa conclusión no representará ninguna

dificultad. No obstante, no siempre el ejercicio de comparación se reduce a esa simplicidad que se agota en la confrontación de los textos (uno de orden legal y otro constitucional).

Desde la perspectiva de la persuasión, el ejercicio del control constitucional implica establecer, no solamente que la norma analizada no contradiga la Constitución, sino que la cumpla. No es solamente un tema de compatibilidad. En el caso de las normas persuasivas, creemos que no contradecir la Constitución y cumplirla tienen alcances distintos. En estos casos, cumplir la Constitución supone que el incentivo utilizado por la norma no solo no es contrario a la Constitución, sino que es idóneo para cumplir el propósito.

Un examen con esta perspectiva evidentemente tiene un grado de dificultad mayor, entre otras cosas, porque implica la predicción del comportamiento futuro de los individuos y, naturalmente, excede la formación de los magistrados de los tribunales constitucionales, quienes en últimas se verán enfrentados a opiniones de expertos que pueden –y suelen– ser contradictorias.

Un buen ejemplo de lo que acabamos de decir lo encontramos en el examen de constitucionalidad de la Reforma Laboral del presidente Álvaro Uribe (ley 789 del 2002), cuyo propósito era el de promover la creación de empleo. Se trataba de una norma persuasiva, cuyo incentivo consistía en reducir las cargas presenciales de las empresas con el fin de lograr el propósito mencionado.

La constitucionalidad del incentivo fue ampliamente debatida por cuanto constituía una regresión en materia de derechos laborales, lo que condujo a una decisión dividida en la Corte, como se observa en los salvamentos de voto. En síntesis, la Corte se enfrentó a posiciones contradictorias de expertos y se inclinó finalmente por aceptar que el incentivo, aunque regresivo, era idóneo para promover la generación de empleo. Al respecto, la Corte dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

El examen de la idoneidad y necesidad de las medidas adoptadas no puede ser muy estricto puesto que estamos en un terreno de enorme incertidumbre empírica, ya que ciertas escuelas económicas atribuyen ciertos efectos a determinadas políticas mientras que esas visiones son controvertidas por otros enfoques. Ahora bien, la doctrina, con criterios que esta Corte comparte, ha señalado que entre más inseguras y discutidas sean las premisas empíricas en que se funda una decisión del Legislador, menos intenso debe ser el control constitucional de la opción legislativa, puesto que el juez constitucional no cuenta con conocimientos seguros para cuestionar dicha opción, precisamente por-

que se trata de un terreno polémico y controvertido en términos de la ciencia y la cultura (Sentencia C-038 de 2004).

Esta postura de la Corte es lo que se conoce como “la deferencia con el legislador”, que consiste en concederle un rango de confianza, dado que el propio legislador también está seleccionando entre distintas alternativas en el terreno de la probabilidades. Así lo explica el experto constitucionalista Rodrigo Uprimny:

El control constitucional de la economía es –para expresarlo en términos de derecho constitucional– un control de razonabilidad, es decir, un control no estricto sino leve (Rodríguez, 1998). Un control leve es aquel en que el juez constitucional debe mirar únicamente si el objetivo que persigue una política es constitucionalmente admisible y si el medio para lograrlo es potencialmente adecuado para alcanzar dicho propósito. Es, por tanto, un control relativamente suave, en virtud del cual únicamente las políticas económicas manifiestamente irrazonables son declaradas inconstitucionales (<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Constitucion-y-modelo-economico-en-Colombia.pdf>).

No es ausencia total de control, pero sí un control débil. El examen de constitucionalidad tiene, pues, esta dificultad. En el caso de la Reforma Laboral del gobierno de Álvaro Uribe, la Corte decidió respaldar el incentivo, apoyada en la “deferencia con el legislador”. Sin embargo, la deferencia con el legislador no es ciega, de suerte que el tribunal constitucional, para otorgar ese voto de confianza, debe por lo menos quedar razonablemente convencido de que el incentivo es idóneo, esto es, que servirá para motivar a los individuos a actuar en el sentido deseado.

En el caso de la Reforma Laboral del gobierno de Uribe, la Corte, como se dijo, respaldó el incentivo. Pero, algunos años después, en 2013, el exmagistrado de la Corte Constitucional Nilson Pinilla dijo lo siguiente respecto de la decisión:

Posteriormente, ante realidades sociales que parecían desmentir esa supuesta generación de empleo, nos pareció que había existido un error y que la regresión no se justificaba. A pesar de ello existía ya cosa juzgada sobre la materia y nada pudo hacerse al respecto (Pinilla: Henao, 2013, p. 197).

Sin embargo, al margen de cuál era la posición más conveniente, lo que aquí nos interesa es destacar el componente de incertidumbre propio de estas

materias, que le imprime al examen constitucional la complejidad anotada. Por esa razón, lo que usualmente ocurre es que un examen de constitucionalidad no llega a esa profundidad, como se observa en las sentencias a través de las cuales la Corte en Colombia ha revisado los tratados de libre comercio que pretenden expandir la actividad económica (independientemente de si contienen los incentivos adecuados o no). En estos casos, la Corte ha realizado sobre todo una validación formal para establecer si el respectivo tratado vulnera alguna norma constitucional y ha eludido referirse a la idoneidad del incentivo (Sentencias C-608/10, C-750/08, C-184/16).

COMENTARIOS FINALES

Si la intención es persuadir a los individuos de expandir la actividad empresarial como mecanismo para generar más empleo –atendiendo el criterio de que la empresa y la iniciativa privada son el motor de la economía (sentencia Corte Constitucional C-228/10)– los individuos que reciben el mensaje persuasivo deben estar en condiciones de poder descifrarlo y asimilarlo, como condición necesaria para llevarlo a la práctica. *“Toda comunicación requiere de un descifrador que es necesario que sea otro. Puesto que, si no fuera otro, no habría comunicación o transmisión de sentido”* Correas, 2005, p 108).

Ahora bien, el mensaje puede llegar a través de distintas vías y en distintas presentaciones: por ejemplo, en las políticas monetaria, cambiaria, aduanera y tributaria, a través de las cuales –entre otras– el Estado ejerce su atribución de dirigir la economía y orientar el mercado.

A través de regulaciones de este tipo, el Estado genera incentivos para expandir la actividad económica, o para propiciar la realización de ciertas actividades económicas en lugar de otras, según lo aconsejen las circunstancias. Por ejemplo, es un hecho que los individuos necesitan dinero para desarrollar actividades empresariales, pero el Estado no puede forzarlos a que se endeuden para conseguir dicho dinero. No obstante, puede hacer otras cosas, por ejemplo, el banco central (que en Colombia es el Banco de la República) puede tomar decisiones para que los bancos comerciales otorguen préstamos más baratos a los individuos. De esta forma, busca motivar a estos últimos a tomar dinero prestado, con el fin de que lo utilicen en la expansión de sus actividades económicas. Si, a pesar de disponer de créditos más baratos, los individuos no se endeudan, la persuasión no se habrá producido, afectando el cumplimiento de los fines y obligaciones del Estado.

Lo mismo ocurre con programas diseñados por el Estado a través de bancos de segundo piso (en Colombia: Bancoldex, Finagro, Findeter), a través de los cuales se generan condiciones más favorables (subsidiadas) para que los individuos puedan realizar actividades empresariales en mejores condiciones financieras. Pero es discrecional de los individuos hacer o no uso de esas ventajas. Otro ejemplo son los aranceles que se fijan a la importación de productos de otros países, como sucede con la celebración de tratados de libre comercio. O lo que se busca con beneficios tributarios para estimular ciertas actividades económicas como la importación de bienes de capital, que son los equipos necesarios para la producción que requieren una inversión relativamente alta.

Ahora bien, normas como las citadas nos permiten vislumbrar también la función persuasiva en su versión negativa, que, por lo tanto, deberíamos llamar disuasiva. Pero no disuasiva en el sentido de amenazar con sanciones, al estilo de multas, para evitar que una conducta se realice, sino disuasiva en cuanto busca desmotivar a los individuos de hacer algo (persuadirlos de no hacer), sin que el hecho de no atender el mensaje genere reproche o sanción. Por ejemplo, si el banco central considera que los individuos están sobreendeudados, en lugar de bajar la tasa de interés, la va a incrementar, buscando que se sientan menos atraídos a seguir endeudándose. Pero si los individuos de todas maneras deciden tomar créditos aunque las tasas estén altas, no habrá nada que reprocharles. Del sujeto receptor del mensaje y las condiciones que debe tener para poder serlo, hablaremos en el siguiente capítulo.

2. EL INDIVIDUO A PERSUADIR

INTRODUCCIÓN

En el capítulo anterior nos ocupamos de la función persuasiva del Derecho. Se dijo que el Estado, como director de la economía, tiene la obligación de que se generen (no de generar) suficientes opciones de trabajo, y que para producir ese resultado se requiere de la participación voluntaria de los individuos, quienes actúan en ejercicio de su libertad de iniciativa. De allí concluimos que el Estado tiene una obligación cuyo cumplimiento está mediado por la voluntad de los individuos, por lo que no puede acudir a normas coercitivas para obligarlos, sino que debe persuadirlos a través del ofrecimiento de oportunidades. A esto lo hemos llamado la función persuasiva del Derecho.

SUJETO HABILITADO

Con el fin de persuadir a los individuos, el Estado debe ofrecerles oportunidades. Sin embargo, una oportunidad solo será tal si los individuos a quienes se ofrece están en condiciones de reconocerla y aprovecharla, y esto solo ocurrirá si disponen de los factores requeridos para ello.

Al individuo que cuenta con dichos factores lo llamaremos sujeto habilitado (habríamos preferido llamarlo sujeto persuadible, pero persuadible no es una expresión reconocida en castellano). Por lo tanto, lo llamaremos sujeto habilitado. ¿Habilitado para qué?, para reconocer las oportunidades y aprovecharlas; en otras palabras, para ejercer su libertad de iniciativa como respuesta a la acción persuasiva del Estado.

Ahora bien, estos factores son múltiples. Algunos corresponden a condiciones naturales y otros a circunstancias sociales. Dworkin habla de variables económicas personales, y entre ellas menciona las capacidades físicas y mentales, las elecciones pasadas, la suerte (que para nosotros incluye el hecho de nacer en una determinada familia o en un determinado entorno), las actitudes de los demás hacia el individuo, la habilidad de este o su deseo de producir lo que otros quieren (Dworkin, 2008, p. 129).

En relación con factores como el talento, que obedecen a razones naturales, su asignación escapa al control del ordenamiento jurídico, por lo que no es posible pensar en su igualación ni en que los individuos tengan, desde esa perspectiva, la misma posibilidad de acceso a ellos ni a las oportunidades que de ellos dependan. Pero hay otros factores, como el conocimiento y el capital, que no son condiciones naturales y en cuya asignación si interviene el Estado.

Esta variedad de factores hace que sea difícil identificar cuándo una situación de desigualdad obedece a razones de orden natural y cuándo a factores en cuya asignación el Estado puede intervenir. Pero, ¿qué pasaría si asumimos hipotéticamente que todos los individuos tienen la misma dotación de todos los factores necesarios, excepto de conocimiento y capital? De esta manera podríamos identificar cómo está dispuesta en el ordenamiento jurídico la distribución de estos dos recursos (conocimiento y capital) que consideramos necesarios para reconocer y aprovechar las oportunidades que el Estado ofrece, con el objeto de que los individuos realicen actividades en la economía que generen mayores oportunidades de trabajo. Y, sobre todo, para revisar si es posible que los individuos accedan a dichos recursos en condiciones de igualdad.

Dado que uno de los fundamentos del ordenamiento jurídico es la igualdad de oportunidades, en principio deberíamos asumir que todos los individuos podrían ser sujetos habilitados en cuanto dependa del acceso a conocimiento y capital. Pero, ¿cuáles son las condiciones de posibilidad de la igualdad de oportunidades en el ordenamiento jurídico?

EL ACCESO A CONOCIMIENTO Y CAPITAL

De acuerdo con Dieter Grimm, aunque el modelo social burgués acabó con las estructuras feudo-estamentales y con el absolutismo de Estado, y adicionalmente permitió el despegue de la productividad económica, el dominio de una autonomía privada –basada en los pilares de la libertad de propiedad, de contratación y de transmisión hereditaria– dividió la sociedad en poseedores y no poseedores, situación que se agudizó con la revolución industrial (Grimm, 2006, p. 185).

Con la superación de la sociedad estamental, la libertad de iniciativa se entendió garantizada en la medida en que los individuos podrían ejercerla sin los condicionamientos asociados a la pertenencia a un segmento social. Sin embargo, el solo reconocimiento de la libertad de iniciativa no se tradujo en la posibilidad real para todos de ejercerla, dado que continuaban operando instituciones que generaban desigualdad. Entre esas instituciones estaban la herencia y la falta de límite a la cantidad de riqueza que una persona puede acumular (aquí damos a la herencia un alcance mayor al de la figura jurídica consistente en la transferencia de los bienes de alguien que fallece, para abarcar las ventajas que tiene una persona por el hecho de nacer en una determinada familia y en un entorno social que lo proveen de bienes).

Dice Grimm que para garantizar la libertad individual fue necesario delimitar la autonomía privada y la distribución de los bienes, lo cual no podía lograrse a través de restricciones al Estado sino, al contrario, otorgándole poderes. No era ya una postura defensiva contra el Estado –como había ocurrido frente al absolutismo de los príncipes– sino una necesidad de intervención del Estado, en procura de que la libertad individual misma fuera realizable (Grimm, 2006, p.164).

De acuerdo con Rosanvallon, la versión mínima de la igualdad de oportunidades se habría diseñado en el marco de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución francesa. Durante ese período revolucionario se pensó primero en la supresión de los privilegios y de las diversas barreras jurídicas o corporativas asociadas a la movilidad social. Sin embargo,

pronto se vio que la sola eliminación de tales privilegios asociados no era suficiente para garantizar que todos los individuos pudieran ejercer su libertad de iniciativa, pues no consideraba las desigualdades sociales y culturales heredadas que determinaban diferentes situaciones de partida para los individuos (Rosanvallon, 2012, p. 297). En palabras del autor,

en ese esfuerzo por poner a todos los individuos en condiciones de igualdad en el punto de partida, la herencia ha sido un tema controversial, puesto que genera desigualdades que no pueden asociarse con el mérito propio sino a la suerte de haber nacido en una determinada familia (Rosanvallon, 2012, p. 306).

El tema de la herencia también fue objeto de preocupaciones para los sansimonianos, para quienes la eliminación de los privilegios de nacimiento implicaba, ante todo, la supresión del derecho de herencia (Rosanvallon, 2012, p. 308).

En el período revolucionario en Norteamérica, Thomas Jefferson fue incansable defensor de altos impuestos a la herencia, a fin de impedir la reproducción de las desigualdades y la formación progresiva de una casta de rentistas. Jefferson asociaba la herencia a las palabras feudalismo y aristocracia (Rosanvallon, 2012, p. 305).

Esta postura contra la herencia también permaneció vigente en el discurso liberal a lo largo del siglo XIX. John Stuart Mill, por ejemplo, propuso limitar la suma de bienes que era posible heredar, así como fijar un límite al monto de lo que se podía adquirir gracias a la benevolencia de otro (Rosanvallon, 2012, p. 307). Este autor rechaza los determinantes de las desigualdades que radican en variables heredadas: las desigualdades de ingresos que resultan de las preferencias personales y de las elecciones de vida son aceptables, mientras que conviene rechazar aquellas que radican en la disparidad de los recursos de que disponen los individuos (Rosanvallon, 2012, p. 313).

Esta oposición a la herencia busca garantizar la igualdad de oportunidades, ubicando a todos los individuos en igualdad de condiciones en el punto de partida. De esta forma se da paso a un sistema de meritocracia en el que los resultados del individuo dependan de sus propios méritos y no de las ventajas que le provea la herencia. Esta visión también ha tenido contradictores; para estos, la meritocracia daría paso a una aristocracia del talento, tanto más dominadora que la vieja aristocracia de nacimiento, en cuanto las condiciones de su ascenso parecerían irrecusables (Rosanvallon, 2012, p. 308).

REGÍMENES CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEOS

Desde el fin de la Primera Guerra Mundial –aunque se venía gestando desde el siglo XIX– la actividad del Estado se dinamizó, asumiendo nuevas tareas y nuevos medios en procura de garantizar la libertad de iniciativa para todos (Grimm, 2006, p.194).

Según Mario Bunge, primero en Suecia, y una vez terminada la Segunda Guerra Mundial en las demás naciones de Europa Occidental, se acogió un modelo intermedio entre el capitalismo radical y el estatismo soviético, denominado Estado de Bienestar. También Inglaterra adoptó un esquema similar, aunque en opinión de Bunge, más modesto. Empezó a hablarse de mercado social y se reforzó la asistencia en todos los sectores de la sociedad. En palabras de Bunge, era el capitalismo con bienestar, o capitalismo con rostro humano, en contraposición al mercado libre (Bunge, 2015, p. 104).

En esa misma dirección, Colombia adoptó el Estado Social de Derecho en 1991, el que, de acuerdo con la Corte Constitucional, no es el mismo Estado de Bienestar (Sentencia C-1064 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño). Según comenta Pilar Cerón, el Estado Social de Derecho es la forma constitucional de un tipo de Estado Bienestar, de manera que aquel es un concepto constitucional, normativo, mientras que el concepto Estado de Bienestar es meramente descriptivo (Cerón Zapata, 2007, p. 242).

Se esperaría, entonces, que con la evolución del rol del Estado, partiendo del Estado liberal hasta los Estados contemporáneos regidos por un ordenamiento jurídico como el nuestro, la promesa del modelo social burgués de permitir a todos los individuos el ejercicio de su libertad de iniciativa –en igualdad de oportunidades– se hubiera convertido en una realidad. Pero sigue siendo una promesa. En relación con la igualdad de oportunidades, no ha sido posible siquiera un consenso sobre sus alcances.

En resumen, garantizar la libertad de iniciativa, en igualdad de oportunidades, ha sido una preocupación constante. Eso se ve claro en la evolución del papel del Estado. Sin embargo, en tanto no hay una visión única de la igualdad de oportunidades, su alcance estará delimitado por las instituciones que conformen el respectivo ordenamiento jurídico. Si se quisiera acoger una visión de la igualdad de oportunidades que riña con dichas instituciones, sería necesario modificar dicho ordenamiento.

Así, cuando un ordenamiento jurídico acoge la institución de la herencia, su visión de la igualdad de oportunidades no podrá consistir en igualar el capital en el punto de partida, pues la herencia naturalmente genera desigualdad en beneficio de quien tiene la suerte de recibirla y en perjuicio de quien no tiene esa misma suerte. Algo similar sucede con la ausencia de límite a la cantidad de riqueza que una persona puede acumular, la cual no sería compatible con una exigencia de igualdad de resultados.

Como consecuencia de lo anterior, el ordenamiento jurídico se enfrenta a distintas manifestaciones de la igualdad de oportunidades: algunas de estas manifestaciones tienen que ver con situaciones que el ordenamiento jurídico ha decidido proscribir y, por lo tanto, son absolutamente inadmisibles, mientras que otras son admitidas pero sujetas a eventuales interferencias del Estado en procura de lograr cierta igualdad.

Como ejemplo de las primeras tenemos la prohibición de discriminar injustificadamente por razón de género, raza, creencias políticas, etc. (artículo 13 CP). Sobre el alcance de esta igualdad de trato no hay ninguna duda: con la sola prohibición incorporada al ordenamiento jurídico se elimina toda posibilidad de desigualdad. Luego, esta pretensión de igualdad de oportunidades está plenamente resuelta en el ordenamiento jurídico.

En las segundas, las admitidas pero sujetas a eventuales interferencias del Estado, se ubican las relacionadas con el conocimiento y el capital. Respecto de ellas no encontramos un mandato similar al comentado para la igualdad de trato, en términos de eliminar totalmente la desigualdad. Por lo tanto, las acciones del Estado se dan en una dinámica de tensión, pues el esfuerzo de procurar igualdad se ejecuta en un contexto de instituciones que continúan operando y generando desigualdad.

De modo que el mandato constitucional que le ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (art. 13 CP) tiene distintos alcances dependiendo del tipo de desigualdad de que se trate. En resumen, pese al interés por garantizar la igualdad de oportunidades, y pese a haber fortalecido el rol del Estado con funciones y herramientas orientadas a ese fin, en el estadio actual de evolución tenemos un ordenamiento jurídico que, al tiempo que procura la igualdad, preserva instituciones que generan desigualdad, no de manera casual sino deliberada. Abramovich y Courtis lo resumen así:

...el modelo de derecho social no es un modelo que sustituya... plenamente el modelo de derecho clásico, sino un modelo correctivo de

lo que se considera disfunción de este último. La articulación de este modelo se funda, por un lado, en la modificación o sometimiento a crítica de algunos de los presupuestos o postulados del modelo del derecho privado clásico –sin, por ello, desbancarlos completamente–; esto es notorio, por ejemplo, en el campo de los presupuestos de la teoría de la sociedad y de las relaciones sociedad-individuo. Por otro lado, se señalan las limitaciones de los mecanismos del derecho privado clásico, sosteniéndose la necesidad de intervención estatal cuando el funcionamiento del mercado no garantice resultados aceptables. La construcción de este modelo jurídico es uno de los vehículos a través de los cuales se realizan las funciones del Estado Social, Estado de Bienestar o Estado Providencia (Abramovich y Curtis, 2002, p 52).

Esto es común a los Estados constitucionales contemporáneos que tienen por esencia el reconocimiento y la satisfacción de los derechos y, al mismo tiempo, acogen una economía de mercado, sea que adopten o no la forma de Estado Social de Derecho (Alemania, España y Colombia); o sea que tengan o no Constitución escrita, como en el caso de Inglaterra; o que los derechos fundamentales no se hallen contenidos en la Constitución sino en otras disposiciones, como ocurre en Francia (Guillaume: Henao, 2013, p. 163); o que los derechos económicos y sociales, como ocurre en España, se incluyan formalmente como principios rectores de política social y económica de la Constitución y no como verdaderos derechos (Pizarro Nevado: Molina Betancur, 2007, p. 275); o incluso que tengan catálogos de derechos fundamentales más nutridos y más amplios que los ordenamientos europeos, como ocurre en Colombia y en la mayoría de los países de América Latina (Sierra Porto: Henao, 2013, p. 268).

Por esa razón, las discusiones sobre el ordenamiento jurídico no se centran hoy en si el sistema económico es o no de mercado, sino en qué tanta intervención del Estado se requiere para evitar consecuencias inconvenientes de un mercado librado a sus fuerzas (neoliberalismo o capitalismo salvaje). Igualmente, observamos que las discusiones se orientan más a debatir si los tribunales constitucionales pueden invadir las competencias del legislativo, o a la adopción de esquemas tributarios progresivos –que graven más a los que más tienen– con el fin de atenuar los efectos nocivos de las dos instituciones a las que hemos hecho referencia, pero no a eliminarlas. Tampoco se orientan a eliminar el derecho de propiedad, sino a ponerle algunas restricciones. Y lo mismo ocurre respecto de la libertad de iniciativa (libertad de empresa).

El profesor Óscar Mejía Quintana destaca que al interior de la Constitución colombiana coexisten tres razones jurídicas: la socialdemócrata, la neoliberal y la

multicultural, y manifiesta la necesidad y urgencia de superarlas (Mejía Quintana, 2012, p. 98). No creemos que la Constitución acoja un modelo neoliberal, si por tal se entiende el repliegue del Estado para librar a los individuos a las fuerzas del mercado (Stiglitz, premio nobel de economía, entiende el neoliberalismo como políticas fundamentalistas del mercado, basadas en los supuestos de la competencia perfecta, de mercados perfectos y de información perfecta, supuestos que no se dan en la vida real) (Stiglitz, 2012, p. 13). En nuestra opinión, lo que hace la Constitución es lo contrario: dotar al Estado de poderes y obligaciones para que intervenga en la economía en procura de los fines sociales, reconociendo que los mercados no son perfectos.

Por otra parte, la Corte Constitucional ha dicho que la Constitución no acoge un modelo económico específico (C-398 de 1995). En el mismo sentido, el constitucionalista Rodrigo Uprimny sostiene que la Constitución Política no consagra “*un modelo económico preciso, sino que admite políticas económicas diversas, aunque dentro de ciertos límites normativos y valorativos*”. Uprimny hace una precisión importante en el sentido de indicar que, si bien la Constitución es en ese sentido abierta, no es neutra. Es decir, que aunque no establece un determinado modelo, “*las instancias de decisión política deben de una parte respetar los límites impuestos por el conjunto de derechos*” (<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Constitucion-y-modelo-economico-en-Colombia.pdf>).

Hay que aclarar, en relación con las afirmaciones de la Corte Constitucional y de Uprimny, que cuando hablan de modelo económico no hacen referencia al sistema económico, sino al conjunto de políticas que el Estado defina para promover el desarrollo de la economía.

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONOCIMIENTO

El conocimiento es en esencia dinámico. Esto significa que hay producción constante de nuevo conocimiento y que el grado de habilitación de los sujetos habilitados debe adoptar una dinámica similar. Basta ver la innovación tecnológica que ha transformado la manera de realizar las actividades y obligado a las personas a adquirir nuevos conocimientos. En la medida en que la innovación tecnológica ha desplazado a las personas de muchas de las actividades que antes tenían a su cargo, las ha obligado a capacitarse para encontrar otros espacios. En palabras de Stiglitz, premio nobel de economía:

El cambio tecnológico con sesgo de calificación ha desempeñado un papel a la hora de condicionar el mercado de trabajo –aumentando la

remuneración de los trabajadores con cualificaciones, descualificando algunos tipos de empleo y eliminando otros– (Stiglitz, 2012, p. 105).

Es la llamada Cuarta Revolución Industrial, que tiene que ver con el impacto generado por las tecnologías. Un trabajo reciente de la OCDE muestra cómo la industria ya está cambiando dramáticamente en algunos países, debido a los avances digitales y la robotización. Lo que para Colombia es aún ciencia ficción, es ya una realidad palpable en Japón, Corea y Alemania, donde hay hoy más de 3 robots industriales por cada 100 trabajadores y habrá al menos el triple en pocos años. En China, el número de robots industriales activos aumentó de 100.000 a 450.000 en solo 4 años. Por su parte, la impresión 3D y el cloud computing permitirán una significativa descentralización de la actividad manufacturera. Las fábricas, como las conocemos hoy, serán objeto de turismo cultural en el futuro (<https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16635704>).

Ha sido tan dramático el cambio, que

...a finales del siglo XIX el trabajo humano era un 95% manual y 5% intelectual (...). El 70% de la actividad económica provenía del sector primario (producción agropecuaria y minera), el 20% del secundario (transformación industrial) y el 10% del sector terciario (servicios). Ya para finales del siglo XX y principios del siglo XXI el balance se ha invertido: el trabajo humano es 95% intelectual y 5% manual. Hoy, en un número creciente de países, el 70% de la actividad económica proviene del sector terciario, el 20% del secundario y el 10% del primario (Silva-Colmenares, 2015, p. 490).

En estas condiciones, la visión del trabajador no puede limitarse a alguien que mecánicamente ejecuta una tarea repetitiva. Se ha dado paso al trabajador artista, aquel en cuyo trabajo el principal factor de producción es la creatividad, resultado de las transformaciones en la producción (Rosanvallon, 2012, p. 270). Señala el autor, cómo la valorización de las capacidades individuales de creación se ha dado porque la naturaleza de la producción cambió. *“Los nuevos bienes de la información y de la comunicación están directamente constituidos por conocimiento, y los objetos técnicos mismos incorporan esencialmente un saber científico”* (Rosanvallon: 2012, p. 270).

Esta circunstancia nos lleva más allá de la tradicional confrontación entre capital y trabajo, para destacar la relación entre el desarrollo tecnológico y los aumentos en la escolaridad (Deaton, 2015, p. 217). En relación con este punto, Piketty señala cómo

(e)l proceso de difusión de los conocimientos y de las competencias es el mecanismo central que permite al mismo tiempo el aumento general de la productividad y la reducción de las desigualdades, tanto en el seno de los países como entre ellos (...) se trata fundamentalmente de un proceso de difusión de los conocimientos y de compartir el saber –el bien público por excelencia– (...) (Pikkety, 2014: Silva-Colmenares, 2015, p. 406).

Es claro que a la naturaleza dinámica del conocimiento como ha quedado descrita le corresponde un sujeto cuya disposición debe ser igualmente dinámica, para mantenerse a tono con la expansión continua del conocimiento. Ahora bien, entendemos que el conocimiento no se limita a los ciclos básicos de educación (que continúa siendo una legítima aspiración en los países del tercer mundo), de manera que parte puede ser provisto por el Estado pero parte no, porque las personas también producen conocimiento al margen de la acción del Estado; sin embargo, aún en ese caso el Estado contribuye en forma determinante creando un entorno favorable a la producción de nuevo conocimiento, por ejemplo, con incentivos a la investigación y a la innovación.

CONCLUSIONES SOBRE LA IGUALDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Creemos que la igualdad de oportunidades en un ordenamiento jurídico solo es realizable hasta donde lo posibiliten sus instituciones. En ese sentido, el nivel de igualdad exigido por nuestro ordenamiento jurídico es claro en cuanto se refiere a la igualdad de trato. La exigencia de dicha igualdad es absoluta y se agota con la sola prohibición de discriminar injustificadamente por razón de raza, sexo, religión, orientación sexual, etc. La jurisprudencia constitucional tiene innumerables pronunciamientos en ese sentido. Pero no encontramos en el ordenamiento jurídico la dimensión exacta de la desigualdad tolerada en materia de capital y conocimiento. Sabemos que no podría ser desigualdad extrema porque “(l)as desigualdades extremas tienden a obstaculizar el crecimiento económico y minar tanto la igualdad política como la estabilidad social (...)” (Stiglitz, 2012, p. 321), lo que sería contrario a la Constitución. Pero tampoco podría ser un escenario de cero desigualdad, porque dada la dinámica de las instituciones que acoge, es de la estructura del ordenamiento jurídico. Puesto en términos numéricos, mientras en la igualdad de trato la desigualdad tolerada es cero, en materia de recursos de capital y conocimiento sabemos que no es cero, pero más allá de eso no tenemos la información necesaria para expresarla en términos numéricos.

Ahora bien, considerando que el ordenamiento jurídico tiene como objetivo la satisfacción de los derechos de las personas, podría decirse que el nivel de igualdad exigido es aquel que se requiera para satisfacer tales derechos. Pero se nos convertiría en un argumento circular, porque tampoco existe ese grado de precisión sobre cuál es el nivel en el que los derechos se entienden satisfechos, al menos en los aspectos que aquí nos interesan, dado que los linderos de satisfacción son móviles en función de los avances sociales y económicos y en función, además, de los desarrollos teóricos.

LA PROGRESIVIDAD

Observamos que la fórmula para administrar la tensión entre igualdad y desigualdad, con miras a disminuir esta última, ha sido la progresividad, que constituye un mandato para que el Estado gradualmente avance en la disminución de la desigualdad y la satisfacción de los derechos (sobre la progresividad la Corte Constitucional tiene un sinnúmero de sentencias: C-228/11, T-469/13, C-428/09 y C-556/09, entre otras). A la progresividad hicimos referencia en el capítulo anterior.

En el capítulo anterior transcribimos el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, y aquí lo hacemos nuevamente con propósitos distintos:

(...) cada uno de los estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga**, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos (la negrilla no es del texto).

Es la consecuencia de estar definida la progresividad como principio, expresión que, de acuerdo con Alexy, es una norma jurídica que “*ordena que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes*” (Alexy: 2002; López Roca, 2012, p. 74).

De otra parte, aunque el mandato de progresividad implica la prohibición de la regresividad, la referencia a las posibilidades reales y jurídicas existentes – como marco dentro del cual la progresividad debe operar – ha llevado incluso a

admitir la regresividad cuando las circunstancias la justifiquen. En Colombia tenemos el ejemplo de la reforma laboral del presidente Uribe, mencionada en el capítulo anterior, que desmejoró derechos laborales adquiridos y fue declarada conforme con la Constitución (sentencia C-038/04 Corte Constitucional).

Con el mismo propósito de incrementar el empleo, al momento de escribir estas notas, Emmanuel Macron, presidente de Francia, prepara un proyecto de ley que, entre otros aspectos, podría desmejorar derechos laborales adquiridos y generar mayor desigualdad (Revista Semana, 7 al 4 de septiembre de 2017).

En conclusión, tampoco la progresividad nos define el nivel exigido de igualdad en conocimiento y capital. Paradójicamente, la progresividad sirve para justificar la desigualdad, al menos transitoriamente. Ahora bien, aunque se ha dicho que la progresividad no puede entenderse como una licencia para postergar indefinidamente la corrección de la desigualdad (ver sentencias citadas), es evidente que sí lo es, al menos hasta cierto límite, dada la indefinición sobre el nivel de desigualdad que debe ser corregido. De esta manera, la tensión entre la igualdad y la desigualdad no tiene un límite temporal, pues la intención de favorecer la igualdad no tiene como propósito eliminar totalmente la desigualdad, porque no es ese el diseño del ordenamiento jurídico.

En otras palabras, la tensión entre la igualdad y la desigualdad en el ordenamiento jurídico no es una versión moderna de la paradoja de Zenón sobre Aquiles y la tortuga, en la que las acciones del Estado para procurar la igualdad (la tortuga), contra lo que parecería indicar la evidencia, pudieran vencer a la desigualdad (Aquiles). Como dijimos, la competencia entre igualdad y desigualdad no tiene como propósito vencer totalmente a la desigualdad; la pretensión es reducirla, sin saber exactamente hasta dónde.

Ahora bien, puede ser que la respuesta que echamos de menos en cuanto al nivel de desigualdad permitido –o, lo que es igual, al nivel de igualdad exigido– en materia de conocimiento y capital no se encuentre en el ordenamiento jurídico y que para encontrarla haya que acudir a fuentes como, por ejemplo, teorías de la justicia o de la economía. Pero en ese esfuerzo habría que verificar si las respuestas encontradas resultan compatibles con la institucionalidad del ordenamiento jurídico, o si para aplicarlas sería necesario modificarlo. Porque en algunos casos podrían no ser compatibles, como ocurre con la propuesta de igualar bienes en el punto de partida bajo un ordenamiento jurídico que acoge la herencia y que no pone límite a la cantidad de riqueza que una persona puede acumular.

LOS GRADOS DE HABILITACIÓN

La consecuencia de que cierta desigualdad sea de la esencia del ordenamiento jurídico, y que aún los factores en cuya distribución el Estado interviene no sean igualables, significa que los individuos no estarán en igualdad de condiciones para reconocer y aprovechar las oportunidades que el Estado ofrezca. Esto nos llevaría a que hay individuos habilitados y no habilitados, siendo estos últimos los que carecen del conocimiento y el capital necesarios para reconocer una oportunidad y aprovecharla.

Planteado así, pareciera que estamos frente a la inevitable dicotomía habilitado/no habilitado: dos categorías opuestas a las que no sería posible pertenecer simultáneamente. A la manera de ricos y pobres, o incluidos y excluidos, con lo cual el problema a resolver sería cómo lograr que los no habilitados se conviertan en habilitados.

Sin embargo, no es el enfoque que hemos escogido. Para el ejercicio que tenemos en mente preferimos no verlos como dos categorías excluyentes, sino como dos condiciones (habilitado y no habilitado) que el individuo ostenta simultáneamente, en tanto se encuentra en capacidad de desarrollar unas actividades pero incapacitado para desarrollar otras. Esta parece ser la condición de todas las personas. Con este criterio, salvo aquellas totalmente incapacitadas para realizar alguna actividad económica, las demás serán sujetos habilitados, solo que en distintos grados de habilitación y con posibilidades de mejorar dichos grados. A su vez, estos grados de habilitación estarán determinados por los niveles de conocimiento y capital requeridos para desarrollar una actividad específica. Quiere decir que las oportunidades a las que un individuo puede acceder y su grado de habilitación están correlacionados, y, más importante aún, que la condición de no habilitado es superable si el Estado toma medidas adecuadas (aunque sin pretender la igualdad, por las razones que atrás expusimos).

LOS GRADOS DE HABILITACIÓN Y LA FUNCIÓN PERSUASIVA

Dada la correlación entre los grados de habilitación y los niveles de conocimiento y capital, el Estado no podrá diseñar oportunidades para cuyo reconocimiento y aprovechamiento se requieran niveles de habilitación más altos de los que tienen las personas que intenta persuadir, y si las diseña y ofrece las oportunidades no podrán ser reconocidas y aprovechadas.

En conclusión, el Estado no puede ser indiferente a los grados de habilitación:

si no logra que se eleve el nivel de habilitación de los sujetos, no tendrá a quien persuadir para la realización de actividades económicas más complejas, como consecuencia de lo cual probablemente no logrará imprimir a la economía la dinámica necesaria.

Esta situación le genera al Estado una doble responsabilidad: por un lado, debe acertar en el diseño de las oportunidades con las cuales busca persuadir a los individuos para realizar actividades que generen mayores opciones de trabajo, y por otro, debe crear las condiciones para que los individuos logren un mejoramiento continuo de sus grados de habilitación. Hay, pues, una interdependencia necesaria entre estas dos responsabilidades.

Entonces, si bien la igualación absoluta no es posible, el Estado sí cuenta con facultades de intervención para incrementar los niveles de habilitación de los individuos y, por esa vía, reducir parcialmente la desigualdad y garantizar en mayor grado (no totalmente) la igualdad de oportunidades.

EL MÉTODO DE COMPARACIÓN BASADA EN REALIZACIONES

No obstante lo dicho, tenemos certeza de los avances logrados en la reducción de la desigualdad en países regidos por un ordenamiento jurídico similar al colombiano, lo que nos muestra sus condiciones de posibilidad en cuanto a permitir que los individuos avancen en sus grados de habilitación, así no pueda decirse que han alcanzado el nivel ideal, entre otras razones porque desconocemos cuál sería ese nivel ideal.

Con esa perspectiva, sentimos que hemos llegado a un dilema: o buscamos en el plano teórico el nivel exacto de igualdad o averiguamos cuáles son las condiciones de posibilidad del ordenamiento jurídico en esa materia. En otras palabras: o dedicamos los esfuerzos a identificar niveles ideales, o averiguamos sobre lo posible a través de algún método que resulte adecuado. En este caso optamos por lo segundo, y con ese fin acudiremos al método de comparación basada en realizaciones, mencionado por Amartya Sen en *La idea de la justicia*.

De acuerdo con Sen, en materia de justicia hay dos visiones: la del institucionalismo trascendental, enfocado a imaginar las instituciones perfectamente justas, y la de la comparación basada en realizaciones, que piensa las instituciones como posibles medios para lograr avances sociales aceptables o excelentes. Es un ejercicio de razón práctica que entraña una elección real, que

implica escoger entre las alternativas factibles y no una identificación de una situación perfecta posiblemente no disponible que podría no ser trascendida (Sen: 2012, p. 41).

Aunque el foco en este trabajo no es la justicia, tomamos prestado el método porque nos permite indagar sobre las condiciones de posibilidad de la igualdad de oportunidades en el ordenamiento jurídico, a partir de experiencias. Hay países que han logrado avances muy importantes en los grados de habilitación de los sujetos habilitados y han logrado de esa manera que el mecanismo funcione más adecuadamente. Para otros, en cambio, pese al distanciamiento del Estado liberal, el derecho a la libertad de iniciativa sigue siendo una mera expectativa. Más aún, podríamos decir que la superación de la sociedad estamental tampoco está concluida, si consideramos los estudios sobre la influencia que tienen para las personas la familia y el entorno en los que nacen y crecen, y no solamente por incumplimiento del ordenamiento jurídico, sino también por su propio diseño.

A los que nacen en la pobreza les resulta tan difícil huir de ella que los economistas se refieren a esta situación con el término trampa de la pobreza, de manera que la desigualdad de oportunidades empieza incluso antes de la escolarización –en las condiciones que tienen que afrontar los pobres inmediatamente antes y después del nacimiento, en las diferencias en la alimentación y en la exposición a agentes contaminantes medioambientales que pueden tener efectos para toda la vida– (Stiglitz: 2012, p. 66).

Esta situación impacta negativamente la efectividad de la función persuasiva, en tanto que muchos individuos no llegarán a ser sujetos habilitados en los niveles requeridos. De esa manera el mecanismo no funcionará adecuadamente. La circunstancia según la cual el Estado requiere la participación voluntaria de los individuos para cumplir la obligación de que se generen más opciones de trabajo, fuerza al Estado a crear las condiciones que le permitan al individuo convertirse en sujeto suficientemente habilitado.

A manera de ejemplo podemos señalar que un trabajador en Estados Unidos es 4.3 veces más productivo que un trabajador colombiano, y uno de Corea del Sur 2.7 veces más que el colombiano (<http://www.dinero.com/economia/articulo/las-razones-de-la-baja-productividad-en-colombia-y-latinoamerica/231827>). Otro dato interesante: el PIB (producción total de bienes y servicios) de Suecia en el 2018 fue de US\$538.000 millones, (<https://www.google.com/search?q=pib+de+suecia+2017&rlz=1C1GCEA>), mientras que el Colombia fue de US\$309.000 millones (<https://www.google.com/search?q=pib+de+>

colombiana (C-110/11), lo cual no deja de sorprender si se considera que la población de Suecia es de 10 millones y la de Colombia de casi 50 millones

Esto guarda estrecha relación con lo expresado por la Corte Constitucional en cuanto a que

(e)l Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependen las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones (Sentencia C-459/04).

En la misma sentencia, la Corte se refiere a que las personas tengan una existencia con sentido, afirmación que relacionamos con la tesis de Amartya Sen, según la cual el individuo debe ser agente de su propia vida y no un mero receptor de beneficios del Estado. A este tema dedicaremos el capítulo siguiente. A manera de introducción, tomamos el siguiente aparte de Adam Smith, incorporado en un libro de Martha Nussbaum:

“Un hombre que dedica toda su vida a ejecutar unas pocas operaciones sencillas, cuyos efectos son quizá siempre o casi siempre los mismos, no tiene ocasión de ejercitar su inteligencia (...) Por ello pierde naturalmente el hábito de ejercitarla y en general se vuelve tan estúpido e ignorante como puede volverse una criatura humana (...)” (Nussbaum: 2012, p. 162).

Esta descripción que hace Smith de una persona inactiva intelectualmente es, para nosotros, la antítesis del sujeto ubicado en los grados de habilitación que el Estado requiere para poder persuadir adecuadamente. Y es la antesala para reflexionar sobre el sujeto habilitado y el concepto de “agente” de Amartya Sen, que es lo que haremos en el capítulo siguiente.

3. UNA LECTURA DE LA FUNCIÓN PERSUASIVA Y DEL SUJETO DE LA PERSUASIÓN, DESDE EL CONCEPTO DE “AGENTE” DE AMARTYA SEN

Comencemos por recordar que en el primer capítulo identificamos en el ordenamiento jurídico una situación consistente en que el Estado está a cargo de algunas obligaciones cuyo cumplimiento depende de la participación volunta-

ria de los individuos, en particular, la obligación de que se produzcan (no de producirlas) suficientes oportunidades de trabajo. Al tratarse de participación voluntaria, el Estado no puede obligar a los individuos a través de normas coercitivas sino que debe persuadirlos a través de normas que contengan incentivos y que los individuos están en libertad de atender o no, de manera que si deciden no atenderlas, no pueden ser sancionados; en ese caso, los individuos simplemente no acceden al incentivo.

Esta situación es consecuencia de la libertad de iniciativa reconocida a los individuos, libertad que el Estado, a través de la normatividad, puede restringir pero no eliminar porque su eliminación supondría la transformación del ordenamiento jurídico en otro (por ejemplo, el que existía en los países de la Unión Soviética).

Explicada la función persuasiva en el primer capítulo, el segundo lo dedicamos al sujeto que ha de ser persuadido, es decir, al sujeto sobre el que recae la persuasión. Y concluimos que no era cualquier individuo, sino alguien en condiciones de entender y aprovechar el incentivo ofrecido por el Estado, si así voluntariamente lo decide. Pero, ¿qué significa estar en condiciones de entender el incentivo ofrecido por el Estado y aprovecharlo? Pues bien, significa que el individuo cuenta con los recursos necesarios para que eso ocurra.

Al abordar este tema de los recursos encontramos que tenían una directa relación con la igualdad de oportunidades. Se dijo además que la igualdad de oportunidades es un concepto que ha generado –y sigue generando– controversia, especialmente si se atiende la diversidad de recursos asociados con la participación económica, puesto que involucran elementos tan distintos como el talento, la suerte, el interés y la disposición individual para realizar una actividad y, por supuesto, el conocimiento y el capital.

Para sortear esta dificultad sobre la imposibilidad de igualar tales recursos –pues siempre habrá individuos, por ejemplo, más talentosos que otros o con mejor suerte o disposición– recurrimos a un ejercicio hipotético consistente en asumir que todos los individuos tienen los mismos recursos y en la misma cantidad, excepto en lo relacionado con el conocimiento y el capital. Y, después de revisar el diseño del ordenamiento jurídico, concluimos que estos recursos (conocimiento y capital) no son igualables, entre otras razones, porque, por el lado del capital, el ordenamiento jurídico preserva instituciones que necesariamente conducen a la desigualdad (la herencia y la ausencia de límite a la cantidad de riqueza que una persona puede acumular), y por el lado del conocimiento, su crecimiento es constante.

Apoyados en estas consideraciones, concluimos que la igualdad de oportunidades, dado el diseño del ordenamiento jurídico, no es posible en forma plena; sin embargo, dado que constituye un principio del ordenamiento jurídico, debe procurarse su realización en la mayor medida posible.

Con ese contexto, en este capítulo haremos una lectura de la función persuasiva y del sujeto de la persuasión, desde el concepto de “agente” de Amartya Sen. Con ese fin, dividiremos el capítulo en dos partes: en la primera parte se hará una breve exposición tanto del concepto de “agente” como de otros conceptos elaborados por Sen que resultan necesarios para su comprensión, a saber: las habilitaciones, las capacidades y los funcionamientos. En la segunda parte, se tomarán estos conceptos para relacionarlos con lo dicho en los capítulos anteriores, acerca de la función persuasiva y del sujeto de la persuasión.

Antes de continuar, debemos aclarar que Sen no se ha referido en sus trabajos a la función persuasiva ni al sujeto de la persuasión. Se trata de un ejercicio de reflexión para explorar en las tesis de Sen, puntos de apoyo o de discordancia con lo expresado en este documento.

PARTE I - SEN

EL CONCEPTO DE “AGENTE”

Sen no utiliza la expresión “agente” para referirse a una persona que actúa en representación de otra, sino a la persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos (Sen, 2000, p. 35). *“Con suficientes oportunidades sociales –dice Sen– los individuos pueden configurar en realidad su propio destino y ayudarse mutuamente. No tienen por qué concebirse como receptores pasivos de las prestaciones de ingeniosos programas de desarrollo”* (Sen, 2012, p. 28. En el mismo sentido, Sen, 2000, p. 75).

Esta visión del “agente” reconoce la autonomía de los individuos, no solo cuando manifiesta que éstos pueden configurar su propio destino, al igual que actuar y provocar cambios, sino también cuando afirma que los individuos no son receptores pasivos de las prestaciones de ingeniosos programas de desarrollo.

En esta misma línea se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana al decir que

...no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal (sentencia C-566 de 1995, MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

Sin embargo, en la visión de Sen la autonomía de los individuos está condicionada a que tengan oportunidades. Quiere decir que las personas no llegan espontánea y naturalmente a ser “agentes”, sino que requieren de ciertas condiciones, externas a ellas, para poder serlo.

A esto se refiere Richard Arneson cuando, a propósito de la propuesta de Sen, dice que cada persona tiene un derecho de autonomía o de soberanía personal en lo concerniente a sí mismo, para lo cual la sociedad debe procurarle capacidad para florecer más que florecimiento (Sánchez, 2008, p. 197) (a la expresión “florecimiento” volveremos más adelante). O, como lo plantea Adam Smith, uno de los objetivos de la economía política es conseguir un ingreso o una subsistencia abundante para el pueblo, o más precisamente que el pueblo pueda conseguir ese ingreso o esa subsistencia por sí mismo (Smith, 2014, p. 539).

Ahora bien, ¿qué condiciones deben darse para que el individuo alcance su autonomía? En la teoría de Sen encontramos tres elementos que contribuyen a ese propósito: las habilitaciones, las capacidades y los funcionamientos, y a ellos nos referiremos a continuación.

LAS HABILITACIONES

Como una etapa previa a su enfoque de las capacidades, Sen elaboró el concepto de habilitaciones. Se refirió a ellas como el conjunto de bienes o recursos de los que una persona puede disponer o está habilitada para usar (Sánchez, 2008, p. 39).

En palabras de Rafael Cejudo, *“(l)as habilitaciones consisten en los recursos respecto de los que existe una relación de habilitación, y una persona está habilitada respecto de ciertos recursos cuando puede ponerlos a su disposición para utilizarlos o consumirlos”* (Cejudo, <https://doi.org/10.3989/ris.2007.i47.50>, Una aproximación a la teoría de Amartya Sen, revintsociologia.revistas.csic.es).

Por la manera como está escrita, pareciera que los recursos (bienes) son las habilitaciones, pero en realidad no lo son. Las habilitaciones son la posibilidad

de disponer de los recursos, no los recursos mismos. Los recursos tienen un valor instrumental, como lo explica Cejudo Córdoba citando a Sen,

podemos estar habilitados respecto de cierta cantidad de alimento porque disponemos de dinero para adquirirla en el mercado, o porque nuestro estrecho parentesco con el propietario de ese alimento nos faculta para exigirselo, o porque somos titulares de un subsidio en especie (Cejudo, <https://doi.org/10.3989/ris.2007.i47.50>).

La aclaración es importante porque la sola tenencia del recurso no se traduce en la posibilidad de su utilización, ni las posibilidades de utilización del recurso son iguales para todos. Por ejemplo, una persona parapléjica puede ser dueña de una bicicleta, pero no tiene la misma posibilidad de utilizarla que una persona que no tenga esa condición (Sánchez, 2008, p. 51). Ni una persona sana puede utilizarla si tal cosa está prohibida por la ley.

Esta distinción entre los recursos y lo que se puede hacer con ellos es un aspecto crucial de la teoría seniana y constituye un elemento fundacional de su teoría de la justicia y de su reinterpretación del desarrollo. A partir de allí Sen replantea el concepto de pobreza para concebirla como la privación de capacidades básicas y no solo como una renta baja (Sen, 2000, p. 37) y el concepto de desarrollo para entenderlo como un proceso de expansión de las libertades reales de las que disfrutaban los individuos, no solamente como crecimiento económico (Sen, 2000, p. 55).

Desde esta perspectiva, Sen critica las teorías de la justicia que otorgan prevalencia a los recursos. Por ejemplo, critica a Rawls por considerar que su teoría de los “bienes primarios” tiene un enfoque centrado en los recursos:

Mientras los bienes primarios son, en el mejor de los casos, medios para los fines valorados de la vida humana –dice Sen– en la formulación rawlsiana de los principios de justicia se convierten en cuestiones centrales para juzgar la equidad en la distribución. Yo he sostenido que esto es un error porque los bienes primarios son simples medios para otras cosas, en particular la libertad (...) (Sen, 2012, p. 264).

En este trabajo no nos detendremos en la discrepancia de Sen con Rawls, dado que no es nuestro tema. Sin embargo, para hacer justicia a Rawls, no sobra anotar que, pese a la crítica mencionada, Sen reconoce que también Rawls invita a considerar las oportunidades reales del individuo (Sen, 2000, p. 99). De hecho, entre los “bienes primarios” se mencionan, entre otros, las libertades básicas, la riqueza y las oportunidades” (Martínez Ferro, 2013, p. 241).

Ahora bien, aunque compartimos la opinión según la cual los recursos por sí mismos no son suficientes, lo que significa que no son el fin que se persigue, no quisiéramos de ninguna manera reducir su importancia. Si los recursos no se tienen, simplemente no es posible hablar de oportunidades reales de utilizarlos. Por esa razón dijimos en el capítulo anterior que no puede hablarse de un sujeto habilitado que no disponga de capital y conocimiento suficientes, pero entendiendo que la importancia de tales recursos no se agota en ellos mismos sino en las posibilidades que otorgan a los individuos para ofrecerles oportunidades reales, tal como lo expone Sen a propósito de las habilitaciones.

LAS CAPACIDADES

Queda claro que Sen diferencia los recursos (bienes) de la posibilidad de utilizarlos (poder de uso) para referirse a las habilitaciones. Y con ese mismo criterio elabora su enfoque de las capacidades, según el cual lo más importante es lo que de hecho la persona es capaz de hacer y no lo que realmente termina haciendo (Sen, 2012, p. 265).

De este modo, Sen distingue entre “estar en capacidad de hacer algo” y “hacer uso de esa capacidad”. Sobre este aspecto de la teoría de Sen volveremos más adelante. Por ahora mencionemos que la expresión “estar en capacidad de hacer algo” significa tener la oportunidad real de elegir. Por esta razón, Sen pone el énfasis, ya no en los medios, sino en las *oportunidades reales* de vivir (Sen, 2012, p. 263-264).

Adicionalmente, Sen no se refiere a cualquier oportunidad, sino a una oportunidad cualificada. Porque es la oportunidad real de vivir aquella vida que la persona tiene razones para valorar. Para nuestro autor en mención, las capacidades son las libertades fundamentales de las que disfruta una persona para llevar el tipo de vida que tiene razones para valorar (Sen, 2000, p. 114).

La filósofa Martha Nussbaum ha trabajado muy cerca de Sen el enfoque de las capacidades, razón por la cual también haremos algunas referencias. Para esta autora, las capacidades son la respuesta a la pregunta sobre “qué es capaz de hacer y ser una persona”. Al referirse a las capacidades, Nussbaum explica que no son simples habilidades residentes en el interior de una persona, sino que incluyen también las libertades o las oportunidades creadas por la combinación de esas facultades personales y el entorno político, social y económico (Nussbaum, 2012, p. 40).

Por eso sostiene que, cuando se pretende comparar sociedades en función de su dignidad o justicia básicas, la pregunta clave que debe hacerse es la siguiente: ¿en esa sociedad, qué es capaz de hacer o de ser cada persona? De esta manera la pregunta recae sobre las oportunidades disponibles para cada ser humano y no sobre el bienestar total o promedio, dado que cada persona se considera un fin en sí mismo (Nussbaum, 2012, p. 38). En palabras de Sen, la ventaja de una persona se juzga menor que la de otra si tiene menos capacidad –menos oportunidad real– de lograr esas cosas que tiene razón para valorar (Sen, 2012, p. 261).

FUNCIONAMIENTOS

Mientras las capacidades representan la libertad para elegir las actividades que se desea realizar, los funcionamientos son las actividades elegidas y efectivamente ejecutadas, es decir, los logros reales del individuo (Sen, 2000, p. 100).

En palabras de Nussbaum, si la capacidad es una cara de la moneda, la otra es el funcionamiento. Un funcionamiento es la realización activa de una o más capacidades (Nussbaum, 2012, p. 44). Los funcionamientos son seres y haceres que, a su vez, vienen a ser los productos o las materializaciones de unas capacidades (Nussbaum, 2012, p. 45). A la hora de comparar capacidades con funcionamientos, deberíamos tener en cuenta qué capacidad significa oportunidad de seleccionar.

LAS CAPACIDADES SON MÁS IMPORTANTES QUE LOS FUNCIONAMIENTOS

Para lo que diremos más adelante es muy importante destacar que el enfoque de las capacidades no implica una intención de forzar la habilidad de lograr funcionamientos (Sánchez, 2008, p. 527).

En numerosas citas, Sen sostiene que las capacidades son más importantes que lo funcionamientos. *“La capacidad para realizarse es más relevante políticamente que la realización misma, pues implica reconocer que lo más específico del hombre es su condición libre, o que la buena vida humana es ante todo una vida de libertad* (Sánchez, 2008, p. 198). En ese sentido, el núcleo del enfoque de la capacidad no es entonces solo lo que la persona realmente termina por hacer, sino también lo que ella de hecho es capaz de hacer, elija o no aprovechar esa oportunidad (Sen, 2012, p. 265. Así, las oportunidades son importantes aun cuando no se aprovechen (Sen, 2000, p.101).

En el mismo sentido, Martha Nussbaum dice que “los objetivos políticos apropiados son las capacidades y no los funcionamientos, puesto que son aquellas las que garantizan la existencia de un espacio para el ejercicio de la libertad humana” (Nussbaum, 2012, p. 45). “Los funcionamientos –dice Nussbaum– no tienen por qué ser particularmente activos ni –por emplear el mismo término utilizado por uno de los críticos de la teoría– “vigorosos” (Nussbaum, 2012, p. 45).

Tanto para Sen como para Nussbaum, el enfoque de las capacidades “(e)stá centrado en la elección o en la libertad, pues defiende que el bien crucial que las sociedades deberían promover para sus pueblos es un conjunto de oportunidades (o libertades sustanciales) que las personas pueden luego llevar, o no llevar, a la práctica: ellas eligen (Nussbaum, 2012, p. 38)

PARA ENTENDER A SEN

Según lo expone Sánchez Garrido en su libro *Las raíces intelectuales de Amartya Sen*, la visión de Sen está relacionada con el florecimiento, con el ideal de bien-estar que integraba la eudaimonía aristotélica (Sánchez, 2008, p. 193) (Se utiliza la expresión bien-estar, en lugar de bienestar, para reflejar la preferencia que en inglés tiene Sen por el término well-being en lugar de welfare. La primera, la equivalente a bien-estar- es más utilizada por los científicos sociales como oportunidades o ventajas y, en el caso de Sen, como capacidades) (Sánchez, 2008, p. 27-28).

De otra parte, Sánchez Garrido transcribe la siguiente cita de Sen, que muestra su simpatía por la libertad positiva desarrollada por Marx y Adam Smith:

...entre las diversas teorías centradas en la libertad positiva, algunas han considerado que la libertad es intrínsecamente importante, como las de Adam Smith y Karl Marx, siguiendo una línea de razonamiento que llega hasta la *Ética* a Nicómaco y la *Política* de Aristóteles. De hecho, Aristóteles tuvo una influencia directa sobre los escritos de Marx en esta materia (Sen: citado por Sánchez, 2008, p. 524).

De acuerdo con Sánchez Garrido, el interés por la *libertad real* de los individuos, que Sen reconoce fundamentalmente en los planteamientos ético-políticos de Aristóteles y de Smith referidos a la capacidad para funcionar, son los que igualmente advierte en el pensamiento de Marx (Sánchez, 2008, p. 523).

(E)sta idea marxista de ‘libertad real’ –que se enfrentaba a la libertad formal burguesa– Sen la relaciona explícitamente con la noción de

‘libertad positiva’, que detecta previamente en Aristóteles y en Smith, y que en Marx cobra la forma de ‘autorrealización’ o ‘autodesarrollo’. Sen asume esta valoración sustantiva de la libertad que encontramos en la tradición aristotélico-marxiana entendida como una libertad para realizarse (Sánchez, 2008, p. 523).

Cabe señalar que para Aristóteles, la autorrealización se lleva a cabo por la propia elección entre los fines de acuerdo con la razón práctica (Sánchez, 2008, p. 198). Por otra parte, Sen reconoce en Marx una gran influencia, particularmente relacionada con el concepto de libertad vinculado con la autorrealización: “(e) n la tradición marxista, autorrealización es la completa y libre **actualización** y exteriorización de las potencias (“powers”) y las habilidades (“abilities”) del individuo” (Sánchez, 2008, p. 526) (Creemos que la expresión “actualización” resaltada debe ser “actualization” en el texto original en inglés, en cuyo caso debería ser traducida como realización en lugar de actualización, lo cual tendría más sentido dado el contexto).

Sen sostiene que las capacidades representan la libertad real de la persona para vivir por sí misma, lo cual es considerado por él como un componente ineludible del bien-estar, así como de la felicidad y del florecimiento humano (Sánchez, 2008, p. 89). Recordemos, para este efecto, que felicidad y florecimiento son otras de las acepciones de eudaimonia.

En el mismo sentido, dice Sánchez Garrido que “uno de los aspectos de la ética marxiana donde ha sido más intensa la influencia aristotélica es precisamente sobre su concepción de la libertad como autorrealización o autodesarrollo” (Sánchez, 2008, p. 525). En apoyo de esta afirmación, refiere una entrevista de Sen para una revista española, en la que Sen afirma que los razonamientos de Marx están en una relación muy estrecha con los de Aristóteles y fuertemente influenciados por estos. En dicha entrevista Sen concluyó lo siguiente: “Dar a los seres humanos la libertad: tal es el fin que tiene, a mi modo de ver, su definición más clásica en los Manuscritos económico-filosóficos de 1844” (Sen: citado por Sánchez, 2008, p. 524).

PARTE II – SEN EN RELACIÓN CON LA FUNCIÓN PERSUASIVA Y EL SUJETO DE LA PERSUASIÓN

En esta parte relacionaremos la función persuasiva y el sujeto de la persuasión con el marco conceptual de Sen que hemos expuesto. Con la aclaración hecha al comienzo de que Sen no se ha referido en sus trabajos a la función persua-

siva ni al sujeto de la persuasión, reiteramos que se trata de un ejercicio de reflexión propio para explorar en las tesis de este autor, puntos de apoyo o de discordancia con lo expuesto hasta aquí.

En términos generales, se advierte una correspondencia entre el “sujeto habilitado” que describimos en el capítulo segundo y el “agente de Sen”, en tanto se trata de seres con autonomía, en capacidad por lo tanto de asumir su propia vida, de tomar decisiones y ejecutarlas. Igualmente, existe correspondencia entre las capacidades entendidas como libertades y la relevancia que hemos dado a la libertad de iniciativa, con la aclaración de que nuestro enfoque está restringido a las actividades del individuo en el ámbito de la economía. Sin embargo, también encontramos discrepancias que, en nuestra opinión, hacen inaplicables ciertas afirmaciones de Sen a nuestra propuesta de función persuasiva y sujeto de la persuasión, a las cuales nos referiremos a continuación.

¿SON MÁS IMPORTANTES LAS CAPACIDADES QUE LOS FUNCIONAMIENTOS?

Recordemos que para Sen *“la capacidad para realizarse es más relevante políticamente que la realización misma, pues implica reconocer que lo más específico del hombre es su condición libre, o que la buena vida humana es ante todo una vida de libertad”* (Sánchez, 2008, p. 198). Por lo tanto, el núcleo del enfoque de la capacidad no es entonces solo lo que la persona realmente termina por hacer, sino también lo que ella de hecho es capaz de hacer, elija o no aprovechar esa oportunidad (Sen, 2012, p. 265)

En el mismo sentido, para Nussbaum *“los objetivos políticos apropiados son las capacidades y no los funcionamientos, puesto que son aquellas las que garantizan la existencia de un espacio para el ejercicio de la libertad humana”* (Nussbaum, 2012, p. 45). *“Los funcionamientos –dice Nussbaum– no tienen por qué ser particularmente activos ni –por emplear el mismo término utilizado por uno de los críticos de la teoría– “vigorosos”* (Nussbaum, 2012, p. 45).

Tanto para Sen como para Nussbaum, el enfoque de las capacidades *“(e)stá centrado en la elección o en la libertad, pues defiende que el bien crucial que las sociedades deberían promover para sus pueblos es un conjunto de oportunidades (o libertades sustanciales) que las personas pueden luego llevar, o no llevar, a la práctica: ellas eligen”* (Nussbaum, 2012, p. 38)

Esta postura de Sen y Nussbaum ha sido criticada, entre otros, por Richard Arneson, quien considera que centrarse en las capacidades y no en los funcionamientos, tiene como consecuencia un resultado elitista, dado que solo los mejor capacitados intelectualmente pueden alcanzar a conocer por sí mismos los requisitos del bien-estar y la eudaimonía (Sánchez, 2008, p. 197). Sen rechaza esta crítica, al enfatizar que su propósito principal es el de evitar que la libertad termine cumpliendo un papel meramente instrumental en la definición de los funcionamientos (Sen, 2012, p. 266. En el mismo sentido, Nussbaum, 2012, p. 45).

En nuestro caso, la pregunta que nos hacemos es si, desde la función persuasiva, podemos compartir la afirmación según la cual las capacidades son más importantes que los funcionamientos.

Comencemos por recordar que la función persuasiva busca influir en las decisiones de los individuos estimulándolos a actuar en un determinado sentido, previamente definido por el Estado. Se trata de hacer atractivos algunos funcionamientos para que los individuos se decidan a realizarlos, con la expectativa de que su realización genere mayores oportunidades de trabajo.

Pero si el Estado no logra persuadirlos, los individuos no realizarán los funcionamientos y los resultados perseguidos (mayores oportunidades de trabajo) no serán alcanzados. Si ese fuera el caso, ¿cómo se vería dicha situación desde el ordenamiento jurídico? Podría verse como un incumplimiento de las obligaciones del Estado. Es decir, que la sola garantía de las libertades no es suficiente para entender cumplido el ordenamiento jurídico, sino que se requiere adicionalmente que tales libertades sean ejercidas en la economía y que lo sean en un sentido determinado –en algunos casos– sugerido por el Estado que beneficie a la comunidad.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, la libertad es uno de los varios componentes de un engranaje, como se advirtió en el capítulo primero. Por lo tanto, es un componente que debe funcionar armónicamente con los demás para permitir el funcionamiento adecuado de todo el sistema. Así, el individuo tiene soberanía en lo que denominamos el ámbito irreductible de la libertad, que es un espacio invulnerable incluso para el Estado (ver capítulo primero). Pero el ejercicio de esa libertad (en las actividades económicas) está vinculado con el cumplimiento de fines y obligaciones del Estado, fines y obligaciones que se relacionan nada menos que con la vida y desarrollo no solo propios, sino también de las demás personas. De modo que si los individuos no actúan en la economía, las personas sencillamente no podrían vivir y esa, por supuesto, no es una situación compatible con el ordenamiento jurídico.

Si lo anterior es cierto, en el ordenamiento jurídico la libertad ha sido concedida a los individuos en razón de su condición de tales (no vamos a discutirlo), pero también con la expectativa de que sea ejercida para producir un beneficio general, fin que no se lograría si los individuos no ejercen esa libertad o si la ejercen de una manera que no produzca los resultados esperados (en nuestro caso la generación de suficientes oportunidades de trabajo).

¿AL ORDENAMIENTO JURÍDICO LE ES INDIFERENTE QUE LAS PERSONAS REALICEN FUNCIONAMIENTOS O QUE SE ABSTENGAN DE REALIZARLOS, O LE ES INDIFERENTE EL TIPO DE FUNCIONAMIENTOS?

Retomemos dos de las afirmaciones de Sen transcritas atrás. La primera: “(e)l núcleo del enfoque de la capacidad no es entonces solo lo que la persona realmente termina por hacer, sino también lo que ella es de hecho capaz de hacer, elija o no aprovechar esa oportunidad”. Y la segunda: los funcionamientos no deben ser vigorosos, por lo cual “(e)s posible conceder importancia al hecho de tener oportunidades que no se aprovechan”.

Ya vimos que ambas obedecen a la prevalencia que Sen otorga a las capacidades sobre los funcionamientos y también las razones en las que se apoya para hacerlo. Pero puestas estas afirmaciones en el contexto del ordenamiento jurídico resultan problemáticas, porque, como ya hemos dicho, el propósito de la función persuasiva es lograr que los individuos actúen. En ese sentido, el Estado ofrece oportunidades para que sean aprovechadas por los individuos.

Desde esta perspectiva, al ordenamiento jurídico no le es indiferente que los individuos realicen funcionamientos o se abstengan de realizarlos, como tampoco le son indiferentes los tipos de funcionamientos que se realicen, al menos en lo que respecta a la generación de mayores oportunidades de trabajo. Más aún: si el Estado no ejerce la función persuasiva, puede verse abocado a dos situaciones: una, que los individuos tengan capacidades (libertades) pero no las ejerzan, o dos, que los individuos las ejerzan pero realizando funcionamientos en la economía que no sean los que el Estado desearía en orden a generar mayores oportunidades de trabajo. En ninguno de los dos casos se alcanza el resultado que el Estado debe lograr.

Ahora bien, es posible argumentar que, aún si el Estado se abstiene de ejercer la función persuasiva, la sola interacción de los individuos en la economía también

podría producir los resultados esperados. En tal evento habrían sido alcanzados sin la participación del Estado, la cual, por lo tanto, no sería necesaria.

Aunque hipotéticamente eso podría ocurrir, no olvidemos que esa fue la creencia que siguió a la Revolución francesa, según lo comentamos en el capítulo segundo. Allí vimos que permitir a todos los individuos el ejercicio de su libre iniciativa, sin más intervención del Estado que garantizarles la seguridad y la no interferencia de otros, no condujo a un escenario donde todos pudieran ejercer efectivamente su libertad de iniciativa. Por el contrario, lo que produjo fue un aumento de la desigualdad –y, por lo tanto, de la exclusión– que hizo necesaria una mayor intervención del Estado y que condujo, con el transcurso del tiempo, al tránsito del Estado liberal a las formas contemporáneas de Estado (en Colombia, al Estado social y democrático de derecho).

En conclusión, en lo que se refiere a la función persuasiva, el Estado no es neutral respecto de lo que hagan los individuos con su libertad; tampoco agota el Estado su participación con el solo hecho de garantizar la libertad. Le corresponde además, en ejercicio de la función persuasiva, estimular a los individuos a actuar en la dirección que estime más conveniente en el terreno económico, con el propósito de que sus realizaciones generen mayores oportunidades de trabajo.

Ahora bien, si relacionamos lo anteriormente dicho con la afirmación de Sen, según la cual la capacidad es la libertad para que el individuo elija la vida que valora vivir, habría que concluir que las oportunidades que ofrezca el Estado tienen que considerar su contribución al propósito de generar mayores oportunidades de trabajo, pero deben también incluir aspectos que los individuos tengan razones para valorar. Sin esto último, por lo demás, no vemos cómo sería posible la persuasión.

Otra razón por la cual al Estado no le son indiferentes los funcionamientos es que, si los individuos no participan en las actividades económicas, no van a contribuir con los impuestos que constituyen una de las principales, sino la principal fuente de ingresos del Estado. Con estas razones habría que preguntarse qué pasaría si los individuos deciden, por ejemplo, encerrarse en cuevas a meditar, ¿debe el Estado permitir que eso suceda?

Provisionalmente vamos a asumir que la respuesta es positiva, aunque advirtiéndolo que este tema resiste un análisis más profundo, a la luz de lo que antes se dijo en cuanto a que los componentes del engranaje (de los cuales la libertad es uno) deben funcionar armónicamente para producir al final un resultado

que implique un beneficio general. Y, adicionalmente, a que la Constitución establece que el trabajo es un derecho pero también una obligación (artículo 25 de la Constitución Política), aspecto que, aunque no ha tenido desarrollo jurisprudencial suficiente, también tendría que ser considerado.

Aun así, vamos a asumir que la respuesta es positiva, dado el entorno constitucional protector de los derechos individuales que impera, diremos entonces que el individuo tiene derecho a realizar la actividad que a bien tenga, siempre y cuando no afecte indebidamente derechos de otros. Pero, aún si asumimos la respuesta afirmativa, lo cierto es que desde la función persuasiva el Estado no puede observar plácidamente que los individuos se encierren en cuevas a meditar, sino que está obligado a influir las decisiones de estos para que realicen actividades que le permitan al Estado cumplir sus obligaciones (en nuestro caso, que se produzcan suficientes oportunidades de trabajo). Ese es el diseño del ordenamiento jurídico, cosa distinta es que el Estado no pueda forzar a los individuos a realizar funcionamientos.

De otra parte, la necesidad que tiene el Estado de que los individuos actúen en un determinado sentido (en materia de actividades económicas), hace que busque influir en las decisiones de estos, también con el propósito de superar lo que se conoce como preferencias adaptativas. Este concepto hace referencia a que el individuo reduce sus deseos a lo que considera posible, dada su propia situación individual o social de privación. En ese sentido, el individuo puede elegir actuar por debajo de su nivel máximo de capacidad (Sánchez: 2008, p. 527). Desde la óptica de la función persuasiva, como el Estado requiere de individuos con mayores grados de habilitación para poder persuadirlos, hará (o debe hacer) lo posible para vencer las preferencias adaptativas.

Conviene contrastar lo anterior con la postura de Sen que desaconseja la acción del Estado enfocada al desarrollo de los funcionamientos valiosos de los individuos, por considerarla una actitud paternalista; Sen insiste en que lo determinante es la *decisividad* de las personas, su libertad para realizarse (Sánchez, 2008, p. 198).

De acuerdo con Nussbaum, esta postura de Sen tiene su origen en la influencia de Aristóteles, para quien no era recomendable que los políticos obligaran a los ciudadanos a realizar una serie de actividades presuntamente deseables, sino más bien generarles oportunidades. Según Nussbaum, aunque Aristóteles no era un liberal, sí creía que la satisfacción de una necesidad sin que medie una elección o decisión del individuo, no está a la altura de la dignidad humana (Nussbaum, 2012, p. 151).

Vale la pena recordar que en nuestro caso no se trata de obligar a los individuos, por lo que en eso coincidimos con Sen y Nussbaum. Como lo hemos repetido insistentemente, la función persuasiva excluye la coerción, dado que su esencia es precisamente la de convencer, no obligar.

Ahora bien, ¿estamos negándole a la libertad su valor intrínseco y asignándole una función meramente instrumental, como teme Sen? Creemos que no. Lo que ocurre es que no es posible hacer de esta manera tal separación de funciones en el ordenamiento jurídico. Como lo entendemos nosotros, en el ordenamiento jurídico se reconoce, de un lado, el valor intrínseco de la libertad, y, de otro, una función instrumental respecto de los funcionamientos. Puesto de otra manera, el ordenamiento jurídico reconoce y protege la libertad de las personas por sí mismas, entre otras razones porque, como lo vimos en los capítulos anteriores, tiene una inspiración liberal; pero, de otra parte, se espera que esa libertad se ejerza en la economía, pues no de otra manera pueden generarse las oportunidades de trabajo.

No es, entonces, una libertad que deba desaprovecharse. Por eso hemos dicho que el Estado necesita que los individuos participen. Y no solamente eso: hemos dicho adicionalmente, en lo que corresponde a la función persuasiva, es necesario que los individuos participen de una determinada manera, según el Estado lo defina en función de las particulares circunstancias de la economía y los planes de desarrollo, estrategias, etc. El Estado, pues, influye estimulando funcionamientos en el sentido que lo considere más conveniente.

Ahora bien, nuestras afirmaciones se circunscriben a la función persuasiva y las actividades de los individuos en la economía, orientadas a generar mayores oportunidades de trabajo. Es importante aclarar que no serían aplicables a asuntos relacionados, por ejemplo, con la libertad de elegir religión, evento en el cual lo importante para el Estado no es que las personas elijan, sino que tengan la libertad de hacerlo. Que el individuo elija o no religión no tiene (o no debería tener) un impacto social negativo.

En conclusión, creemos que, por el diseño del ordenamiento jurídico, la libertad tiene también una función instrumental en relación con los funcionamientos. Y creemos, además, que es la consecuencia necesaria de (i) haber preservado un ámbito irreductible de la libertad en el ordenamiento jurídico que no puede ser vulnerado por el Estado, y (ii) haber mantenido al mismo tiempo la dirección de la economía en cabeza del Estado.

De estas dos circunstancias hemos derivado la existencia de la función persuasiva, pues ese diseño le impone al Estado la obligación de que haya suficientes

oportunidades de trabajo (no de generarlas), obligación que, como ya hemos dicho antes, no puede cumplir por sí mismo sino que depende, para lograrlo, de la participación voluntaria de los individuos en la economía.

En conclusión, la libertad tiene un valor y una importancia intrínsecos y, en ese sentido, es un fin en sí misma. Es cierto, pero, analizada desde la función persuasiva, también sirve al propósito de realizar funcionamientos (es decir, también es un medio).

El propio Sen reconoce esta situación cuando habla de libertades constitutivas y libertades instrumentales (Sen: 2000, p. 55). Las primeras son aquellas libertades básicas, necesarias para el enriquecimiento de la vida humana, por ejemplo, la libertad para evitar privaciones como la inanición, la desnutrición, la morbilidad evitable y la mortalidad prematura, o gozar de las libertades relacionadas con la capacidad de leer, escribir y calcular, la libertad de participación política y económica y la libertad de expresión (Sen, 2000, p. 55).

Por su parte, las instrumentales son aquellas que contribuyen, directa o indirectamente a la libertad general que tienen los individuos de vivir como les gustaría (Sen, 2000, p. 57). Entre las libertades instrumentales, Sen menciona las libertades políticas, los servicios económicos, las oportunidades sociales, las garantías de transparencia y la seguridad protectora (seguridad social) (Sen, 2000, p. 55). De manera particular, nos interesan lo que Sen denomina “servicios económicos” y “oportunidades sociales” que define como la oportunidad de los individuos de utilizar los recursos económicos para consumir, producir o realizar intercambios en el mercado (Sen, 2000, p. 58). Por el lado de las oportunidades sociales, Sen destaca el sistema de educación, respecto del cual reafirma su importancia para lograr una participación más eficaz en las actividades económicas y políticas (Sen, 2000, p. 58).

Es difícil no reconocer esa función instrumental de la libertad cuando el mismo Sen afirma que *“un aumento de las capacidades de una persona para vivir tendería normalmente a aumentar su capacidad para ser más productiva y percibir una renta más alta, (y que) también sería de esperar que existiera una conexión entre la mejora de las capacidades y el aumento del poder de obtener ingresos que fuera de la primera al segundo y no solo al revés”*. Como ejemplos de esta dinámica cita a Japón y a los países del sudeste asiático (Sen, 2000, p. 117-118).

Como una anotación al margen, cabe advertir que Sen, utiliza en ocasiones la expresión libertad en singular y en otras, en su forma plural. Entendemos que

en ambos casos se trata del mismo concepto, pero que acude a la forma plural para referirse a manifestaciones específicas de la libertad.

En conclusión, los funcionamientos son el propósito de la función persuasiva, lo que no significa que sean más importantes que las capacidades, pero sí que no son menos importantes. Lo explicamos así: si el propósito de la función persuasiva son los funcionamientos, a ellos no puede llegarse si no se tienen las capacidades requeridas; por esta razón, en el capítulo segundo se señaló que el sujeto habilitado es un individuo a quien el Estado puede persuadir, y que para alcanzar ese estatus de sujeto habilitado, el individuo necesita disponer de ciertos recursos (conocimiento y capital).

Entonces, desde la óptica de la función persuasiva, lo que vemos es una interdependencia que hace que las capacidades y los funcionamientos se apoyen mutuamente. Desde esta perspectiva, las capacidades y los funcionamientos tienen la misma importancia, y lo máximo que podría decirse es que las primeras preceden en el tiempo a los segundos, pero no que puedan jerarquizarse en términos de importancia. Repetimos, todo esto lo decimos desde la función persuasiva en el ordenamiento jurídico, no desde una teoría de la justicia en particular.

EL INDIVIDUO EN SU DIMENSIÓN COLECTIVA

Con fundamento en lo expuesto, diríamos que el ordenamiento jurídico reconoce tanto una dimensión individual de la persona como una dimensión social (o colectiva), que no tienen por qué contraponerse. Para estos propósitos, coexisten pacíficamente. Por esa razón no compartimos lo manifestado por Nussbaum en cuanto a que *“(l)as capacidades pertenecen, en primer y prioritario lugar, a las personas individuales, y solo luego, en sentido derivado, a los colectivos. El enfoque propugna un principio según el cual cada persona es un fin en sí mismo. (Por lo tanto), el objetivo es producir capacidades para todas y cada una de las personas, sin usar a ninguna de ellas como medio para las capacidades de otras ni para las del conjunto”* (Nussbaum, 2012, p. 55).

Con esta apreciación de Nussbaum tenemos la misma dificultad que tuvimos con la afirmación, según la cual, las capacidades son más importantes que los funcionamientos. Es un ejercicio de jerarquización que resulta válido cuando se trata, por ejemplo, de la libertad de elegir religión, donde la libertad por sí misma es más importante que el hecho de que las personas la ejerzan, pero no es apropiado respecto de las actividades en la economía y la función persuasiva. En este terreno, las capacidades, al tiempo que atributos de la persona tienen una dimensión colectiva inherente, fundamental y no

subsidiaria. Existen para ser ejercidas y su ejercicio, o la ausencia del mismo, impacta necesariamente las capacidades (libertades) y funcionamientos (realizaciones) de los demás. Su papel es, entonces, a la vez constitutivo (fin) e instrumental (medio). Esto se ve con mayor claridad cuando lo referimos a la generación de oportunidades de trabajo como resultado de la interacción de los individuos en la economía.

Por lo tanto, una cosa es decir que cada persona es un fin en sí mismo, de donde se sigue que no debe ser tratada como medio, y otra distinta extender la misma consideración a las capacidades (libertades) de las personas, al menos en cuanto atañe a las actividades económicas y la función persuasiva. Por esa razón, desde la función persuasiva, las personas se ven como individuos y como miembros de una comunidad, en el mismo plano de importancia.

AGENCIA Y AUTORREALIZACIÓN COMO ACCIÓN

No reconocerle a los funcionamientos la misma importancia que a las capacidades, resulta igualmente problemático en relación con el concepto de “agente” elaborado por Sen. En dicho concepto observamos dos elementos importantes: (i) el agente actúa como responsable de su propia vida, y (ii) el agente actúa para procurarse la vida que valora vivir. Los dos elementos hacen referencia a alguien que actúa, de donde se sigue que el concepto de “agente” implica un ser actuante. Por lo tanto, la agencia está relacionada con actividad y no con pasividad. En ese sentido, no armoniza con el concepto de “agente”, el hecho de tener libertad y no tomar decisiones, como tampoco armoniza con el concepto de “agente” el hecho de tomar decisiones pero abstenerse de ejecutarlas.

Recordemos que para Sen es “agente” la persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos (Sen, 2000, p. 35). Por lo tanto, no se puede ser “agente” sin –diríamos nosotros– “entrar en acción”. En este sentido, compartimos la postura de Richard Arneson y G.A. Cohen cuando critican a Sen con el argumento de que debe prestarse atención a las actividades efectivamente realizadas, pues la vida es lo que realmente ocurre y no en lo que hubiera podido ocurrir si las personas hubieran estado dispuestas de otra forma (Sen, 2012, p. 265).

De otra parte, no reconocerle a los funcionamientos la misma importancia que a las capacidades, también resulta problemático respecto al concepto de “autorrealización”. Según lo expone Sánchez Garrido, la tradición marxista ha entendido la autorrealización como la completa y libre realización y exteriori-

zación de las facultades (“powers”) y las habilidades (“abilities”) del individuo” (Sánchez: 2008, p. 526).

Si nuestra comprensión de esta afirmación es correcta, parece ser que el individuo se autorrealiza en los funcionamientos y no en las capacidades, porque las capacidades por sí mismas no implican acción, a diferencia de los funcionamientos, que son las actividades que, elegidas en ejercicio de las capacidades, son además ejecutadas. En ese sentido, un individuo que no ejerce sus libertades no estaría autorrealizándose; para nosotros, ejercer las libertades supone tomar una decisión que implique acción.

Esta conclusión, también la encontramos en afirmaciones de Sen cuando dice, por ejemplo, que la “*capacidad racional de los seres humanos de elegir sus propios fines, de perseguirlos en libertad, es el gran hilo conductor de un discurso que parte de la democracia social de Aristóteles para llegar a los pensadores socialistas europeos, incluidos los escritos de Marx*” (Sánchez, 2008, p. 525). Creemos que esta afirmación involucra dos aspectos que están relacionados pero que no son equivalentes, porque una cosa es la capacidad racional de elegir los propios fines y otra el hecho de perseguirlos en libertad. Lo primero no implica lo segundo. Si los fines han sido elegidos pero no se ejecutan acciones para realizarlos, podrá decirse que el individuo tiene claros sus fines, pero no podríamos decir que los esté persiguiendo.

Ahora bien, hemos afirmado la importancia fundamental de los funcionamientos, que en este trabajo se relacionan con la actividad en la economía, sin que ello signifique reducir el ser humano a la dimensión económica. Esto es importante resaltarlo porque uno de los reparos de Sen está dirigido a la visión que privilegia la productividad del individuo, crítica que alcanza al concepto de capital humano.

La perspectiva de las capacidades –dice Sen– se centra en la libertad de las personas para vivir la vida que tienen razones para valorar y para incrementar sus elecciones reales, a diferencia del concepto de capital humano que está orientado hacia el aumento de la productividad de los individuos (Sánchez, 2008, p. 348). Para Sen, las dos perspectivas (el capital humano y las capacidades) tienen en común que se ocupan de las posibilidades de los seres humanos para alcanzar logros, pero mientras una valora la productividad, la otra valora la libertad (Sen, 2012, p. 261).

En opinión de Sen, el enfoque del capital humano se centra en el crecimiento económico, sin preocuparse por la razón de buscar dicho crecimiento. Los

seres humanos cumplen entonces el papel de *medios* para el incremento productivo, que termina convirtiéndose en un *fin*, a diferencia del enfoque de las capacidades que se centra en expandir la libertad humana para vivir el tipo de vida que se tenga razones para valorar (Sánchez, 2008, p. 350). A este respecto, Sen recuerda que, para Adam Smith, concebir a los seres humanos en términos únicamente productivos es menospreciar la naturaleza de la humanidad (Sánchez, 2008, p. 351).

La aclaración de Sen sobre el capital humano y las capacidades aporta una precisión conceptual importante. Pero no creemos que en el fondo sean conceptos excluyentes, simplemente no están pensados para el mismo propósito. El enfoque del capital humano aborda un problema real de las personas, en cuanto requieren estar cada día más capacitadas para responder a las exigencias de las actividades económicas y a la dinámica incesante del conocimiento, pero no pretende constituirse en una visión holística del ser humano. En esa medida, en nada se contrapone a la postura de Sen sobre las capacidades como libertades. Para la concepción de nuestro sujeto habilitado, ambas resultan necesarias: sin el capital humano, los individuos no estarán en condiciones de ser persuadidos, pero no puede llegarse al nivel de capital humano si no se tienen capacidades (la libertad de iniciativa).

Ahora bien, la discusión sobre si el ser humano se realiza en el trabajo es algo de lo que no vamos a ocuparnos aquí. Es un aspecto distinto, que ha sido abordado, entre otras, por algunas corrientes dentro de la tradición marxista (Jeffries, 2018, p. 98, 136, 228). Sin embargo, resulta innegable la importancia de la dimensión económica en el ser humano en la medida en que ella compromete la supervivencia y el desarrollo de (algunas) de sus habilidades, además de ser el mercado un escenario “natural” de socialización.

Por último, anotamos que el enfoque de las capacidades de Sen frecuentemente se identifica con el concepto de “desarrollo humano” (distinto del capital humano), debido a que realizó un aporte fundamental en la construcción del “Informe sobre desarrollo humano” de las Naciones Unidas. El autor se refiere al desarrollo humano como el proceso de expansión de la educación, la asistencia sanitaria y otros aspectos de la vida humana (Sen, 2000, p. 61). No obstante, Nussbaum aclara que en el mencionado informe se utiliza el concepto de capacidades como un indicador comparativo, más que como una base para una teoría económica o política sistemática (Nussbaum, 2012, p. 37).

LA INFLUENCIA DEL ESTADO EN LAS DECISIONES DE LOS INDIVIDUOS

Si bien el ejercicio de la función persuasiva por parte del Estado pretende influir en las decisiones de los individuos, no creemos que su efecto en la libertad de tomar decisiones sea mayor que el de otras fuentes de influencia a las que están expuestos los individuos en su vida social, como son las asociadas a los valores y creencias del entorno en el que el individuo se desenvuelve, la publicidad, los medios de comunicación o las redes sociales, por citar solamente algunos.

Como Sen lo manifiesta, resulta difícil *“representarse de manera convincente cómo las personas en la sociedad pueden pensar, elegir o actuar sin ser influidas en una u otra forma por la naturaleza y el funcionamiento del mundo a su alrededor”* (Sen, 2012, p. 275).

De modo que, aún con la influencia asociada a la función persuasiva, podemos decir que el ordenamiento jurídico respeta la idea de la libertad de las personas para determinar qué desean, qué valoran y en última instancia qué deciden escoger, como lo reclama Sen (Sen, 2012, p. 261), pues están en libertad de aprovechar o no las oportunidades que el Estado les ofrece en desarrollo de la función persuasiva.

En síntesis, la idea de vivir la vida que cada cual valora vivir, no se contrapone a la necesidad que tiene el Estado, en ejercicio de la función persuasiva, de buscar que los individuos reaccionen positivamente a los estímulos ofrecidos y que actúen en sus actividades económicas en un determinado sentido, sugerido por el Estado.

Dicho lo anterior, pasamos a preguntarnos lo siguiente: ¿en qué medida debe el Estado influir en las decisiones económicas de los individuos a través de la función persuasiva? No encontramos en la jurisprudencia constitucional este enfoque. En materia de la libertad de iniciativa, los pronunciamientos de la Corte les reconocen a la empresa y la iniciativa privada el papel de motor de la economía. Pero sobre todo ha sido enfática en señalarles límites en beneficio del interés general. Ha dicho la Corte:

La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único

propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general (sentencia C-228 de 2010, MP Luis Ernesto Vargas Silva).

Y sobre los límites a la intervención del Estado en la economía ha dicho la Corte:

tampoco resulta acertado concluir que el Estado puede intervenir en la economía de cualquier modo, bajo el argumento de cumplir con las finalidades antes planteadas. En contrario, la jurisprudencia de esta Corporación ha previsto que esa intervención será compatible con los preceptos que dispongan la intervención del Estado en el mercado (y) solo resultarán acordes con la Carta Política cuando esta “i) necesariamente debe llevarse a cabo por ministerio de la ley; ii) no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación de la referida garantía; iv) debe obedecer al principio de solidaridad; y v) debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (idem).

Hemos transcrito estos apartes para destacar que nuestra aproximación es distinta. No tiene que ver con restringir la libertad de iniciativa sino con estimularla, sin que lo uno se contraponga a lo otro. Son ambas facultades del Estado (la de restringir y la de estimular) que coexisten sin conflicto en el ordenamiento jurídico, pues sus propósitos son distintos y no excluyentes. La jurisprudencia constitucional ha sido prolija en referirse a la primera de estas facultades, pero no a la segunda.

No obstante, dado que la función persuasiva la hemos derivado del diseño mismo del ordenamiento jurídico, en cuanto a la pregunta sobre en qué medida debe el Estado influir en las decisiones económicas de los individuos a través de la función persuasiva, responderíamos que en la medida en que se requiera para producir el beneficio general por el que propende la Constitución.

Es difícil en este trabajo intentar una mayor precisión, sin incursionar en el terreno de lo técnico, porque dependerá de las condiciones reales de cada país. No existe una medida exacta, como tampoco una receta que permita garantizar *a priori* los resultados de los estímulos ofrecidos; en el mejor de los casos podrán ser razonablemente estimados.

Con todo, si bien la incertidumbre es un ingrediente con el que hay que lidiar a la hora de diseñar los estímulos, en la medida en que su diseño esté acompañado de una amplia deliberación y discusión pública habrá mayor probabilidad

de consultar los diversos intereses y revisar opciones desde distintos ángulos. Entre otras razones porque en la práctica los estímulos se recomiendan desde las creencias de quienes las proponen, lo cual es inevitable, estén esas creencias suficientemente fundamentadas o no. Esto último podemos ilustrarlo, por ejemplo, con la crisis financiera mundial del 2008, que estuvo precedida de una desregulación del sector financiero, o con la reforma laboral del gobierno de Álvaro Uribe Vélez en el 2002. En los dos casos se ponían en práctica creencias económicas para dinamizar la economía, según se explica a continuación.

LA CRISIS FINANCIERA DEL 2008

Aunque fueron múltiples las causas que condujeron a la crisis financiera de 2008 que comenzó en Estados Unidos y se extendió a Europa y al resto del mundo, vamos a referirnos únicamente a las desregulaciones que flexibilizaron las actividades del sector financiero con el propósito de estimular el crecimiento de la economía.

En su libro *Acabemos ya con la crisis*, Paul Krugman, premio nobel de economía, relata las sucesivas reformas legislativas que eliminaron restricciones a los bancos, proceso que se inició en el gobierno de Carter, continuó en el de Reagan y terminó en el de Clinton (Krugman, 2012, p. 70 a 74). (En el mismo sentido, Joseph Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, Editorial Taurus, 2012, p 142).

Si bien el propósito de este trabajo no es analizar la crisis del 2008, nos parece importante –por tener una directa relación con la función persuasiva–mencionar que una de las regulaciones eliminadas fue la ley conocida como Glass-Steagal de 1933, que prohibía a los bancos hacer banca de inversión con los depósitos de los ahorradores y que había sido expedida tras la Gran Depresión de 1929 (Krugman, 2012, p. 70). Aunque es algo más complejo, para los propósitos de este trabajo quiere decir que los depósitos que un banco recibe de sus clientes (en cuentas de ahorro o corrientes o en certificados a término) deben ser destinados principalmente a realizar préstamos, pero sobre todo no puede destinarlos a especular en los mercados de valores ni a inversiones en actividades del sector real de la economía.

Con las desregulaciones se rompió esta regla, lo que les permitió a los bancos tomar riesgos más allá de lo que aconsejaba la prudencia. Los resultados fueron desastrosos y condujeron a una crisis cuyos efectos impactaron la economía mundial e incluso llegaron a poner en duda la viabilidad del sistema capitalista.

Como reacción a la crisis, en Estados Unidos y en Europa se dictaron normas que impusieron controles a los bancos con el propósito de evitar la ocurrencia de otra crisis. Sin embargo, recientemente el presidente Trump logró que algunas de estas medidas fueran morigeradas por el Congreso y la Reserva Federal de los Estados Unidos (El Tiempo, 7 de junio de 2018, p. 1.8, “La FED permite a los bancos realizar apuestas más arriesgadas”).

LA REFORMA LABORAL DEL GOBIERNO URIBE

A esta reforma nos referimos en los capítulos anteriores. Con el fin de incentivar la generación de empleo vía reducción de costos a los empleadores, la ley 789 de 2002 desmejoró algunos derechos de los trabajadores modificando, entre otros, la remuneración del trabajo diurno, la remuneración del trabajo dominical y la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa. La norma fue demandada por inconstitucional, dado que vulneraba el principio de progresividad en tanto disminuía garantías laborales y desconocía conquistas históricas de los trabajadores y, de paso, tratados internacionales suscritos por Colombia. No obstante, fue declarada exequible mediante sentencia C-038/04 de la Corte Constitucional. Dijo la Corte que, aunque la ley reducía ciertas prerrogativas otorgadas a los trabajadores, no por ello vulneraba el derecho al trabajo, pues de lo que se trataba era precisamente de promover la creación de más puestos de trabajo en una situación de aguda crisis económica y profundo desempleo que para ese momento vivía Colombia. La ley, pues, definía una estrategia económica consistente en conceder beneficios a las empresas a través de aliviarles la carga salarial y prestacional, buscando con ello estimularlas y ponerlas en condiciones de generar más empleo. Con posterioridad, en el año 2013, el magistrado Nilson Pinilla se lamentaría de esta decisión. Dijo que las realidades sociales parecían desmentir esa presunta generación de empleo y que, por lo tanto, la decisión habría sido un error y la regresión no se justificaba. Sin embargo, ya existía cosa juzgada y nada podía hacerse al respecto (: citado en compilación de Juan Carlos Henao: 2013, p 197).

Por último, quisiéramos decir que la incertidumbre observada en el diseño de los estímulos no la vemos en el camino que debe recorrerse para llevar a los individuos a la condición de “sujetos habilitados”. En eso no parece haber otra vía que la de garantizar la educación, la asistencia sanitaria y, en fin, las libertades de las que habla Sen. Varios países, con ordenamientos jurídicos similares al nuestro han logrado progresos significativos siguiendo este camino. Basta con mirar el ranking de los países que encabezan el Informe sobre el índice de desarrollo humano de Naciones Unidas.

CONCLUSIONES

Al proponernos esta investigación asumimos que existía una tensión entre la soberanía del Estado y la libertad de iniciativa de los individuos en lo concerniente a la generación de oportunidades de trabajo. En el curso de la investigación se pudo comprobar dicha asunción y concluir que ella es consecuencia de que el ordenamiento jurídico, por un lado, reconoce la libertad de iniciativa de los individuos en la economía, y por otro, le asigna al Estado la obligación de garantizar que las personas dispongan de oportunidades de trabajo.

La tensión se genera porque esta obligación del Estado no puede ser cumplida directamente por él, sino que requiere de la participación voluntaria de los individuos, dado que las oportunidades de trabajo se generan en la interacción de los individuos en la economía. Esta situación se traduce en que el Estado necesita que los individuos desarrollen las actividades que generen mayores oportunidades de trabajo, pero los individuos tienen libertad de escoger cuál actividad realizar. Esta tensión es de la esencia de nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no puede ser eliminada sin riesgo de que el ordenamiento jurídico deje de ser el que es para transformarse en otro.

En ese sentido es una tensión necesaria, que no se resuelve en favor de la soberanía del Estado, lo que significa que el Estado debe administrarla sin acudir a normas coercitivas que obliguen a los individuos a actuar en un determinado sentido; la opción que en este caso tiene el Estado es la de acudir a normas persuasivas que ofrezcan oportunidades a los individuos y los motiven a tomar la decisión voluntariamente.

Para persuadir a los individuos se requiere que estos se encuentren en condiciones de ser persuadidos. Y para estar en condiciones de ser persuadidos se requiere disponer del conocimiento y el capital necesarios en función de la actividad económica que se pretende desarrollar. Ahora bien, a tales recursos de conocimiento y capital se accede a través de la satisfacción de derechos en la que el Estado interviene directamente.

Al individuo que se le han satisfecho los derechos y, por tanto, cuenta con recursos de conocimiento y capital lo hemos llamado “sujeto habilitado”, entendido como el individuo en condiciones de poder entender y aprovechar las oportunidades que el Estado ofrece en ejercicio de la función persuasiva. Y por esa vía hemos desembocado en el concepto de “agente” que Amartya Sen utiliza para referirse a una persona que actúa y provoca cambios y cuyos logros pueden juzgarse en función de sus propios valores y objetivos (Sen: 2000, p. 35).

A partir de esta afirmación concluimos que, para ser persuadidos, los individuos deben estar en capacidad de ser “agentes” o, lo que es igual, ser sujetos habilitados, lo que confirma la hipótesis planteada al inicio según la cual la función persuasiva del Derecho no se da naturalmente sobre todos los individuos sino que requiere de sujetos en condición de ser persuadidos, sujetos que solamente se darán en la medida en que se les permita acceso al conocimiento y el capital.

Como comentario final, diremos que, al ser necesaria para poner a los individuos en condición de sujetos habilitados (agentes), la satisfacción de derechos no es solamente un propósito del ordenamiento jurídico sino al mismo tiempo una condición para su adecuado funcionamiento en lo que concierne a la generación de oportunidades de trabajo. En otras palabras, además de todas las justificaciones que respaldan los derechos de las personas, concluimos que adicionalmente deben satisfacerse porque el diseño del ordenamiento jurídico requiere que así sea para asegurar su adecuado funcionamiento en lo que concierne a la generación de oportunidades de trabajo.

Podría decirse que con esta visión estamos asignando a los derechos un papel instrumental. Si así fuera, sería consecuencia del ángulo de aproximación que utilizamos en este trabajo, sin que con ello pretendamos sustituir o contradecir teorías sobre la naturaleza de los derechos, tema que aquí no ha sido objeto de estudio.

BIBLIOGRAFÍA

- Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, 2006.
- Vicente Durán Casas, Juan Carlos Scannone y Eduardo Silva, eds. *Contribuciones filosóficas para una mayor justicia*, Siglo del Hombre Editores, 2006.
- Jacques Chevalier, *El Estado posmoderno*, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- Oscar Correas, *Crítica de la ideología jurídica*, Ediciones Coyoacán, 2005.
- Alejandro Nava Tovar, *La institucionalización de la razón*, Grupo Editorial Siglo XXI, 2015.

- Juan Antonio Pérez Lledó, *Sobre la función promocional del Derecho. Un análisis conceptual*, Universidad de Alicante, <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.26>.
- Omar Toledo Toribio, *El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral*, en *Revista Derecho y Cambio Social*, <http://omartoledotoribio.blogspot.com/2010/12/el-principio-de-progresividad-y-no.html>.
- Miguel Díaz Román, *Una aproximación al concepto de “función promocional” en la teoría del derecho bobbiana: atisbos de su influencia en la teoría de los derechos fundamentales española*, en *Revista de Ciencias Jurídicas* N° 129 (119-138) septiembre-diciembre 2012.
- Rodrigo Uprimny, *Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho*, (<https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2005/12/Constitucion-y-modelo-economico-en-Colombia.pdf>).
- Ronald Dworkin, *La democracia posible*, Editorial Paidós, 2008.
- Joseph Stiglitz, *El precio de la desigualdad*, Editorial Taurus, 2012.
- Guillermo Perry, *El Espectador*, 4:20 pm | 6 de Julio del 2016.
- Julio Silva-Colmenares, *Piketty y los economistas colombianos, debate sobre el capital en el siglo XXI*, Ediciones Aurora, 2015.
- Pierre Rosanvallon, *La sociedad de los iguales*, Editorial Manantial, 2012.
- Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, editorial Trotta, 2006.
- Mario Bunge, *Evaluando filosofías. Una protesta, una propuesta y respuestas a cuestiones filosóficas descuidadas*, Editorial Gedisa, 2015.
- Sentencias Corte Constitucional C-1064 de 2001, C-398 de 1995, C-040 de 1993, C-459/04, C-566 de 1995, C-228 de 2010, CC-038/04.
- *Corte Constitucional y Estado Social de Derecho*, compilado por Carlos Mario Molina Betancur, Universidad de Medellín, 2007.

-
- Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, 2002.
 - Editor Juan Carlos Henao, *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo*, Universidad Externado de Colombia, 2013.
 - Óscar Mejía Quintana, *Filosofía del Derecho contemporánea*, Editorial Ibáñez, 2012, p. 98
 - Joseph Stiglitz, *La gran brecha*, Editorial Taurus, 2016.
 - Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2002, citado por Luis Fernando López Roca, *El principio de igualdad en la actividad financiera*, Universidad Externado de Colombia, 2012.
 - Amartya Sen, *La idea de la justicia*, editorial Taurus, 2012.
 - Martha C. Nussbaum, *Crear capacidades, propuesta para el desarrollo humano*, Editorial Paidós, 2012
 - Amartya Sen, *Desarrollo y libertad*, Editorial Planeta, 2000.
 - Martha Nussbaum, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Editorial Paidós, 2012).
 - Hernán Martínez Ferro, *Legitimidad, razón y derecho*, Universidad Externado de Colombia, 2013.
 - Pablo Sánchez Garrido, *Raíces intelectuales de Amartya Sen. Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*, Centro de estudios políticos y constitucionales de Madrid, 2008.
 - Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, Alianza Editorial, 2014.
 - Paul Krugman, *Acabemos ya con esta crisis*, Editorial Planeta Colombiana, 2012.
 - Rafael Cejudo Córdoba, *Una aproximación a la teoría de Amartya Sen*, <https://doi.org/10.3989/ris.2007.i47.50>, *revintsociologia.revistas.csic.es*.