

# Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano

Eleonora Lozano Rodríguez  
(coordinadora)





TEORÍA Y PUESTA EN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS  
ECONÓMICO DEL DERECHO COLOMBIANO



TEORÍA Y PUESTA EN PRÁCTICA DEL ANÁLISIS  
ECONÓMICO DEL DERECHO COLOMBIANO

*Eleonora Lozano Rodríguez*  
(coordinadora)

Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano / Eleonora Lozano Rodríguez (coordinadora). – Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2016.

442 páginas; 17 x 24 cm

Otros autores: Catalina Brando Vernaza, Farid Samir Benavides Vanegas, Gustavo Alfredo Peralta Figueredo, Laura Fernanda Norato Prieto, Lina María Uribe, María del Socorro Rueda Fonseca, María Fernanda Peña Bortone, Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía, Norberto Hernández Jiménez, Nubia Constanza Bonilla Palomino, Luisa Fernanda Cano Blandón, Santiago Pardo Rodríguez, Stephanie Flechas Rodríguez.

ISBN 978-958-774-291-6

1. Derecho y economía I. Lozano Rodríguez, Eleonora II. Universidad de los Andes (Colombia). Facultad de Derecho.

CDD 340.11

SBUA

Primera edición: abril del 2016

© Eleonora Lozano Rodríguez (coordinadora)

© Catalina Brando Vernaza, Farid Samir Benavides Vanegas, Gustavo Alfredo Peralta Figueredo, Laura Fernanda Norato Prieto, Lina María Uribe, María del Socorro Rueda Fonseca, María Fernanda Peña Bortone, Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía, Norberto Hernández Jiménez, Nubia Constanza Bonilla Palomino, Luisa Fernanda Cano Blandón, Santiago Pardo Rodríguez, Stephanie Flechas Rodríguez.

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 3394949, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

[infeduni@uniandes.edu.co](mailto:infeduni@uniandes.edu.co)

ISBN: 978-958-774-291-6

ISBN *e-book*: 978-958-774-292-3

Corrección de estilo: Astrid Paola Molano Martínez

Diagramación interior y de cubierta: David Alba Salazar

Impresión:

Xpress

Estudio Gráfico y Digital, S. A.

Carrera 69 H n.º 77-40

Teléfono: 6020808

Bogotá, D. C., Colombia

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

## CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
--------------	---

### PARTE TEÓRICA

3

HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Eleonora Lozano Rodríguez	5
---	---

### PARTE APLICADA EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COLOMBIANO EN ACCIÓN

65

SOLUCIONES ÓPTIMAS A CONTROVERSIAS JURÍDICAS. Catalina Brando Vernaza	67
--	----

DERECHO, DESARROLLO Y NEOLIBERALISMO: EL CASO DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL COLOMBIANO. Farid Samir Benavides Vanegas	89
--	----

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A CONTRATAR: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS A LA OFERTA Y A LA ACEPTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. Gustavo Alfredo Peralta Figueredo	123
---	-----

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL MEDIO AMBIENTE Y LA TRAGEDIA DE LOS COMUNES: ¿IMPUESTOS PARA SALVAR LOS RECURSOS NATURALES? Laura Fernanda Norato Prieto	143
TRIBUTACIÓN INDIRECTA Y REGRESIVIDAD: RELACIÓN ESTADÍSTICA A NIVEL GLOBAL. Lina María Uribe	173
EL ARANCEL O LA TASA JUDICIAL. María del Socorro Rueda Fonseca	195
ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES. LA TOMA DE DECISIONES EN UN GRUPO DE EMPRESAS María Fernanda Peña Bortone	235
UN ENFOQUE ECONÓMICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA. CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA Y HACINAMIENTO CARCELARIO EN EL TRÁNSITO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO (2003-2008). Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía y Norberto Hernández Jiménez	251
ACUERDOS ANTICIPADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA: ENFOQUE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. Nubia Constanza Bonilla Palomino	283
EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL. EL CASO DE LOS JUECES DE TIERRAS. Luisa Fernanda Cano Blandón y Santiago Pardo Rodríguez	303
¿APERTURA Y CRECIMIENTO O APERTURA Y DECRECIMIENTO? ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN ENTRE ECONOMISTAS Y ABOGADOS SOBRE LA APERTURA ECONÓMICA EN COLOMBIA (1991-2012). Stephanie Flechas Rodríguez	321
GLOSARIO	349
ÍNDICE DE MATERIAS	425

## INTRODUCCIÓN

### LA RESPUESTA A UNA SERIE DE INTERROGANTES

La primera pregunta del lector al iniciar la lectura de esta obra colectiva puede ser por qué es atractivo en Colombia estudiar la relación teórica y práctica de dos disciplinas, el derecho y la economía, que en apariencia tienen lenguajes, conceptos y métodos del todo diferentes. La respuesta obvia, dada por otros tiempo atrás, está en el ámbito social, que influye en los objetivos de ambas áreas del conocimiento. En esencia, el derecho y la economía buscan, por una parte, la convivencia pacífica y digna y, por otra, los recursos económicos para que se dé. Reconocemos, sin embargo, que el vínculo entre lo social, la economía y el derecho es opacado de manera constante no sólo por las complejas nociones técnicas de la economía, sino también por las múltiples herramientas jurídico-interpretativas que desdibujan la idea de justicia que debería tener el derecho. Estas problemáticas, en efecto, dificultan los análisis que esta obra realizará de diferentes áreas específicas del comportamiento social.

Nuestros activos lectores también podrían preguntarse por qué insistir en profundizar en cuestiones teóricas y prácticas de la metodología del análisis económico del derecho (AED), que fue de gran importancia para algunas tradiciones jurídicas en un momento dado, en especial para la anglosajona, pero que hoy en día ha demostrado aparentes dificultades en su aplicación tanto por la falta de entrenamiento académico de abogados y economistas como por la presunta resistencia a este tipo de métodos de países de tradición civilista, como los nuestros. Nuestra respuesta preliminar a los anteriores cuestionamientos es que esta obra busca suplir la poca doctrina existente en la materia en Colombia y demostrar que el enfoque tradicional mediante el que se entendía el AED, como sólo aplicable a jurisdicciones del *common law*, se supera al reconocerse que el precedente judicial no es el único ámbito en el que se podría aplicar el análisis económico como instrumento de predicción. En efecto, el método es ahora muy usado por la corriente civilista. Además, algunas jurisdicciones del *common law* se han vuelto cada vez más *legisladas*, sin que esto impida que apliquen el AED.

En este libro se demostrará la importancia de este conjunto de herramientas interdisciplinarias para el aplicador jurídico o intérprete, para el diseñador de políticas públicas, en la creación de normas jurídicas en instancias legislativas o ejecutivas, y para la solución de conflictos derivados de los diálogos de los actores del derecho, en sede administrativa o judicial.

El libro tendrá la siguiente estructura. En la primera parte, se esbozarán los aspectos teóricos generales del AED. Se describirá su evolución, las posibles aplicaciones y los principales teoremas, planteamientos y conceptos. En la segunda parte, la academia jurídica uniandina disertará sobre diferentes tópicos del AED. Desde la economía, se estudiarán temas jurídicos propios de los mercados, como la tributación (p. ej., la tributación indirecta y la regresividad, el arancel judicial y sus manifestaciones, los acuerdos anticipados de precios de transferencia y la tributación medioambiental) y el comercio exterior (p. ej., la apertura económica y sus implicaciones). También se analizarán temas novedosos relacionados con el derecho societario (p. ej., la toma de decisiones en grupos empresariales), los procedimientos arbitrales (p. ej., las soluciones óptimas a controversias jurídicas de inversión extranjera), el derecho contractual (p. ej., la oferta y la aceptación), el derecho penal (p. ej., las reformas al sistema penal colombiano y la detención preventiva) y la actividad judicial en general (p. ej., el caso de los jueces de tierras), entre otros en los que este método de análisis tiene cabida. Un glosario al final de la obra servirá de instrumento pedagógico para la futura enseñanza y aprehensión del AED.

Esperamos que este texto enriquezca el debate y contribuya a un mejor diálogo entre el derecho y la economía.

## PARTE TEÓRICA



## HACIA UN NUEVO ENFOQUE DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

ELEONORA LOZANO RODRÍGUEZ\*

*A mi padre, por animarme y apoyarme en el estudio del derecho y la economía.  
Sin él, no lo habría logrado.*

### I. LA NECESARIA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA

Decíamos en la introducción de esta obra que *lo social*, es decir, lo perteneciente o relativo a la sociedad<sup>1</sup>, es el ámbito de relación entre el derecho y la economía. Ambas disciplinas se aproximan a la realidad mediante metodologías y conceptos propios, intentando encontrar respuestas a preguntas problemáticas y de urgente solución. La interrelación de los conceptos jurídicos y económicos es necesaria para encontrar solución a estas preguntas. Muchos tratadistas han encontrado que este vínculo se da en doble vía. Para Cooter y Ulen, por una parte, muchos conceptos económicos han sido asimilados por el derecho (p. ej., incentivos, costos de oportunidad, aversión al riesgo, costos de transacción, dilema del prisionero y teoría de juegos) y, por otra, muchas nociones jurídicas son de ineludible comprensión para algunas reflexiones económicas (p. ej., derechos de propiedad y contratos)<sup>2</sup>. Por lo anterior, uno de los principales objetivos de la parte teórica de esta obra es identificar cuáles son las nociones básicas, jurídicas y económicas, para quien desee realizar un análisis económico del derecho (AED) o entender aspectos jurídicos en estudios económicos, pues partimos de que la economía no es sólo útil para el abogado, sino que también el derecho lo es para el economista. Por la naturaleza propia de la obra, en la que nos propusimos ver la utilidad y aplicabilidad del AED en Colombia, son más las nociones económicas que se estudiarán y definirán, en específico en el apartado III. Como complemento, al final de la obra encontrará el lector un extenso glosario que hemos construido. En el apartado II, los economistas encontrarán una primera aproximación a cómo reflexionan los abogados en Colombia.

\* Abogada, economista y magíster en economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca. Profesora asociada de la Universidad de los Andes.

1 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.ª ed., s. v. "Social". Consultado el 7 de octubre del 2013 en <http://lema.rae.es/drae/?val=social>.

2 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 13-16.

Con respecto a la relación entre derecho y economía, compartimos las ideas de Stigler, para quien la filosofía del AED debe proveer a los abogados experticia económica en los puntos requeridos, así como proporcionar a los economistas conocimientos relacionados con la fuente, la estructura y la evolución del sistema legal, donde “los elementos del razonamiento económico no necesariamente son más rigurosos o válidos sólo por estar declarados en las palabras y los símbolos de un economista de formación: un ensayo económico muy formal puede ser insípido, mientras que un argumento verbal simple puede ser esclarecedor”<sup>3</sup>.

George A. Hay propone dos estrategias para evitar que el AED use en exceso fórmulas matemáticas comprensibles sólo para un público reducido: simplicidad en la manera de presentar los análisis y sofisticación técnica en donde en verdad se requiera<sup>4</sup>. Con respecto a la simplicidad, Calabresi señala la necesidad de introducir el método reduccionista, que impediría la mala recepción de las teorías económicas en los cursos de derecho, a través de un lenguaje de fácil entendimiento en aquellos problemas legales “donde los intercambios simples se presentan”<sup>5</sup>. Para Calabresi, el consumidor no se siente cómodo ni con las complejidades lingüísticas del abogado ni con las del economista, por esto se hace indispensable la simplificación<sup>6</sup>.

Esperamos que siguiendo las anteriores premisas nos acerquemos cada vez más a una mejor comprensión de la relación entre estas dos importantes áreas del conocimiento.

## II. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

### A. El concepto

En general, el AED es la aplicación de conceptos y métodos de la economía en el estudio del derecho<sup>7</sup>. Para Horwitz (citado en Morales, 2011), el derecho se

3 George J. Stigler. “Law or Economics”. *The Journal of Law and Economics* 35, 1992, p. 463. Consultado el 24 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

4 George A. Hay. “The Present and Future of Law and Economics”. 22.º *Cornell Law Forum Faculty*, 1996, pp. 7-8. Consultado el 24 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

5 Guido Calabresi. “Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del derecho”. En *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 585.

6 Según Calabresi, “la mayoría de los consumidores no conoce el lenguaje de la economía”. Además, dice: “[p]ero sería absurdo pensar que conocen el lenguaje jurídico o que se sienten consolados por el hecho de que las cortes hablan en términos de derechos y algunos otros término jurídicos” (2002, p. 579).

7 Por ejemplo, Francesco Parisi. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. *European Journal of Law and Economics* 18, n.º 32, 2004, p. 2. Consultado el 9 de octubre del 2013 en <http://ssrn.com/abstract=586641>. Luis E. Amador et al. *Serie de Derecho*

vale del prestigio de la economía para ser más “objetivo, neutral y apolítico”<sup>8</sup>. Según otros autores, los métodos de la economía sirven al derecho, en términos sencillos, para explicar y predecir las reacciones conductuales humanas ante las normas jurídicas<sup>9</sup>. Por su parte, tratadistas como Roemer consideran que el ámbito por excelencia de aplicación del AED es el diseño de políticas públicas eficientes<sup>10</sup>, que para algunos, incluso, sacrifican nociones de justicia<sup>11</sup>. En cuanto a la formulación y aplicación de políticas públicas de abogados y economistas, Stigler analiza los fines y medios de los dos grupos de profesionales y encuentra inconformidades con su desempeño. El autor concluye que el análisis económico puede contribuir a que las superen, más aún cuando se les ha pedido a los economistas hacer un trabajo al que están acostumbrados pero en un área más o menos nueva y a los abogados usar “una lógica económica y un conjunto de técnicas estadísticas que no son parte de su entrenamiento tradicional”<sup>12</sup>.

El concepto del AED ha generado discusiones en torno a preguntas como: ¿cuáles áreas y métodos de la economía son útiles para poner en práctica el AED?, ¿a qué áreas y ámbitos del derecho puede aplicarse? ¿cuáles son y en qué consisten los enfoques del AED? En relación con la primera pregunta, la gran mayoría de los exponentes del AED han usado conceptos y herramientas de la microeconomía, y dentro de ésta, nociones de la economía del bienestar, para estudiar fenómenos jurídicos<sup>13</sup>. Asimismo, han hecho énfasis en el uso de métodos empíricos<sup>14</sup> y de análisis costo-beneficio<sup>15</sup>.

Con respecto a la segunda pregunta, desde la doctrina han surgido varias cuestiones: si este método se puede usar en campos del derecho privado o público, si se puede aplicar en regulaciones jurídicas de situaciones de mercado o no mercado<sup>16</sup> y si es pertinente en tradiciones del *common law* o del derecho civil, y por ende, en algunas regiones geográficas como América Latina o Europa.

*Económico 1. Casos de estudio de aplicación del Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 11.

8 Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio Preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 24.

9 *Ibidem*, pp. 25, 60 y 61; Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 28; Andrés Roemer. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 101 y 104.

10 Roemer. *Op. cit.*, pp. 105-106.

11 Pinzón. *Op. cit.*, pp. 27 y 146.

12 George J. Stigler. “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”. En *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 604.

13 *Ibidem*, pp. 28 y 152.

14 Parisi. *Op. cit.*, p. 2.

15 Pinzón. *Op. cit.*, p. 150.

16 *Ibidem*, p. 146.

Los alcances distributivos del derecho privado han propiciado interesantes discusiones. Algunos tratadistas consideran que la eficiencia se materializa en esta área del conocimiento jurídico en virtud del principio de autonomía de la voluntad, por el cual son las partes las que acuerdan las condiciones de negociación. Desde la perspectiva de la eficiencia, el derecho privado podría ser el área idónea para usar el AED como herramienta analítica<sup>17</sup>. Mario Pinzón es de esta opinión: resalta que el derecho privado es la base de los estudios del AED, en concreto, en lo referente a los derechos de propiedad, al derecho de contratos y a la responsabilidad civil<sup>18</sup>. Esta obra, sin embargo, no excluye al AED de lo público, ya que algunas herramientas económicas pueden ayudar a resolver problemas de la relación Estado-individuo. Por su parte, Andrés Roemer ha estudiado de manera detallada la aplicación del AED en situaciones de mercado o no mercado. Al analizar el enfoque tradicional de esta metodología, al que nos referiremos más adelante, el autor considera que existen dos vertientes del AED: una que estudia los mercados explícitos y otra que explica situaciones de no mercado. En la primera vertiente estaría la utilización de la economía como ciencia que hace Smith; y en la segunda estarían los planteamientos de Bentham sobre la maximización racional del individuo en todos los campos de la vida humana, incluso en aquellos de no mercado, como el derecho penal (p. ej., el costo de la sanción penal para el potencial delincuente que depende de la severidad y la probabilidad de aplicación). Además de Bentham, según Roemer, los trabajos de Calabresi (sobre los accidentes) y los de Coase (sobre el costo social) amplían el ámbito de aplicación del AED a situaciones de no mercado<sup>19</sup>. Mario Pinzón también se ocupa de la tensión mercado-no mercado y la resuelve al afirmar que en sus inicios el AED se restringió a situaciones de mercado, en concreto, al estudio del derecho antimonopolio, y extendió su campo a situaciones de no mercado, como el derecho penal y la responsabilidad civil<sup>20</sup>. La relevancia del AED en la tradición civilista es un punto de debate. En apariencia y en virtud del precedente judicial vinculante (*stare decisis*)<sup>21</sup> en los países que

17 Al respecto Robert Cooter y Thomas Ulen afirman que “[e]ste libro rechaza el enfoque de la distribución en el derecho privado. Perseguir metas de redistribución es un uso excepcional del derecho privado que podrían justificar circunstancias especiales, pero que no debe ser el uso habitual del derecho privado” (2008, pp. 23-25). Son casos excepcionales, por ejemplo, la construcción de rampas en las entradas de los edificios o las políticas de responsabilidad social en las empresas.

18 Pinzón. *Op. cit.*, pp. 35-40.

19 Roemer. *Op. cit.*, pp. 5-8.

20 Pinzón. *Op. cit.*, pp. 41-42.

21 Entiéndase por *precedente judicial* las decisiones jurisprudenciales que funcionan como modelos para tomar decisiones posteriores. Existen dos clases de precedentes: los vinculantes (*stare decisis*) y los no vinculantes. En relación con los primeros, la naturaleza de las decisiones futuras de los jueces es obligatoria salvo que exista una razón convincente para no aplicar el precedente, motivación que deberá ser plasmada en el fallo modificador de la línea jurisprudencial. Por su parte, la

pertencen al derecho común, el AED es muy útil como herramienta de predicción de decisiones de la jurisprudencia. Sin embargo, diferentes perspectivas teóricas han demostrado muy bien que hoy no existe la necesaria relación entre precedente vinculante y derecho común, en la medida en que tradiciones civilistas han incorporado el *stare decisis* en muchas áreas de su jurisprudencia<sup>22</sup>. Compartimos, por lo tanto, la posición de Cossio, para quien es claro que el AED es aplicable a la familia jurídica civilista, con la aclaración de que las discusiones en ambas tradiciones serán diferentes, así como los resultados que arroja el análisis económico<sup>23</sup>. Como en esta obra se precisará, no creemos que el AED sea sólo aplicable al ámbito judicial, sino que puede ser útil para el intérprete, el legislador, para quien formula políticas públicas y para el ejecutor normativo. Varios teóricos han evaluado la dificultad de la aplicación del AED en regiones geográficas como América Latina, de evidente tradición civilista, en comparación con Norteamérica, en donde se encuentran los orígenes del AED y que sigue la corriente del *common law*. Cossio, que llama romanista a la tradición civilista, y que analiza en específico el caso mexicano, sostiene que

tampoco puede cancelarse la posibilidad del análisis económico del derecho en los sistemas romanistas porque el derecho se considere como una cuestión puramente normativa (teoría del derecho o dogmática jurídica), dejando de lado el hecho de que hay perspectivas (sociología o política jurídica) en las que se toman en cuenta los elementos fácticos o pragmáticos de manera semejante a como lo hace el análisis económico<sup>24</sup>.

[...]

[E]l análisis económico del derecho es, entonces, aplicable a cualquier tipo de “conducta jurídica”, ello con independencia del orden jurídico dentro del cual se dé<sup>25</sup>.

Para Roemer, pese a que los obstáculos en la recepción del AED en países civilistas se han superado en parte<sup>26</sup>, subsisten retos, como afirmar la identidad del

segunda clase de precedente, no vinculante, permite que los jueces tengan la discrecionalidad de elegir o no si emplean el raciocinio jurídico usado en decisiones anteriores (Lozano, 2013).

22 Al respecto, ver la discusión doctrinal en Eleonora Lozano (2013).

23 José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 23-59.

24 *Ibidem*, p. 270.

25 *Ibidem*, p. 271.

26 Roemer identifica dos obstáculos para la completa aceptación del AED en diferentes jurisdicciones. El primero, que es para él un malentendido, tiene ver con que los abogados consideran que la justicia nada importa a los economistas, y que los economistas, en su mayoría, piensan que la eficiencia tiene un valor nulo para los abogados. El segundo obstáculo es el lenguaje no sólo

AED en estos países y entender sus límites en la ciencia jurídica y sus usos fundamentales. También Roemer considera que la economía seguirá enriqueciendo el conocimiento al ocuparse de las normas jurídicas, si a esto se suma que cada vez más economistas se interesarán por el derecho<sup>27</sup>. Por su parte, Waller, al estudiar la expansión del AED de la escuela de Chicago a diferentes jurisdicciones, sostiene que tanto el derecho americano como el europeo han sido receptivos al análisis normativo e institucional, en términos de eficiencia asignativa y de maximización de la riqueza, sobre todo en áreas del derecho antimonopolio, de protección al consumidor y de la competencia, y mucho menos en ramas como el derecho de familia y de la niñez, en las que, según el autor, también tendría cabida<sup>28</sup>. Depoorter y Demot, cuando analizan la penetración del AED en Europa, presentan un panorama más tenso aunque esperanzador al final. Según estos autores, el AED ha tenido una real expansión en Estado Unidos, que en cambio en Europa ha sido muy limitada. Entre los motivos expuestos está el clima ideológico y político hostil a análisis legales distintos a los estatutarios estrictos (códigos), el limitado rol de los jueces en la creación del derecho, la ausencia de buenos estudiantes de derecho y economía, la baja calidad de la educación jurídica, la naturaleza distinta de los mercados de servicios legales y el prestigio cada vez mayor de la economía aplicada en los Estados Unidos. Sin embargo, a partir de un análisis de las publicaciones, las organizaciones de profesores, las actividades y conferencias realizadas y los empresarios de derecho y economía en Europa, Depoorter y Demot encuentran importantes avances a pesar de las múltiples dificultades institucionales, como el poco apoyo a la innovación jurídica y a la actividad interdisciplinaria en las facultades de derecho europeas<sup>29</sup>. Según los autores, la integración de los mercados europeos y la mayor competitividad europea en estudios de posgrado han permitido este impulso<sup>30</sup>. Desde esta posición, que compartimos, las diferencias continentales

porque gran parte de la literatura está escrita en inglés, lo que hoy resulta un problema mínimo, sino también por la prevención que tienen los abogados con respecto a las matemáticas. Esta última restricción es más difícil de superar (2008, p. 87).

27 *Ibidem*, pp. 100-102.

28 Para Waller, el AED se ha expandido como un virus. Ha tenido más recepción en áreas del derecho cuyo manejo es más centralizado (no federal) y donde existe un menor grado de coherencia y fortaleza ideológica (2009, pp. 374-375).

29 Ben Depoorter y Jef Demot. "The Cross-Atlantic Law and Economics Divide: A Dissent?". *University of Illinois Law Review*, n.º 5, 2011, pp. 1593-1606. Consultado el 21 de noviembre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

30 Hay un master europeo en Law & Economics en el que alrededor de noventa estudiantes culminan estudios en microeconomía, AED comparativo, AED de responsabilidad, AED de propiedad, AED contractual, entre otros. Cada vez hay más contacto entre las facultades de Derecho y las de Economía en las universidades europeas, y cada vez se ofrecen más doctorados en AED. Los graduados en estos programas trabajan en la academia, en altas posiciones del gobierno, en organismos

se disolverán y habrá una mayor expansión de estas y otras metodologías interdisciplinarias.

Con respecto a la tercera pregunta formulada unos párrafos antes, existe una extensa literatura sobre los enfoques positivo y normativo del AED. El enfoque positivo, desarrollado en detalle por la visión tradicional del AED, se usa para conocer de manera descriptiva los efectos económicos (pasados, presentes o futuros<sup>31</sup>) de la normativa<sup>32</sup> y para medir su eficiencia<sup>33</sup>. Para muchos, en su concepción más purista, este enfoque es de difícil comprensión para el abogado<sup>34</sup>. Un buen ejemplo de esta perspectiva es la demostración de Hovenkamp con herramientas económicas de que una ley antimonopolio contra precios predatorios obliga a algunas empresas dominantes a cobrar precios altos e ineficientes<sup>35</sup>. Roemer va más allá y afirma que los positivistas realizan sus análisis con las siguientes hipótesis: (1) las personas actúan como maximizadoras racionales de sus satisfacciones al decidir, por ejemplo, cometer o abstenerse de cometer delitos; (2) las normas crean precios implícitos para diferentes conductas. Las respuestas pueden ser analizadas de manera similar a como los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio; y (3) las normas, procedimientos e instituciones del derecho consuetudinario promueven la eficiencia<sup>36</sup>.

El enfoque normativo del AED tiene como principal finalidad, luego de evaluar un conjunto de alternativas, elegir la mejor propuesta de política (materializada ojalá en una normativa) con el mejor resultado social<sup>37</sup>. Según Hovenkamp, en esta perspectiva, una norma que estableciera cuotas de entrada en un mercado sería una mala política, si el mercado de fabricación nacional no es competitivo<sup>38</sup>. Posner considera que la mejor solución social se basa en valores, lo que hace que el AED se distancie del tecnicismo económico y de la compleja teorización jurisprudencial, que aburren tanto a abogados como a economistas<sup>39</sup>.

de investigación, en firmas multinacionales, en organizaciones públicas, entre otras importantes entidades (Depoorter y Demot, 2011, p. 1606).

31 Roemer. *Op. cit.*, p. 13; Posner *et al. Op. cit.*, p. 106; Pinzón. *Op. cit.*, p. 56.

32 Herbert Hovenkamp. "Positivism in Law & Economics". *California Law Review* 78, 1990, pp. 816-817. Consultado el 16 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

33 Cossío. *Op. cit.*, p. 297; Hovenkamp. *Op. cit.*, p. 821.

34 Posner *et al. Op. cit.*, p. 28.

35 Hovenkamp. *Op. cit.*, p. 821.

36 Roemer. *Op. cit.*, pp. 13-14.

37 Adecuación de la autora de varias definiciones (Roemer, 2008, p. 106; Cossío, 2008, p. 297).

38 Hovenkamp. *Op. cit.*, p. 816.

39 En sus términos, "el análisis normativo puede reducir el uso de la teoría económica y de los modelos formales económicos a un mínimo, además de poder prescindir de las a veces enrevesadas teorías jurisprudenciales sobre el derecho en la medida en que se está haciendo una

## B. La evolución

Tratadistas como Mercurio y Medema<sup>40</sup> y, más cercanos a nosotros, Roemer<sup>41</sup>, Pinzón<sup>42</sup> y Morales de Setién Ravina<sup>43</sup> han estudiado el desarrollo del AED. Todos han coincidido en que el AED tuvo sus orígenes en la escuela de Chicago, cuyos principales exponentes son Coase, Manne, Becker y Posner. Esta escuela influyó en otras, como la de New Haven, estudiada en detalle por Pinzón<sup>44</sup>, o las de Yale y Virginia, analizadas en profundidad por Parisi<sup>45</sup>. Autores como Waller han explicado la difusión de este método de manera didáctica al asimilarlo a un *virus* que contagió grandes áreas del derecho norteamericano y europeo<sup>46</sup>. Un grupo de estudiosos ha analizado la evolución del AED en relación con las áreas jurídicas en las que se han aplicado técnicas económicas, mientras que otro ha profundizado en los conceptos y métodos económicos utilizados.

Para Morales de Setién Ravina, que forma parte del primer grupo, existen tres corrientes del AED. En la primera, los abogados aplican la teoría económica en áreas del comportamiento social propias del mercado tradicional de bienes y servicios, como el derecho de la competencia, el derecho tributario y el derecho

propuesta de deber ser [...]”; y más adelante señala que “el análisis normativo ha expuesto al análisis económico del derecho a las acusaciones de presentar como ciencia lo que no es sino una posición política, de desconocer el funcionamiento real del derecho y las limitaciones que la realidad impone a las propuestas normativas de ese tipo, y de arrogancia intelectual, en la que el teórico del derecho piensa que los problemas de la realidad se pueden resolver simplemente desde una posición teórica” (Posner *et al.*, 2011, pp. 27-29).

40 Nicholas Mercurio y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. EE. UU.: Princeton University Press, 2006.

41 Roemer. *Op. cit.*

42 Pinzón. *Op. cit.*

43 Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio Preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011.

44 Para Pinzón, Calvert Simons y Aaron fueron los pioneros del AED en la escuela de Chicago. Centrarón sus estudios en aspectos fiscales, de intervención del Estado en la economía y en políticas antimonopolio, a partir de un enfoque positivista. Por su parte, Guido Calabresi impulsó el AED en la escuela del New Haven, en esencia en áreas de la responsabilidad civil. Usó la economía para diseñar la estructura legal deseable, es decir, la diseñó desde una perspectiva normativa. Pinzón considera que la escuela de Chicago se inclina hacia la eficiencia, mientras que la del New Haven hacia la equidad (Pinzón, 2010, pp. 45-57).

45 Parisi ubica la escuela tradicional o de Chicago en el enfoque positivista, mientras que a la de Yale en el normativo. La primera enfatiza en la eficiencia como factor predominante que moldea las normas, en tanto la segunda centra la atención en cuestiones distributivas. Este autor también recalca el importantísimo rol que desempeña el enfoque funcional de la escuela de Virginia. Mediante este enfoque se identifican las fallas políticas en la formación del derecho. Deja, además, que los individuos actúen en la creación y selección de las normas jurídicas en los mercados. En la actualidad, a este se le denominada *escuela de la elección pública* (Parisi, 2004, pp. 18-19).

46 Waller usa la metáfora del virus para mostrar cómo el AED de la escuela de Chicago ha penetrado en diferentes áreas del derecho así como también ha sido rechazado por otras. Presenta, además, unas hipótesis explicativas de estos fenómenos (2009).

de los servicios públicos<sup>47</sup>. En la segunda, el ámbito de acción se extiende a áreas de no mercado, como el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el derecho penal y el derecho administrativo<sup>48</sup>. En la tercer corriente, se incorporan teorías que distan del paradigma clásico que explica la injerencia del derecho en el comportamiento humano, como el neoinstitucionalismo o la economía conductual<sup>49</sup>.

En el segundo grupo, que sigue los lineamientos de Mercurio y Medema, hay cuatro perspectivas del AED: la tradicional, la neoinstitucional, la de elección pública y la crítica jurídica. En la perspectiva tradicional, propuesta por la escuela de Chicago, las personas actúan bajo el criterio de racionalidad y buscan la maximización de su propio interés económico, según Roemer. Las normas jurídicas son precios implícitos que actúan como incentivos y determinan la conducta individual de manera similar a como responden los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio. En la perspectiva tradicional, en virtud del precedente judicial, las normas, los procedimientos y las instituciones del derecho común o consuetudinario promueven la eficiencia, que puede ser entendida a partir de los planteamientos de Pareto o de Kaldor-Hicks<sup>50</sup>. Otros autores, como Mercurio y Medema, consideran que para esta escuela son fundamentales los desarrollos y las aplicaciones prácticas de la teoría microeconómica de los mercados, en general, y de los monopolios, en particular<sup>51</sup>. Según Aron, Moulton y Owens, la *eficiencia* es el concepto líder de este enfoque, en el que, por lo tanto, hay cierto desdén por la intervención estatal y el derecho<sup>52</sup>. Este último se considera un “mero suplemento del mercado: un vehículo necesario pero menor para perfeccionar las soluciones de mercado”<sup>53</sup>. Este postulado ha sido muy criticado, pues para muchos el enfoque tradicional ha idealizado el mercado y ha desconocido una importante área de relación del derecho y la economía: la intervención estatal. Asimismo, la racionalidad ilimitada e individualista del enfoque tradicional ha sido cuestionada. Como muy bien lo define Posner, algunas personas al actuar analizan las posibles reacciones de otros, en sus términos, usan la hiperracionalidad, logrando de esa

47 *Ibidem*, p.17.

48 *Ibidem*, p. 18.

49 *Ibidem*, p. 18.

50 Roemer. *Op. cit.*, pp. 5-40.

51 Mercurio y Medema. *Op. cit.*, pp. 94-155.

52 Nan Aron, Barbara Moulton y Chris Owens. “Economics, Academia, and Corporate Money in America: The ‘Law and Economics’ Movement”. *Antitrust Law & Economics Review* 24, 1993, pp. 27-42. Consultado el 26 de noviembre del 2013 en [www.heimonline.org](http://www.heimonline.org). Este artículo resulta muy interesante para comprender la evolución de la escuela de Chicago, sus centros de investigación (p. ej., el de Henry Manne), sus financiadores (p. ej., William Simon, presidente de la Olin Foundation), su recepción en universidades de élite (como Yale, Harvard, Chicago y Stanford) y sus debilidades.

53 *Ibidem*, p. 30.

manera evadir la ley y volverla ineficaz. Los comportamientos estratégicos racionales son estudiados por la teoría de juegos<sup>54</sup>, disciplina económica útil para el AED en campos como el litigioso, para estimar probabilidades de éxito, cuantías monetarias en discusión y actuaciones futuras, dadas las similitudes fácticas en los procesos judiciales<sup>55</sup>.

**Diagrama 1.** Conceptos económicos de la perspectiva tradicional



Fuente: Elaboración propia.

Klein define la perspectiva neoinstitucional del AED o nueva economía institucional, propuesta por Williamson, Coase y North, como un análisis interdisciplinario que relaciona la economía, el derecho, la teoría de la organización, la ciencia política, la sociología y la antropología, para comprender el nacimiento, los objetivos, la evolución y las eventuales reformas de las instituciones<sup>56</sup>. Roemer, por su parte, señala que el objeto de estudio del neoinstitucionalismo es el examen sistemático de la relación entre las instituciones jurídicas de signi-

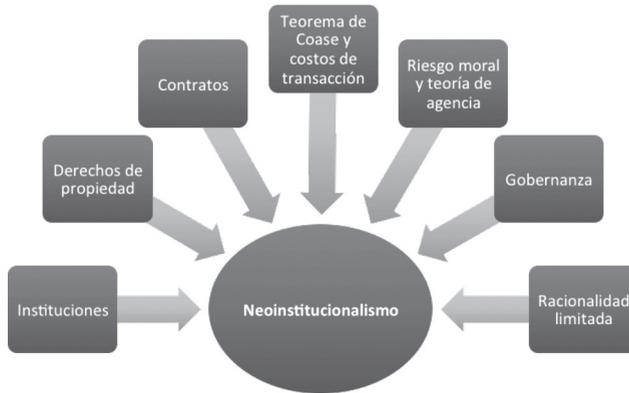
54 Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, pp. 52-53.

55 Para Robert Cooter y Ulen, “[l]a resolución de disputas legales tiene un valor monetario; por ejemplo, que el demandado debe pagar los daños compensatorios o que el demandado debe desistir de cierta actividad. El valor monetario en cuestión es la ‘apuesta’ en disputa. La decisión de una disputa legal implica casi siempre la asignación de la apuesta entre las partes. La decisión acerca de qué porción de la apuesta obtiene cada una de las partes genera incentivos para el comportamiento futuro, no sólo de las partes de una disputa en particular, sino de todos los demás que se encuentren en una situación similar” (2008, p. 22).

56 Peter G. Klein. *New Institutional Economics*. EE. UU: University of Georgia, Department of Economics, 1998, p. 1. Consultado el 26 de noviembre del 2013 en <http://ssrn.com/abstract=115811>.

ficación económica, como los derechos de propiedad, los contratos y los costos de transacción, explicados a través del teorema de Coase. El estudio de esta relación es fundamental para el diseño de políticas públicas<sup>57</sup>. También son esenciales los conceptos del riesgo moral, la teoría de la agencia y los relativos a la gobernanza en actores privados<sup>58</sup>. Por su parte, Mercurio y Medema afirman que en esta corriente los individuos en su proceso de maximización de la riqueza poseen una racionalidad limitada en esencia por los derechos de propiedad y los costos de transacción, así como por la limitada capacidad computacional de la mente humana. De esta manera, en esta corriente se integran las ciencias neurológicas, la filosofía y la psicología<sup>59</sup>. Este tipo de análisis enriquece la perspectiva tradicional y vuelve aún más interdisciplinaria la comprensión del comportamiento humano.

**Diagrama 2.** Conceptos económicos, jurídicos y organizacionales del enfoque neoinstitucional



Fuente: Elaboración propia.

La teoría del AED de la elección pública, expuesta por Buchanan y Tullok, usa herramientas económicas para analizar la toma de decisiones públicas por tradición estudiadas por la ciencia política. Esta teoría es una respuesta a la incapacidad de esta última de reaccionar ante las fallas del Estado cuando interviene la economía. Así, las teorías del Estado, las reglas de votación, el comporta-

57 Roemer. *Op. cit.*, pp. 5-40.

58 Klein. *Op. cit.*, pp. 1-47.

59 Mercurio y Medema. *Op. cit.*, pp. 241-283.

miento de los votantes en las elecciones, las formas de actuación de los partidos políticos en campaña y al ejercer el poder y los procesos legislativos y regulativos son aspectos analizados con instrumentos económicos, en específico con instrumentos microeconómicos, como la paradoja de Arrow, los comportamientos racionales, egoístas y maximizadores de utilidad de los actores (*homo economicus*) en la búsqueda de rentas, en un escenario de intercambios (*catalaxis*), así como el papel de los grupos de poder en la acción legislativa, las reglas de votación (p. ej., consenso unánime, mayoría, mayoría simple) y el teorema del votante mediano<sup>60</sup>.

**Diagrama 3.** Conceptos económicos del enfoque de la elección pública



Fuente: Elaboración propia.

La crítica jurídica surge como reacción a los anteriores enfoques. Sus principales exponentes son Abel, Gertner, Heller, Kennedy, Rosenblatt, Trubek, Tushnet y Fiss, de la Universidad de Yale, y Bellow, Klare, Kelman y Stone, de la Universidad de Harvard. Busca de manera práctica y real, por lo tanto, menos teórica, resolver tensiones y conflictos normales dados en un escenario inevitable de contradicciones sociales<sup>61</sup>. Para lograrlo, esta perspectiva entiende el comportamiento racional en relación con la ideología política subyacente, desplaza el aparato judicial a lo distributivo, por oposición a lo asignativo, elimina de la

60 *Ibidem*, p. 156; Roemer. *Op. cit.*, pp. 55-58.

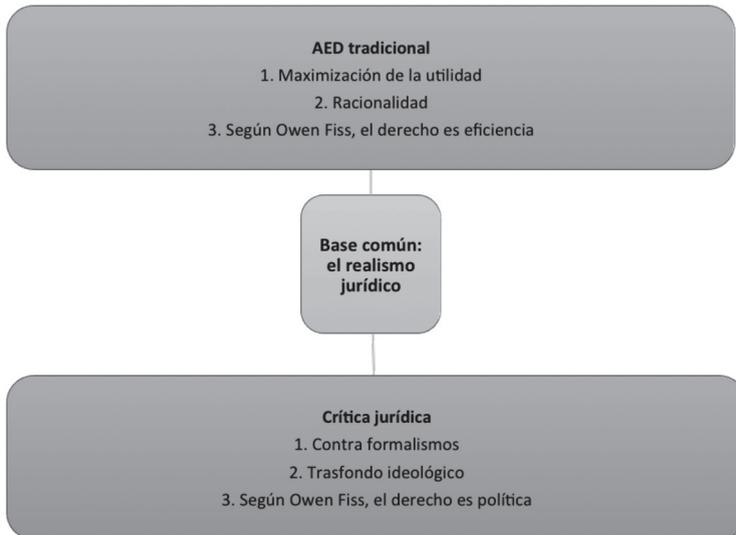
61 Roemer. *Op. cit.*, pp. 73-83.

enseñanza y de la práctica del derecho el excesivo formalismo y legalismo, que lo vuelve opresor de los débiles y proclive a la estructura de clases, y estudia los conflictos sociales a partir de la teoría jurídica, el criticismo literario, el feminismo y el estructuralismo. De esta manera, el movimiento le apuesta a la comprensión del derecho a través de visiones interdisciplinarias<sup>62</sup>.

Owen Wiss resume muy bien las diferencias entre este enfoque y el tradicional. Mientras que para el AED tradicional el derecho es eficiencia, para la crítica jurídica es política<sup>63</sup>. Sin embargo, esta no se aleja del todo del enfoque tradicional, pues en últimas ambos tienen como base común el realismo jurídico, que, según Roemer, busca la reivindicación de la necesaria legislación social y combatir la legislación en exceso formalista<sup>64</sup>.

Es claro el distanciamiento, como Roemer lo reconoce, de esta joven escuela de lo *económico* en sentido estricto, para entender lo social, ampliando su comprensión a partir de otras áreas del conocimiento, así como es evidente su oposición a los formalismos jurídicos.

**Diagrama 4.** Similitudes y diferencias entre el AED tradicional y la crítica jurídica



Fuente: Elaboración propia.

62 *Ibidem*, p. 78 y ss.

63 *Ibidem*, p. 78.

64 *Ibidem*, pp. 81-82.

### III. EL DISCURSO JURÍDICO

Por lo general, las monografías sobre AED han intentado resumir las principales características del discurso jurídico a los economistas. Es así como Cooter y Ulen, en “Introducción al derecho y las instituciones legales”, reconocen que los economistas tienen una ventaja frente a los abogados, pues al parecer a los primeros les resulta más fácil comprender el derecho que a los segundos la economía<sup>65</sup>. Esta afirmación es sólo en parte cierta, sobre todo por la cada vez más extendida presencia de los tecnicismos matemáticos en la economía. Sin embargo, no podemos desconocer las particularidades hermenéuticas o de interpretación del conocimiento jurídico, así como la maleabilidad del lenguaje que puede dificultar la comprensión del economista.

Para Cooter y Ulen, una aproximación básica al derecho, centrada en la tradición norteamericana, debe estudiar las diferencias existentes entre las tradiciones civilistas y del *common law*, ahondar en las instituciones del sistema judicial federal y estatal de los Estados Unidos y explicar la naturaleza de una disputa legal, así como la evolución de las reglas legales a través de la casuística jurídica<sup>66</sup>. Para Cossio, en el capítulo intitulado “Determinación y estudio del derecho”, es fundamental hacer una precisión conceptual entre lo que se comprende por *teoría del derecho* y *dogmática jurídica*. En la primera, el derecho se identifica y se comprende, mientras que en la segunda se explican los diversos contenidos de lo que se considera derecho. Para lograr la anterior distinción, Cossio parte de la obra clásica de Kelsen, *Teoría pura del derecho*, y pasa por temas tan profundos como el deber ser y el ser, la significación de las conductas, las normas, los sistemas normativos y el orden jurídico, el derecho y la coacción, la estructura de los órdenes jurídicos, la individualización e interpretación del derecho y la creación y el estudio del derecho<sup>67</sup>.

Para efectos de esta obra, consideramos fundamental que el economista que se aproxime al derecho colombiano comprenda la tradición jurídica a la que pertenece, el sistema de fuentes que lo rige y su método y, de manera muy general, el ordenamiento jurídico vigente por áreas del derecho. Estos temas se tratarán a continuación.

65 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, p. 92.

66 *Ibidem*, pp. 92-112.

67 Cossio. *Op. cit.*, pp. 21-59.

## A. Tradición jurídica

Nuestra hipótesis preliminar es que Colombia y, en general, los países latinoamericanos pertenecen a la tradición romano-germánica o civilista. Lo anterior significa que nuestro sistema normativo tuvo una fuerte influencia del Código Civil francés o napoleónico de 1804. Para el profesor Álvarez-Correa, los preceptos fundamentales de este código son “la protección de la propiedad privada, y la autonomía de la voluntad (esto es, el derecho a contratar libremente)”. Según él, esto es coherente con la filosofía económica del liberalismo o capitalismo en boga en ese momento<sup>68</sup>.

Existen obras en la literatura jurídica que en el *arte* de comparar legislaciones, lo que denominamos los abogados *derecho comparado*, dedican capítulos a las familias legales en el mundo, intentando superar las dificultades clasificatorias para una cabal comprensión. Es el caso de la monografía de Zweigert y Kötz. Según estos autores, al momento de definir el sistema legal al que pertenece un país y, en concreto, para establecer su estilo legal, deben tenerse en cuenta los siguientes factores: (1) los antecedentes históricos y su desarrollo, (2) el modo característico y predominante del pensamiento en aspectos legales, (3) algunas instituciones distintivas, (4) el sistema de fuentes y su uso y (5) la ideología<sup>69</sup>.

En relación con los antecedentes históricos, existe un grupo de países (Reino Unido y los países donde se expandió el Imperio británico en África, Asia, Norteamérica y Oceanía) que siguen la corriente por tradición denominada del *common law* o derecho anglosajón. En este, el derecho se basa en el análisis de sentencias judiciales (jurisprudencia) y en las interpretaciones que estas hacen de las leyes. Para Álvarez-Correa, dos son las fuentes de esta tradición jurídica: las decisiones de los jueces (jurisprudencia) y la legislación. Con respecto a las primeras, el autor dice que “los jueces del *common law* están obligados a seguir el precedente judicial, esto es, aplicar a un caso análogo una solución ya dada por un tribunal”. De la legislación, afirma que “cobra mayor importancia de día en día, organiza campos técnicos, pero también da las pautas para la uniformización del derecho a gran escala”<sup>70</sup>. Los países que adoptaron el Código Civil francés en Europa (Francia, España, Portugal, Alemania, Austria y Suiza) y en Suramérica han sido clasificados en la corriente romano-germánica. Más

68 Eduardo Álvarez-Correa. *Curso de introducción al derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1980, p. 84.

69 Konrad Zweigert y Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press. New York: Oxford University Press, 1992, pp. 63-73.

70 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, p. 88.

cercanos a esta última corriente que a la del *common law* están las jurisdicciones de la familia jurídica nórdica<sup>71</sup>.

Zeigert y Kötz distinguen entre el modo distintivo del pensamiento jurídico del *common law* y el del resto de tradiciones jurídicas (romano-germánicas y nórdicas). El primero tiene como fundamento de su mentalidad y desarrollo jurídico el estudio empírico, caso a caso. Las otras corrientes usan el método deductivo basado en ideas fijas para la elaboración de reglas y su sistematización. Dicen estos autores que para estudiar este factor resulta indispensable hacer uso de la sociología jurídica<sup>72</sup>.

Cada tradición jurídica tiene algunas instituciones legales especiales. Zeigert y Kötz identifican, por ejemplo, el derecho de responsabilidad extracontractual (*torts*), el concepto de agencia, el derecho de contratos (*contracts*), el derecho de propiedad y el derecho probatorio como instituciones clave del *common law*. En la familia romanística, los conceptos fundamentales son los de *cause* (motivo), *actio in rem verso* (enriquecimiento sin causa) y *negotiorum gestio* (gestor de negocios). Para la germánica, son importantes las cláusulas generales para la evolución del derecho de los jueces, la doctrina del contrato abstracto real, la responsabilidad de la *culpa in contrahendo* (falta de diligencia al celebrar contrato), entre otras<sup>73</sup>.

Con respecto a las fuentes de derecho y su interpretación, por tradición se ha dado una enorme importancia al precedente jurisprudencial como fuente esencial del *common law* y a la construcción estatutaria (códigos, leyes) como fuente de la romano-germánica. Sin embargo, como se mencionó, hoy por hoy esa diferenciación es cada vez más irrelevante, por cuanto las jurisdicciones pertenecientes a la tradición romano-germánica consideran más a menudo que la jurisprudencia es la fuente principal de interpretación del derecho<sup>74</sup>. Para finalizar, en lo que tiene que ver con la ideología, sea religiosa o política, que permea los sistemas económicos, Zeigert y Kötz se refieren a las familias islámica o hindú, que en el pasado han sido la base de los sistemas legales socialistas<sup>75</sup>. Por su parte, Álvarez-Correa afirma que existen derechos religiosos, como el hindú y musulmán, que regulan principalmente a las personas, a la familia y a las sucesiones, pero también a los bienes y a las obligaciones. Según el autor, hay

71 Zeigert y Kötz. *Op. cit.*, pp. 67-69.

72 *Ibidem*, p. 70.

73 *Ibidem*, p. 71. Una explicación de estas instituciones se encuentra en los capítulos 29, 32 I, 40 II, 38 II y 37 II de esta obra.

74 *Ibidem*, p. 72.

75 *Ibidem*, p. 72.

también derechos tribales, como los que subsisten en algunas regiones africanas, a pesar de la colonización europea, consuetudinarios, es decir, basados en la costumbre, y no escritos<sup>76</sup>.

Es importante precisar, así lo reconocen Zeigert y Kötz, que el peso otorgado a cada uno de los anteriores factores depende de las circunstancias<sup>77</sup>. También hay que señalar que existen jurisdicciones de difícil clasificación, caso en el que debe acudir a la tradición más cercana<sup>78</sup>.

## B. Fuentes y método

En nuestro trabajo diario, los abogados nos dedicamos a *convencer* a un auditorio que, por lo general, tiene un problema jurídico por resolver. Es así como a través de un concepto jurídico respondemos las inquietudes de nuestros clientes, mediante memoriales fijamos posiciones jurídicas que pretendemos defender en un proceso y hacer prevalecer ante los jueces, a través de diversos vehículos legales intentamos facilitar los negocios de los personas y con escritos académicos (doctrina) buscamos persuadir a nuestros lectores. Para todo lo anterior, nos valemos de la interpretación de una serie de instrumentos que en la literatura jurídica se suelen denominar *fuentes del derecho*<sup>79</sup>. De esta manera, *convencemos* al auditorio a través de una buena argumentación sustentada en la interpretación de las fuentes<sup>80</sup>. Podría afirmarse, entonces, que si el método, en general, es “el modo de decir y hacer con orden”<sup>81</sup>, el método en el derecho sería la argumentación jurídica que se realiza mediante la interpretación de las fuentes<sup>82</sup>.

76 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, p. 88.

77 Por ejemplo, “la ideología es efectiva para distinguir entre sistemas religiosos, pero no nos sirve para separar familias legales de occidente”. También “las fuentes del derecho sirven como aspecto distintivo del derecho islámico e hindú y puede ayudarnos a dividir el *common law* de las familias de derecho continental, pero no lo podemos usar como base para distinguir entre las familias germánicas, nórdicas o romanísticas” (Zweigert y Kötz, 1992, p. 72).

78 Es el caso de los sistemas híbridos como Grecia, Louisiana, Quebec, Scotland, Suráfrica, Filipinas, Puerto Rico, entre otros. Zweigert y Kötz los analizan en los capítulos 2 IV, 8 VII, 14 VI y 16 VI de su obra citada.

79 Al respecto, véase Álvarez-Correa. *Op. cit.*; Marco Gerardo Monroy Cabra. *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 2003, pp. 128-139; Carlos Santiago Niño. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997, pp. 63-97; Enrique R. Aftalión y José Vilanova. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, pp. 441-643; Christian Larroumet. *Introducción al estudio del derecho privado*. Bogotá: Económica y Legis, 2006, pp. 117-143.

80 Estos conceptos se desarrollan en detalle en Eleonora Lozano Rodríguez y Camilo Mendoza Rozo. “Hermenéutica tributaria”. En *Fundamentos de la tributación*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2008, pp. 43-75.

81 Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.<sup>a</sup> ed., s. v. “Método”. Consultado el 16 de enero del 2014 en <http://lema.rae.es/drae/?val=m%C3%A9todo>.

82 Muy cercano a este discurso se encuentra Diego López Medina, para quien la solución de problemas jurídicos requiere de la presentación y la sustentación de argumentos, materializados en lo que él denomina un *ensayo jurídico*. Para este tratadista, las afirmaciones que se hagan como parte de la argumentación jurídica se deben sustentar en fuentes jurídicas vigentes. De esta manera,

**Diagrama 5.** Fuentes y método

Fuente: Elaboración propia.

Las fuentes se han entendido, por tradición, como el conjunto de instrumentos que dan origen al derecho. En la teoría jurídica, se ha discutido mucho sobre la noción y el alcance del concepto de *fuentes*, de cuya comprensión han surgido múltiples clasificaciones. Por ejemplo, tanto Álvarez-Correa como Monroy Cabra, quienes retoman planteamientos de Bonnetcase, Gény, Cossio, García Maynez, Savigny, Del Vecchio y Kelsen, parten de que las fuentes son hechos<sup>83</sup>, para luego estudiar su dimensión jurídica y obligatoria. Así, las fuentes se distinguen en materiales o fácticas y en formales o jurídicas. Las primeras, según Álvarez-Correa, “son los actos o hechos de los que el ordenamiento jurídico hace depender la creación, la modificación o la extinción de las normas jurídicas [...] anteriores a su juridicidad y por ello se han clasificado en ‘experimentales’ y ‘racionales’ [...]”<sup>84</sup>. Las segundas surgen “cuando el ordenamiento jurídico indica por cuales procesos se creará la norma jurídica”<sup>85</sup>.

Para Monroy Cabra, la distinción de fuentes no debe ser limitante, pues en últimas son inescindibles<sup>86</sup>. Para efectos de esta obra, el economista debe acercarse al conocimiento del derecho desde las fuentes que el ordenamiento jurídico ha previsto, es decir, las formales. Es común, como lo afirma Álvarez-Correa, que la ley sea fuente formal. Según cada ordenamiento, podrían también serlo la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina<sup>87</sup>.

propone una necesaria estandarización de las técnicas de citación de fuentes en el ensayo jurídico (López Medina, 2009).

83 Es decir, a partir del enfoque por el que el hombre participa de diferentes maneras, para mantener el orden en su sociedad (Álvarez-Correa, 1980, p. 34).

84 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, p. 36.

85 *Ibidem*.

86 Para Monroy Cabra, “[...] la división tradicional de las fuentes reales y formales no debe ser rígida, en virtud de que todas las fuentes son hechos sociales, en los cuales se refleja un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses”. El autor más adelante afirma que “[e]l juez busca orientación en las fuentes para resolver el caso, para captar su sentido jurídico y su proyección social, ya que de todas maneras se trata de resolver un conflicto real en una sociedad determinada” (2003, pp. 132 y 133).

87 *Ibidem*.

Para establecer cuáles son las fuentes formales en Colombia, debemos referirnos a la Constitución Política, norma de normas, como veremos. Esta definió en el artículo 230 que “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Según esta disposición normativa, la ley es la única fuente formal de derecho. El resto (la equidad, la jurisprudencia, los principios y la doctrina) serían, entonces, fuentes auxiliares. Cabe aclarar que las cortes han definido que la ley debe entenderse como *ordenamiento jurídico*<sup>88</sup>. El concepto incluye además la *costumbre*<sup>89</sup>. De esta forma, tanto el ordenamiento jurídico como la costumbre son instrumentos vinculantes desde el punto de vista jurídico para los jueces, quienes son los actores últimos que definen las controversias jurídicas.

**Diagrama 6.** Fuentes formales y auxiliares del derecho colombiano



Fuente: Elaboración propia.

88 “El cometido propio de los jueces está referido a la aplicación del ordenamiento jurídico, el cual no se compone de una norma aislada —la ‘ley’ captada en su acepción puramente formal—, sino que se integra por poderes organizados que ejercen un tipo específico de control social a través de un conjunto integrado y armónico de normas jurídicas. El ordenamiento jurídico, desde el punto de vista normativo, no puede reducirse a la ley. De ahí que la palabra ‘ley’ que emplea el primer inciso del artículo 230 de la C. P. necesariamente designe ‘ordenamiento jurídico’. En este mismo sentido se utilizan en la Constitución las expresiones ‘Marco Jurídico’ y ‘orden jurídico.’” (Corte Constitucional. Sentencia C-486 de 1993) [énfasis con subrayas en el original]

89 La Corte Constitucional analizó la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley 153 de 1887, que indica que “[l]a costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana, constituye derecho, a falta de legislación positiva”. Además, lo declaró ejecutable, es decir, ajustado a la Constitución: “Está vigente en nuestro derecho la costumbre *praeter legem* como fuente formal subsidiaria y elemento integrador del ordenamiento. El juez que acude a ella, a falta de legislación, funda también su fallo en el derecho positivo, pero, esta vez, en una norma de carácter consuetudinario” (Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995).

Quedaría, entonces, por definir de manera breve en qué consiste cada una de estas fuentes. La *ley*, equivalente en este caso al ordenamiento jurídico, debe entenderse como “el conjunto total de normas jurídicas vigentes en una comunidad política determinada”<sup>90</sup>. En nuestro caso, serían, en general, las leyes expedidas por el Congreso de la República y los actos administrativos que dictan las autoridades administrativas. La *costumbre* es una conducta o uso repetido por una comunidad considerado obligatorio. Es una fuente, por lo general, manifestada de manera no escrita<sup>91</sup>. Por su parte, la *equidad*, fuente interpretativa de difícil definición, se entiende, en un sentido general, como “un instrumento de corrección de la ley en lo que esta falle por su excesiva generalidad, adaptando el mandato normativo a las circunstancias concretas del caso específico”<sup>92</sup>. En particular, es la aplicación del concepto de justicia al caso concreto. De manera complementaria a soluciones no previstas en el texto legal, el juez puede acudir a los valores de la imparcialidad y la justicia para resolver una tensión jurídica<sup>93</sup>. En este sentido, la Corte Constitucional ha precisado que

Básicamente, el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley en un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis la equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia<sup>94</sup>.

En nuestro sistema jurídico, la *jurisprudencia* es el conjunto de sentencias o fallos dictados por los jueces u órganos judiciales. Para la doctrina, existen otros dos sentidos de la jurisprudencia: es sinónimo de ciencia del derecho o es el conjunto de sentencias dictadas sobre un mismo punto y orientadas en un mismo sentido. Prescindimos de este último, dada su limitada aplicabilidad

90 Fundación Tomás Moro. *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid: Espasa-Calpe, 2007.

91 Definición propia, a partir de Monroy Cabra *et al.*

92 Fundación Tomás Moro. *Op. cit.*

93 Luis F. Bohórquez y Jorge I. Bohórquez. *Diccionario jurídico colombiano*. Bogotá: Editora Jurídica Nacional, 2007.

94 Corte Constitucional. Sentencia SU-083 del 2002.

en Colombia, en esencia, por la inoperancia del precedente judicial en nuestro país<sup>95</sup>. Al respecto la Corte Constitucional dice:

podemos afirmar que el sistema jurídico colombiano es diverso a los sistemas de precedente o del *Common Law*, que algunos magistrados quisieron extrapolar a nuestro sistema jurídico; que por mandato constitucional nuestros jueces son independientes y que sólo están atados a la ley y no al precedente judicial; que el precedente sólo tiene un criterio auxiliar de la actividad judicial, pero que jamás es obligatorio [...] <sup>96</sup>.

Los *principios generales* del derecho son “criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propias con independencia de las normas formuladas en el plano positivo”<sup>97</sup>. Además, son “directrices o líneas matrices según las cuales se desarrollan las instituciones jurídicas”<sup>98</sup>. Por ejemplo, nuestra Constitución Política establece, en el artículo 83, el principio de buena fe, que informa el ordenamiento jurídico colombiano y que “supone la existencia de una relación entre personas y se refiere fundamentalmente a la confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada”<sup>99</sup>. Para finalizar, la *doctrina* son las opiniones o tesis jurídicas defendidas por los abogados en obras, monografías, libros, artículos de revistas académicas, entre otros<sup>100</sup>.

### C. Ordenamiento jurídico colombiano

La noción de *orden* u *ordenamiento jurídico* se consolida con los estudios de Hans Kelsen, en concreto, con su obra *Teoría pura del derecho*<sup>101</sup>. Para Kelsen, el *derecho* es un orden normativo, es decir, un conjunto ordenado de normas que regula la conducta humana. Ese orden normativo tiene una estructura piramidal, en la que existe una norma fundante básica (en sus términos, *Grundnorm*) que representa el principio de validez de otras normas<sup>102</sup>: “todas las normas cuya validez pueda remitirse a una y misma norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo”<sup>103</sup>. Para el caso colombiano, la norma funda-

95 Bohórquez y Bohórquez. *Op. cit.*, p. 1657.

96 Corte Constitucional. Sentencia C-836 del 2001.

97 Fundación Tomás Moro. *Op. cit.*, p. 1165.

98 Bohórquez y Bohórquez. *Op. cit.*, p. 2214.

99 Corte Constitucional. Sentencia T-475 de 1992.

100 Una lectura recomendada para los economistas que quieran saber en detalle sobre las fuentes del derecho es Álvarez-Correa (1980, pp. 33-65).

101 Hans Kelsen. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 2009.

102 Según Álvarez-Correa, una norma es válida mientras esté vigente (1980, p. 30).

103 *Ibidem*, p. 203.

mental es la Constitución Política. El resto de normas de derecho público y derecho privado configuran en conjunto el ordenamiento jurídico colombiano. Álvarez-Correa lo explica de manera sencilla:

El ordenamiento jurídico incluye normas desde el nivel constitucional por progresiva individualización a normas cada vez más particulares y concretas, hasta llegar a los mandatos individualizados, como las sentencias de los jueces, órdenes de la autoridad administrativa y la disciplina contractual de las relaciones privadas. El número de normas aumenta a medida que se progresa hacia abajo, en forma de pirámide<sup>104</sup>.

**Diagrama 7.** Estructura piramidal del ordenamiento jurídico



Fuente: Eduardo Álvarez-Correa (1980, pp. 33-65).

En el anterior esquema dejamos de lado dos distinciones del ordenamiento jurídico que el lector economista debe tener presente sólo de manera informativa: la que existe entre el derecho nacional o interno y el internacional, y la que hay entre el derecho sustantivo y el adjetivo. Por un lado, el derecho que rige en exclusiva en el territorio de un estado será nacional, mientras que el internacional rige las relaciones entre los estados, como personas jurídicas (derecho internacional

104 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, p. 69.

público), o los eventuales conflictos que puedan surgir en la aplicación de una norma nacional y de una extranjera en confrontación. Piénsese en normas nacionales que tienen que ver con el derecho de sociedades colombianas (nacional) y en los tratados de libre comercio que regulan relaciones y compromisos entre estados (internacional). Por otro lado, el derecho sustantivo se refiere a las normas de fondo, de sustancia o materiales que regulan derechos, mientras que el adjetivo son normas relativas a formas, solemnidades o procedimientos que surgen para la protección de los derechos sustantivos. Por ejemplo, en nuestra Constitución existen normas reguladoras de los derechos fundamentales que serían sustantivas. También existen normas que regulan los aspectos procesales de la acción de tutela, para hacer efectivos estos tipos de derechos<sup>105</sup>.

De regreso a nuestra pirámide normativa, para comprender nuestro ordenamiento jurídico es muy importante resaltar la distinción entre derecho público y privado<sup>106</sup>. La doctrina ha usado diferentes criterios para señalar cuáles normas serían de derecho público y cuáles de privado<sup>107</sup>. De manera sencilla, el derecho público son las normas que organizan las ramas del poder público, además de las relaciones entre estas y los particulares (personas naturales y jurídicas), mientras que el derecho privado son las normas que regulan las relaciones entre particulares.

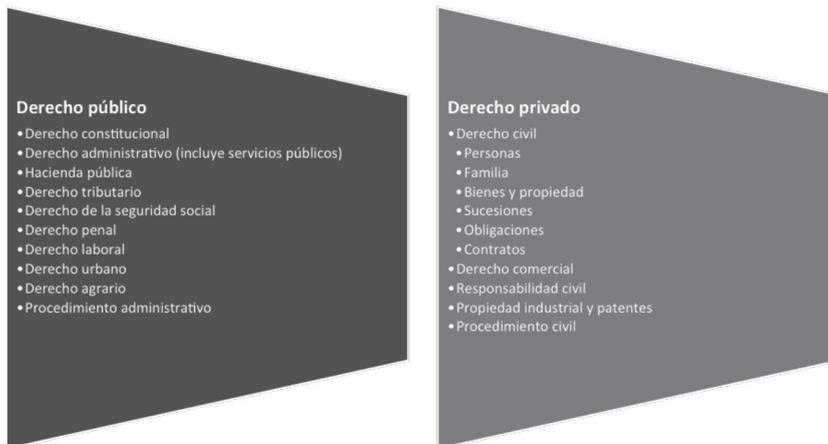
Aunque es posible que algunas materias jurídicas queden sin clasificación o que incluso haya dificultades para ser ubicadas en la tradicional división público-privado (p. ej., el derecho laboral, el derecho antimonopolio o de la competencia), en el siguiente diagrama se presentan ejemplos de áreas del derecho público y privado.

105 Álvarez-Correa. *Op. cit.*, pp. 76-78.

106 Doctrinantes como Duguit, Kelsen y otros rechazan esta posición clasificatoria. Para ellos, el valor de esta posición es sólo práctico o político, pero no profundo ni filosófico (Monroy, 2003, p. 237). Para los propósitos de esta obra, dejaremos de lado estas tensiones.

107 Orgánico, material y formal, según Álvarez-Correa; teoría del interés, teoría del fin, teoría del objeto inmediato y del objeto final, teoría del titular de la acción, según Monroy Cabra, entre otras.

**Diagrama 8.** Áreas jurídicas del derecho público y del derecho privado



Fuente: Elaboración propia.

#### IV. EL DISCURSO ECONÓMICO

El reto de este apartado es identificar cuáles serían los conceptos económicos mínimos que deberían conocer los abogados, para aplicar la metodología del AED. Whaples, Morriss y Moorhouse, en un *paper* de 1998, solicitaron a los miembros de la American Law and Economics Association (ALEA) y de la American Economic Association (AEA) identificar los cinco conceptos económicos más importantes que los estudiantes de derecho deberían aprender en un curso de AED; también, se les pidió elegir los principales *papers* que los estudiantes debían leer en un curso de tal naturaleza<sup>108</sup>.

Las respuestas a la primera pregunta son sorprendentes, pues se refieren en esencia a conceptos microeconómicos, como los costos de oportunidad, el teorema de Coase y las externalidades, el análisis marginal, la oferta, la demanda y el equilibrio de mercado y la eficiencia económica (en especial, el óptimo de Pareto). Los resultados demuestran que, al parecer, los objetivos de un curso en AED para abogados se satisfacen si se hace una abreviada introducción a la microeconomía, en vez de presentar los conceptos de los autores *más técnicos* o, incluso, cercanos a realidades macroeconómicas complejas.

108 Robert Whaples, Andrew P. Morriss, John C. Moorhouse. “What Should Lawyers Know About Economics?”. *Journal of Legal Education* 48, 1998, pp. 120-124. Consultado el 12 de marzo del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Entre los artículos económicos que se recomiendan para los abogados se encuentran los de Ronald Coase, en especial “The problem of social costs”<sup>109</sup> y “The nature of the firm”. El primero obtuvo más de tres cuartos de la votación y el segundo alrededor del 15 %. La producción académica de Richard Posner, Harold Demsetz, Armen Alchian, Guido Calabresi, A. Douglas Melamed, George Stigler y Gary Becker está entre la aconsejada, en el orden transcrito. Whaples, Morris y Moorhouse consideran que la gran mayoría de esta literatura es simple y de fácil comprensión para los abogados, y que carece del rigor técnico-económico para fortalecer las habilidades analíticas de los estudiantes, pues se trata de una literatura antigua, anterior a la *matematización* de la economía<sup>110</sup>.

Para Morales de Setién Ravina,

[...] los tres presupuestos principales que fundamentan la mayor parte de las obras sobre el análisis económico y contra los que se dirigen la mayoría de las críticas son: la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos<sup>111</sup>.

Así, los conceptos económicos clave para la aplicación del AED serían la *racionalidad económica*, la *eficiencia* y las *normas como precios implícitos*.

En nuestra opinión, los conceptos sugeridos por Whaples, Morriss y Moorhouse y Morales de Setién Ravina corresponden, como vimos, a algunos de la perspectiva tradicional del AED, pero dejan de lado otros fundamentales para el neoinstitucionalismo, la elección pública y la crítica jurídica. Además, desconocen conceptos y herramientas de la macroeconomía que son de ineludible entendimiento para el jurista, a la hora de intervenir o regular los mercados o cuando se distribuyen o asignan bienes a través de fallos judiciales. En la siguiente tabla se relacionan los conceptos económicos usados por los coautores de la parte aplicada de esta obra. De esta se puede concluir que existen conceptos microeconómicos y macroeconómicos útiles para el análisis de las instituciones y los fenómenos jurídicos, que van más allá de los reconocidos por la perspectiva tradicional del AED.

109 A la misma conclusión llega Stigler (1992, p. 456).

110 *Ibidem*, p. 123.

111 Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 44.

**Tabla 1.** Relación de conceptos económicos usados por los coautores de la parte aplicada de esta obra

<b>Coautor</b>	<b>Título del capítulo</b>	<b>Técnicas y conceptos económicos usados</b>
Catalina Brando Vernaza	Soluciones óptimas a controversias jurídicas	Teoría de juegos. Tasa de retorno que el mercado paga a la inversión extranjera.
Farid Samir Benavides Vanegas	Derecho, desarrollo y neoliberalismo: el caso de la reforma al sistema de justicia penal colombiano	Eficiencia. Modelo de desarrollo neoliberal. Globalización.
Gustavo Alfredo Peralta Figueredo	Análisis económico del derecho a contratar: una aproximación desde la teoría de juegos a la oferta y a la aceptación en el ordenamiento jurídico colombiano	Oferta. Incentivos. Comportamiento oportunista del oferente. Teoría de juegos. Información completa.
Laura Fernanda Norato Prieto	Análisis económico del medio ambiente y la tragedia de los comunes: ¿impuestos para salvar los recursos naturales?	Bienes de uso común. Impuestos. Intervención del Estado en la economía. Tragedia de los comunes.
Lina María Uribe	Tributación indirecta y regresividad: relación estadística a nivel global	Impuestos indirectos. Inversión y actividad privada. Bases amplias. Tarifas únicas. Regresividad. Distribución equitativa del ingreso. Índice de Gini. Impuestos indirectos como porcentaje del recaudo total.
María del Socorro Rueda Fonseca	El arancel o la tasas judicial	Tasas judiciales. Gastos de funcionamiento e inversión del sector judicial. Presupuesto.
María Fernanda Peña Bortone	Análisis económico de los grupos empresariales. La toma de decisiones en un grupo de empresas.	Eficiencia (Pareto y Kaldor-Hicks).
Ángela Patricia Zorro Medina, Camilo Andrés Acosta Mejía y Norberto Hernández Jiménez	Un enfoque económico de la detención preventiva. Crecimiento de la población reclusa y hacinamiento carcelario en el tránsito del sistema penal acusatorio colombiano (2003-2008).	Modelo econométrico. Costo esperado del castigo.

Nubia Constanza Bonilla Palomino	Acuerdos anticipados de precios de transferencia: enfoque desde el análisis económico del derecho	Eficiencia. Intervención del Estado en la economía. Pensamiento político y económico.
Santiago Pardo Rodríguez y Luisa Fernanda Cano Blandón	El análisis económico de la actividad judicial. El caso de los jueces de tierras.	Adjudicación. Maximización. Eficiencia. Herramientas de la elección pública.
Stephanie Flechas Rodríguez	¿Apertura y crecimiento o apertura y decrecimiento? Análisis de la discusión entre economistas y abogados sobre la apertura económica en Colombia (1991-2012)	Integración económica. Arancel de aduanas. Crecimiento y desarrollo económico.

Fuente: Elaboración propia.

Al final de esta obra, se presenta un glosario con algunos conceptos micro y macroeconómicos importantes para el abogado que busque hacer AED. En este glosario, se cita la referencia bibliográfica para su consulta. Sin el ánimo de ser exhaustivos, se exponen a continuación de manera general algunos fundamentos económicos que han sustentado y pueden fundamentar el discurso económico de quien aplica el AED. Para efectos expositivos, nos referiremos en primer lugar a la *eficiencia económica*, el concepto económico que sin duda ha sido analizado por la gran mayoría de quienes aplican el AED. Es, por lo tanto, transversal y suscita interesantes tensiones por su confrontación con la equidad. Luego precisaremos la naturaleza de los métodos analíticos de los economistas y las dificultades que pueden tener los abogados en su uso. Para terminar, ahondaremos en algunos conceptos microeconómicos que por tradición han sido usados en estudios del AED. Para futuras investigaciones, se propondrá la exploración de otros conceptos macroeconómicos.

### **A. El concepto transversal y recurrente de la eficiencia en el AED**

En la mayoría de los diálogos entre el derecho y la economía aparece la tensión justicia-eficiencia. Polinsky sugiere que en este conflicto alguna de las esquinas debe ceder según su relevancia en el caso de estudio<sup>112</sup>. Cooter y Ulen consideran que aunque pareciera que los economistas se interesan más por la eficiencia y

112 Al Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*. USA: Little, Brown & Company, 1989, pp. 6-7.

dejan la distribución de la riqueza (la justicia) y las visiones de justicia social a los gobiernos, han reconocido que no pueden olvidar estos problemas. Tampoco los abogados pueden desconocer que existen técnicas de diseño y planificación de políticas públicas que pueden llevar a la optimización de los recursos<sup>113</sup>. Por lo anterior, estos autores proponen un nuevo concepto, la *redistribución eficiente*, en el que se genera eficiencia a partir de la repartición de ingresos que llegan a los individuos en la proporción necesaria, evitando así el despilfarro. Esta propuesta se acerca bastante a la noción de *eficiencia distributiva*, que busca que los bienes y servicios en una economía se distribuyan a quienes más los necesiten o a quienes deriven más utilidad de ellos (Markovitz). Así, la obra de Cooter y Ulen rechaza el enfoque redistributivo en el derecho privado, por cuanto los móviles que lo impulsan propenden a la *eficiencia*. Además, los derechos legales privados son, con muy contadas excepciones, medios errados para buscar la justicia distributiva<sup>114</sup>. Para estos autores, sería en el derecho público en el que mejor cabrían las metas redistributivas, a través de políticas públicas progresivas, por ejemplo, en relación con el ingreso (tributación) o el gasto (bienestar social). No creemos, sin embargo, que en las relaciones del derecho privado no sea posible hacer redistribución de la riqueza. Por el contrario, áreas de importante expansión en el derecho privado, como la de la responsabilidad social del empresario, han dado lugar a mejoras sociales significativas. En este apartado de la obra no discutiremos la compleja y a la vez simple noción de la *justicia*, en la que darle a cada quien lo que le corresponde incide en problemas de asignación, de distribución y, por qué no, de redistribución. En cambio, sí nos detendremos en la multidimensional definición de la eficiencia.

Una acepción general de la *eficiencia* es expuesta por Posner al afirmar que “cuando los recursos se están usando donde su valor es el más alto, o lo que es lo mismo, cuando ninguna reasignación aumentaría su valor decimos que se están empleando *eficientemente*”<sup>115</sup> [énfasis con subrayas en el original]. Así, por ejemplo, cuando se maximiza el producto, dado un conjunto fijo de recursos, nos encontraríamos frente a una producción eficiente.

Para concretar las dimensiones, Krugman, Wells y Olney establecen que para que una economía sea eficiente se requiere que lo sea en el consumo, en la

113 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, p. 18.

114 Mencionan, por ejemplo, las leyes que obligan a los privados a construir en las edificaciones accesos para los discapacitados (Cooter y Ulen, 2008, p. 23).

115 *Ibidem*, p. 35.

producción y en los niveles de producción<sup>116</sup>. Una economía es eficiente en el consumo, según estos autores, “si no hay forma de redistribuir los bienes entre los consumidores de modo que algunos consumidores mejoren sin hacer que otros empeoren”; lo será en la producción “si no hay forma de producir más algunos bienes sin producir menos de otros”; y los niveles de producción serán eficientes “si no hay una combinación de bienes diferente que haría que mejorase algunas personas sin empeorar a otras”<sup>117</sup>. Las anteriores definiciones se acercan más a uno de los criterios que han sido usados por los economistas para comprender la eficiencia: *el óptimo paretiano*. En virtud de este criterio, una situación será eficiente si se mejora la situación de algún individuo sin que la de otro empeore. Como esto es difícil, la economía ha aportado otros criterios para definir situaciones eficientes. Por ejemplo, el criterio de Kaldor-Hicks se acerca más a las realidades sociales. A través del mecanismo de la compensación, los ganadores en una nueva asignación, legal o resultado de los comportamientos de mercado, compensarán a los perdedores. También han surgido soluciones económicas *second best*, en las que tentativas de mejoramiento pueden incluso disminuir la eficiencia<sup>118</sup>, con la presencia de distorsiones en la información.

Cossio y Stigler, por su parte, se refieren al concepto de *eficiencia* en el ámbito aplicativo de las normas. Cossio considera que el AED tiene dos ramas que se valen de la formulación de hipótesis predictivas y valorativas. Por una parte, la rama predictiva estudia las conductas humanas desde el punto económico. Por la otra, la rama de la eficiencia ahonda en la eficiencia de las normas. Para el autor, la última rama tiene como propósito “determinar si una norma provoca o no cierto tipo de conductas, y si esas conductas dan o no lugar a situaciones eficientes”, a través de herramientas microeconómicas<sup>119</sup>. Stigler aboga por el ámbito legal de la eficiencia o ley eficiente aplicable tanto a jurisdicciones del *common law* como de la tradición civilista. Por lo tanto, se aparta de los planteamientos de Posner, para quien las normas e instituciones de la primera tradición jurídica tenderían a ser más eficientes que las de la segunda<sup>120</sup>. Otro importante crítico de la aplicación limitada de Posner del criterio de eficiencia a la resolu-

116 Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Introducción a la economía. Microeconomía*. Barcelona: Reverté, 2006, p. 318.

117 *Ibidem*, pp. 318 y 320.

118 R. G. Lipsey y Kelvin Lancaster. “The General Theory of Second Best”. *The Review of Economic Studies* 24, n.º 1, 1956-1957, pp. 11-32. Consultado el 15 de mayo del 2014 en <http://goo.gl/nKXBFc>.

119 Cossio. *Op. cit.*, p. 246.

120 Stigler. *Op. cit.*, p. 459.

ción de asuntos legales es Buchanan, quien considera que el AED debe inclinar su balanza hacia lo que denomina la *buena política y filosofía jurídica*, pues el aplicador jurídico no puede desconocer su papel funcional dentro de una democracia constitucional, en la que las buenas decisiones judiciales son aquellas que toman en consideración el bienestar colectivo, permitiendo las transacciones beneficiosas para las dos partes<sup>121</sup>.

Para finalizar, las miradas tradicionales al concepto de la *eficiencia* se han desplazado a nuevas nociones, como las del neoinstitucionalismo. Para los seguidores de North, principal exponente de esta escuela, hay una nueva forma de eficiencia denominada *adaptativa*, por la cual las instituciones sufren ajustes y cambios en el tiempo, aprenden de las experiencias del pasado, generan procesos innovadores, resuelven problemas y optimizan resultados futuros<sup>122</sup>. Según Pinzón,

el concepto de eficiencia adaptativa, contemplado en la NEI, trasciende a la eficiencia utilizada por la escuela tradicional del Análisis Económico del Derecho, en la medida que no sólo toma en cuenta los resultados finales, ganadores vs. perdedores, compensaciones efectivas vs. potenciales, la disposición a pagar por parte de los agentes, o el logro de un superior o de un óptimo, sino que analiza la variable intertemporal y los medios a través de los cuales se logra obtener un resultado esperado, o, se busca seguir una dirección trazada<sup>123</sup>.

Como se observa, la noción de la *eficiencia* evoluciona y se ajusta a las diferentes perspectivas del AED, con el objeto de lograr un mejor entendimiento de las realidades sociales, que también el derecho busca comprender.

121 James M. Buchanan. “La importancia del análisis económico del derecho”. En *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 123-132.

122 Douglas North. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 108 y ss.

123 Pinzón. *Op. cit.*, p. 98.

**Diagrama 9.** Dimensiones y criterios del concepto de eficiencia



Fuente: Elaboración propia.

## B. El método del economista y las dificultades del abogado en su uso

Como vimos, el método en el derecho es la argumentación jurídica mediante la interpretación de las fuentes. Algunos economistas hacen uso de métodos empíricos en la comprensión de los fenómenos sociales y en la proposición de estrategias para solucionar las problemáticas económicas. Con el uso de estos métodos, el economista *mide* la relación entre variables económicas, a través de herramientas estadísticas que denominan *econometría*. Como lo describen Rosales y otros,

la econometría es un conjunto de métodos de inferencia estadística para el tratamiento cuantitativo de la información económica que permite, entre otras cosas, apoyar el estudio de algunos campos especiales de la economía y los negocios, destacando entre ellos el estudio de las relaciones macroeconómicas y microeconómicas enfocadas en la toma de decisiones de producción, demanda, oferta e inversión<sup>124</sup>.

El modelo utilizado a menudo para estimar regresiones lineales es el de mínimos cuadrados ordinarios (aplicado por algunos coautores en la parte aplicada de esta obra). Este explica el comportamiento de una variable dependiente ( $Y$ ) a

124 Ramón Rosales, Jorge A. Perdomo, Carlos A. Morales y Jaime A. Urrego. *Fundamentos de econometría intermedia. Teoría y aplicaciones*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013, p. xi.

partir de una o más variables independientes ( $X_{ik}$ ). Los subíndices  $i$  y  $k$  hacen referencia a las observaciones y a las variables, respectivamente. Las ecuaciones serían<sup>125</sup>:

$$Y_i = f(X_{i1}, X_{i2}, \dots, X_{ik}) \quad (1)$$

$$Y_i = b_0 + b_1 X_{i1} + b_2 X_{i2} + \dots + b_k X_{ik} + m_i \quad (2)$$

En (1),  $Y_i$  es la variable dependiente y  $X_{i1}, X_{i2}, \dots, X_{ik}$  son las variables explicativas lineales independientes. La ecuación (2) es la forma lineal, donde  $b_0, b_1, b_2 + \dots + b_k$  son la constante y los parámetros del modelo y  $m$  es su elemento aleatorio o término de error. Este último captura los determinantes no observables e impredecibles de la variable dependiente ( $Y$ ) y transforma la relación entre variables en una relación no determinística<sup>126</sup>.

Para que este modelo funcione de manera correcta requiere de una serie de supuestos, entre los cuales se encuentran la

no multicolinealidad (independencia lineal entre variables independientes), homocedasticidad (varianza constante de los errores de la regresión entre las observaciones), no correlación serial (ausencia de correlación entre los errores estocásticos de cada observación), especificación correcta (forma funcional apropiada y variables que representan la formulación correcta) e independencia condicional (o no endogenidad), y además, que el término de error tenga una distribución normal<sup>127</sup>.

Si alguno de estos falla, se producen resultados engañosos, por lo cual las técnicas econométricas ofrecen formas de detectarlos y tratamientos para superar estas debilidades<sup>128</sup>.

Es importante aclarar que no todos los economistas hacen econometría, pues algunos se dedican, por ejemplo, al pensamiento económico o a la historia económica, cuyo método es el razonamiento, y otros a la elaboración de modelos teóricos, que parten de herramientas de abstracción y de la formulación de supuestos<sup>129</sup> para

125 Rosales *et al. Op. cit.*, pp. 3 y 4.

126 *Ibidem*.

127 *Ibidem*, p. 1.

128 Estas problemáticas no se tratan en esta obra colectiva, por no ser su finalidad. Pero para su comprensión, se recomiendan las explicaciones de Keith Cuthbertson, Hall Stephen G. y Mark P. Taylor. *Applied Econometric Techniques*. UK: Harvester Wheatsheaf, 1992, pp. 1-45 y Rosales *et al. Op. cit.*, pp. 1-64.

129 Polinsky. *Op. cit.*, p. 4.

comprender y explicar la realidad económica<sup>130</sup>. De la anterior diversidad metodológica, en la que además existen combinaciones de métodos (el pensamiento económico se complementa con los modelos teóricos, estos con los estudios empíricos, etc.), surgen las dificultades para el abogado, quien de seguro se siente más cómodo con el razonamiento propio de lo histórico que con el modelaje económico, y aún más cómodo con lo histórico que con la estimación econométrica. La razón de lo anterior es la formación del abogado, en la que se hace más uso de la palabra y de la argumentación, como se vio, y menos de los métodos estadísticos.

La pregunta sería, entonces, ¿cómo hacer para que los abogados usen o comprendan instrumentos, si no saben cómo hacerlo? Esta cuestión ha sido reconocida por la literatura pero, en nuestra opinión, no ha sido resuelta aún. Tratadistas como Manne y Wright, al analizar la creciente formalización de la economía por el extendido uso de la econometría, identifican peligros potenciales que pueden afectar la evolución del AED, tales como (1) el problema de la separación: cada vez más los economistas toman distancia de las instituciones legales y del derecho, por ser *menos relevantes*; (2) el problema de la venta: quienes produzcan AED *formal* no podrán vender sus resultados a un público más amplio; y (3) el problema del desplazamiento: hará que la academia *formal* del AED se aleje de las facultades de derecho para radicarse en las de economía<sup>131</sup>. Lo anterior, desde nuestra perspectiva, genera una separación innecesaria e incluso perjudicial para la solución de problemáticas sociales que ambas disciplinas abordan. Por lo tanto, nuestra propuesta es partir de lo conceptual, sin dejar de lado la rigurosidad investigativa, e iniciar a entrenar a los abogados en herramientas estadísticas que les permitan comprender e interpretar los resultados econométricos<sup>132</sup>.

Según Manne y Wright, se requiere que quienes hagan la econometría, los economistas, por tradición llamados a hacerlo, o los abogados, bien entrenados para

130 Al referirse a la economía como el estudio de las conductas económicas, Cossío describe el proceso de formulación de hipótesis para realizar predicciones válidas de fenómenos no observados a partir de tres elementos: (1) los supuestos como las condiciones en las que se espera que la hipótesis sea válida, (2) los términos o conceptos económicos fundamentales que permiten la construcción de las hipótesis y (3) la condición, es decir, las implicaciones que se deducen del planteamiento de los otros elementos de la hipótesis. Así, existe una causalidad o unas premisas generales por las cuales las hipótesis son enunciados. Se trata de un modelo que al aplicarse a casos concretos permite establecer un resultado (Cossío, 2008, pp. 211-224).

131 Henry G. Manne, Joshua D. Wright. "The Future of Law and Economics: A Discussion". *George Mason Law & Economics Research Paper* 08-35, 2008, pp. 1-27. Consultado el 4 de abril del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1145421>.

132 Víctor Manuel Guerrero G. *Estadística básica para estudiantes de economía y otras ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002; Cuthbertson, Hall y Taylor. *Op. cit.*; Rosales *et al. Op. cit.* Estas obras pueden servir para estos propósitos.

tal fin, sean cuidadosos en presentar los resultados de manera accesible a un público más amplio (economistas no econométricos o abogados no entrenados en estas artes). Además, deben existir traductores o colaboradores del AED en las escuelas de derecho, para que esos resultados matemáticos se traduzcan en trabajos jurídicos pertinentes. Por lo anterior, la propuesta de Manne y Wright, en la que se fundamenta nuestro llamado, destaca de nuevo la necesaria colaboración entre ambas disciplinas.

En nuestra opinión, lo empírico no sería sólo el uso de herramientas econométricas sofisticadas, en la medida en que el estudio de casos, de las encuestas y de las entrevistas pueden también dar un soporte formal a los trabajos del AED<sup>133</sup>.

### C. Aspectos microeconómicos

Al estudiar las perspectivas del AED, identificamos algunos de los conceptos económicos usados, en su mayoría microeconómicos y pertenecientes a un área de la microeconomía denominada *economía del bienestar*. Esta ha estudiado problemáticas relativas a la obtención del bienestar colectivo<sup>134</sup>. Presentamos a continuación, de manera muy breve, unas reflexiones sobre los principales conceptos y tensiones.

#### 1. La elección económica

Así como otras disciplinas se han preocupado por el comportamiento humano, la economía ha estudiado de manera detallada qué factores inciden en la elección de los agentes, entre ellos, los costos y las preferencias, que en últimas determinan la utilidad económica y, por ende, la maximización del interés propio. En relación con los costos, Krugman, Wells y Olney distinguen entre los explícitos y los implícitos (que afectan de manera clara precios y reciben, por lo tanto, también igual denominación). Los primeros requieren un desembolso de dinero, mientras que los segundos son los ingresos a los que se renuncia; por lo tanto, no necesitan de desembolso de dinero, pero sí pueden ser cuantificados desde el punto de vista monetario. El costo de oportunidad es el costo real de un artículo, incluido lo que se debe renunciar para obtenerlo<sup>135</sup>.

133 Véase Alvin K. Klevorick. "Reflections on 'The Current State of Law-and-Economics Scholarship'". *Journal of Legal Education* 33, 1983, pp. 339-246. Consultado el 4 de abril del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

134 Para conocer trabajos aplicados del área de la economía del bienestar, se recomienda la lectura de Richard E. Hux, Darrell L. Hueth y Andrew Schmitz. *Applied Welfare Economics*. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

135 Krugman y Wells. *Op. cit.*, pp. 165 y G2.

Una interesante aplicación de estos conceptos económicos al derecho es la de Cooter y Ulen, quienes asimilan las sanciones legales a precios implícitos que informan el comportamiento de los individuos. Las personas reaccionan a las sanciones legales de manera similar a como los consumidores actúan frente a los precios en los mercados. En consecuencia, en términos de estos autores, con la economía es posible pronosticar *científicamente* cómo se comportará un individuo según el precio que debe pagar por su conducta. Citan el caso del comerciante que compara el costo de mejorar la calidad de un producto, para volverlo menos tóxico, con el costo de ser responsable por los daños generados por un defecto de esta naturaleza<sup>136</sup>.

Las preferencias, es decir las situaciones en que un agente prefiere A a B, cumplen por regla general, según Nicholson, con las tres siguientes propiedades básicas:

I. Completas: Si A y B son dos situaciones cualesquier, el individuo siempre podrá especificar con exactitud una de las tres posibilidades siguientes:

“A es preferible a B”,

“B es preferible a A”, o

“A y B son igual de atractivas.”

Por tanto, se supone que la indecisión no paraliza a los individuos; es decir, éstos comprenden totalmente las dos alternativas y siempre son capaces de decidir cuál de las dos es la deseable. El supuesto también excluye la posibilidad de que un individuo pueda afirmar que A es preferible a B y también que B es preferible a A.

II. Transitivas: Si un individuo afirma que “A es preferible a B” y que “B es preferible a C”, entonces también afirmará que “A es preferible a C”. Por lo general, [...] las elecciones de una persona son, de hecho, transitivas, pero es preciso modificar estas conclusiones cuando el individuo no comprende totalmente las consecuencias de sus elecciones [...].

III. Continuas: Si un individuo afirma que “A es preferible a B”, entonces las situaciones que se “acercan” convenientemente a A también serán preferidas a B. [...] El objeto de este presupuesto es descartar ciertos tipos de preferencias discontinuas que están en el límite y serían un problema para formular, en términos matemáticos, una teoría de la elección<sup>137</sup>.

136 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, pp. 9-29.

137 Walter Nicholson. *Teoría microeconómica*. México: Cengage Learning, 2007, pp. 69-70.

Para la economía, la gran mayoría de los individuos al elegir buscan maximizar su interés, es decir, aprovechan todas las oportunidades para mejorar. Es claro que esa mejoría está determinada por el precio que deben pagar (en decir, los costos a los que nos hemos referido) y por sus preferencias, que por regla general satisfacen los anteriores supuestos de completitud, transitividad y continuidad, y les permiten a los individuos ordenar las alternativas posibles de las menos a las más deseables. La anterior ordenación, por la cual elecciones más deseables reportan mayor satisfacción, es con frecuencia llamada por los economistas *utilidad*. Según Krugman y Nicholson, por lo que se refiere a la demanda, a la que nos referiremos más adelante, las personas, dada una restricción presupuestal, eligen bienes y servicios de consumo que maximicen su utilidad; mientras que las empresas o firmas seleccionan una combinación de factores para producir y maximizar las ganancias<sup>138</sup>. Vinculado al anterior, hay otro concepto relacionado con la elección individual: los *incentivos*, que son las eventuales recompensas que pueden inducir a los individuos a cambiar sus comportamientos<sup>139</sup>. A la hora de elegir, también hay que tener en cuenta la escasez de recursos, que restringe el ámbito decisorio, y el análisis marginal, por el cual consumir o producir un poco más o menos es una decisión en el margen y tiene repercusiones en el análisis costo-beneficio<sup>140</sup>.

También en la discusión económica es interesante la influencia de las reacciones de otros en la elección individual, que lleva al eventual comportamiento estratégico, muy estudiado por la teoría de juegos<sup>141</sup>. El problema fundamental de esta teoría es conocido como el *dilema del prisionero*. En este, dos sospechosos de un delito son separados en celdas independientes. Cuando cada uno es interrogado, pueden surgir diversos resultados: por una parte, será más desventajoso para ambos actuar en su propio interés, pues al traicionar a su cómplice y confesar recibirán una pena mayor; por otra parte, cooperar con el cómplice y permanecer callados implicará una pena menor para ambos. Es claro que el resultado que se obtenga dependerá de la elección del otro; de ahí la importancia del comportamiento estratégico para la elección humana.

138 Para Nicholson, los modelos de comportamiento de la empresa han adoptado un enfoque holístico, en el que la empresa toma las decisiones como unidad y el gerente, como un dictador, decide pensando sólo en la maximización de las ganancias (2007, pp. 249 y 95).

139 Paul Krugman y Robin Wells. *Fundamentos de economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 9-10.

140 *Ibidem*, pp. 8-9.

141 Conceptos como elección racional, maximización de interés, incentivos, oportunidad de ganancia, precios sombra, costo de oportunidad, valor, utilidad, teoría de juegos, entre otros, son tratados en detalle por Posner en "La naturaleza del razonamiento económico" (2007, pp. 25-54).

La conducta racional del individuo ha sido objeto de revisión y acalorados cuestionamientos, ya que en ocasiones surgen alejamientos de la racionalidad<sup>142</sup>. La economía conductual es una nueva rama de la economía que, apoyada en otras disciplinas como la psicología, busca comprender el comportamiento humano. Según Krugman y Wells, Herbert Simon es un pionero en este tipo de análisis, quien argumentó que en ocasiones las personas concluyen que no es racional maximizar la utilidad, pues una solución perfecta es una actividad costosa en sí misma. De esta manera, el autor introduce el concepto de *racionalidad limitada*, por el cual las personas ahorran tiempo y esfuerzo al tomar decisiones que son buenas, desde el punto de vista racional, sin ser perfectas<sup>143</sup>. Así, para Simon, la racionalidad se encuentra limitada por la información disponible, la limitación cognoscitiva de la mente individual y el tiempo disponible para tomar la decisión. Krugman y Wells también mencionan los trabajos de Daniel Kahneman (psicólogo) y Amos Tversky sobre la elección individual en situaciones de incertidumbre<sup>144</sup>.

Bernstein, al referirse a la redefinición de algunos de los pilares del AED, explora la economía del comportamiento y la superación de la concepción tradicional de la racionalidad, para así comprender mejor las desviaciones del actor racional e incorporarlas en el AED<sup>145</sup>. Así mismo, propuestas del AED como la de la escuela de la crítica jurídica reevalúan el concepto económico de la racionalidad y tienen en cuenta en el comportamiento humano la injerencia de la ideología política y la necesaria intervención estatal ante fallas del mercado. En ese orden de ideas, “[s]egún los partidarios de ECJ [escuela de la crítica jurídica], el concepto económico del comportamiento racional depende de una perspectiva ideológica subyacente que trata de justificar y explicar la desventaja y el privilegio como consecuencia de una elección racional privada”<sup>146</sup>.

La interacción de las elecciones individuales es de ineludible análisis, pues los individuos viven en comunidad. Para Krugman, Wells y Olney, de dicha interac-

142 En Francesco Parisi y Vernon L. Smith. “The Law and Economics of Irrational Behavior: An Introduction”. *Law & Economics Research Paper*, n.º 04-16, 2005, consultado el 16 de septiembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=586649>, veintiocho académicos de campos de la neurociencia, la economía, el derecho y la sociología hablan sobre las preferencias endógenas, los conocimientos, las habilidades, los dotes, una variedad de limitaciones psicológicas de los individuos que influyen en su elección y acción, y los condicionamientos económicos evaluados por la economía tradicional.

143 Krugman y Wells. *Op. cit.*, p. 244.

144 *Ibidem*.

145 Anita Bernstein. “Whatever Happened to Law and Economics”. *Maryland Law Review* 64, 2005, pp. 303-336. Consultado el 16 de septiembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

146 Roemer. *Op. cit.*, p. 77.

ción surgen los siguientes principios: (1) existen ganancias del comercio, (2) los mercados tienden al equilibrio, (3) los recursos deberían utilizarse de manera tan eficiente como sea posible para conseguir los objetivos de la sociedad, (4) los mercados suelen conducir a la eficiencia y (5) cuando los mercados no consiguen la eficiencia, la intervención del Estado puede mejorar el bienestar social<sup>147</sup>.

Sobre la intervención estatal volveremos más adelante. De estos principios se infiere que en cuanto el individuo vive en sociedad, la suma de preferencias y la búsqueda del bienestar colectivo se vuelven relevantes, pues el hombre no es sólo el *homo economicus*, el ser racional o egoísta que idealizaba el enfoque tradicional del AED, sino que es un *homo reciprocans*, que busca cooperar para mejorar el ambiente en el cual habita. Por ese *ser social*, que en su interacción con otros genera la elección pública, comienzan los problemas en la votación, estudiados en detalle por la doctrina económica. Según las propiedades básicas de las preferencias presentadas, Arrow<sup>148</sup>, al evaluar una clasificación social razonable, propone seguir los siguientes seis axiomas (donde *P* es “socialmente preferible a”; *A*, *B* y *C* son tres estados de la sociedad; y Santiago y Juan son dos individuos):

1. Debe clasificar todos los estados sociales: *A P B*, *B P A* o *A* y *B* son igualmente deseables (*A I B*) para dos estados *A* y *B* cualesquier.
2. La clasificación debe ser transitiva: Si *A P B* y *B P C* (o *B I C*), entonces *A P C*.
3. La clasificación debe guardar una relación positiva con las preferencias de los individuos: si tanto Santiago como Juan prefieren en forma unánime *A* a *B*, entonces *A P B*.
4. Si nuevos estados sociales se tornan factibles, este hecho no debería afectar la clasificación social de los estados originales: si, entre *A* y *B*, *A P B*, entonces esto seguirá siendo válido si un nuevo estado (*D*) se torna factible.
5. La relación de preferencias sociales no puede ser impuesta, por ejemplo, por la costumbre. No se debe dar el caso de que *A P B* independientemente de los gustos de los individuos de la sociedad.
6. La relación no debe ser dictatorial. Las preferencias de una persona no deben determinar las preferencias de la sociedad<sup>149</sup>.

147 *Ibidem*, p. 11-16.

148 Kenneth J. Arrow. *Social Choice and Individual Values*. New Haven: Yale University Press, 1963; Kenneth J. Arrow. “Arrow’s theorem”. *The New Palgrave Dictionary of Economics* (2.<sup>a</sup> Edition). 2008. Consultado el 5 de junio del 2014 en <http://goo.gl/QdRVzj>.

149 Nicholson. *Op. cit.*, pp. 615-616.

Arrow demuestra que la elección social viola al menos uno de los anteriores supuestos<sup>150</sup>. Por lo tanto, surge la imposibilidad (y de ahí la denominación *teorema de imposibilidad de Arrow*) de tener métodos de elección social racionales, contundentes e igualitarios, en los que cuestiones intrascendentes como la hora de cierre de urnas o la secuencia de votación de los puntos incluidos en el orden del día tendrían relevancia al elegir socialmente<sup>151</sup>. Pese a esto, y dada la existencia de votaciones y la necesidad de elección social, la economía ha estudiado los mecanismos de votación directa y, en especial, la regla de la mayoría y sus paradojas, en particular la de Condorcet. En esta regla, a través de la votación mayoritaria no se llega a un equilibrio, sino a un sistema circular de votación de las opciones alternativas<sup>152</sup>. Para salir de este problema sin solución, la economía propone que los asuntos sometidos a decisión tengan una sola dimensión y las preferencias de los votantes tengan un único máximo (p. ej., cuánto gastar en un bien público)<sup>153</sup>. Así, estaríamos en el escenario del teorema del votante mediano, en el que a partir de opciones unidimensionales elegibles y preferencias denominadas *de un sólo pico* (de un sólo máximo), la regla de la mayoría daría lugar a la elección de la opción preferida por este votante. De esta

150 Nicholson lo ejemplifica así: “Si se emplean las preferencias de Santiago y Juan Por A, B y C, podremos ver el tipo de incongruencias que surgen en la elección social. Dado que B Ps C y C Pj B, entonces la sociedad será indiferente entre B y C (B I C). De lo contrario, las preferencias de la sociedad serían más acordes con las de un sólo individuo, y contrarías a las del otro, y ello infringiría el axioma 6 que requiere la ausencia de dictadura [...]”. Más adelante agrega: “Puesto que tanto Santiago como Juan prefieren A que B, las condiciones 3 y 5 exigen que A P B. Por lo tanto, por transitividad, tendremos el axioma 2, A P C. Pero, de nueva cuenta, esto viola el supuesto de ausencia de una dictadura, porque A Ps C pero C Pj A. Por lo tanto, en este sencillo caso, surge una incongruencia en el intento por construir una relación de las preferencias sociales” (2007, p. 616).

151 *Ibidem*.

152 Para Nicholson, ante las opciones A, B y C, y tres votantes, Santiago, Juan y Francisco, la paradoja se resume así: “Consideremos la votación entre las opciones A y B. En este caso, la opción A ganaría, porque la prefieren Santiago y Francisco y sólo Juan se opone a ella. En una votación entre las opciones A y C, la opción C ganaría, de nueva cuenta con dos votos contra uno. Sin embargo, en una votación entre C y B, la B ganaría y volveríamos a estar en nuestro punto de partida. Las elecciones sociales circularían de manera indefinida entre estas tres alternativas [...]” (2007, pp. 617-618).

Preferencias	Santiago	Juan	Francisco
	A	B	C
	B	C	A
	C	A	B

Fuente: Nicholson, 2007, p. 618. Ante elecciones sociales, en lo que tiene que ver con gasto bajo (A), mediano (B) y alto (C).

153 *Ibidem*, D. Black. “On the Rationale of Group Decision Making”. *Journal of Political Economy*, 1948, pp. 23-34.

manera, según la economía, el proceso político debe orientarse a complacer a este votante mediano.

En la elección colectiva emerge el *bienestar* como un concepto más humano y menos utilitarista, en términos de Bernstein. El bienestar es la sumatoria de lo que los individuos en sociedad persiguen, cuya maximización sirve de objetivo principal de la política pública. Su medición no es cuestión fácil, como lo reseña Parisi, quien al referirse al dilema de la agregación de preferencias, a través de los criterios de Pareto, Bentham, Kaldor-Hicks, Nash y Rawls, entre otros, resalta las dificultades metodológicas de la maximización de la utilidad. Esta no puede ser medida de manera objetiva y las comparaciones interpersonales parecen inviables. Entonces, Parisi propone la maximización de la riqueza, entendida como la cantidad de recursos físicos. Sin embargo, este cálculo también resulta discutible para algunos estudiosos del AED, a menos de que a través de este se logre una meta social, como la igualdad. En todo caso, Parisi recomienda siempre tener en mente estos debates metodológicos al evaluar desde el punto de vista económico las normas jurídicas y las instituciones<sup>154</sup>. De lo anterior se desprende que la elección económica, sea individual o colectiva, es una línea de investigación en constante evolución y con interesantes tensiones aún por abordar desde perspectivas interdisciplinarias.

## 2. *El mercado*<sup>155</sup>

Cualquiera que sea el rol del abogado (asesor, litigante, profesor, hacedor de políticas públicas, ejecutor estatal, juez, entre otros), la comprensión de los conceptos de mercado, curva de oferta y de demanda, elasticidad, equilibrio y estructura de mercado es fundamental a la hora de hacer AED. La obra de *Fundamentos de Economía* de Krugman, Wells y Olney es básica e ilustrativa. A partir de esta, se sacan las siguientes conclusiones<sup>156</sup>:

1. Las características de los mercados difieren y dependen de su estructura. Así, es esencial comprender la diferencia entre estructuras de mercado en competencia perfecta e imperfecta.

154 Parisi. *Op. cit.*, pp. 259-272.

155 Para Posner, cuando surgen intercambios voluntarios, los recursos se orientan a usos más valiosos y, por ende, eficientes. A dichos intercambios, los denomina *mercado* (tercer principio básico de la economía). Sin embargo, Posner reconoce la existencia de intercambios involuntarios, cuando surgen pagos por daños o multas, por la comisión de delitos o por el acacamiento de accidentes de tránsito. Concluye que la economía puede ayudar a comprender la consecución de la eficiencia (2011, pp. 34-35).

156 Krugman, Wells y Olney. *Op. cit.*, pp. 56-134.

2. Para que exista competencia perfecta se deben cumplir *fuertes supuestos* de difícil realización, como lo son la existencia de un número amplio de compradores y vendedores, la imposibilidad de afectación de variables de precio y cantidad por parte de los vendedores, la inexistencia de barreras de entrada y salida del mercado, la información completa de las condiciones del mercado y la independencia en el actuar de los vendedores.

3. Con los anteriores supuestos, según la teoría económica, los mercados completamente competitivos serían eficientes en la oferta, la demanda y en la situación de intercambio. Esta sería una solución óptima paretiana, como se mencionó, en la cual las situaciones de escasez o excedentes se autoajustarían, llevando al equilibrio del mercado. Así, no sería posible mejorar el bienestar de alguien sin afectar el de otra persona.

4. En mercados competitivos, la curva de demanda es la representación gráfica de la cantidad demandada de un bien con respecto a cada uno de los precios. En la representación, se mantienen constantes los otros factores que influyen en la cantidad demandada o *ceteris paribus*. La pendiente de la curva es negativa, porque la cantidad demandada disminuye cuando sube el precio. La curva de demanda se desplaza si los otros factores que inciden en la cantidad demandada cambian de valor, como los ingresos de los demandantes<sup>157</sup>, los precios de otros bienes relacionados<sup>158</sup>, los gustos de los demandantes o el precio futuro esperado del bien. Para Posner, la ley de la demanda, entendida como la relación inversa entre el precio cobrado y la cantidad demandada, es uno de los tres principios fundamentales de la economía útiles para el AED. Así, “un precio por encima del costo de oportunidad es un imán que atrae recursos hacia la producción del bien hasta que el aumento de la producción baje el precio, por la *ley de la demanda*, hasta el nivel del costo”<sup>159</sup> [énfasis con subrayas en el original].

5. En mercados competitivos, la curva de la oferta es la representación gráfica de la cantidad ofrecida de un bien con respecto a cada uno de los precios. Los otros factores que influyen en la cantidad ofrecida se mantienen constantes o *ceteris paribus*.

157 Es importante tener en cuenta la naturaleza del bien para comprender los efectos del desplazamiento de la curva de demanda. Así, con respecto a bienes normales, si aumentan los ingresos de las personas, aumenta la demanda por el bien (p. ej., viajes); en cuanto a bienes inferiores, la cantidad demandada disminuye ante un aumento de la renta de los consumidores (p. ej., uso del transporte público).

158 Aquí también es importante diferenciar entre bienes sustitutos y complementarios. En los primeros, la subida del precio de uno eleva la cantidad demandada del otro (p. ej., pescado o pollo). En los segundos, el mayor precio de uno disminuye la cantidad demandada del otro (p. ej., gasolina o automóviles).

159 Posner *et. al. Op. cit.*, pp. 26 y ss.

La pendiente de la curva es positiva, porque la cantidad ofrecida sube cuando sube el precio. La curva de la oferta se desplaza si los otros factores que inciden en la cantidad ofrecida cambian de valor, por ejemplo, el capital físico, la tecnología o los precios de los factores de producción.

6. El concepto de *elasticidad* es importante para comprender el efecto de magnitud y dirección de variables como la cantidad demandada u ofrecida ante cambios en condiciones de mercado, por ejemplo, los precios. La elasticidad del precio de la demanda cuantifica el cambio porcentual de la cantidad demandada ante modificaciones porcentuales en los precios y la elasticidad del precio de la oferta calcula el cambio porcentual de la cantidad ofrecida frente a modificaciones porcentuales en los precios. Las anteriores tendencias dependerán, sin embargo, del tipo de bien y de la estructura de ingresos.

7. En mercados competitivos, cuando la oferta y la demanda interactúan, se llega a precios y cantidades de equilibrio. Por lo tanto, ante excesos de demanda, el mercado se ajusta y sube el precio; y ante excesos de oferta, baja el precio para alcanzar el punto de equilibrio.

8. Los *fuertes supuestos* de los mercados competitivos vistos son de difícil cumplimiento en la realidad. Por eso, cuando un vendedor, por ejemplo, puede influir en el precio al disminuir su propia producción, cobra diferentes precios a distintos consumidores según la elasticidad de la demanda. También existen, por ejemplo, barreras a la entrada o salida del mercado, de modo que surgen mercados imperfectamente competitivos.

9. Existen diferentes estructuras de mercados imperfectamente competitivos, cuyas características (número de vendedores, barreras a la entrada, diferenciación del producto) difieren una de otra. El monopolio es la que más se aleja de la competencia perfecta. La competencia monopolística es la más cercana a estructuras perfectamente competitivas. Stigler al defender la relación derecho-economía explica el surgimiento de esta y sus virtudes en la aplicación sistemática de la economía a la ley en los Estados Unidos, mediante el uso de la teoría de precios para analizar las estructuras de mercado y los asuntos de competencia; sin embargo, concluye que no es el único uso posible (p. ej., el AED de la responsabilidad y contratos)<sup>160</sup>.

160 Stigler. *Op. cit.*, pp. 455 y ss.

**Tabla 2.** Estructuras de mercado: la competencia perfecta versus la competencia imperfecta

Característica	Monopolio	Oligopolio	Competencia monopolística	Competencia perfecta
Número de vendedores	Uno	Pocos	Muchos	Muchos
Barreras a la entrada	Sí	Normalmente	No	No
Diferenciación del producto	No	Puede existir	Sí	No

Fuente: Elaboración propia a partir de textos sobre microeconomía citados.

Además de la dificultad del cabal cumplimiento de los exigentes supuestos de la competencia perfecta relacionada, las estructuras de mercado también pueden fallar, conduciendo a situaciones ineficientes. Esto sucede, por ejemplo, cuando existen externalidades, asignación de bienes públicos y problemas de información. Las *externalidades* se podrían definir como “los efectos económicos colaterales de las actuaciones de unas personas sobre otras que no se expresan en un precio, es decir, que son externos al mercado”<sup>161</sup>. Estos efectos se traducen en incrementos del bienestar (externalidades positivas) o del costo social (externalidades negativas). Por su parte, la asignación de bienes públicos, definidos como aquellos que producen beneficios indivisibles, no pueden ser demandados de manera individual. Por lo tanto, su consumo es colectivo y su producción no responde al mecanismo tradicional de precios, sino al sistema político, por cuanto son los representantes de los consumidores quienes establecen características y cantidades de los mismos<sup>162</sup>. La información asimétrica o los problemas de información surgen cuando en los intercambios de mercado los agentes tienen diversa e incompleta información<sup>163</sup>. La educación es un claro

161 Luis Omar Fernández. *Vocabulario de hacienda pública. Fiscal, económico, contable*. Buenos Aires: La Ley, 2003, pp. 78-79.

162 *Ibidem*, pp. 21-23.

163 *Ibidem*, p. 138.

ejemplo de externalidad positiva y la contaminación ambiental uno de negativa. Cada vez es más difícil encontrar ejemplos de bienes públicos puros, sin embargo, uno podría ser la seguridad pública. La venta de bienes defectuosos por parte de vendedores que buscan materia prima de menor precio y de menor calidad es un típico caso de información asimétrica.

Vamos a ahondar un poco en los problemas que surgen en los mercados cuando las personas tienen información que otras desconocen. Estos, que han sido estudiados en detalle por la economía, son denominados *información privada* o *información asimétrica*. Las diferencias en el conocimiento tienen dos motivos: por una parte, la selección adversa, que aparece “cuando hay información privada acerca de cómo son las cosas”<sup>164</sup> y, por otra, el riesgo moral, que surge “cuando hay información privada acerca de lo que hacen las personas”<sup>165</sup>. De esa manera, la selección adversa “tiene lugar cuando un individuo sabe más acerca de un bien que el resto de individuos”<sup>166</sup>, mientras que el riesgo moral existe “cuando un individuo tiene más información acerca de sus propias acciones que el resto de individuos”<sup>167</sup>.

La selección adversa consiste en la imposibilidad de las aseguradoras de funcionar de manera eficiente, por su incapacidad de determinar primas idóneas con base en cuantificaciones precisas de pérdida esperada. Este riesgo puede reducirse a través del *screening* o *criba*, es decir, a partir de “información observable acerca de la gente para inferir su información privada”<sup>168</sup>; este es el caso del uso de estadísticas sobre tasas de accidentalidad para el cálculo de las primas de seguros. Para el caso del mercado de seguros, Nicholson<sup>169</sup> considera *ilógico* el supuesto de que las compañías aseguradoras conocen a la perfección la probabilidad que tiene un individuo de sufrir una pérdida por su comportamiento, así como el cálculo inequívoco, desde el punto de vista actuarial, de la prima para cada persona. Es ilógico porque las personas pueden tomar medidas de precaución que la compañía de seguros no puede vigilar de manera estricta, por sus altos costos. Ese conocimiento exacto que los individuos tienen de las medidas de precaución es el riesgo moral. Para mitigar ese riesgo, se utilizan deducibles o franquicias de las pólizas de seguro, que el asegurado debe pagar antes de que la compañía lo compense por el siniestro ocurrido<sup>170</sup>.

164 Krugman y Wells. *Op. cit.*, p. 446.

165 *Ibidem*.

166 *Ibidem*, p. 447.

167 *Ibidem*, p. 449.

168 *Ibidem*, p. 447.

169 Nicholson. *Op. cit.*, pp. 567-572.

170 Krugman y Wells. *Op. cit.*, p. 449.

Otro problema de información surge por las relaciones entre agente y principal. En este caso, el primero toma decisiones económicas por el segundo, en una situación en la que al parecer el agente cuenta con mejor información. Un claro ejemplo de estas asimetrías son las acciones de los gerentes al administrar empresas cuyos dueños son otros. Si bien a los gerentes se les exige el mayor grado de diligencia en la toma de decisiones, en la práctica se pueden desviar de esos niveles óptimos. De manera que la lógica económica debe, a través de regulaciones que pueden ser jurídicas, dar incentivos para promover la eficiencia decisoria<sup>171</sup>.

Las anteriores fallas del mercado, como se conocen en los textos de economía pública, llevan a que el intercambio no sea eficiente y que eventualmente se justifique la intervención estatal, ya sea a través de mecanismos para incentivar las externalidades positivas (p. ej., subsidios a la educación), desincentivar las externalidades negativas (p. ej., impuestos a la contaminación), proveer bienes públicos (p. ej., prestar la defensa nacional) o implementar regulaciones estatales que revelen la información distorsionada (p. ej., imponer normas estatales de calidad). Por las fallas del mercado, la mayoría de las economías no son sólo de libre mercado ni en extremo intervencionistas. Tienden a ser mixtas: algunas tienen estructuras de mercado del todo competitivas y eficientes, y otras, con el fin de alcanzar algunos niveles de eficiencia, requieren de la intervención estatal para solucionar las fallas del mercado. Sin embargo, como varios autores lo reconocen<sup>172</sup>, el Estado en su intervención también falla, pues surgen ineficiencias en la producción de bienes y servicios públicos. Así, el concepto de *eficiencia* se debe relativizar. Aunque debe ser un objetivo, es utópico pretender siempre alcanzar soluciones óptimas, lo cual nos lleva a considerar la búsqueda de buenas segundas opciones.

### 3. Instituciones, derechos de propiedad y costos de transacción

Como vimos, la perspectiva neoinstitucional del AED centra sus análisis en el concepto de *institución*. Para North, las instituciones son “las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana [...], [p]or consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico”<sup>173</sup>.

171 Nicholson. *Op. cit.*, p. 574. Para estudiar en detalle, desde la perspectiva de la nueva economía institucional, la teoría de la firma, la agencia y el riesgo moral, se recomienda la lectura de Klein. *Op. cit.*, pp. 1-47.

172 Al respecto, véase Joseph E. Stiglitz. *Economics of the public sector*. New York: Norton & Company, 2000.

173 Douglas North. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 13.

Mientras que el derecho reconoce los derechos de propiedad como una institución, la economía los ha estudiado como un elemento necesario para no caer en la tragedia de los comunes, en la que a nadie le interesa la destrucción de los recursos compartidos, por la primacía de los intereses particulares. Entonces, los derechos de propiedad son incentivos que afectan las decisiones económicas de los individuos, los intercambios y el desempeño económico en general<sup>174</sup>. El creador de la tragedia de los comunes es Garret Hardin (1968), para quien los individuos al actuar por interés propio pueden llegar a destruir un recurso común compartido y limitado. Piénsese en los dueños de un pastizal que siempre quieren incrementar el número de ganado para que sus ganancias crezcan. Para evitar la destrucción del pastizal, G. Hardin propone dos alternativas: definir los derechos de la propiedad privada, con los cuales cada persona es responsable por su terreno, o designar y pagar un administrador que determine la cantidad de ganado que puede pastar, y al que todos los individuos tienen que obedecer. Las soluciones son la propiedad privada y el socialismo, y ambas pueden llegar a funcionar. Lo que sin duda conduce al fracaso es no decidir sobre el manejo de bienes comunes, una vez la población supera cierto tamaño<sup>175</sup>.

El mercado permite el intercambio de derechos de propiedad. Según Coase, el intercambio se facilita y es eficiente con cero costos de transacción<sup>176</sup>, es decir, bajo el supuesto de que los interesados se reúnen, negocian y transan (intercambio económico) sin asumir costos económicos. Como muy bien lo describe Polinsky, el teorema de Coase establece que “con cero costos de transacción, el resultado eficiente ocurre independientemente de la elección de la regla legal”<sup>177</sup>. Sin embargo, como el supuesto de “cero costos de transacción” no es real, habría que redefinir el teorema así: “si existen costos positivos de transacción, el resultado eficiente no se produce bajo cualquier regla de derecho. En estas circunstancias, la regla legal preferida es aquella que minimice los efectos de los costos de transacción como también las elecciones ineficientes inducidas por el deseo de evitar costos de transacción”<sup>178</sup>.

174 *Ibidem*, pp. 14-22.

175 La tragedia de los comunes explicada por G. Hardin en video consultado el 5 de junio del 2015 en <https://www.youtube.com/watch?v=FOpfTWexD64>.

176 Ronald H. Coase. “The Problem of Social Costs”. *Journal of Law and Economics* 3, 1960, pp. 1-44. Consultado el 6 de junio del 2014 en [http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase\\_jle1960.pdf](http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase_jle1960.pdf).

177 Polinsky. *Op. cit.*, p. 12. Véase las conclusiones a las que llega a partir del ejemplo de la industria contaminante.

178 *Ibidem*, p. 13.

Como vimos, el teorema de Coase es para la gran mayoría de los tratadistas el pilar fundamental del AED y, por lo tanto, es de ineludible análisis para quien desee realizar análisis económicos a algunas instituciones jurídicas.

#### **D. Aspectos macroeconómicos**

El AED con frecuencia ha usado herramientas microeconómicas, es decir, aquellas que inciden en las decisiones económicas de agentes considerados de manera individual (productores y vendedores) en estructuras de mercado específicas (perfecta o imperfectamente competitivas). Sin embargo, insistimos en que el AED debe usar también instrumentos macroeconómicos, pues, en últimas, la actividad económica en general, que considera variables como la producción, los niveles de precios, las tasas de desempleo, entre otras, debe ser un objetivo al evaluar instituciones jurídicas, en particular, y políticas públicas, en general. Los manuales tradicionales de macroeconomía dedican, en esencia, gran parte de su contenido a explicar cómo se cuantifican estas variables agregadas (la producción, el nivel de precios y el desempleo) y cuáles son los instrumentos de política económica que las afectan (las políticas fiscal, monetaria, de precios y salarios sobre el sector externo, entre otras)<sup>179</sup>.

La *producción* se define como el total de bienes y servicios finales producidos en una economía en un periodo determinado, excluyendo bienes y servicios intermedios. Instrumentos como la contabilidad nacional permiten estimar su valor, a partir del gasto en bienes y servicios finales o al sumar las remuneraciones factoriales pagadas por las empresas. Estas mediciones tienen en cuenta el tan conocido flujo circular de la renta, modelo que busca identificar, en una primera instancia, las transacciones monetarias y reales de bienes y servicios y factores de producción entre las empresas y las familias. En las mediciones también es importante conocer si el producto se establece con base en precios del periodo de cálculo (nominal) o con los precios de un periodo dado (real), además de si se contabiliza sólo lo producido dentro de un país (interno) o por los nacionales de un país, dentro o fuera de este (nacional). Es también útil conocer si se contabiliza la inversión sin descontar depreciaciones y amortizaciones (bruta) o con estos descuentos (neta). Para eliminar la distorsión que puede generar el que países más poblados tengan mayor producción, hay mediciones de producto per cápita (por habitante), resultado de dividir el producto de un país por el número de habitantes. La precisión en la medición del producto es

179 Krugman, Wells y Olney. *Op. cit.*, pp. 352-473.

fundamental, pues permite estimar las tasas de crecimiento económico de los países y conocer así la fase del ciclo en que se encuentran (p. ej., auge, expansión, recesión, depresión).

Por su parte, el *desempleo* es un porcentaje de la población activa que se encuentra sin empleo. Para medir esta variable, los economistas cuantifican la población activa, es decir, el número de personas con trabajo más aquellas que lo buscan pero no lo encuentran.

El *nivel de precios* de los bienes y servicios finales es central para la economía, pues de esto depende la capacidad adquisitiva de las personas. Si estos suben, se llama inflación, y si bajan, deflación. Asimismo, es importante saber si se trata de magnitudes corregidas en el tiempo (real) o no (nominal). Para obtener el nivel medio de precios, pues algunos suben y otros bajan, se usan los índices de precios. Para estimarlos, se define una canasta de compra y se calcula su valor monetario (índices de precios al consumidor) o se determinan los precios de la primera etapa de comercialización de los sectores agrícola, industrial y minero (índices de precios al productor). Para medir el nivel de precios de todos los bienes y servicios de la economía (no la canasta representativa ni la de algunos sector de la producción), se usa también el deflactor del PIB, es decir, la relación entre el PIB nominal y el real por cien. La variación de estos índices permite calcular las tasas de inflación o deflación.

Las anteriores mediciones de variables tienen algunos problemas: por ejemplo, se cuestiona si el cálculo del crecimiento económico a partir de las cuantificaciones del producto es una medida idónea para conocer el bienestar y nivel de vida de la población; se señala que la tasa de desempleo no tiene en cuenta personas que tienen opciones laborales pero no las toman, por no responder a sus expectativas; se dice que las cifras de empleo tampoco cuantifican el subempleo, es decir, las personas que trabajan en condiciones informales (salarios por debajo del mínimo o por menor jornada laboral a la legal); y, por último, se indica que la volatilidad de los índices de precios al productor puede llevar a mediciones menos precisas que las de los índices al consumidor o del deflactor del PIB.

Las políticas fiscal, monetaria, de precios y salarios y sobre el sector externo inciden en la producción, el nivel de precios y el desempleo, por lo tanto, su manejo es fundamental para quienes hacen política económica. A través de los instrumentos de ingreso y gasto público, entre otros, el Gobierno puede hacer política fiscal expansiva (aumento del gasto o disminución del ingreso) o contractiva (disminución del gasto o aumento del ingreso), en dirección contraria (contra cíclica)

al ciclo económico, para estabilizar la economía. Si la economía se encuentra en recesión, la política fiscal debe ser expansiva; si la economía está en auge, la política deberá ser contractiva. De manera similar, actúa la política monetaria, cuyo principal objetivo es hacer circular un nivel adecuado de dinero en la economía (oferta monetaria). Así, ante decaimientos en la producción, se requiere aumentar la oferta monetaria, y frente a excesos de demanda, contraerla. Los instrumentos para lograrlo son las tasas de interés, el encaje bancario, los préstamos con el banco central, entre otros. Las políticas sobre precios y salarios inciden en la capacidad adquisitiva de las personas. Por lo general, las economías tienen salarios mínimos para garantizar mínimos de ingresos a las personas. Los bienes necesarios para la subsistencia en ocasiones son objeto de la regulación de precios, como pueden ser algunos agrícolas. En general, es poco recomendable la excesiva regulación por sus costos, los problemas de información, la corrupción. Las políticas sobre el sector externo persiguen la estabilidad en las transacciones con otros países, la protección a la producción interna y el aprovechamiento de las ventajas comparativas. Existen diferentes instrumentos que dependerán de la temporalidad de los desequilibrios (a corto plazo, por ejemplo, el endeudamiento exterior, el uso de reservas internacionales; a largo plazo, políticas de tasa de cambio, los impuestos a importaciones, los subsidios a exportaciones, entre otros).

Sin duda, es importante para complementar la labor del jurista conocer, así sea de manera básica, los aspectos macroeconómicos, ya sea en la formulación de políticas públicas (p. ej., en la elaboración de la normativa) o al actuar como fallador de pleitos jurídicos con implicaciones económicas.

## V. LA REDEFINICIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO.

### HACIA EL ANÁLISIS INTERDISCIPLINARIO DE LA CONDUCTA HUMANA

El AED ha sido objeto de fuertes ataques desde sus inicios. Teóricos como Manne y Wright<sup>180</sup>, Hay<sup>181</sup>, Calabresi<sup>182</sup>, Schwartz<sup>183</sup>, Fink<sup>184</sup>, Bernstein<sup>185</sup>, Engle<sup>186</sup>, entre otros, han revisado los conceptos económicos, las redefiniciones

180 Manne y Joshua. *Op. cit.*, pp. 1-27.

181 Hay. *Op. cit.*, pp. 7-8.

182 Calabresi. *Op. cit.*, pp. 579-586.

183 Murray L. Schwartz. "La economía en la educación jurídica". *Derecho y economía: una revisión de la Literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 587-591.

184 Eric M. Fink. "Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of the Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics". *Hastings Law Journal* 55, 2004. pp. 931-964. Consultado el 17 de septiembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

185 Bernstein. *Op. cit.*, pp. 303-336.

186 Eric Allen Engle. "Law and Economics: Theoretical Puffery, Exaggerated Claims and Counterfactual Models". *Journal Jurisprudence* 2, 2009, pp. 1-40. Consultado el 17 de septiembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1268366>.

y las dificultades del AED. Pese al pesimismo de algunos pocos (p. ej., Schwartz), en general, los autores coinciden en pronosticar un buen futuro para el AED.

Como se mencionó, existe una resistencia generalizada al excesivo formalismo matemático de los métodos empíricos que el economista usa. Esto se puede solucionar, según Hay y Calabresi, a través de la simplicidad conceptual y la sofisticación técnica, cuando sean necesarias. Esta solución debe coexistir con buenos economistas y abogados *traductores* del complejo método económico, entrenados como es debido para tal fin<sup>187</sup>. Para lo anterior, esta obra apunta a continuar la difusión del AED, mediante buenos cursos de pregrado y posgrado, generales o específicos por áreas del derecho; la difusión y participación en congresos y eventos; la creación de líneas de investigación sobre estas materias; la oferta de cursos profesionalizantes, por ejemplo para jueces; el apoyo a los dobles programas en pregrado de derecho y economía; la participación en investigaciones interfacultades; la contratación de investigadores y asistentes de investigación que realicen trabajo empírico, con un especial interés en cuestiones jurídicas; la publicación de obras colectivas, como esta, o individuales; la elaboración de artículos para revistas técnicas, entre otras estrategias.

En conclusión, creemos, y esperamos haberlo demostrado, en la utilidad de los conceptos y herramientas económicas para analizar instituciones jurídicas. También consideramos ventajoso para el economista comprender nociones de derecho, según sus áreas de estudio e investigación. En últimas, es la conducta humana la que intentamos comprender, y para hacerlo son fundamentales elementos interdisciplinarios: jurídicos, económicos, sociológicos, psicológicos, entre otros. Por lo tanto, el AED tiene plena cabida en los ejercicios de juzgamiento del poder judicial (Manne y Wright, Engle, Fink<sup>188</sup>), a pesar de su aún limitado uso. También es esencial para la buena elaboración de políticas públicas a través del poder ejecutivo y legislativo (Bernstein). Para finalizar, el ejercicio profesional y la investigación académica sociojurídica no pueden ser tampoco ajenos a este método.

187 Henry G. Manne y Joshua D. Wright. "The Future of Law and Economics: A Discussion". *George Mason Law & Economics Research Paper* 08-35, 2008, pp. 1-27. Consultado el 4 de abril del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1145421>.

188 A pesar de las modestas citaciones de instrumentos del AED en la jurisprudencia norteamericana que Fink relaciona en su artículo para el periodo 1968 a 2002 (Fink, 2004, pp. 931-964).

BIBLIOGRAFÍA<sup>189</sup>

**A. Libros**

- Aftalión, Enrique R. y José Vilanova. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.
- Álvarez-Correa, Eduardo. *Curso de introducción al derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes, 1980.
- Amador, Luis E. et al. *Serie de Derecho Económico 1. Casos de estudio de aplicación del Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Andersen, Arthur. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999.
- Arrow, Kenneth J. *Social Choice and Individual Values*. New Haven: Yale University Press, 1963.
- Bohórquez, Luis F. y Jorge I. Bohórquez. *Diccionario jurídico colombiano*. Bogotá: Editora jurídica nacional, 2007.
- Buchanan, James M. “La importancia del análisis económico del derecho”. En *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, pp. 123-132. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Calabresi, Guido. “Reflexiones sobre el futuro de la teoría económica en la enseñanza del derecho”. En *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, pp. 579-586. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Cossío, José Ramón. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Chiassoni, Pierluigi. *El análisis económico del derecho*. Lima: Palestra, 2013.
- Cuthbertson, Keith, Hall Stephen G. y Mark P. Taylor. *Applied Econometric Techniques*. UK: Harvester Wheatsheaf, 1992.

189 La gran mayoría de las monografías y bases de datos referidas en este apartado se usaron para construir la parte teórica de la obra, otras fueron consultadas mas no citadas. Sin embargo, dado que se espera que esta obra sea introductoria y sirva para investigaciones futuras en AED, se incluyen todas las relevantes (N. de la C.).

- Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 22.<sup>a</sup> ed.
- Fernández, Luis Omar. *Vocabulario de hacienda pública. Fiscal, económico, contable*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- Fundación Tomás Moro. *Diccionario jurídico espasa*. Madrid: Espasa Calpe, 2007.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa, 2009.
- Kluger, Viviana. *Análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Krugman, Paul y Robin Wells. *Introducción a la economía. Microeconomía*. Barcelona: Reverté, 2006.
- Krugman, Paul, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008.
- Guerrero G., Víctor Manuel. *Estadística básica para estudiantes de economía y otras ciencias sociales*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Hust, Richard E., Darrell L. Hueth y Andrew Schmitz. *Applied Welfare Economics*. UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- Larroumet, Christian. *Introducción al estudio del derecho privado*. Bogotá: Económica y Legis, 2006.
- López Medina, Diego. *Las fuentes del argumento*. Bogotá: Legis, 2009
- Lozano, Eleonora. “La necesidad de la consagración constitucional del precedente vinculante para los poderes judicial, ejecutivo y legislativo”. En *El derecho público y los veinte años de la Constitución de 1991*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.
- Lozano Rodríguez, Eleonora y Camilo Mendoza Roza. “Hermenéutica tributaria”. En *Fundamentos de la tributación*. Bogotá: Ediciones Uniandes y Temis, 2008.
- Mankiw, N. Gregory. *Principios de economía*. España: McGraw-Hill, España, 2004.
- Mercuro, Nicholas y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. USA: Princeton University Press, 2006.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Introducción al derecho*. Bogotá: Temis, 2003.

- Morales de Setién Ravina, Carlos. “Estudio Preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011.
- Nicholson, Walter. *Teoría microeconómica: principios básicos y ampliaciones*. México: International Thomson, 2007.
- Nicholson, Walter. *Teoría microeconómica*. México: Cengage Learning, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel, 1997.
- North, Douglas. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- Pass, Christopher, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins Publishers, 1993.
- Pinzón, Mario A. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Polinsky, Al Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. USA: Little, Brown & Company, 1989.
- Posner, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007.
- Posner, Richard A. *et al. Análisis Económico del Derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011.
- Reyes V., Francisco. *Análisis Económico del Derecho Societario*. Colección Cátedra Bancolombia de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.
- Roemer, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Rosales, Ramón, Jorge A. Perdomo, Carlos A. Morales y Jaime A. Urrego. *Fundamentos de econometría intermedia. Teoría y aplicaciones*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.
- Rutherford, Donald. *Routledge Dictionary of Economics*. London: Routledge, 2002.

Stigler, George J. “El análisis económico de las políticas públicas: una súplica a los académicos”. En *Derecho y economía: Una revisión de la literatura*, pp. 592-604. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Stiglitz, Joseph E. *Economics of the public sector*. New York: Norton & Company, 2000.

Schwartz, Murray L. “La economía en la educación jurídica”. En *Derecho y economía: una revisión de la literatura*, pp. 587-591. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Zweigert, Konrad y Hein Kötz. *Introduction to Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press. New York: Oxford University Press, 1992.

## **B. Fuentes electrónicas**

Allais, Maurice. “The Allais Paradox”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.

Aron, Nan, Barbara Moulton y Chris Owens. “Economics, Academia, and Corporate Money in America: The ‘Law and Economics’ Movement”. *Antitrust Law & Economics Review* 24, 1993, pp. 27-42. Consultado el 26 de noviembre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Arrow, Kenneth J. “Arrow’s theorem”. *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008. Consultado el 5 de junio del 2014 en [http://www.dictionaryof-economics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008\\_A000136&goto=arrowparadox&result\\_number=133](http://www.dictionaryof-economics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008_A000136&goto=arrowparadox&result_number=133).

Bernstein, Anita. “Whatever Happened to Law and Economics”. *Maryland Law Review* 64, 2005, pp. 303-336. Consultado el 16 de septiembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Black, D. “On the Rationale of Group Decision Making”. *Journal of Political Economy*, 1948, pp. 23-34.

Bliss, Christopher. “Hicks, John Richard (1904-1989)”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.

Chorvat, Terrence R. y Kevin A. McCabe. “Neuroeconomics and Rationality”. *Chicago-Kent Law Review* 80, 2005, pp. 101-121. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN <http://ssrn.com/abstract=748264>.

- Chorvat, Terrence R., Kevin A. A McCabe y Vernon L. Smith. "Law & Neuroeconomics". *George Mason Law & Economics Research Paper*, n.º 04-07, 2004, pp. 1-38. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=501063>.
- Coase, Ronald H. "The Problem of Social Costs". *Journal of Law and Economics* 3, 1960, pp. 1-44. Consultado el 6 de junio del 2014 en [http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase\\_jle1960.pdf](http://grecof2.econ.univpm.it/esposti/wiki/lib/exe/fetch.php?media=didattica:coase_jle1960.pdf).
- Coleman, Jules L. "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". *Hofstra Law Review* 8, 1979-1980, pp. 509-551. Consultado el 24 de junio del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Cooter, Robert D. "Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalizing Legal Values". *UC Berkeley Law & Economics Research Paper*, n.º 2000-8, 2000, pp. 1-35. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=229950>.
- Davis, John B. "The Homo Economicus Conception of the Individual: An Ontological Approach". *Handbook of Philosophy of Science: Philosophy of Economics* 2010, pp. 1-39. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1574975>.
- Deakin, Simon. "Legal Evolution: Integrating Economic and Systematic Approaches". *Symposium on Evolutionary Approaches to (Comparative) Law: Integrating Theoretical Perspectives. Review of Law and Economics* 2010, pp. 660-682. Consultado el 24 de junio del 2013 en EBSCO HOST: <http://ehis.ebscohost.com/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=a66e149d-6098-4c55-9a2c-81f503993ca6%40sessionmgr111&vid=1&hid=109>.
- Depoorter, Ben y Jef Demot. "The Cross-Atlantic Law and Economics Divide: A Dissent". *University of Illinois Law Review*, 2011, pp. 1593-1606. Consultado el 21 de noviembre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Dunoff, Jeffrey L. y Joel P. Trachtman. "Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat", 1998, pp. 1-42. Consultado el 24 de junio del 2013 en <http://ssrn.com/abstract=73688>.
- Engle, Eric Allen. "Law and Economics: Theoretical Puffery, Exaggerated Claims and Counterfactual Models". *Journal Jurisprudence* 2, 2009, pp.

- 1-40. Consultado el 17 de septiembre del 2014 en <http://ssrn.com/abstract=1268366>.
- Farnsworth, Allan E., "Law is a Sometime Autonomous Discipline". *Harvard Journal of Law & Public Policy* 21, 1998, pp. 95-100. Consultado el 24 de junio del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Fink, Eric M. "Post-Realism, or the Jurisprudential Logic of the Late Capitalism: A Socio-Legal Analysis of the Rise and Diffusion of Law and Economics". *Hastings Law Journal* 55, 2004, pp. 931-964. Consultado el 17 de septiembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Frison R., Marie Anne. "Ex ante-Ex post, Justificación de un derecho propio y específico de la regulación". Consultado el 27 de noviembre del 2014 en [http://www.mafr.fr/IMG/pdf/ex\\_ante\\_ex\\_post\\_espagnol.pdf](http://www.mafr.fr/IMG/pdf/ex_ante_ex_post_espagnol.pdf).
- Gaviria Gil, Juan Antonio. "Obstáculos y riesgos para una exitosa interacción entre Derecho y Economía en Colombia". *Revista Con-texto. Revista de Derecho y Economía. Universidad Externado de Colombia*, n.º 39, 2013, pp. 13-40. Consultado el 4 de junio del 2015 en <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/contxt039&div=7&id=&page>.
- Guttel, Ehud, Medina, Barak, "Less Crime, More (Vulnerable) Victims: Game Theory and the Distributional Effects of Criminal Sanctions". *Review of Law and Economics*, 2007, pp. 407-435. Consultado el 24 de junio del 2013 en EBSCO HOST: <http://ehis.ebscohost.com/biblioteca.uniandes.edu.co:8080/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=7347f09a-206a-4334-a480-779d9436aa10%40sessionmgr113&vid=1&hid=109>.
- Govindan, Srihari & Wilson, Robert. "Nash Equilibrium, Refinements of". *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Harris, Ron, "The Uses of History in Law and Economics". *UC Berkeley Public Law and Legal Theory Research Paper Series. Research Paper*, n.º 139, 2003, pp. 659-696. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=454501>.
- Hay, George A. "The Present and Future of Law and Economics". *22.º Cornell Law Forum Faculty*, 1996, pp. 3-8. Consultado el 24 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

- Hovenkamp, Herbert. "Positivism in Law & Economics". *California Law Review* 78, 1990, pp. 815-852. Consultado el 16 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Jackson, Matthew O. "A Brief Introduction to the Basics of Game Theory". *Stanford University*, 2011, pp. 1-21. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1968579>.
- Kaplow, Louis. "Pareto principle and competing principles". *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008. Consultado el 24 de junio del 2013 en [http://www.dictionaryofeconomics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008\\_P000315&goto=paretoefficiency&result\\_number=2667](http://www.dictionaryofeconomics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008_P000315&goto=paretoefficiency&result_number=2667).
- Kanvur, Ravi. "Shadow Pricing". *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Kaufman, Bruce E. "Some Coasian Problems with Posnerian Law and Economics". *Journal of Economic Issues* 46, n.º 3, 2012, pp. 745-764. Consultado el 24 de junio del 2013 en EBSCO HOST en <http://goo.gl/tdgevy>.
- Klein, Peter G. *New Institutional Economics*. *University of Georgia, Department of Economics*, 1998, pp. 1-47. Consultado el 26 de noviembre del 2013 SSRN: <http://ssrn.com/abstract=115811>.
- Klevorick, Alvin K. "Reflections on 'The Current State of Law-and-Economics Scholarship'". *Journal of Legal Education* 33, 1983, pp. 339-246. Consultado el 4 de abril del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).
- Korobkin, Russell B, Ulen, Thomas S. "Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics". *California Law Review* 88, 2000, pp. 1051-1144. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=229937>.
- Lipsey, R. G. y Kelvin Lancasterl. "The General Theory of Second Best". *The Review of Economic Studies* 24, n.º 1, 1956-1957, pp. 11-32. Consultado el 15 de mayo del 2014 en <http://goo.gl/nKXBFc>.
- Lockwood, B. "Pareto efficiency". *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008. Consultado el 24 de junio del 2013 en <http://goo.gl/FWNmCp>.

- Machina, Mark J. “Expected Utility Hypothesis”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Machina, Mark J. y Michael Rothschild. “Risk”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Manne, Henry G. y Joshua D. Wright. “The Future of Law and Economics: A Discussion”. *George Mason Law & Economics Research Paper*, n.º 08-35, 2008, pp. 1-27. Consultado el 4 de abril del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1145421>.
- McAdams, Richard H, “Beyond the Prisoners’ Dilemma: Coordination, Game Theory, and Law”. *Southern California Law Review*, 82; *University of Chicago Public Law Working Paper*, n.º 241, 2009, pp. 1-56. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1287846>.
- Michaels, Ralf. “Economics of Law as Choice of Law”. *Law and Contemporary Problems* 71, 2008, pp. 73-104. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1438128>.
- Miller, Robert T. “The Coase Theorem and the Preferential Option for the Poor”. *Journal of Catholic Social Thought* 5, 2008, pp. 1-12. Consultado el 5 de noviembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1157160>.
- Moro, Rodrigo, Esteban Freidin, Fernando Tohmé y Marcelo Auday. “La teoría de juegos conductual, el dilema del viajero alternativo y la maximización de pagos”. *Estudios de Economía* 38, n.º 2, 2011, pp. 457-473. Consultado el 24 de junio del 2013 en EBSCO HOST: <http://goo.gl/oxhGjo>.
- O’Hara O’Connor, Erin A. “Economics, Public Choice and the Perennial Conflict of Laws”. *Georgetown Law Review*, 2002, pp. 1-26. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=293000>.
- Osborne, Marin J. “Strategic and Extensive form Games”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Parisi, Francesco. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. *European Journal of Law and Economics* 18, 2004, n.º 3, pp. 259-272. Consultado el 9 de octubre del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=586641>.

- Parisi, Francesco, y Vernon L. Smith. "The Law and Economics of Irrational Behavior: An Introduction". *George Mason Law & Economics Research Paper*, n.º 04-16, 2005. Consultado el 16 de septiembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=586649>.
- Polinsky, A. Mitchell. "Principal-Agent Liability". *An Introduction to Law and Economics*, 2003, pp. 1-11. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=413103>.
- Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell. "Economic Analysis of Law". *Harvard Law and Economics Discussion Paper*, n.º 536, 2005, pp. 1-41. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=859406>.
- Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell. "The Economic Theory of Public Enforcement of Law". *John M. Olin Program in Law and Economics. Working Paper*, n.º 159, 1998, pp. 1-53. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=93709>.
- Posner, Eric A. "Agency Models in Law and Economics". *John M. Olin Law and Economics Working Paper*, n.º 92, 2000, pp. 1-12. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=204872>.
- Posner, Richard A. "The Law and Economics of Contract Interpretation". *Law & Economics, Olin Working Paper*, n.º 229, 2004, pp. 1-51. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=610983>.
- Sandholm, William H. "Learning and Evolution in Games: An Overview". *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Shubik, Martin. "Game Theory: Some Observations". *Working Paper* n.º, ES-01, 2000, pp. 1-7. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=238964>.
- Steiger, Otto. "Ex ante and Ex post". *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008.
- Stigler, George J. "The Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars". *The Journal of Legal Studies* 1, 1972, pp. 1-12. Consultado el 27 de noviembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Stigler, George J. “Law or Economics?”. *The Journal of Law and Economics* 35, 1992, pp. 455-468. Consultado el 24 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Waller, Spencer Weber. “The Law and Economics Virus”. *Cardozo Law Review* 31, n.º 2, 2009, pp. 367-403. Consultado el 21 de noviembre del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1017882>.

Whaples, Robert, Morriss y Moorhouse John C. Andrew P. “What Should Lawyers Know About Economics?”. *Journal of Legal Education* 48, 1998, pp. 120-124. Consultado el 12 de marzo del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

Wright, Joshua D. y Douglas H. Ginsburg. “Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty”. *Northwestern University Law Review* 106, n.º 3, 2012, pp. 1033-1090. Consultado el 24 de junio del 2013 en <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v106/n3/1033/LR106n3Wright.pdf>.

### **C. Sentencias**

Corte Constitucional. *Sentencia C-486 de 1993*.

Corte Constitucional. *Sentencia C-083 de 1995*.

Corte Constitucional. *Sentencia C-836 del 2001*.

Corte Constitucional. *Sentencia SU-083 del 2002*.

PARTE APLICADA

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO  
COLOMBIANO EN ACCIÓN



## SOLUCIONES ÓPTIMAS A CONTROVERSIAS JURÍDICAS

CATALINA BRANDO VERNAZA\*

**Resumen:** En el CIADI se ha discutido la posibilidad de crear un órgano de apelación permanente que provea una segunda instancia a los procesos arbitrales relacionados con la inversión extranjera. Este estudio plantea un modelo sencillo a partir de la microeconomía y la teoría de juegos para analizar las decisiones que deben tomar los agentes involucrados en la creación de ese órgano de apelación. A partir del modelo, se determina si es razonable que los estados lo creen o no. Esta determinación dependerá de la tasa de retorno que pague el mercado a la inversión extranjera. El análisis puede hacerse por industrias o sectores.

**Palabras clave:** arbitraje en inversión, acuerdos internacionales, arbitraje internacional, CIADI, teoría de juegos, apelación, JEL K41, K33 (derecho internacional), K39 (otras áreas sustantivas del derecho), K00 (derecho y economía), K12 (derecho contractual), C72 (juegos no cooperativos).

### INTRODUCCIÓN

Las partes involucradas en un negocio determinan algunos términos y condiciones que luego plasman en un contrato. Las partes determinan normas sobre el objeto, el lugar de ejecución, las penalidades en caso de incumplimiento, entre otras cosas. Como es imposible anticipar todas las eventualidades y prever una solución clara y que no requiera de interpretación adicional para cada caso, cuando surge una diferencia existe la posibilidad de acudir ante un juez para que emita una decisión final que las partes deben acatar. Así se ha explicado en la teoría de los contratos incompletos<sup>1</sup>: es imposible tener contratos que regulen la totalidad de las situaciones; por lo tanto, las partes deben acudir a un mecanismo de solución de controversias.

Los conflictos legales que surgen de los negocios se solucionan por medios, por lo general, litigiosos y *heterocompositivos*. Esto quiere decir que se llega a una

\* Abogada y economista de la Universidad de los Andes, con especialización en Derecho de los Negocios Internacionales de esta universidad. En la actualidad, trabaja como asociada del área de litigios sobre insolvencia empresarial y arbitraje en Baker & McKenzie, Bogotá.

1 Joel P. Trachtman. "The Domain of the WTO Dispute Resolution". *Harvard International Law Journal* 40, n.º 2, 1999.

solución a través de un tercero, que no es parte del contrato original, que emite una decisión obligatoria para ambas partes sobre el conflicto. Esto puede darse a través de la administración de justicia pública de cada Estado o de la justicia privada por medio del arbitramento.

En muchos negocios las partes determinan que acudirán a la justicia arbitral en vez de ir a los tribunales de la justicia ordinaria para resolver las controversias que puedan surgir de la ejecución del contrato que celebraron. Esto se determina mediante un pacto arbitral que puede redactarse como una cláusula en el contrato o como un compromiso una vez surja la diferencia. Se acude a tribunales arbitrales por la congestión de la justicia pública y por la confianza que se tiene en las resoluciones de expertos especializados en el ámbito internacional y nacional.

En el arbitraje internacional, tanto los estados como los privados pueden definir el marco normativo aplicable. Las distintas formas de arbitraje comercial permiten que los agentes fijen la ley procedimental y sustancial aplicable.

En el arbitraje de inversión son los estados los que deben tomar las decisiones y negociar el marco normativo que les será aplicable tanto a ellos como a los privados que decidan invertir. Una vez los estados definen el marco normativo, los privados deben tomar determinaciones sobre su inversión, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la tasa de retorno que pague el mercado y las normas aplicables. Este es el punto de partida de esta investigación.

Al definir el marco jurídico del arbitraje de inversión, los estados consideran factores políticos o concepciones erradas que los llevan a escoger soluciones poco eficientes para resolver las controversias jurídicas. Muchas veces se cree que un mecanismo será más costoso que otro porque a simple vista representa mayor erogación de gasto. La mayor erogación de gasto no necesariamente demuestra que el mecanismo tenga un costo más alto. Existen factores que aunque no implican gasto, sí suponen un costo o un beneficio adicional.

Este escrito tiene tres objetivos. Primero, mostrar de qué manera el análisis económico provee herramientas para estudiar las decisiones jurídicas a partir de criterios de eficiencia. Segundo, analizar la estructura de la segunda instancia a través de herramientas económicas, principalmente a partir de la microeconomía, e introducir la utilización de la teoría de juegos en el estudio del derecho procesal. Tercero, explicar la creación de un nuevo órgano de apelación en el

CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión), utilizando un modelo sencillo de optimización y la teoría de juegos.

En este escrito se estudia la manera como los agentes eligen los mecanismos de solución de sus controversias, considerando los posibles costos y beneficios económicos de un proceso judicial. Para esto, se analizan las consideraciones de los agentes al momento decidir sobre el procedimiento aplicable y las reacciones que tienen los agentes ante las decisiones que toman los demás. Los procedimientos judiciales son complejos y se componen de muchos elementos que no serán objeto de estudio en este texto. En este caso, se considerará únicamente la conveniencia de contar con una segunda instancia en la solución de diferencias de inversión.

En el CIADI se ha discutido si debe existir o no un órgano de apelación único y consolidado, como el de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Si no es así, las disputas deberían resolverse en una única instancia, con un único recurso de anulación, como sucede hoy. Esta investigación explora los costos y los beneficios de tener una segunda instancia, en específico para los litigios de inversión. Para esto, se utilizará un modelo sencillo de costos y beneficios y la teoría de juegos para analizar la manera como los estados tomarían decisiones racionales y la reacción de los agentes privados. Esto nos lleva a la optimización para cada una de las partes, que termina en un equilibrio, según la teoría de juegos.

En la primera parte, se plantea el problema y se hacen algunas precisiones sobre el arbitraje de inversión y sobre las decisiones a las que se enfrentan los agentes. En la segunda, se explica la construcción del modelo y se justifican sus elementos. El desarrollo matemático detallado se dejará para el apéndice. La tercera parte resume los resultados para cada uno de los casos estudiados y resuelve el juego para el caso del arbitraje de inversión.

## I. ARBITRAJE EN INVERSIÓN Y REGULACIÓN DEL CIADI

### A. Arbitraje

Como se mencionó, ante un conflicto legal puede acudirse tanto a la justicia ordinaria de los estados como a los diferentes mecanismos de la justicia privada. Al ser el arbitraje un mecanismo privado, se activa a través del acuerdo de las partes. Son ellas las que determinan los parámetros que rigen el tribunal. Las partes deciden la normativa de procedimiento que debe aplicar el tribunal y escogen su sede cuando se trata de disputas internacionales.

El tipo de arbitraje determina qué elementos pueden negociarse y cuáles no. En el ámbito internacional, los estados pactan acuerdos y celebran convenciones internacionales que constituyen el marco regulatorio de las diferentes formas de arbitraje. En este marco, los privados acuerdan los elementos que han sido dejados a su voluntad y conforman los tribunales según sus preferencias. Por lo general, estos dos pasos son independientes: los estados delimitan el marco regulatorio que después determina los negocios privados. No pasa lo mismo en el arbitraje de inversión. El acuerdo internacional (bien sea un tratado bilateral de inversión o un capítulo de inversión en un acuerdo de libre comercio) rige la relación de inversión entre el privado inversionista y el Estado receptor, sin que haya un contrato adicional que regule esta relación. Esos acuerdos son pactados en su totalidad entre estados y no se adaptan a las situaciones particulares: los privados no negocian su propio régimen, sólo deciden aceptarlo y acogerse a él cuando invierten.

En los tratados de inversión es común que el mecanismo mediante el cual se resuelven las controversias sea el arbitraje de inversión. Esta forma de arbitraje cuenta con un régimen particular. El CIADI es una de las entidades especializadas que administra las normas de procedimiento y los tribunales de arbitramento.

Cuando se realiza una inversión, el inversionista puede celebrar otros acuerdos con sus socios, proveedores o compradores. El arbitraje de inversión no dirime las controversias que se susciten en la ejecución de estos contratos. Dirime las que surgen cuando un estado viola las protecciones mínimas a las que se ha comprometido a través de un acuerdo de inversión (por ejemplo, la no expropiación sin indemnización). En este caso, la controversia siempre será entre un particular y un estado receptor de la inversión.

## **B. El CIADI**

El CIADI fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre estados y nacionales de otros estados<sup>2</sup>. Es un centro especializado en administrar el acuerdo y proveer los servicios requeridos para constituir los tribunales de arbitramento. El reglamento del CIADI determina el procedimiento de estos últimos y las facultades que tienen las partes durante el proceso.

2 Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Reglamento y reglas*. Washington. Consultado en abril del 2006 en [https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR\\_Spanish-final.pdf](https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf).

Según el convenio, los laudos de los tribunales de arbitramento constituidos de manera legal son finales y sólo pueden impugnarse por causales taxativas, cuando se hayan producido errores de procedimiento<sup>3</sup>. Esto está regulado en los artículos 51 y 52 del convenio, mediante los recursos de revisión y anulación. El recurso de revisión puede presentarse si luego del fallo se descubre un hecho que hubiese sido decisivo para este. El recurso de anulación procede cuando<sup>4</sup> el tribunal se constituye de manera incorrecta, cuando se extralimita en sus facultades, cuando alguno de sus miembros es corrupto, cuando se viola una norma de procedimiento de forma manifiesta o cuando el laudo no sea motivado. Esto muestra que aunque el laudo puede impugnarse, sólo puede ser revisado en situaciones muy específicas. No se permite la verificación del contenido fáctico del fallo o de sus argumentos de derecho por una instancia superior. Por esto, se propone la creación de un órgano de apelación permanente, parecido al que existe en la OMC<sup>5</sup>, que pueda revisar de fondo los laudos proferidos a través del recurso de apelación<sup>6</sup>.

## II. DISCUSIÓN ACTUAL SOBRE LA CREACIÓN DEL ÓRGANO DE APELACIÓN EN EL CIADI

Académicos han discutido los posibles costos o dificultades que puede traer y los beneficios que traería el órgano de apelación en el CIADI. Según Tams, su conformación implicaría costos tanto económicos como políticos<sup>7</sup>. Por otra parte, gracias al órgano podría existir una mayor consistencia en la jurisprudencia y, por lo tanto, más seguridad jurídica. A la vez, se generaría mayor exactitud y autoridad en los fallos. Además, los estados tendrían un beneficio adicional, pues esta instancia tendería a estar a su favor.

El órgano de apelación tendría una estructura similar a la que tiene el de la OMC hoy, es decir, estaría constituido por expertos nacionales de los estados que suscribieron el acuerdo y que permanecerían en su rol de miembros por un

- 3 Un fallo en derecho, la forma de llevar procedimiento o las normas de derecho aplicadas pueden ser equivocados. El primero es un error procedimental también llamado *in procedendo*. El segundo es un error sustancial *in iudicando*.
- 4 Convenio del CIADI, artículo 52.
- 5 Debe hacerse la aclaración de que el órgano de apelación de la OMC no tiene la capacidad de revisar el contenido fáctico. En otras palabras, aunque puede revisar la aplicación de normas sustanciales, no puede solicitar la práctica de pruebas adicionales para buscar nuevos hechos o corroborar los ya analizados por el panel.
- 6 Secretariat ICSID. *Possible improvements of the framework for ICSID arbitration*. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Discussion Paper. Consultado en <http://www.worldbank.org/icsid>.
- 7 Christian Tams. "An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure". *Essays in Transnational Economic Law*, n.º 57, 2006.

tiempo prolongado, no de manera transitoria. No sería un tribunal *ad hoc*. Sería permanente y el CIADI lo financiaría, es decir, los estados signatarios.

En la opinión de Laird y Askew, para determinar la viabilidad de un órgano de apelación es necesario tener en cuenta algunos aspectos clave<sup>8</sup>. Al crearse una instancia, se prolonga el proceso y se afecta el principio de finalidad, pues se incrementan los costos y se dificulta la defensa del demandante. Sin embargo, pueden evitarse grandes costos para las partes del proceso, en la medida en que se mejore la consistencia de los fallos, que se refiere a la estabilidad de las interpretaciones jurídicas de los fallos. No se saltaría de una interpretación a otra con facilidad, sino que se acogería una misma línea de jurisprudencia. Más adelante se verá que la consistencia en la jurisprudencia es uno de los beneficios importantes que tendría el órgano de apelación permanente.

Gleason apoya la creación de esta instancia: argumenta que al no tenerse, la consistencia en la interpretación normativa disminuye<sup>9</sup>. Además, explica que esta ausencia ha generado que se pierda la confianza en el sistema arbitral. Para ilustrar su posición, el autor muestra el éxito de tribunales como el del Mercosur.

Kalb tiene la misma opinión de Gleason<sup>10</sup>. Considera que el aumento del número de casos ha causado que se convoquen diferentes tribunales con árbitros de diversos pensamientos. Así, los fallos muestran interpretaciones variadas, que, por lo tanto, son inconsistentes. Según Kalb, un órgano permanente podría corregir estas fallas, en la medida en que los árbitros respetarían lo dicho en sus fallos. Este ha sido el caso del órgano de apelación de la OMC, que ha logrado unificar la jurisprudencia.

Este estudio parte de esta discusión, pero sigue un camino diferente. Lo que se ha expuesto sobre el tema es descriptivo y considera sobre todo argumentos de naturaleza jurídica. Aquí se pretende plantear un modelo económico sencillo que incluya los elementos más importantes que deben tener en cuenta los agentes al momento de tomar decisiones racionales. Se partirá de las intuiciones de modelos del análisis económico del derecho (AED) para formular un modelo que recoja los elementos de discusión y estudie la forma como los agentes maximizan sus beneficios y toman decisiones racionales. A continuación se verá

8 Ian Laird y Rebecca Askew. "Finality vs. Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?". *The journal of appellate practice and process* 7, n.º 2, 2005.

9 Erin Gleason. "International Arbitral Appeals: What are we so Afraid of?" *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 7, n.º 2, 2007.

10 Johanna Kalb. "Creating an ICSID Appellate Body". *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 179, 2005.

qué intuiciones son estas y de qué manera se decide. Después, se aplicará el modelo usando la teoría de juegos y se analizarán los resultados. No se pretende plantear una solución última y única al problema. Se quiere, más bien, mostrar una perspectiva diferente para abordar el problema y un argumento que pueda tenerse presente al momento de tomar las decisiones.

### III. ANÁLISIS ECONÓMICO APLICADO

El AED es una disciplina más o menos reciente, impulsada sobre todo por la escuela de Chicago, cuyos académicos son principalmente de áreas económicas. En especial, R. Coase, su principal expositor, ha explicado diferentes instituciones jurídicas, como la de la responsabilidad por daños, con su teorema del costo social<sup>11</sup>. Coase propuso que existe un punto óptimo en el que el costo social es el mínimo y en el que debe distribuirse la responsabilidad civil extracontractual de los agentes. En esta misma línea de pensamiento, el juez L. Hand<sup>12</sup> planteó la teoría que determinó el monto que debe invertirse en aseguramiento para eximirse de culpa por daños. Guido Calabresi<sup>13</sup>, por su parte, uno de los primeros expositores del AED, explicó el problema de la distribución de riesgos por daños a partir de la teoría económica.

#### A. Análisis económico de la apelación

Para R. Posner<sup>14</sup>, la apelación tiene dos funciones sociales: consolidar reglas uniformes y reducir los errores legales y, con esto, los costos que acarrear. Los tribunales de apelación hacen una verificación exhaustiva de los argumentos jurídicos, sin volver a revisar el contenido fáctico aclarado en la primera instancia. Posner distingue las apelaciones interlocutorias de las apelaciones finales. Esta distinción nace del derecho estadounidense. Las primeras hacen referencia a la apelación de decisiones intermedias o interlocutorias, para que un tribunal de segunda instancia resuelva las discusiones que se van dando durante el procedimiento, por ejemplo, la práctica de una prueba. Las segundas implican que sólo puede apelarse la sentencia definitiva o final que resulte al finalizarse la primera instancia. Aunque la apelación interlocutoria permite corregir los errores del tribunal de primera instancia en el momento en el que ocurren, Posner explica

11 Roland Coase. "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics* 3, 1960.

12 Hugo Acciari. "El análisis económico del derecho de daños. Elementos para una aproximación". *Lexis-Nexis Jurisprudencia Argentina* (número especial sobre derecho y economía), 2006, pp. 20-36.

13 Guido Calabresi. "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts". *The Yale Law Journal* 70, n.º 4, 1961.

14 Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho. Política y derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 549.

que la apelación final significa un ahorro adicional. El modelo que se discute para el CIADI sería el de apelaciones finales. La posibilidad de apelaciones interlocutorias no se discutirá acá.

## B. Aplicación de la teoría de juegos

Pickier<sup>15</sup> argumenta, con razón, que el desarrollo del análisis económico del derecho estaba orientado sobre todo a modelos microfundamentados, mediante los cuales los agentes maximizan una función objetivo sujeta a una restricción de presupuesto. Así, la disciplina se desarrolló con modelos de optimización y con sus primeras derivadas, haciendo análisis en el margen. En los últimos años, la teoría de juegos ha hecho más complejo el análisis económico del derecho. Pricker define la teoría de juegos como las herramientas y el lenguaje para describir el comportamiento estratégico de los agentes.

Pricker, en *An Introduction to Game Theory and the Law*, utiliza la teoría de juegos para analizar un problema de responsabilidad o de derecho de daños. Propone que los pagos en un juego en el que participan un peatón y un vehículo se alteran por las normas sobre responsabilidad por daños. Utiliza un juego sencillo para analizar el comportamiento estratégico de los agentes, teniendo en cuenta la ley y utilizando argumentos de estrategia dominante. Después, aplica modelos más complejos resueltos por inducción hacia atrás.

Por su parte, Katz utilizó la teoría de juegos para estudiar el proceso de formación de los contratos, en específico la oferta y su aceptación<sup>16</sup>. Propuso que en el estudio de cómo van a reaccionar las partes a determinadas interpretaciones de la ley deben considerarse los incentivos. Katz sostiene que el mecanismo de oferta y aceptación es una herramienta de coordinación.

## IV. EL CASO CONCRETO

En el análisis económico del derecho no hay una teoría específica para lo que se pretende en este estudio. Entonces, se reproducirá la técnica que utiliza modelos económicos para determinar las decisiones racionales de los agentes en el derecho. En particular, se utilizará la teoría de juegos y un modelo sencillo microfundamentado para analizar un problema legal específico. Aunque se

15 Randal Picker. *An Introduction to Game Theory and the Law. The Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*. Coase-Sandor Institute for Law and Economics. University of Chicago Law School, 1994.

16 Avery Katz. "The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation". *Michigan Law Review*, 1990.

estudia un caso concreto, el planteamiento del modelo es aplicable a la mayoría de los componentes de los mecanismos legales de solución de controversias.

La teoría de juegos puede explicar el comportamiento de los agentes y, muchas veces, determinar la solución óptima a una interacción<sup>17</sup>. En este estudio tenemos un juego de una sola vez, con información perfecta, dos jugadores y secuencial. No es el caso común en el análisis de conflicto<sup>18</sup>. Para determinar los pagos del juego, se planteará un modelo sencillo de costo-beneficio que cada uno de los agentes maximiza. Los procesos judiciales o arbitrales tienen un sin número de variables relevantes. Sin embargo, no todas son de interés para este estudio. Se tendrán presentes las variables importantes para las decisiones analizadas, por ser las que se afectarían con la creación del mencionado órgano de apelación. Se considera este escenario *ceteris paribus*.

### A. Planteamiento del modelo

En la inversión y en el arbitraje de inversión ante el CIADI hay dos clases de agentes implicados. En la primera etapa, están los estados como negociadores de los acuerdos regulatorios; y en la segunda, están los privados que invierten su capital en el territorio de otro estado. Los estados son los sujetos del derecho internacional y, por lo tanto, pueden negociar los instrumentos aplicables. Los inversionistas no pueden participar de este proceso. Esta condición del derecho será el punto de partida para plantear el juego que se analiza.

Los jugadores son, entonces, los estados y los inversionistas. Es un juego secuencial, no repetido, en el que juegan primero los estados, cuando determinan el marco regulatorio, y después, los privados, cuando determinan si realizan o no su inversión. Hay información perfecta, porque la determinación de los estados queda plasmada en un acuerdo normativo al que tienen acceso todas las personas. Este acuerdo puede consultarse antes de tomar las decisiones de inversión. Los estados utilizarán inducción hacia atrás para determinar la estrategia de los privados y decidir qué, considerando el comportamiento de los privados, reporta el mayor provecho.

### B. Juego

Los estados empiezan el juego y eligen si crean el órgano de apelación (*OA*) o no lo crean (*NA*). Este podría crearse de manera permanente, pero con salvedades

17 Véase, entre otros, Roger B. Myerson. *Game Theory: analysis of conflict*. Cambridge: London: Harvard University Press, 1991.

18 En general, hay juegos repetidos con información asimétrica.

sobre su competencia<sup>19</sup>. Después, con información clara sobre la decisión de los estados, los inversionistas definen si invierten o no. La decisión de invertir dependerá de la tasa de retorno a la inversión que pague el mercado ( $r^*$ ) y de si es alta o baja. El contar con un órgano de este tipo implica que las disputas que se lleven al CIADI necesariamente cuenten con una segunda instancia. En consecuencia, el inversionista incorpora costos a su tasa mínima de retorno a la inversión y adiciona una prima equivalente al valor esperado del procedimiento de apelación; su nueva tasa mínima de retorno a la inversión sería ( $r^i$ ).

Los inversionistas son tomadores de precios y, por lo tanto, no pueden determinar las tasas de interés; invierten ( $I$ ) cuando la tasa que paga el mercado por la inversión ( $r^*$ ) es lo suficientemente alta, y no invierten ( $NI$ ) cuando es baja. Suficientemente alta quiere decir que sea mayor a  $r^i$ .

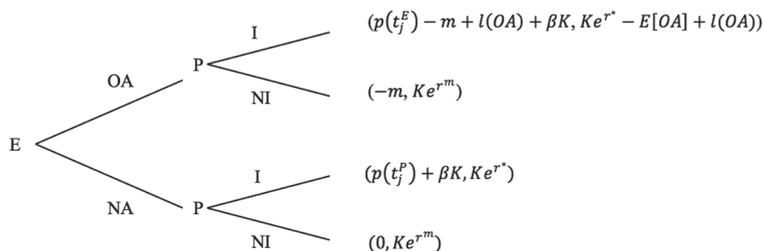
Para el juego, habrá tres escenarios diferentes. El primero, en el que la tasa de retorno a la inversión es alta. El segundo, en el que la tasa de retorno es menor a  $r^i$ , pero mayor a la tasa de retorno que paga el mercado en una cuenta de ahorros. El tercero, en el que la tasa de retorno  $r^*$  es menor a  $r^i$  y menor a la tasa de retorno de una cuenta de ahorros. Los resultados se verán más adelante.

El juego es el siguiente:

$$\begin{aligned}
 N &= \{E, P\} \\
 S_E &= \{OA, NA\} \\
 S_P &= \{OAI, OANI, NAI, NANI\}
 \end{aligned}$$

La representación extendida del juego es:

**Gráfica 1**



Fuente: Elaboración propia.

19 Esta aclaración tiene efectos si al Estado le interesan algunas inversiones que no atraería de facultar al órgano de apelación, para conocer de todas las materias sin reserva alguna.

A continuación se explicará de dónde salen los pagos incluidos en la representación. Consúltense el apéndice para ver el desarrollo matemático detallado.

### 1. Pagos

Para empezar, suponemos que un proceso  $p$  tiene costos  $cp$  y beneficios  $bp$ . El beneficio neto del proceso es la diferencia entre los costos y los beneficios.

$$p = bp - cp$$

Los beneficios obtenidos en un proceso que discute una inversión pueden ser dos: la proporción del capital que en efecto se recupera ( $\alpha K$ ) y el ajuste de esa decisión a las pretensiones de la demanda o a los intereses de cada una de las partes ( $j(t_j)$ ). Aquí,  $K$  es el capital inicial de inversión dado y no variante en el tiempo.  $\alpha$  es una proporción recuperada. Al ser una proporción, necesariamente  $0 \leq \alpha \leq 1$ .

El ajuste a las pretensiones de la demanda se denomina  $j$ , que depende del tiempo que transcurra en el juicio ( $t_j$ ). Necesariamente,  $t_j > 0$  por ser una medida de tiempo.

$$bp = j(t_j) + \alpha K$$

La función de costos depende de las llamadas costas del proceso  $c(t_j)$  y del costo de oportunidad del capital durante el tiempo del proceso. Las costas ( $c$ ) son todos los gastos en los que se incurre por acudir a un juicio. Entre estos encontramos costos de abogados, fotocopias, pruebas, viajes, funcionamiento del tribunal (cuando se trata de uno privado), entre otros. Los costos son proporcionales al tiempo que transcurra: a mayor tiempo mayores costos. Por otra parte, durante un juicio se pierde el costo de oportunidad del capital: cuando tenemos un capital inicial ( $K$ ), una tasa de interés ( $r$ ) y un tiempo que transcurre en juicio ( $t_j$ ), la pérdida del costo de oportunidad es  $Ke^{rt_j} - K$ .

**Supuesto 1:** El capital en discusión en el proceso queda congelado. Muchas veces se imponen medidas cautelares, como el embargo, el secuestro o la inscripción de la demanda, que obstaculizan el movimiento de los activos. Otras veces el simple hecho de estar inmerso en un conflicto excluye el bien del interés del mercado.

$$cp = c(t_j) + Ke^{rt_j} - K$$

De todo lo anterior tenemos que

$$p = (\alpha + 1) K + (j - c) t_j - Ke^{rt_j}$$

En la maximización de esta función objetivo, cada agente encuentra el tiempo óptimo que debe durar un proceso, y así determina si debe resolverse o no en una sola instancia. Entre menor sea el tiempo óptimo, se preferirán menos instancias.

**Supuesto 2:** El  $j$  de los estados es mayor al  $j$  de los privados cuando existe un órgano de apelación consolidado. Al tenerse un consolidado, se puede estabilizar la jurisprudencia. Esto les anticipa a los jugadores de qué manera podría fallarse en el futuro o, al menos, qué elementos se tendrán en cuenta y cuál es su interpretación. Los estados son receptores de inversión de manera constante y estarán inmersos en un mayor número de conflictos que los inversionistas independientes. Es decir, hay un número finito de países que pueden recibir una inversión, mientras que existe un número ilimitado de posibles inversionistas, que muchas veces hacen una única inversión. Así, un sistema de precedente puede dar mucha más seguridad a los estados, que se acostumbran a litigar con él.

Además, las decisiones de un tribunal consolidado son diferentes a las de los tribunales *ad hoc*. Un tribunal consolidado existe porque los estados han cedido parte de su soberanía para constituirlo y acatar sus disposiciones como finales. Esto genera una responsabilidad del tribunal de respetar esa soberanía. La jurisprudencia que se crea se cuida de exceder las competencias otorgadas por el acuerdo y de traspasar la soberanía de los estados parte. Por último, para los estados puede ser beneficioso contar con un órgano de apelación permanente, ya que son ellos quienes pueden escoger a los miembros que lo constituyan<sup>20</sup>.

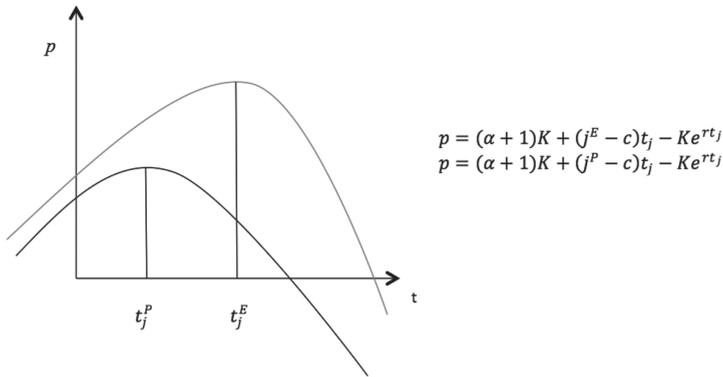
De lo anterior se deduce que

$$t_j^P < t_j^E$$

En la gráfica puede verse:

20 Tams. *Op. cit.*, p. 34.

Gráfica 2



Fuente: Elaboración propia.

Los estados tienen un  $j$  mayor por la existencia de un órgano de apelación. Según la gráfica, a los estados les convendría contar con un órgano de apelación que revise los laudos arbitrales en segunda instancia y profiera una decisión final. A los privados inversionistas no, porque preferirían un menor tiempo en el proceso, por lo que evitarían su creación. Estas conclusiones son propias de un análisis que aún no ha considerado la interacción de los agentes que se utilizarán como punto de partida del análisis en juegos.

**Supuesto 3:** El órgano de apelación genera ganancias en consistencia para ambas partes. Este crea jurisprudencia que indica a los agentes cómo se interpretarán las normas y, por lo tanto, a qué deben atenderse. Esos lineamientos adicionales a las normas en sí mismas son ganancia para ambas partes. La ganancia en consistencia se indicará como una constante que existe cuando se crea el órgano de apelación  $l(OA)$  y no existe en el caso contrario.

**Supuesto 4:** El Estado obtiene ganancias de la inversión extranjera. Cuando un privado realiza una inversión, el Estado receptor recibe ganancias a través de impuestos, crecimiento económico, generación de empleo y reputación. Para hacer simple el análisis, la ganancia para el Estado se definirá como una proporción del capital invertido ( $\beta K$ ).

**Supuesto 5:** La creación de un órgano de apelación supone para los estados un costo fijo  $m$ . Además,  $m$  es menor que  $p(t^E) + l(OA) + \beta K - p(t^P)$ . La diferencia entre el pago del proceso en el tiempo óptimo del Estado y el tiempo óptimo del privado es la misma ganancia que obtiene el Estado cuando crea el órgano de apelación. Esto si se advierte que cuando no se crea el Estado participa en

los procesos que tienen un tiempo subóptimo. La ganancia de crearlo es justo la de pasar de ese tiempo subóptimo  $t^P$  al tiempo óptimo de maximización  $t^E$ .  $m$  constituye un costo fijo adicional de mantenimiento; no sería racional que el Estado pierda toda su ganancia por optimización por el pago de un costo fijo. En ese escenario, nunca sería racional crear el órgano.

En suma, para una mayor comprensión de lo que sigue, tenemos los siguientes pagos:

1. *Si se crea el órgano de apelación y hay inversión*, el Estado gana  $p(t^E)$ , pierde un costo  $m$  de mantenimiento del órgano, gana en consistencia  $l(OA)$  y gana por inversión ( $\beta K$ ):  $p(t_j^E) - m + l(OA) + \beta K$ . El privado gana el retorno de inversión a su capital ( $r^*$ ), menos el valor esperado de la apelación ( $Ke^{r^*t_i} - E[OA]$ ) y gana en consistencia.  $t_i$  es el tiempo que dura la inversión y se estandariza en 1.
2. *Si se crea el órgano de apelación y no hay inversión*, el Estado pierde  $m$ . El privado gana el retorno al ahorro en su banco ( $Ke^{r^m t_i}$ ). Su retorno mínimo.
3. *Si no se crea el órgano de apelación y hay inversión*, el Estado gana  $p(t_j^P)$ , gana de la inversión ( $\beta K$ ) y no pierde el costo fijo. El privado gana el retorno al capital con  $r^*$ , es decir,  $Ke^{r^* t_i}$ .
4. *Si no se crea el órgano de apelación y no hay inversión*, el Estado no gana ni pierde. El privado gana el retorno a su capital con la tasa de interés mínima ( $Ke^{r^m t_i}$ ), como si hubiera dejado el capital en una cuenta de ahorros.

## 2. Solución y resultados

En el esquema del juego, los estados juegan primero para definir el marco regulatorio y los privados juegan después para acogerse de manera estricta a ese marco regulatorio que conocen de antemano. Los estados optarán por crear el órgano de apelación, mientras que los privados preferirán menos tiempo de juicio. Ya sabemos que los privados no pueden participar de la decisión y que pierden beneficios con la de los estados. Para anticipar la estrategia de los estados, los privados toman una determinación informada sobre si invertir o no invertir, teniendo en mente la tasa de retorno que le pagaría el mercado a su inversión.

El inversionista mide el valor esperado del daño que le causaría acudir al órgano de apelación ( $E[OA]$ ) y lo incorpora a su decisión sobre la tasa de retorno del

proyecto en el que invierte. Si antes invertía a una tasa de retorno mínima ( $r^m$ ), ahora incluye ese valor esperado e invierte a una tasa  $r^i$ , donde

$$Ke^{r^m t_i} + E[OA] - l(OA) = Ke^{r^i t_i}$$

$r^*$  = tasa de interés que paga el mercado a la inversión.

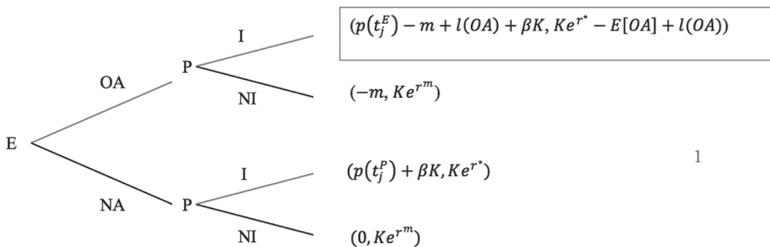
$r^m$  = tasa de interés mínima a la inversión en condiciones normales. Es la misma tasa de interés que pagaría un banco local por el ahorro en cuenta.

$r^i$  = tasa de interés que llevará al privado a invertir.

**Supuesto 6:**  $r^m$  es siempre menor que  $r^*$ , que puede ser mayor o igual a  $r^i$ . Además,  $r^m$  será menor a  $r^i$  cuando exista un órgano de apelación y será igual cuando no lo haya.

Existen tres escenarios de mercado diferentes a los que puede enfrentarse el agente privado al tomar sus decisiones de inversión. En el primer escenario  $r^* \geq r^i$ ; en el segundo,  $r^i > r^* > r^m$ ; y en el tercero,  $r^* < r^m \leq r^i$ .

**Gráfica 3**

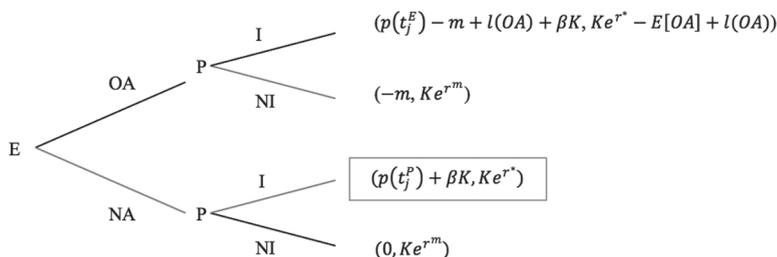


Fuente: Elaboración propia.

La tasa que paga el mercado a la inversión es mayor a la tasa mínima de inversión, por lo que el privado siempre invierte sin importar la existencia de un órgano de apelación consolidado. En consecuencia, el Estado preferirá más que antes crearlo y ganar  $(p(t_j^E) + l(OA) + \beta K - p(t_j^P) - m)$ . Esta diferencia es positiva.

$$r^i > r^* > r^m$$

Gráfica 4



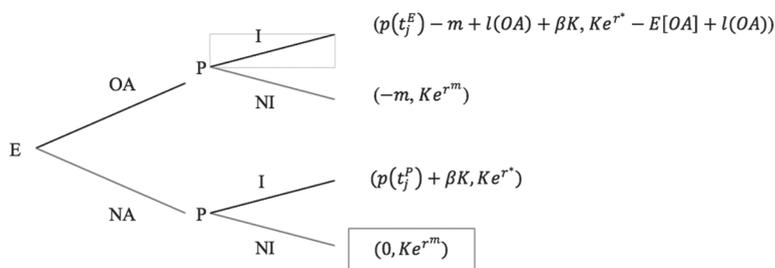
Fuente: Elaboración propia.

En este segundo escenario, el privado sólo invertirá cuando no exista órgano de apelación. Lo anterior sucede porque el valor esperado del litigio no está del todo cubierto por el retorno a la inversión que genera la tasa del mercado. El privado prefiere dejar su capital en una cuenta de ahorros en su país.

Sin embargo, cuando no existe el órgano de apelación, prefiere invertir. Aunque la tasa de mercado es menor a la tasa de inversión, es mayor a la tasa mínima  $r_m$ . En este caso, el Estado se beneficiará de no crearlo y atraer inversión extranjera, ya que  $p(t_j^I) + \beta K - m$ .

$$r^* < r^m \leq r^i$$

Gráfica 5



Fuente: Elaboración propia.

Por último, en este caso la tasa que le pagaría un banco por el ahorro del capital es mayor a la tasa que le paga el mercado a la inversión. En consecuencia, el privado prefiere mantener el capital en una cuenta con menores riesgos. Tampoco tendrá sentido que el Estado pague el costo de mantenimiento ( $m$ )

que implica la creación del órgano; prefiere ganar cero a perder un costo fijo de mantenimiento ( $0 > -m$ ).

#### ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

Los resultados indican que las decisiones de los inversionistas se alteran en los diferentes escenarios y sí podrían verse afectadas por la constitución de un órgano de apelación. La influencia de su creación dependerá en gran parte del valor esperado que genere para los privados y de las ganancias en consistencia. Depende, entonces, de la probabilidad de que en efecto haya un litigio por la inversión realizada y de qué tan parcial sea el órgano en favor de los estados.

Con el modelo planteado, el Estado podría evaluar la tasa de retorno que paga el mercado a la inversión, para determinar si vale la pena o no constituir un órgano de apelación permanente. Más interesante aún es que podría delimitarse su competencia a determinadas industrias o sectores. Así, se evalúa el retorno a inversiones en los sectores de forma independiente, y se define si debe o no facultarse al órgano para conocer de las diferencias relativas al sector.

Este mecanismo de diferenciar sectores no es ajeno a los compromisos internacionales. Por ejemplo, en el comercio transfronterizo de servicios que se desregula ante la OMC, cada miembro presenta una lista de compromisos que se divide por los diferentes servicios y determina cuáles son las obligaciones que adquirirá el Estado de cara a cada sector. Nada obsta para que se haga algo semejante en el caso de arbitraje en inversión ante el CIADI.

Lo que este estudio pretende, más que dar unos resultados finales sobre si se debe o no crear el órgano de apelación para la solución de controversias de inversión en el CIADI, es mostrar una forma de abordar los problemas legales que tenga presente herramientas económicas. Por lo general, las discusiones sobre instituciones legales tienen muchos componentes políticos y muy pocos argumentos formales. Al aplicar el análisis económico del derecho a esta disciplina, contamos con herramientas de evaluación formales que consideran criterios de eficiencia y racionalidad.

El modelo, aparte de sus resultados finales, deja otra serie de aprendizajes acerca de cómo interactúan los agentes y qué variables están en juego. Cuando los resultados del juego no se ajusten a los supuestos de una situación fáctica determinada, podrían utilizarse otras nociones del modelo para hacer el análisis. Aunque este modelo se planteó para el caso específico del arbitraje de inversión, su estructura

e intuición podrían llevar a la creación de otros modelos sencillos que analicen problemas legales en general o mecanismos de solución de controversias particulares, en la búsqueda de soluciones óptimas para problemas jurídicos.

APÉNDICE CON DESARROLLO MATEMÁTICO

Función de beneficios:

$$bp = j(t_j) + \alpha K$$

Para  $0 \leq \alpha \leq 1$  y  $t_j > 0$ .

Supuesto 1:

$$\frac{dj(t_j)}{dt_j} > 0$$

Función de costos:

$$cp = c(t_j) + Ke^{rt_j} - K$$

Para  $K \equiv \bar{K}$  y  $K, r \geq 0$

Supuesto 2:

$$\frac{dc(t_j)}{dt_j} > 0$$

Función objetivo:

$$p = bp - cp$$

$$p = j(t_j) + \alpha K - [c(t_j) + Ke^{rt_j} - K]$$

$$p = (\alpha + 1) K + (j - c) t_j - Ke^{rt_j}$$

Supuesto 3:

Para:  $0 < t_j \leq 1$ :

$$\frac{d(j^P - c)t_j}{dt_j} > \frac{d(j^E - c)t_j}{dt_j}$$

Para :  $1 < t_j \leq 2$ :

$$\frac{d(j^E - c)t_j}{dt_j} > \frac{d(j^P - c)t_j}{dt_j}$$

**Ejemplo lineal:** la relación de  $j$  y  $c$  con el tiempo es lineal. Esto quiere decir que a medida que aumenta el tiempo,  $j(t_j)$  y  $c(t_j)$  aumentan de manera proporcional. Esto puede ser cierto o tener algunas excepciones. Pero en la medida en que guarda la intuición de la relación que nos interesa, se planteará de esta manera para simplificar el estudio y facilitar el análisis gráfico.

$$p_p = 1 - j(t_j) + \alpha K - [c(t_j) + Ke^{t_j} - K]$$

$$p_E = j(t_j) + \alpha K - [c(t_j) + Ke^{t_j} - K]$$

En el proceso de maximización de utilidad el costo marginal, ( $CMg$ ) debe ser igual al beneficio marginal, ( $BMg$ ), o lo que es igual, que la derivada de la función  $p$  con respecto al tiempo sea igual a cero<sup>21</sup>. En este caso tenemos que

$$CMg = \frac{d(c\hat{p})}{dt} = c + Kre^{t_j}$$

$$BMg = \frac{d(b\hat{p})}{dt} = j$$

21 Este proceso simple de optimización nos permite encontrar un único punto máximo, debido a las propiedades de concavidad de la función objetivo. Los primeros dos términos son lineales y el tercero es el negativo de una exponencial (convexa). Todo esto nos lleva a que la ecuación (1) es cóncava y es posible encontrar un único punto máximo, mediante un proceso de maximización, en el que el beneficio marginal se iguale al costo marginal.

Igualando,

$$j = c + Kre^{rt_j}$$

$$(j - c) - Kre^{rt_j} = 0 = \frac{dp}{dt}$$

Resolviendo para  $t_j$ ,

$$t_j^* = \ln \frac{j - c}{rK} * \frac{1}{r}$$

En la maximización cada agente encuentra el tiempo óptimo que debe durar un proceso, y así determina si debe resolverse o no en una sola instancia. Entre menor sea el tiempo óptimo, se preferirán menos instancias.

Para los estados tenemos que

$$t_j^E = \ln \frac{j^E - c}{rK} * \frac{1}{r}$$

Para los privados tenemos que

$$t_j^P = \ln \frac{j^P - c}{rK} * \frac{1}{r}$$

Según el supuesto 3, para  $1 < t_j \leq 2$ ,

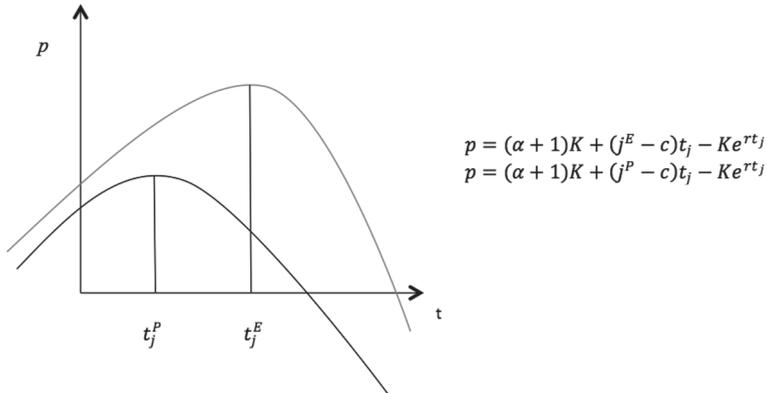
$$j^E > j^P$$

y por lo tanto,

$$t_j^P < t_j^E$$

En la gráfica,

Gráfica 6



Fuente: Elaboración propia.

## BIBLIOGRAFÍA

Acciari, Hugo. “El análisis económico del derecho de daños. Elementos para una aproximación”. *Lexis-Nexis Jurisprudencia Argentina* (número especial sobre derecho y economía), 2006, pp. 20-36.

Calabresi, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”. *The Yale Law Journal* 70, n.º 4, 1961.

Coase, Roland. “The Problem of Social Cost. Universidad de Chicago”. *Journal of Law and Economics* 3, 1960.

Gleason, Erin. “International Arbitral Appeals: What are we so Afraid of?” *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 7, n.º 2, 2007.

ICSID Secretariat. *Possible Improvements of The Framework For ICSID Arbitration*. International Centre for Settlement of Investment Disputes. Discussion Paper, October 22, 2004. Consultado en <http://www.worldbank.org/icsid>.

Kalb, Johanna. “Creating an ICSID Appellate Body”. *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs* 179, 2005.

Katz, Avery. “The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation”. *Michigan Law Review* 1990.

- Laird, Ian y Rebecca Askew. “Finality vs. Consistency: Does Investor-State Arbitration Need an Appellate System?” *The Journal Of Appellate Practice And Process* 7, n.º 2, 2005.
- Myerson, Roger B. *Game Theory: analysis of conflict*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.
- Pickier, Randal. *An Introduction to Game Theory and the Law. The Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics*. Coase-Sandor Institute for Law and Economics. University of Chicago Law School, 1994.
- Posner, Richard A. *El análisis económico del derecho. Política y Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Tams, Christian. “An Appealing Option? The Debate about an ICSID Appellate Structure”. *Essays in Transnational Economic Law*, n.º 57, 2006.
- Trachtman, Joel P. “The Domain of the WTO Dispute Resolution”. *Harvard International Law Journal* 40, n.º 2, 1999.

# DERECHO, DESARROLLO Y NEOLIBERALISMO: EL CASO DE LA REFORMA AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL COLOMBIANO

FARID SAMIR BENAVIDES VANEGAS\*

**Resumen:** En este trabajo estudiaré la reforma al sistema penal con la noción de *world system analysis* de Immanuel Wallerstein. En la primera parte, analizaré la constitución de una geopolítica del conocimiento en Colombia en el siglo XIX: mostraré en qué forma se introdujeron los diseños y las concepciones globales acerca de la ley como parte de un discurso de la civilización y la europeización del derecho penal. En la segunda parte, estudiaré el discurso acerca de la ley penal en relación con el discurso técnico del modelo de desarrollo neoliberal. Mi objetivo es contribuir a la literatura sobre el derecho y el desarrollo con un trabajo que tenga en cuenta las cuestiones del desarrollo, la geopolítica del conocimiento, la constitución discursiva de un campo de poder y el papel del derecho en la reciente ola de globalización en Colombia. En este trabajo quiero mostrar cómo la introducción del análisis económico del derecho (AED) forma parte de la tendencia globalizadora del derecho y cómo es un elemento importante para comprender la introducción de lo económico en el estudio del derecho penal.

**Palabras clave:** derecho y desarrollo, reforma penal, cultura jurídica, diseños globales, análisis económico del derecho.

## INTRODUCCIÓN

En enero del 2005, entró en vigor una nueva reforma al sistema de justicia penal de Colombia. El sistema de justicia penal de Puerto Rico fue el modelo para el colombiano, dadas sus similitudes con el sistema americano. El hecho de que Colombia y Puerto Rico comparten una cultura española, según los reformadores, facilitaría la transición a un nuevo sistema de derecho. El nuevo sistema reemplazaría a uno construido con base en el modelo español de justicia penal, con algunas peculiaridades como que la oficina del fiscal general de la nación formara parte de la rama judicial. Hasta el 2005, el fiscal tuvo la facultad de investigar y ordenar la detención de los sospechosos.

\* Ph. D. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y director del área de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Ha trabajado en varios textos la relación entre teoría poscolonial y derecho. Correo electrónico: fs.benavides@uniandes.edu.co

Según los reformadores, el sistema vigente hasta el año 2005 tenía demasiados defectos. Necesitaba transformarse para proteger mejor los derechos de los acusados<sup>1</sup> y para tener un mejor sistema de control de la delincuencia. En los textos de justificación de la reforma, se sostuvo que el sistema de justicia penal había demostrado ser incapaz de tratar el aumento de la criminalidad. Para los reformadores, este era viejo e ineficiente, por lo que era pertinente un cambio. Para ellos, el sistema enfrentaba dos retos: primero, la actualización que las fuerzas de la globalización imponen al derecho penal; y segundo, la necesaria modernización que la globalización de la delincuencia impone a la justicia penal para combatir delitos como el tráfico de drogas y el terrorismo, en los que las fronteras nacionales se convierten en un obstáculo para la aplicación de ley. En el discurso oficial de justificación, se insistió en la necesidad de mantenerse al día con las doctrinas penales desarrolladas en países como Alemania y España, considerados los más avanzados en este campo. Al mismo tiempo, se llamó la atención sobre las reformas internacionales: los instrumentos como el Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) y la Convención de Viena contra la Delincuencia Transnacional (2000) señalan la obligación de diseñar nuevos instrumentos e instituciones para luchar contra la amenaza mundial de la delincuencia.

En la justificación hay un elemento que es nuevo y central para los reformadores. Según ellos, la tasa de criminalidad y la ineficiencia afectan la estabilidad del sistema y hacen que el país se vea menos atractivo para la inversión extranjera. Por tanto, impiden el necesario flujo de capital para lograr el desarrollo y para incorporar del todo al país a la economía global. A pesar de las reformas al sistema en Colombia —la anterior fue en el 2001—, la nueva tiene algunos aspectos de interés:

- En primer lugar, la reforma del 2005 sólo transformó el sistema de justicia penal, sin cambiar la estructura de los delitos y de las penas. Esto es un avance, pues las reformas anteriores transformaron el Código Penal y el derecho procesal penal, con el fin de mantener la coherencia entre los dos.
- En segundo lugar, las reformas anteriores intentaron modernizar el sistema y mantenerlo al día con respecto a las modernas teorías del derecho penal. Lo importante era el carácter civilizador de la legislación europea<sup>2</sup>. A diferencia de las anteriores, la del 2005 tiene en cuenta el modelo de desarrollo del país; por

1 Mauricio González Cuervo. “Introducción”. En *Reforma constitucional a la justicia penal*. Bogotá: CEJ, 2002, p. 14.

2 Cristina Rojas. *Civilization and Violence. Regimes of Representation in 19<sup>th</sup> Century Colombia*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.

ello, ve en la delincuencia y en la ineficiencia del sistema de justicia penal obstáculos para el desarrollo.

Para entender la reforma es necesario tener en cuenta los antecedentes de una geopolítica del conocimiento. En primer lugar, hay que considerar que el conocimiento producido por los economistas en las universidades sobre la delincuencia y los delincuentes formaba parte del proceso de constitución de la nación. El discurso subyacente en este conocimiento fue refutado desde la década de 1990. En la segunda parte del trabajo, estudiaré este ataque y el tipo de argumentos que se utilizaron. En segundo lugar, en este trabajo quiero mostrar cómo el carácter técnico de la economía, al menos la forma en la que los economistas la veían, condujo a una tecnificación y a una *economización* del derecho penal. Los economistas controlaron este campo. Desarrollaron sus teorías a partir de determinados lugares de poder y de conocimiento. Mediante la construcción del campo, los economistas se aseguraron de que las declaraciones sobre la delincuencia y sobre el sistema de justicia penal se hicieran en sus términos y controlaron la *verdad* de estas. En suma, se convirtieron en los jueces de la realidad que ellos mismos construyeron<sup>3</sup>. Lo ocurrido entre 1990 y el 2000 fue la constitución del campo, que todavía no se completa, por lo cual aún hay batallas y combatientes. Para tratar de dominar su campo, los abogados y los economistas utilizan diferentes diseños globales y diferentes idiomas. Esta batalla es la lucha por la hegemonía política y cultural entre los EE. UU. y Europa<sup>4</sup>.

El discurso sobre la delincuencia y los delincuentes tiene una genealogía. Para explorar la constitución del área de conocimiento relacionada con este, nos vamos a remontar a la década de 1960 y a las instituciones en las que se expresó. Sin el movimiento derecho y desarrollo la inclusión del desarrollo en la ley no hubiera sido posible. Al mismo tiempo, sin estas las intervenciones de los economistas en la discusión de la ley penal habrían sido impensables. En la tercera parte, vamos a mostrar cómo sucedió lo impensable.

Diferentes diseños globales entraron en tensión en la formulación del sistema de justicia penal en Colombia. Esta tensión se puede ver en las discusiones sobre la reforma y en los matices que los dos lados dieron a sus argumentos según las diferentes geografías del conocimiento: los abogados apelaron al discurso del liberalismo en Europa para criticar el carácter de la reforma, que etiquetaron de

3 Michel Foucault. *El discurso del poder*. México: Folio Ediciones, 1983.

4 Walter D. Mignolo. *Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledge, and border thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2000; David Garland. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

*eficientista*; los economistas, por su parte, apelaron al discurso del análisis económico del derecho con el fin de justificar la reforma<sup>5</sup>.

Los actores internacionales, como la USAID y el Banco Mundial, y los nacionales, como la Corporación Excelencia en la Justicia, fueron fundamentales en la promoción de la reforma y en su legitimación institucional. En la tercera sección se analizará el papel de estos y se mostrará cómo la reforma estaba relacionada de cerca con el modelo neoliberal de desarrollo, gracias a la *economización* del campo en la década de 1990, después de la reforma de la Constitución en 1991.

Este artículo es un estudio de la reforma del 2005 desde una perspectiva conocida como *world system analysis*<sup>6</sup>. En la primera parte, analizaré la formación de una geopolítica del conocimiento, para ver cómo se introdujeron los diseños globales y las concepciones globales acerca de la ley en Colombia en el siglo XIX como parte de un discurso de la civilización y de un discurso de la europeización del derecho penal. En la segunda parte, estudiaré la constitución de un discurso acerca de la ley penal, que se conecta con el discurso técnico de un modelo de desarrollo neoliberal. Mi objetivo es contribuir a la literatura sobre el derecho con un análisis que tenga en cuenta las cuestiones de desarrollo, la geopolítica del conocimiento, la constitución discursiva de un campo de poder y el papel del derecho en la reciente ola de globalización en Colombia. En este análisis quiero mostrar que la introducción del análisis económico del derecho (AED) forma parte de esa tendencia globalizadora del derecho y que es un elemento importante para comprender la introducción de lo económico en el estudio del derecho penal.

## I. EL DERECHO PENAL Y EL PROCESO DE CIVILIZACIÓN

Yves Dezalay y Bryant G. Garth explican la constitución de un campo de poder en el derecho en América Latina. En su libro *The Internationalization of Palace Wars* estudian el papel de los abogados y los economistas en las transformaciones que tuvieron lugar en la región desde la década de 1960 hasta la de 1990. En su análisis, utilizan el concepto de *guerras de palacio*, noción tomada de Bourdieu, para estudiar las disputas internas entre abogados y economistas por el poder y para explicar cómo estas condujeron a las transformaciones en el Estado. A pesar de las diferencias en las trayectorias históricas de cada uno de los países analizados, el papel de los abogados en el siglo XIX es común a

5 José Urbano *et al.* *Reforma Procesal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

6 Immanuel Wallerstein. *Análisis del sistema-mundo: una introducción*. México: Siglo XXI, 2006.

todos. Según Dezalay y Garth, los abogados o, como los llaman, los caballeros políticos de la ley representaron una especie de ideal aristocrático de gobierno<sup>7</sup>.

Garth y Dezalay señalan que la ley ganó legitimidad a través del capital internacional académico que América Latina adquirió por tradición en Europa. Agregan que “el modelo clásico no requería que todos los políticos fueran licenciados en derecho, pero la ley siempre proporcionó las redes de relaciones cruciales y el lenguaje legitimador”<sup>8</sup>. Mediante la descripción de Jorge I. Domínguez sobre los gobernantes modernos<sup>9</sup>, Dezalay y Garth muestran que en la década de 1970 hubo una transformación en las élites que controlaban a los países analizados. Los economistas, educados en principio en la Universidad de Chicago, utilizaron sus conexiones con los Estados Unidos para tener acceso al Estado y para llegar a reemplazar a los abogados en el Gobierno. El contacto con los EE. UU. daría a estos *technopols* prestigio y haría que su capital cultural fuera más atractivo que el de los abogados. Mientras que el campo de especialización de los abogados era la ley, el suyo era la economía.

Este análisis de Garth y Dezalay es importante, porque da cuenta de los actores que introdujeron las ideas que más tarde transformarían la estructura del Estado. Dezalay y Garth sólo prestaron atención al prestigio que Europa tuvo en el siglo XIX y XX en América Latina, pero no tuvieron en cuenta las razones por las que el conocimiento jurídico europeo fue tan valorado. Tampoco se detuvieron a ver cómo las élites lo percibieron. No consideraron que las transformaciones en el modelo de desarrollo y en la hegemonía del sistema mundial hicieron que el campo jurídico deviniera en un campo económico. No examinaron cómo esta transformación fue fundamental para que la ley se percibiera como un instrumento, y no como constitutiva o política. Estos autores dejaron a un lado la construcción de un campo discursivo. En cambio, llegaron a que el resultado del proceso es la elección racional, en la que los actores buscan la forma más prestigiosa y ágil de acceder al poder.

Como Teivanen ha demostrado, en la década de 1990, el modelo neoliberal condujo a la despolitización de la política y de la ley<sup>10</sup>.

7 Yves Dezalay y Bryant G. Garth. *The Internationalization of Palace Wars*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

8 Dezalay y Garth. *Op. cit.*, p. 22.

9 Jorge I. Domínguez. *Technopols: freeing politics and markets in Latin America in the 1990s*. University Park: Pennsylvania State University Press, 1997.

10 Teivo Teivanen. *Enter economics, exit politics. Experts, economic policy, and the damage to democracy*. London, New York: Zed Books, 2002.

En la siguiente sección explico la geografía del conocimiento jurídico y cómo la ley y el derecho penal fueron instrumentos en la misión civilizadora del siglo XIX en Colombia. Las élites colombianas formularon una política de blanqueamiento de la población colombiana, conforme al modelo de Sarmiento, para lo que utilizaron el derecho penal. Este papel del derecho europeo en la misión civilizadora les dio prestigio a los abogados colombianos. A partir de esta afirmación podemos construir nuestro análisis, siguiendo el de Dezalay y Garth.

## II. EL DERECHO Y LA MISIÓN CIVILIZADORA

El siglo XIX en Colombia se caracterizó por las guerras y las luchas de poder. Una interpretación tradicional destaca de este período la lucha por el poder económico, los enfrentamientos entre los gobernantes urbanos y los terratenientes ricos y las disputas por la centralización del Estado. Este enfoque considera que las anteriores luchas fueron tensiones entre las élites, y deja de lado el papel del sector popular en la constitución de la nación y del Estado en Colombia. Esta perspectiva tampoco tiene en cuenta las relaciones de dominación y control entre las élites y el sector popular. No obstante, señalar esto no es suficiente para explicar la especial configuración del Estado y la función del derecho en este proceso.

Como Salvatore y Aguirre han demostrado, un enfoque sólo foucaultiano o marxista no tiene presente que la clase obrera y las clases bajas estaban en proceso de constitución y que la historia de Europa no podía explicar la historia particular de América Latina<sup>11</sup>. En esta sección, pongo a prueba una perspectiva diferente, que considera el proceso de constitución de las identidades en Colombia y conecta la ley penal con el proyecto de civilización del siglo XIX en Colombia.

Los enfrentamientos del siglo XIX pueden entenderse como guerras por la civilización. Después de la independencia, las élites colombianas afrontaron la constitución de una nueva nación. Estas no formaban más parte del imperio español y reclamaban una nueva identidad, la de los americanos<sup>12</sup>. Ser americano podía significar muchas cosas. Para políticos como Domingo Faustino

11 Ricardo D. Salvatore y Carlos Aguirre. *The birth of the penitentiary in Latin America: essays on criminology, prison reform, and social control, 1830-1940*. Austin: University of Texas Press: Institute of Latin American Studies, 1996; Dario Melossi y Massimo Pavarini. *The prison and the factory: origins of the penitentiary system*. Totowa: Barnes and Noble Books, 1981; Carlos Franco. *Del marxismo eurocéntrico al marxismo latinoamericano*. Lima: Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación, 1981; Aníbal Quijano. *Reencuentro y debate: una introducción a Mariátegui*. Lima: Mosca Azul, 1981.

12 Jorge Esquirol. "The fictions of Latin America law". *Utah Law Review* 426, 1997.

Sarmiento, la nación americana tenía que ser blanca, como la de los Estados Unidos. Florentino González en Colombia siguió la idea de Sarmiento sobre el blanqueamiento de la nación y la trasladó al derecho constitucional<sup>13</sup>. En la ley, esta idea se tradujo en un miedo al pueblo, al sector popular, y en la necesidad de constituir su identidad funcional para el capitalismo y para la civilización<sup>14</sup>.

En el proceso de civilización de Colombia y en su conformación como una nación blanca y de ascendencia europea, las historias de viajes fueron centrales para las élites colombianas<sup>15</sup>. Algunos miembros de estas viajaron a Europa y aprendieron a ser cosmopolitas y blancos. Ellos escribieron sus impresiones en los libros que tuvieron amplia circulación entre las élites y que les sirvieron de modelo. En estos libros el proceso de civilización se presenta de dos maneras: por un lado, las élites se diferenciaron de los sectores populares por sus características físicas y por su piel clara. Por otro lado, se dieron cuenta de que no eran europeas y, por lo tanto, de que eran incivilizadas. Esta doble condición, no ser parte del pueblo ni ser europeos, caracteriza a esas historias de viajes. Las élites viajaron de manera física o simbólica a Europa, comprendieron esta situación y cómo actuar dentro de ella<sup>16</sup>. Simón Bolívar la expresó así:

Yo considero el estado actual de la América como cuando desplomado el Imperio Romano cada desmembración formó un sistema político, conforme a sus intereses y situación o siguiendo la ambición particular de algunos jefes, familias o corporaciones; con esta notable diferencia, que aquellos miembros dispersos volvían a restablecer sus antiguas naciones con las alteraciones que exigían las cosas o los sucesos; mas nosotros, que apenas conservamos vestigios de lo que en otro tiempo fue, y que por otra parte no somos indios ni europeos, sino una especie media entre los legítimos propietarios del país y los usurpadores españoles: en suma, siendo nosotros americanos por nacimiento y nuestros derechos los de Europa, tenemos que disputar éstos a los del país y que mantenernos en él contra la oposición de los invasores; así nos hallamos en el caso más extraordinario y complicado; no obstante que es una especie de adivinación indicar cuál será el resultado de la línea de política que la América siga, me atrevo a aventurar algunas conjeturas, que, desde luego, caracterizo de arbitrarias, dictadas por un deseo racional, y no por un raciocinio probable<sup>17</sup>.

13 Jaime Duarte French. *Florentino González; razón y sinrazón de una lucha política*. Bogotá: Banco de la Republica, 1971.

14 Rojas. *Op. cit.*, p. xxvii.

15 Anibal Quijano. "Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America". *Nepantla Views from the South* 1, n.º 3, 2000.

16 William Edward Burghardt Dubois. *Black folk, then and now; an essay in the history and sociology of the Negro race*. New York: H. Holt and company, 1939.

17 Simón Bolívar. *La Esperanza del Universo*. París: Unesco, 1983, p. 104. Citado en Rojas. *Op. cit.*, p. 1.

Los abogados, como parte de las élites, se convirtieron en actores fundamentales en el proceso de la civilización y en el ejercicio del poder, dada su relación con la palabra escrita. La escritura le da al derecho una posición privilegiada en la ciudad letrada: los abogados se convierten en políticos y se establece una estrecha relación entre estos y el Estado. Para Florentino González, que era abogado, la ley formaba parte del proyecto civilizador. Además, consideraba que los criollos, es decir, las personas educadas, trabajaban para el progreso que venía de la raza europea, la única con el poder para civilizar el país<sup>18</sup>. Con base en Bentham, la propuesta de González tiene fundamento en la racionalidad del individuo y en la solidaridad de los pueblos indígenas tradicionales. Según el abogado, la independencia no se basaba en una moral vengativa, sino en una ética del progreso. En una carta a José María Torres Caicedo, Florentino González expresó con franqueza el carácter racista de la nación colombiana que él y las élites estaban tratando de construir:

Los bárbaros no aspiran a ser iguales a los hombres civilizados, poniéndose a su nivel con la ciencia y la propiedad que se les da por el trabajo y el estudio... No tenemos nada en común con los indios o los africanos, que tienen tendencias bárbaras e instintos que están en contra la civilización. La civilización no tiene nada que esperar de ellos; por el contrario, ellos tienen todo que temer de la civilización<sup>19</sup>.

Los libros de derecho se convirtieron en parte de esas historias de viajes que hemos mencionado. Los criollos viajaron a Europa para aprender sobre derecho, la organización del Estado y, en general, para entender cómo era el poder en un país civilizado. Dada la historia colonial, no es de extrañar que eligieran España para desarrollar sus estudios. En las universidades españolas, en las italianas y en las alemanas, debido a la dependencia cultural, los americanos estudiaron derecho. Aunque los cuadernos de viajes de los abogados son distintos a los escritos por los literatos, comparten ciertas características: hablan de las experiencias en el extranjero, celebran la cultura europea y se refieren a la situación de retroceso de nuestras leyes. Los libros de derecho como relatos de viajes no tratan del mundo real de la delincuencia y del derecho penal. Se dirigen a los civilizados para enseñarles cómo hacer frente a los bárbaros que aún existen en la nación, para mostrarles cómo blanquear la nación colombiana.

18 Florentino González. *Escritos políticos, jurídicos y económicos*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1981; Ángel Rama. *La ciudad letrada*. Hannover: Ediciones del Norte, 1984.

19 González (1863) citado en Néstor Díaz Videla. "Optimismo y Pesimismo en la Construcción del Proyecto Moderno. El caso Florentino González; prensa y democracia colombiana en el siglo XIX". *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* 2, n.º 7, 1994, p. 108.

José Vicente Concha, un abogado conservador que viajó a España, escribió el primer tratado de derecho penal en Colombia, publicado a fines del siglo XIX para su lectura en América Latina. Es importante señalar que Concha escribió su libro en español y que este se publicó en Francia por la falta de editoriales en Colombia y por su deseo de llegar a todo el continente latinoamericano<sup>20</sup>. El tratado presenta las teorías más avanzadas del derecho de Europa, que para Concha eran casi perfectas. Concha expone los estudios de Francesco Carrara y Pellegrino Rossi, dos abogados italianos que desarrollaron una teoría del derecho penal basada en la racionalidad del individuo y en una teoría económica del derecho. Para estos autores, el delito era una violación de la ley y el castigo un contraestímulo a la delincuencia. Su teoría de la pena era un análisis de los costos y los beneficios. Lo importante de su planteamiento era que los delinquentes eran considerados iguales a la mayoría de la sociedad. No constituían una clase o raza diferente, sino que eran individuos racionales que rompían el contrato social<sup>21</sup>.

Una de las preguntas que surge es por qué las élites aplicaron teorías, como la anterior, que consideran la igualdad de trato. Si se mira de cerca el proceso de construcción del Estado en el siglo XIX en Colombia, esta adopción no parece ser tan extraña. Como hemos mencionado, después de la independencia en 1819, las élites lucharon por el poder local en diferentes regiones, como Cauca, Cundinamarca y Antioquia. Puesto que el poder central no estaba en juego y los enfrentamientos eran entre iguales, las constituciones calificaron de combatientes a los rebeldes, no de criminales<sup>22</sup>. No se creía que el derecho penal fuera un instrumento para el control de los pueblos indígenas o afrodescendientes: estos simplemente no existían para la ley penal. Los pueblos indígenas, considerados campesinos, fueron controlados con otros instrumentos que no criminalizaban sus identidades. La Iglesia cuidó a los pueblos indígenas y se aseguró de su occidentalización. Con la introducción del liberalismo a mediados del siglo XIX, los indígenas se convirtieron en individuos; por lo tanto, estaban en pie de igualdad ante la ley. En este caso, el tipo de control no era el derecho penal, sino la estructura informal de la hacienda<sup>23</sup>.

20 José Vicente Concha. *Tratado de derecho penal*. París: Librería Paul Ollendorff, n. d.

21 Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis, 1984; Alessandro Baratta. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1983.

22 Ary Campos Chicangana. *Montoneras, deserciones e insubordinaciones. Yanacanas y Paeces en la Guerra de los Mil Días*. Cali: Archivo Histórico de Cali, 2003.

23 Lorenzo Muelas Hurtado. *La fuerza de la gente. Juntando recuerdos sobre la terrajería en Guambía, Colombia*. Bogotá: ICANH, 2005.

Si bien al final del siglo XIX el derecho penal era parte de la misión civilizadora, su función no era civilizar a los llamados bárbaros. Los pueblos indígenas no se mencionan en el derecho penal, debido a que se regían por la Ley 89 de 1890, una ley que los dividía en civilizados, semicivilizados y salvajes. El régimen de control para los civilizados y los semicivilizados consistía en su confinamiento en las zonas asignadas por el Gobierno, conocidas como resguardos, donde su autonomía era muy limitada. En los resguardos, las misiones cristianas ponían a los pueblos indígenas bajo el poder absoluto de la Iglesia católica. Víctor Bonilla mostró que en las misiones católicas en el Amazonas los religiosos se consideraban siervos de Dios y amos de hombres<sup>24</sup>.

Los relatos de viajes son importantes en el proceso de civilización de la nación colombiana, pues fueron utilizados para difundir los objetivos de las élites colombianas. Tanto los abogados como los literatos se convirtieron en actores centrales en este proceso, porque tenían la alfabetización y las herramientas utilizadas en Europa para civilizar el campo desde el Estado. Hasta ese momento el libro de Concha fue una historia de viajes que sirvió a los abogados y a los jueces en el estudio del derecho penal.

En la década de 1920, los pueblos indígenas y campesinos se hicieron visibles por su lucha por los derechos y las tierras. Cuando el Partido Socialista fue creado, Manuel Quintín Lame estaba luchando por los pueblos indígenas del Cauca y Tolima<sup>25</sup>. En 1925, las élites intentaron aprobar una reforma al sistema de justicia penal, para adaptarlo a las transformaciones de la cultura y de la doctrina del derecho prevalente en Europa. Las concepciones del derecho de Carrara y de Ferri eran obsoletas, razón por la cual la reforma elaborada por Concha no entró en vigor, a pesar de su aprobación por el Congreso. Sin embargo, es importante tener en cuenta la doctrina de Concha por su utilidad para la misión civilizadora y para el proceso por el cual los sujetos se constituyen en trabajadores y proletarios. La ley de 1890 resultó débil: los indígenas y los campesinos se rebelaron contra el sistema, los trabajadores se organizaron y protestaron contra el estado de cosas. La misión civilizadora fracasó, porque dio herramientas a los trabajadores, a los campesinos y a los pueblos indígenas

24 Víctor D. Bonilla. *Servants of God or masters of men? The story of a Capuchin mission in Amazonia*. Harmondsworth: Penguin, 1972.

25 Gonzalo Sánchez. *1929, los "bolcheviques del Líbano" (Tolima): crisis mundial, transición capitalista y rebelión rural en Colombia*. Bogotá: El Mohan, 1976; Mónica Espinosa Arango. *Of visions and sorrows: Manuel Quintín Lame's Indian thought and the violence of Colombia*. Unpublished Dissertation. Amherst: University of Massachusetts, 2004; Medófilo Medina. *Historia del Partido Comunista colombiano*. Bogotá: CEIS-INEDO, 1989.

para hacer reclamos contra el Estado. Por ejemplo, Quintín Lame utilizó la ley como un instrumento en sus luchas. Uno de los líderes del movimiento indígena colombiano afirmó: “ellos usaron la ley para controlarnos; nosotros la usamos para liberarnos”<sup>26</sup>.

Hasta este punto, los abogados eran los encargados de promover la reforma y de dar asesoramiento científico a los políticos en temas relacionados con el derecho penal y la reforma judicial. La Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Externado de Colombia, dos instituciones que se podrían considerar liberales para el momento, promovieron la transformación del sistema de justicia penal. Algunos de los profesores viajaron a Europa y trajeron nuevas teorías que se utilizarían en la reforma del sistema de justicia penal en 1936. Este fue el caso de Jorge Eliécer Gaitán, Carlos Lozano y Lozano y Jorge Gutiérrez Anzola, abogados vinculados tanto con el Gobierno como con las universidades que trajeron historias de viajes que resultarían en libros de derecho penal. En estas historias, se presentaron los avances del derecho penal en Italia y cómo la ley fue útil para el control de las clases peligrosas.

En 1936, se aprobó una reforma al sistema y se empezó a concebir al hombre criminal como diferente desde el punto de vista biológico y con necesidad de tratamiento. La Universidad Nacional de Colombia creó el Instituto de Criminología, encargado de estudiar, desde el positivismo, las causas de la delincuencia y los diferentes aspectos del criminal. Gaitán, reconocido por Enrico Ferri, el fundador italiano de la escuela del positivismo criminológico, como uno de sus más brillantes estudiantes, no escribió ningún libro sobre derecho penal, pero sí utilizó las teorías en su práctica como abogado<sup>27</sup>. Sus argumentos finales fueron publicados y leídos entre la población de jóvenes estudiantes de derecho. Carlos Lozano y Lozano publicó su libro en 1950, poco antes de su muerte<sup>28</sup>. Con la muerte de Gaitán y de Lozano y Lozano, el estudio del derecho penal pasó a la Universidad Externado de Colombia, debido a que los abogados formados en esta institución tenían los recursos y las redes necesarias para acceder a las universidades europeas.

Los profesores colombianos de derecho no estaban vinculados a la docencia de tiempo completo. Eran sobre todo litigantes o jueces para quienes la enseñanza del derecho era parte de su capital simbólico. Ser profesor en la universidad era

26 Espinosa. *Op. cit.*; Entrevista con José Vicente García, director Organización Regional Indígena del Valle del Cauca (ORIVAC). Cali, 7 de julio del 2005.

27 Jorge Eliécer Gaitán. *Defensas penales*. Bogotá: Temis, 1983.

28 Carlos Lozano y Lozano. *Derecho penal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950.

una manera de avanzar en sus carreras. Alfonso Reyes Echandía fue a la vez juez, litigante y director del Departamento de Derecho Penal en la Universidad Externado. Después de estar en Italia y Alemania, regresó a Colombia para enseñar y ejercer la abogacía. Con su propio cuaderno de viajes, introdujo el derecho y la doctrina alemana en Colombia. Su libro sobre derecho penal, publicado a principios de 1960, trajo las teorías que entienden la delincuencia como un problema técnico, como un problema de dogmática penal<sup>29</sup>. Sus libros y la universidad se convirtieron en el epítome del derecho penal en Colombia por cerca de 40 años. Reyes Echandía fue una figura central en el derecho colombiano, hasta su muerte en la masacre del Palacio de Justicia en 1985. Desde que introdujo la legislación alemana, los abogados colombianos han viajado a Alemania, Italia y España para aprender el derecho y la doctrina, y para traducir las obras de autores alemanes, con el fin de mantenerse al día con la doctrina.

La dogmática que Reyes Echandía trajo se convirtió en la manera de interpretar la ley penal. Las categorías de esta forma de pensamiento permearon la ley, al punto de que en el Código Penal de 1980 se incluyeron como principios rectores. Los abogados de la Universidad Externado se afiliaron con una de las teorías en disputa, el causalismo, y la introdujeron en sus textos interpretativos del Código Penal colombiano. Luego, los estudiantes externadistas viajaron a Europa, principalmente a Alemania y España, para actualizarse en las nuevas corrientes dogmáticas sostenidas en esos países<sup>30</sup>.

La reforma aprobada en el 2001 tuvo influencia de los abogados de esta universidad. Se justificó en la necesidad de actualizar las leyes y doctrinas de Colombia, con el fin de permanecer en el grupo de los países civilizados del mundo. Este enfoque de la ley penal fue objeto de ataques en la década de 1990 por parte de los economistas formados en Estados Unidos. Este ataque sólo era posible dentro de un marco de desarrollo, donde el derecho tenía sentido como instrumento para promoverlo. En la siguiente sección veremos cómo el movimiento derecho y desarrollo establece las bases para que los economistas puedan hacer afirmaciones significativas en el campo del derecho.

29 Alfonso Reyes Echandía. *Derecho penal colombiano. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964.

30 Francisco Muñoz Conde. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003; Emilio García Méndez. *Autoritarismo y control social: Argentina, Chile, Uruguay (1970-1980)*. Buenos Aires: Hammurabi, 1985; Roberto Bergalli. "Prólogo". En *Penal y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.

### III. EL PROYECTO DE DESARROLLO Y EL PAPEL DEL DERECHO

La primera ola del movimiento derecho y desarrollo se asocia con la idea de desarrollo nacional y con instituciones como la Fundación Ford y la USAID. En las discusiones sobre el desarrollo en América Latina, en la década de 1960, hay pocas referencias al papel del Estado y ninguna a la función del derecho penal en el proyecto de desarrollo<sup>31</sup>. A pesar de que en las ideas de Prebisch sobre el desarrollo el Estado tiene un papel importante, el derecho penal no se consideró parte de este proceso. Para Prebisch, el Estado protege la iniciativa privada y el desarrollo de las fuerzas del mercado. Para él, el Estado canaliza los recursos sociales para el sector privado, corrige las fuerzas del mercado, pone en marcha la infraestructura para el desarrollo y media entre los empresarios nacionales y la ayuda internacional<sup>32</sup>.

Para la Cepal y Prebisch, el papel del Estado es sólo ayudar al desarrollo de la economía nacional y del mercado. No tienen en cuenta el derecho penal, pues para ellos este no tuvo ninguna función en el desarrollo económico, salvo estabilizar la situación y contribuir a que la sociedad alcance el orden. Por otra parte, se considera que el derecho penal protege los valores universales, de manera que afirmar que podría ser utilizado como una herramienta de desarrollo daría lugar a la idea de que favorece intereses particulares, no los valores universales.

Con el apoyo de la Fundación Ford y la USAID, en los Estados Unidos se intentó integrar el derecho en el proceso de desarrollo. Sin embargo, como en el pensamiento latinoamericano, el derecho llegó tarde a este proceso. Profesores de derecho de las universidades de Harvard, Yale, Stanford y Wisconsin participaron en un proyecto en el que el sistema jurídico de América Latina era considerado subdesarrollado, por lo que era necesario tomar medidas para salir de este estado. El derecho fue visto en su momento como un instrumento de cambio social, en específico como una herramienta de ingeniería social. El objetivo de las reformas judiciales y legales, según los expertos de este movimiento, era adecuar el ordenamiento jurídico a los cambios sociales y económicos que ya se habían producido. Es importante anotar que los abogados llegaron tarde a la reforma y que fueron tomados como el actor secundario en el proceso. Los abogados tradicionales han pensado de otro modo: en las reformas al sistema de

31 César Rodríguez. "The return of law and development". *Beyond the Law* 7, n.º 23, 2001.

32 Raúl Prebisch. *La obra de Prebisch en la Cepal*. Selección de Adolfo Aguirre. México: Fondo de Cultura Económica, 1982; Víctor Bernal *et al.* *Pensamiento latinoamericano: Cepal, R. Prebisch y A. Pinto*. México: UNAM, 1980, p. 83; Amy L. Chua. "Markets, Democracy, and Ethnicity: Toward a New Paradigm for Law and Development". *Yale Law Journal* 108, n.º 1, 1998.

justicia penal evitaban la participación de científicos sociales, a pesar de que los aportes de la ciencia social eran tenidos en cuenta con frecuencia. Por ejemplo, en la reforma de 1966 puede verse la lectura de Gutiérrez Anzola de la teoría de la solidaridad de Durkheim.

Para una de las principales figuras del movimiento derecho y desarrollo, David Trubek, en este el derecho moderno era esencial para la creación y el mantenimiento de los mercados. El énfasis estaba en la previsibilidad como un conjunto de reglas universales aplicadas de manera uniforme. Dado que los países subdesarrollados carecían de un sistema jurídico moderno, tenían que adoptar normas contemporáneas que llevaran a la libertad y el desarrollo, a través de la adopción de los códigos extranjeros, en específico el estadounidenses. En consecuencia, se consideró que las prácticas jurídicas colombianas eran tradicionales o consuetudinarias y, por esta razón, no racionales y retardatarias. Dado que la mayor parte del trabajo en la transformación del Estado fue hecho por los economistas, los abogados sólo influyeron en la transformación de la educación legal, que era formalista y tradicional en los países subdesarrollados. Trubek, a partir de la concepción de Max Weber de la ley, sostenía que el derecho moderno no produce desarrollo económico o político, sólo ayuda a liberar la estructura del mercado y apoya un estado burocrático centralizado<sup>33</sup>.

Las historias locales se presentaron como inferiores, por lo que era necesario adoptar un modelo superior. Para Robert Seidman, los países del tercer mundo tienen una tradición de la ley dual. Según él, una sociedad plural y sistemas jurídicos plurales son muestra del legado colonial en estos países y de la necesidad de transformarlos. Para él, “por definición el derecho consuetudinario no puede conducir al desarrollo”; por lo tanto, hay que eliminar los sistemas duales de la ley y unificar la economía y el sistema legal<sup>34</sup>. Como resultado de este movimiento de derecho y desarrollo, la Fundación Ford apoyó cambios del sistema legal en tres países: Brasil, Chile y Colombia. En Brasil, se desacreditó el sistema jurídico formal y las protecciones de la ley formal, cediendo el paso a las formas de autoritarismo para las que la ley era un instrumento neutral de la política. En Chile, se hicieron transformaciones superficiales y en Colombia el proyecto fue un fracaso total<sup>35</sup>.

33 Trubek. *Op. cit.*, p. 15.

34 Robert B. Seidman. “Law and Development: a general model”. *Law and Society Review* 6, n.º 3, 1972, p. 315; Kenneth L. Karst y Keith S. Rosen. *Law and Development in Latin America. A case book*. Berkeley: University of California Press, 1975.

35 James Gardner. *Legal Imperialism*. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.

El proyecto de derecho y desarrollo dejó un importante legado para la década de 1990. Como ya he mencionado, en la década de 1960 el modelo de la Cepal puso la transformación del Estado en manos de los economistas. Si bien el derecho penal no tuvo incidencia en este proceso, la educación legal fue central. La Fundación Ford apoyó las reformas en la enseñanza del derecho en la Universidad Nacional, la Universidad de Antioquia y la Universidad de los Andes. A pesar del fracaso del programa, los estudiantes de la Universidad de los Andes fueron educados con el modelo de las universidades americanas<sup>36</sup>. Las escuelas de derecho estadounidense se convirtieron en la base para la enseñanza en esta universidad. Los estudiantes de los Andes fueron a Harvard, Wisconsin, Yale y otras universidades de Estados Unidos para aprender el modelo de la ley de este país. Consiguieron sus JD en los Estados Unidos y regresaron a Colombia para ser profesores, siguiendo el modelo americano.

Estos abogados se capacitaron en el uso de la ley como un instrumento de cambio social. Aprendieron la importancia de la ingeniería social y legal en el proceso de desarrollo. Este conocimiento, junto con el modelo del neoinstitucionalismo del Banco Mundial, fue importante para las reformas que se aplicaron en la primera década de este siglo. Estos abogados llegaron a Colombia con un nuevo tipo de cuaderno de viajes: el libro de derecho de los Estados Unidos. Entre 1980 y 1990, los abogados de Colombia comenzaron a publicar obras de profesores de derecho como Ronald Dworkin, Bruce Ackerman, Duncan Kennedy, entre otros, y a importar los debates estadounidenses sobre la ley constitucional, a pesar de las muchas diferencias entre el ordenamiento jurídico colombiano y el de los Estados Unidos. Los economistas también se involucraron en el estudio del derecho. Mediante los análisis de Gary Becker, economistas como Mauricio Rubio y Sergio Clavijo estudiaron la relación entre el derecho y la economía, e introdujeron el modelo de eficiencia para entender el papel de la ley. Al igual que los estudios de la brecha entre el campo del derecho y la sociedad en la década de 1960, estos economistas analizaron la mejor forma de aplicar la ley y la mejor manera de tener un sistema legal eficiente.

En el campo de la ley penal, los abogados mantenían su poder y conducían las transformaciones del sistema de justicia penal al utilizar doctrinas jurídicas europeas, en especial de España, Italia y Alemania. Con la Constitución de 1991, el papel de los abogados se hizo menos relevante, porque eran incapaces

36 En efecto, es en esta época en la que se crea la Escuela de Derecho en la Universidad de los Andes, según el modelo de formación de abogados de los Estados Unidos.

de hablar en un lenguaje que no fuera normativo. Entonces, se avecinaba la era de los economistas. En las secciones siguientes veremos cómo se transformó la concepción de desarrollo y cómo la legislación, el desarrollo y el derecho penal se convirtieron en socios en la reforma del sistema de justicia penal.

#### IV. DEL DESARROLLO NACIONAL AL DESARROLLO NEOLIBERAL

Las ideas de la Cepal y la idea de desarrollo recibieron fuertes ataques en la década de 1970. La teoría de la dependencia puso de manifiesto las contradicciones de la idea de desarrollo. Fernando Cardoso mostró que era posible lograr el desarrollo en condiciones de dependencia política, es decir, separó la dependencia política y el subdesarrollo económico<sup>37</sup>. Ruy Mauro Marini y Gunder Frank sostuvieron que el subdesarrollo y el desarrollo son dos caras de la misma moneda, y rechazaron la idea de que América Latina era feudal y que esto era un obstáculo para el desarrollo<sup>38</sup>. Por el contrario, mostraron que el subdesarrollo era el resultado del desarrollo. Prebisch escribió en 1982 una crítica al modelo de la Cepal y señaló la necesidad de crear un nuevo modelo capaz de alcanzar el tan anhelado desarrollo de los países de América Latina<sup>39</sup>. A finales de la década de 1980 y a partir de los primeros años de la década de 1990, la idea de desarrollo fue objeto de críticas. Investigadores como Arturo Escobar, Philip McMichael y otros señalaron cómo el desarrollo era un proyecto o una construcción discursiva<sup>40</sup>.

En el Consenso de Washington y en los escritos de Francis Fukuyama, el Estado era un obstáculo para el desarrollo, por lo que necesitaba ser transformado. Es decir, la democracia demandaba no sólo la liberalización de la política, sino también la liberalización de los mercados. Después de un largo proceso de *mea culpa*, los investigadores coincidieron en la idea de un derecho al desarrollo. Este no dio lugar a un nuevo orden internacional, sino que trajo consigo un nuevo impulso al movimiento derecho y desarrollo<sup>41</sup>.

37 Fernando Cardoso y Enzo Faletto. *Dependencia y desarrollo en América Latina. Ensayo de interpretación sociológica*. México: Siglo XXI, 1969.

38 Ruy Mauro Marini. "Dialéctica de la dependencia". En *Capitalism and Underdevelopment in Latin America*. New York: Monthly Review Studies, 1969.

39 Raúl Prebisch. *The Economic Development of Latin America and its principal problems*. Lake Success: United Nations Department of Economic Affairs, 1950; Raúl Prebisch. *Contra el monetarismo*. Buenos Aires: El Cid, 1982.

40 Arturo Escobar. *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*. Princeton: Princeton University Press, 1995; Philip McMichael. *Development and Social Change: a global perspective*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 2000.

41 Hans Otto Sano. "Development and Human Rights. The necessary but partial integration of human rights and development". *Human Rights Quarterly* 22, 2000.

Ahora los entornos estables para la inversión extranjera, con una protección eficaz de los derechos de propiedad y con la protección del Estado de derecho global para facilitar las transacciones internacionales, se convirtieron en los nuevos elementos defendidos en el campo del derecho y el desarrollo<sup>42</sup>. Esta nueva concepción condujo a una visión optimista de los derechos humanos y del desarrollo, que fue vinculado a la ola de democratización que se estaba dando en América Latina en la década de 1980. Según los partidarios de esta nueva tendencia del derecho y desarrollo, algunos de los obstáculos para el desarrollo eran la falta de acceso a la justicia, la corrupción, la inestabilidad de los derechos de propiedad y la ineficiencia del sistema legal para proteger los derechos de las personas. En esta segunda etapa, ya no se transformó la educación legal, sino que se hizo énfasis en que el Estado importa (*state matters*); por tanto, la reforma debía abarcar más que el papel de los abogados como ingenieros sociales.

En 1995, los investigadores analizaron la función del derecho en el proceso de desarrollo. El objetivo era ahora iniciar programas de asistencia técnica jurídica, por lo que eran requeridos técnicos que fueran capaces de utilizar la ley de la mejor manera para lograr el desarrollo. Había, entonces, que facilitar las transacciones del mercado mediante la definición de los derechos de propiedad, para garantizar el cumplimiento de los contratos y el mantenimiento de la ley y el orden<sup>43</sup>. Para ello, el modelo regresa al Estado, pero esta vez para asegurarse de que hay un diseño institucional que garantice que el Estado no intervenga en los asuntos económicos.

En esta nueva versión del derecho y desarrollo, parece que la reforma estuviera orientada sólo a constituir el imperio de la ley. En el nuevo modelo, se pretendía rediseñar el Estado para proteger la democracia y el Estado de derecho<sup>44</sup>. Después de la Cumbre del Banco Mundial, el sistema de justicia penal fue integrado al proceso de desarrollo y el neoinstitucionalismo se convirtió en la base teórica de las reformas. Joseph Thome, al comentar la segunda ola de derecho y desarrollo, afirma que la reforma de la ley tiene tres premisas, que son falsas: el desarrollo requiere de un marco legal parecido al de los Estados Unidos, este modelo establece reglas claras y previsibles y se puede transferir fácil. No obstante, estas son la base de la reforma del 2005 en Colombia<sup>45</sup>.

42 César Rodríguez. "The return of law and development". *Beyond the Law* 7, issue 23, 2001, p. 14.

43 Julio Faundez. *Good Governance and Law: Legal Institutional Reform in Developing Countries*. New York: St. Martin's Press, 1997.

44 Deborah J. Yashar. "Democracy, Indigenous Movements and the Post-liberal Challenge in Latin America". *World Politics* 52, n.º 1, 1999.

45 Joseph Thome. "Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America". *Wisconsin Law Review*, n.º 53, 2000, p. 691.

El Banco Mundial comenzó a preocuparse por la reforma judicial y por el papel del derecho en el desarrollo. La reforma no sólo fue promovida por la Fundación Ford y por USAID, sino por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y una serie de empresas multinacionales encargadas de dar apoyo técnico. El sistema judicial fue importante para lograr los objetivos de la reforma neoliberal. En las actas de la Conferencia de 1995 sobre la reforma judicial, el Banco Mundial afirma:

El interés del Banco Mundial en la reforma judicial se deriva de su preocupación por la sostenibilidad de los esfuerzos de desarrollo que apoya en los países prestatarios. Muchos de los programas del Banco Mundial y otras instituciones de desarrollo y las finanzas de los gobiernos se encuentran en riesgo debido a la falta de aplicación del imperio de la ley, un principio básico para el desarrollo social y económico sostenible<sup>46</sup>.

Las instituciones necesitaban ser rediseñadas y el Estado debía garantizar los derechos y la estabilidad. El Banco Mundial promovía la transformación de los sistemas judiciales de América Latina y un nuevo diseño de su institución. El modelo del neoinstitucionalismo fue central en este proceso<sup>47</sup>. March y Olson acuñaron el término *nuevo institucionalismo* para los estudios interesados en la importancia de las instituciones. Tras considerar que los viejos análisis de las instituciones eran contextuales, reduccionistas, utilitaristas, funcionalistas e instrumentistas, March y Olson propusieron una comprensión más autónoma de las instituciones. Un elemento central en su análisis es lo que ellos llaman *lógica de la pertinencia*. En contra de los teóricos de la elección racional, sostienen que las elecciones no se hacen en el vacío. Y se oponen a los funcionalistas estructurales al afirmar que el comportamiento no es sólo el resultado de los roles. Según March y Olson, las instituciones dan forma a la conducta individual, la limitan, orientan, pero no la determinan. Al mismo tiempo, destacan la importancia de la historia en el análisis de las instituciones, ya que las decisiones pasadas determinarán las

46 Malcolm Rowat, Waleed H. Malik y Maria Dakolias. "Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings from a World Bank Conference". *World Bank Technical Paper*, n.º 280, 1995, p. vii.

47 Luis Salas. "From Law and Development to Rule of Law. New and Old Issues in Justice Reform in Latin America". En *Rule of Law in Latin America. The International Promotion of Judicial Reform*. London: Institute for Latin American Studies, 2003; Linn Hammergren. *Do Judicial Councils further Judicial Reforms? Lessons from Latin America*. Rule of Law Series. Democracy and Rule of Law Project n.º 28. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2002; Lawyers Committee for Human Rights. *Building on Quicksand. The Collapse of World Bank's Reform in Peru*. New York: Lawyers Committee for Human Rights, 2000; Miguel Schor. "The rule of Law and democratic consolidation in Latin America". Paper Presented at the 2003 meeting of the Law and Society Association (en archivos del autor).

actuales. En relación con el concepto de *instituciones*, incluyen no sólo las formales, sino también las reglas, los rituales, las normas informales<sup>48</sup>.

En 1985, Evans, Skocpol y Reuschmeyer editaron un libro en el que sostenían que el Estado había regresado al centro de análisis. Este libro produjo una oleada de análisis, en la que el Estado se convirtió en variable independiente que afecta a la sociedad, por ejemplo, en la construcción de una democracia duradera<sup>49</sup>.

Con el resurgimiento del Estado y con el nuevo institucionalismo, el campo no se unificó ni se volvió homogéneo. Como Hall y Taylor, Peters, Koelbe, Campbell y Kato lo muestran, el nuevo institucionalismo se desarrolla en diferentes líneas de investigación, sin ninguna conexión y con diferentes enfoques sobre las instituciones<sup>50</sup>. En la primera etapa del neoinstitucionalismo, los diferentes enfoques desarrollaron sus propios paradigmas de una manera independiente. Según estos autores, en la segunda etapa los diferentes paradigmas confluyen para constituir una teoría unificada.

Como los abogados no fueron entrenados en los detalles del nuevo institucionalismo, era el trabajo de los economistas reformar las instituciones. Para hacerlo, tenían que legitimarse en el campo del derecho penal<sup>51</sup>. Los abogados tradicionales, que concebían al Estado como una institución formal, vieron la ley como un instrumento para regular la conducta de las personas. Por ello, fueron perdiendo protagonismo en la reforma del sistema. En cambio, el Banco Mundial se involucró en las reformas de las instituciones, al conectar el desarrollo y la reforma con el sistema de justicia criminal.

Como resultado de la Cumbre del Banco Mundial de 1995, el sistema legal se incluyó en la agenda social de las instituciones donantes. Según el Banco Mundial, los países del tercer mundo debían transformar sus sistemas jurídicos,

48 James March y Johan P. Olsen. "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life". *The American Political Science Review* 78, n.º 3, 1984, pp. 734-749.

49 Peter Evans, Theda Skocpol y Dieter Rueschmeyer. *Bringing the State Back In*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1985.

50 Peter Hall y Rosemary Taylor. "Political Science and the three new institutionalisms". *Political Studies* 46, n.º 5, 1996, pp. 936-957; Guy Peters. "Political Institutions. Old and New." En *A new handbook of political science*. Oxford: Oxford University Press, 1998; Thomas A. Koelbe. "The new Institutionalism in Political Science and Sociology". *Comparative Politics* 27, n.º 2, 1995, pp. 231-243; John L. Campbell. "Introduction". En *The rise of neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2001; Junko Kato. "Institutions and Rationality in Politics- Three Varieties of Neo-Institutionalists". *British Journal of Political Science* 26, n.º 4, 1996, pp. 553-582.

51 Linn Hammergren. *The Judicial Career in Latin America. An overview of Theory and Experience*. World Bank, 1999. Consultado el 8 de abril del 2015 en <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/Jcareer.pdf>.

con el fin de promover el desarrollo económico. Esta vez el sistema legal no se utiliza como en Prebisch o como en la primera etapa del movimiento derecho y desarrollo, sino que es un instrumento para garantizar las operaciones de mercado y para proteger los derechos de propiedad. Detrás de esto está la idea de la mejor práctica, es decir, el Banco Mundial busca las mejores prácticas dentro del sistema de justicia penal y las impone en los países receptores.

En la idea de desarrollo de la reforma neoliberal, el sistema de justicia penal previene y ataca la corrupción, de manera que ayuda a los países receptores a desarrollar sus economías, es decir, a abrir los mercados para facilitar la inversión extranjera. En Colombia, esta idea se había implantado en principio a través de la USAID y de su lucha contra el tráfico de drogas. Después de la reforma de 1991, en la que la vieja Constitución colombiana fue cambiada, se establecieron nuevos elementos en el ordenamiento jurídico colombiano. La Constitución de 1991 determinó nuevos derechos sociales, una solución para la violación de los derechos humanos, basada en el juicio de amparo mexicano, y un tribunal constitucional, entre otros. La Constitución estableció también una nueva oficina encargada de la investigación de delitos: la oficina del fiscal general de la nación, que forma parte de la rama judicial e investiga y procesa a los responsables de los crímenes. Para esta reforma, se tomó como modelo al sistema español.

La creciente importancia de instituciones como el Banco Mundial ha desplazado el foco de atención de la ley hacia las instituciones, para dar forma a las decisiones de los actores en el sistema. Así, el Banco Mundial se ha convertido en una institución decisiva en la transformación del sistema de justicia en América Latina. Este diseño implica no sólo la participación de las instituciones de carácter nacional, como la USAID, sino la de más instituciones de gobernanza global, como el FMI y el PNUD<sup>52</sup>.

Para los reformadores del 2005, el derecho es un elemento importante en el desarrollo, ya que garantiza los derechos de propiedad y un entorno competitivo para los inversores extranjeros. Se pretende que el país sea tan competitivo como sea posible. Esto significa la liberalización de la economía, la reducción del poder regulador del Estado y la eliminación o precarización de los derechos laborales<sup>53</sup>.

52 Malcom Rowat *et al.* *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Washington: The World Bank, 1995; Peter Murrell. *Assesing the value of Law in transition economies*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.

53 Yves Dezalay y Bryant Garth. *Global Prescriptions. The production, exportation, and importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2002; Yves Dezalay y Bryant Garth, eds. *Internationalization of Palace Wars. Lawyers, Economists, and the contest to transform Latin American States*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.

Uno de los principales problemas que estos reformadores ven en la economía son los costos de transacción, que hacen que el sistema sea menos competitivo. Uno de ellos es la corrupción<sup>54</sup>. Esta concepción del desarrollo se concreta en la transparencia y en la forma en que el Estado se reduce al mínimo con el fin de evitar su intervención en el mercado, a menos de que sea para ayudarlo<sup>55</sup>.

#### V. LOS ECONOMISTAS ENTRAN EN EL CAMPO DEL DERECHO PENAL

En junio de 1991, Colombia aprobó una nueva Constitución y transformó por completo la estructura del Estado. La reforma fue el resultado de las políticas presentadas por el presidente César Gaviria, un economista de la Universidad de los Andes, educado en los Estados Unidos y que llevó al Gobierno a abogados y economistas dispuestos a rediseñar las instituciones del Estado, para poner en marcha un modelo de desarrollo que abriera los mercados colombianos al mundo e hiciera más atractivo el país para la inversión extranjera. La Constitución creó la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura. Aunque estas medidas pueden considerarse democráticas, también eran parte del proceso de rediseño del Estado para la aplicación de las políticas neoliberales en Colombia, un proyecto al que Gaviria con orgullo llamó *apertura*.

Como resultado de estas políticas, los empresarios, los políticos y los propietarios del periódico más importante de Colombia crearon la Corporación Excelencia en la Justicia, un *think tank* dedicado a analizar el sistema de justicia y a la elaboración de políticas para el Gobierno, con el fin mejorar la eficiencia del sistema. Esta institución edita una revista dedicada a estudiar la relación entre la ley y el desarrollo. En esta, *Justicia y Desarrollo*, los abogados y los economistas han publicado sus artículos sobre la eficacia del sistema de justicia y sobre cómo mejorarla, para lo que han utilizado una perspectiva que tiene en cuenta el derecho y la economía. Entre los economistas que han publicado sobre este tema están Armando Montenegro y Mauricio Rubio, dos profesores de economía en la Universidad de los Andes y educados en los Estados Unidos. En las páginas de *Justicia y Desarrollo* y de *Coyuntura Económica*, los economistas construyeron un discurso en el que el sistema de justicia penal no era un instrumento para resolver los conflictos entre las partes, sino un medio para el control

54 Edgardo Buscaglia et al. *The law and economics of development*. London: Jai Press, 1997; Pilar Domingo et al. *Rule of Law in Latin America: the international promotion of judicial reform*. London: Institute of Latin American Studies, 2001.

55 Edgar Reveiz. *El Estado como mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia*. Bogotá: Carlos Valencia, 1997.

de la criminalidad, la corrupción y para eliminar el costo de las transacciones para las empresas extranjeras.

*Justicia y Desarrollo* ha publicado varios estudios sobre la economía del sistema de justicia penal. En estos estudios se hace hincapié en la necesidad de tener un sistema de justicia confiable, con el fin de permitir que funcione bien. Para esto, se propone que los derechos de propiedad sean protegidos de manera adecuada. Dado que la delincuencia y la corrupción crean costos de transacción para los inversores, los autores de los artículos abogan por un sistema de justicia penal más eficiente. En una encuesta realizada en el año 2000, los empresarios opinaron que la ineficacia del sistema judicial y la inestabilidad de los derechos a la propiedad fueron las principales causas de los costos de transacción y la principal diferencia entre una región y otra en términos de ser atractiva para la inversión y el desarrollo industrial<sup>56</sup>. En la misma edición de *Justicia y Desarrollo* se presenta un análisis de los obstáculos a la inversión extranjera en el que se afirma que las empresas extranjeras prefieren tener su negocio en lugares donde se garantizan la seguridad física y los derechos. Uno de los obstáculos a la inversión extranjera, según el estudio, es la ineficiencia del sistema judicial<sup>57</sup>.

Armando Montenegro y Carlos Posada analizaron la tasa de criminalidad en Colombia en el año 1995. Posada y Montenegro siguen la teoría de la elección racional de Becker para explicar el delito en Colombia. Este enfoque neoclásico muestra que el crimen es el resultado de la elección racional de quien decide violar la ley. Aunque este enfoque ha sido criticado porque no tiene en cuenta la estructura de la sociedad y asume que los individuos violan la ley simplemente porque quieren, los autores no se aproximan de manera crítica a la delincuencia. En su artículo sostienen que el modelo de desarrollo no está relacionado con la delincuencia y, por tanto, el proceso de industrialización o el proceso de apertura de los mercados no es la razón principal por la que la tasa de criminalidad ha aumentado. Dado que su estudio tiene en cuenta la relación entre costos y beneficios, los autores concluyen que no es la falta de servicios sociales sino la ausencia de costos a los crímenes la principal razón por la cual la tasa de criminalidad aumentó en Colombia en la década de 1990<sup>58</sup>.

56 Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. “La seguridad jurídica y su impacto sobre las inversiones”. *Justicia y Desarrollo* 3, n.º 13, 2000.

57 Programa Convertir del Departamento Nacional de Planeación. “Obstáculos y oportunidades para la inversión extranjera en Colombia”. *Justicia y Desarrollo* 3, n.º 13, 2000.

58 Armando Montenegro y Carlos Esteban Posada. “Criminalidad en Colombia”. *Coyuntura Económica* 25, n.º 1, 1995; Memorias del Seminario Justicia y Desarrollo. Agenda para el siglo XXI. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995; Jaime Granados Peña. “Se necesita una reforma a la Fiscalía General de la Nación?” *Justicia y Desarrollo* 16, n.º IV, 2001.

Mauricio Rubio, otro economista educado en la Universidad de los Andes y en la Universidad de Harvard, analiza los costos del crimen para el Estado. Rubio hace hincapié en la importancia de un nuevo diseño institucional y señala que es la estructura de la que carece el Estado la razón principal por la que el crimen ha aumentado y por la que la gente busca resolver sus conflictos de forma privada<sup>59</sup>. En su libro sostiene que la delincuencia afecta la eficiencia de la economía y que el crimen puede convertirse en un obstáculo para el desarrollo económico, es decir, para la apertura de mercados.

Estos análisis económicos del derecho penal hacen énfasis en la eficiencia. Los economistas definen la eficiencia en términos que les permitan medirla con los instrumentos del análisis econométrico. Ya que la eficiencia y la eficacia del sistema no pueden definirse sin tener en cuenta el papel del Estado, de la ley como un instrumento de control y de la constitución de las identidades, los economistas colombianos han tenido dificultades para darles un significado preciso a estos términos. Para Rubio y otros economistas, la eficiencia significa tiempo en la cárcel. Por lo tanto, si una persona investigada por un delito no es condenada a la pena de prisión, hay impunidad en el sistema. Conforme a este modelo, Mauricio Cárdenas afirmó en un artículo escrito en 1996 que la tasa de criminalidad había aumentado y superado la capacidad del sistema para hacer frente a ella, de manera que la ineficiencia del sistema ascendía a un 98 % de impunidad. Sólo el 5 % de los casos eran tratados por el sistema de justicia penal y entre ellos sólo el 2 % de las personas eran condenadas a prisión. El sistema era tan ineficiente, según Cárdenas, como lo era en la década de 1980, aunque el presupuesto se hubiera duplicado desde la Constitución de 1991<sup>60</sup>.

El sistema de justicia penal se presenta en estos estudios como un instrumento ineficiente y como un obstáculo para el desarrollo del país. Los economistas dejan de lado las implicaciones políticas de la delincuencia y de la justicia, estudiadas y analizadas en el discurso criminológico europeo, y las cuestiones normativas formuladas por los abogados en el diseño europeo del derecho penal. En su lugar se formulan preguntas sobre la eficiencia. De esta manera, el sistema de justicia penal se construye, desde el punto de vista discursivo, como un instrumento técnico que puede ser analizado sólo por tecnócratas y, por tanto, como un espacio donde los abogados tradicionales no tienen cabida.

59 Mauricio Rubio. *Crimen e impunidad. Precisiones sobre la violencia*. Bogotá: Tercer Mundo, Cede, 1999.

60 Mauricio Cárdenas. "Reflexiones sobre justicia y desarrollo". *Revista Ciencia Política* 43, 1996.

Los economistas han señalado la necesidad de tratar la economía y el modelo de desarrollo como una cuestión técnica, y no como una que implica cualquier tipo de debate político. Salomón Kalmanovitz, en su momento profesor del Departamento de Economía de la Universidad Nacional de Colombia y de la Universidad de los Andes y miembro de la Junta Directiva del Banco Central de Colombia, ha escrito que la Corte Constitucional, al momento de decidir sobre temas económicos, debería tener la asesoría de tecnócratas economistas con doctorado, pues sólo ellos pueden analizar estas cuestiones para garantizar su neutralidad política<sup>61</sup>.

## VI. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y LAS REFORMAS A LA JUSTICIA

En los últimos años han hecho carrera en la discusión jurídica estudios realizados desde el análisis económico del derecho, que pretenden dar cuenta de los diversos problemas que aquejan a la justicia colombiana. Estos estudios han encontrado necesario determinar indicadores de gestión de las diversas actividades del Estado, en especial aquellas relacionadas con la protección, a través del sistema de justicia formal, de los bienes jurídicos de los ciudadanos, con el fin de alcanzar la eficiencia requerida para hacer de esta una actividad rentable.

Los autores de los estudios señalan que un aparato fuerte de justicia es un factor que incide en el desarrollo del país. Indican que el conflicto colombiano —y la ausencia de solución— ha impedido que el PIB crezca en al menos dos puntos<sup>62</sup>, por lo que consideran que cuanto más claras y transparentes sean las normas y más eficaces las instituciones judiciales, más rápido crecerá un país. Esta correlación se obtiene de los siguientes enunciados:

– Los derechos de propiedad y el cumplimiento de las obligaciones contractuales son bases jurídicas de cualquier sociedad. Su respeto facilita la inversión, la innovación y el crecimiento. Prevenir los delitos que se pudieran cometer contra estos es un factor de desarrollo.

– La solución de los conflictos permite que los empresarios tengan expectativas positivas y que se puedan llevar a cabo inversiones y compromisos de largo plazo<sup>63</sup>.

61 Salomón Kalmanovitz. *Los efectos económicos de la Corte Constitucional*. Bogotá: Banco de la Republica, 1999; Salomón Kalmanovitz. “Los fallos del juez constitucional: el caso de la capitalización de intereses”. *Justicia y Desarrollo* 3, n.º 2, 2003.

62 Mauricio Rubio. “Crimen y justicia en Colombia. Un enfoque económico”. *Revista de derecho privado* 15, 1994, p. 27.

63 Armando Montenegro. “Justicia y desarrollo económico”. *Planeación y Desarrollo* xxv, 1994, p. 32.

En esta perspectiva económica, inaugurada por los estudios de Becker y Posner<sup>64</sup>, el sistema formal de justicia es un elemento más de la economía de un estado, representa un factor de desarrollo que los gobernantes deben tener en cuenta. En otros términos, el sistema se convertiría en un mecanismo corrector de las deficiencias del Estado, en lo que podría llamarse una política de *neoliberalismo intervencionista*<sup>65</sup>. Aunque este enfoque ha sido criticado<sup>66</sup>, es conveniente no dejarlo de lado, pues sus tesis contribuyen a encontrar los mecanismos más adecuados para que la justicia formal sea pronta y cumplida.

Junto con la visión económica, es posible encontrar otras posiciones teóricas que señalan la pertinencia de fortalecer el servicio público de justicia, formal e informal, para alcanzar la paz. Estas posiciones teóricas establecen así un círculo virtuoso, como lo denomina Papachini<sup>67</sup>, entre los derechos humanos y aquella. Otros autores, como Valencia Villa, destacan la importancia de una buena administración de justicia que tienda a la construcción de la verdad pública y a la determinación de responsabilidad. De esta manera, se alcanzan dos objetivos estratégicos de cualquier sociedad democrática bien ordenada: la resolución pacífica de los conflictos y la asignación de los recursos escasos o disputados. La justicia, entonces, está en el centro del debate sobre el papel del Estado en una sociedad democrática y pluralista.

En este contexto, se analizará el estudio de la Corporación Excelencia en la Justicia, escrito en 1997, que recoge, en líneas generales, las mismas conclusiones que el elaborado por la Comisión de Racionalización del Gasto Público<sup>68</sup>. Estos dos estudios tienen conclusiones similares no por una casualidad, sino por el punto de vista adoptado. El horizonte de comprensión de ambos es la eficiencia del sistema en términos de decisiones judiciales definitivas y no de la efectiva solución de los conflictos. Esta perspectiva incide en la concepción de la impunidad y, por tanto, en el análisis de las cifras al respecto así como en la valoración de los mecanismos alternativos de solución intrasistémica de los conflictos.

Es claro que el sistema de justicia, tal y como lo conocemos, es el resultado de la concepción moderna del derecho, cuya representación más completa es hecha por el positivismo legalista y por su distinción entre legalidad y legitimidad.

64 Gary Becker. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy* 1968; Richard Posner. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.

65 Juan Torres López. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.

66 Fernando Rojas Hurtado. *Hacienda pública*. Bogotá: Temis, 1990.

67 Angelo Papachini. *Los derechos humanos y la paz*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997.

68 Sergio Clavijo. *Situación de la justicia en Colombia: incidencia sobre el gasto público e indicadores de desempeño*. Abril de 1997.

En el derecho penal se considera que esta distinción es el límite de la política criminal. Esta política se orienta por unos criterios que buscan maximizar los beneficios de una razón de Estado, en oposición a otros tipos de solución dialógica del conflicto. Los criterios tienen que ver con reconocer en el otro un interlocutor válido y con la admisión de la posibilidad de estar equivocado como un imperativo ético. En otros términos, la razón estratégica buscaría la victoria, en tanto que la racionalidad dialógica iría tras la restauración de los consensos rotos. Como es sabido, esta concepción de la política criminal corresponde a la de von Liszt, en la cual derecho y política son dos subsistemas diferentes: cada término y cada objeto tienen una utilización y un punto de vista diferente. Si queremos valernos del lenguaje de la filosofía diremos que se trata de dos juegos de lenguaje distintos, cuya especificidad determina la valoración que se le otorgue a un acto determinado.

En la visión moderna del derecho, la política criminal se funda en razones ajenas al sistema de organización del trabajo jurídico —si de políticas jurídicas se habla—, puesto que el derecho funciona valiéndose de criterios intrasistémicos. La división del trabajo fue propuesta por von Liszt, quien señala que el derecho penal al gozar de marcos normativos de decisión deviene en el límite de la política, que se orienta por criterios de conveniencia y eficiencia. Esta es la construcción que la modernidad hizo del derecho. En ella, el Estado tiene el monopolio de la fuerza y de la violencia, como lo dijera Max Weber, en cuanto es el poseedor del poder de definir lo correcto y lo incorrecto en una sociedad determinada.

Los estudios sobre la justicia nos indican que un gran porcentaje de los conflictos —se dice que alrededor de un 80 %, cifra que nos parece arbitraria— no son tratados por el sistema formal. Esta desconfianza en la administración de justicia se califica de impunidad. Si bien las cifras son elocuentes, debe tenerse en cuenta que los ciudadanos acuden a soluciones extrajudiciales con frecuencia o que aquello que para el operador jurídico es una infracción o un conflicto, para el ciudadano no lo es. Entonces, habría con toda seguridad un sobredimensionamiento de las cifras, por tenerse un punto de vista inadecuado.

CONCLUSIÓN: ENTREMOS EN LA ECONOMÍA, SALGAMOS DE LA POLÍTICA

Teivo Teivanen, en su libro *Enter economics, exit politics. Experts, economic policy, and the damage to democracy*, señala que en Perú la economía se convirtió en el lenguaje de la reforma del Estado, de modo que esta fue apolítica y por lo tanto inevitable. En la reforma del Estado en Colombia, el discurso sobre el rediseño de

las instituciones es el de la globalización y la necesidad de adaptar el sistema a sus exigencias, a las de los mercados abiertos y al de una economía global. Si el país quiere tener éxito, tendrá que adaptarse a estas transformaciones en la economía y el derecho.

El lenguaje de la economía no empezó a ser usado de repente en Colombia. Desde la primera ola del movimiento derecho y desarrollo, en la que los abogados no eran más que simples técnicos que trataban de determinar la mejor manera de educarse para el cambio social, los economistas han dominado el campo del desarrollo.

Los modelos de desarrollo de la década de 1950 y 1960 no prestaron mucha atención al Estado y a las instituciones. Con el renacimiento de este en la década de 1980, la idea de que las instituciones importan tomó de nuevo la delantera en los discursos sobre desarrollo, discursos que llegaron hasta el lenguaje de los abogados y de los científicos sociales.

La segunda ola de derecho y desarrollo coincide con la transición a la democracia en América Latina y con la reaparición del análisis institucional de las ciencias sociales. Al tiempo que correspondió con la pérdida de la hegemonía cultural europea en el derecho penal y con la transición hacia un modelo basado en el sistema estadounidense de justicia. El rediseño del Estado de los economistas de la administración de César Gaviria fue una adaptación a un modelo neoliberal de desarrollo, en el que el Estado reduce su tamaño y aumenta su atractivo para la inversión extranjera. Desde 1991, la idea de la eficiencia se convirtió en el centro del discurso de los economistas y de los abogados educados en el modelo de derecho y desarrollo y, en consecuencia, los enunciados normativos sobre el sistema de justicia penal fueron perdiendo sus credenciales. Diferentes artículos, escritos por economistas de la Universidad de los Andes, incluyeron al sistema de justicia penal en un modelo neoliberal de desarrollo, por su importancia para la inversión extranjera en el país. Como resultado de ello, la eficiencia, la transparencia, la lucha contra la corrupción y el desarrollo se convirtieron en los puntos principales del discurso sobre el derecho penal.

Una vez establecido este discurso, los abogados —en particular los de la Universidad Externado— perdieron su capacidad de hacer afirmaciones significativas sobre el sistema de justicia penal y, por lo tanto, dejaron de ser relevantes en la reforma. En esta, hemos sido testigos de cómo los abogados se han tenido que involucrar en la discusión sobre la eficiencia y la impunidad, sin los instrumentos para tener incidencia en ella, o han perdido su papel como responsables

de las políticas y como actores centrales en el sistema. Esto no quiere decir que los abogados desaparecieron del sistema de justicia penal. Se mantienen vigentes como trabajadores del sistema, pero su capacidad de diseño está perdiendo importancia. La reforma al sistema de justicia penal es el resultado de esta batalla por la hegemonía cultural. Al final, los economistas y los abogados entrenados en el discurso de la relación entre el derecho y la economía son los que se quedan con los frutos de la victoria.

#### BIBLIOGRAFÍA

Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Bogotá: Temis, 1983.

Becker, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". *Journal of Political Economy*, 1968.

Bernal, Víctor *et al.* *Pensamiento latinoamericano: Cepal, R. Prebisch y A. Pinto*. México: UNAM, 1980.

Bonilla, Víctor D. *Servants of God or masters of men? The story of a Capuchin mission in Amazonia*. Harmondsworth: Penguin, 1972.

Buscaglia, Edgardo *et al.* *The law and economics of development*. London: Jai Press, 1997.

Campbell, John y Ove K. Pedersen. *The rise of neoliberalism and Institutional Analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

Cárdenas, Mauricio. "Reflexiones sobre Justicia y Desarrollo". *Revista Ciencia Política*, n.º 43, 1996.

Cardoso, Fernando y Enzo Faletto. *Dependencia y desarrollo en América Latina. Ensayo de interpretación sociológica*. México: Siglo XXI, 1969.

Carrara, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Temis, 1984.

Chua, Amy L. "Markets, Democracy, and Ethnicity: Toward a New Paradigm for Law and Development". *Yale Law Journal* 108, n.º 1, 1998.

Clavijo, Sergio. *Situación de la justicia en Colombia: incidencia sobre el gasto público e indicadores de desempeño*. Abril de 1997.

Concha, José Vicente. *Tratado de derecho penal*. París: Librería Paul Ollendorff, n. d.

- Dezalay, Yves y Bryant Garth. *The Internationalization of Palace Wars*. Chicago: University of Chicago Press, 2002.
- Dezalay Yves y Bryant Garth. *Global Prescriptions. The production, exportation, and importation of a New Legal Orthodoxy*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2002.
- Domingo, Pilar *et al.* *Rule of Law in Latin America: the international promotion of judicial reform*. London: Institute of Latin American Studies, 2001.
- Domínguez, Jorge I. *Technopols: freeing politics and markets in Latin America in the 1990s*. University Park: Pennsylvania State University Press, 1997.
- Duarte, Jaime. *Florentino González: razón y sinrazón de una lucha política*. Bogotá: Banco de la República, 1971.
- Du Bois, William Edward Burghardt. *Black folk, then and now. An essay in the history and sociology of the Negro race*. New York: H. Holt and company, 1939.
- Escobar, Arturo. *Encountering Development: The Making and Unmaking of the Third World*. Princeton: Princeton University Press, 1995.
- Espinosa, Mónica. *Of visions and sorrows: Manuel Quintín Lame's Indian thought and the violences of Colombia*. Amherst: University of Massachusetts, 2004.
- Esquirol, Jorge. "The fictions of Latin America law". *Utah Law Review* 426, 1997.
- Evans, Peter, Skocpol, Theda, Rueschmeyer, Dieter. *Bringing the State Back In*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1985.
- Faundez, Julio. *Good Governance and Law: Legal Institutional Reform in Developing Countries*. New York: St. Martin's Press, 1997.
- Franco, Carlos. *Del marxismo eurocéntrico al marxismo latinoamericano*. Lima: Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación, 1981.
- Foucault, Michel. *El discurso del poder*. México: Folio Ediciones, 1983.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. "La seguridad jurídica y su impacto sobre las inversiones". *Justicia y Desarrollo* 3, n.º 13, 2000.
- Gunder, Andre. *Capitalism and Underdevelopment in Latin America*. New York: Monthly Review Studies, 1969.
- Gaitán, Jorge Eliecer. *Defensas Penales*. Bogotá: Temis, 1983.

- García, Emilio. *Autoritarismo y control social: Argentina, Chile, Uruguay (1970-1980)*. Buenos Aires: Hammurabi, 1985
- Gardner, James. *Legal Imperialism*. Madison: University of Wisconsin Press, 1980.
- Garland, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.
- González, Florentino. *Escritos políticos, jurídicos y económicos*. Bogotá: Instituto Colombiano de Cultura, 1981.
- González, Mauricio. “Introducción”. En *Reforma constitucional a la justicia penal*. Bogotá: CEJ, 2002.
- Granados, Jaime. “Se necesita una reforma a la Fiscalía General de la Nación?” *Justicia y Desarrollo* 16, año IV, 2001.
- Guy, B. “Political Institutions. Old and New.” *A new handbook of political science*. Oxford: Oxford University Press, 1998
- Hall, Peter y Rosemary Taylor. “Political Science and the three new institutionalisms”. *Political Studies* 46, n.º 5, 1996, pp. 936-957.
- Hammergren, Linn. *Do Judicial Councils further Judicial Reforms? Lessons from Latin America*. Rule of Law Series. Democracy and Rule of Law Project n.º 28. Washington: Carnegie Endowment for International Peace, 2002
- Hammergren, Linn. *The Judicial Career in Latin America. An overview of Theory and Experience*. World Bank, 1999. Consultado el 8 de abril del 2015 en <http://siteresources.worldbank.org/INTLAWJUSTINST/Resources/Jcareer.pdf>.
- Kalmanovitz, Salomón. *Los efectos económicos de la Corte Constitucional*. Bogotá: Banco de la República, 1999.
- Kalmanovitz, Salomón. “Los fallos del juez constitucional: el caso de la capitalización de intereses”. *Justicia y Desarrollo* 3, n.º 2, 2003.
- Karst, Kenneth L. y Keith S. Rosen. *Law and Development in Latin America. A case book*. Berkeley: University of California Press, 1975.
- Kato, Junko. “Institutions and Rationality in Politics Three Varieties of Neo-Institutionalists”. *British Journal of Political Science* 26, n.º 4, 1996, pp. 553-582.

- Koelbe, Thomas A. "The new Institutionalism in Political Science and Sociology". *Comparative Politics* 27, n.º 2, 1995, pp. 231-243.
- Lawyers Committee for Human Rights. *Building on Quicksand. The Collapse of World Bank's Reform in Peru*. New York: Lawyers Committee for Human Rights, 2000.
- Lozano y Lozano, Carlos. *Derecho penal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1950.
- McMichael, Philip. *Development and Social Change: a global perspective*. Thousand Oaks: Pine Forge Press, 2000.
- March, James y Johan P. Olsen. "The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life". *The American Political Science Review* 78, n.º 3, 1984, pp. 734-749.
- Medina, Medófilo. *Historia del Partido Comunista colombiano*. Bogotá: CEIS-INEDO, 1989.
- Melossi, Darío y Massimo Pavarini. *The prison and the factory: origins of the penitentiary system*. Totowa: Barnes and Noble Books, 1981.
- Memorias del Seminario Justicia y Desarrollo. Agenda para el siglo XXI. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 1995.
- Mignolo, Walter. *Local histories/global designs: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
- Montenegro, Armando y Carlos Esteban Posada. "Criminalidad en Colombia". *Coyuntura Económica* 25, n.º 1, 1995.
- Montenegro, Armando. "Justicia y desarrollo económico". *Planeación y Desarrollo* XXV, 1994.
- Muelas, Lorenzo. *La fuerza de la gente. Juntando recuerdos sobre la terrajería en Guambia, Colombia*. Bogotá: ICANH, 2005.
- Muñoz, Francisco. *Edmund Mezger y el derecho penal de su tiempo: estudios sobre el derecho penal en el nacionalsocialismo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
- Murrell, Peter. *Assesing the value of Law in transition economies*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001.

- Papachini Angelo. *Los derechos humanos y la paz*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del Derecho, 1997.
- Posner, Richard. *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.
- Prebisch, Raúl. *La obra de Prebisch en la Cepal*. Selección de Adolfo Aguirre. México: Fondo de Cultura Económica, 1982.
- Prebisch, Raúl. *The Economic Development of Latin America and its principal problems*. Lake Success: United Nations Department of Economic Affairs, 1950.
- Prebisch, Raúl. *Contra el monetarismo*. Buenos Aires: El Cid, 1982.
- Programa Convertir del Departamento Nacional de Planeación. “Obstáculos y oportunidades para la inversión extranjera en Colombia”. *Justicia y Desarrollo* 3, n.º 13, 2000.
- Quijano, Aníbal. *Reencuentro y debate: una introducción a Mariátegui*. Lima: Mosca Azul, 1981.
- Quijano, Aníbal. “Coloniality of Power, Eurocentrism, and Latin America”. *Nepantla Views from the South* 1.3, 2000.
- Rama, Ángel. *La ciudad letrada*. Hannover: Ediciones del Norte, 1984.
- Reyes, Alfonso. *Derecho penal colombiano. Parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1964.
- Revez, Edgar. *El Estado como mercado. La gobernabilidad económica y política en Colombia*. Bogotá: Carlos Valencia, 1997.
- Rodríguez, César. “The return of law and development”. *Beyond the Law* 7, issue 23, 2001.
- Rojas, Cristina. *Civilization and Violence. Regimes of Representation in 19<sup>th</sup> Century Colombia*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2002.
- Rojas, Fernando. *Hacienda pública*. Bogotá: Temis, 1990.
- Rowat, Malcom *et al.* *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Washington: The World Bank, 1995.
- Rowat, Malcolm, Waleed H. Malik y Maria Dakolias. *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean. Proceedings from a World Bank Conference*. World Bank Technical Paper n.º 280. Washington: World Bank, 1995.

- Rubio, Mauricio. *Crimen e impunidad. Precisiones sobre la Violencia*. Bogotá: Tercer Mundo, Cede, 1999.
- Rusche, Georg. *Penal y estructura social*. Bogotá: Temis, 1984.
- Salas, Luis. "From Law and Development to Rule of Law. New and Old Issues in Justice Reform in Latin America". *Rule of Law in Latin America. The International Promotion of Judicial Reform*. London: Institute for Latin American Studies, 2003
- Salvatore, Ricardo D. y Carlos Aguirre. *The birth of the penitentiary in Latin America: essays on criminology, prison reform, and social control, 1830-1940*. Austin: University of Texas Press: Institute of Latin American Studies, 1996.
- Sánchez, Gonzalo. *1929, los "bolcheviques del Líbano" (Tolima): crisis mundial, transición capitalista y rebelión rural en Colombia*. Bogotá: El Mohan, 1976.
- Sano, Hans Otto. "Development and Human Rights. The necessary but partial integration of human rights and development". *Human Rights Quarterly* 22, 2000.
- Schor, Miguel. "The rule of Law and democratic consolidation in Latin America". Paper Presented at the 2003 meeting of the Law and Society Association (en archivos del autor).
- Seidman, Robert B. "Law and Development: a general model". *Law and Society Review* 6, n.º 3, 1972.
- Stavenhagen, Rodolfo. *Tres ensayos sobre América Latina*. Barcelona: Anagrama, 1972.
- Teivanen, Teivo. *Enter economics, exit politics. Experts, economic policy, and the damage to democracy*. London, New York: Zed Books, 2002.
- Thome, Joseph. "Heading South But Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America". *Wisconsin Law Review* 691, 2000.
- Torres, Juan. *Análisis Económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1987.
- Trubek, Trubek "Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development". *The Yale Law Journal* 82, n.º 1, 1972.
- Urbano, José *et al.* *Reforma procesal*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.

Videla, Nestor Díaz. “Optimismo y pesimismo en la construcción del proyecto moderno. El caso Florentino González; prensa y democracia colombiana en el siglo XIX”. *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales* 2, n.º 7, 1994.

Wallerstein, Immanuel. *Análisis del sistema-mundo: una introducción*. México: Siglo XXI, 2006.

Yashar, Deborah. “Democracy, Indigenous Movements and the Post-liberal Challenge in Latin America”. *World Politics* 52, n.º 1, 1999.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO A CONTRATAR:  
UNA APROXIMACIÓN DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS  
A LA OFERTA Y A LA ACEPTACIÓN  
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

GUSTAVO ALFREDO PERALTA FIGUEREDO\*

**Resumen:** Este ensayo estudia, desde el análisis económico del derecho, las instituciones de la oferta y la aceptación en Colombia. En particular, se busca examinar si en las normas que regulan estas dos instituciones existen incentivos para que el oferente se comporte de manera oportunista con respecto al receptor de la oferta. Para lograr lo anterior, se acude al análisis económico del derecho. A través de un juego dinámico con información completa, se modela el comportamiento tanto del oferente como del receptor de la oferta y se examinan los incentivos presentes. Al resolver el juego, se llega a la conclusión de que la posibilidad de que el oferente se comporte de manera oportunista depende en gran medida de factores ajenos a las normas actuales, tales como el acceso real a la justicia y a la posibilidad de probar los daños ocasionados por la revocatoria de la oferta.

**Palabras clave:** análisis económico del derecho, oferta, aceptación, teoría de juegos, oportunismo.

## INTRODUCCIÓN

Desde la década de 1960, se ha usado la economía como una herramienta de análisis de una gran variedad de asuntos legales<sup>1</sup>. Es posible analizar el derecho con herramientas de la economía, tales como el axioma del agente racional<sup>2</sup> y

\* Economista (2010), abogado (2011) y especialista en Tributación (2012) de la Universidad de los Andes. Ha sido profesor asistente del curso Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. También formó parte del equipo de Impuestos y Precios de Transferencia de Brigard & Urrutia Abogados S. A. Fue asesor del viceministro técnico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la Dirección General de Regulación Financiera. Después, ocupó el cargo de profesional especializado de la UAE, en la Unidad de Proyección Normativa y Estudios de Regulación Financiera. En la actualidad, es asesor del director general de la UAE, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

1 Gustavo Peralta. *Principio de utilidad de Bentham, maximización de la riqueza y el contrato de fiducia de garantía en Colombia*. Tesis de grado no publicada. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009, p. 1.

2 Este axioma tiene sus orígenes en los planteamientos de Beccaria (1764) y Bentham (1896). Vale la pena aclarar que es un axioma porque es un comportamiento tan claro y evidente que no requiere demostración.

la teoría de juegos. Varios profesores universitarios acogieron y modificaron estas ideas: Ronald Coase, Gary Becker, A. Mitchell Polinsky, Guido Calabresi y Richard Posner. Particular importancia reviste la obra y el estudio del juez y profesor universitario Richard Posner. Su análisis se fundamenta en el axioma del agente racional, cuyo principal objetivo es la maximización de la riqueza. A partir de dicho comportamiento, el análisis económico del derecho (en adelante AED) incorporó la maximización de la riqueza como un criterio de interpretación y análisis. Producto de esta propuesta, Posner<sup>3</sup> encontró que las instituciones jurídicas están al servicio de la maximización de la riqueza.

Este ensayo examina, por medio de la teoría de juegos, qué incentivos hay en la etapa precontractual para que quienes en ella intervienen se comporten de manera oportunista, es decir, para que busquen enriquecerse a costa del otro. Para cumplir con tal propósito, se hará una breve contextualización de lo que es el AED y de lo que lo diferencia de otros conceptos, como el derecho y la economía (*law and economics*, L&E) y el imperialismo económico. En vista de que en este ensayo se usa el AED de Posner, por ser el de más amplia difusión, se explicarán algunas de sus premisas fundamentales. También se analizarán las instituciones de la oferta y la aceptación en el ordenamiento jurídico colombiano y se modelará su funcionamiento a través de un juego. Con la modelación del juego, se busca determinar si dichas instituciones desincentivan o no el comportamiento oportunista. Se parte de la hipótesis descriptiva de que si bien la legislación sobre la oferta y la aceptación desincentiva el comportamiento oportunista —esta determinó una sanción civil por revocar la oferta de manera arbitraria<sup>4</sup>—, las dificultades prácticas de probar los perjuicios ocasionados por ese comportamiento y las dificultades para acceder a la administración de justicia sí lo incentivan.

El AED de las instituciones de la oferta y la aceptación no ha tenido un desarrollo significativo en Colombia. Rubio aplica el AED a los contratos en general, y no trata de manera específica ni la oferta ni la aceptación<sup>5</sup>. Los estudios presentados por

3 Richard Posner. “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”. *Journal of Legal Studies* 8, 1979, pp. 103-140; Richard Posner. “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”. *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 487-507.

4 Código de Comercio, artículo 846.

5 Mauricio Rubio y Ana Arjona, colab. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007

Munar<sup>6</sup>, Ospina y Ospina<sup>7</sup> y Suescún<sup>8</sup> se centran en dichas instituciones desde el punto de vista estrictamente jurídico. El análisis de la oferta y la aceptación desde el AED, y en particular desde la teoría de juegos, proporciona tanto a los interesados como a los jueces, profesores y litigantes una herramienta útil para resolver las controversias que se llegaren a originar con ocasión de estas instituciones, pues les permite conocer cuál habría sido, dados unos supuestos, el comportamiento que las partes habrían seguido en aquel momento<sup>9</sup>. Por este motivo, este ensayo desarrolla lo expuesto en *Principio de utilidad de Bentham, maximización de la riqueza y el contrato de fiducia de garantía en Colombia*.

Este ensayo se divide en tres secciones. En la primera sección, se examinan los conceptos de AED, derecho y economía, imperialismo económico y economía. Esta diferenciación se hace con el propósito de ilustrar los fundamentos teóricos de la metodología que se sigue en este escrito. En la segunda sección, se analizan las instituciones de la oferta y la aceptación desde el punto de vista jurídico. En la tercera sección se desarrolla el modelo de las dos instituciones mencionadas. Para finalizar, se presentan conclusiones y futuras líneas de investigación.

## I. LOS CONCEPTOS DE AED, DERECHO Y ECONOMÍA, IMPERIALISMO ECONÓMICO Y ECONOMÍA

Esta sección tiene por objeto diferenciar los conceptos de derecho y economía (*law and economics*, L&E en adelante), análisis económico del derecho, economía (*economics*) e imperialismo económico<sup>10</sup>. Además, caracteriza algunos de los principales elementos del AED de Posner. Esta discusión es importante, ya que permite determinar las bases conceptuales del método que se va a seguir en el desarrollo de este ensayo. En efecto, se explican los conceptos y se exponen algunos de los puntos más importantes del AED de Posner en materia de contratos.

6 Pedro Munar. "Formación del Contrato". *Derecho de las obligaciones*. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2010.

7 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato o negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2005.

8 Jorge Suescún. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo II. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis, 2003.

9 Más adelante se explica la importancia de esta posibilidad en la interpretación de los contratos desde el AED. Además, vale la pena tener presente que el AED también ha sido usado para analizar la forma en que los jueces fallan en procesos constitucionales. Para el efecto, puede consultarse el trabajo reciente de Alexander Medellín (2013) titulado *La ponderación y el análisis económico del derecho integrados: un ensayo de construcción de un lenguaje interdisciplinar aplicado a las decisiones en derechos fundamentales*.

10 En vista de que este ensayo es un desarrollo de lo planteado en Peralta (2009), parte de lo que aquí se expone ya fue dicho en aquella ocasión. Las referencias a este documento serán señaladas en su momento.

Lazear define el *imperialismo económico* como la extensión de la economía (*economics*) a áreas del conocimiento que van más allá de su alcance clásico u original, que comprende las teorías del consumidor y la firma, los mercados, la actividad macroeconómica y, en general, lo relacionado de manera directa con estos campos<sup>11</sup>. Así, el análisis del impacto de una norma en la economía (*economy*) corresponde a la economía (*economics*), puesto que dicho análisis no va más allá de su alcance clásico u original. Entonces, el examen del impacto de una norma jurídica en aquellos campos propios de la economía corresponde al L&E<sup>12</sup>. En vista de lo anterior, el L&E es un área o manifestación de la economía (*economics*), ya que ambos tienen el mismo objeto de estudio: la economía (*economy*)<sup>13</sup>.

El AED tiene otro objeto de estudio: el derecho. Quienes lo practican parten de la convicción de que “la economía —*economics*— es una herramienta poderosa para el análisis de un gran conjunto de cuestiones legales”<sup>14</sup>. Al tener el AED un objeto de estudio diferente al de la economía (*economics*), el AED es una manifestación del imperialismo económico. Como el objeto de estudio del L&E es la economía (*economy*) misma, no se le puede considerar parte de este. Ahora bien, la economía (*economics*) es una herramienta de estudio común al L&E y al AED. Pese a la diferenciación anterior, con frecuencia estos tres movimientos se sobrepone y confunden<sup>15</sup>, más cuando se considera que la economía es la ciencia encargada de analizar el “comportamiento humano como una relación entre fines dados y medios escasos que tienen usos alternativos, [...]”<sup>16</sup> o “como la ciencia de la elección racional<sup>17</sup> en un mundo donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas”<sup>18</sup>. En este mismo sentido, para Posner la creación de este campo, llámese L&E o AED, permite “identificar

11 Edward Lazear. “Economic Imperialism”. *The Quarterly Journal of Economics* 115, n.º 1, 2000, p. 103. Consultado el 10 de noviembre del 2015 en <http://www.ppgge.ufgrs.br/Giacomo/arquivos/ecop137/lazear-2000.pdf>.

12 Alain Marciano. “A mini-symposium on early law and economics: Introduction”. *Journal of the History of Economic Thought* 30, n.º 3, 2008, pp. 279-282.

13 Peralta. *Op. cit.*, pp. 15-16.

14 Richard Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, citado en Peralta. *Op. cit.*

15 Peter Senn. “Chapter 45: George Joseph Stigler (1911-92)” En *The Elgar Companion to Law and Economics*, editado por Jürgen Backhaus. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 1999, pp. 701-702.

16 Lionel Robbins (1932), citado en Mark Blaug. *Teoría económica en retrospectiva*, traducido por Eduardo Suárez Galindo. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 20. Véase también Roger Backhouse y Steven Medema. “Definition of economics”. *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008.

17 “Racionalidad significa, para un economista, una disposición a escoger, consciente o inconsciente, un medio apto para cualesquiera fines que tenga quien escoge [...]” (Posner, 2007, p. 46, citado en Gustavo Peralta. *Op. cit.*)

18 Peralta. *Op. cit.*

el área de investigación económica para la cual un conocimiento sustancial del derecho, tanto en su aspecto doctrinario como institucional, es pertinente”<sup>19</sup>.

El AED de Posner parte de dos premisas fundamentales asociadas con las ideas de Bentham, a saber: (1) los sujetos de derecho o agentes económicos se comportan de manera racional, con el fin de maximizar su riqueza<sup>20</sup> y (2) el comportamiento racional de los individuos genera instituciones que, como el derecho, están al servicio de la maximización de la riqueza<sup>21</sup>.

Dada la importancia de la maximización de la riqueza en las premisas anteriores, conviene definirla. Para Posner, son aquellas conductas de agentes económicos que buscan incrementar el valor agregado de bienes y servicios transados en mercados definidos<sup>22</sup> o no definidos en una economía (*economy*)<sup>23</sup>. El valor (*value*), no en sentido agregado, explica Posner, es la disposición que tiene un individuo que no es propietario a pagar por un bien o servicio cualquiera o la disposición que tiene un individuo propietario a aceptar a cambio del bien o servicio que posee. Por último, Posner define la riqueza (*wealth*) *social* o *agregada* como el valor (*value*) total de todos los bienes y servicios, con mercado definido o no, de una economía. Dicho valor se maximiza cuando los bienes o servicios están disponibles para su uso más valioso (*valuable*). Así, por ejemplo, si para A un bien vale

- 19 Richard Posner. “El movimiento del análisis económico del derecho.” En *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, editado por Andrés Roemer. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas A. C., 1987, p. 225.
- 20 Page (2008) afirma que la economía está compuesta de agentes que interactúan en el tiempo y en el espacio con un propósito determinado. Según el propósito, los incentivos existentes y las reglas establecidas, los agentes eligen sus acciones y estrategias. A partir del planteamiento de Page, se puede inferir que el agente puede ser una persona, una firma o el Estado y que lo más importante es su interacción con otros agentes, en otras palabras, su participación en la actividad económica. Entonces, para poder intervenir en la actividad económica es necesario ser un sujeto de derecho, es decir, ser titular de derechos y obligaciones. Por esto, es necesario tener en cuenta los términos *sujeto de derecho y agente económico*.
- 21 Nicholas Mercuro y Steven Medema. *Economics and the Law: From Posner to Postmodernism and Beyond*. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 102.
- 22 Richard Posner. “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”. En *Philosophical Foundations of Tort Law*, editado por David Owen. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 99-111. En este documento, un *mercado definido* es “[...] una institución a través de la cual múltiples compradores y vendedores recurrentemente intercambian un gran número de bienes y servicios. Estos intercambios toman lugar en un marco legal y contractual. Los mercados suponen un conjunto de reglas, entre otras las legales, que ayudan a estructurarlos, organizarlos y a legitimar las transacciones de intercambios que a través de ellos ocurren. Ellos también suponen mecanismos de asignación de precios y rutinas de intercambios que ayudan a establecer un consenso sobre los precios y, con frecuencia, ayudan [a los agentes del mercado] divulgando información relacionada con productos, precios, cantidades, potenciales compradores o eventuales vendedores [...]”. (Hodgson, 2008) [Traducción propia]
- 23 En este documento, los *mercados no definidos* son aquellos en los cuales los bienes o servicios pueden ser valorados en términos monetarios, aunque en principio no lo estén. También son aquellos mercados hipotéticos en los que hay la disposición a pagar en caso de que se presente determinada situación o contingencia (Posner, 1979, p. 120).

\$50 y el mismo bien para B vale \$120, la compraventa del bien de A a B creará un beneficio total de \$70. Entonces, a un precio de \$100 por el bien, A será \$50 más rico y B \$20 más rico. La riqueza aumentaría, puesto que el bien ahora está en manos de B, quien lo valora en \$120<sup>24</sup>.

Posner propone la maximización de la riqueza como un fin individual y social, y el valor, calculado en moneda, como su unidad de medida<sup>25</sup>. La maximización de la riqueza, al ser cuantificable, afirma Posner, es justificable desde el punto de vista ético, puesto que es posible determinar de manera objetiva si una decisión maximiza o no la riqueza. En cada transacción en un mercado, determinado o no, es posible saber cuál es el valor que cada una de las partes asigna a su realización. Los precios de dichas transacciones reflejan acuerdos de valores entre las partes.

En vista de que se sabe el valor exacto de la transacción y su eventual impacto en terceros reclamantes, es posible aplicar el criterio Kaldor-Hicks. Según este, un cambio en la asignación de recursos, ya sean bienes o servicios, será eficiente siempre que quienes se perjudiquen por la transacción puedan llegar a ser compensados por el mayor valor resultante de la transacción<sup>26</sup>. El mayor valor resultante viene dado por la parte para la que es más valioso llevar a cabo la transacción. Cuando la transacción ocurre, los bienes y los servicios se destinan a su uso más eficiente, es decir, aquel en el que se maximiza su valor<sup>27</sup>. Nótese que la compensación no debe darse de manera efectiva, sólo basta con que se pueda dar.

En el trasfondo de la discusión está el axioma del agente racional. Posner lo define como la adecuación medio-fin que hace el individuo en su diario actuar<sup>28</sup>. Dada la información que tiene, el individuo al considerar sus propios fines escoge los medios adecuados para lograrlos. La racionalidad consiste, entonces, “en la capacidad y la inclinación para usar el razonamiento instrumental a fin de desenvolverse en la vida”<sup>29</sup>. Concebir como bienes las normas y los comportamientos prescritos por ellas y entender las sanciones establecidas por su incumplimiento como los precios de esos bienes ha llevado a Posner a concluir que

24 Richard Posner. *El análisis económico del derecho*, 2007, pp. 39-40, citado en Peralta. *Op. cit.*, pp. 16-17.

25 Richard Posner. “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”. En *Philosophical Foundations of Tort Law*, editado por Owen, David. Oxford: Oxford University Press, 1997, p. 119.

26 Richard Posner, “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”. *Hofstra Law Review* 8, 1980, p. 491.

27 Cuando se trata de bienes y servicios sin un mercado definido, el criterio se aplica con base en la disposición a pagar.

28 Richard Posner. *El análisis económico del derecho*, 2007, pp. 46-47, citado en Peralta. *Op. cit.*, pp. 16-17.

29 *Ibidem*, p. 46.

el sistema legal es una institución de mercado<sup>30</sup>. Así, el comportamiento de los individuos en el sistema legal obedece a la lógica del mercado. Esto implica que los agentes, en sus relaciones con el sistema legal, calculan los costos y los beneficios antes de emprender determinada acción y con base en ese cálculo deciden actuar o no. En este caso, los costos son sanciones legales por la desviación de la conducta prescrita por el legislador o el constituyente para cierto asunto.

Dado que Posner acepta en su AED la existencia del agente racional, es preciso examinar cómo este se relaciona con las normas jurídicas, en particular con las de los contratos<sup>31</sup>. Por tradición, los *contratos* se definen como acuerdos de voluntades entre dos o más partes. Su propósito es constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica de carácter patrimonial<sup>32</sup>. Del planteamiento anterior se deduce que el contrato tiene su origen en la unión entre una voluntad tendiente a producir efectos jurídicos (oferta) y otra dispuesta a que dichos efectos se den (aceptación). Estas instituciones buscan solucionar el problema de que el consentimiento requerido para el contrato no siempre es simultáneo<sup>33</sup>. Además, se colige que los contratos están llamados a regular el futuro, que es, por naturaleza, incierto. Dada la incertidumbre, Posner afirma que es casi inevitable el surgimiento de problemas alrededor del cumplimiento del contrato<sup>34</sup>. Los problemas en la ejecución parecen ser más probables si el contrato en cuestión es de ejecución sucesiva que de ejecución instantánea<sup>35</sup>, aunque también puede haber problemas en los contratos de ejecución instantánea, por ejemplo, si el bien que se entrega en una compraventa resulta defectuoso<sup>36</sup>.

La interpretación que haga el juez del contrato debe buscar su eficiencia, es decir, alcanzar aquella situación que las partes habrían pactado de haber invertido más tiempo en la negociación del contrato. Además, la interpretación debe prever las eventuales contingencias en su ejecución. La solución que proponga y dictamine el juez debe ser aquella que maximice la riqueza de las partes involucradas en el contrato. Posner sostiene que existen diversos criterios interpretativos

30 Richard Posner. "The Economic Approach to Law". *Texas Law Review* 53, 1975, p. 763.

31 Esta sección sigue lo planteado en Richard Posner. "The law and economics of contract interpretation". *Texas Law Review* 83, 2005, pp. 1581-1614.

32 Código de Comercio, artículo 864.

33 Steven Shavell. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004, pp. 328-329.

34 Richard Posner. "The law and economics of contract interpretation", 2005, p. 1582.

35 Los contratos pueden cumplirse en el instante mismo en el que se perfeccionan, en cuyo caso son llamados *de ejecución instantánea*. También puede ocurrir que el cumplimiento del contrato suponga la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo. En este caso, los contratos son denominados *de ejecución sucesiva* (Ospina y Ospina, 2005, pp. 72-74).

36 Peralta. *Op. cit.*, p. 20.

para esto, algunos de los cuales están consagrados en la legislación colombiana: (1) acudir a la voluntad de las partes, (2) consultar la costumbre, (3) consultar las normas imperativas y supletorias aplicables al caso y (4) consultar la jurisprudencia.

El juez acude a la voluntad de las partes para conocer lo que en realidad querían al momento de contratar. En tal situación, cada parte tiene el propósito de maximizar lo que le corresponderá del mayor valor producto de la transacción. Las partes también harán lo posible por aumentar el valor total de la transacción, ya que esto implica un beneficio para ambas. Sin embargo, en el proceso judicial o arbitral, cada parte tendrá incentivos para maximizar sólo su ganancia, sin considerar a la otra<sup>37</sup>. Esto puede obedecer a que en un proceso judicial, por lo general, hay una parte que es declarada responsable y, por tanto, es obligada a indemnizar a la otra por el incumplimiento del contrato y a cubrir las costas del proceso. En resumen, en la determinación de la voluntad al momento de contratar, el juez simula lo que las partes habrían consagrado en el contrato. Esta opción busca acercar el contrato a la eficiencia, entendida como la maximización de la riqueza, por el camino de las expectativas de las partes al momento de contratar, es decir, cuando se formuló la oferta y esta fue aceptada. Así, la labor del juez es identificar dichas expectativas.

Al consultar la costumbre vigente, el juez tiene en cuenta las expectativas del gremio al que pertenecen las partes contratantes. Al conocer la costumbre, el juez comprende lo que las partes esperaban cuando las partes celebraron el contrato. Luego, al resolver el caso acudiendo a la costumbre, el juez materializa las expectativas de las partes. A diferencia del caso anterior, las expectativas pueden considerarse exógenas a las partes.

El juez puede interpretar el contrato con las normas vigentes, en específico con las imperativas y las supletorias. Posner sostiene que es posible maximizar la riqueza de esta manera, puesto que las normas son reflejo de las expectativas de los contratantes y su interpretación, por lo general, es unívoca. De esta manera, si las partes desconocieron una norma imperativa, el juez no tendrá mayor problema en aplicarla y fallar con base en ella. También es probable que las partes no hayan invertido tiempo suficiente en la redacción del contrato y hayan omitido una cláusula que podría solucionar el conflicto. Según Posner, una norma supletoria maximiza la riqueza<sup>38</sup>, pues el legislador la incorpora en

37 Richard Posner. "The law and economics of contract interpretation", 2005, p. 1588.

38 *Ibidem*, p. 1586.

todos los contratos, salvo que las partes hagan un pacto expreso para que esto no ocurra. Su incorporación significa que existe una expectativa común que esa norma reproduce. Por último, al consultar la jurisprudencia, el juez reafirma lo que las partes involucradas esperan, en virtud del principio de igualdad: casos similares deben recibir soluciones similares<sup>39</sup>.

Para recapitular, el principal criterio que debería tener un juez al fallar una controversia, desde el punto de vista del AED, es interpretar qué habrían pactado las partes cuando negociaron el contrato y no sabían con qué probabilidad podría ocurrir el evento de la controversia. Así, el derecho ha implementado diversos mecanismos que le permiten al juez conocer las expectativas de las partes de un contrato durante su celebración, ejecución y terminación. Dichas expectativas obedecen a criterios de maximización de la riqueza, que es la motivación del comportamiento racional individual. Ahora bien, dado que la normativa refleja tales expectativas<sup>40</sup>, es posible decir que también obedece al criterio de maximización de la riqueza, lo que la hace eficiente en los términos antes propuestos. En consecuencia, en este caso, el derecho está orientado a maximizar la riqueza.

## II. SOBRE LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN

Conforme a lo dicho, todo contrato tiene su origen en una oferta y en su respectiva aceptación. Esta sección analiza, según las disposiciones del Código de Comercio y los planteamientos de la doctrina, las instituciones de la oferta y la aceptación y la forma en la que operan en Colombia.

Según el artículo 845 del Código de Comercio, la oferta es un proyecto de negocio jurídico que una persona propone a otra, ya sea de manera tácita o expresa, de manera verbal o escrita. Entonces, puede afirmarse que un elemento característico de la oferta es que debe dirigirse a una persona determinada; de lo contrario, se entendería que es una policitación<sup>41</sup>. Dicha propuesta debe reunir una serie de requisitos decantados por la doctrina y la jurisprudencia nacional, sin que haya posiciones discrepantes. El primer requisito es que sea completa<sup>42</sup> o precisa<sup>43</sup>. Es decir, la propuesta debe reunir todos los elementos esenciales<sup>44</sup> del negocio

39 Peralta. *Op. cit.*, pp. 21-22.

40 Código Civil de Colombia, artículos 25-33, 1602, 1618-1620.

41 Ospina Fernández y Ospina Acosta. *Op. cit.*, p. 146.

42 *Ibidem*; Munar. *Op. cit.*, p. 392.

43 Suescún. *Op. cit.*, p. 58. En la Sentencia del 8 de marzo de 1995, la Corte Suprema de Justicia, en la Sala de Casación Civil y Agraria, con la ponencia de Pedro Lafont Pianetta, señaló como requisitos de la oferta que fuera tanto precisa como completa (Munar, 2009).

44 Se entiende por elementos esenciales del negocio aquellos sin los cuales o el negocio no produce efecto alguno (inexistencia) o degenera en un negocio diferente (Código del Comercio, artículo 1501).

propuesto<sup>45</sup>. El segundo requisito es que no debe ser equívoca<sup>46</sup>. Entonces, la oferta debe ser una manifestación indudable de la voluntad de obligarse, en caso de ser aceptada, y no debe ser irreconciliable con otras ofertas originadas en la misma persona. El tercer requisito es su firmeza<sup>47</sup>. Así, la vigencia de la oferta, término durante el cual es irrevocable, no puede estar condicionada a la mera voluntad del oferente. Lo anterior no implica que la oferta no pueda tener reservas o condicionamientos, sino que de tenerlos, deberán ser claros y precisos. El último requisito es que debe ser comunicada al receptor<sup>48</sup>. Este requisito es muy importante, porque sólo cuando la oferta es comunicada adquiere su firmeza y, en consecuencia, su carácter de irrevocable<sup>49</sup>, durante su vigencia<sup>50</sup>. El código adopta, entonces, el sistema de la expedición, pues determina que la oferta se comunica cuando el “oferente emplea cualquier medio adecuado para ponerla en conocimiento del receptor de la misma (artículo 845, Código de Comercio), sin que sea necesario que éste la conozca efectivamente”<sup>51</sup>.

En lo que respecta a la aceptación, la ley exige que sea pura, simple y en tiempo. Por lo tanto, si la aceptación es condicionada o extemporánea, se entiende como una nueva oferta. Ahora bien, la ley permite dos tipos diferentes de aceptación: la expresa y la tácita. La expresa es aquella que se da al momento de oír la propuesta, si es comunicada de manera verbal<sup>52</sup> o si el receptor usa cualquier medio hábil para dársela a conocer al oferente. Cuando la aceptación es expresa, el legislador optó por el sistema de la expedición<sup>53</sup>. Por el contrario, si la aceptación es tácita, el legislador optó por el sistema de la información<sup>54</sup>. Para que la aceptación sea tácita es necesario que el receptor realice actos inequívocos de ejecución del contrato y que además el oferente tenga conocimiento de estos dentro del término de vigencia de la oferta<sup>55</sup>. Según la Corte Suprema de Justicia,

45 Código de Comercio, artículo 845.

46 Ospina Fernández y Ospina Acosta. *Op. cit.*, pp. 155-156; Munar. *Op. cit.*, p. 392; Suescún, *Op. cit.*, pp. 61-62.

47 *Ibidem*, pp. 60-61; Código Civil, artículo 1525; Código de Comercio, artículo 846.

48 *Ibidem*, pp. 62-64; Código de Comercio, artículo 845-846.

49 “La propuesta será irrevocable. Por consiguiente, *una vez comunicada*, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario [...]” (Código de Comercio, artículo 846) [énfasis con subrayas en el original]

50 El oferente es libre de estipular la vigencia de la oferta. La ley suple su silencio de la siguiente manera: si se trata de una oferta verbal, deberá ser aceptada al momento de oírse (Código de Comercio, artículo 850); pero si se trata de una oferta escrita, deberá ser aceptada dentro de los 6 días siguientes a la fecha de la propuesta, más el término de la distancia, si el receptor vive en un lugar diferente al del oferente (Código de Comercio, artículo 851).

51 Suescún, *Op. cit.*, p. 63.

52 Código de Comercio, artículo 850.

53 Ospina Fernández y Ospina Acosta. *Op. cit.*, p. 170.

54 *Ibidem*.

55 Código de Comercio, artículo 854.

“si se está en presencia de contratos en los que se exija una forma específica para su perfeccionamiento —solemnes o reales—, se deberán cumplir, además, las respectivas formalidades *ad substantiam actus* o deberá haberse verificado la correspondiente entrega de bienes, en su caso”. Una vez se une la oferta con la aceptación, surgirá el contrato en los términos del artículo 864 del Código de Comercio señalado.

### III. UN MODELO PARA LA OFERTA Y LA ACEPTACIÓN EN COLOMBIA

Teniendo en cuenta lo anterior, esta sección modela, a través de la teoría de juegos<sup>56</sup>, el comportamiento racional<sup>57</sup> de un oferente y un receptor en el marco de la legislación colombiana sobre la oferta y la aceptación. La teoría de juegos es una de las herramientas económicas del AED para analizar un gran número de fenómenos e instituciones legales. Como Cooter y Ulen afirman, “[c]on frecuencia, el derecho enfrenta situaciones donde hay pocos tomadores de decisiones y donde la acción óptima de una persona depende de lo que escoja otro actor”<sup>58</sup>. En casos como este, no es raro encontrar que el AED haga uso de la teoría de juegos. En su reciente texto *Análisis económico del derecho societario* (2013), Reyes Villamizar analiza las adquisiciones hostiles a través de una adaptación del conocido juego del dilema del prisionero. Por su parte, el Instituto Tecnológico Autónomo de México, en el año 2009, preparó una compilación de estudios que aplica la teoría de juegos sobre diferentes temas del derecho contemporáneo, como la imposición de impuestos mínimos o las negociaciones con carteles económicos. Como en los estudios mencionados el conocimiento de las instituciones jurídicas es *pertinente*, se trata de una verdadera aplicación del AED, y no un simple ejercicio de teoría de juegos.

Este sencillo modelo identifica qué factores pueden incentivar un comportamiento oportunista en el oferente. Los elementos del juego son los siguientes<sup>59</sup>: los jugadores son el oferente (O) y el receptor (R). En lo que respecta a las estra-

56 Según Eslava, “la teoría de juegos es el estudio de problemas que involucran interacciones estratégicas entre los participantes” (2005, p. 2). Eslava define el comportamiento estratégico de la siguiente manera: “[u]n participante actúa de forma estratégica si toma en cuenta los efectos de sus decisiones y su presencia sobre las decisiones de los demás, y los efectos de esas decisiones de terceros sobre las restricciones que él enfrenta” (2005, p. 2).

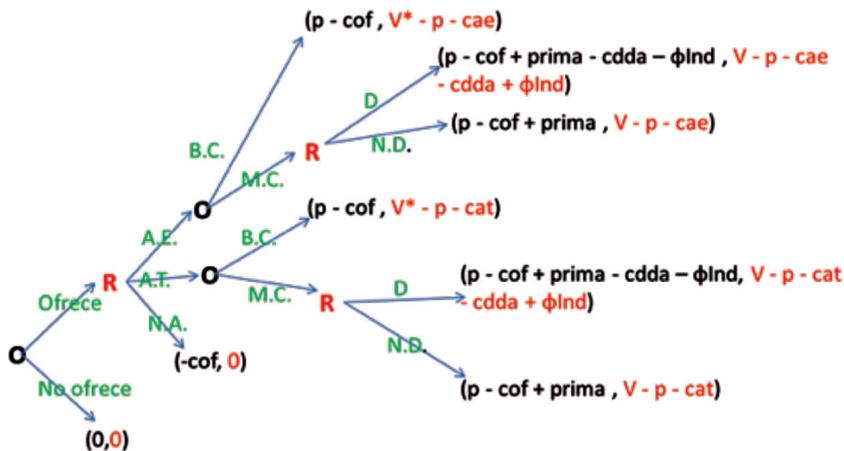
57 Este supuesto implica, según Roemer, que “los actores privados son motivados exclusivamente por el deseo de maximizar su propio interés económico” (1994, p. 16).

58 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 63.

59 Para Eslava (2005, p. 4) y Baird *et al.* (1994, p. 51), en todo juego son importantes los siguientes elementos: (1) los jugadores, (2) las estrategias disponibles, (3) los turnos para cada jugador, (4) la información de cada jugador sobre las estrategias y los pagos de los demás jugadores y (5) los pagos de cada jugador.

tegas, el oferente puede ofrecer o no ofrecer. Una vez ha ofrecido, puede hacerlo de buena o mala calidad, (*B. C.* y *M. C.*, respectivamente). En este ensayo, la oferta es de mala calidad cuando ocasiona perjuicios al receptor y beneficia al oferente o cuando no prevé determinadas eventualidades en el contrato. En cambio, la oferta será de buena calidad cuando prevé las eventualidades en el contrato y les da solución antes de que se presenten. El receptor, por su parte, puede aceptar la oferta de manera expresa (*A. E.*), aceptar de manera tácita (*A. T.*) o no aceptar (*N. A.*). Una vez el receptor ha aceptado de cualquier manera la oferta y esta resulta ser de mala calidad, podrá demandar (*D.*) o no demandar (*N. D.*). Se trata de un juego dinámico, ya que el receptor puede observar el comportamiento del oferente y el oferente también puede observar el comportamiento del receptor. Se asume, por motivos de simplicidad en el modelaje, que los jugadores cuentan con información perfecta, es decir, conocen los pagos asociados a todas las posibles estrategias. Los pagos respectivos se encuentran en la gráfica 1, que representa el juego<sup>60</sup>.

Gráfica 1



Fuente: Elaboración propia.

60 En la representación extensiva del juego, los pagos que están subrayados corresponden a los del receptor, los pagos que no están subrayados corresponden a los del oferente y las estrategias disponibles se representan en verde. El siguiente modelo presenta la siguiente notación: *cof* es el costo de hacer la oferta, *p* es el precio al que se vende el bien,  $V^*$  es la valoración que hace el receptor del negocio, si es de buena calidad, *V* es la valoración que hace el receptor del negocio, si es de mala calidad, *cae* es el costo de aceptar de manera expresa, *cat* es el costo de aceptar de manera tácita,  $\phi Ind$  es la indemnización que se puede llegar a recibir, si la demanda se multiplica por una constante  $\phi$ , que denota la probabilidad de que se deba pagar o recibir la indemnización, *cdda* son los costos fijos de demandar y de defenderse en un caso judicial y *prima* es el mayor valor que recibe el oferente por *engañar* al receptor y ofrecer de mala calidad.

En todo juego se procura encontrar aquella combinación de estrategias, una para cada jugador, de tal manera que sea la mejor respuesta a la de los demás jugadores. Se busca conseguir así el equilibrio de Nash<sup>61</sup>. Con esta situación se predice cuál será la respuesta de los agentes, si se reunieran los supuestos del juego. Para este juego, se tienen los siguientes supuestos:

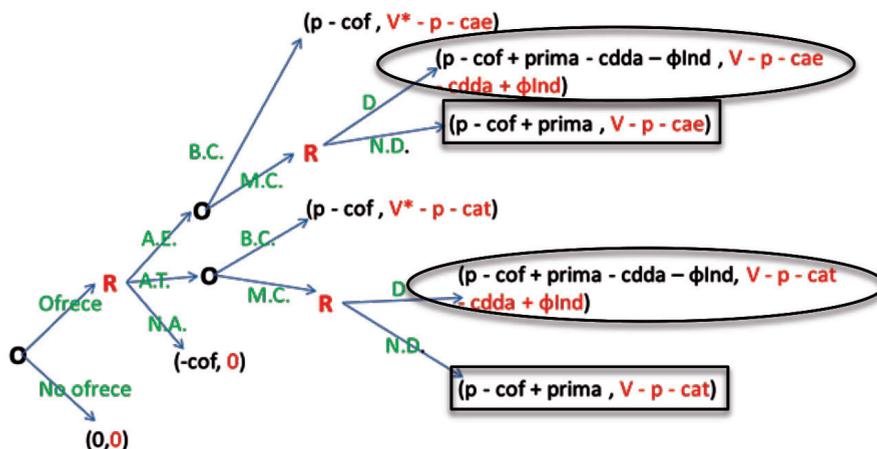
1.  $V^* > V$ . El receptor le dará una valoración menor a la oferta de mala calidad que a la de buena calidad.
2.  $\phi Ind > cdda$ . El receptor demandará siempre que el valor esperado de la indemnización sea mayor que los costos de presentar la demanda. Este supuesto implica que sólo se demandará si se espera ganar. Además, sólo puede ganar si la oferta fue de mala calidad, porque si la oferta fue de buena calidad, no habría motivo para demandar.
3.  $prima > \phi Ind + cdda$ . Si la prima por ofrecer de mala calidad es superior a la posible indemnización que surja por una demanda, más los costos de enfrentarla, el oferente estará tentado a comportarse de manera oportunista. Este supuesto es cercano a la realidad, pues para que surja la indemnización de la que habla el artículo 846 del Código de Comercio, es necesario que dichos perjuicios se prueben, así como la relación de causalidad entre los perjuicios y la oferta de mala calidad. Además, el juez debe quedar del todo convencido de lo anterior, una tarea nada sencilla.
4.  $cat > cae$ . Los costos de la aceptación tácita son mayores que los de la aceptación expresa. En efecto, la aceptación tácita requiere actos inequívocos de ejecución del negocio propuesto y que el oferente los conozca, puesto que la aceptación expresa tan sólo requiere la comunicación en los términos explicados.
5.  $p + prima - cof - cdda - \phi Ind > 0$ . Este supuesto es el desarrollo del supuesto (3) e indica que el precio es lo suficiente alto como para cubrir los costos de ofrecer, es decir, de comunicar la oferta.

Este juego dinámico con información perfecta se soluciona buscando el equilibrio de Nash. El método para encontrar dicho equilibrio, según Baird *et al.* y a

61 Marcela Eslava. *Teoría de juegos: notas de clase*. Bogotá: Facultad de Economía, Universidad de los Andes, 2005. Consultado el 10 de mayo del 2010 en [http://economia.uniandes.edu.co/profesores/planta/Eslava\\_Marcela/teoria\\_de\\_juegos/apuntes\\_de\\_clase](http://economia.uniandes.edu.co/profesores/planta/Eslava_Marcela/teoria_de_juegos/apuntes_de_clase), p. 16. Sin embargo, es posible que un juego no tenga equilibrios de Nash, sino que tenga múltiples equilibrios de Nash.

Eslava, es el de la inducción hacia atrás<sup>62</sup>. Para Eslava, esta metodología consiste en ir al final del juego y encontrar aquellas estrategias óptimas del último jugador en ese turno para cada decisión del jugador anterior<sup>63</sup>. Con esta información, se eliminan las opciones que reportan menor utilidad. El siguiente paso es considerar las estrategias óptimas del jugador anterior al último y eliminar aquellas que le reportan menor utilidad, dado el comportamiento del segundo jugador. Este segundo paso debe repetirse hasta llegar al origen del juego. Al eliminar todas las estrategias que menor utilidad reportaban, se encuentra el equilibrio de Nash. A partir del juego propuesto y de la gráfica 1, se espera aclarar el método de la inducción hacia atrás.

Gráfica 2



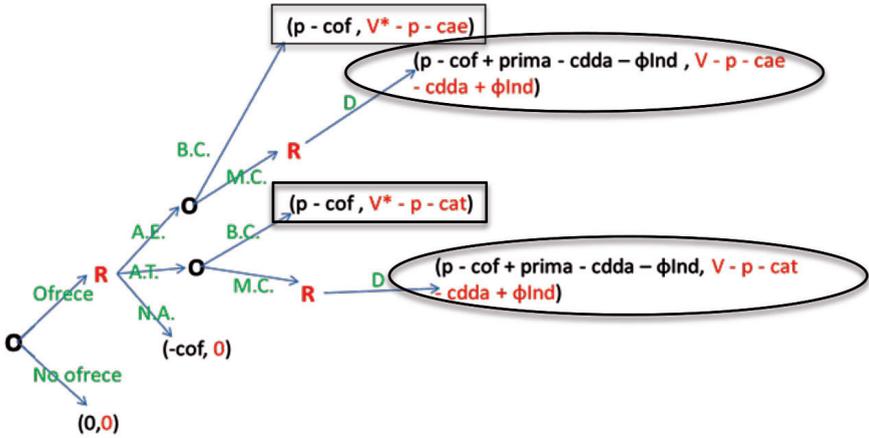
Fuente: Elaboración propia.

Según la gráfica 2, la última acción del oferente es la calidad de la oferta buena (B. C.) o mala (M. C.). Por consiguiente, a partir de ese comportamiento, el receptor podrá, con independencia de la forma en la que haya aceptado, demandar (D) o no demandar (N. D.). Al comparar los pagos, las estrategias en los cuadros punteados se pueden eliminar, ya que reportan menor utilidad que las que están dentro de los cuadros con líneas gruesas continuas. Al eliminar estas estrategias, en específico N. D., queda el siguiente juego:

62 Douglas Baird, Robert Gertner y Randal Picker. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994; Eslava. *Op. cit.*

63 *Ibidem*, p. 25.

Gráfica 3

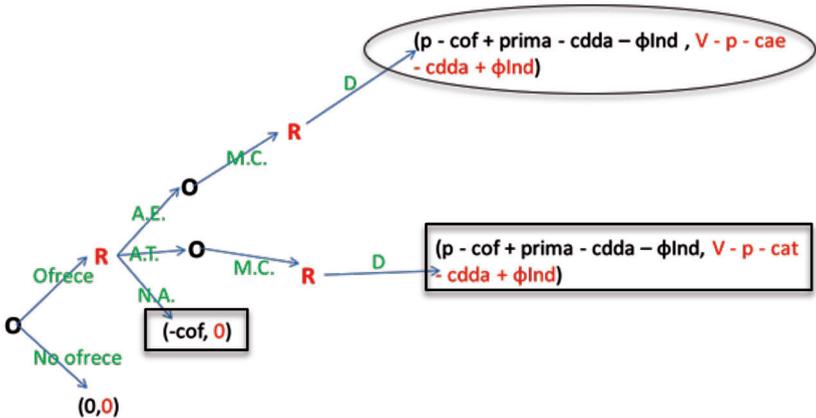


Fuente: Elaboración propia.

En vista de que la conducta óptima para el receptor es demandar, el oferente examinará cuál opción le reporta mayor utilidad, con independencia de la forma de aceptación del receptor. Así, eliminará las estrategias que están en los cuadros con líneas punteadas y mantendrá aquellas que están en los cuadros con líneas gruesas continuas. Esto significa que para el oferente, dados los supuestos de este juego, si decide ofrecer, es mejor ofrecer de mala calidad.

Al eliminar las estrategias en los cuadrados con borde punteado de la gráfica 3, para examinar la conducta del receptor, se obtiene la siguiente representación:

Gráfica 4

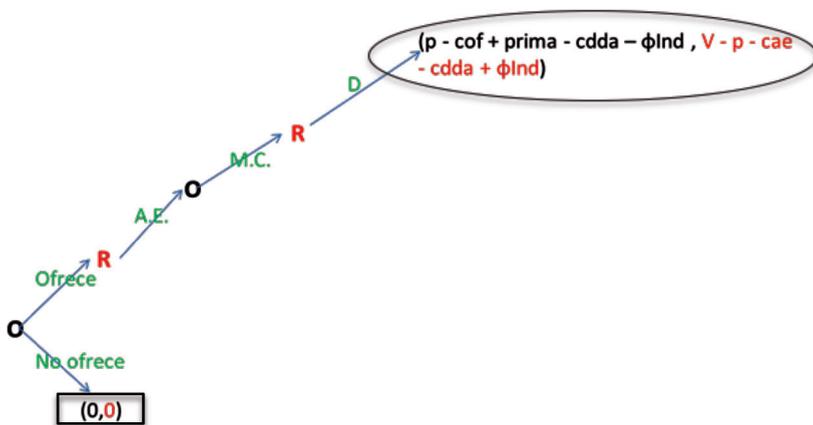


Fuente: Elaboración propia.

Al eliminar las estrategias señaladas, el receptor evaluará los beneficios de aceptar de manera expresa, tácita o no aceptar la oferta. La gráfica 4 representa esta nueva situación. Se sigue el mismo procedimiento descrito. Entonces, las estrategias que son menos beneficiosas para el receptor están encerradas en un cuadro con bordes punteados, dado que el oferente realizó una oferta, y en un cuadro con líneas gruesas está la más beneficiosa.

Hecha la eliminación de las estrategias reseñadas, el oferente examinará cuál es la decisión óptima para él: ofrecer o no ofrecer. En vista de que el pago de ofrecer es mayor de cero, como se supuso, el oferente ofrecerá. La gráfica 5 muestra el punto anterior. Esto implica que el juego propuesto tiene un único equilibrio de Nash con las siguientes estrategias: el oferente ofrecerá, el receptor aceptará de manera expresa (A. E.), el oferente hará una oferta de mala calidad (M. C.) y el receptor demandará (D). Los pagos asociados a este equilibrio son: (1) el oferente ganará el precio más la prima por ofrecer de mala calidad, menos los costos de ofrecer, menos los costos fijos que se deben enfrentar en una demanda, menos la indemnización por la probabilidad de que la demanda sea favorable al demandante o receptor; (2) el receptor tendrá una utilidad total de la valoración de la oferta de mala calidad, menos el precio, menos los costos de aceptar de manera expresa, menos los costos fijos de demandar, más la indemnización por la probabilidad de que la demanda sea favorable al demandante receptor<sup>64</sup>.

Gráfica 5



64 En la notación de la teoría de juegos, *Equilibrio de Nash* = {(Ofrecer, A. E., M. C., D)}. Dicho equilibrio de Nash genera los siguientes pagos:  $\pi(EN) = [(p + prima - cof - cdda - \phi Ind), (V - p - cae - cdda + \phi Ind)]$ .

Fuente: Elaboración propia.

Como es posible ver, el equilibrio de Nash encontrado para este juego depende de los supuestos en el modelo. Según estos supuestos, habrá lugar a conductas oportunistas por parte del oferente siempre que la prima que reciba por tal comportamiento sea mayor que los costos de enfrentar una demanda y a la eventual indemnización que declare el juez en un proceso. Por consiguiente, el comportamiento oportunista del oferente depende en gran medida del acceso a la justicia que tenga el agraviado y de la posibilidad real que tenga de probar los perjuicios generados por la conducta alejada de derecho del oferente. Si este supuesto cambiara, es decir, si la prima de ofrecer de mala calidad no fuera tan grande como para compensar la posible indemnización y los costos de enfrentar una demanda, el equilibrio de Nash sería otro, pues al aplicar el método de la inducción hacia atrás se eliminarían otras estrategias y se llegaría a otra solución. En efecto, aunque no se presenta aquí dicho procedimiento, el resultado sería un equilibrio de Nash diferente, a saber: el oferente ofrecerá, el receptor aceptará de manera expresa y el oferente ofrecerá de buena calidad. No habría necesidad de demandar, ya que no existirían los motivos para hacerlo.

#### CONCLUSIONES GENERALES Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN

Este ensayo aplicó el AED al análisis de las instituciones de la oferta y la aceptación en el ordenamiento jurídico colombiano para determinar si existían o no incentivos para que el oferente se comportara de manera oportunista frente al receptor de la oferta. Se partió de la hipótesis descriptiva negativa de que si bien la normatividad comercial desincentiva el comportamiento oportunista, las dificultades probatorias lo incentivan. A través del modelo, se mostró que justo la práctica judicial y las dificultades probatorias pueden llegar a incentivar el comportamiento oportunista del oferente. También se mostró que si se cambiaba el supuesto relacionado con las dificultades probatorias, el resultado es que los agentes tendrían un comportamiento social óptimo, pues se maximizaría la riqueza porque no se incurriría en los costos de demandar y de defenderse (CDDA). Así, la valoración de la oferta sería la máxima posible y no habría lugar a la indemnización de perjuicios.

Este análisis es de particular importancia para la aplicación del derecho. Como se mostró, uno de los principales criterios que debe tener un juez presente al fallar una controversia contractual es consultar la voluntad de las partes en el momento en el que se formó el contrato, es decir, cuando la oferta se aceptó. Para lograr lo anterior, este ensayo presentó los principales planteamientos

sobre el AED. Se consultaron autores como Posner, Lazear, Shavell, Marciano, Mercurio, Medema y Peralta. También se analizaron las normas de la oferta y de la aceptación, a la luz de los planteamientos de autores de la doctrina nacional, como Ospina, Ospina, Munar y Suescún. Para finalizar, se planteó un juego dinámico con información perfecta. Este se resolvió conforme al método de la inducción hacia atrás planteado por Baird *et al.* y por Eslava.

Ahora bien, este ensayo se restringió a las instituciones de la oferta y la aceptación contempladas en el Código de Comercio y no examinó la posibilidad de que el receptor de la oferta presentara una contraoferta<sup>65</sup>. En esta medida, valdría la pena plantear un ejercicio similar para el caso en el que se ejerce el derecho de compra en el proceso divisorio, cuando se hace una oferta pública de acciones en el contrato de sociedad o cuando una de las conductas del oferente es la contraoferta. También podría desarrollarse un modelo en el que la racionalidad de los agentes sea limitada. Asimismo, podría profundizarse en algunos de los criterios mencionados en este ensayo, por ejemplo, la teoría de juegos o la maximización de la riqueza como criterios de resolución de controversias contractuales. Lo anterior necesitaría de las acciones, los laudos, las sentencias, los conceptos y los juicios de los abogados, que poco a poco se beneficiarían y enriquecerían con el enfoque económico del derecho, en particular orientado a la maximización de la riqueza. En el mismo sentido, se sugiere desarrollar en las facultades de derecho y economía una línea docente y de investigación sobre AED.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Backhouse, Roger y Steven Medema. "Definition of economics". *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008.
- Baird, Douglas, Robert Gertner y Randal Picker. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.
- Blaug, Mark. *Teoría económica en retrospectiva*, traducido por Eduardo Suárez Galindo. México: Fondo de Cultura Económica, 2001
- Código de Comercio colombiano.
- Código Civil colombiano.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.

65 Código de Comercio, artículo 855.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *Sentencia del 26 de febrero del 2010* (Exp. 2001-00418-01.). M. P. Arturo Solarte Rodríguez.
- Enríquez, David. *Teoría de juegos y derecho contemporáneo. Temas selectos*. México: Porrúa e Instituto Tecnológico Autónomo Mexicano, 2009.
- Eslava, Marcela. *Teoría de juegos: notas de clase*. Bogotá: Facultad de Economía, Universidad de Los Andes, 2005. Consultado el 10 de mayo del 2010 en [http://economia.uniandes.edu.co/profesores/planta/Eslava\\_Marcela/teoria\\_de\\_juegos/apuntes\\_de\\_clase](http://economia.uniandes.edu.co/profesores/planta/Eslava_Marcela/teoria_de_juegos/apuntes_de_clase).
- Hodgson, Geoffrey. “Markets”. *The New Palgrave Dictionary of Economics*, editado por Steven N. Durlauf y Lawrence E. Blume, 2008.
- Lazear, Edward. “Economic Imperialism”. *The Quarterly Journal of Economics* 115, n.º 1, 2000, pp. 99-146. Consultado el 10 de noviembre del 2015 en <http://www.ppge.ufrgs.br/Giacomo/arquivos/ecop137/lazear-2000.pdf>.
- Marciano, Alain. “A mini-symposium on early law and economics: Introduction”. *Journal of the History of Economic Thought* 30, n.º 3, 2008, pp. 279-282.
- Medellín, Alexander. *La ponderación y el análisis económico del derecho integrados: un ensayo de construcción de un lenguaje interdisciplinar aplicado a las decisiones en derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Mercuro, Nicholas y Steven Medema. *Economics and the Law. From Posner to Post-modernism and Beyond*. New Jersey: Princeton University Press, 2006.
- Munar, Pedro. “Formación del Contrato”. En *Derecho de las Obligaciones*. Bogotá: Temis y Universidad de los Andes, 2010.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato o negocio jurídico*. Bogotá: Temis, 2005.
- Page, Scott. “Agent-based models”. *The New Palgrave Dictionary of Economics*, editado por Steven N. Durlauf y Lawrence E. Blume, 2008.
- Peralta, Gustavo. *Principio de utilidad de Bentham, maximización de la riqueza y el contrato de fiducia de garantía en Colombia*. Tesis de grado no publicada. Universidad de los Andes, Bogotá, 2009.
- Posner, Richard. “The Economic Approach to Law”. *Texas Law Review* 53, 1975, pp. 757-782.

- Posner, Richard. "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory". *Journal of Legal Studies* 8, 1979, pp. 103-140.
- Posner, Richard. "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication". *Hofstra Law Review* 8, 1980, pp. 487-507.
- Posner, Richard. "El movimiento del análisis económico del derecho." En *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, editado por Andrés Roemer. México: Fondo de Cultura Económica, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Centro de Estudios de Gobernabilidad y Políticas Públicas A. C., 1987.
- Posner, Richard. "Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry". En *Philosophical Foundations of Tort Law*, editado por David Owen. Oxford: Oxford University Press, 1997, pp. 99-111.
- Posner, Richard. "The law and economics of contract interpretation". *Texas Law Review* 83, 2005, pp. 1581-1614.
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1994.
- Rubio, Mauricio y Ana Arjona, colab. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Senn, Peter. "Chapter 45: George Joseph Stigler (1911-92)". En *The Elgar Companion to Law and Economics*, editado por Backhaus, Jürgen. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 1999.
- Shavell, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- Suescún, Jorge. *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II*. Bogotá: Universidad de los Andes y Legis 2003.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL MEDIO AMBIENTE  
Y LA TRAGEDIA DE LOS COMUNES:  
¿IMPUESTOS PARA SALVAR LOS RECURSOS NATURALES?

Laura Fernanda Norato Prieto\*

**Resumen:** La tragedia de los bienes comunes expuesta por Garrett Hardin en 1968 propone la hipótesis del uso abusivo de la propiedad común, entendida como bienes que no pertenecen a nadie, o mejor, que pertenecen a todos, pues no existe un precio que regule su uso. Su ilustrador ejemplo de pastores que usan tierras abiertas para alimentar a sus ovejas bien puede asemejarse al caso de la degradación ambiental. Bienes comunes como el aire limpio, el mar y lo que se encuentra en él, los terrenos de propiedad pública (como parques y bosques nacionales), las especies salvajes y el espacio ultraterrestre se rigen por la lógica general de la abundancia y la existencia ilimitada.

Este documento estudia el problema de la explotación excesiva del medio ambiente. Considera que este es un bien de uso común y que la tributación es uno de los mecanismos estatales para resolver el problema del uso abusivo de los recursos naturales escasos. En especial, mediante la metodología del análisis económico del derecho, y otros desarrollos académicos de la economía, examina diversas alternativas para el diseño de una política de control y monitoreo del uso de estos recursos. Se concluye que la tributación ambiental es una buena alternativa de regulación en Colombia si se compara con otras, como la basada en la cooperación, desarrollada por Elinor Ostrom y la respuesta tradicional privatizadora

**Palabras clave:** recursos naturales, tributación, derechos de propiedad, análisis económico del derecho, bienes comunes, libre acceso, derechos colectivos, tragedia de los comunes.

\* Economista y abogada de la Universidad de los Andes con énfasis en Derecho Internacional Público. Formación certificada en Pisos de Protección Social y Empleos Verdes del Centro Internacional de Formación de la OIT (CIF, Turín, Italia). Experiencia en temas relacionados con normas internacionales del trabajo, trabajo decente y esquemas de protección social. En la actualidad, es coordinadora nacional del Programa de la OIT para la Promoción del Piso de Protección Social en la región andina.

## INTRODUCCIÓN

La idea del individuo maximizador de Adam Smith que, de manera egoísta, persigue su propio beneficio y al final logra un óptimo para la sociedad quizás terminó por la concepción de que las decisiones aisladas de los individuos siempre serán “las mejores decisiones para una sociedad en su conjunto”, tal como lo menciona Garret Hardin<sup>1</sup>. Sin embargo, la historia y las experiencias se han encargado de demostrar que tal afirmación no es correcta. La evidencia ha mostrado que el efecto acumulado de las acciones de individuos con acceso libre a bienes de propiedad común y que buscan su propio beneficio no resulta positivo para la sociedad. Por el contrario, terminan por generar un efecto negativo al sobreexplotar estos bienes hasta agotarlos. He ahí la tragedia. Como lo explica el autor en su ejemplo, “cada hombre está atrapado en un sistema que lo impulsa a aumentar su rebaño sin límite en un mundo que, sin embargo, tiene recursos limitados”<sup>2</sup>.

La tragedia de los bienes comunes expuesta por Garrett Hardin en 1968 propone la hipótesis del uso abusivo de la propiedad común. El autor presenta el ejemplo de un pastizal compartido entre un número cualquiera de pastores, que motivados sólo por el interés personal y actuando de manera racional<sup>3</sup> terminan sin proponérselo por destruir un bien compartido común. Con el supuesto de que los costes son iguales para todos los pastores, cada uno de ellos llevará su rebaño hasta que su ingreso medio sea igual al coste de llevar su animal (coste marginal). Así, cada pastor concluye que la mejor decisión es añadir siempre un animal más, hasta su límite posible. La tragedia aparece cuando todos los pastores se dan cuenta de lo mismo: el bien común se agota. Se genera, entonces, un doble efecto sobre el agregado. Por un lado, se produce presión sobre el recurso (hay menos alimento para cada animal en cada momento del tiempo) y se hace difícil el acceso a este. Por otro lado, la renovabilidad del recurso se ve amenazada y, por tanto, el tiempo en el que se puede agotar se reduce. Lo anterior impide que el equilibrio de libre acceso al espacio comunal corresponda al nivel de eficiencia, tal como ocurriría si hubiera un único dueño del recurso.

1 Garrett Hardin, Christopher D. Stone y Rose Carol M. *Derecho ambiental y justicia social*. Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2009, p. 113.

2 *Ibidem*, p. 115.

3 La racionalidad mencionada en este punto hace parte de los supuestos del autor Garret Hardin. En este capítulo no estamos de acuerdo con esta noción.

El cálculo de utilidad sobre el uso indiscriminado del agua, al arrojarle desechos tóxicos, productos químicos, radiactivos o procedentes de generación de energía, y del aire, al adicionarle humos nocivos y peligrosos, no es muy distinto al explicado. Dado que el aire y el agua no se pueden cercar cuando hay fallas del mercado, el Estado puede intervenir determinando el nivel óptimo de actividad socialmente favorable. En este, el beneficio privado de quienes hacen uso de bienes comunes como el aire y el agua debe ser igual al costo causado por fallas del mercado<sup>4</sup>, de manera que se altere el costo de oportunidad del recurso. La pregunta, entonces, estará dirigida a determinar cuál es la mejor alternativa con la que cuentan los estados para controlar el uso indiscriminado de los recursos naturales, o mejor, sobre qué base teórica es posible evaluar dichas alternativas.

Este documento evalúa, mediante la metodología del análisis económico del derecho (en adelante, AED), si los tributos son la mejor alternativa de regulación del uso de los bienes naturales en Colombia. Para esto, el texto se dividirá en cuatro secciones. En la primera sección, se describirá brevemente el debate jurídico sobre la regulación del uso del medio ambiente, a partir de la formulación constitucional en Colombia y de la economía como un mecanismo de solución natural a este problema, en el marco de la tragedia de los comunes propuesta en la literatura ambiental. En la segunda sección, se señalará cómo la literatura económica ha tratado la problemática de la tragedia de los comunes en materia de recursos naturales. Además, se describirán las metodologías del AED disponibles para evaluar el problema de recursos naturales de uso común. La tercera sección aplicará estas metodologías para determinar si la tributación es la mejor alternativa para regular el uso de bienes de uso común, si se compara con otras como la privatización, si es la determinación de un derecho de uso para que sigan siendo públicos o si es su uso a un ritmo inferior respecto de su capacidad sostenible. Para finalizar, en la cuarta sección se presentan las conclusiones del texto y una reflexión sobre la normatividad colombiana acerca del uso de estos recursos.

## I. LA REGULACIÓN AMBIENTAL FRENTE AL PROBLEMA DEL SOBREUSO DE LOS RECURSOS NATURALES: UNA EXPLICACIÓN DESDE LA ECONOMÍA

El debate sobre la regulación del uso de los recursos naturales aparece en Colombia en la norma constitucional, que consagra, por un lado, el derecho

4 Fallas que pueden incluir externalidades o asimetrías de información, entre otros. Aun pueden incluir aquellas generadas por la existencia de una estructura de mercado inadecuada o un sistema de mercado de competencia imperfecta.

a la propiedad privada de los habitantes<sup>5</sup> y, por el otro, el derecho superior al goce de la sociedad de un ambiente sano y a su participación en la toma de decisiones dirigidas a afectarlo<sup>6</sup>. La Constitución colombiana sentó su posición en el debate sobre la intervención estatal en la propiedad privada, en especial en la propiedad particular sobre los recursos naturales con la introducción de la función social y ecológica de esta. En su artículo 58, dispone: “La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal le es inherente una función ecológica”. Esta disposición implica que la propiedad no está revestida de un carácter absoluto, pues se puede limitar cuando no se rige por el ordenamiento jurídico y cuando no cumple con su función ecológica. El constituyente le impuso una función para enfrentar el “uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera”<sup>7</sup>.

El propietario privado debe, entonces, limitar el uso de los recursos naturales por el principio de la soberanía del Estado sobre los bienes (recursos) que están en su territorio, principio que existe en diversos sistemas jurídicos<sup>8</sup>. Este y otros principios del derecho ambiental, como el de precaución, el de prevención, el de igualdad, la cooperación internacional y el de responsabilidad compartida<sup>9</sup>,

5 “Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa-administrativa, incluso respecto del precio.” (Constitución Política de Colombia, artículo 58, modificado por el artículo 1 del A. L. 1 de 1999)

6 “Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.” (Constitución Política de Colombia, artículo 79)

7 Corte Constitucional. Sentencia C-189 del 2006. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

8 Como señala Eduardo Conesa sobre las notas de Dalmacio Vélez Sarsfield, al respecto del artículo 2507 del Código Civil argentino de 1871, “[a] este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de la propiedad o dominio, corresponde el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado”.

9 José Antonio Camacho Beas. *Medio Ambiente: Enfoque integrador desde el Análisis Económico del Derecho*. Consultado en [http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_derecho\\_economia/revista/febrero\\_2012/La\\_regulacion\\_ambiental\\_desde\\_el\\_Analisis\\_Economico\\_del\\_Derecho\\_Jose\\_Camacho.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/La_regulacion_ambiental_desde_el_Analisis_Economico_del_Derecho_Jose_Camacho.pdf).

son comunes en las legislaciones contemporáneas. No sólo son una respuesta al establecimiento de estándares internacionales en el tratamiento de los recursos naturales, sino que son una solución indirecta a la tragedia de los comunes en materia del medio ambiente.

La pregunta es, entonces, cuál es el mecanismo más idóneo que tiene el Estado para intervenir en la propiedad privada de los recursos naturales. Entre las múltiples opciones de regulación están la privatización de los recursos, la asignación de un derecho de uso (concesión), el establecimiento del libre acceso a un ritmo inferior a su capacidad sostenible y la tasación de su uso, entre otros. Cualquiera de estas alternativas requiere de un análisis de política para determinar la mejor opción. El análisis propuesto en este documento conjuga dos elementos: uno jurídico, que atiende a la naturaleza regulatoria del objeto, y otro extrajurídico. Con el primero se determinan los derechos y deberes frente al uso de los recursos naturales, los agentes involucrados, el poder del Estado para intervenir en el libre uso que hacen los particulares de tales recursos, las acciones de la sociedad para garantizar el respeto a su derecho común a los recursos naturales renovables<sup>10</sup>, la jerarquía de las normas que regulan el uso del medio ambiente en el sistema jurídico, etc. El primer elemento se asimila al derecho ambiental, que definirá los lineamientos jurídicos de la medida que se elija. El segundo elemento determinará ya no el marco de regulación, sino la medida más idónea. Para esto, es necesario definir hasta qué punto (o mejor aún, en qué punto) es pertinente la intervención del Estado y si la medida seleccionada es justa y equitativa o, por qué no, si es eficiente. La naturaleza de estos interrogantes exige la inclusión de otras disciplinas. Es necesario importar al análisis jurídico una herramienta que simplifique el tratamiento de un problema tan complejo como lo es el de la regulación del uso de los recursos naturales, en el que intervienen diversos intereses, actores, tipos de recursos, de usos y alternativas de regulación.

La economía es ciertamente una alternativa viable. Gracias a su componente cuantitativo, los mecanismos de evaluación de medidas para regular el medio ambiente dan resultados con un mayor nivel de certeza. Debido a su componente social, se pueden formular políticas públicas, mediante el examen directo de las posibilidades jurídicas del ordenamiento interno. En un discurso econó-

10 Cuando se habla de *recursos naturales* durante el texto, se hace referencia a recursos naturales renovables, puesto que los recursos naturales no renovables no son considerados de uso común, ni de uso público, y mucho menos generan derechos comunes, que son el objeto de este texto. Los recursos naturales no renovables son bienes fiscales que sólo le pertenecen a la Nación y sólo esta determina cómo deben usarse.

mico, un modelo de mercado puede representar el problema de los recursos de uso común. En el mercado de los recursos naturales, la contaminación, o la sobreexplotación de estos, sería una externalidad negativa<sup>11</sup> producida por uno de los agentes del mercado. Lo que se busca, entonces, es que quien produce este costo adicional para la sociedad lo asuma, teniendo en cuenta que la contaminación la producen uno o varios agentes, pero usualmente todo el público contrae el coste, incluso quienes no generaron la contaminación. Esta propuesta coincide con uno de los principios del derecho ambiental: el que contamina paga<sup>12</sup>. Esto implica que el sujeto contaminador pague el costo generado al asumir los gastos de reparación.

La perspectiva económica es la que más se aplica en el análisis del control del uso que de los recursos naturales hacen tanto los particulares como el Estado<sup>13</sup>. Para lograr una solución óptima de la reducción de la contaminación, desde el punto de vista económico, los estudios hacen la comparación de los costes de las políticas para reducir la contaminación, por ejemplo, las que buscan reducir las emisiones de CO<sub>2</sub>, y los beneficios que se derivan de estas<sup>14</sup>. Este análisis económico de costos y beneficios busca determinar el *deber ser* de la regulación económica del medio ambiente, la cantidad óptima de emisiones, de desperdicios, de tasación o de restricciones en general que deben imponerse. Este tipo de análisis tiene en cuenta los daños generados a los contaminados y los beneficios de los contaminadores. Por analizar cuestiones como la escasez, por realizar el balance entre costos y beneficios y por hacer el paralelo entre lo que *debe ser* (lo normativo) y lo que es (lo positivo), la economía es el instrumento natural para elegir las políticas que atañen a los recursos naturales.

El problema que busca solucionar la regulación ambiental no es otro que el de la escasez de los recursos naturales, ya sea en cuanto a su cantidad, como en el caso de las tierras o los recursos mineros, o a su calidad, como en el caso del agua o el aire. No es por azar que la economía ha sido llamada la ciencia que

11 En este caso, se habla de externalidad y no de falla del mercado en sentido genérico. Se hace alusión a aquella situación que se producen cuando un tercer agente recibe algún perjuicio resultante de la actividad económica de un productor o un consumidor no relacionado con él.

12 Este principio fue introducido por la OCDE en recomendaciones adoptadas en 1972, 1974 y 1989, en el Tratado Asean sobre la Conservación de la Naturaleza y la Conservación de los Recursos naturales de 1985, el Convenio sobre los APELS de 1991, el Convenio sobre el Curso de Aguas Fronterizas de 1992 y el Convenio sobre Cooperación, Preparación y Lucha contra la Contaminación Marina por Hidrocarburos de 1990, en cuyo preámbulo el derecho ambiental internacional es el principio general.

13 Ana Yábar Sterling y Pedro Manuel Herrera Molina. *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

14 El libro dirigido por Sterling *La protección fiscal del medio ambiente* hace énfasis en la emisiones de CO<sub>2</sub>. En este libro, se hace análisis económico de la contaminación del aire y del calentamiento global.

intenta resolver de la mejor manera posible el problema de la escasez de los bienes. Lo anterior abre el camino para usar el AED en la búsqueda de una solución regulatoria a la tragedia de los comunes en materia de recursos naturales.

## II. LA TRAGEDIA DE LOS COMUNES VISTA DESDE LA LITERATURA ECONÓMICA Y LOS ENFOQUES DEL AED SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

El deterioro ambiental producido por el crecimiento acelerado de los sectores productivos de las economías mundiales se convirtió en una preocupación de la economía cuando se advirtió que los mercados no asignaban la cantidad precisa de bienes y de precios y, por tanto, no generaban los equilibrios que los modelos básicos económicos reflejaban en la teoría. Estas imperfecciones del mercado fueron atribuidas desde el principio a la naturaleza de los recursos naturales como el aire, el agua, la flora, la fauna. La tragedia de la sobreexplotación aparece porque estos bienes comunes no son de nadie o son de todos y, por ende, es difícil el control y el monitoreo de su uso.

Ya que el análisis de las medidas de regulación de los recursos naturales tendrá como fundamento al AED, se presentarán los antecedentes en la literatura económica del estudio del problema de la tragedia de los comunes.

### A. Autores pioneros

Tres autores hacen los primeros estudios sobre la explotación de los recursos naturales renovables con la noción de la *propiedad común*: Scott Gordon en 1954, Milner Schaefer el mismo año y Garret Hardin en *The Tragedy of the Commons* en 1968. Cada uno estudió el problema de la sobreexplotación con distintos enfoques.

Scott Gordon fue el primero en plantear el problema del agotamiento cuando no existe un único dueño de un recurso natural renovable. En específico, trató el caso del sector pesquero. En su texto *The Economic Theory of Common-Property Resource: The Fishery*<sup>15</sup>, formula un simple modelo intertemporal con herramientas de microeconomía elemental. Gordon aplica el principio del margen extensivo a la explotación del espacio de libre acceso en el caso de los recursos pesqueros. Concluye que el uso de los recursos naturales está sujeto a incentivos económicos similares a los de cualquier otra actividad en la que exista competencia. Para el autor, la explotación por parte de un único dueño puede generar beneficios positivos, pues el esfuerzo pesquero cesa cuando se obtienen

15 Scott Gordon. "The Economic Theory of Common-Property Resource: The Fishery". *The Journal of Political Economy* 62, n.º 2, 1954, pp. 124-142. Consultado el 14 de abril del 2012 en <http://www.economia.unam.mx/profesores/blopez/ScottGordonFisheries.pdf>.

beneficios marginales inferiores al esfuerzo pesquero adicional. Si bien su investigación hace una importante contribución, se le ha criticado el uso indistinto de los conceptos de *propiedad comunal* y *libre acceso*. Por su parte, Schaefer, en “Some aspects of the dynamics of populations important to the management of commercial marine fisheries”<sup>16</sup>, vincula la actividad extractora de recursos con su capacidad de renovación. Cuanto mayor sea el esfuerzo de extracción, mayor será la captura de recursos y menor será la capacidad de reproducción del recurso. De manera deliberada evita discutir la distinción entre *propiedad común* y *libre acceso* y la forma de regulación más adecuada. Por último, pero no menos importante, está el trabajo de Hardin, cuya tesis principal es que

bajo un régimen de propiedad comunal el recurso natural renovable cae en la “tragedia” de la sobre-explotación y el agotamiento, con todos los problemas económicos y sociales asociados: la desaparición de las rentas y los impactos sobre el empleo para los miembros de la comunidad<sup>17</sup>.

Con el ejemplo de los pastores, descrito al inicio de este documento, explica que los agentes llevarán sus ovejas a pastar hasta que el beneficio que se puede extraer del recurso sea cero.

## B. Autores contemporáneos

En los setenta aparecieron dos corrientes opuestas que buscaron una solución al problema de la tragedia de los comunes. Como lo exponen Ignacio Carciofi y Diego Azqueta, en su texto *Territorio, desarrollo tecnológico y gestión de recursos naturales renovables*, para esta época surgen la postura intervencionista y la privatizadora. Elinor Ostrom dirimió esta tensión: mostró que “la autogestión del espacio comunal no deviene necesariamente en tragedia”<sup>18</sup>.

La primer postura, la intervencionista, defiende la necesidad de un gobierno central que gestione los recursos, pues los agentes, quienes cuentan con información imperfecta e incompleta y actúan en función de su propio bienestar y no del colectivo, no explotan de manera correcta el recurso, o mejor, lo sobreexplotan, de modo que caen en tragedia. En su texto *Toward a Steady State Economy*, William Ophuls afirma que, en el contexto de la tragedia de los comunes,

16 Milner B. Schaefer. “Some aspects of the dynamics of populations important to the management of the commercial marine fisheries”. *Inter-American Tropical Tuna Commission Bulletin* 1954. Consultado el 14 de abril del 2014 en [http://aquaticcommons.org/3530/1/Vol.\\_1\\_no.\\_2.pdf](http://aquaticcommons.org/3530/1/Vol._1_no._2.pdf).

17 Ignacio Carciofi y Diego Azqueta. *Territorio, desarrollo tecnológico y gestión de recursos naturales renovables: el caso de la pesca*, n. d, p. 150. Consultado 12 de abril del 2014 en <http://www.aecr.org/images/ImatgesArticles/2012/10/Carciofi.pdf>.

18 *Ibidem*, p. 152.

la cooperación entre los individuos no puede resolver los problemas de los recursos ambientales; por lo tanto, es admisible que el gobierno ejerza su poder de coerción<sup>19</sup>. Heilbroner afirma que los gobiernos fuertes son necesarios para el control de los problemas ecológicos<sup>20</sup>. Otros autores, como Ehrenfield, prefieren que autoridades internacionales controlen el uso de bienes ecológicos. Como los intereses privados no pueden proteger el dominio público, son necesarias regulaciones externas de estas autoridades.

Con la interpretación convencional del teorema de Coase, en la segunda postura se argumenta que el Estado sólo debería implementar nuevos derechos de propiedad (pasar de la comunal a la propiedad privada) y dedicarse estrictamente a velar por su cumplimiento. La propuesta de Vernon Smith (1969) y Welch (1983) de que la aplicación de los derechos de propiedad privada es una solución a la tragedia de los comunes busca no sólo resolver el problema de la preservación del recurso, sino también la maximización de beneficios por parte de los agentes involucrados.

La nobel en economía Elinor Ostrom, al no estar de acuerdo con las soluciones propuestas, presentó una respuesta alternativa al problema de la tragedia de los comunes. Mediante ejercicios de recopilación de diversos y variados casos de éxito, identificó una serie de principios que posibilitan el éxito de la gestión de bienes y recursos comunes. Ostrom analizó la gobernabilidad en los recursos naturales renovables mediante distintas disciplinas, las ciencias políticas, la sociología y la economía, y encontró que la propiedad comunal

articulada como institución, es decir, dotándose de las reglas de juego adecuadas a las diferentes circunstancias, constituyó y sigue constituyendo la solución adecuada para la supervivencia de muchas comunidades, siempre que no tengan que hacer frente a la violencia de los gobiernos y de los grandes intereses privados<sup>21</sup>.

Las reglas de juego o los principios identificados por Ostrom son:

1. Los límites del grupo deben estar claramente definidos.
2. Las normas de uso de los bienes colectivos se deben ajustar a las necesidades y condiciones locales.

19 William Ophuls. *Leviathan or Oblivion: Toward a Steady State Economy*. San Francisco Daly, 1973.

20 Robert Heilbroner. *An Inquiry into the Human Prospect*. New York: Norton & Company Inc, 1974.

21 Federico Aguilera Klink y Elinor Ostrom. "Las instituciones y los recursos naturales de propiedad común: pensando con claridad mas allá de las panaceas". *Revista de Economía Crítica*, n.º 14, 2012, p. 351. Consultado el 22 de enero del 2014 en [http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n14/InMemoriam-1.-federico\\_aguilera.pdf](http://revistaeconomiacritica.org/sites/default/files/revistas/n14/InMemoriam-1.-federico_aguilera.pdf).

3. La mayoría de individuos afectados por las normas de uso pueden participar en su modificación.
4. Los miembros de la comunidad tienen derecho a diseñar sus propias normas. Este derecho debe ser respetado por las autoridades externas.
5. La comunidad puede crear y controlar un sistema de supervisión de la conducta de sus miembros.
6. Debe existir un sistema de sanciones.
7. Los miembros de la comunidad deben tener acceso a mecanismos de resolución de conflicto a bajo coste.

Hay varios puntos para aclarar de la propuesta de la autora. Que haya unas reglas o unos límites claros y bien definidos no implica que sean reglas escritas. Estas se pueden derivar de la tradición oral o incluso de la religión. Es necesario que se adapten a las condiciones geográficas y temporales del caso, así los agentes no notarán que son impuestas y será fácil hacerlas propias. Por otra parte, la autora señala que la correcta autogestión del bien común proviene de una adecuada participación de los usuarios. Si bien ningún tipo de participación (democracia directa, representativa) es superior a otra, sí es imprescindible que quienes usen el recurso común interactúen e intervengan en la toma de decisiones. Por último, es necesario contar con un sistema de monitoreo y sanciones y que estas sean proporcionales al daño para que sean legítimas. Además, es necesario que las instituciones que se encarguen de hacerlas cumplir sean justas. En este sentido, no se puede dejar de lado un mecanismo bien definido de resolución de conflictos con un cierto grado de autonomía de poderes externos.

Se infiere, entonces, de la propuesta de Elinor Ostrom que no hay una sola manera de que la acción racional individual corresponda con el bien del grupo, así que la respuesta o estrategia de autogestión de bienes comunes dependerá de las condiciones propias de cada caso, como el tipo de bien común, la población, los arreglos sociales previos, entre otros. Las investigaciones de Ostrom demostraron el triunfo de una tercera vía, que no es la de la estatización ni la de la privatización. Hay dos aspectos fundamentales en la propuesta de la autora que se deben resaltar. El primer aspecto tiene que ver con su respuesta a las soluciones tradicionales. Sobre la posición intervencionista desarrolla cuatro puntos: (1) se necesitaría demasiada información, con altos costos de monitoreo, para hacer un uso más o menos correcto del poder coercitivo. (2) Esto implicaría altos costos administrativos, es decir, un gran aparato burocrático

para poder mantener el control. (3) Vuelve sobre el conocido dilema de *quién controla al controlador* y, con ello, sobre el problema de los abusos de poder y la corrupción. Por último, (4) señala el riesgo de caer en la aplicación de sanciones desproporcionadas a quienes ocasionen daños por sobreexplotación, pues es imposible tasar de manera exacta los daños objetivos. El segundo aspecto hace referencia a los defensores de la propiedad privada. Ostrom compara la eficiencia económica de dividir un campo en partes iguales y otorgarle una de ellas a cada campesino para su explotación comunal. Demuestra así que la suma total de beneficios es mayor en el segundo caso que en el primero, debido a los rendimientos de escala. Así, para esta autora la autogestión es una opción no sólo viable, sino eficiente desde el punto de vista económico.

### C. Los enfoques del AED actuales

Tras un recorrido rápido por las posturas y los autores más populares de la literatura económica con respecto a la tragedia de los comunes, es necesario vincular los conceptos explorados con los varios enfoques existentes del AED, con la finalidad de determinar el tratamiento que debe darse a los recursos de uso común.

Además de que el AED emplea las situaciones de mercado o los elementos exclusivos de la economía ambiental, incluye la regulación como un factor relevante que afecta el comportamiento de los agentes, mediante el sistema de incentivos. Por esto, es una alternativa para resolver la pregunta de cuál es la regla del derecho, es decir, cuál es el mecanismo más eficiente para tratar el uso excesivo como falla del mercado. Así, logra una mejor asignación de los costos y los beneficios del uso de los recursos naturales. En este texto nos ocuparemos de dos de las corrientes de mayor desarrollo en el AED: la economía neoclásica y el nuevo institucionalismo.

En un principio, la economía de los recursos naturales se construyó a partir del enfoque neoclásico, la principal corriente económica del siglo XX. Esta corriente se basa en la optimización del uso del medio ambiente y de los recursos naturales. Desarrolla así el análisis aplicado de la gestión de distintos tipos de recursos naturales, en la búsqueda de la mejor forma de administrar su uso. Esta escuela es la pionera en el estudio de estos recursos y la más aplicada por los académicos y por quienes diseñan política pública mediante el AED. Autores como Ronald H. Coase, Guido Calabresi, Henry Manne, Gary Becker y Richard A. Posner son ejemplos de académicos que conformaron el núcleo

de la perspectiva neoclásica de la escuela de Chicago en la aplicación del *law and economics*, de gran apogeo en las décadas de 1960 y 1970<sup>22</sup>.

Según autores como Roemer<sup>23</sup>, Carlos Morales<sup>24</sup> y Mercurio y Medema<sup>25</sup>, hay varios presupuestos que definen el enfoque neoclásico aplicado al AED:

1. Los individuos son maximizadores racionales<sup>26</sup> de sus satisfacciones en situaciones de mercado y de no mercado y responden a los precios como incentivos<sup>27</sup>. Esto se concreta en tres conceptos económicos: *la ley de demanda*, que es la relación inversa entre precio y cantidad demandada; *los costos de oportunidad*, que es aquello a lo que debo renunciar hoy o mañana para obtener algo hoy o mañana, pues los recursos son escasos; y *los recursos*, que se presume se orientan de manera eficiente hacia usos, cuya valoración es mayor si hay intercambio.
2. Las reglas y los resultados legales pueden ser valorados sobre la base de la eficiencia.
3. Las normas jurídicas son mecanismos de incentivos traducibles en precios que inciden en la conducta de los individuos.

Quizás el aporte más importante de esta perspectiva económica al AED sea desarrollar un sistema de mercado teniendo en cuenta la escasez de los recursos. Gracias a este concepto se pueden construir los presupuestos de *eficiencia*, *racionalidad* e *incentivos jurídicos*. Ante la escasez, el enfoque neoclásico propone que la asignación de derechos de propiedad es un poder directo sobre los recursos. Estos derechos definen las facultades de uso, el goce y la disposición sobre ellos. Además, tales derechos están asignados de manera total, plena y definida. La asignación de un derecho de este tipo lleva al supuesto de la maximización

22 Nicholas Mercurio y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. USA: Princeton University Press, 2006, p. 94.

23 Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 14.

24 Richard A. Posner. "Estudio Preliminar". En *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 44.

25 Mercurio y Medema. *Op. cit.*, p. 102.

26 Planteamientos económicos que reconocen la incapacidad de la teoría racional para captar completamente el proceso de decisión de los individuos en la realidad son reticentes a la noción de *racionalidad*, proveniente de la teoría de la elección racional. De manera que se propone una teoría de la racionalidad limitada. Este texto es consciente de las limitaciones de la racionalidad, incluso algunas han sido señaladas. En estas páginas, no se explicará esta última teoría.

27 Este concepto de racionalidad proviene de la teoría de la elección racional. En esta, el actor individual es la unidad de análisis. Esta teoría señala que el individuo tiene capacidades ilimitadas de información, un comportamiento totalmente estratégico y optimizador de utilidades, a la hora de tomar una decisión. Esta teoría ha sido muy debatida por diversos autores, como se verá.

de la utilidad: si cada individuo tiene asignado un recurso específico a través de la definición de su derecho de propiedad, podrá maximizar su utilidad<sup>28</sup>. A pesar de que los recursos son escasos, la asignación de los pocos que existen permite que sus propietarios generen la máxima utilidad posible, esto es, que sean eficientes.

La unión de estos elementos permitirá que los individuos lleven a cabo intercambios, mediante el análisis de todas las variables posibles, al procesar la información existente, que, según esta perspectiva económica, es simétrica. Esto les permitirá generar una ordenación de sus preferencias representadas por una función ordinal de utilidad. Por ejemplo, un industrial de productos de plástico en el presente produce a su máxima capacidad económica y desea ampliar dicha capacidad para expandir su negocio. Este productor sabe que emite contaminantes del aire y del agua y que sólo obtendrá el permiso del Estado para construir una nueva planta de productos si disminuye sus emisiones. Pese a que su función de utilidad inicial no contemplaba la restricción estatal, ahora debe invertir en sistemas de producción que generen menos contaminantes, para poder obtener un beneficio futuro mayor derivado de la construcción de una nueva planta y de la expansión de su industria de plástico. En el caso del Estado, que conoce de la existencia de un derecho colectivo al medio ambiente sano y que goza de una soberanía estatal sobre los recursos que están dentro de su territorio, tiene la prerrogativa de generar restricciones a las emisiones. Pero también sabe que es necesario para la economía el crecimiento de las industrias nacionales, así que ofrecerá al productor alternativas, como exenciones tributarias en las rentas que genera, a modo de incentivo, además del permiso para construir su planta si reduce las emisiones. Como el aire es un recurso que debe proteger, el Estado considera escasas las oportunidades de crecimiento industrial al tener una economía interna no muy fuerte. Ambos actores deben realizar un análisis costo-beneficio con toda la información disponible. Dado que ambos son racionales, llevarán a cabo un acuerdo en el que cada uno asumirá un costo, pero también tendrá un beneficio. Se alcanzó un acuerdo gracias a que existen derechos de propiedad plenamente definidos para el empresario y por las potestades del Estado. Así se establecen cuáles son las partes del intercambio y se asegura, según el enfoque neoclásico, que dichas partes estén dispuestas a darle un uso eficiente. Asimismo, el acuerdo tuvo lugar porque las partes son racionales y cuentan con capacidad cognoscitiva suficiente para analizar la

28 A propósito, Richard Posner afirma que los derechos de propiedad “son derechos para el uso exclusivo de recursos valiosos” (1998, p. 37).

utilidad del acuerdo, en términos de costo-beneficio, a partir del procesamiento de toda la información disponible. Por último, las partes llegaron a un convenio porque hay información completa en este mercado. Si todo el esquema regulatorio funciona con criterios de eficiencia, en realidad la perspectiva neoclásica habrá alcanzado su objetivo de ser un mecanismo de elección de la medida más adecuada para evitar la contaminación.

La segunda de las perspectivas empleadas en el desarrollo del AED es el nuevo institucionalismo económico. Mediante la integración del papel de las instituciones, este se ha convertido en una herramienta útil para el desarrollo de metodologías económicas en la disciplina jurídica. Para esto, considera la forma en que la estructura de los derechos de propiedad y los costos de transacción afectan los incentivos y el comportamiento económico. Lo distintivo de este enfoque es que considera que la microeconomía convencional falla en situaciones en las que los costos de transacción son mayores de cero y los derechos de propiedad sobre los recursos tienen esquemas distintos al patrón ideal del capitalismo clásico. Con respecto a los recursos naturales, este enfoque del AED estudia también su uso desde el punto de vista de los derechos de propiedad.

Las diferencias fundamentales de este enfoque respecto de la perspectiva neoclásica se pueden resumir así:

1. Individualismo metodológico: da una interpretación completamente nueva al papel de los individuos que deciden en una organización. El individuo *per se* no es el enfoque principal.
2. Hay racionalidad limitada: este elemento significa un salto significativo en el análisis de la regulación de los mercados, sobre todo en la medida en que acepta que no es posible para el individuo procesar, o incluso acceder, a toda la información disponible, ni puede prever todas las contingencias. Por tanto, toma la decisión que cree que maximiza sus beneficios, pero bajo algunos costos.
3. Las reglas de juego (las instituciones) importan, sobre todo en un mundo de intercambios con costos de transacción mayores de cero<sup>29</sup>. Es evidente, entonces, que el objetivo del enfoque neoinstitucional es reconocer todas

29 Según Ronald Coase, cuando los costos de transacción son iguales a cero, son determinantes en el análisis económico y en las instituciones. Cuando los costos de transacción son mayores de cero, cobran importancia en las instituciones. De la misma forma, los costos se determinan según sea el propio marco institucional y los derechos de propiedad. En consecuencia, un gobierno eficiente debe seleccionar la estructura organizacional que los minimice.

las restricciones que deben enfrentar quienes deciden tratar de maximizar sus beneficios. Desde esta perspectiva, la eficiencia sólo es la maximización restringida.

Las instituciones, según Douglas North, son *reglas de juego* o marcos de convenciones creados por una sociedad, mediante los cuales los individuos se relacionan para buscar cooperación debido a los altos costos de transacción. Las instituciones definen y limitan el conjunto de elecciones de los individuos<sup>30</sup>. Esto permite el desarrollo de intercambios a través de los cuales se asignan de determinada manera los bienes y servicios existentes. Una de las instituciones mejor desarrolladas en la teoría institucionalista son los derechos de propiedad<sup>31</sup>. Estos se pueden entender como aquellos que prescriben lo que los individuos pueden o no hacer con sus recursos: poseer, usar, transformar, transferir o excluir a otros de su propiedad. Se pone así de relieve la posición de cada individuo respecto al uso de recursos escasos.

La estructura de incentivos en los derechos de propiedad disminuye los costos de la incertidumbre respecto de si invertir o no en los recursos, pues da el derecho de exclusión sobre su aprovechamiento. La universalidad (todos los derechos de propiedad de los recursos deben estar asignados), la exclusividad (la asignación implica la posibilidad para su titular de excluir de su uso a terceros) y la transferibilidad (los derechos de propiedad deben ser transferibles a quien más los valore) son las características de este sistema de incentivos. La estructura de incentivos promovida por los derechos de propiedad define los límites de las acciones individuales y colectivas.

#### **D. ¿Enfoque neoclásico o nuevo institucionalismo en el análisis de la tragedia de los comunes?**

En el enfoque neoclásico se han señalado tres dificultades principales para la utilización racional de los recursos naturales: el libre acceso, el descuento del futuro y la incertidumbre que caracteriza su gestión<sup>32</sup>. La literatura sobre regulación del medio ambiente<sup>33</sup> ha mostrado que el institucionalismo responde a

30 Douglass C. North. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 1.

31 Los derechos de propiedad funcionan a través de precios implícitos y explícitos para determinar cómo se asignan los beneficios y daños de una decisión.

32 Colin Clark y Gordon Munro. "Economics of Fishing and Modern Capital Theory: A Simplified Approach". *Journal of Environmental Economics and Management* 2, 1975, pp. 92-106.

33 Gonzalo Caballero y María Dolores Garza. *Los fundamentos de la nueva economía institucional. Hacia la economía de los recursos naturales: comunes, instituciones, gobernanza y cambio Institucional*. Universidad de Vigo, 2013. Consultado el 20 de abril del 2013 en <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/88.pdf>.

estas dificultades. Mediante unas reglas de juego, el institucionalismo establece una determinada estructura organizativa de gobernanza para cada recurso y cada situación.

A medida que la población ha aumentado, que el problema de la escasez de ciertos recursos se ha hecho más evidente y que los recursos naturales y ambientales han sido más valorados por la sociedad, las claves institucionales han resultado más relevantes para poder lograr una gestión eficiente y sostenible de los recursos evitando la tragedia comunal. Así, el estudio de los comunes [...] supone el punto del surgimiento y la formación de las instituciones (North, 1981). Por ello, el problema de los comunes, de acuerdo a Ostrom (1990) [...], es clave para entender la importancia de las fórmulas institucionales que organizan la gestión de los recursos naturales<sup>34</sup>.

El nuevo institucionalismo propone un sistema de incentivos que requiere de una racionalidad, así sea limitada, que permita a los individuos discernir sobre la mejor opción, siempre en búsqueda de su propio bienestar. Esto quiere decir que los individuos al darse las condiciones en las que deben cambiar su comportamiento para estar mejor, lo harán.

Esta tendencia del AED propone un paradigma alternativo a la microeconomía tradicional en lo referente a la explicación o la solución al problema de los recursos naturales. El nuevo institucionalismo hace más flexibles ciertos elementos del núcleo duro de la economía neoclásica, como la estabilidad de preferencias y el concepto de *equilibrio*. Esto debido a que tiene en cuenta la importancia del paso del tiempo y rechaza el modelo de elección basado en la racionalidad perfecta, para incorporar las limitadas capacidades cognitivas del individuo. No obstante, conserva los supuestos básicos de escasez y competencia, así como los instrumentos analíticos de la teoría microeconómica. Lo anterior lo convierte en un buen marco teórico para el análisis del presente documento.

### III. ¿IMPUESTOS PARA SALVAR EL MEDIO AMBIENTE?

#### LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES DE USO COMÚN

En este punto tenemos tres alternativas o enfoques que servirán de solución al problema de la tragedia de los comunes. En primer lugar, está la propuesta de Ostrom, basada en sistemas de autorregulación y cooperación, que esta-

34 *Ibidem*.

blece reglas de juego claras entre los participantes; en segundo lugar, están las respuestas de los teóricos del Estado, es decir, el intervencionismo; y en tercer lugar, la asignación del derecho de uso o la privatización. La preocupación a partir de aquí será averiguar qué tipo de sistema cumple, de manera más eficiente, el rol de ayudar a controlar la contaminación, en el supuesto de que las partes involucradas en el conflicto deben resultar ganadoras. Como lo estableció Coase, estamos frente al problema de las llamadas externalidades recíprocas, entendidas como un tipo fallas del mercado. No se puede prohibir a una empresa que deje de producir y tampoco se puede permitir que las personas soporten la contaminación sin compensación alguna. Así, con el sistema regulatorio se busca alcanzar un equilibrio del nivel de contaminación que satisfaga (o castigue) a ambas partes.

### **A. La respuesta cooperadora de Elinor Ostrom y la propuesta privatista**

Estas tres alternativas pueden ser evaluadas por el AED. El enfoque institucionalista del estudio de la autorregulación o autogestión de los recursos naturales de uso común de Elinor Ostrom muestra cómo el problema que enfrentan los apropiadores de los dichos recursos se reduce a un tema de organización. Por esta razón, es necesario motivar a los agentes para que modifiquen sus acciones independientes, de manera que elijan estrategias coordinadas. Si esa fuera la finalidad, se debe pensar en tres aspectos importantes: (1) cuáles serán los métodos para proveer un nuevo conjunto de instituciones, (2) cómo se establecerán los compromisos (posibles y creíbles) y (3) cómo se generará la supervisión mutua.

Según Ostrom, en los casos en los que la propiedad comunal ha funcionado, por ejemplo, la tenencia comunal en Suiza, la irrigación de huertas españolas y en Filipinas<sup>35</sup>, hay ciertos rasgos necesarios: límites claramente definidos, coherencia entre reglas de apropiación y provisión, arreglos de elección colectiva, sistemas de supervisión, sanciones graduadas, mecanismos de resolución de conflictos y reconocimiento de principios organizacionales, sin necesidad de que exista uno. Para esta autora, es necesario que existan unas reglas sociales muy bien definidas, un marco institucional (no necesariamente del Estado) fuerte y establecido entre quienes hacen uso de los recursos naturales.

35 Elinor Ostrom. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-CRI-FCE), 2000, p. 395. Consultado el 23 de mayo del 2014 en [http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24\\_10.pdf](http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24_10.pdf).

Desde la perspectiva del AED, es posible ver la influencia de la teoría neoinstitucionalista en los planteamientos de Ostrom, sobre todo en lo referente a las reglas de juego que son necesarias en su diseño de un sistema de cooperación para que prospere la autorregulación, aun cuando estas no provengan de los derechos de propiedad o las regulaciones específicas de origen estatal. Otro aspecto en el que es evidente la influencia es en la aceptación de la racionalidad limitada de los agentes, cuando se señala la necesidad de establecer sistemas de sanciones ante incumplimientos y un sistema de monitoreo colectivo, es decir, incentivos.

Aunque el enfoque de Ostrom es atractivo, se deben considerar las complejidades que puedan surgir en el uso del medio ambiente. Los costos de transacción pueden resultar elevados o prohibitivos, debido a la cantidad de actores involucrados entre contaminadores y contaminados, por lo que una negociación o acuerdo jamás se concreta. Si bien posibilitaría un beneficio social colectivo, implementar el enfoque de Ostrom puede ser muy costoso en el corto plazo. Es llamativo que en su obra *El gobierno de los bienes comunes*<sup>36</sup> al presentar los casos de fracaso de propiedad común, estos tengan estructuras muy parecidas a las instituciones de Gobierno del tercer mundo, donde no fue posible la construcción de propósitos comunes e instituciones robustas.

Desarrollos posteriores como los de Carol M. Rose<sup>37</sup>, quien evalúa diversas alternativas de solución al problema de la tragedia de los comunes, han criticado la respuesta cooperativa. Muestran que los esfuerzos de organización, cuando el número de individuos contaminantes o extractores de recursos es muy elevado y heterogéneo, enfrentarán los mismos obstáculos que los esfuerzos de conservación, pues no hay suficientes incentivos para hacerlo. El egoísmo colectivo no dejará surgir una organización. Quizás, esto dificulte la aplicación generalizada de la propuesta de Ostrom, que expone soluciones a partir de casos de éxito concretos. Esto termina limitando su extrapolación a escenarios complejos y de dimensiones mayores de los que estudió para el desarrollo de su tesis.

Desde el enfoque institucionalista que considera la escasez de los recursos naturales, la respuesta privatizadora establece que la definición plena de los derechos de propiedad permite la maximización de la utilidad de los individuos, sin necesidad de la intervención estatal. Pese a que la definición de los derechos

36 *Ibidem*, p. 395.

37 Carol M. Rose. *Derechos de propiedad, necesidades del desarrollo y protección medioambiental*. Yale University, 2008. Consultado el 27 de abril del 2015 en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Rose\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Rose_Spanish.pdf).

de propiedad por tradición se ha vinculado al institucionalismo, su desarrollo tiene influencia de la escuela neoclásica. Esto debido a que la naturaleza *ex ante* de la privatización obedece a la idea de que los agentes pueden prever todas las contingencias existentes en el mercado. Una vez definidos los derechos de propiedad en algunos particulares, se daría al problema de la sobreexplotación.

En particular, en numerosos países del tercer mundo, incluido Colombia, las privatizaciones del siglo XX se justificaron con una serie de argumentos relativos a la realidad histórica: gobiernos con incapacidad de hacer una asignación correcta de los recursos naturales, sin capacidad económica para cumplir con sus obligaciones básicas en materia de seguridad social, educación, seguridad e infraestructura, con presupuestos deficitarios, procesos inflacionarios incontrolables y, en algunos casos, con conflictos armados internos, varios arraigados, que terminaban por menguar los presupuestos públicos, en función de la seguridad nacional. Con este panorama, se justificó asignar a particulares los recursos naturales de uso común, para hacer posible el avance tecnológico, el aprovechamiento de los mercados internacionales y la competitividad. Sin embargo, las experiencias de Latinoamérica muestran que aun con la existencia de derechos de propiedad bien definidos, la amenaza de la sostenibilidad de los recursos naturales no se detuvo. Por el contrario, se acentuó, pues los inversores privados, que actuaban como agentes maximizadores, en ausencia de un sistema de control estatal robusto, hacían (y hacen) uso de tales recursos, sin un límite institucional.

### **B. Los impuestos: la respuesta intervencionista**

La regulación o intervención busca internalizar aquellas externalidades representadas en la contaminación o el exceso de uso de los recursos medioambientales. Es decir, pretende evitar que quienes se apropian de los recursos naturales de uso común apliquen estrategias dominantes de no cooperación.

Pese a que algunos economistas que estudian la regulación han señalado que no se puede hacer una jerarquía de los múltiples elementos de los que dispone el Estado para controlar el uso del medio ambiente, la economía plantea un sistema para escoger la medida más adecuada, mediante su reducción a un problema de optimización. Si se trata de elegir la mejor opción entre todas las posibles, el concepto del punto *Pareto eficiente* de la microeconomía será de ayuda. Mediante este, se selecciona un instrumento para llegar a una situación en la que ningún agente, es decir, ningún actor contaminante, ni el Estado ni la sociedad, que asuma de alguna manera el costo de la contaminación pueda

estar en una situación mejor en la economía o por lo menos en el mercado de los recursos naturales.

Después de haber justificado la utilidad de la economía en la determinación o la construcción de la mejor alternativa para proteger el medio ambiente y de explicar el propósito de seleccionar la mejor medida dentro de las disponibles, es preciso mencionar las medidas de carácter administrativo y económico con las que cuenta el Estado para proteger los recursos naturales. Como se anotaba, las alternativas nunca han sido pocas; las licencias, los permisos, las normas de calidad, las subvenciones financieras y otras medidas institucionales han complementado a los instrumentos pecuniarios como las multas, las tarifas y los impuestos. Estos instrumentos han buscado modificar las conductas contaminadoras de los agentes, convencerlos de cambiar sus patrones de producción, de tal manera que la preservación del medio ambiente sea uno de los parámetros para la toma de decisiones y una de las restricciones en sus respectivas funciones de producción. En este texto, se hará referencia a la última de las opciones: los impuestos, que se han vuelto populares en las respuestas de política pública que buscan gravar la capacidad económica del agente<sup>38</sup> ante un uso excesivo de un recurso o ante el daño causado en el medio ambiente, en particular, cuando el daño es causado por determinados conductas o actividades contaminantes, como la explotación selectiva, la degradación o la lesión de los recursos naturales.

En este caso, la naturaleza *ex post* de los impuestos obedece a la idea de que no es posible prever todo lo que ocurre en el mercado de los recursos naturales o de la contaminación, por lo que es necesario tasar la actividad de los sujetos, para incorporar en la actividad económica los costos medioambientales y otros costos relacionados con la explotación de los recursos naturales.

Para José Esteve Pardo, en su obra *Derecho del medio ambiente*<sup>39</sup>, las intervenciones públicas pueden clasificarse según la dirección en la que operan. Por un lado, están las de carácter económico, que funcionan como un *incentivo* o premio que favorece actitudes positivas de los productores de la contaminación respecto a la conservación del medio ambiente. Estas intervenciones estimulan acciones negativas, de “no hacer”, “de no contaminar” o en últimas de “contaminar menos”. A veces, los incentivos son desgravar las tasas tributarias, hacer subvenciones o dar ayudas. Por otro lado, están las intervenciones que son un

38 Entendida, para los efectos, como riqueza real o potencial susceptible de imposición.

39 José Steve Pardo. *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.

gravamen o castigo para algunas actividades, por los impactos negativos sobre el medio ambiente; aquí se habla de *desincentivo*. En algunas ocasiones, estos *desincentivos* son multas u otras sanciones administrativas, por la sobreproducción de componentes contaminantes o el uso de cierto recurso por encima del límite permitido. Si bien el autor clasifica los tributos dentro del segundo grupo, el de las intervenciones públicas con carácter de desincentivo, este documento considera que el tributo tiene una naturaleza mixta, en la medida en que incentiva a no contaminar o a no usar de manera excesiva un recurso natural, al tiempo que desincentiva la contaminación y el uso excesivo. En el caso del tributo, en realidad se trata de una misma dimensión vista desde dos puntos distintos.

Pardo hace otra distinción con respecto a la finalidad de la medida, es decir, a lo que se busca con su imposición. Algunas buscan modificar conductas mediante incentivos y otras buscan recuperar los costes de la contaminación o del uso excesivo de un bien natural común. En este sentido, los tributos ambientales son un instrumento con dos grandes beneficios: son una fuente de ingresos fiscales para el erario público y son un incentivo —o desincentivo—, al gravar actividades contaminantes para el medio ambiente. Entonces, son una finalidad que de los tributos traspasa la frontera estrictamente fiscal, para preservar el medio ambiente o conservar los recursos naturales. No se trata de cualidades excluyentes de los impuestos, por el contrario, son componentes relacionados, que se producen al tiempo en la tasación del uso de los recursos naturales.

En efecto, la experiencia internacional indica que, aunque vinculados a objetivos ambientales, los tributos con fines de financiamiento son los más comunes de los instrumentos económicos que buscan contrarrestar los efectos del uso excesivo de los bienes de uso común<sup>40</sup>. Esto porque los ingresos generados por este tipo de impuestos permiten, por un lado, cierta autonomía fiscal en la asignación de fondos a favor del medio ambiente y, por otro, el financiamiento, a modo de subsidio, de algunos usuarios para el cumplimiento de la ley.

El principio de derecho tributario que apoyara este tipo de imposición es el de eficiencia-costo<sup>41</sup>, que “supone que un sobreprecio incide sobre la utilización de un recurso de modo que los individuos toman sus decisiones de tal forma que el uso agregado no exceda del nivel deseado y consecuentemente del daño

40 Ronaldo Seroa Da Motta. *Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, Eclac, 2001, p. 47.

41 Como lo menciona Ronaldo Seroa da Motta en el informe de la Cepal, “[e]l sobreprecio impuesto es una corrección del costo de oportunidad del recurso ambiental, por lo tanto su primer dividendo consiste en reducir la degradación ambiental”.

ambiental asociado”<sup>42</sup>. Así, la tributación ambiental, además de reducir el costo social de la materialización de objetos ambientales, termina siendo un modo eficiente de trasladar la carga fiscal de las “cosas buenas”, como el capital y el trabajo, a las “cosas malas”, entre ellas la polución y la degradación de los recursos naturales<sup>43</sup>.

La Agencia Europea de Medio Ambiente hizo un estudio sobre la efectividad medioambiental del impuesto verde y concluyó que los impuestos ambientales son:

- instrumentos eficaces para la *internalización de las externalidades*, es decir la incorporación directa de los costes de los servicios y perjuicios ambientales al precio de los bienes, servicios y actividades que los producen;
- pueden *proporcionar incentivos* para que tanto consumidores como productores cambien de comportamiento en la dirección de un uso de recursos más ‘ecoeficiente’; para estimular la innovación y los cambios estructurales; y para reforzar el cumplimiento de las disposiciones normativas;
- pueden *aumentar la renta fiscal*, que puede utilizarse para mejorar el gasto en medio ambiente; y/o para reducir otros impuestos<sup>44</sup>.

Si bien, bajo la óptica presentada, la tributación podría pensarse como una respuesta de la escuela neoclásica, al ser una solución maximizadora de rentas fiscales y de uso de los recursos, la tributación también tiene unos rasgos muy fuertes de la lógica del nuevo institucionalismo, en la medida en que propone un sistema de incentivos o incluso reglas de juego, que constituye un marco bien establecido de parámetros de conducta que facilitan los intercambios, teniendo en cuenta que los costos de transacción en términos ambientales siempre serán mayores de cero.

### C. Regulación ambiental en Colombia

Para el caso de Colombia, que goza de un amplio *stock* de recursos naturales, es conveniente impulsar la aplicación de un sistema de impuestos ambientales<sup>45</sup>,

42 Este tributo se debe imponer a la fuente del daño (emisiones de contaminantes atmosféricos, aguas servidas, cantidad de árboles talados). Se deben tener en cuenta las características del medio y las metas de calidad ambiental que se desean alcanzar. Su incidencia será variable en función de la fuente de daño y del medio que lo soporta.

43 Seroa da Motta. *Op. cit.*, p. 47.

44 Domingo Jiménez-Beltrán. *El tributo ambiental: aplicación y efectividad sobre el medio ambiente*. Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA), 2008. Consultado en <http://www.eea.europa.eu/es/publications/92-9167-000-6-sum/page001.html>.

45 Según el Centro de Estudios Ambientales (IDEA) de la Universidad Nacional, “[b]asándose en un concepto internacional de estadística para impuestos relacionados con el medio ambiente, la definición para impuestos ambientales se orienta sobre la base del gravamen impositivo independien-

con diversas bases gravables según sea el recurso que se debe proteger, ya que, por un lado, las rentas públicas provenientes de su recaudo se podrían destinar al mantenimiento de sistemas ecológicos de protección y al control del uso de dichos recursos, o para otros fines determinados por el Estado; y por otro lado, persuaden a los individuos de no contaminar o no usar de manera descontrolada los recursos que son de todos los colombianos. De igual manera, los impuestos ambientales son el tipo de instrumentos que fácilmente se pueden identificar como instituciones o reglas de juego, que permiten al individuo maximizar, sin generar resultados adversos en la economía, y permiten al Estado generar equilibrios óptimos entre la balanza de crecimiento y el cuidado del medio ambiente, ambas finalidades de política.

La tributación ambiental colombiana tiene fundamento en los artículos 79 y 80 de la Constitución de 1991 y en la Ley 99 de 1993<sup>46</sup>, motivada tras la firma de la Declaración de Río, en junio de 1972, y del Convenio de Diversidad Biológica, de 1992. Esta ley creó el Sistema Nacional Ambiental, que administra el medio ambiente y regula el uso de los recursos naturales renovables, al definir las políticas a las que se “someten la recuperación, conservación, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente de la Nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible”<sup>47</sup>. Este sistema establece los principios generales ambientales que rigen en el país<sup>48</sup>.

temente de la motivación para la aplicación del impuesto o de la utilización de los recaudos. Lo importante es que el impuesto se relaciona con una unidad física (o un sustituto para ésta), que tiene efectos negativos comprobados sobre el medio ambiente. Concretamente: las emisiones en el sentido más amplio (emisiones al aire, agua residual, basura, ruido); productos de energía; el tránsito; al igual que abonos e insecticidas”. Esto conforme a lo señalado respecto de los tributos ambientales por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el 2005.

46 Según el artículo 4 de la Ley 99 de 1993, el Sistema Nacional Ambiental (Sina) está integrado por: (a) Los principios y orientaciones generales contenidos en la Constitución Nacional, y en la normatividad ambiental que la desarrolle. (b) La normatividad específica actual que no se derogue por esta ley y la que se desarrolle en virtud de la ley. (c) Las entidades del Estado responsables de la política y la acción ambiental (autoridades ambientales), señaladas en la ley. (d) Las organizaciones comunitarias y no gubernamentales relacionadas con la problemática ambiental. (e) Las fuentes y recursos económicos para el manejo y la recuperación del medio ambiente. (f) Las entidades públicas o privadas o mixtas que realizan actividades de producción de información, investigación científica y desarrollo tecnológico en el campo.

47 Francisco Antonio Perea Velásquez. *Legislación básica ambiental en Colombia*. n. d. Consultado el 23 de mayo del 2012 en <http://goo.gl/gVrmUi>.

48 Además, especifica que el *desarrollo sostenible* es aquella situación “que conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades” (Ley 99 de 1993). Para este documento, el desarrollo sostenible es la variable que incorpora el desarrollo (eficiencia) sostenible (distribución), que son los dos extremos en el AED.

Si bien existen diversas regulaciones, como las recogidas en el Estatuto Tributario, que incluyen la imposición de tributos o estímulos fiscales, como la exención del IVA a las importaciones de maquinaria o equipo dedicados al tratamiento de aguas residuales, a procesar y reciclar desperdicios o dedicados al saneamientos de los ríos, dicha regulación del Sistema Nacional Ambiental parece insuficiente para cubrir todas las necesidades de cuidado ambiental que requiere un país que como Colombia posee tanta diversidad natural.

Aun con las modificaciones posteriores al Estatuto Tributario, como la dictada por el artículo 78 de la Ley 788 del 2002<sup>49</sup>, que han creado incentivos fiscales para el impuesto de renta de las personas jurídicas que inviertan de manera directa en control y mejoramiento del medio ambiente<sup>50</sup>, en general el sistema tributario colombiano tiene una serie de figuras fiscales dispersas relacionadas con el cuidado del medio ambiente que no se constituyen en un régimen de incentivos claros que, de manera sistemática y estructurada, conforme una institución concreta, dirigida al control del uso de los recursos naturales.

Un sistema de monitoreo del cumplimiento de la normativa ambiental puede acarrear altos costos para la administración pública. No obstante, ha llegado el momento para quienes diseñan la política pública en materia medioambiental en el país de establecer un sistema sofisticado en la gestión de los recursos naturales. Lo anterior por tres razones. Primero, porque se trata de bienes cuyo uso repercute en el crecimiento económico; segundo, en la mayoría de los casos son recursos vitales para la sociedad, por ejemplo, el aire y el agua, cuyo uso indiscriminado implica una desmejora en el capital social; y tercero, existen en la actualidad múltiples instrumentos de regulación del uso de dichos recursos que se pueden adaptar a las condiciones propias colombianas.

Se debe aprovechar el hecho de que la misma Constitución colombiana favorece la creación de regulaciones que protegen el medio ambiente. Es decir, hace parte del deseo colectivo y supremo de la sociedad que prevalezca la función social y ecológica de la propiedad. En la actualidad, la tributación ambiental en Colombia tiene un amplio desarrollo legal y reglamentario, lo que, lejos de ser una desventaja, se convierte en una gran oportunidad para diseñar un sistema

49 Congreso de la República de Colombia. Ley 788 del 2002, mediante la cual expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial y se dictan otras disposiciones, 2002. Consultado el 14 de abril del 2013 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7260>.

50 En su artículo 115 crea otro tributo ambiental: la denominada “sobretasa ambiental de cinco por ciento (5 %) para las vías que afecten o se sitúen sobre parques naturales nacionales, parques naturales distritales, sitios de reservas de biosfera”.

de tributación ambiental fuerte, que cohesione las normas vigentes y que, como instrumento de política, contribuya a conseguir cambios estructurales en los patrones de consumo de recursos naturales, al corregir las señales de precios y las distorsiones del mercado.

#### CONCLUSIONES. LOS IMPUESTOS AMBIENTALES Y EL AED

En Colombia, pese a la existencia de un marco legal amplio como insumo para la construcción de un sistema regulatorio integral del medio ambiente, aún no es viable aplicar el sistema institucional de incentivos propuesto por Elinor Ostrom en el corto plazo. Sin embargo, en este texto no se descarta la creación de un sistema como el propuesto por la autora. La normatividad fragmentada colombiana en materia de medio ambiente más allá de ser una desventaja puede representar una oportunidad para construir estructuras de regulación cooperativa, ya no desde las capacidades regulatorias de las autoridades estatales, sino desde las capacidades de los agentes que toman las decisiones. Se trata, entonces, de llevar a un nivel superior la aplicación del sistema de incentivos en el mercado de los recursos naturales de uso común, lo que exigirá un análisis que no se limite al cobro del uso de un recurso en particular, a la imposición o a la asignación de derechos, sino que desarrolle estructuras organizativas basadas en la cooperación.

No puede ser más sino una recomendación el que se incluyan como mecanismos “bandera” de regulación de protección de los recursos naturales a los tributos, pues en la teoría, en el AED, son adecuados. Además, son una opción prometedora para hacer una transición de una economía estrictamente controlada e intervenida a un sistema de autoorganización o sistema cooperativo, como solución de control, tal como lo propone Elinor Ostrom.

Tras la revisión de la literatura, se puede afirmar que en el estudio de la conveniencia de las políticas públicas no es deseable escoger una sola perspectiva del AED, pues sólo con un análisis que integre elementos de los dos enfoques presentados aquí, el neoclásico y el nuevo institucionalismo, y con las teorías de la elección pública<sup>51</sup> y la crítica jurídica<sup>52</sup> es posible llegar a soluciones más

51 Esta perspectiva, según Andrés Roemer, no es más que la aplicación de la economía a la ciencia política, a las decisiones de poder, a los comportamientos burocráticos, a las estrategias de acción, a los sistemas de elecciones y votaciones, a la manera en que los representantes cautivan los votos de los electores, a los favores y promesas implícitas, a los grupos de presión. En general, la perspectiva entiende al individuo como ser egoísta y maximizador, cuyo interés propio es la esencia exclusiva de la política.

52 Este movimiento se caracteriza porque es un ataque sostenido a toda clase de formalismos: el neomarxismo, lo teórico y lo utópico y las jerarquías ilegítimas. Roemer resalta que una decisión es racional si va acorde a una ideología política. Además, considera la intervención del Estado como

ajustadas a las realidades complejas no sólo en materia de recursos naturales, sino en otros aspectos sujetos de regulación.

Un problema, dentro de muchos otros, que el AED sobre la regulación ambiental podría tratar es la contaminación transfronteriza en Colombia, pues la imposibilidad técnica y material de conocer la cantidad exacta de recursos contaminados (agua, aire, entre otros) impide determinar cuáles son los efectos reales de la regulación e incluso de la misma contaminación cuando no es producida precisamente por los nacionales<sup>53</sup>.

Este texto coincide con la idea presente en la literatura del AED<sup>54</sup> de que a la relativa sencillez de realizar análisis económico de la regulación del uso de los recursos naturales se opone la gran dificultad de diseñar estrategias eficientes para atacar problemas como las emisiones de gases o la contaminación del mar a nivel internacional. Es paradójico que la economía, cuyo protagonismo de alguna manera puso en riesgo la sostenibilidad de los ecosistemas, sea precisamente la disciplina que este y muchos otros documentos ofrezcan para solucionar el problema del uso excesivo o de la sobreexplotación de los recursos naturales. Sin embargo, debemos recordar que la economía no es más que una herramienta útil que ha venido siendo perfeccionada con los años, que da soluciones según el propósito de quien la usa y según los intereses de quien se quiera beneficiar. La unión de la economía y el derecho en la selección o diseño de políticas públicas medioambientales, o de otro tipo, busca enfocar esta herramienta: la intención es la que determina la función del análisis económico cuando se aplica al ámbito de lo jurídico.

Es un desafío, pero no una necesidad, para quienes diseñan las herramientas jurídicas medioambientales incluir en su análisis un enfoque económico, más aún, teniendo en cuenta la necesidad de identificar, en términos de Rose, el punto de congestión en el que se deben intervenir o corregir las respuestas del mercado, sobre todo cuando se trata de recursos que no se pueden dividir o

deseable y necesaria ante las fallas del mercado. Por último, según este enfoque, las instituciones legales no pueden ser analizadas de manera objetiva, de tal forma que se puedan hallar resultados coherentes y los jueces deban preferir el argumento de distribución sobre el utilitarista.

53 Esto sucede por la imposibilidad técnica y material de analizar en términos reales —cuantitativos— la contaminación transfronteriza, lo que impide determinar cuáles son los efectos reales de la regulación y de la misma contaminación, cuando no es producida por los nacionales. Además, existen “cuestiones de ‘jurisdicción’ y la falta de instituciones internacionales con competencias suficientes en materia medioambiental”. Si bien existen grandes iniciativas generadas en el seno de la comunidad internacional, aún queda un largo trecho en el logro de una normatividad internacional completa y de alcance integral en la protección de los recursos naturales.

54 Sterling y Herrera. *Op. cit.*, p. 31.

individualizar sin generar fallas del mercado, si se tiene en cuenta que administrar cualquier recurso siempre tiene un costo.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera Klink, Federico y Elinor Ostrom. “Las instituciones y los recursos naturales de propiedad común: pensando con claridad mas allá de las panaceas”. *Revista de Economía Crítica*, n.º 14, 2012. Consultado el 22 de enero del 2014 en [http://revistaeconomicacritica.org/sites/default/files/revistas/n14/InMemoriam-1.-federico\\_aguilera.pdf](http://revistaeconomicacritica.org/sites/default/files/revistas/n14/InMemoriam-1.-federico_aguilera.pdf).
- Caballero, Gonzalo y María Dolores Garza. *Los fundamentos la nueva economía institucional. Hacia la economía de los recursos naturales: comunes, instituciones, gobernanza y cambio Institucional*. Universidad de Vigo, 2013. Consultado el 20 de abril del 2013 en <http://www.usc.es/congresos/xiirem/pdf/88.pdf>.
- Camacho Beas, José Antonio. *Medio Ambiente: Enfoque integrador desde el Análisis Económico del Derecho*, 2012. Consultado el 10 de noviembre del 2015 en [http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro\\_derecho\\_economia/revista/febrero\\_2012/La\\_regulacion\\_ambiental\\_desde\\_el\\_Analisis\\_Economico\\_del\\_Derecho\\_Jose\\_Camacho.pdf](http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_derecho_economia/revista/febrero_2012/La_regulacion_ambiental_desde_el_Analisis_Economico_del_Derecho_Jose_Camacho.pdf).
- Carciofi, Ignacio y Diego Azqueta. *Territorio, desarrollo tecnológico y gestión de recursos naturales renovables: El caso de la pesca*, 2012. Consultado el 12 de abril del 2014 en <http://www.aecr.org/images/ImatgesArticles/2012/10/Carciofi.pdf>.
- Clark, Colin y Gordon Munro. “Economics of Fishing and Modern Capital Theory: A Simplified Approach”. *Journal of Environmental Economics and Management* 2, 1975, pp. 92-106.
- Conesa, Eduardo. *El impuesto a la tierra libre de mejoras, recursos naturales, hidrocarburos y el federalismo en la argentina*. Portal Académico de la Facultad de Derecho de la UBA, 2014. Consultado el 10 de noviembre del 2015 en <https://static-laley.thomsonreuters.com/LALEYARG/product/files/41307255/CAPITULO61.pdf>. Congreso de la República de Colombia. Ley 788 del 2002. Mediante la cual expiden normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial y se dictan otras disposiciones, 2002. Consultado el 14 de abril del 2013 en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7260>.

- Gordon, Scott. "The Economic Theory of Common-Property Resource: The Fishery". *The Journal of Political Economy* 62, n.º 2, 1954. Consultado el 14 de abril del 2012 en <http://www.economia.unam.mx/profesores/blopez/ScottGordonFisheries.pdf>.
- Hardin, Garret. "The Tragedy of the Commons". *Science, New Series*, n.º 162, 1968. Consultado el 16 de diciembre del 2013 en <http://www.cs.wright.edu/~swang/cs409/Hardin.pdf>.
- Heilbroner, Robert. *An Inquiry into the Human Prospect*. New York: Norton & Company Inc, 1974.
- Jiménez-Beltrán, Domingo. *El tributo ambiental: aplicación y efectividad sobre el medio ambiente*. Agencia Europea del Medio Ambiente (AEMA), 2008. Consultado en <http://www.eea.europa.eu/es/publications/92-9167-000-6-sum/page001.html>.
- Ley 99 de 1993.
- Merino Pérez, Leticia. "La gestión colectiva de los recursos forestales". *Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM*, 1999. Consultado el 22 de diciembre del 2014 en <http://www.era-mx.org/publicaciones/gestion.html>.
- Ophuls, William. *Leviathan or Oblivion: Toward a Steady State Economy*. San Francisco Daly, 1973.
- Ostrom, Elinor. *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM-CRI-FCE), 2000, p. 395. Consultado el 23 de mayo del 2014 en [http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24\\_10.pdf](http://lanic.utexas.edu/project/etext/colson/24/24_10.pdf).
- Pardo, José Steve. *Derecho del medio ambiente*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- Perea, Francisco Antonio. *Legislación básica ambiental en Colombia*. n. d. Consultado el 23 de mayo del 2012 en <http://goo.gl/gVrmUi>.
- Pinzón, Mauricio. "Aproximaciones al análisis económico del derecho". En *La nueva economía institucional: una tercera vía para el análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

- Posner, Richard A. *El Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 1998.
- Posner, Richard A. “Estudio Preliminar”. En *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 44.
- Roemer, Andrés. *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Rose, Carol M. *Derechos de propiedad, necesidades del desarrollo y protección medioambiental*. Yale University, 2008. Consultado el 27 de abril del 2015 en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Rose\\_Spanish.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/Rose_Spanish.pdf).
- Schaefer, Milner. “Some aspects of the dynamics of populations important to the management of commercial marine fisheries”. *Bulletin of the Inter-American Tropical Tuna Commission*, 1954. Consultado el 14 de abril del 2014 en <http://link.springer.com/article/10.1007%2F02464432#page-1>.
- Seroa Da Motta, Ronaldo. *Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina: aspectos conceptuales y el caso de Brasil*. Santiago de Chile: Naciones Unidas, Cepal, Eclac, 2001.
- Smith, Vernon. L. “On Models of Commercial Fishing”. *Journal of Political Economy*, 1969. Consultado el 14 de abril del 2014 en <http://www.jstor.org/discover/10.2307/1829764?uid=3737808&uid=2&uid=4&sid=21102236256611>.
- Sterling, Ana Yábar y Pedro Herrera. *La protección fiscal del medio ambiente. Aspectos económicos y jurídicos*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- Welch, William. “The Political Feasibility of Full Ownership Property Rights: the Cases of Pollution and Fisheries”. *Policy Sciences*, 1983. Consultado el 23 de marzo del 2013 en <http://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F00138349.pdf#page-1>.



## TRIBUTACIÓN INDIRECTA Y REGRESIVIDAD: RELACIÓN ESTADÍSTICA A NIVEL GLOBAL

LINA MARÍA URIBE\*

*Capitation taxes are levied at little expense; and, where they are rigorously exacted, afford a very sure revenue to the State. It is upon this account that in countries where the ease, comfort, and security of the inferior ranks of people are little attended to, capitation taxes are very common.*

Adam Smith, *Wealth of the Nations*

**Resumen:** A nivel global, se ha percibido un cambio significativo en la estructura fiscal de diversos países. Los impuestos indirectos han ganado importancia, porque entidades multilaterales los han incluido en sus recomendaciones como prácticas de alto y fácil recaudo. Además, han sido considerados instrumentos tributarios que no se asocian con desincentivar la inversión o la actividad privada. Sin embargo, sus supuestas óptimas características (base amplia y tarifa única) han suscitado objeciones, por su carácter poco progresivo. El presente trabajo busca evidencia empírica que aporte elementos de discusión para determinar si existe o no información suficiente para afirmar que los impuestos indirectos se relacionan con la distribución equitativa o no del ingreso. Para este objetivo, se utiliza el índice de Gini de 104 países e información sobre los impuestos indirectos, como el porcentaje del recaudo total.

**Palabras clave:** IVA, impuestos indirectos, distribución del ingreso, progresividad.

### INTRODUCCIÓN

La preocupación por los efectos adversos o favorables que puedan llegar a tener los impuestos no es en absoluto nueva. Tampoco se trata de un interés sólo económico: es difícil pensar en una persona o en una actividad que hoy esté totalmente libre de considerar en uno u otro momento qué consecuencias fiscales tendrán sus acciones. Los impuestos indirectos, como el IVA, no son

\* Abogada y economista de la Universidad de los Andes. Ha realizado investigaciones en urbanismo, derecho internacional y macroeconomía. En la actualidad, es abogada de la firma Baker & McKenzie, en la que prestar asesorías en materia de legislación financiera y tributaria.

ajenos a esta presencia constante. Sin importar cuál sea el nivel de ingresos, por cada cosa que usamos y compramos hubo una fracción destinada al cumplimiento de esta obligación.

La preocupación por los impuestos ha estado presente desde lo que para muchos es el inicio de la economía. Desde allí se discute qué nivel de impuestos debe asignarse a los bienes y a los servicios. Incluso en ese momento ya era claro que los impuestos indirectos, a pesar de sus grandes ventajas, también tenían serios problemas: los hogares de menos ingresos eran los grandes afectados.

La tesis retoma esta preocupación y la importancia creciente de la tributación indirecta en las últimas dos décadas. La teoría ha señalado la diferencia entre las condiciones normativas de la tributación indirecta óptima (tarifa única y base amplia) y lo que se considera la tributación progresiva. Esta diferencia, en todo caso, no está respaldada en un recurso infrecuente a los impuestos indirectos. Por el contrario, en los últimos 20 años puede observarse el auge mundial y la implementación continua y exitosa de impuestos de valor agregado. En efecto, las estadísticas de los países que han incluido este tipo de impuestos son muy ilustrativas. De la lista de 168 países que han introducido este tipo de gravamen en las últimas tres décadas, sólo cinco dieron marcha atrás a reformas de este tipo. Y de estos cinco, cuatro regresaron a los impuestos de valor agregado<sup>1</sup>. Por lo tanto, es pertinente un análisis que obtenga evidencia estadística del problema, para decantarse a favor de una u otra posición.

Entonces, el presente trabajo responderá a la pregunta de si existe evidencia empírica que valide la relación, descrita por varios autores, entre impuestos indirectos y regresividad. Además de la respuesta a la pregunta anterior, se presentará una descripción de la tendencia creciente de este tipo de recaudo a nivel mundial y se evaluará qué incidencia ha tenido en la situación de los hogares de menos recursos. Se parte de la hipótesis de que hay una relación entre la implementación creciente de este tipo de gravámenes y la regresividad del sistema tributario. Esta hipótesis se formula a partir de trabajos como los de Stiglitz y Emran<sup>2</sup>, Atkinson<sup>3</sup> y Saez<sup>4</sup>. Esta hipótesis se comprobará con los datos obte-

1 Ine Lejeune, Jeanine Daou-Azzi y Mark Powell. "The balance has shifted to consumption taxes -Lessons learned and best practices for VAT". En *Value Added Tax and Direct Taxation: similarities and differences*. Amsterdam: IBFD, 2009.

2 Joseph Stiglitz y Shahe Emran. "On selective indirect tax reform in developing countries". *Journal of Public Economics* 89, 2005.

3 Anthony Barnes Atkinson. "Optimal Taxation and the Direct versus Indirect Tax Controversy". *The Canadian Journal of Economics* 10, 1977.

4 Emmanuel Saez. "Direct or indirect tax instruments for redistribution: short-run versus long-run". *Journal of Public Economics* 88, 2005.

nidos del Banco Mundial para diversos países, que incluyen el indicador de Gini como un posible estimador de desigualdad, la participación de los impuestos indirectos en el recaudo total y las tarifas generales de IVA. Con la evidencia estadística, se podrá definir si la vinculación entre los impuestos indirectos y la regresividad en efecto existe, como diversas fuentes académicas lo señalan.

Antes de confirmar la hipótesis, es necesario explicar dos definiciones de las que parte este trabajo. Por un lado, la *progresividad* es una situación en la que los hogares más pobres destinan una fracción menor al pago de la carga tributaria que la fracción que destinan los hogares de mayores ingresos<sup>5</sup>. Por *tributación indirecta* se entenderá el recaudo del ingreso de forma indirecta, principalmente a través del consumo. Este, a su vez, resultaría de la agregación de salarios y retornos de capital de los habitantes del país. Aun cuando, en general, podría considerarse que la tributación indirecta tiene la misma base que un impuesto sobre el ingreso, existen diferencias clave como el *timing* en el que se produce el recaudo: este tipo de impuestos se paga de forma escalonada a través de las transacciones que lo generan<sup>6</sup>.

## I. REVISIÓN DE LA LITERATURA

Se revisó literatura sobre la relación entre la tributación indirecta y la regresividad. En particular, se buscó información que usara estimadores como el Gini u otros indicadores de distribución de ingreso. Se encontraron varios artículos que describen el problema a nivel nacional. Indican, por ejemplo, la incidencia sobre la distribución antes y después de la introducción de determinada reforma o ley. Los estudios analizados se concentran en el impacto en los hogares más que en el efecto del recaudo global. El ejercicio se realizó también para países agrupados, como los miembros de la OECD o los países de América Latina. A continuación se sintetizan los trabajos pertinentes, junto con sus resultados.

Para Colombia, Steiner y Cañas<sup>7</sup> utilizan datos de la Gran Encuesta Integrada de Hogares y calculan el nivel de gasto en bienes en cada decil y el gasto efectivo después de incluir las exenciones a determinados bienes. Al medir el gasto final, concluyen con el efecto regresivo de 0,4 puntos en el Gini en el escenario

5 David Coady. "Indirect Tax and Public Pricing Reforms". En *Analyzing the Distributional Impact of Reforms: A Practitioners' Guide to Pension, Health, Labor Markets, Public Sector Downsizing, Taxation, Decentralization, and Macroeconomic Modeling*. Washington: World Bank Publications, 2009.

6 Alan Auerbach. *The choice between income and consumption taxes: a primer*. NBER Working paper 12307, 2006.

7 Roberto Steiner y Alex Cañas. *Tributación y equidad en Colombia*. Bogotá: Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, documento Cede n.º 24, 2013.

con impuestos indirectos. En específico, los autores encuentran que las tarifas diferenciales son ineficaces para mejorar la distribución de la carga tributaria.

Otro análisis del caso colombiano es el Moller<sup>8</sup>, que usa la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos del 2006-2007. A partir de esta, el autor calcula el IVA pagado por cada decil como porcentaje del total recaudado y el IVA pagado como total del ingreso de los hogares de cada decil. Con estos datos, encuentra un aumento aproximado del Gini de un punto después del pago de impuestos. De nuevo, esto es un efecto mínimo de las tarifas diferenciales: el sistema de exenciones de IVA reduce alrededor de 0,6 puntos el Gini, gracias a la inversión del 1,5 % del PIB. Esto, en última instancia, es un efecto redistribuidor menor al esperado, en parte gracias al hecho de que cerca de un 50 % de los bienes excluidos son, en definitiva, consumidos por el 20 % de los hogares de mayores ingresos. Lo anterior pone de manifiesto, entre otros, los problemas de focalización de las tarifas reducidas como instrumento de redistribución.

Coady y Harris<sup>9</sup> proponen un modelo de equilibrio general para México, con el que intentan evaluar la magnitud del efecto regresivo del impuesto de valor agregado en los hogares de menores ingresos. En el análisis incluyen la función de las transferencias directas como posible compensación a la pérdida de bienestar generada por la imposición. Los autores concluyen que, en realidad, existe un efecto regresivo derivado de la estructura fiscal de los impuestos indirectos. No obstante, las transferencias directas focalizadas de manera adecuada en los hogares más vulnerables tienen la facultad de actuar como un paliativo para la regresividad.

Dentro de los análisis que abarcan un ámbito geográfico más amplio, se revisó el estudio de América Latina del Banco Mundial realizado por Goñy *et al.*<sup>10</sup>, que señala la incapacidad generalizada de los sistemas tributarios de los países de la región para lograr mayor progresividad. Al calcular el ingreso recibido por decil con respecto al ingreso disponible después de los impuestos, hay un aumento del Gini generado por los impuestos indirectos. Además, el estudio enfatiza que la incapacidad redistributiva del sistema tributario es un rasgo compartido por varios países de América Latina. Así, el Gini calculado a partir del ingreso dispo-

8 Lars Christian Moller. *Fiscal Policy in Colombia: Tapping Its Potential for a More Equitable Society*. The World Bank: Latin America and the Caribbean Region Poverty Reduction and Economic Management Unit, Policy Research Working Paper 6092, 2012.

9 David Coady y Rebecca Harris. *Evaluating transfer programs within a general equilibrium framework*. International Food Policy Research Institute Discussion Paper 110, 2004.

10 Edwin Goñy, Humberto López y Luis Servén. *Fiscal Redistribution and Income Inequality in Latin America*. World Bank Policy Research Working Paper 4487, 2008.

nible después de los impuestos y las transferencias se encuentra dos puntos por encima del ingreso inicial, mientras que los países europeos logran disminuirlo en casi 10 diez puntos.

Por último, Beramendi y Rueda<sup>11</sup> encuentran un efecto regresivo de los impuestos indirectos para los países miembros de la OECD, conclusión a la que llegan tras analizar la información del ingreso disponible después de los impuestos. Sin embargo, los autores resaltan que los impuestos indirectos pueden ser uno de los principales apoyos financieros de los sistemas de seguridad social, que eventualmente tienen una mayor capacidad redistributiva.

## II. MARCO TEÓRICO

Los referentes teórico de este trabajo son la participación de impuestos como el IVA en la estructura fiscal actual y las posibles desventajas de esta situación en la distribución.

### A. Participación de impuestos como el IVA en la estructura fiscal actual

Como se mencionó, los impuestos indirectos han ganado terreno en la estructura fiscal de países disímiles, en particular a través de impuestos como el IVA.

Varios factores han llevado a su implementación. Parte de su impulso inicial puede encontrarse en uno de los pasos hacia la integración económica de lo que es hoy la Unión Europea: un requisito para la entrada oficial de nuevos países miembros era la introducción de impuestos de este tipo, sujetos a los parámetros de las directrices europeas. Sin embargo, estos impuestos no se quedaron como una forma de recaudo de países relativamente estables. Debido a que eran recomendados por organismos multilaterales, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional, como un medio para favorecer la eficiencia del sistema tributario, su implementación se expandió a países muy diferentes desde el punto de vista social y económico<sup>12</sup>.

Se han señalado múltiples ventajas de este tipo de recaudo. En primer lugar, se reduce la carga tributaria de los impuestos directos, a lo que se le atribuye un gran potencial como motor de crecimiento, tanto en economías de altos como

11 Pablo Beramendi y David Rueda. "Social Democracy Constrained: Indirect Taxation in Industrialized Democracies". *British Journal of Political Science* 10, 2007.

12 Richard Bird y Pierre Pascal Gendron. *The VAT in developing and transitional countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

de bajos ingresos<sup>13</sup>. Cuando los estados no deben apoyarse en impuestos que graven el ingreso o la actividad económica, se generan mayores incentivos a la generación de ingreso, tanto para personas como para empresas.

En segundo lugar, está su capacidad de financiar, entre otras cosas, los servicios públicos como la salud, la educación y el aseguramiento. Se ha mostrado la relación que existe entre países con mayor cobertura en bienestar y su recurso a este tipo de impuestos<sup>14</sup>. Esto los convierte no sólo en una estrategia económica, sino en una necesidad social. En el mismo sentido, los impuestos indirectos se requieren para financiar transferencias enfocadas en la reducción de la pobreza<sup>15</sup>, por ejemplo, las transferencias condicionadas de dinero en efectivo, como Familias en Acción, que han resultado ser exitosas alrededor del mundo para mejorar indicadores sociales y económicos en los hogares más pobres.

### **B. Críticas sobre las consecuencias inequitativas de la tributación indirecta**

El proceso de implementación de impuestos indirectos que se acaba de describir no ha estado exento de críticas, muchas de las cuales comparten el desacuerdo con los resultados inequitativos que producen.

La condición óptima de los impuestos indirectos es una única tasa a la totalidad de bienes consumidos, con el fin de minimizar las distorsiones<sup>16</sup>. Sin embargo, esta condición lleva a gravar una fracción idéntica del ingreso de todos los hogares. Esto no corresponde con la definición de progresividad, pues independientemente del nivel de ingresos cada contribuyente está sujeto a una carga igual. Estos resultados, que no son progresivos, se derivan de la incapacidad de observar de manera directa quién está en realidad pagando el impuesto, pues este se cobra de forma indistinta al momento de consumir. Esto lleva a que sea imposible ajustar la carga asumida según los ingresos del contribuyente; los impuestos indirectos se convierten así en un importante vehículo de desigualdad<sup>17</sup>. En consonancia con las definiciones expuestas en la introducción, no existe un mecanismo claro para que los grupos de menores ingresos paguen menos que los hogares de mayores ingresos.

13 Gareth Myles. *Economic Growth and the Role of Taxation-Aggregate Data*. OECD Economics Department Working Paper 714, 2009.

14 Beramendi y Rueda. *Op. cit.*

15 Coady y Harris. *Op. cit.*

16 Leopoldo Fergusson y Gustavo Suárez. *Política fiscal: un enfoque de tributación óptima*. Bogotá: Cede, 2010.

17 Atkinson. *Op. cit.*

Las posibles alternativas planteadas, en especial las tarifas diferenciales según el tipo de bien, han sido en el mejor de los casos poco efectivas en relación con sus costos. Como se expuso, según los cálculos del Banco Mundial, para el caso de Colombia, se ha encontrado que el régimen de tarifas diferenciadas reduce 0,6 puntos del índice de Gini, a un costo del 1,54 % del PIB<sup>18</sup>. Esto abre la discusión sobre otros mecanismos como instrumentos redistributivos.

En particular, la baja incidencia de las tarifas diferenciales en la mayor progresividad también se explica por la incapacidad de distinguir quién está pagando el impuesto al adquirir un bien o servicio. Así, la tarifa diferencial no puede excluir a hogares de mayores ingresos que no necesitarían el beneficio, por lo que persisten los problemas de progresividad en diversos países, como muchos autores han descrito<sup>19</sup>. Por lo tanto, muchos investigadores se inclinan por otros mecanismos como medios de distribución. En específico, se ha subrayado la importancia de focalizar las políticas planteadas; de lo contrario, los hogares de mayores ingresos terminan por absorber grandes inversiones. En especial, las transferencias directas mejor focalizadas pueden resultar en una mayor progresividad, con una mejor relación costo-beneficio<sup>20</sup>.

### III. METODOLOGÍA

La metodología que se utilizará relaciona el índice de Gini de una muestra de 95 países con el porcentaje de los impuestos de bienes y servicios en el recaudo total. Se evaluará, entonces, qué tanto puede explicarse la desigualdad a partir de las variables descritas. Esto se hará por medio de un análisis estadístico consistente en la siguiente regresión lineal:

#### Ecuación 1

$$GINI = \beta_0 + \beta_1 ImpInd + \beta_2 ImpInd2 + \beta_3 GTotal + \beta_4 GEduc + \beta_5 SaludPIB \\ + \beta_6 CCT + \beta_7 Recaudo + \beta_8 Tarifa$$

Las variables utilizadas se describen a continuación:

18 Moller. *Op. cit.*

19 David Coady. "Indirect Tax and Public Pricing Reforms". En *Condouel, Aline y Paternostro, Stefano. Analyzing the Distributional Impact of Reforms: A Practitioners' Guide to Pension, Health, Labor Markets, Public Sector Downsizing, Taxation, Decentralization, and Macroeconomic Modeling*. Washington: World Bank Publications, 2009; Steiner y Cañas. *Op. cit.*

20 Ariel Fiszbein y Norbert Schady. *Conditional cash transfers: Reducing present and future*. Washington: World Bank, 2009.

– El índice de Gini se obtiene de la base de datos de los World Development Indicators y de la OECD, para los países miembros en el año 2010. Este indicador evalúa la desigualdad desde el punto de vista de los ingresos acumulados, según el nivel de ingreso de la población. En línea con el supuesto metodológico seguido por algunos autores revisados<sup>21</sup>, se utilizará el valor disponible de los últimos cinco años para los países que no cuentan con información del 2010.

– El recaudo de impuestos indirectos (la variable *ImpInd* de la regresión) se obtendrá de la información del 2010 de la fracción que representan los impuestos sobre bienes y servicios en el total del recaudo tributario. Es cierto que es una variable general acerca de cualquier contribución fiscal pagada por la adquisición o el uso de cualquier bien y servicio, sin que se desagregue, por ejemplo, el rubro exacto correspondiente al IVA. Sin embargo, es un indicador de la fracción de recaudo diferente a la de los impuestos sobre el ingreso, por lo tanto, puede caracterizarse como una variable que se aproxima a la tributación indirecta. Por otro lado, a través de la variable *ImpInd2*, que resulta de elevar al cuadrado la variable anterior, se intentarán capturar efectos no lineales de la estructura tributaria en la distribución del ingreso.

– Otra variable que se destinará a evaluar el impacto de la tributación indirecta será la tarifa general del impuesto a las ventas para cada país (*Tarifa* en la ecuación) del año 2010. Si bien no se encontró bibliografía que tratara el tema de las tarifas en general, sí se ha usado en otros espacios como un mecanismo evaluador de la progresividad de la política fiscal<sup>22</sup>. La información sobre tarifas en cada país se obtiene a partir del informe anual de la firma de auditoría KPMG.

– Como variables de control, en consonancia con los ejercicios desarrollados antes<sup>23</sup>, se incluirá información relacionada con transferencias directas y gasto público. Ya que variables como el gasto público en educación o salud han mostrado un buen potencial de redistribución en países desarrollados y en desarrollo, se determinará el efecto de estas transferencias en una mayor o menor progresividad.

– De esta forma, se incluye en la investigación la información correspondiente al gasto anual en educación (variable *GEduc* de la regresión) y en salud (variable

21 Xavier Sala-i-Martin y Maxim Pinkovskiy. “Parametric Estimations of the World Distribution of Incom”. *NBER Working Paper* 15433, 2009.

22 Tae-kwhan Rhee. 2012. “Macroeconomic Effects of Progressive Taxation”. *The American Economic Association*, 2012. Consultado el 19 de septiembre del 2013 en <http://goo.gl/EgDDNG>.

23 Goñy, López y Servén. *Op. cit.*

*Salud*PIB de la regresión) como porcentaje del PIB. Ambas se obtienen de la base de datos de los World Development Indicators del Banco Mundial para el año 2010. Además, se incluirá la estimación del gasto público como porcentaje del PIB (*GTota*), con el mismo propósito.

– Otra variable de control que se incluirá será la existencia o no de programas de transferencia condicionada de efectivo (*CCT* en la regresión). Esta variable se toma del trabajo de Coady y Harris, quienes encuentran, para México, que la pérdida de progresividad resultante de la introducción de impuestos a las ventas fue compensada con programas de trasferencias condicionadas de efectivo. Por lo tanto, para determinar el posible potencial distributivo de este tipo de programas, se incluirá una variable *dummy* que describa la existencia o no de tal política, obtenida del Banco Mundial<sup>24</sup>.

Por último, hay que hacer una aclaración metodológica. Es posible que surja una ambigüedad al examinar los impuestos y las variables como el gasto en educación o salud. Un nivel de impuestos mayor hace posible que un estado tenga un mayor gasto público, lo que obstaculizaría un análisis de las variables referidas. Sin embargo, las variables que se utilizarán en el presente trabajo no abarcarán los niveles de imposición, sino la estructura que esta puede adquirir. Según los autores que han tratado el tema<sup>25</sup>, la estructura fiscal, vista como la participación de impuestos directos frente a la participación de impuestos indirectos, no tendría los efectos ambiguos sobre los resultados que podría tener el haber considerado el nivel de impuestos.

#### IV. RESULTADOS

Para dar cuenta de los resultados obtenidos de la investigación cuantitativa de este trabajo, esta sección se dividirá en dos partes. Primero, se presentarán algunas estadísticas descriptivas de las variables que se analizan y se señalarán algunas relaciones y algunas tendencias por regiones. Segundo, se presentarán los resultados preliminares obtenidos al seguir la metodología propuesta.

##### A. Estadísticas descriptivas

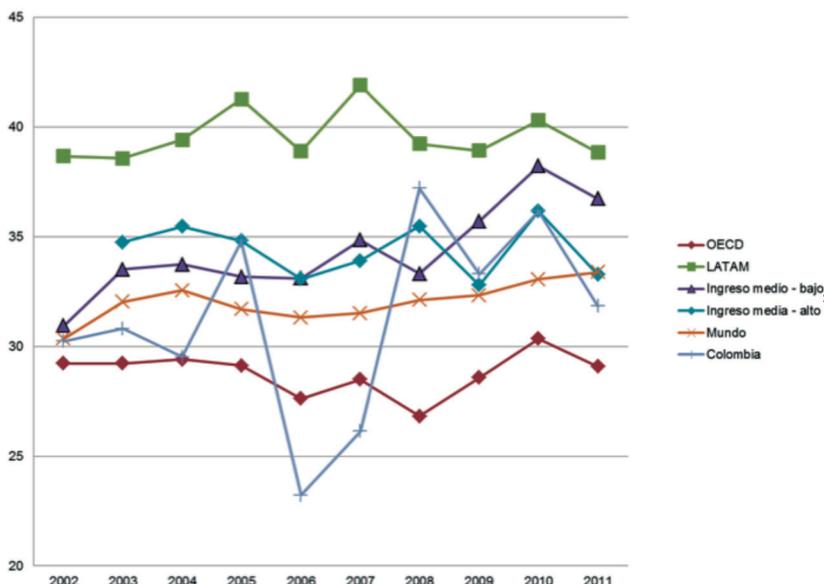
Un aspecto importante para estudiar en este trabajo es la implementación masiva de impuestos indirectos en los últimos años en el mundo, como se describe en el marco

24 Banco Mundial. *Conditional Cash Transfers-Country Overviews & Project Info*, 2011. Consultado el 10 de septiembre del 2013 en <http://goo.gl/hfNV2v>.

25 Arnold Jansen. "Do tax structures affect aggregate economic growth? Empirical evidence from a panel of OECD countries". OECD Economics Department Working Paper 51, 2008.

teórico. Al ser confrontado con los datos, el enunciado anterior puede matizarse. En efecto, a nivel mundial hay un aumento de los impuestos indirectos entre el 2002 y el 2011, como se muestra en la gráfica 1. Este aumento sería producto sobre todo de los cambios en la estructura fiscal de países de mediano a bajo ingreso. En otros niveles de ingreso, el cambio es sutil o incluso puede llegar a disminuir. En todo caso, a excepción de Colombia, la participación de los impuestos indirectos como porcentaje en el recaudo total se mantiene sin grandes oscilaciones.

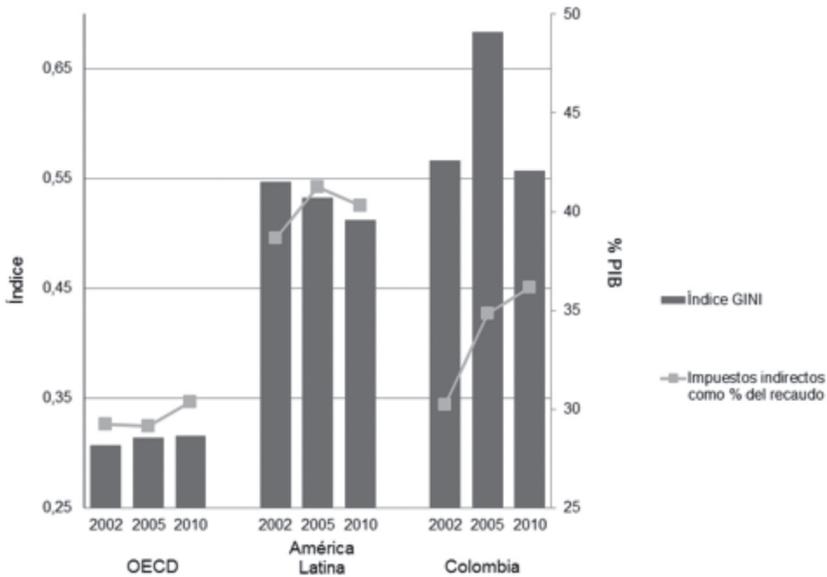
**Gráfica 1.** Impuestos indirectos entre el 2002 y el 2011



Fuente: Banco Mundial.

Esta tendencia se puede observar en tres grupos relevantes para el contexto colombiano. En estos, se mide la participación de la imposición indirecta para el 2002, el 2005 y el 2010 y la evolución del índice de Gini. Las conclusiones de la gráfica 2 son variadas. Mientras para los grupos escogidos aumenta la participación de los impuestos en mayor o menor medida, el comportamiento del índice de Gini no sigue una tendencia clara. En los países de la OECD hay un aumento leve en el índice de Gini, en tanto hay una disminución en los países latinoamericanos. En Colombia, en el periodo observado hay un pico en el 2005 y luego hay una reducción hasta un nivel que es mayor que el de los otros dos grupos de países.

**Gráfica 2.** Índice de Gini y la participación de impuestos indirectos



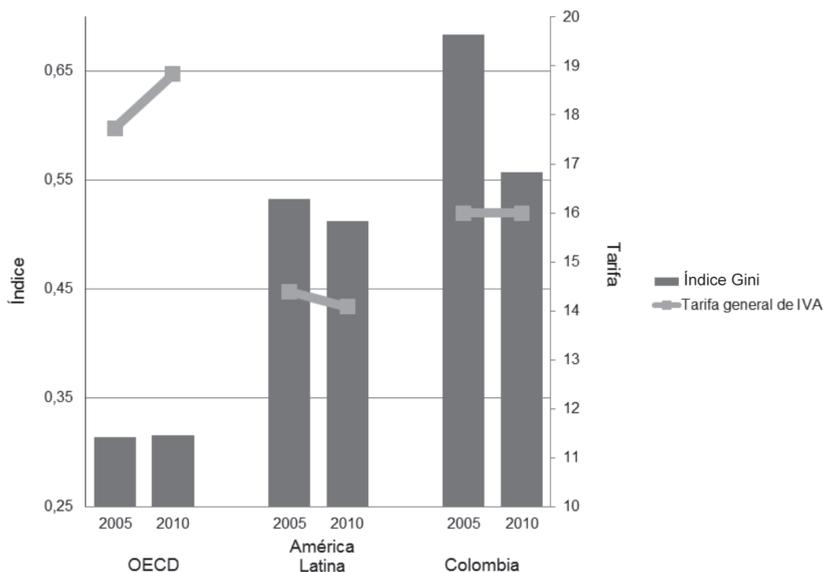
Fuente: Banco Mundial.

Al tomar todos los datos, se obtiene evidencia preliminar para algunos casos de la relación entre impuestos indirectos y regresividad (gráfica 3). Si bien esta es poco clara, podría verse que existe una tendencia que sustentaría la hipótesis de que los impuestos indirectos coinciden con peores condiciones de distribución del ingreso. El aumento de estos impuestos en los países miembros de la OECD corresponde a un empeoramiento de las condiciones de redistribución. Para el caso de Colombia, en el periodo comprendido entre el año 2002 y el 2005, el aumento del índice de Gini se acompañó de una mayor cobertura de los impuestos indirectos. No obstante, para los países de América Latina la tendencia es contraria a la tesis planteada: a medida que la tributación indirecta cobra más importancia, el índice de Gini muestra una mejoría en la distribución.

A continuación se busca una potencial relación entre la distribución del ingreso y las tarifas del impuesto. Según lo expuesto en el marco teórico, con frecuencia las tarifas son objeto de crítica, pues se consideran uno de los principales vehículos de la regresividad de los impuestos indirectos. La imposibilidad de graduar las tarifas según el contribuyente es, en efecto, una objeción de peso a la tributación

indirecta. Esto ha llevado a presionar por mantener tarifas reducidas o implementar tarifas diferenciales según el tipo de producto.

**Gráfica 3.** El índice Gini y la tarifa general del IVA



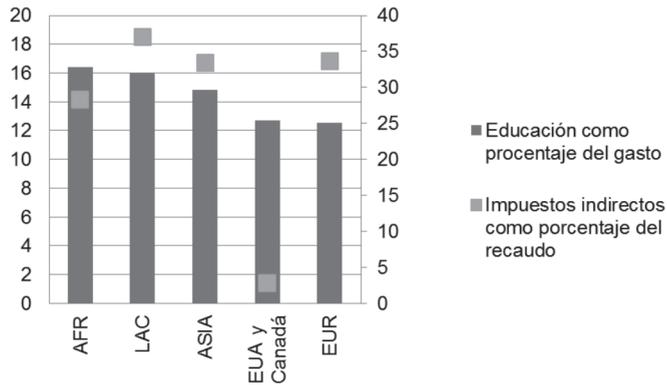
Fuente: Banco Mundial, KPMG.

La gráfica 3 contribuye a demostrar la tesis de que la desigualdad en el ingreso se relaciona con la tributación indirecta en América Latina. En esta región, una disminución del 0,5 puntos en la tarifa general del impuesto corresponde a una disminución del índice de Gini, entre el 2005 y el 2010. Así mismo, un leve aumento de este indicador para los países de la OECD está acompañado de un aumento leve en las tarifas de este grupo de países. La relación entre las tarifas y el índice de Gini es mucho menos clara para Colombia: la tarifa general se ha mantenido constante desde 1992, mientras que el índice de Gini ha oscilado en el periodo comprendido entre el 2005 y el 2010. En todo caso, cabe recordar que la multiplicidad de tarifas del régimen tributario puede incidir en que la tarifa general no sea necesariamente el promedio con el que se gravan los bienes y servicios.

Por último, se mostrará la tendencia de algunas variables de control utilizadas. Los siguientes datos son producto de una primera evaluación sobre si existe una relación clara entre la estructura del sistema fiscal y la destinación del recaudo

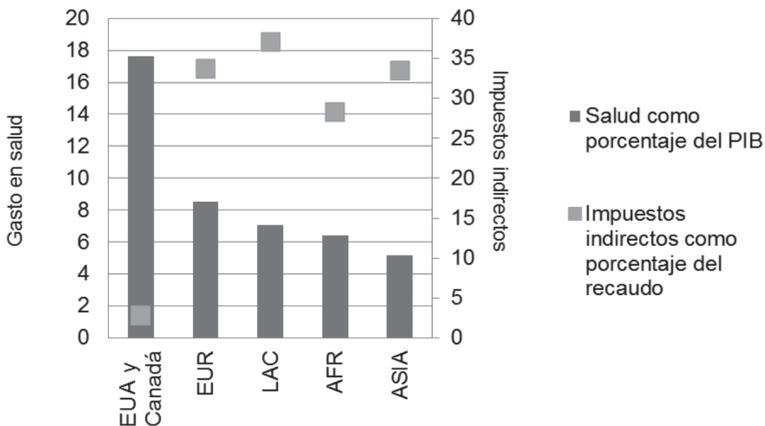
en gasto público. A partir de las gráficas 4 y 5, se advierte que no existe una tendencia en estas variables. Regiones con perfiles similares, como América del Norte y Europa, si bien tienen porcentajes similares destinados al gasto, tienen niveles opuestos de tributación indirecta. Con respecto a la inversión en salud, como porcentaje del PIB, tampoco pueden sacarse grandes conclusiones.

**Gráfica 4.** La educación y los impuestos indirectos



Fuente: Banco Mundial.

**Gráfica 5.** La salud y los impuestos indirectos



Fuente: Banco Mundial.

En síntesis, estas estadísticas descriptivas indican que las objeciones a los impuestos indirectos no son necesariamente válidas, o son válidas sólo en algunas regiones. En las regiones estudiadas, en particular en los países de la OECD, pareciera ser correcta la intuición de una peor distribución del ingreso, si aumenta la participación de los impuestos indirectos y las tarifas del IVA. En los países de América Latina, caracterizados por altos niveles de desigualdad, y en los que la tributación indirecta es muy importante, la intuición, por el contrario, pareciera no ser cierta. En Colombia, que según los cálculos realizados tiene uno de los mayores índices de Gini, ni la tarifa ni la estructura tributaria parecen ser un determinante relevante de la distribución del ingreso.

## B. Relación estadística

Para demostrar la hipótesis propuesta, se analizará ahora si la tributación indirecta incide o no en la distribución del ingreso. Para esto, se analizará la correlación existente entre las variables, como se describe en la tabla:

**Tabla 1.** Correlaciones con un 5 % de significancia

	Gini	ImpInd	GEduc	GTot	GSalud	Tarifa	RecaudoT	PIBc	ImpInd2	Transf
Gini	1									
ImpInd	0,35	1								
GEduc	0,21	0,22	1							
GTot		0,35		1						
GSalud	0,18	0,28		0,25	1					
Tarifa	-0,35			0,26		1				
RecaudoT	0,23	0,45	0,17	0,64	0,22		1			
PIBc		0,2					0,13	1		
ImpInd2	0,311	0,95	0,2	0,22	0,23		0,34	0,18	1	
Transf	0,45	0,3				-0,29			0,27	1

Fuente: Elaboración propia.

Como se esperaba, las variables relativas a la participación indirecta tienen signo positivo: una mayor participación de los impuestos indirectos incide en el aumento del índice de Gini. En cambio, la tarifa tiene un comportamiento opuesto al esperado: a partir de la correlación se deduciría que un índice de Gini mayor corresponde a tarifas menores de IVA. Por su parte, algunas variables

de control se mantienen dentro de los efectos esperados. El gasto total, en particular, se correlaciona de manera negativa, por lo que cumpliría su función compensatoria de la posible regresividad de los impuestos indirectos. Este no es el caso del gasto en educación y salud, aunque en la literatura revisada sean importantes vehículos de redistribución. En la muestra, la correlación entre estas variables y el índice de Gini se opone a lo planteado en el marco teórico.

Una vez señaladas estas relaciones, se expondrá la posible relación estadística entre la distribución y la tributación indirecta. Los resultados obtenidos tras correr la regresión planteada en la ecuación 1 son los siguientes.

**Tabla 2.** Resultados obtenidos con un 5 % de significancia

Gini	Coefficiente	Error St.	t	P> t
ImpInd	-0,53	0,36	-1,48	0,14
ImpInd2	0,005 **	0,002	2,09	0,03
Geduc	0,18	0,07	1,40	0,16
Gtot	0,018	0,10	0,34	0,73
Gsalud	0,09	0,06	1,47	0,14
Tarifa	-1,65 **	0,55	-2,97	0,00
RecaudoT	-0,04	0,9	-0,50	0,62
PIBc	0,01	0,06	0,23	0,81
Transf	20,78 **	10,14	5,0	0,00
Cons	55,05	13,77	4,0	0,00

Fuente: Elaboración propia.

De la tabla 2 se concluye que en las variables explicativas el término de impuestos indirectos como porcentaje total del recaudo no tiene el signo esperado; además, la magnitud del coeficiente resulta ser menor. El coeficiente de la variable de tarifas de IVA tiene una magnitud mayor, aun cuando tampoco tiene el signo esperado. Estas dos variables, por lo tanto, revalorarían la hipótesis planteada, porque un mayor nivel de impuestos o una tarifa mayor no implican una peor distribución del ingreso. Por otro lado, el término cuadrático de impuestos es positivo, lo que indica un efecto segmentado de la tributación indirecta sobre el índice de Gini. En principio, un mayor nivel de impuestos indirectos llevaría al índice de Gini a un nivel mínimo, lo que supone una mejor distribución. Sin embargo, una vez la estructura fiscal tenga un porcentaje alto de impuestos indirectos, el índice de Gini aumentaría y, en consecuencia, la distribución sería peor.

Al evaluar las variables, puede observarse que sólo el coeficiente del término cuadrático es significativo. La insignificancia de la tarifa y la del término lineal,

junto con la relevancia estadística del término cuadrático, llevarían a pensar que las consideraciones que se acaban de mencionar son también aplicables. Implicarán que la estructura fiscal sí podría tener importancia e incidir en algún grado en la distribución del ingreso. Sin embargo, la relación no es lineal; entonces, no es válido afirmar que el aumento de impuestos indirectos o de la tarifa supone de manera automática peores condiciones de distribución del ingreso. En todo caso, la magnitud del coeficiente (0,005) del término al cuadrado muestra el efecto limitado de la posible interacción entre la tributación y el índice de Gini.

Ahora, ¿cómo interpretar los resultados según el marco teórico y la literatura revisada?

Mediante los resultados y los trabajos expuestos, se puede afirmar que la estructura fiscal es un aspecto que sí incide en la distribución del ingreso, si la estructura fiscal es la relación de impuestos directos o indirectos como porcentaje del recaudo total. Los resultados obtenidos de la muestra de países dan elementos que sustentan esta idea. En menor medida, podría decirse que la estructura fiscal que prefiere los impuestos indirectos, en términos generales, puede tener consecuencias negativas en la distribución del ingreso, dado que la variable que recoge el porcentaje de impuestos indirectos es regresiva. Esta no es una afirmación aislada, pues se sustenta en los análisis de autores para quienes la tributación indirecta termina por ser un instrumento de redistribución deficiente, en el mejor de los casos<sup>26</sup>.

La significancia de la variable cuadrática y su signo positivo son elementos para discutir si existe evidencia empírica para la hipótesis de que hay una relación entre los impuestos indirectos y la desigualdad. Esto es, al mismo tiempo, una prueba de la hipótesis planteada y una manifestación de las limitaciones del efecto. Ahora bien, la significancia del término cuadrático del porcentaje de los impuestos indirectos en el total del recaudo, como variable explicativa del índice de Gini, lleva a concluir que la estructura fiscal no es un elemento inocuo al momento de fijar como fin de la política fiscal la consecución de mayor igualdad. La significancia supone, por lo tanto, que sí existe una relación entre la estructura fiscal y la igualdad.

Pero también los resultados muestran las limitaciones de la explicación de la distribución de un país a partir de los impuestos indirectos. Si bien la variable es significativa, hay dos elementos que moderan sus efectos: su magnitud y su

26 Coady. *Op. cit.*; Saez. *Op. cit.*

carácter no lineal. La magnitud del coeficiente es pequeña: 0,005. En consecuencia, la estructura fiscal es un determinante limitado de la distribución de un país. El carácter cuadrático y el signo positivo de la variable también condicionan su efecto. Ya que la variable relevante desde el punto de vista estadístico es un término cuadrático, mayores impuestos indirectos no llevan a una mayor desigualdad en todos los casos o en todos los niveles de participación de impuestos indirectos. El signo del término cuadrático es significativo: el hecho de que sea positivo indica que existe un nivel de impuestos que garantiza que el índice de Gini adopte un valor mínimo. Por lo tanto, en un intervalo inicial, los impuestos indirectos pueden reducir el índice de Gini. No obstante, una vez superado un nivel de impuestos crítico, cualquier aumento de estos en el recaudo total aumentará el índice de Gini y, en consecuencia, empeorarán las condiciones de distribución del ingreso.

Esta deducción no es infundada, porque vuelve sobre la afirmación de varios autores de que el efecto de la estructura fiscal no es en sí determinante, sino que es uno de los múltiples elementos para incluir en las posibles explicaciones de la distribución de un país. Según lo expuesto<sup>27</sup>, aunque los impuestos indirectos pueden influir en la distribución del ingreso, no son una variable que de forma automática genere mayor desigualdad, bajo cualquier circunstancia.

Ahora bien, hay que observar el efecto de las transferencias como gasto social o como posibles formas de compensación de la pérdida del poder adquisitivo. Las variables de control incluidas en la investigación que implican algún tipo de compensación, en forma de educación y salud, no resultaron ser significativas. El único coeficiente que puede ser relevante es el de las transferencias condicionadas de efectivo. No obstante, este debe tratarse con cuidado, ya que este tipo de políticas se han implementado en países muy desiguales, porque una de sus ventajas es precisamente superar la barrera de focalización<sup>28</sup>.

Otra variable para explicar del índice de Gini en los 105 países es la tarifa. En el análisis esta resultó ser significativa, en particular por tener un coeficiente de mayor magnitud que el de los impuestos indirectos. Contrario a lo esperado, el signo de este coeficiente fue negativo. Esto apuntaría a una coincidencia entre menores índices de Gini (y mejor distribución) y mayores tarifas a las del pago del IVA. Esta deducción no apoyaría la hipótesis planteada.

27 Coady. *Op. cit.* David Coady y Rebecca Harris. "Evaluating transfer programs within a general equilibrium framework". International Food Policy Research Institute Discussion Paper 110, 2004; Moller. *Op. cit.*

28 Fizbein y Schady. *Op. cit.*

Esta relación inesperada pondría en evidencia los problemas de focalización, que son de alguna forma inherentes a la tributación indirecta. Así, con menores niveles de desigualdad habría más espacio para recaudar, por medio de una tarifa mayor de los impuestos indirectos, puesto que los efectos adversos previsibles afectarían menos a los hogares de menores recursos. En todo caso, el nivel de las tarifas es un tema abierto a la discusión, así como su interacción con la distribución del ingreso, si se tiene en cuenta que hay un relativo vacío al respecto en la literatura

#### CONCLUSIONES

A modo de cierre, se verificará la hipótesis sobre la existencia de sustento estadístico que muestre la relación entre impuestos indirectos y su potencial efecto regresivo en la distribución del ingreso. A partir de la información recopilada, puede afirmarse, en primer lugar, que la participación de los impuestos indirectos en el recaudo total sí tiene incidencia en la forma en que el ingreso se distribuye. En este sentido, puede considerarse una variable de suma importancia, que puede ser un mecanismo para generar mayor equidad en la sociedad.

Los impuestos indirectos no son el mejor medio para redistribuir el ingreso. Incluso pueden ser un elemento que incida de forma negativa. No obstante, no se deben tener en cuenta sólo como un factor desfavorable. Como se ha expuesto en la revisión bibliográfica y en el análisis cuantitativo del problema, los impuestos indirectos han sido un instrumento de mayor provisión de gasto público. Además, los resultados de la muestra analizada presentan un efecto que no es lineal de los impuestos indirectos sobre el índice de Gini.

Con respecto a las tarifas, de los resultados de la investigación se deduce que es importante considerarlas en una política fiscal cuyo objetivo sea una mejor distribución del ingreso. Ante la ausencia de trabajos sobre el tema, sería interesante estudiar en detalle las tarifas y los mecanismos por los que se fijan, ya que los países de mejor distribución del ingreso resultaron ser aquellos con mayores tarifas. Por último, para recoger lo expuesto, se puede asegurar que los impuestos indirectos inciden en la distribución de forma tangible. No obstante, por no ser un efecto lineal y de muy pequeña magnitud, no puede sostenerse que mayores impuestos indirectos aumenten el índice de Gini, o al menos no dentro determinado intervalo de valores del porcentaje de impuestos indirectos sobre el recaudo total.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, Daron, Michael Golosov y Aleh Tsyvinski. “Political Economy of Mechanisms”. *Econometrica* 76, n.º 3, 2008.
- Atkinson, Anthony Barnes. “Optimal Taxation and the Direct versus Indirect Tax Controversy”. *The Canadian Journal of Economics* 10, 1977.
- Auerbach, Alan. “The choice between income and consumption taxes: a primer”. NBER Working Paper 12307, 2006.
- Banco Mundial. *Conditional Cash Transfers-Country Overviews & Project Info*, 2011. Consultado el 10 de septiembre del 2013 en <http://goo.gl/hfNV2v>.
- Beramendi, Pablo y David Rueda. “Social Democracy Constrained: Indirect Taxation in Industrialized Democracies”. *British Journal of Political Science* 10, 2007.
- Bird, Richard y Pierre Pascal Gendron. *The VAT in developing and transitional countries*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- Bird, Richard. “Value added taxes in developing and transitional countries: lessons and questions”. Working paper 05-05, 2005.
- Clavijo, Sergio. “Tributación, equidad y eficiencia: guía para salir de un sistema tributario amalgamado”. *Borradores de Economía* 325, 2005.
- Coady, David y Rebecca Harris. “Evaluating transfer programs within a general equilibrium framework”. International Food Policy Research Institute Discussion Paper 110, 2004.
- Coady, David. “Indirect Tax and Public Pricing Reforms”. En *Analyzing the Distributional Impact of Reforms: A Practitioners’ Guide to Pension, Health, Labor Markets, Public Sector Downsizing, Taxation, Decentralization, and Macroeconomic Modeling*. Washington: World Bank Publications, 2009.
- Comisión Europea. *Macroeconomic effects of a shift from direct to indirect taxation: a simulation for 15 EU member States*. Comisión Europea, 2006. Consultado el 2 de octubre del 2012 en <http://www.oecd.org/tax/taxpolicyanalysis/39494151.pdf>.
- Cullis, John y Philip Jones. *Public finance and public choice*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

- Fergusson, Leopoldo y Gustavo Suárez. *Política fiscal: un enfoque de tributación óptima*. Bogotá: Cede, 2010.
- Fizbein, Ariel y Norbert Schady. *Conditional cash transfers: Reducing present and future*. Washington: World Bank, 2009.
- Goñy, Edwin, Humberto López y Luis Servén. “Fiscal Redistribution and Income Inequality in Latin America”. World Bank Policy Research Working Paper 4487, 2008.
- Jansen, Arnold. “Do tax structures affect aggregate economic growth? Empirical evidence from a panel of OECD countries”. OECD Economics Department Working Paper 51, 2008.
- Jaramillo, Christian y Jorge Tovar. *El impacto del impuesto de valor agregado sobre el gasto en Colombia*. Bogotá: Cede, 2007.
- Jaramillo, Christian y Jorge Tovar. *Incidencia del impuesto de valor agregado sobre los precios en Colombia*. Bogotá: Cede, 2007.
- KPMG. *Corporate & Indirect Tax Survey*, 2011. Consultado el 14 de septiembre del 2012 en <http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/corporate-and-indirect-tax-rate-survey-2011.pdf>.
- Lejeune, Ine, Jeanine Daou-Azzi y Mark Powell. 2009. “The balance has shifted to consumption taxes - Lessons learned and best practices for VAT”. En *Value Added Tax and Direct Taxation: similarities and differences*. Amsterdam: IBFD, 2009.
- Mayshar, Joram. “Dalton-Improving Indirect Tax Reform”. *The American Economic Review* 85, 1995.
- McGee, Robert. *Taxation and Public Finance in Transition*. New York: Springer, 2008.
- McGee, Robert. “Comparative study of indirect taxes in transition economies and the European Union”. En *Taxation and Public Finance in Transition Economies*. New York: Springer, 2008.
- Milanovic, Branko. “Global Inequality by the Numbers: In History and Now - An Overview”. World Bank Policy Research Working Paper 6259, 2005.

- Moller, Lars Christian. “Fiscal Policy in Colombia: Tapping Its Potential for a More Equitable Society”. The World Bank: Latin America and the Caribbean Region Poverty Reduction and Economic Management Unit, Policy Research Working Paper 6092, 2012.
- Myles, Gareth. “Economic Growth and the Role of Taxation-Aggregate Data”. OECD Economics Department Working Paper 714, 2009.
- Perry, Guillermo. “Hacia una reforma tributaria estructural”. Fedesarrollo, 2010. Consultado el 14 de septiembre del 2012 en <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/08/impnalperry.pdf>.
- Perry, Guillermo. “Mitos Tributarios”. *El Tiempo*. 26 de mayo del 2012.
- Rhee, Tae-kwhan. *Macroeconomic Effects of Progressive Taxation. The American Economic Association*, 2012. Consultado el 19 de Septiembre del 2013 en <http://goo.gl/EgDDNG>.
- Saez, Emmanuel. “Direct or indirect tax instruments for redistribution: short-run versus long-run”. *Journal of Public Economics* 88, 2005.
- Sala-i-Martin, Xavier y Maxim Pinkovskiy. “Parametric Estimations of the World Distribution of Income”. NBER Working Paper 15433, 2009.
- Steiner, Roberto y Alex Cañas. *Tributación y equidad en Colombia*. Bogotá: Facultad de Economía de la Universidad de los Andes, documento Cede 24, 2013.
- Steiner, Roberto. “Consideraciones en torno a una reforma tributaria integral”. Focoeconómico, 2012. Consultado el 27 de febrero del 2012 en <http://focoeconomico.org/2012/02/21/consideraciones-en-torno-a-una-reforma-tributaria-integral/>.
- Stiglitz, Joseph y Shahe Emran. “On selective indirect tax reform in developing countries”. *Journal of Public Economics* 89. 2005.
- World Bank. 2013. *Inequality in Focus 2012: Taxes, Transfers, and Income Redistribution in Latin America*. Consultado el 27 de agosto del 2013 en <http://siteresources.worldbank.org/EXTPOVERTY/Resources/InequalityIn-FocusJuly2012FINAL.pdf>.



## EL ARANCEL O LA TASA JUDICIAL

MARÍA DEL SOCORRO RUEDA FONSECA\*

*No venderemos, denegaremos ni retrasaremos a nadie su derecho ni la justicia.*

*Carta Magna*

**Resumen:** Este texto trata de la protesta contra las tasas judiciales. En el análisis mostraré los argumentos en pro y en contra de la contribución parafiscal, creada para sufragar los gastos de funcionamiento y la inversión de la administración de justicia destinada a la modernización y la descongestión judicial. El tipo de normas que regulan el arancel judicial en Colombia son una fórmula utilizada por otros países para apalancar las crisis económicas de sostenimiento y de infraestructura de la administración de justicia.

**Palabras clave:** tasa judicial, arancel judicial, contribución parafiscal, actos sujetos de gravamen, *a protest against law taxes*, gastos de funcionamiento e inversión de la administración de justicia, aportes para la modernización y descongestión judicial, limitación, acceso a la justicia, sostenimiento del sector judicial, Ley 1394 del 2010, Ley 1653 del 2013 y el arancel judicial contribuye a disminuir la litigiosidad.

### INTRODUCCIÓN

A propósito de la Ley 1394, que regula el arancel judicial, y la declaración de inexecutable de la Ley 1653 del 2013, en este texto se hará un estudio de los efectos de las fórmulas de financiación de la administración de justicia, teniendo en cuenta los debates que han surgido en relación con este tributo. Las discusiones de Jeremy Bentham en el libro *A protest against law taxes*<sup>1</sup> serán el referente

\* Abogada graduada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Profesora asociada de esta universidad. Doctora en Derecho de la Universidad de Zaragoza, España. Desde 1990 ha enseñado las asignaturas Derecho Procesal Civil, Obligaciones I y II, Argumentación de Procesos Civiles y Constitucionales. Es investigadora. Entre sus obras colectivas se destacan *Derecho procesal civil* (Bogotá: Temis y Biblioteca Jurídica Uniandina, 2009) y el libro electrónico coordinado por ella *Hipertexto de derecho procesal* (Bogotá, 2008). También publicó *Fundamentos de derecho procesal* (Medellín: Señal, 2009) y *Reparación de perjuicios en el vínculo matrimonial* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011). Su trabajo más reciente es *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales* (Bogotá: Biblioteca Jurídica Uniandina y Temis, 2013), en el que es autora y codirectora.

1 Jeremy Bentham. *Una protesta contra las tasas judiciales*, traducido por Guadalupe Rubio de Urquía. Madrid: Thomson Reuters y Civitas, 2013, p. 60.

teórico. Este enfoque considera algunos de los inconvenientes de las tasas o los aranceles judiciales y las ventajas de introducirlos en un estado moderno. Estas ideas en pro y en contra enriquecen las motivaciones de aplicar o no la política de apertura amplia o restringida. Este movimiento contemporáneo que promueve el debate se ha dado en países opositores a la apertura, como Bolivia, que estimó eliminar las tasas con el argumento de que la justicia no se vende, y en otros países que han adecuado su legislación a los parámetros constitucionales, como España y Colombia. En Colombia, se ha pasado de una legislación restringida a una amplia. Pero, luego de reflexionar sobre los principios tributarios y el derecho a la igualdad, se ha vuelto a una legislación restringida, con posibilidades de expandirla a otras situaciones<sup>2</sup>.

La propuesta de las tasas en las reformas judiciales de varios países iberoamericanos (Chile, Argentina, Perú, España, Portugal, Uruguay) es una manifiesta fórmula legítima para captar recursos para el poder judicial. Según los críticos de las tasas, esto las convierte en una política legislativa impopular entre los usuarios de la justicia, sobre todo cuando se tienen en cuenta factores como el acceso a la justicia y el supuesto principio de gratuidad. En estos puntos los contradictores observan un contrasentido en dicha política, si se tiene en cuenta la connotación que tiene la justicia. Sin embargo, los reclamos constitucionales que se sustentan en la hipótesis de la gratuidad de la justicia son fácilmente vencidos en las cortes constitucionales. En cambio, cuando la defensa de las tasas y los aranceles se basa en teorías que los justifican con argumentos económicos, toma vuelo y respaldo el acceso a recursos que tienen como fin modernizar la justicia y apoyar el equilibrio entre la oferta y la demanda de la justicia. Incluso se apoyan las contribuciones dirigidas a la construcción de establecimientos carcelarios.

Una vez establecido el arancel o la tasa judicial, son motivo de reclamo constitucional las fórmulas utilizadas para fijar los montos que se deben cancelar, el momento en el que se debe liquidar el tributo y los procesos judiciales por los que se pagaría. Por ejemplo, en Colombia se han encontrado inconvenientes en la manera de establecer los criterios que miden la capacidad de pago. Esto

2 Luego de la declaración de inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley 1653 del 2013, el Congreso colombiano, en un acto legislativo de emergencia, determinó la creación de un grupo de normas para definir nuevas formas de financiamiento del sistema judicial. En consecuencia, se creó un impuesto de remate y adjudicaciones por un monto del 5 % sobre el valor final, el pago como sanción del 10 % a favor del Estado sobre el supuesto juramento estimatorio para quien no cumpla con los requisitos indicados en el artículo 214 del Código General del Proceso y se creó una contribución parafiscal especial arbitral del 2 % para los centros de arbitraje y los árbitros.

ha llevado a la declaración de la inexequibilidad de estas infructuosas iniciativas, por atentar contra el acceso a la justicia. En otros casos, se ha violado el derecho a la igualdad en el momento de liquidar los montos del arancel, pues en ocasiones es demasiado alto<sup>3</sup> o bajo para un mismo grupo de usuarios.

No cabe duda de que el legislador tiene un amplio poder de configuración legislativa, que escapa con frecuencia a los límites de la evaluación constitucional. Los argumentos a favor o en contra son los puntos de los que parte este trabajo. Ya que los análisis favorables o desfavorables expresan las dinámicas del pago o la negación del arancel o la tasa judicial, se justifica su estudio no sólo para comprenderlos, sino para explicar su uso en sistemas judiciales que demandan mayores ingresos para modernizar la justicia o para implementar una política que complemente lo que no alcanza a cubrirse con los impuestos en general.

Las tasas judiciales, o como se les ha llamado en Colombia *aranceles judiciales*, no son más que el cobro tributario que se les hace a los litigantes una vez concluido el proceso<sup>4</sup>. Este dinero forma parte de un recaudo sistemático y generalizado, y constituye un recurso económico que ayudará a sufragar los gastos de funcionamiento e inversión de la administración de justicia. No forman parte del arancel judicial las costas por vencimiento ni las multas generadas al interior del proceso, una vez este culmine por alguna causa.

Hay que aclarar que esta panorámica preliminar de la tasa o del arancel judicial permite no sólo considerar los argumentos positivos desde el campo económico, sino explicar —esta es la razón del escrito— la perspectiva teórica y crítica que introdujo Bentham. Con ello, se comprenderá y ampliará el foco justificativo de las leyes que implementan las tasas. Estudiar estas modernas formas de financiación, atendiendo a las proposiciones que expresó Bentham en la Ley de 1793 de la Cámara de los Comunes de Irlanda, es una forma conveniente de agrupar a los contradictores de las tasas o los aranceles judicial. El presente documento tiene la siguiente estructura. Para comenzar, se explicará brevemente en qué consiste la tasa o el arancel judicial, en qué países relevantes se ha impuesto y las razones que llevarán a introducirlos. Luego, se revisarán algunas de las peculiaridades sobresalientes del debate del tributo en el sistema procesal español y en el colombiano, considerando las posiciones positivas centradas en la eficiencia y

3 Juan Enrique Vargas Viancos. *Financiamiento privado de la justicia: las tasas judiciales*. Informe Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Consultado el 20 agosto del 2013 en <http://cejamericas.org/index.php/es/areas-de-trabajo/gestion-institucional/financiamiento-y-presupuesto-de-la-justicia/productos/informes-de-financiamiento>.

4 Hay otros hechos generadores del arancel judicial previstos en el artículo 3 de la Ley 1394 del 2010.

las negativas que abogan por la denegación del acceso a la justicia. Para finalizar, se analizará la tesis negativa propuesta por Bentham, que sin duda es la solución menos acogida por los progresistas económicos.

#### I. ASPECTOS GENERALES DEL ARANCEL O LA TASA JUDICIAL

Como se ha mencionado, en varios países latinoamericanos, según la preocupación política en cada uno de ellos, desde la década de los noventa, se ha propuesto la tasa judicial con finalidades distintas. En unos estados es un mecanismo recaudatorio, como aparenta ser el caso colombiano. En otros tiene por finalidad desincentivar cierto tipo de litigios<sup>5</sup>. En España, la tasa judicial no es un mecanismo ajeno ni desconocido. Allí se eliminó en 1986 por la Ley 25 de 1986. Luego se introdujo en el 2002<sup>6</sup> y, diez años después, en el 2012, se reintrodujo con una orientación diferente. En España, este tipo de tributo impopular consiste en una suma de dinero que se paga antes o se genera por actuaciones judiciales como la presentación de recursos o incidentes. En Colombia, se paga al finalizar el proceso y luego de la fase de la adjudicación en el proceso ejecutivo. Con la tasa, se paga por un servicio público individualizado. Además, tiene por finalidad financiar la justicia<sup>7</sup>, como ha pasado en varios países de la Unión Europea<sup>8</sup>.

5 *Ibidem*.

6 Sobre las diferentes leyes que han impuesto aranceles antes del año de 1986 en España, véase Elisabet Cerrato Guri. “La tasa judicial: algunos problemas prácticos”. *Revista de Derecho Procesal*, n.º 3-4, 2005, pp. 163-178; Helen Glover. “Tasas judiciales. Fórmula recaudatoria destinada a sufragar parcialmente el coste de los procesos judiciales”. En *Usos e instrumentos jurídicos*, 2003. Consultado el 11 septiembre del 2013 en [http://procuradores-alicante.com/tasas\\_judiciales\\_hta.pdf](http://procuradores-alicante.com/tasas_judiciales_hta.pdf).

7 No es extraño que desde sus orígenes la justicia española se financie con aranceles judiciales y con desfallecientes presupuestos asignados.

8 Véase *European Commission for the Efficiency Systems*, 2008, p. 58. En Europa, parte de las medidas para mejorar el acceso a la justicia son las tasas judiciales y el asesoramiento previo de los individuos que requieran asistencia jurídica. Muchas veces los problemas se resuelven allí y en la resolución de conflictos. La Corte Europea de Derechos Humanos fue el ente que determinó poner en marcha estos derechos de asistencia en todos los órdenes judiciales. Gran parte de los países europeos enfoca su asistencia jurídica en el derecho penal más que en el civil. No obstante, todos los estados miembros proporcionan asistencia jurídica tanto en el derecho penal como en el civil. Quienes dirigen su asistencia más al derecho penal son los estados del centro y del este de Europa (Rumania, Letonia, Bulgaria, Federación de Rusia, Turquía, República Checa). En el norte de Europa se presta una asistencia más equilibrada (Reino Unido-Inglaterra y Gales, Islandia, Dinamarca, Noruega y Albania). La asistencia es menos equilibrada en Alemania, Francia, Suiza y los Países Bajos. Véase Fausto De Santis. “Evaluation Report on European Judicial Systems. European Judicial Systems. Chapter 3 Access to justice”. *Studies*, n.º 12, 2010. Consultado el 12 septiembre del 2013 en <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/>. Cabe aclarar que la asistencia jurídica no es sólo en el proceso judicial. También se refiere a costos estructurales de asistencia a los usuarios de la administración de justicia y de los métodos alternativos de solución de conflictos para apoyar la prevención de litigios.

La diferencia entre tasa y arancel judicial tiene implicaciones importantes<sup>9</sup>. Pero este no es el objeto de estudio de este análisis, que es propio del resorte tributario. Sin embargo, se retendrá esta idea: el *arancel* se refiere a una tarifa oficial que se paga por unos derechos generados por procedimientos a la administración de justicia, en específico para el proceso judicial, los incidentes y los recursos. Se le ha denominado *arancel* en Colombia a la contribución parafiscal que se paga por acceder a la justicia, para financiar la infraestructura y modernizar los estamentos pertenecientes a los órdenes jurisdiccionales. Sobre todo tiene como objetivo las reformas de los códigos procesales con énfasis en la escritura y la oralidad. En cambio, en Europa ha servido para fortalecer la asistencia jurídica gratuita. Por otra parte, con respecto a un arancel o a una tasa, el pago de la valorización de un bien raíz es un típico ejemplo de contribución parafiscal que se paga por los predios ubicados en las ciudades y las zonas rurales, mientras que en el caso de la tasa judicial por un servicio público prestado no se paga si no hay resultado.

Desde el punto de vista político, estos tributos se han utilizado como una propuesta financiera de acompañamiento gubernamental. En España, la llegada del Partido Popular al poder en el año 2002, la Ley 53 del 30 de diciembre del

9 En una de las demandas acumuladas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de marzo 19 del 2014, magistrado ponente María Victoria Calle Correa, para decidir la inexecutable de la Ley 1653 del 2013, se planteó que lo contemplado en dicha ley se parecía más a una tasa que a una contribución parafiscal. El alto tribunal no tuvo en cuenta la posición del Instituto Colombiano de Derecho Tributario (ICDT): “[...] El ICDT sostiene en su concepto que la Ley 1653 de 2013 debe declararse inexecutable. En su criterio, la naturaleza jurídica del arancel establecido en esta ley se ajusta más a las características de una tasa que de una contribución parafiscal. Sin desconocer que la Corte ha clasificado el arancel en anteriores ocasiones como una contribución parafiscal, el Instituto afirma que en especial la configuración actualmente vigente del arancel se parece más a la de una tasa. Primero, no grava a un sector económico o social, como lo hacen las contribuciones parafiscales, sino por regla general a todos los que presenten pretensiones dinerarias o realicen las actuaciones que dan lugar a ello, previstas en la ley. Segundo, se origina en la realización de una actividad pública y de interés general, y la actividad sólo se lleva a cabo por la solicitud del contribuyente. Tercero, si bien la actividad por la cual se paga el arancel corresponde a una función pública en cierto sentido indispensable para el contribuyente, eso —según el ICDT— en nada desvirtúa su naturaleza de tasa [...], pues las tasas pueden tener origen en funciones públicas, en la prestación de servicios públicos o en el uso de bienes de dominio público. [...] Nada se opone a que se cobre una tasa por el desarrollo de una función pública que sea indispensable para el contribuyente”. La Corte Constitucional, conforme a la Sentencia C-040 de 1993, magistrado ponente Ciro Angarita Barón, y la Sentencia C-402 del 2010, magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva, concluyó que el arancel judicial regulado en la Ley 1653 del 2013 no es una tasa judicial, porque “[...] no es, para empezar, un impuesto. No se cobra a una generalidad o universalidad de contribuyentes indiscriminadamente, como acontece con los impuestos, sino sólo a un sector de usuarios de la administración de justicia, y eso sólo ocurre en determinados procesos y bajo ciertas condiciones. El arancel judicial tiene destinación específica a la administración de justicia, a diferencia de lo que sucede con los impuestos nacionales, que no pueden, por regla general, tener una destinación de esa índole (C. P. art. 359). Finalmente el recaudo del arancel no se incorpora sino al Fondo para la modernización, fortalecimiento (descongestión) y bienestar de la administración de justicia, y no —como los recaudos de impuestos— a las arcas generales, como ingresos corrientes de la Nación”.

2002 y, por su parte, las corrientes neoliberales y de derecha en Colombia en el Ministerio de Justicia entre el 2009 y el 2014 propiciaron que ambos países de inclinaran por las tasas. En principio, la legislación colombiana pensó que esta era una de las fórmulas para recuperar las finanzas de la administración de justicia, sobre todo mediante los recursos provenientes de todos los procesos ejecutivos civiles, comerciales y contencioso administrativos, cuando el monto de las pretensiones se estimaba en una cifra igual o superior a doscientos salarios mínimos legales vigentes. En Colombia, lo que generó la contribución para-fiscal se expandió de momento a un grupo generalizado de procesos, hasta la inexequibilidad de la Ley 1653 del 2013, formulada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de marzo 19 del 2014<sup>10</sup>. Igual sucedió en España, pero un elemento distinto produjo su expansión a una masiva cantidad de procesos: se logró una de mayor cobertura, mediante la Ley 10 del 20 de noviembre del 2012, y se logró su constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, con la Sentencia 20 de 16 de febrero del 2012.

Si se mira la legislación española y la colombiana, se encuentra que en su primera fase la tasa o el arancel judicial se pensó como un recaudo proveniente más de los bancos, las compañías aseguradoras y de aquellas empresas con un importante capital social que acuden de forma masiva y reiterada al sistema judicial, es decir, los litigantes funcionales e instrumentales<sup>11</sup>. Su finalidad era que estos sostuvieran parcialmente a la administración de justicia. Pero esta forma de tributo no cumplió su objetivo y se consolidó una segunda etapa de recaudo, para reactivar su expansión a todos los posibles sujetos demandantes del sistema judicial, sólo con algunas excepciones. En consecuencia, los contradictores del tributo protestaron porque se obstaculizaba el acceso a la justicia. En Colombia, la sociedad civil presentó varias demandas de inconstitucionalidad de la Ley 1653 del 2013, que era más ambiciosa que la Ley 1394 del 2010. De esta manera, se comprobó que la política expansiva del arancel violaba la Constitución Política. La Corte Constitucional en ejercicio de las demandas presentadas detectó a tiempo la inexequibilidad de la ley que ampliaba la cobertura de los sujetos obligados al pago del arancel judicial, y quedó vigente la Ley 1394 del 2010, más restrictiva y poco ambiciosa. En España, esta segunda fase se dio en el año

10 De las causas de inexequibilidad presentadas a la Corte Constitucional prosperó la relacionada con el sacrificio de los principios de equidad y progresividad tributaria que implicaba el arancel. La ley demandada no cumplía con las proyecciones de la equidad horizontal y vertical. También quedó en claro que la ley expresaba una regresividad manifiesta y un sentido confiscatorio que creaba una barrera para quienes tienen menores ingresos económicos.

11 Mauricio Rubio. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 643.

2012, cuando se amplió la cobertura del hecho generador para la tasa judicial; empero su ley no fue declarada inexecutable, a pesar del descontento alegado en el Tribunal Constitucional.

### **A. Asuntos y procesos sobre los cuales recae**

La tasa judicial cabe en cualquier orden jurisdiccional<sup>12</sup>. En las legislaciones española y colombiana se utiliza en los órdenes jurisdiccional civil y contencioso administrativo, y en el social laboral sólo en España. Se exceptúan en ambos el orden penal y unos procesos judiciales que lograron su excepcionalidad. En concreto, en Colombia, no se aplica el arancel a la jurisdicción de familia ni a la penal.

En otros países el divorcio, por ejemplo, no está exento, como en Estados Unidos. En Paraguay, este proceso se encuentra sujeto a la tasa judicial. Argentina, Puerto Rico, Uruguay y Brasil también tienen contempladas las tasas judiciales específicamente para los asuntos civiles y comerciales. Hay casos más extremos como Bolivia, cuando procedía<sup>13</sup>, Paraguay<sup>14</sup> y Quebec, en los cuales se gravan todos los órdenes jurisdiccionales.

### **B. Los actos y trámites sujetos al gravamen**

La modalidad del trámite y las pretensiones en el proceso civil determinan el monto de la tasa o el arancel judicial. Este se puede cobrar en una sola oportunidad, antes de iniciar el proceso o al final. Esto depende de cuando se genere el hecho recaudador en la legislación que lo promueve. En España, quienes acceden a la justicia pagan el monto antes de proferirse el auto admisorio o en la demanda inicial, so pena de cualquier sanción de índole procesal. En Colombia, hasta ahora para los recursos no se concibe el pago de un arancel judicial, mientras que en la legislación española se prevé el pago de una tasa adicional para los recursos, para quienes pretenden recurrir a cualquier providencia judicial. El arancel también se puede aplicar a trámites o incidentes, como el desembargo de bienes o el llamamiento en garantía. Qué actos o hechos generadores de la tasa o el arancel están sujetos a pago depende de cada país. En Colombia y en

12 A fin de estudiar las tasas judiciales y exponer la crítica de Jeremy Bentham, utilizaré la misma metodología y la forma en que se escribió el estudio de Juan Enrique Vargas Viancos *Financiamiento privado de la justicia: las tasas judiciales. Informe Centro de Estudios de Justicia de las Américas*.

13 Esta legislación que fue derogada se señaló como ejemplo.

14 Las tasas judiciales se han recaudado para la construcción y el mejoramiento de la infraestructura penitenciaria. También para el equipamiento y la construcción de nuevos edificios sedes del poder judicial, e incluso para financiar las indemnizaciones que adeude el Estado paraguayo por error judicial. Véase la Ley 669 de 1995, que modificó los gravámenes específicos establecidos de la Ley 284 de 1971. También véase la Ley 1273 de 1998, que distribuye el destino del producido de las tasas judiciales.

España no se ha demostrado que el pago corresponda al costo del litigio, sino a una fórmula de cálculo para recaudar una cifra puntual anual para financiar la justicia. Son cálculos objetivos sobre cifras indiscriminadas.

### C. Sujeto obligado al pago

El sujeto que está obligado al pago por regla general es el demandante y el reconveniente, es decir, el sujeto activo del proceso, o quien requiera del servicio de justicia por cualquier razón<sup>15</sup>. En general, se excluyen aquellas personas beneficiadas por el servicio de la justicia gratuita o de amparo de pobreza, como en Argentina<sup>16</sup>, Bolivia<sup>17</sup>, Colombia<sup>18</sup>, España<sup>19</sup>, Estados Unidos y Perú<sup>20</sup>.

Mediante factores objetivos y subjetivos se ha determinado un grupo de condiciones justificantes para excluir del pago de la tasa o el arancel en Colombia, en España, Argentina y Paraguay. Así, un grupo de sujetos y procesos están exentos del pago: un grupo de procesos con connotación social, importantes dada la política de cada país, ha sido excluido y, por factores subjetivos, algunos sujetos gozan de exenciones. En España, antes de la reforma del 2012 se excluían del pago de las tasas a las personas físicas y a las entidades sin ánimo de lucro. La idea de los españoles era que pagaran más las grandes empresas y que se excluyeran a las personas naturales. Sin embargo, este punto cambió con la reforma

- 15 Conclusión que surge del estudio de tasas judiciales de la Universidad de Diego Portales *Tasas judiciales en la experiencia comparada*. Resumen ejecutivo. Santiago de Chile, 2012.
- 16 “Tasas a las que estarán sujetas todas las actuaciones judiciales que tramiten ante los tribunales nacionales con asiento en las provincias. Artículo 13. Estarán exentas del pago de la tasa de justicia las siguientes personas y actuaciones: a) Las personas que actúen con beneficio de litigar sin gastos. El trámite tendiente a obtener el beneficio también estará exento de tributar. Será parte en dicho trámite el representante del fisco de la Dirección General Impositiva. Si la resolución sobre el beneficio fuere denegatoria, se pagará la tasa de justicia correspondiente al juicio luego de dictarse esa resolución. Recaída la sentencia definitiva en el juicio, la parte que no gozare del beneficio, si resultare vencida con imposición de costas, deberá abonar la tasa de justicia calculada a valores actualizados al momento de su ingreso [...]” (Congreso de la Nación de Argentina. Ley 23 898 del 29 septiembre de 1990). Consultado el 20 agosto del 2013 en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/298/texact.htm>.
- 17 Aunque Bolivia derogó la ley relacionada con la tasa judicial en el año 2010, es importante resaltar que la Ley 1817 del 22 de diciembre de 1997 y los acuerdos 28 del 2004 y 141 del 2003 preveían dichos pagos para todos los procedimientos en las altas cortes, el Consejo de la Judicatura, los tribunales y juzgados. Consultado el 20 de agosto del 2013 en <http://suprema.poderjudicial.gov.bo/Leyes%20y%20Reglamentos/Reglamentos%20Internos.pdf>.
- 18 El amparo de pobreza en Colombia se basa en pautas y reglas de la década del setenta. El Código General del Proceso siguió con estos postulados de apadrinamiento judicial, enfocado en la exoneración de costas y el nombramiento de abogados de oficio. En este sentido, se distancia de las tendencias europeas. Puede deducirse que es mayor el apoyo de asistencia jurídica y preventiva en el derecho penal que en los demás derechos.
- 19 El artículo 4 de la Ley 10 del 20 de noviembre del 2012 define las exenciones de la tasa, desde el punto de vista subjetivo, para las personas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, si acreditan los requisitos para ello, según la normativa reguladora.
- 20 Están exentos del pago del arancel quienes estén beneficiados del amparo de pobreza. Esto está previsto en la Constitución Política de Perú.

del 2012, en la que se incluyó en el artículo 4.º a más personas, entre ellas a las personas físicas. Aunque este régimen tiene un extenso número de casos, sigue siendo más amplio el número de sujetos obligados al pago. En Colombia, están exentos del arancel judicial los demandantes que tengan un amparo de pobreza o las personas de los niveles del Sisben 1 y 2.

En Colombia, el inexecutable artículo 5.º de la Ley 1653 del 2013 determinó unas excepciones al pago del arancel judicial. Es curioso que en una larga lista de excepciones estuvieran los procedimientos arbitrales. La política que define la institucionalidad del arancel judicial deja por fuera el arbitraje por ser un mecanismo de resolución de conflictos. Sin embargo, los artículos 16 al 23 de la Ley 1743 del 2014 contemplan una contribución especial que pretende gravar los montos recibidos por los centros de arbitraje y por los árbitros en los procesos. El hecho generador se consolidaría cuando se paguen los gastos fijados en cada proceso, y para los árbitros, cuando se profiera el laudo que ponga fin al proceso.

Durante la corta vigencia de la Ley 1653 del 2013, declarada inexecutable, las personas naturales que no estaban obligadas a pagar renta no pagaban arancel judicial. Este método, que parecía equitativo, quedó fuera de la legislación, porque el pago resultaba ser un sacrificio al principio de equidad y regresivo en términos tributarios<sup>21</sup>; afectaba la equidad “[...] porque el valor o monto a pagar por concepto de arancel no se determina con arreglo a criterios que consulten la capacidad de pago, y por lo mismo la cuantía de la detracción podría incluso ser superior a la capacidad de pago del contribuyente”<sup>22</sup>. Era un gravamen regresivo, porque podía generar un escenario confiscatorio<sup>23</sup>. Por último, dicho arancel

21 “Regresividad manifiesta del arancel de la Ley 1653 de 2013. El principio de progresividad tributaria complementa las exigencias de la equidad horizontal, dentro del sistema tributario, con las de equidad vertical. Mientras la equidad horizontal prescribe que personas con capacidad económica equiparable, o que se hallen bajo una situación fáctica similar, contribuyan de igual manera al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (C. P., art. 95-9), la equidad vertical demanda que las personas con más capacidad económica contribuyan en mayor proporción, para que el sacrificio fiscal sea similar incluso entre sujetos con capacidades de pago desiguales (74). Por lo mismo, la Corte ha señalado que la Constitución exige gravar ‘en mayor proporción a quienes tienen mayor capacidad contributiva —equidad vertical—, a fin de que, a la postre, todos acaben haciendo un igual sacrificio de cara a sus capacidades’ (75). El principio de progresividad está referido en la Constitución expresamente al ‘sistema tributario’. No obstante, según la jurisprudencia, esto no hace inviable controlar la constitucionalidad de un tributo o de alguno de sus elementos particulares a la luz del principio de progresividad. Lo que implica es que el juicio de progresividad sobre un tributo consiste, no en establecer si individualmente se compecede con el principio de progresividad, sino en determinar si el tributo o elemento ‘podría aportar al sistema una dosis de manifiesta [...] regresividad.’” (Corte Constitucional. Sentencia C-169 del 19 de marzo del 2014)

22 *Ibidem.*

23 *Ibidem.*

podía convertirse “[...] en una exacción desigual para sujetos con la misma capacidad de pago”<sup>24</sup>.

#### **D. Cuánto se grava y su base imponible**

Veremos las pautas establecidas en las leyes de tasas de Argentina, España y Colombia. Estos estatutos tienen en común que tienen una suma imponible según distintos montos. Difieren en las reglas porcentuales, los tipos de procesos y las pretensiones susceptibles de la operación de cálculo. A continuación se presentarán los elementos más importantes en cada uno de estos tres países.

##### *1. Argentina*

Es susceptible de pagar la tasa judicial cualquier pretensión apreciable desde el punto de vista pecuniario, como la reclamación de sumas de dinero o la entrega de bienes muebles e inmuebles que pueden tener una valuación económica. También los trámites de las quiebras, los concursos en caso de liquidación administrativa, las reinscripciones de hipotecas y de prendas, los juicios sucesorios, las tercerías de dominio, en fin, cualquier derecho susceptible de apreciación pecuniaria es objeto de pago. Si se reclaman sumas de dinero siempre se tendrán en cuenta el monto del capital, los intereses, las multas y los intereses objeto del proceso, hasta antes de la presentación de la demanda. Para los anteriores casos, habrá una tasa plena del 3 % sobre cualquier supuesto que pueda tener una apreciación pecuniaria. Esta tasa se determina en el artículo 2.º de la Ley 23 898 del 29 de noviembre de 1990. En el artículo 4.º de la ley 23 898 del 29 de noviembre de 1990, esta tasa se reduce en un 50 % para un grupo de asuntos, entre ellos los juicios de medida y deslinde, los juicios sucesorios, algunos juicios voluntarios, los procedimientos de reinscripciones de hipotecas y de prendas. Para montos demandados indeterminables, se paga una cifra fija de 250 000 australes, que será actualizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

##### *2. España*

Para determinar el valor de la base imponible de pretensiones, debe ajustarse al tipo de proceso y a la cuantía, teniendo en cuenta una tabla variable o el recurso solicitado. Para ello, la base se ajustará a las pautas de fijación de la competencia objetiva prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000. Si las pretensiones demandadas son indeterminadas o es imposible su determinación, se valorarán en dieciocho mil euros. En los supuestos de acumulación de acciones o en

24 *Ibidem*.

los casos en que se reclamen distintas pretensiones en una misma demanda, reconvencción o interposición de recurso, la tasa se calculará a partir de la suma de las cuantías correspondientes a las pretensiones ejercitadas o a las distintas acciones acumuladas. Los procesos acumulados en los que se haya pagado la tasa judicial son causas de devolución del arancel.

Para aclarar qué se paga en España, habrá una cuota fija tributaria establecida en el artículo 7.º de la Ley 10 del 21 noviembre del 2012:

#### Artículo 7. Determinación de la cuota tributaria.

1. Sin perjuicio de su modificación en la forma prevista en el artículo 8, será exigible la cantidad fija que, en función de cada clase de proceso, se determina en la siguiente tabla:

En el orden jurisdiccional civil:

Verbal y cambiario	Ordinario	Monitorio, monitorio europeo y demanda incidental en el proceso concursal	Ejecución extrajudicial y oposición a la ejecución de títulos judiciales	Concurso necesario	Apelación	Casación y extraordinario por infracción procesal
150 €	300 €	100 €	200 €	200 €	800 €	1200 €

Cuando después de la oposición del deudor en un monitorio se siga un proceso ordinario se descontará de la tasa la cantidad ya abonada en el proceso monitorio

En el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

Abreviado	Ordinario	Apelación	Casación
200 €	350 €	800 €	1200 €

En el orden social:

Suplicación	Casación
500 €	750 €

2. Además, se satisfará la cantidad que resulte de aplicar a la base imponible determinada con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior el tipo de gravamen que corresponda, según la siguiente escala:

De	A	Tipo - %	Máximo variable
0	1 000 000 € Resto	0,5 0,25	10 000 €

Como se observa, hay una cifra fija según el procedimiento o el recurso que se pretenda presentar o interponer. Además de esa cifra, se satisfará una cantidad de dinero determinable según la escala de las pretensiones objeto de la demanda y con la que se determinó la competencia inicial. La escala irá de 0 € a 1 000 000 € y se pagará un 0,5 %. Si sobrepasa los 1 000 000 €, el porcentaje será de 0,25 %. De cualquier manera, habrá un máximo variable de 10 000 €, es decir, la máxima tasa judicial será 10 000 €.

### 3. Colombia

Con la inexequibilidad de la Ley 1653 del 2013 revivió la derogada Ley 1394 del 2010 sobre el arancel judicial. Esto implica que hay un hecho generador del arancel judicial en todos los procesos ejecutivos civiles, comerciales y contencioso administrativos cuando el monto de las pretensiones sea igual o superior a doscientos salarios mínimos legales mensuales. También habrá arancel judicial en tres situaciones adicionales: por el cumplimiento de lo acordado por las partes en una transacción o conciliación que termine de manera anticipada un proceso ejecutivo, por el cumplimiento de una condena impuesta en un laudo arbitral si hay reconocimiento o refrendación y por el cumplimiento de obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo de cualquier naturaleza.

En Colombia, a diferencia de España y Argentina, no se tiene prevista cifra alguna para casos de montos indeterminados; no debe olvidarse que la Ley 1394 del 2010 no tiene en cuenta las pretensiones indeterminadas, dado que el régimen recae sobre procesos ejecutivos. La Ley 1394 del 2010, que rige sólo el proceso ejecutivo, determina que dicho arancel es del 2 % de la base gravable y se puede reducir a la mitad en los casos de terminación anticipada de procesos ejecutivos.

Aunque las leyes revisadas han ampliado la base gravable, dependiendo de cada país, preocupa que dejan por fuera algunos procesos y sujetos. Se concluye, entonces, que las normas procesales ayudan a delinear el sistema económico en el cual se mueve una sociedad<sup>25</sup>.

### E. Destino de la tasa y el arancel

En América Latina, las tasas judiciales se han destinado a cualquier requerimiento del sistema judicial, como en Puerto Rico, a inversiones del sistema de

25 Germán Coloma. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 2001, p. 18.

justicia, como en Perú, al financiamiento de recintos carcelarios, en Brasil, y al mejoramiento de la infraestructura judicial, que comprende la reparación, la ampliación de las locaciones o la compra de bienes muebles, en Argentina.

En Colombia, las tasas judiciales tienen un fin concreto: sufragar los gastos de inversión de la administración de justicia, en especial en lo relacionado con la descongestión de los despachos judiciales y la implementación del sistema oral a nivel nacional. Además, tienen un destino específico o prioritario, que es la implementación de estatutos procesales sancionados hace poco: el Código General del Proceso, el Código Contencioso Administrativo, el Código de Procedimiento Penal. También lo recaudado se destinará a la creación de los juzgados de extinción de dominio, ordenada en el artículo 215 de la Ley 1708 del 2014, y a la promoción y utilización de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en el orden nacional y territorial.

#### **F. Relaciones con la gratuidad**

El acceso gratuito a la justicia sólo se aplica a aquellas causas en las que se ha considerado una asistencia jurídica sin costo y sujeta al amparo de pobreza<sup>26</sup>. Los artículos 1.º del Código de Procedimiento Civil y 1.º del Código General del Proceso y el artículo 6.º de la Ley 270 de 1996, modificado por la Ley 1285 del 2010, determinan que el servicio de la justicia civil que presta el Estado es gratuito, con excepción de las expensas señaladas en el arancel judicial para determinados actos de secretaría. Las partes tendrán que sufragar los gastos de la actividad que realicen, sin perjuicio de lo que sobre costas se resuelva en la sentencia. En general, la reglamentación de los artículos 29, 228 y 229 de la Constitución Política no prevé la gratuidad de la justicia, pero sí el acceso a esta. Advierte, además, que la justicia será gratuita, salvo algunos casos en los que habrá gastos del proceso y habrá un arancel para determinados actos de secretaría que no son jurisdiccionales. La Corte Constitucional<sup>27</sup> y la Constitución de 1991 no contemplan de manera expresa la gratuidad de la justicia. Sólo impera el derecho a la tutela judicial, que no excluye que esta sea costeadada. En efecto, desde una óptica restrictiva, la tutela efectiva expresa el absoluto de la gratuidad

26 Hay otras exclusiones, como aquellos sujetos que logren mayor *lobby* en la elaboración de las leyes. ¿Cómo explicar que las causas arbitrales que requieren de su fortalecimiento y demandan gastos de infraestructura se hayan excluido, por ejemplo, de la Ley 1653 del 2013? Cabe aclarar que la pregunta anterior también fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, dado el desconocimiento de los principios constitucionales, en específico tributarios de legalidad, progresividad, equidad y justicia de los tributos.

27 Corte Constitucional. Sentencia C-368 del 11 de mayo del 2011. Exp. D-8245. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de la justicia. No se impone otro punto de vista, el de la lucha del derecho y la seguridad y la búsqueda de la ley para la protección de cualquier individuo, lo que no impide que se demande cuando se quiera, por pequeño que sea el daño.

No es un absoluto la regla de la gratuidad de la justicia. El acceso a la justicia no se mide por su gratuidad. No se imparte justicia gratis. Por ello afloran pugnas al interpretar las relaciones entre derecho y economía, y surgen discrepancias entre las fórmulas de sostenimiento de la administración de justicia y el concepto de la gratuidad. En el caso español, el Tribunal Constitucional ha determinado la constitucionalidad de las tasas. Reconoce la viabilidad del modelo y determina que quienes más se beneficien de la justicia paguen los costes de la administración. Con esto se pretende racionalizar el ejercicio del derecho de acceder a la justicia por vía del aparato jurisdiccional y añadir mayores recursos para financiar el sistema judicial y la asistencia jurídica gratuita.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional español afirmó que

No se han suscitado dudas en este proceso acerca de la legitimidad de los fines que persigue la tasa, en cuanto se dirige a financiar el servicio público de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos. Conviene precisar ese aserto, en el que coinciden el Fiscal General del Estado y el Abogado del Estado<sup>28</sup>.

De esto se concluye que la justicia no es gratis, como se había mencionado. Se justifica el pago de las tasas o del arancel con el argumento de que los justiciables cuando accedan al sistema deben abonar sus gastos, pues la instauración de una demanda tiene un impacto económico.

Los pagos de los gastos de la justicia provienen de impuestos, de la financiación de la banca externa o de los préstamos multilaterales. Estos recursos están agotados y sobreejecutados o, en el peor de los casos, desmantelados por las diferentes formas de corrupción de los funcionarios del Estado. Con el modelo de tasas se pretende, por un lado, que los usuarios directos sostengan una proporción de la justicia, y el por otro, que perdure y continúe el tributo proveniente de impuestos de todos los ciudadanos que contribuyen al fisco. La justicia se sostiene con impuestos de sujetos que jamás han demandado o

28 Tribunal Constitucional de España (Pleno). Sentencia 20 del 16 febrero del 2012. “Cuestión de inconstitucionalidad 647-2004”. BOE n.º 61, 2012, pp. 72-88. Consultado el 13 septiembre del 2013 en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3535](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-3535).

han sido demandantes. Estos sujetos han contribuido por años tanto al sostenimiento como a los fines de la justicia, aunque nunca se hayan beneficiado de manera directa. Es evidente que con las tasas y los aranceles se quiere que el individuo considerado de manera especial y única contribuya o financie parte de los gastos que demanda su acceso a la justicia. Es una especie de peaje general para estos ciudadanos. Surgen, entonces, dos preguntas: ¿a cuánto ascienden los gastos del sistema de justicia? y ¿qué porcentaje aportará el contribuyente directo e impersonal en este nuevo modelo?

Hasta aquí los lectores han hecho un recorrido para comprender en qué consisten las tasas o los aranceles judicial y para qué objetivos públicos se han establecido. Es el momento de recuperar la memoria crítica y los argumentos que propenden a su instauración.

## II. EL DEBATE DE LAS TASAS JUDICIALES

Para ampliar el debate de las tasas judiciales es necesario tener en cuenta un elemento al parecer lejano pero directo: no hay una teoría satisfactoria que explique cómo aumentar el rendimiento de los jueces en el sistema judicial, para resolver con prontitud los efectos de la crisis económica, que incrementa el número de casos litigados, y que dé cuenta del retardo o la mora en las decisiones judiciales. Tampoco hay una teoría que explique y fortalezca las políticas de congestión judicial, que han provocado desequilibrios entre la oferta y la demanda de servicios de solución de conflictos en el sector de la justicia. La congestión judicial ha aumentado y se atribuye a la falta de modernización. Por esto, se introducen cambios significativos en el esquema del proceso, como la implementación de modelos de acceso de justicia gratuita para quienes tienen dificultades para ingresar al sistema.

Los diagnósticos generalizados de una región señalan las fallas del sistema judicial<sup>29</sup> y hacen los ajustes a dichos sistemas<sup>30</sup>. Estos diagnósticos parten

29 “La ficción del derecho fallido constituye, pues, un discurso sobre el Derecho que facilita la reforma en Latinoamérica y que resulta claramente contraproducente para sus instituciones. En vez de fortalecer el progreso del Derecho en Latinoamérica, lo debilita. Los cambios y reformas continuamente son presentados como respuesta a la patología endémica de las instituciones latinoamericanas. Los buenos resultados, sin embargo, finalmente dependen de la fortaleza institucional que, con todo, se vive desacreditando. Es como si estuviera tratando de construir una nueva y sólida casa, mientras que continuamente se socavan sus cimientos” (Esquirol, 2014, p. 379). Son estas las conclusiones que advierte Linn Hammergren para América Latina: “Bien sea como resultado de los programas específicos de reforma, o debido a patrones más generales de cambio político y socioeconómico, el sistema judicial latinoamericano ha sufrido importantes transformaciones que afectan tanto su estructura interna como su funcionamiento y el impacto externo de sus acciones. Los esfuerzos realizados para introducir la reforma han contribuido a estas tenden-

del supuesto de estar frente a ordenamientos fallidos y de que el legislador, de manera unilateral y con sus teóricos procesalistas, atiende los compromisos nacionales e internacionales<sup>31</sup>. Así, se afronta la crisis de la justicia con soluciones legales que en algunos casos son populares y favorables, como la introducción de los métodos alternativos de resolución de conflictos y la oralidad. En otros, con una medida menos popular, con alguna resistencia, se propone el recaudo de dinero mediante las tasas o los aranceles judiciales, ante lo cual hay una oposición descarnada.

El problema secular de la justicia es el arraigado desequilibrio entre la demanda de servicios de justicia y las limitaciones de la oferta<sup>32</sup>. Es tal la cantidad de asuntos por resolver y tan bajo el índice de evacuación de las providencias judiciales de los jueces que crece el margen de congestión; por consiguiente, hay un atraso generalizado en los tiempos de solución de los problemas que llegan a la jurisdicción<sup>33</sup>.

cias regionales, y han incrementado también nuestro conocimiento de la naturaleza y orígenes de las deficiencias judiciales, y de los efectos de las medidas específicas adoptadas para superarlas. Buena parte de este conocimiento ha sido el resultado de esfuerzos mal encaminados y fracasados, así como de éxitos en la reforma. La mejor comprensión que ofrece, sin embargo, es importante, con independencia de su origen. No obstante, su valor dependerá, en última instancia, de qué tan bien se utilice; los errores valen la pena únicamente si aprendemos a no repetirlos. Parte de este conocimiento se extiende también a definir nuestra ignorancia, los interrogantes que no podemos responder acerca de cómo producir las mejoras deseadas o acerca de cuáles realmente debieran ser estas mejoras. La reforma judicial ha llegado a una encrucijada crucial en Latinoamérica. Si podemos sacar provecho de los errores pasados y de lo que estos nos han enseñado, asimilar las lecciones positivas y centrarnos en los nuevos interrogantes que han surgido, es posible que la próxima generación de reformas avance con mayor rapidez, incluso si, por necesidad, resulta ser más selectiva y menos ambiciosa en sus objetivos. El papel de los sistemas judiciales latinoamericanos ha sido objeto de un cambio sustancial, innegable y probablemente irreversible. El reto es asegurar que el cambio representa una mejora real, una mejora que contribuirá al futuro progreso político y económico de la región.” (Hammergren, 1999)

30 Alberto Nieto Tibaquirá. *Cooperación internacional y reforma a la justicia en Colombia*. Facultad de Derecho Universidad de los Andes, Bogotá, 2010, p. 5. Consultado el 20 de agosto del 2014 en [https://biblioteca.uniandes.edu.co/visor\\_](https://biblioteca.uniandes.edu.co/visor_)

31 Thomas Carothers. “Promoting the Rule of Law Abroad (in search of knowledge)”. En *The Ruler of Law Revivals Carnegie Endowment for International Peace*, 2006, pp. 115-249; Nieto Tibaquirá. *Op. cit.*, p. 5.

32 La demanda en Colombia ha aumentado en un 300 % frente al 20 % de crecimiento de la planta de jueces (Caracol Radio, 2014).

33 La duración estimada de la primera instancia en la jurisdicción civil en el año 2013 era de 3,7 meses, y en el 2014, de 3,6 meses. En el año 2013, el promedio era de 5,2 meses en segunda instancia, y en el 2014 era de 10,9 meses. Esto da cuenta de la congestión judicial. El mayor represamiento está en la segunda instancia, que es sobre todo escrita (*Poder Judicial España*, p. 5).

En el año 2013, la totalidad de jueces españoles profirieron 1 571 391 sentencias. Esto representa un 5,3 % menos con respecto al número de sentencias producidas en el año 2012.

La congestión judicial en Colombia ha crecido pese a los esfuerzos para reducirla y la implantación de esquemas de oralidad. “Ahora bien, vale la pena examinar las variaciones en materia de movimiento de procesos durante el periodo estudiado. De acuerdo con las estadísticas publicadas por el Consejo Superior de la Judicatura en su último informe al Congreso, el volumen de ingresos de procesos a los despachos judiciales no ha sufrido variaciones significativas, aunque ha registrado una leve tendencia hacia la baja: de 2 356 828 procesos nuevos en 2009, se pasó a tener 2 281 402 en 2011, presentándose así una disminución de 21 976 casos en materia de ingresos. En cuanto a

Se suman a lo anterior los esfuerzos para introducir cambios en el sistema judicial, mediante la implementación de reformas judiciales que aumenten los niveles de eficiencia del sistema<sup>34</sup>; los teóricos afirman que no siempre estos cambios que implican un mayor esfuerzo y gasto de recursos económicos producen una mejora de la eficacia<sup>35</sup>. Las fallas estructurales y los obstáculos de las reformas judiciales muestran un problema latente: la falta de infraestructura y la escasez de recursos impiden el funcionamiento de la justicia. Además están la inestabilidad política, la necesidad de burlar la ley, los actos de corrupción, la existencia y la ausencia de otras leyes. De allí que integrar al debate de las reformas judiciales un problema más, como es la institución de las tasas o los aranceles judiciales, produzca argumentos negativo e impopulares en sistemas judiciales en los que son evidentes los límites del acceso a la justicia, las dificultades para contratar abogados y las precarias iniciativas para hacer cambios al modelo de amparo de pobreza<sup>36</sup>. También está el alto costo de acceso al sistema y el pago de dineros

los egresos, estos sí reportaron un incremento durante el periodo estudiado —leve entre 2009 y 2010, pero más pronunciado entre dicho año y 2011—: de 2 512 386 casos evacuados en 2009, se pasó a 2 562 371 en 2010 y a 2 711 840 en 2011. Las cifras del último año representan un incremento del 7,9 % respecto a 2009. Por último, se encuentra que los inventarios judiciales —aquellos procesos que, al cierre de cada año, continúan en los juzgados sin haber sido evacuados—, tendieron a disminuir: pasaron de 2 893 969 procesos en 2009, a 2 271 380 en 2011.” (Corporación Excelencia en Justicia, 2012)

34 Por ejemplo, el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo PSAA15-10288 del 29 de enero del 2015 determinó las siguientes cifras de la productividad esperada para los jueces de descongestión en competencia civil: un juez civil de circuito y municipal de descongestión debe proferir al mes 30 sentencias, 1000 autos de desistimiento tácito y 80 autos de todo tipo; a los jueces civiles de menor cuantía se les exige al mes 30 sentencias; a los jueces civiles municipales de mínima cuantía, 50 sentencias al mes. En ese mismo acuerdo, se define también el grado de productividad de los demás jueces de descongestión. El incumplimiento de las metas genera la terminación de dicho despacho judicial.

35 Rubio. *Op. cit.*, p. 649.

36 La discusión del amparo de pobreza en el Código General del Proceso no es independiente de las circunstancias históricas de Europa y de Estados Unidos. Como referente para una comparación, debe tenerse en cuenta la legislación de orientación socialista que propulsó los cambios en Europa. Nuestro Código de Procedimiento Civil ha tenido dos reformas importantes para incluir este amparo: la de 1970 y la de 1989. Se considera que este “[...] es una institución que tiene en cuenta la situación de las partes que no puedan sufragar los gastos derivados de un proceso judicial por incapacidad económica, en consonancia con el deber estatal de asegurar a los que no tienen recursos la defensa efectiva de sus derechos” (Ley 270 de 1996, artículo 4). El amparo de la pobreza se consolida en la posibilidad de nombrar apoderados de oficio forzosos, cuyo pago o remuneración provendría de las agencias en derecho que el juez determine al finalizar el proceso. En términos generales, se exonera del pago de gastos del proceso cuando no se puedan sufragar. En este caso, se nombra un abogado de oficio, dadas las condiciones de insuficiencia de riqueza. Estas mismas circunstancias se mantuvieron en el Código General del Proceso. Tan sólo cambió un aspecto: el cargo de apoderado es de forzoso cumplimiento, so pena de incurrir en una falta disciplinaria. Cabe preguntarse si el Código General del Proceso debe conservar esas mismas bases que permanecen desde los años setenta para dar continuidad al amparo de pobreza, en una sociedad diferenciada y con índices de pobreza preocupantes, que en otro acápite se analizarán. También es cuestionable si con el amparo de pobreza en realidad se ofrece una solución para alcanzar la igualdad formal o material entre las partes en la interacción del proceso. Además, habría que preguntarse bajo qué costo social se sigue manteniendo un rancio amparo de pobreza que cobija a menos usuarios del sistema de justicia y que proyecta un servicio obligatorio para

para cumplir con el requisito de procedibilidad de la conciliación previa. En ocasiones, el dinero que se utiliza para demandar o contestar la demanda es parte de la inversión para acceder. Esto es válido para los litigantes expresivos y los obligados cuando se les violan los principios éticos y ellos intentan restablecerlos. Para ello, se hacen grandes esfuerzos económicos, sin medir o hacer cálculos del costo-beneficio<sup>37</sup>. Esta base de ciudadanos confirma la impopularidad de las tasas y los aranceles judiciales, debido a que consideran transgredidos y excesivos otros eventos primarios para su acceso.

Los consensos en cuanto a las fallas de la justicia tienen el objetivo de fortalecer las reformas judiciales, en beneficio de la independencia de la judicatura, y propiciar una mayor eficiencia en el tratamiento y en la solución de casos. Así, con las reformas judiciales se logra que las resoluciones se mantengan en la franja predecible, se procura formar y contar con jueces competentes que estén abiertos a las políticas de modernización y de dirección del proceso. También se busca mayor acceso para toda la población y maximizar la tutela de los derechos al menor costo posible<sup>38</sup>. La medida más desafiante, y que es un obstáculo, es la introducción de las tasas o los aranceles judiciales como política que fortalecería el sistema judicial. Es necesario explicar y socializar estos cambios muy bien. Es parte integral de su aceptación exponer cómo estas medidas garantizarían el acceso a la justicia. Si esto no se hace, estas medidas se entenderían como una carga que obstaculiza estar ante la presencia de un juez.

Por esta razón, es entendible la marcada oposición a estos tributos que masifican el uso de la tasa judicial en España; es también comprensible la oposición que hubo Colombia cuando se trató de imponer aranceles a un gran número de procesos y sujetos. Los argumentos en contra se plantearon a la Corte Constitucional y se logró un resultado positivo: se desmontó la Ley 1653 del 2013, que por cierto guardaba semejanzas con el sistema español. A pesar de que en

los abogados, con incentivos en su retribución consagrada en el artículo 155 del Código General del Proceso. En el fondo del amparo de pobreza hay una barrera de acceso a la justicia que debe derribarse con una fórmula que delimite sus obstáculos, y no repetir de manera sistemática una normatividad. Hemos de preguntarnos si vale la pena ampliar dicho amparo a servicios prestados antes y después del proceso, y no sólo en la fase procesal del proceso. También cabe preguntarse si el Estado debe asumir los costos de los servicios de los abogados, por ejemplo, y pagar mejores honorarios, agencias en derecho y prestaciones sociales por tal trabajo postulativo. El Código General del Proceso es proteccionista, por lo que pretende mantener la ayuda para el sujeto que requiere de un abogado. En adelante, no hay más que eso.

Para ampliar el tema, véase, María del Socorro Rueda Fonseca. "Otra oportunidad perdida: el amparo de pobreza". *Correo Judicial*, n.º 13, 2011. Consultado el 24 de agosto del 2014 en <https://derecho.uniandes.edu.co/images/stories/pdf/correojudicial13.pdf>.

37 Rubio. *Op. cit.*, p. 643.

38 *Ibidem*, p. 648.

Colombia rige la Ley 1394 del 2010, la ley del arancel judicial, más flexible y restrictiva que la anterior, que determina los sujetos y las tipologías de procesos para el pago, las tasas no dejan de ser una propuesta impopular. La oposición argumenta que esta medida no beneficia a las clases desfavorecidas que son parte en los procesos judiciales, como consecuencia de las políticas de financiamiento del acceso a la propiedad, ni a las que litigan garantías mobiliarias. En definitiva, el ejecutado en el cruce de cuentas con el acreedor o demandante terminará pagando el arancel.

Los litigantes frecuentes, funcionales o instrumentales, creen que estas políticas son menos costosas. Ellos se adaptan mejor a las leyes 1394 del 2010 y 1743 del 2014, porque no pudieron resolver los conflictos mediante los mecanismos alternativos de solución de conflictos o porque buscarán una solución rápida del conflicto por la línea judicial con el cobro amigable o prejurídico. Este grupo de litigantes más privilegiados cuenta con empresarios ávidos de rentas, que usan el litigio para obtener ganancias y en ocasiones para que los litigantes escalen en su posición social<sup>39</sup> o simplemente usan el litigio como la única forma accesible de resolver el pago de su deuda. En cambio, los litigantes que no son frecuentes, expresivos u obligados, son más reticentes al pago del arancel judicial, pues parten de la premisa de que el sistema judicial por lo general actúa de forma reactiva<sup>40</sup>. Por lo tanto, consideran que la justicia es limitada para los desprotegidos del sistema, dado que son usuarios infrecuentes que no tienen formas de manejar la agenda del juez, ni tienen influencia en la toma de decisiones políticas. Estos sujetos carecen de un sistema para predecir y calcular la decisión a corto o largo plazo en un proceso e incluso su inicio. Para ellos, el pago del arancel es una traba más del sistema judicial, así su finalidad sea la financiación de la justicia o cualquier otro fin justificable.

El debate de las tasas judiciales no es nuevo. Desde la implementación de las primeras tasas se han planteado distintos argumentos a favor y en contra. La

39 *Ibidem*, pp. 643-644.

40 “Mientras que los tribunales pueden ofrecer una poderosa herramienta para controlar el poder político, una de sus principales características consiste en que actúan de manera esencialmente reactiva, dirigida por fuerzas sociales: en la mayoría de los casos, los tribunales sólo inician un proceso, reciben pruebas, y emiten una decisión una vez que un litigante así lo ha solicitado. En consecuencia, la pauta de litigio que se puede observar en cualquier tribunal deriva de la intersección de dos factores: primero, los derechos y vías procesales creadas en la ley y, segundo, los reclamos y solicitudes efectuados por individuos y empresas. El primer factor es esencialmente institucional, mientras que el conflicto social y las fuerzas del mercado dirigen al segundo. En lo sustancial, son los litigantes y sus abogados quienes determinan qué conflictos llegarán a los tribunales, cuándo y con qué frecuencia los tribunales recibirán sus peticiones, y con qué intensidad se perseguirán las disputas.” (Birgin y Gherardi, 2011, p. 12)

propuesta de Bentham sirve de punto de partida para hacer un análisis del arancel judicial que rige en Colombia. También en varios países hispanoamericanos<sup>41</sup> se ha dado la discusión sobre las tasas judiciales en torno a cuatro ejes o cuestiones. El primero de ellos aduce la necesidad de las tasas judiciales por razones presupuestarias y para financiar el costo de la justicia. El segundo considera que las tasas son una forma de mejorar las razones por las cuales se inicia un litigio, es decir, funcionan como un desincentivo para acudir al servicio de la justicia. El tercero considera que la imposición de las tasas contribuye a la equidad y a la redistribución social de los costos en los que se incurre en la justicia. El cuarto discute sobre la constitucionalidad de las tasas, dada la afectación al acceso igualitario de la justicia que menoscaba la tutela judicial efectiva<sup>42</sup>.

Ahora se hablará de los fundamentos teóricos que sirven para ver los beneficios de la tasa o el arancel judicial desde los ejes mencionados.

#### **A. Por razones presupuestarias, sirven para financiar la justicia y las reformas procesales**

El caso colombiano es uno de los ejemplos de cómo la financiación de la justicia se convierte en un motivo para implementar el arancel judicial. En Colombia, se necesitan recursos para hacer las reformas judiciales, los cambios en el Código de Procedimiento Civil, en el Código General del Proceso, en el Contencioso Administrativo y en el Laboral, códigos que tienen énfasis en la oralidad. También se requiere de fuentes económicas para la formación de jueces y el sostenimiento de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos propuestos en la Ley 1743 del 2014.

También es importante anotar que el presupuesto destinado por el Estado a partir de la redistribución ha sido insuficiente. Es evidente que la justicia colombiana tiene una necesidad o déficit presupuestal, tal como se expresó en la exposición de motivos de la Ley 1394 del 2010<sup>43</sup>. En el informe de ponencia para primer debate del proyecto de Ley 188 del 2009, publicado en la Gaceta del Congreso 165 del 2010, se hace un exhaustivo informe del déficit de la rama judicial en el presupuesto nacional.

41 Universidad Diego Portales. *Tasas judiciales en la experiencia comparada*. Resumen ejecutivo. Santiago de Chile, 2012. Consultado el 5 septiembre del 2013 en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Resumen-Ejecutivo-de-Tasas-Judiciales.pdf>.

42 *Ibidem*.

43 Congreso de la República. "Proyecto de Ley 232 del 2008". *Gaceta del Congreso* 932 del 2008. Consultado el 19 del junio del 2014 en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3).

El primer objetivo de la Ley 1394 del 2010 era recaudar con el arancel la cifra de 200 mil millones de pesos (\$0,2 billones), pero para el año 2013 lo recogido fue insignificante. El informe de ponencia para el proyecto de la Ley 1653 del 2013, que fue declarada inexecutable, señala las deficiencias del recaudo:

De acuerdo con pronunciamientos públicos del Consejo Superior de la Judicatura, los recaudos entre enero de 2011 y julio de 2011 tan sólo han arrojado la irrisoria suma de 350 millones de pesos y lo peor es que al finalizar el año, el recaudo que se espera no supera los 1500 millones para todo el año 2011. La ineficiencia del diseño tributario es evidente, obviamente contrario al querer de todos quienes participaron en ese diseño. Esto nos lleva a reflexionar y a proponer una solución al problema, volviendo eficaz y significativo el recaudo vía arancel. No se trata de cambiar un diseño por cambiarlo, surge la necesidad de hacerlo<sup>44</sup>.

Como la esperanza de financiamiento estaba puesta en la Ley 1653 del 2014, declarada inexecutable, en un informe de urgencia a finales del 2014, remitido al Congreso de la República, la rama ejecutiva tramitó la Ley 1743 del 2014. Esta última reforma aporta al sistema judicial recursos del presupuesto nacional, lo que genera una especie de autonomía económica operativa para poner en práctica los sistemas procesales de la oralidad y otras reformas complementarias. Hay que señalar que la demanda de la justicia ha aumentado exponencialmente y que los esfuerzos por incrementar la oferta han crecido a menor ritmo. En los últimos años, han surgido valiosas iniciativas para mejorar el sistema judicial, pero los cambios en la eficiencia no son significativos. De manera que esta nueva ley plantea generar ingresos mediante los depósitos judiciales, las multas impuestas en procesos judiciales, los impuestos de remate, la sanción por exceso en el juramento estimatorio y la contribución especial arbitral. Todas estas serían formas de recaudo para financiar de manera alternativa la rama judicial.

## **B. Las tasas como una forma de hacer más racional el uso del sistema judicial**

La idea de hacer más racional el uso del sistema judicial es del derecho procesal español. Este ordenamiento tuvo en cuenta este punto en la exposición de motivos de la ley de tasas judiciales. En esta se explica que los ciudadanos que recurren a los tribunales generan un coste grande, por lo que hay que racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Entonces, se acude a este recurso

44 Congreso de la República. “Proyecto de Ley 019 del 2011”. Congreso de la República. Consultado el 11 del septiembre del 2013 en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=019&p\\_consec=29624](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=019&p_consec=29624).

económico y al derecho tributario, ya que se parte de un supuesto préstamo de un servicio en el marco del régimen del derecho público. Este tributo no tendrá en cuenta exactamente la capacidad económica del contribuyente que acude a los tribunales, sino que se basará en el coste del servicio prestado. Es por ello que la legislación se desgasta en determinar los hechos a los que se les pueda imponer el pago de la tasa judicial y en los que estén involucrados un gran número de sujetos pasivos y procesos judiciales<sup>45</sup>.

El crecimiento de las fallas y los retrasos en el sistema procesal español se atribuyen a la ineficiencia de la justicia. España tiene más procesos judiciales que Francia, a pesar de que esta última la supera en número de habitantes. Asimismo, España tienen muchas sentencias proferidas en primera instancia. Hay que tener en cuenta que las sentencias recurridas que se desestiman oscilan en un 90 %. Todos estos factores han influido en la existencia de las tasas judiciales. Además, se considera que el coste mínimo de un proceso rápido y sin tantas fases procesales puede ser de mínimo €3 000. Si el proceso es recurrido, el coste puede llegar a los €50 000, lo que llevaría a una eventual quiebra del Estado español<sup>46</sup>.

Esta legislación basada en racionalizar el acceso al sistema también tiene opositores. La inseguridad jurídica, generada por el mal funcionamiento de la administración de justicia, es uno de los argumentos en contra de esta legislación y del colapso del sistema por desbordamiento<sup>47</sup>. Por otra parte, surge la pregunta de si las tasas judiciales solucionarán el problema del aumento de la litigiosidad o si hay que plantear otras alternativas. Entre las posibles soluciones están el fomento de la mediación<sup>48</sup> y el uso de otras medidas anteriores al proceso.

45 Las tasas judiciales se caracterizan así: “Tanto las personas jurídicas como físicas están obligadas a sufragarlo. La ley de tasas española excluye del desembolso a ciertos sujetos que asisten al proceso judicial por medio de asistencia jurídica gratuita y a los deudores que solicitan un concurso, el Ministerio Fiscal y las autoridades públicas. Mantiene el orden social (asuntos laborales) la obligación del pago de la tasa judicial para los recursos de suplicación y casación. Sólo queda exceptuada la tasa para el orden penal” (Congreso de los Diputados, 2012, p. 2).

46 Fernando Rodríguez Prieto. *El colapso de la justicia, las tasas judiciales y sus posibles alternativas*, 2012. Consultado el 5 septiembre del 2013 en <http://hayderecho.com/2012/11/02/el-colapso-de-la-justicia-las-tasas-judiciales-y-sus-posibles-alternativas/>.

47 *Ibidem*.

48 En España, entre el 2012 y el 2013, en las estadísticas se observa un aumento de las mediaciones en el campo del derecho de familia: crecieron un 65 % con respecto al año anterior. En el año 2012, hubo 3056 posibles casos de mediación, de los cuales se cerraron 2678, se efectuaron 910, 286 llegaron a acuerdos y 624 casos no llegaron a ninguno. En el año 2013, en los mismos juzgados de mediación (hay 250 jueces en toda España) se generaron 5116 posibles, de los cuales se cerraron 4893, se efectuaron 1162, se lograron acuerdos en 586 y y no se lograron en 594 casos (Consejo General del Poder Judicial, 2013).

En España hay 80 jueces de mediación. El año 2013 aumentó el número de jueces en varias de las comunidades autónomas, como en Toledo, Cataluña, Andalucía, Madrid y Valencia. En las esta-

Singapur es un ejemplo atractivo de justicia de calidad. También los sistemas de justicia colaborativa aseguran mejores técnicas para las partes y los abogados que generan el aumento de la litigiosidad<sup>49</sup>. La propuesta para disminuir la litigiosidad se puede resumir así:

Bajo ese entendido, la tasa judicial encarece el acceso a la justicia al establecer un precio explícito a la demanda por justicia. Al encarecer el servicio judicial, su demanda deberá disminuir, evitando de esa manera el uso excesivo de la justicia producto de su gratuidad<sup>50</sup>.

No cabe duda de que la litigiosidad es un factor para explicar el fenómeno de la creciente demanda de justicia, que hay que medir. Pero la excesiva litigación también proviene de la configuración de las normas procesales y sustantivas, del diseño improductivo del proceso judicial y de la gran distancia que hay entre el juez y los valores de la sociedad<sup>51</sup>. En Colombia, por ejemplo, no termina de plantearse una reforma, cuando en breve hay una contrarreforma<sup>52</sup>; este es un mal síntoma de la justicia que ninguna tasa o arancel judicial remediará<sup>53</sup>.

### **C. La imposición de las tasas contribuye a la equidad y a la redistribución social de los costos de la justicia**

En gran medida, los recursos obtenidos de las formas de financiación de la rama judicial se destinan a poner en marcha el sistema oral en Colombia. La búsqueda de la eficiencia ha llevado a repensar la distribución de la riqueza en la justicia, por lo que se ha puesto especial interés en los cambios del proceso escrito al oral, para mejorar la oferta de la justicia. Quienes accedan a la justicia para resolver los procesos ejecutivos y aquellos que usen el mecanismo de arbitraje pagarán un valor que representa a mediano plazo una forma de distribuir la utilidad y de optimizar los recursos, para destinarlos a planes de financiación de

dísticas del año 2013, se observa un número creciente de derivaciones de mediación, pero pocas mediaciones efectivas realizadas. El porcentaje de acuerdos para el año 2013 fue del 34,06 %, y de 21 % en el año anterior. El total de las derivaciones para ese año fue de 721, en los 80 juzgados. Se cerraron 676 expedientes, no hubo mediación en 585 expedientes, de las 91 mediaciones realizadas se lograron acuerdos en 31 casos y no hubo acuerdo en 60. La mediación sigue mostrando resultados poco favorables.

49 *Ibidem*.

50 Universidad Diego Portales. *Op. cit.*

51 Nuria Querol Aragón. *Análisis económico del Derecho*. Madrid: Dykison, 2014, p. 173.

52 Es asombroso que Colombia tenga tanta capacidad para realizar reformas legislativas. Por ejemplo, en el año 2010, en el juramento estimatorio se hizo un cambio importante. Luego, por efecto de una demanda de inconstitucionalidad del artículo 206 del Código General del Proceso, se declararon exequibles apartes de la norma, por condicionamientos constitucionales. Por último, el 26 de diciembre del 2014 se modificaron apartes del artículo mencionado en la Ley 1743.

53 Las conductas dilatorias o injustificadas de las partes también pueden presentarse en el proceso judicial. Esto puede ser sancionado para una mayor eficacia en la tutela judicial.

proyectos para aquellos usuarios que no pueden acceder a la justicia<sup>54</sup>. Quienes tienen recursos económicos limitados se oponen a la imposición de tasas o aranceles, con mayor razón si tienen que pagar por los servicios de la justicia. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la contribución es la representación de una mejor distribución económica de la justicia. El numeral 9 del artículo 95 de la Constitución Política colombiana señala que a los ciudadanos les corresponde, en general, contribuir en los gastos y las inversiones del Estado en lo que se refiere a la justicia y a la equidad. Esto explica y justifica que las personas con mayor capacidad económica deban realizar mayores aportes para el funcionamiento de la justicia. Si un sistema de arancel no tiene en cuenta las barreras de pobreza general y multidimensional y la capacidad de pago de cada uno de los posibles contribuyentes, construirá una política regresiva. El principio de progresividad tributaria se relaciona directamente con la equidad horizontal y vertical. Con la equidad horizontal se logra, como se describió, que las personas con mayor capacidad económica y las que se encuentren en una situación similar contribuyan en la misma medida, es decir, se buscará que haya simetría en sus pagos. En cambio, quienes tengan menores recursos económicos no deberán realizar mayores sacrificios fiscales. Así se gravará más a quien tenga mayor capacidad contributiva (equidad vertical) y menos a quien no la tienen. Si la carga es mayor para quienes tienen menos recursos económicos o se encuentran en una situación de pobreza, se limitará el acceso a la justicia y se generará una desigualdad real<sup>55</sup>.

El paso al proceso oral comporta gastos e infraestructura para su funcionamiento. Los cambios en el sistema colombiano responden a los propósitos de alcanzar la equidad y la redistribución social de los costos de la justicia, para así optimizar la oferta de la justicia. En Colombia, los usuarios frecuentes de la jurisdicción ordinaria (civil) son el sector financiero y las personas jurídicas, por lo que es lógico que sean los mayores contribuyentes con el arancel judicial. La Ley 1394 del 2010 consolida el hecho generador del pago:

Artículo 3.º. Hecho generador. El Arancel Judicial se genera en todos los procesos ejecutivos civiles, comerciales y contencioso administrativos cuando el monto de las pretensiones se haya estimado en una cifra igual o superior a doscientos SMLV casos:

54 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 18.

55 Corte Constitucional. Sentencia C-169 del 2014. Exp. D-9806, 9811, 9814 y otros. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.

- a) Por el cumplimiento de lo acordado por las partes en una transacción o conciliación que termine de manera anticipada un proceso ejecutivo.
- b) Derogado por el Art. 118, Ley 1563 de 2012. Por el cumplimiento de una condena impuesta en un laudo arbitral en caso de reconocimiento o refrendación.
- c) Por el cumplimiento de obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo de cualquier naturaleza.

Parágrafo 1.º. El monto de las pretensiones se calculará de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. El valor del salario mínimo legal será el vigente para el momento de la presentación de la demanda.

El proceso ejecutivo es el único al que se le impone el pago del arancel judicial. Entre otras cosas, porque los sujetos que más acuden al litigio son grupos sociales con ventajas económicas evidentes. Es por ello que deben pagar un arancel, para afianzar la redistribución social de los costos en los que se incurre en la justicia.

#### **D. Discusión constitucional sobre la afectación al acceso igualitario de la justicia**

En este punto, se estudiarán dos pronunciamientos constitucionales sobre dos legislaciones similares con sistemas procesales afines: se tendrán en cuenta las decisiones de la Corte Constitucional colombiana y las del Tribunal Constitucional español. Cada Constitución determina a quién compete imponer y recaudar las tasas judiciales en un ordenamiento jurídico, aplicando los principios de la legalidad tributaria. Las inquietudes más relevantes que estas cortes han resuelto son si las tasas judiciales o los aranceles judiciales constituyen una limitación o encarecen el acceso a la justicia, si limitan o restringen de manera razonada el acceso a la tutela judicial efectiva y si estas tasas generan exclusiones o restricciones al principio de igualdad. A continuación, se revisarán los argumentos de una y otra corte.

La Sentencia C-368 del 2011 de la Corte Constitucional colombiana determinó que el arancel judicial previsto en la Ley 1394 del 2010 no desconoce “[...] los principios de gratuidad y acceso a la administración de justicia, en la medida que se trata de una contribución parafiscal que resulta razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que persigue<sup>56</sup>”. Entonces, el arancel judicial es una

56 Corte Constitucional. Sentencia C-368 del 11 mayo del 2011. Exp. D-8245. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Hay otro fallo relacionado con la Ley 1394 del 2010, en el

medida del ámbito impositivo y de obligatorio cumplimiento que consiste en pagar una tarifa oficial por unos actos o servicios administrativos o profesionales. Es una contribución como la que se hace cuando se importa o se exporta un bien, en el régimen aduanero, o la que se hace por servicios profesionales, como la medicina, el derecho o la ingeniería. Otro ejemplo, distinto a los de la Corte, es la contribución de un porcentaje de café en especie que hace un cultivador a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia para el sostenimiento del sector. La Corte implementó el uso del arancel judicial porque es una fórmula recaudatoria para pagar parcialmente los costes de las actuaciones judiciales,

[...] o lo que es igual, para ayudar a financiar los gastos de funcionamiento e inversión de la administración de justicia, dentro del propósito de mejorar sus dotaciones y ofrecer así un mejor servicio al ciudadano. Se trata, entonces, de un instrumento impositivo, que coadyuva al logro del objetivo de tener una justicia razonablemente más rápida y eficaz, que ha sido acogido incluso en países desarrollados y económicamente poderosos, como estrategia para buscar mayores recursos que permitan afrontar y superar los inconvenientes que surgen alrededor de una mayor demanda de justicia. Conforme con su finalidad, existe una clara distinción doctrinal entre los conceptos de arancel judicial y agencias en derecho, costas y expensas. El arancel judicial se mira con criterio amplio, en el sentido de que comprende todos los gastos que puedan tener lugar con ocasión de activar el aparato judicial, razón por la cual, los recursos que por esa vía se obtengan se destinan al servicio de la administración de justicia en general<sup>57</sup>.

Es significativo que la Corte Constitucional colombiana determine que la administración de la justicia no es sólo un servicio público, sino una función pública. Esto para darle sustento constitucional al recaudo y a las características de una contribución parafiscal. Además, la Corte Constitucional señaló que esta contribución no afecta el principio de gratuidad de la administración de justicia. Aunque no esté reconocida en la Constitución colombiana, la gratuidad de la administración de la justicia es un principio superior implícito de los valores fundantes del Estado. Surge de los valores fundamentales del Estado, previstos en los artículos 1.º y 2.º de la Constitución Política de 1991 y del principio de igualdad material y la garantía que el Estado debe dar de acceder a la justicia. El principio de gratuidad no es absoluto, por lo tanto, puede ser objeto de

cual la corporación se inhibió: la Sentencia C-643 del 31 de agosto del 2011. Exp. D-8394. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.

57 Corte Constitucional. Sentencia C-368 del 11 de mayo del 2011. Exp. D-8245. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

limitaciones. Se apoya en la Sentencia C-037 de 1996, proferida por la Corte Constitucional, cuando se estudiaba la constitucionalidad del artículo 6.º de la Ley 270 de 1996.

El legislador puede imponer gravámenes tributarios en tiempo de paz y el Congreso tiene potestad para imponer contribuciones fiscales o parafiscales. Estas facultades, definidas en la carta constitucional, son amplias pero al tiempo limitadas para crear tributos. Deben responder siempre a las necesidades económicas, para promover así el desarrollo institucional y humano, bajo el ejercicio discrecional del legislador. Por lo anterior, el legislador puede crear nuevos apoyos económicos para financiar los gastos del Estado, con la Ley 1743 del 2014. Así, se cumple la idea planteada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-169 de marzo del 2014<sup>58</sup>.

Las reglas propias del sistema tributario (los principios de legalidad<sup>59</sup> y equidad<sup>60</sup>, referidos a igualdad tributaria, eficiencia y progresividad<sup>61</sup>) se convierten en argumentos a favor del arancel de la Corte colombiana. Por ello, debe atender las normas de los artículos 338 y 363 de la Constitución Política de 1991, en los que se consagran los principios orientadores de las cargas fiscales.

Es claro que la Corte Constitucional está a favor de la imposición del arancel judicial en la justicia. Los opositores argumentan que esta fórmula de financiación privatiza el servicio público de la administración de la justicia y se constituye en un método

58 “[P]uede haber otras formas de obtener recaudos para financiar las inversiones en la administración de justicia, dentro de las cuales se encuentra por supuesto el amplio universo de posibilidades que deja la política fiscal y, en menor medida, parafiscal. Por ejemplo, es posible diseñar la contribución del arancel de un modo distinto, y adoptar la configuración del mismo, tal como se encontraba prevista en versiones anteriores de la Ley 1394 de 2010.” (Corte Constitucional. Sentencia C-169 del 19 marzo del 2014).

59 Sólo quienes tienen competencia constitucional pueden determinar estas imposiciones. Estos tributos se deben fijar con claridad y de manera inequívoca.

60 “Según lo ha explicado la Corte, [l]a equidad se proyecta no sólo desde un punto de vista horizontal, es decir, que a igual capacidad de pago, igual sea la contribución, sino también vertical, en la medida en que a mayor capacidad de pago, mayor será la contribución.” (Corte Constitucional. Sentencia C-169 del 19 marzo del 2014)

61 “El principio de progresividad viene a constituirse en una expresión de la equidad vertical, con el que se persigue que el sistema tributario sea justo, lo cual se materializa en la exigencia al legislador para que tenga en cuenta, al momento de reglamentar el tributo, la capacidad contributiva de las personas. En ese sentido, lo ha dicho esta Corporación, el citado principio hace referencia ‘al reparto de la carga tributaria entre los diferentes obligados a su pago, según la capacidad contributiva de que disponen, y permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados’. Y con respecto al principio de eficiencia, ha considerado este Tribunal que el mismo resulta ser ‘un recurso técnico del sistema tributario dirigido a lograr el mayor recaudo de tributos con un menor costo de operación; pero de otro lado, se valora como principio tributario que guía al legislador para conseguir que la imposición acarree el menor costo social para el contribuyente en el cumplimiento de su deber fiscal (gastos para llevar a cabo el pago del tributo).’” (Corte Constitucional. Sentencia C-169 del 19 marzo del 2014)

regresivo e injusto<sup>62</sup>. También aducen que todos los ciudadanos tienen el derecho de acción, por lo tanto, pueden acudir a los tribunales siempre que lo requieran. El acceso a la justicia está confiado para quien lo necesite y pueda costearlo, o para quien pueda acceder de manera gratuita. Según lo anterior, el derecho de acción es parte de un derecho cívico y personal, que surge desde la existencia de la persona natural o jurídica, y que no debe ser sometido a condicionamiento alguno. Cabe señalar que puede acudir a la justicia cualquier sujeto que demande su servicio.

El cambio de Estado de derecho a Estado social de derecho puede implicar ciertas limitaciones al acceso gratuito al sistema de justicia; entonces, se puede señalar que hay un cambio en la orientación del derecho de acción. El hecho de acudir a la justicia siempre que se cuente con los recursos necesarios para pagar este servicio público supone que en dicha concepción de Estado se limita el acceso a ciertos usuarios.

Los indicadores de concentración de la riqueza son necesarios para determinar el costo de la contribución. Hay que explicar e instruir al obligado a pagar en cuáles fueron las reglas para determinar la capacidad de pago, cuáles son las cifras y en cuáles situaciones hay que pagar. Como se trata de una contribución parafiscal, este desembolso contribuye al pago de un servicio de la función jurisdiccional, y no genera una barrera económica. El acceder a la justicia es un derecho de cada sujeto y una posibilidad por ser sujeto de derecho.

Ahora se estudiará la sentencia proferida por el pleno del Tribunal Constitucional español<sup>63</sup>. Esta resolución surge por la tramitación constitucional presentada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de A Coruña, en relación con el artículo 35, apartado 7, párrafo 2, de la Ley 53 del 30 de diciembre del 2002. El estudio constitucional del precepto se refiere al abono de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional en el orden civil. La norma mencionada creó la tasa para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, para los órdenes civil y contencioso administrativo. El pago debe justificarse y anexarse al inicio del proceso. Sobre esto, la sentencia señala lo siguiente:

El justificante del pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo, sin el cual el secretario judicial no dará curso al mismo, salvo que la omisión fuere subsanada en un plazo de diez días<sup>64</sup>.

62 Esto se planteó en la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1653 del 2013.

63 Tribunal Constitucional. Sentencia 20 del 16 de febrero del 2012.

64 *Ibidem*.

El accionante consideró que dicha disposición vulnera el derecho al acceso a la justicia, consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución española, en el que se instaura la tutela judicial efectiva. Para justificar la constitucionalidad de *las tasas judiciales*, el Tribunal señaló que estas existían desde los orígenes de los tribunales de justicia y que fueron impuestas por la Ley 26 de diciembre de 1958, el Decreto 1035 del 18 de junio de 1959 y luego suprimidas por la Ley 25 del 24 de diciembre de 1986. Esta ley identificó que la causa de la eliminación fue el principio de gratuidad consagrado en el artículo 119 de la Constitución española. Además, identificó el argumento de que la libertad y la igualdad sólo serían reales cuando cualquier ciudadano con independencia de su posición social y económica pudiese acceder a la justicia. Por estas razones, las tasas judiciales se suprimieron por un tiempo, pero no alcanzaron para justificar la eliminación de las existentes.

El Tribunal Constitucional<sup>65</sup> justificó las tasas judiciales para los casos consagrados, como la presentación de demandas en los órdenes civil y contencioso administrativo de la mencionada Ley 53 de 1995. Los órdenes penal, social y militar siguen siendo gratuitos en España. Cabe anotar que después la Ley 10 del 20 de noviembre del 2012 amplió los sujetos obligados al pago e incluyó el orden social (artículo 2 de la Ley 10 del 2012)<sup>66</sup>.

Para justificar las tasas españolas, el Tribunal señaló que el acceso a la justicia se concreta “[...] en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas [...]”<sup>67</sup>. Continúa diciendo que

[...] el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador [...]<sup>68</sup>.

Esta postura del Tribunal implica que el legislador tiene una amplia capacidad de configurar la actividad judicial. Como en Colombia, según lo definido en el artículo 150.2 de la Constitución Política, las leyes podrán imponer límites válidos a otros derechos, bienes e intereses constitucionalmente protegidos en adecuada

65 *Ibidem*.

66 Véase Juan Molins García-Atance. “Las nuevas tasas judiciales”. *Diario La Ley*, n.º 8023, 2013; José Ramón Rodríguez Carbajo. “Las tasas judiciales: retorno a 1959”. *Actualidad Administrativa*, n.º 19-20, 2012; José Vicente Rodríguez Carbajo. “Tasas judiciales en el orden procesal civil”. *Diario La Ley*, n.º 8037, 2013. Este último considera que la duplicación de las tasas judiciales se convertirá, a la postre, en un obstáculo para acceder a la justicia.

67 Tribunal Constitucional. *Op. cit.*

68 *Ibidem*.

proporcionalidad y finalidad que se persiga<sup>69</sup>. Por estas razones, la exigencia de un documento tributario que soporte el pago de la tasa judicial para iniciar el proceso no atenta contra el ordenamiento constitucional, según el artículo 24.1 de la Constitución Política española. No es una traba innecesaria y excesiva, sino que es, según este Tribunal, una exigencia legítima, por los mismos fines que persigue la tasa judicial: financiar el servicio público de la administración de justicia<sup>70</sup>.

La justicia no es gratuita ni en España ni en Colombia. El argumento de gratuidad es un elemento débil y vencible para declarar la inconstitucionalidad de la ley de tasas judiciales. La justicia tampoco es gratis. La administración de la justicia se financia con los impuestos que pagan los contribuyentes de manera general. En muchos casos, varios de estos contribuyentes nunca han acudido para ningún reclamo ante la administración de justicia. De cualquier manera, quienes contribuyen con impuestos son quienes sostienen el sector. Otro modelo para financiar el sistema es el que plantea que quienes acceden en concreto al sistema judicial paguen. Por ello, se justificaría la aplicación de aranceles y tasas, que pagarían quienes se beneficien con las actuaciones judiciales. Dado que hay libertad de configuración de impuestos y demás tributos en España y en Colombia, le compete al legislador considerar cuáles y cómo se pagan distintos impuestos, tasas o aranceles para la sostenibilidad de la justicia.

Por el modelo escogido, queda claro que la Constitución Política española no ha proclamado la gratuidad de la justicia. Por el contrario, el Tribunal indicó que debe reconsiderarse el derecho a la gratuidad por su redacción. Al ser un derecho, no tiene un valor absoluto y el legislador puede, dada su libertad de configurar los derechos de acceso a la justicia y a la tutela efectiva, elegir el modelo para la sostenibilidad de la administración de justicia. Si bien el artículo 119 de la Constitución española considera que la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, sólo será gratuita cuando así lo considere el legislador.

### **E. Las reacciones de la rama legislativa**

Para instaurar el arancel en Colombia se tuvo en cuenta la investigación contratada con la Universidad Nacional de Colombia y el Consejo Superior de Judicatura<sup>71</sup>. Se optó por recaudar el tributo con base en una simulación con diferentes

69 *Ibidem*.

70 *Ibidem*.

71 Universidad Nacional. Centro de Investigación para el Desarrollo (CID). *Profundización para medir el monto de las pretensiones, estado de los procesos y partes procesales y estimar así las bases para la reglamen-*

variables<sup>72</sup>, no conforme a la propensión marginal de litigar<sup>73</sup> o según los costos de abogados<sup>74</sup> o los factores de disuasión, para que no se presenten demandas temerarias o maliciosas<sup>75</sup>.

Si se compara lo propuesto por el Congreso colombiano y el Parlamento español, se hicieron unos cálculos globales de recaudo esperado. En España, para la determinación de la tasa no se tuvo en cuenta ningún estudio del coste real de cada uno de los procesos y recursos, según se puede concluir de la lectura del proyecto publicado en el Boletín Oficial del Estado de España 280/2012, del 21 de noviembre del 2012<sup>76</sup>. Tan sólo se hicieron unos cálculos globales<sup>77</sup>, de los cuales también se queja De la Oliva<sup>78</sup>.

*tación de arancel judicial en los procesos contencioso administrativos, comerciales y civiles*, 2009; Congreso de la República. “Proyecto de Ley 019 del 2011”. *Gaceta del Congreso*, n.º 532, p. 14. Consultado el 11 de septiembre del 2013 en [http://servoaspr.imprensa.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=019&p\\_consec=29624](http://servoaspr.imprensa.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=019&p_consec=29624).

72 *Ibidem*.

73 “Está relacionado con qué tan propenso está un sujeto a demandar. Así, las tasas, entre más altas, serán más óptimas para quienes tienen más probabilidades de ganar un proceso. Los costos sociales de un litigio se pagarán por acceder a la justicia. Si los costos sociales son menores a estos sujetos no les interesará acudir a solicitar la tutela judicial, dados los altos costos de las tasas o aranceles. Sólo acudirá quien tenga mayores niveles de ganar el proceso. Ahora bien, si los costos de la justicia son mayores, la tasa lo debe ser igual.” (Universidad Diego Portales, 2012)

74 “Depende de cómo se cobren los honorarios de los abogados. Por ejemplo, si se ha pactado una *cuota litis*, mayor será el interés e incentivo de los abogados en ganar el juicio. Por ello, aquí la tasa será mayor. También han de tenerse en cuenta los gastos de la administración de justicia por proceso” (Universidad Diego Portales, 2012). Sobre las discusiones acerca del presupuesto y la asignación de recursos, véase Corporación Excelencia en la Justicia. *Análisis de la situación presupuestal del sector jurisdiccional para el año 2013*. Bogotá, 2013. Consultado el 11 de septiembre del 2013 en <http://goo.gl/pVmSOS>.

75 “Si el propósito de la Ley 1563 de 2013 es desincentivar la litigiosidad negativa, su tasa debe ser baja dado que genera una externalidad positiva. Para la Ley 10/2012, del 20 de noviembre, se le señala que no consideró estudios o variables algunas que comprendieran los costes sociales y de litigio de los procesos judiciales comprometidos.” (Corporación Excelencia en la Justicia, 2013)

76 *Boletín Oficial del Estado*, n.º 280, 2012. Consultado el 14 de junio del 2015 en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/21/pdfs/BOE-A-2012-14301.pdf>.

77 Estas son las cifras españolas que se antepusieron al recaudo: “1) El presupuesto del Ministerio de Justicia en los presupuestos generales para 2011 ascendía a 1 678 185 060 euros; de los cuales, la partida presupuestaria para ‘Tribunales de Justicia’ y ‘Ministerio Fiscal’ era de 1 313 848 311 euros; 2) se dejó constancia de que la recaudación de las tasas de la Ley 53/2002 sumó las cantidades siguientes: en 2008, 113 426 826,52 euros; en 2009, 184 726 724,54 euros; en 2010, 172 286 469,98 euros; y en 2011, 164 435 759,61 euros; y 3) se calculó que la nueva tasa podría rendir un ingreso total de 400 287 100 euros, a partir de los datos relativos al volumen de asuntos en juzgados y tribunales de 2010 que serían objeto de imposición con arreglo a la nueva regulación; cifra a la que habría que deducir el importe de los ingresos por la tasa que se dejarían de devengar al recaer sobre pleitos que se benefician de la asistencia jurídica gratuita, que se calcularon en 94 195 741,50 euros: lo cual arrojaría unos ingresos netos de las nuevas tasas de 306 091 358,50 euros anuales. Cifra que, concluía el análisis de impacto normativo, aunque aspiraba a duplicar los ingresos devengados por las tasas de 2002, era sustancialmente inferior al gasto en materia de justicia incurrido por el Estado que, como vimos, se cifraba en 1,3 millardos de euro” (Borrajo, 2013).

78 Jeremy Bentham. *Una protesta contra las tasas judiciales*, traducido por Guadalupe Rubio de Urquía. Madrid: Thomson Reuters y Civitas, 2013, p. 86. De la Oliva señala que el proyecto habla de 306 millones de euros de recaudación previsible: “Pero esta cifra no se ha explicado o justificado en ninguna forma. El cálculo no parece siquiera haberse intentado, aunque nunca, la verdad sea dicha, los resultados recaudatorios se han presentado como modo de financiar el coste de la

### III. UNA CRÍTICA PLANTEADA EN EL SIGLO XVIII

En el siglo XVIII Jeremy Bentham, en *A Protest Against Law Taxes*, criticó la imposición de las tasas judiciales, hecho relevante para revisar el acceso a la justicia desde entonces. En el derecho colombiano, el acceso a la justicia es un derecho de todos los ciudadanos. Todo inicio de un proceso implica costos, que en casos son un obstáculo para resolver una necesidad del orden judicial. El ejercicio de litigar conlleva el pago de expensas judiciales, notificaciones, copias y pago de abogados, que aumentan los costos de la solución de un conflicto por la vía judicial. Además, algunos de los usuarios de la justicia no cuentan con parámetros para la toma de riesgos, lo que disminuye el potencial de la velocidad de las transacciones económicas. Por estos costos, ha perdurado la idea de que nada en la justicia es gratis.

De la noción de que la *justicia no es gratuita* se puede concluir que las críticas del siglo XVIII no difieren mucho de las recientes. Para los pensadores en desacuerdo, las tasas son un factor para negar el acceso a la justicia y una propuesta para mitigar la litigiosidad. Señalan que la llamada *equidad* con la que se justifica el pago en realidad constituye un límite. *A Protest Against Law Taxes* se editó por primera vez en 1795, cuando Inglaterra afrontaba una crisis económica profunda y los precios de los alimentos se habían disparado<sup>79</sup>. Para Bentham, “cualquier tasa es mejor que la tasa judicial”. En efecto, según este doctrinante, las tasas o los aranceles judiciales en sí mismos constituyen una penalidad. Quienes pagan las tasas se dividen en dos: los que cuentan con los medios para pagarlos y los que no. Sin distinción, pagar estas tasas es una penalidad para los dos grupos, así haya o no recursos para pagarlas.

En el caso de Colombia, si un ciudadano decide demandar porque se le ha conculcado o teme por un derecho suyo, estudiará la probabilidad de actuar. Será ese el momento en el que deberá pagar el arancel. Para ello, definirá las pretensiones de su demanda y aplicará las tarifas establecidas en la Ley 1394 del 2010. Es decir, el arancel se paga por una persona natural o jurídica en el momento “[...] preciso en que la probabilidad de que carezca de tales recursos es la máxima”<sup>80</sup>. Así, su problema de exigibilidad del cumplimiento de una obligación ejecutiva se carga con un valor extraordinario.

justicia, sino sólo el de parte de las asistencia jurídica gratuita”. Se trata de una cifra con componentes arbitrarios.

79 *Ibidem*, p. 56.

80 *Ibidem*.

Las tasas o los aranceles judiciales se aplican sobre la abundancia de la propiedad. Su característica sobresaliente es que son una tasa sobre la aflicción<sup>81</sup>. Bentham las llamaba tasas sobre *distress*. Las personas naturales se estresan, ya que no están habituadas a estas discusiones judiciales; contrario de las personas jurídicas o el sector financiero, que demandan con frecuencia por las obligaciones hipotecarias vencidas por impagos. Este grupo está habituado, lo que no ocurre con el ciudadano común, que no usa con frecuencia el sistema judicial, y, según el autor, se angustia. Sin embargo, el Estado social de derecho justifica estas tasas como una manera de distribuir la riqueza en la sociedad y una recompensa que recibe cualquier ciudadano frente al valor justicia.

### A. Una tasa sobre el pan y otra sobre la justicia

Bentham ilustra sus críticas a las tasas judiciales con la comparación entre la tasa sobre el pan y la de la justicia. Una tasa sobre una barra de pan se puede considerar buena, pues esa compra menguará el hambre del pobre o del rico. Comerán tanto pan como tengan para pagar tal tasa. De cualquier manera, quien no tenga suficiente dinero para comprar pan con algo satisfará su deseo de comer. Si esta tasa se compara con la de la justicia, saldría victoriosa. Habrá más pan cuanto más dinero se tenga, así se obtendrá más y más. Pero cuando se paga una tasa o arancel por la justicia no sucede lo mismo. No siempre se consigue el tipo de justicia deseada cuando se paga para financiar la implementación de los estatutos procesales que establecen los procesos orales, las audiencias en la jurisdicción ordinaria y en la contenciosa administrativa, las mejoras y las adecuaciones de las infraestructuras física y tecnológica que garanticen un acceso eficiente a la administración de justicia. Es evidente, conforme a las experiencias en otros países, que un mayor gasto no redundan en la mejora de eficiencia<sup>82</sup>. Si se compara, no es lo mismo lo que se recibe cuando se ha pagado la tasa del pan que lo que se recibirá por pagar un arancel judicial.

Los cambios y ajustes del proceso ejecutivo en Colombia han llevado a que este tome mil cuatrocientos días hábiles, mientras que países como Alemania y España han gastado en este proceso entre ciento ochenta días y quince meses. Esto no justifica su pago, ni siquiera para quienes son contribuyentes pudientes. Si bien con los recursos recaudados se espera maximizar los esfuerzos para desatascar la justicia, aún se cuestiona la eficiencia de tales esfuerzos.

81 *Ibidem*, p. 60.

82 Mauricio Rubio. *Economía jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 649.

Veamos el siguiente razonamiento que hace Bentham sobre el ejemplo de la tasa sobre el pan:

Si hubiera que poner un timbre de tres peniques en cada barra de pan de tres peniques, una persona que sólo tuviera tres peniques para gastar en pan, ya no podría, de hecho, adquirir una barra de pan de tres peniques; pero un panadero complaciente podría partírle la mitad de esa barra de pan. Una tasa sobre la justicia no admite semejante partición. El más complaciente de los estanqueros no le puede partir a nadie por la mitad un requerimiento judicial de comparecencia o una demanda. Media justicia, cuando pudiere darse, sería mejor que ninguna justicia; pero si no se compra el impreso entero del documento no hay forma de conseguir ni siquiera un ápice de justicia<sup>83</sup>.

A nadie se le garantiza que al pagar el arancel judicial se cumplirán los propósitos que financia, como mejorar el acceso a la justicia, la tutela efectiva o el derecho a la jurisdicción. En Colombia, no se han resuelto los problemas del proceso civil frente a la congestión y al esquema del proceso. Desde las reformas de 1970 hasta el 2012, hay escepticismo con respecto a que esto se logró con los recursos del arancel judicial. Lo único claro es que contribuirá a financiar el costo de la justicia.

Aún está la pregunta de si con dicho recaudo se contribuirá a disminuir la litigiosidad, es decir, si se traducirá en un desincentivo económico para acudir al servicio de la justicia. En España, la respuesta es negativa: la crisis económica ha disparado en un 500 % los procesos ejecutivos hipotecarios<sup>84</sup>. En Colombia, el crecimiento de la demanda se mantiene<sup>85</sup>.

## **B. La tasa judicial perjudica todos los bienes necesarios**

Una persona natural puede privarse de pagar ciertas tasas o aranceles sobre determinados servicios, por lo que se estaría privando de unos bienes necesarios y nada más. La tasa o el arancel no se aplica a uno o varios bienes necesarios, sino a todos los bienes necesarios juntos. Esto, en particular, con el Código General del Proceso y la Ley 1394 del 2010: quien pierda en la *litis* pagará las costas del proceso, que consistirán en la totalidad de las expensas y los gastos sufragados durante su curso y las agencias en derecho. Esto quiere decir que

83 Bentham. *Op. cit.*, p. 64.

84 *El País*. Las ejecuciones hipotecarias subieron un 500 %, 2015. Consultado el 15 de mayo del 2015 en [http://economia.elpais.com/economia/2015/05/02/actualidad/1430580640\\_158055.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/05/02/actualidad/1430580640_158055.html).

85 Consejo Superior de la Judicatura. *Plan sectorial de la administración de justicia 2015-2018*. Bogotá, 2014, pp. 123-131.

el demandante, en principio, paga el arancel judicial, pero, en últimas, el sujeto pasivo del arancel es quien pierde el proceso. Todos esos bienes juntos son la *justicia*, son todo lo que compone la necesidad de los individuos, que se desnaturalizan cuando tienen que pagar una suma de dinero.

#### CONCLUSIÓN

No cabe duda de que la protesta contra las tasas o los aranceles judiciales no es una mera contradicción política o social de quienes están en desacuerdo con ellas, pues tiene repercusiones en los costos que se deben evaluar al inicio de un proceso. Su introducción refleja un cambio en el modelo de financiación de la rama judicial, que pretende modernizarse. Además, es claro que son insuficientes los recursos para intentar disminuir la congestión judicial. La administración de justicia colombiana se ha impuesto grandes metas, pero no cuenta con los recursos para alcanzarlas. Es una lástima que, por lo general, los ajustes presupuestales se calculen después de la vigencia de las leyes que introducen los cambios.

Las tasas judiciales son un asunto de cuidado. La crisis económica española ha llevado a recortes presupuestales para la justicia, por lo que la tasa judicial se ha convertido en un instrumento para *racionalizar el ejercicio de la potestad jurisdiccional* (disminuir la litigiosidad) y *obtener recursos para mejorar la financiación del sistema judicial y, en particular, la asistencia jurídica gratuita*. Caso similar al de Colombia, que pretende recaudar por vía del arancel judicial y por otras iniciativas legales un rubro adicional para modernizar la justicia y financiar las reformas judiciales que implementan la oralidad, pero se planea como un estrategia para atacar la excesiva litigiosidad al inicio del proceso.

La reforma judicial civil española inició en el 2000. Aún el sistema tiene fallas estructurales que no han cambiado con la repotenciación financiera proveniente de las tasas judiciales. Es paradójico que nuestro país haya tomado como referentes varios de los principios y esquemas del proceso civil español y de la susodicha tasa judicial. Todo esto demuestra que la basta experiencia española en tasas judiciales ha sido inane para menguar o resolver las fallas del sistema judicial en todos los órdenes. Esto ha de servir de ilustración para Colombia.

La ley española 10 del 20 noviembre del 2012 sobre la mayor cobertura de las tasas judiciales en órdenes jurisdiccionales, procesos y sujetos fue demanda por la Sala Séptima de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional. Esta arguye la inconstitucionalidad de la ley de las tasas, pues esta condiciona el acceso a la justicia y vulnera el derecho a la tutela judicial. Persiste el argumento

de que esta ley se opone a la Constitución, aun cuando el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado a favor de las tasas judiciales y del artículo 35 de la Ley 53 del 30 de diciembre del 2002. Además, se insiste en que aún quedan argumentos por revisar, como que a pesar de ser lícito el cobro de la tasa judicial, aquello que criticaba Bentham, se limita el acceso a la justicia para quienes buscan en la ley su protección. Si bien ciertos límites al acceso son constitucionales, el pago de la tasa judicial no puede condicionar el acceso a la jurisdicción para obtener tutela efectiva. Si la tasa no se paga, se afectaría este derecho constitucional, que es inevitable confinarlo a la inconstitucionalidad. Así lo ha dicho el auto de la Audiencia Nacional:

Esta previsión es insuficiente porque no se tiene en cuenta la proporcionalidad que debe regir entre el fin perseguido por la norma mencionada, cual es la de financiar el servicio público de la Administración de Justicia con cargo a los justiciables que más se benefician de la actividad jurisdiccional, disminuyendo correlativamente la financiación procedente de los impuestos, a cargo de todos los ciudadanos; y los principios de capacidad económica, igualdad, equidad y justicia que debe presidir todo sistema tributario que pretende garantizar el sostenimiento de los gastos públicos a que se refiere el art. 31 CE. Ausencia de toda proporcionalidad que encuentra incluso su manifestación expresa en el apartado II de la Exposición que *“asimismo, la determinación de la carga tributaria no se hace a partir de la capacidad económica del contribuyente, sino del coste del servicio prestado, que nunca puede superarse”*<sup>86</sup>.

Lo que se demuestra es que la cuantía de las tasas contempladas en la ley española es tan elevada que impide el acceso a la jurisdicción o la obstaculiza de manera irrazonable. Eso es distinto al caso de Colombia, donde es razonable cobrar el arancel judicial al finalizar el proceso de ejecución.

La implementación global de las tasas o los aranceles judiciales de alguna manera está cambiando el aspecto de lo que consideramos *justicia* y el libre acceso a ella. La forma en que se administran los recursos y el presupuesto para la administración de justicia ha modificado su comprensión y su efecto constitucional. La justicia vista como servicio público no sólo beneficia a quien la exige, sino a todos los ciudadanos. La justicia es un servicio público con alcances generales que tiene una proyección pública innegable: no sólo beneficia a un ciudadano en concreto, sino a cualquiera que acceda a ella. En concreto, al Estado le interesa que la justicia tenga tal alcance y se cumpla sin limitación alguna.

86 Audiencia Nacional. *Sala Nacional de lo contencioso-administrativo, sección 007*, 2013.

Este texto culmina con la siguiente idea: la manera como se imparte la justicia en Colombia afecta a la condición de ciudadanía, a todas las facetas de la vida relacionadas con el derecho, con su interpretación, con su concepción de justicia, con la verificación de la legalidad, con la influencia en la economía y con la recaudación de tributos<sup>87</sup>. Las tasas o los aranceles no son cualquier tributo: se contraponen a los objetivos de la lucha por el derecho, de los que hablaba Ihering. Los que pueden pagar las tasas o los arancel podrán abonar una suma de dinero en rescate de un derecho o sencillamente no hacerlo. El desposeído sacrificará su paz y no resistirá ante el adversario, pues aunque la suma de dinero que pretenda le reporte sólo la paz, cederá para que su pérdida no sea mayor.

La lucha por el derecho es una pura regla de cálculo, en la que se pesan las ventajas y las pérdidas de demandar<sup>88</sup>. Ante la conculcación de los derechos, todos los sujetos toman decisiones diferentes, unos quieren demandar y otros no. Es una cuestión de decisión. Lo que no puede pasar es que las tasas o los aranceles judiciales constituyan una talanquera adicional para sobrepasar al estadio de la justicia.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Audiencia Nacional. *Sala Nacional de lo contencioso-administrativo, sección 007*, 2013.
- Bentham, Jeremy. *Una protesta contra las tasas judiciales*, traducido por Guadalupe Rubio de Urquía. Madrid: Thomson Reuters y Civitas, 2013.
- Birgin, Haydée y Natalia Gherardi. “La garantía del acceso a la justicia: aportes empíricos y conceptuales”. En *Acceso a la justicia y al proceso legal: creando instituciones más receptivas a los pobres en los países en desarrollo*. México: Fontamara, 2011.
- Boletín Oficial del Estado*, n.º 280, 2012. Consultado el 24 de agosto del 2014 en <http://www.boe.es/boe/dias/2012/11/21/pdfs/BOE-A-2012-14301.pdf>.
- Borrajo, Ignacio. “El marco constitucional de las tasas judiciales”. *El derecho*. Grupo Francis Lefebvre, 2013. Consultado el 12 septiembre del 2013 en [http://www.elderecho.com/administrativo/marco-constitucional-tasas-judiciales\\_11\\_549430004.html](http://www.elderecho.com/administrativo/marco-constitucional-tasas-judiciales_11_549430004.html).

87 Mercedes Ruiz Garijo. “El retorno de las tasas judiciales, un debate abierto”. *Nueva fiscalidad*, n.º 7, 2004, p. 4.

88 Rudolf Von Ihering. *La lucha por el derecho*, 2003. Consultado el 12 septiembre del 2013 en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/1721.pdf>.

- Caracol Radio*. Conozca las cifras de la descongestión judicial, 2014. Consultado en [http://caracol.com.co/radio/2014/10/25/judicial/1414241940\\_478305.html](http://caracol.com.co/radio/2014/10/25/judicial/1414241940_478305.html).
- Coloma, Germán. *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires: Fundación Centro de estudios políticos y administrativos, 2001.
- Congreso de la República. “Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 188 del 2009”. *Gaceta del Congreso*, n.º 165, 2010.
- Congreso de la República. “Proyecto de Ley 019 del 2011”. *Gaceta del Congreso*, n.º 532, 2011. Consultado el 11 de septiembre del 2013 en [http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar\\_documento?p\\_tipo=05&p\\_numero=019&p\\_consec=29624](http://servoaspr.imprenta.gov.co:7778/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=019&p_consec=29624).
- Congreso de la República. “Proyecto de Ley 232 del 2008”. *Gaceta del Congreso*, n.º 932, 2008. Consultado el 22 del agosto del 2014 en [http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel\\_3](http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.nivel_3).
- Congreso de los Diputados. “Proyecto de Ley 121/000018 por el que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses”. *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, n.º 18-1, 2012.
- Consejo General del Poder Judicial. *Mediación intrajudicial en España*, 2013.
- Consejo Superior de la Judicatura. *Boletín estadístico*, n.º 1, 2012.
- Consejo Superior de la Judicatura. *Plan sectorial de la administración de justicia 2015-2018*. Bogotá, 2014.
- Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Corporación Excelencia de la Justicia. *Inversión en materia de descongestión*, 2012. Consultado el 30 del agosto del 2014 en <http://www.cej.org.co/index.php/todos-justi/3340-inversion-en-materia-de-descongestion>.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Análisis de la situación presupuestal del sector jurisdiccional para el año 2013*, 2013. Consultado el 11 de septiembre del 2013 en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Z2dRObfQpzEJ:www.cej.org.co/index.php>.

- Corte Constitucional. *Sentencia C-368 del 11 mayo del 2011*. Exp. D-8245. Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-643 del 31 de agosto del 2011*. Exp. D-8394. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-169 del 2014*. Exp. D-9806, 9811, 9814 y otros. Magistrado ponente María Victoria Calle Correa.
- Dane. *Pobreza en Colombia*. Bogotá, 2012.
- El País*. “Las ejecuciones hipotecarias subieron un 500 %”. 2015. Consultado el 15 de mayo del 2015 en [http://economia.elpais.com/economia/2015/05/02/actualidad/1430580640\\_158055.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/05/02/actualidad/1430580640_158055.html).
- Esquirol, Jorge. *Las ficciones del derecho latinoamericano*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, 2014.
- Glover, Helen. “Tasas judiciales. Fórmula recaudatoria destinada a sufragar parcialmente el coste de los procesos judiciales”. *Usos e Instrumentos jurídicos*, 2003.
- García-Atance, Juan Molins. “Las nuevas tasas judiciales”. *Diario La Ley*, n.º 8023, 2013.
- Hammergren, Linn. *Quince años de reforma judicial en América Latina: dónde estamos y por qué no hemos progresado más*. OEA, Departamento de Derecho Internacional, 1999. Consultado en <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti5.htm>.
- Hammergren, Linn. *Envisionig Reform: Conceptual and Practical Obstacles to Improving Judicial Performance in Latin America*. Kindle Edition, 2007.
- Poder Judicial España*. “Panorámica de la Justicia durante el 2013”. Consultado el 5 de marzo del 2015 en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica%2DJudicial/Informes%2Destadisticos/Informes%2Dperiodicos>.
- Querol Aragón, Nuria. *Análisis económico del derecho*. Madrid: Dykison, 2014.
- Rodríguez Carbajo, José Ramón. “Las tasas judiciales: retorno a 1959”. *Actualidad Administrativa*, n.º 19-20, 2012.
- Rodríguez Carbajo, José Vicente. “Tasas judiciales en el orden procesal civil”. *Diario La Ley*, n.º 8037, 2013.

- Rodríguez Prieto, Fernando. *El colapso de la justicia, las tasas judiciales y sus posibles alternativas*, 2012. Consultado el 5 septiembre del 2013 en <http://hayderecho.com/2012/11/02/el-colapso-de-la-justicia-las-tasas-judiciales-y-sus-posibles-alternativas>.
- Rubio, Mauricio. *Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Rudolf Von Ihering. *La lucha por el derecho*, 2003. Consultado el 12 septiembre del 2013 en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/1721.pdf>.
- Rueda Fonseca, María del Socorro. “Otra oportunidad perdida: el amparo de pobreza”. En *Correo Judicial*, n.º 13, 2012.
- Rueda Fonseca, María del Socorro. “La raíz del Código General del Proceso: una movida concéntrica”. En *Asuntos procesales y de la Administración de Justicia*. Barranquilla: Universidad del Norte, 2013.
- Ruiz Garijo, Mercedes. “El retorno de las tasas judiciales, un debate abierto”. *Nueva Fiscalidad*, n.º 7, 2004.
- Tribunal Constitucional. *Sentencia 20 del 16 de febrero del 2012*.
- Universidad Diego Portales. *Tasas judiciales en la experiencia comparada*. Resumen ejecutivo. Santiago de Chile, 2012. Consultado el 5 septiembre del 2013 en <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Resumen-Ejecutivo-de-Tasas-Judiciales.pdf>.
- Universidad Nacional de Colombia. Centro de Investigación para el Desarrollo (CID). *Profundización para medir el monto de las pretensiones, estado de los procesos y partes procesales y estimar así las bases para la reglamentación de arancel judicial en los procesos contencioso administrativos, comerciales y civiles*, 2009.
- Vargas Viancos, Juan Enrique. *Financiamiento privado de la justicia: las tasas judiciales. Informe Centro de Estudios de Justicia de las Américas*. Consultado el 20 agosto del 2013 en <http://cejamericas.org/index.php/es/areas-de-trabajo/gestion-institucional/financiamiento-y-presupuesto-de-la-justicia/productos/informes-de-financiamiento>.

## ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES. LA TOMA DE DECISIONES EN UN GRUPO DE EMPRESAS

MARÍA FERNANDA PEÑA BORTONE\*

**Resumen:** Los grupos de sociedades son un tipo de organización empresarial que se ha convertido en una realidad económica que cada día gana más espacio en el sistema económico mundial; sin embargo, no es clara su definición y regulación en el sistema jurídico. Las grandes empresas se organizan así, bajo una dirección unitaria, porque les permite disminuir costos, aumentar ganancias y diversificar la oferta, entre otras razones. Pese a esto, dicha forma presenta el problema del perjuicio o la desventaja que las instrucciones de la empresa controlante pueden producir en la controlada. Para remediarlo, algunos países han aplicado la teoría de las ventajas compensatorias o doctrina Rozenblum, que puede entenderse como la aplicación del criterio Kaldor-Hicks. El presente capítulo estudiará desde la perspectiva del análisis económico del derecho la aplicación de ese criterio.

**Palabras clave:** grupo de sociedades, grupo empresarial, teoría de las ventajas compensatorias, doctrina Rozenblum.

### INTRODUCCIÓN

No es una cuestión nueva que el derecho busque ordenar las diversas modalidades de la empresa. Las realidades económicas más que las jurídicas son las que definen los diversos tipos de asociaciones, desde las primigenias empresas de la Edad Media hasta las agrupaciones societarias no tradicionales. En la actualidad, en el derecho societario hay un incremento en la utilización de figuras atípicas de asociación para la producción de bienes y servicios. Así, el legislador ha superado el estudio de la sociedad aislada o sociedad isla como forma empresarial por excelencia. Nos encontramos con un nuevo tipo de organización societaria que aunque no tiene personalidad jurídica propia, sí es muy común en el tráfico empresarial contemporáneo. Esta nueva forma no es sólo una realidad jurídica

\* Abogada de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Especialista en Derecho Corporativo de la Universidad Metropolitana, Venezuela. Magíster y doctora en Derecho de la Universidad de los Andes, Colombia. Profesora agregada de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Los Andes, Venezuela. Correo electrónico: bortone@ula.ve.

sino una económica. La atención del legislador y de los estudiosos tanto del derecho como de la economía se ha orientado a la regulación de los grupos empresariales, grupos de empresas o grupos societarios<sup>1</sup>.

En la mayoría de las legislaciones del mundo, la libertad de asociarse y comerciar está presente: es el eje fundamental del derecho de los negocios. Los principios que dominan el mundo económico terminan por moldear las regulaciones empresariales<sup>2</sup>. Las tendencias concentracionistas económicas actuales ven en el grupo de sociedades un instrumento privilegiado para las diversas maneras de concentración de la empresa<sup>3</sup>, que por su flexibilidad se ajustan a la necesidad empresarial. Es un reto para el derecho enlazar la regulación legislativa de la unidad económica con la pluralidad jurídica que la caracteriza. Para esto es necesario no sólo crear el derecho de grupos de sociedades<sup>4</sup>, sino usar las herramientas de otras ramas, para la regulación y organización.

Para algunos autores, como el argentino Roitman, uno de los sistemas jurídicos que mejor regula a los grupos empresariales es el italiano. Según Roitman, este sistema ha solucionado algunos problemas, como el conflicto de interés por el paso de la voluntad decisoria de las empresas controladas a la controlante<sup>5</sup>. Es decir, ha determinado si el interés que hace valer la controlante sobre el de la controlada es particular o pudiera hablarse de otro superior o interés de grupo. En virtud del desplazamiento de la voluntad decisoria, la controlante o dominante toma o debe tomar decisiones que no sean provechosas para alguna de las sociedades dominadas del grupo. Esto hace suponer que existe responsabilidad por parte de la controlante. Para remediar esta situación, se han dado dos soluciones o remedios posibles: por una parte, los propios del derecho mercantil o del derecho común; y por la otra, un sistema de compensación o indemnización, que se conoce como la teoría de las ventajas compensatorias o doctrina Rozenblum. Principalmente, los sistemas europeos y Brasil aplican esta teoría.

- 1 Pablo Girgado Perandones. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- 2 Horacio Roitman, Hugo Aguirre y Eduardo Chiavassa. *Manual de sociedades comerciales*. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- 3 Alfredo Morles Hernández. “La regulación fragmentaria de los grupos de sociedades y su repercusión en la jurisprudencia”. En *Derecho de grupos de sociedades*, editado por Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- 4 José Miguel Embid Irujo. “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz, revista vasca de economía* 68, 2008, pp. 84-101. Consultado el 20 de agosto del 2013 en [http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4\\_c.apl?REG=919](http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4_c.apl?REG=919).
- 5 Roitman *et al.* *Op. cit.*

La teoría de las ventajas compensatorias supone que en el ejercicio de la voluntad decisoria de la empresa controlante se puede generar una desventaja para una de las empresas controladas, siempre y cuando se pueda compensar con un beneficio igual o mayor, en pro de la utilidad común del grupo. Así, pues, desde el análisis económico del derecho, se ha considerado que la teoría de las ventajas compensatorias puede ser una aplicación del óptimo de Pareto o del criterio Kaldor-Hicks de maximización de la riqueza, criterio con el que estamos de acuerdo, dada la posibilidad de la reparación del daño, mas no la efectiva compensación, como se verá más adelante.

El presente capítulo da al lector una primera mirada sobre el desplazamiento de la voluntad decisoria, en esta atípica manera de concentración societaria. Además, propone de qué manera esta organización puede generar efectos adversos para la sociedad controlada y estudia, desde el análisis económico del derecho, uno de los remedios usados para compensar estos perjuicios patrimoniales que puede sufrir la controlada, en la ejecución de las instrucciones de la controlante.

#### I. LA SOCIEDAD ANÓNIMA, EL GRUPO DE SOCIEDADES Y LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL

Una de las áreas en las que existe mayor conexión entre el derecho y la economía es en el derecho societario. Se considera que en la actualidad “[...] no puede concebirse ninguna institución de este sistema jurídico sin tener en cuenta sus implicaciones económicas”<sup>6</sup>. Además, el estudio de las instituciones económicas, como la empresa y el mercado, y el análisis de las leyes que las rigen son vitales para comprender cómo funciona el sistema económico<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista económico, podemos observar que el proceso de producción y distribución de bienes y servicios se hace a través de unidades, cuyas dimensiones son variantes. Las unidades económicas no son otra cosa que las empresas que coinciden en la vestidura, forma o herramienta jurídica utilizada para su organización, que es la sociedad<sup>8</sup>. Por su parte, tomar la decisión de ejecutar el proceso de producción, distribución y comercialización de bienes y servicios en el mercado a través del comerciante individual o colectivo

6 Francisco Reyes Villamizar. *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá: Legis, 2013, p. xxiii.

7 Oliver E. Williamson. “Reseña del libro *The firm, the market, and the law*”. *California Law Review* 77, n.º 1, 1989, pp. 223-231.

8 Hernández. *Op. cit.*

no es más que una acción, una elección por definición económica, pues en últimas persigue alcanzar un objetivo de la manera más conveniente<sup>9</sup>.

Desde principios de siglo XX, Ronald Coase en *The nature of the firm* (1937) indagó sobre la importancia de la firma o sociedad mercantil para la economía. Argumentó que la predilección en el uso de la firma o la sociedad para la producción de bienes y servicios obedece a una reducción de los costos, si se compara con la producción y la comercialización de los productos por parte de comerciantes individuales.

Al profundizar en el tema, podemos encontrar que la teoría tradicional considera que el mercado es eficiente. Si esto fuera cierto, sería más barato para el empresario individual realizar todas sus contrataciones externamente. Esto sería así en el hipotético caso de que los participantes en el mercado actuaran bajo los presupuestos de eficiencia (no hay costos de contratación, porque los sujetos actúan de manera eficaz), información (existe suficiente información para la toma de decisiones) y racionalidad (se utiliza la información de manera racional y conveniente a las propias necesidades)<sup>10</sup>.

Sin embargo, Coase rebate esta teoría, debido a que en la vida real existen “[...] (i) costos de información y otros requeridos para procurar el bien o servicio, (ii) costos de negociación y (iii) costos en que se debe incurrir para hacer efectivas las obligaciones (*enforcement*)”<sup>11</sup>. Esto hace que el comerciante individual analice de una manera más racional cómo maximizar la ganancia con el menor costo posible. Si entramos en el análisis económico del derecho societario, veremos que “[...] Coase concibió la sociedad comercial como una organización en la que se le confiere autoridad al empresario para dirigir los recursos productivos, de manera que puedan evitarse los costos que implica la negociación individual aludida”<sup>12</sup>. De esta manera, se genera una multiplicidad de contratos al interior de las firmas que escapan al sistema del mercado y, por consiguiente, lo sustituyen. Así, se disminuyen los costos operacionales de la firma, en comparación con los del empresario individual. Es justo el mercado interno creado por las sociedades el que permite que se desarrollen, ya que pueden producir internamente lo que requieran. En síntesis, según la teoría coseana de la firma, “[...] las sociedades surgen cuando es posible reducir costos mediante la delegación

9 Ricardo Rojas, Osvaldo Schenone y Eduardo Stordeur. *Nociones de análisis económico del derecho privada*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, Mayaprin, 2012.

10 Villamizar. *Op. cit.*

11 Villamizar. *Op. cit.*, p. 23.

12 *Ibidem*, p. 3.

de poder que se hace en un administrador, quien queda facultado para dirigir la asignación que la firma hará de los factores de producción”<sup>13</sup>.

La realidad empresarial avanza conforme al mercado, las innovaciones tecnológicas, las comunicaciones y la sociedad en general. Es por esto que la sociedad mercantil aislada o isla es insuficiente para satisfacer las demandas globales. Debido a que la libertad de empresa es un derecho en la mayoría de las legislaciones del mundo<sup>14</sup>, las sociedades mercantiles han desarrollado relaciones intersocietarias, en las que una dirección común es fundamental y en las que se han creado los grupos empresariales. A grandes rasgos, estos son un conjunto de personas jurídicas, por lo general sociedades mercantiles, con un objeto social similar, independientes en su formación y personalidad jurídica, pero que se encuentran subordinadas, directa, indirecta, contractual o accionariamente, a una empresa controlante. Esta tiene el poder de indicar la dirección unitaria de las actividades a las que se dedicará el grupo y de señalar cómo han de conseguirla<sup>15</sup>.

El grupo de sociedades es un agregado de sujetos de derecho. Aunque no tiene personalidad jurídica, es una superposición de figuras que puede ser reversible. Uno de sus rasgos esenciales es la diversidad jurídica de los entes que lo componen. Es el actuar de una sola gran empresa fraccionado en varias compañías que ejercen diversas fases de la actividad productiva<sup>16</sup>. A pesar de que los grupos de empresas son cada vez más comunes en el mercado, no encontramos los perfiles ni las formas exactas y bien definidas que se les han dado en el derecho a la sociedad mercantil. Al definirlos, no podemos usar sólo el criterio de la multiplicidad de sociedades, pues no todo conjunto de empresas es un grupo. Tampoco podemos usar el de la identidad de socios o accionistas en las empresas, pues sin un objetivo común este tipo de organización no podrá existir. Es la secuencia de interacciones simultáneas y sucesivas de las diversas empresas que lo conforman y la orientación a conseguir un resultado económico perseguido por todos lo que caracteriza al grupo.

Según Embid Irujo, el grupo es la suma de varios sujetos de derecho, que termina por tener una estructura propia<sup>17</sup>. Este debe observarse y estudiarse como una

13 *Ibidem*, p. 25.

14 Roitman *et al.* *Op. cit.*

15 María Fernanda Peña Bortone. *Grupo de empresas en Venezuela: visión doctrinaria y análisis de la normativa jurídica reguladora*. Caracas: Universidad Metropolitana, 2007. Consultado el 22 de agosto del 2013 en <http://goo.gl/DcmkAB>.

16 Juan Antonio Gaviria Gil. “Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI”. *Revista internacional foro de derecho mercantil*, n.º 9, 2005.

17 José Miguel Embid Irujo. “Grupo de sociedades y gobierno corporativo”. *VII Congreso Argentino de Derecho Societario*, 1998.

modalidad de empresa, no sólo como un agregado de sociedades mercantiles. La tradición jurídica y los modelos de regulación influirán en su caracterización y conceptualización. Así, Fuentes Naharro nos explica que en la tradición alemana el grupo gira en torno al concepto de *dirección unificada*<sup>18</sup>. En el derecho portugués, el concepto se crea a partir del instrumento que vincula a las empresas<sup>19</sup> y se construye a partir de las ideas de dirección unitaria y legítima consecución del interés. Según la autora, la doctrina y la jurisprudencia de los Estados Unidos elaboraron la noción de grupo con base en el exclusivo elemento de control y dependencia, es decir, debe estar fundamentado en la participación en el capital o el dominio societario. En la actualidad, tal vez por la influencia del derecho comparado, al control societario se le ha agregado la política común, es decir, la dirección unitaria. En Reino Unido, se conjugan de manera indisoluble los elementos de la dirección unitaria y el dominio societario, con independencia de la forma con la cual se obtuvo. En Francia e Italia, la doctrina clásica usó el elemento de control y dependencia para definir el fenómeno del grupo empresarial. Sin embargo, hubo un cambio en la concepción de los doctrinantes y cada vez más se acepta la construcción en torno a una dirección unitaria<sup>20</sup>. En América Latina, sólo por citar algunos ejemplos, en Colombia, la Ley 222 de 1995 indica que además de la subordinación debe existir la unidad de propósito y dirección —la dirección unitaria—, conforme con la doctrina anglosajona. En Venezuela, la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia señaló algunas características de los grupos económicos, en concordancia con la tendencia dominante en el mundo entero de que deben coexistir el control y la dirección unitaria<sup>21</sup>. En Argentina, por su parte, la doctrina considera que la dirección unitaria es un elemento prescindible, de manera que se inclina por la forma germana. En definitiva, podemos decir que la doctrina distingue entre el concepto anglosajón y el germano, en la medida en que se estime necesaria o no la dependencia para determinar la existencia del fenómeno<sup>22</sup>.

Así, pues, según Embid Irujo, en un grupo de empresas lo relevante es la coordinación de diversos centros autónomos actuantes en el tráfico económico<sup>23</sup>. Por

18 Mónica Fuentes Naharro. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra: Aranzadi, 2007.

19 Se considerará un grupo a toda unión de sociedades que emplee uno de los siguientes instrumentos: (1) el contrato de subordinación, (2) el contrato de grupo paritario o (3) dominio total.

20 *Ibidem*.

21 Allan Brewer Carías. “La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela”. En *Derecho de grupos de sociedades*, editado por Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

22 Naharro. *Op. cit.*

23 Embid Irujo. *Op. cit.*

lo tanto, se pueden producir importantes consecuencias en el tratamiento jurídico del grupo y de sus integrantes, sobre todo en lo que se refiere a la responsabilidad como organización. Esta debe entenderse como una compleja realidad interactiva de las sociedades que lo integran. Entonces, el sujeto responsable no se identifica *a priori*, sino que cada supuesto conducirá a una imputación determinada: unas veces será la sociedad dominante, otras el conjunto de sociedades que lo componen, en ocasiones, algunas de ellas.

Los grupos, entonces, se crean a través de un entramado de relaciones y contratos intersocietarios<sup>24</sup>, que permiten que una empresa pueda tener una facultad decisoria o de administración sobre otras. Además, la controlante puede determinar las acciones que debe seguir la controlada, en la búsqueda del fin social común. En la economía actual, hay un cambio progresivo en la forma de ordenar las organizaciones económicas, que las legislaciones no han adoptado lo suficiente. El grupo de empresas es, así, una nueva realidad que impera en los mercados. Es una unidad económica que realiza una actividad propia de una empresa, a través de la vinculación entre diversas sociedades<sup>25</sup>.

*Mutatis mutandis*, se reducen los costos en los que incurriría cada una de esas empresas si actuara por separado, en vez de actuar de manera concertada o coordinada, en la búsqueda del fin grupal. La función primaria de una organización, como el grupo de empresas, está muy relacionada con la financiación del conjunto de sociedades. Las operaciones comerciales, estratégicas y contables comunes pueden significar una transferencia patrimonial<sup>26</sup>.

Si bien los grupos empresariales no tienen una normativa legal que establezca cómo han de darse las relaciones intragrupales, por lo general se aceptan los principios del gobierno corporativo. Si se considera la firma societaria unitaria, el *corporate governance* o gobierno corporativo es necesario para los ordenamientos positivos modernos. Las circunstancias económicas, sociales y culturales actuales precisan de un gobierno empresarial que garantice la maximización de los rendimientos financieros a los inversionistas y tenga en cuenta los intereses de todos los sujetos que puedan verse afectados en el desarrollo de una empresa societaria<sup>27</sup>.

24 Adquisición de paquetes accionarios de la dominante sobre la dominada, contratos de dominio, contratos de distribución, representación en asambleas, contratos de subordinación, entre otros.

25 Girgado Perandones. *Op. cit.*

26 Fuentes Naharro. *Op. cit.*

27 Wilson Iván Morgenstein Sánchez. "El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano". *Revis@ e-Mercatoria* 10, 2011, pp. 1-21 Consultado el 21 del agosto del 2013 en <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML1/114.html>.

En el caso de los grupos empresariales, el *corporate governance* pretende la autorregulación, sin perjuicio de la existencia de ciertas normas legales sobre la figura. El gobierno corporativo determina las normas legales que afectan a los derechos, poderes y deberes de los órganos de gestión, de los accionistas y de los miembros de los grupos<sup>28</sup>. Embid Irujo (1998) explica que al considerarse el grupo de empresas una modalidad de gobierno corporativo, por una parte, se procura tutelar los intereses de los socios minoritarios o externos y de los acreedores de las sociedades dominadas, para optimizar de esta manera el funcionamiento. Por la otra, las normas que regulen el grupo deben buscar un equilibrio entre la unidad y la autonomía de las sociedades. Esto con la finalidad de lograr una solución también equilibrada de los conflictos de intereses, el poder decisorio, la potestad directiva, la responsabilidad patrimonial de las sociedades y la de los administradores, todos estos, problemas específicos del grupo.

## II. EL DESPLAZAMIENTO DE LA VOLUNTAD DECISORIA EN LOS GRUPOS EMPRESARIALES Y SU RESPONSABILIDAD

Hemos indicado que el derecho de grupos empresariales define la dirección unitaria como una de las características fundamentales de esta forma de organización. La mayoría de los autores piensa que este debe ser el eje del estudio de los grupos empresariales. En la formación de estos, la dirección unitaria es suficiente para su consolidación, sin que se descarte el requisito de dependencia, control o dominio, el que sería, en últimas, absorbido por la dirección unitaria<sup>29</sup>.

La dirección unitaria consiste, a grandes rasgos, en que la empresa dominante, cabeza del grupo o el órgano de dirección ejecute una actividad de gestión. Esta actividad tiene como objetivo alcanzar un fin grupal o interés común y se traduce en una medida económica, presente en todos los tipos de grupos empresariales, con independencia del instrumento utilizado para lograrla. En otras palabras, la dirección unitaria “[...] es la capacidad que tiene un sujeto de derecho (controlante) para someter la conducta de otro (controlado) a sus propios intereses”<sup>30</sup>. La dirección unitaria se concreta en la instrucción, que puede considerarse un

28 José Miguel Embid Irujo. “Grupo de sociedades y gobierno corporativo”. VII Congreso Argentino de Derecho Societario, 1998; José Miguel Embid Irujo. “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz, revista vasca de economía* 68, 2008, pp. 84-101. Consultado el 20 de agosto del 2013 en [http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4\\_c.apl?REG=919](http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4_c.apl?REG=919).

29 Girgado Perandones. *Op. cit.*

30 Horacio Roitman. *El régimen de los grupos en el derecho societario argentino*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, p. 27.

instrumento *logístico* o *material* para hacer efectivo el poder de dirección<sup>31</sup>. En general, podemos decir que el ejercicio del poder de dirección está presente en tres aspectos fundamentales de la sociedad: la planificación, la ejecución y el control; el primero y el último son propios de la empresa controlante, mientras que la ejecución de las instrucciones es función de las controladas. Desde un punto de vista económico, la dirección unitaria consiste en: “(i) planificar la actividad empresarial de las sociedades que componen el grupo, (ii) mandar ejecutar lo planificado —impartiendo instrucciones— y, (iii) finalmente, controlar que lo ejecutado se ajusta a lo planificado”<sup>32</sup>.

Entonces, hay un desplazamiento de la voluntad decisoria de las empresas controladas hacia la controlante. También hay (o se presume que existe) un desplazamiento del interés social de las empresas controladas hacia un nuevo interés colectivo: el del grupo de empresas. Esto produce una transformación del esquema clásico del derecho societario y genera ya no sólo conflictos al interior de las sociedades isla (conflictos entre el interés del administrador y el interés social), sino un conflicto de intereses entre los fines de las dominantes y el interés del grupo. Este último se acepta como un legitimador del actuar concertado de la empresa que decide organizarse de esta manera. Sin embargo, no puede vulnerar el interés de cada una de las sociedades, antes bien, [...] “en caso de conflicto, el interés del grupo debería ceder ante el interés propio de la sociedad dominada”<sup>33</sup>.

Es importante destacar que el desplazamiento del interés social y de la facultad decisoria puede tener varias consecuencias. Puede derivar en un perjuicio concreto para la controlada o puede también generar beneficios o ventajas para esta. Estos se mantendrán siempre y cuando la controlante siga ejerciendo su poder de dirección unitaria en beneficio del interés común<sup>34</sup>. En este ir y venir de ventajas y desventajas, es frecuente que la controlante deba tomar decisiones que perjudiquen o afecten los intereses de algunas de las controladas. Si este fuera el caso, se debe estipular la responsabilidad de la controlante. En este capítulo analizamos uno de los remedios para compensar estos perjuicios patrimoniales que puede sufrir la controlada en la ejecución de las instrucciones.

En la ejecución del poder de dirección en busca del interés común, se define el funcionamiento del grupo. Sin embargo, este elemento legitimador de la agru-

31 Fuentes Naharro. *Op. cit.*

32 *Ibidem*, p. 117.

33 *Ibidem*, p. 147.

34 Roitman. *Op. cit.*

pación societaria pareciera no ser eficiente. Por ello, debe acudirse a un principio básico de justicia material y de eficacia económica para solucionarlo: “[...] compensar o contrarrestar de forma adecuada las desventajas que la consecución del interés de grupo haya podido causar a alguno de sus miembros”<sup>35</sup>. Superponer el interés de la controlada sobre el interés del grupo desvirtuaría su propósito.

Es sorprendente que estos conflictos en el seno de los grupos son parte de la flexibilidad de la estructura y protegen los intereses patrimoniales tanto de las dominadas como de los acreedores. En concreto, la dirección unitaria, reflejada en las instrucciones del órgano de dirección, puede por omisión o por acción generar consecuencias de varios tipos: (1) instrucciones favorables a todas las empresas del grupo y, por ende, al grupo mismo. En este caso, no se generaría ningún tipo de responsabilidad. (2) Instrucciones favorables a la empresa controlante, pero perjudiciales para alguna o algunas de las sociedades controladas. (3) Instrucciones favorables para alguna sociedad controlada y perjudicial para la controlante. Cualquiera de las dos anteriores puede afectar intereses internos (afecciones intragrupos) y externos (relaciones con los acreedores, afectaciones al derecho de la competencia), y supone una responsabilidad del ente que dicta la instrucción en ejercicio de su poder de dirección<sup>36</sup>.

### III. LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS

Hemos visto que el ejercicio de la dirección unitaria puede afectar de diversas maneras intereses intragrupales o externos, lo que genera una obligación de reparación en caso de daño. Al no existir una personalidad jurídica del grupo de empresas, ni un sólo criterio de definición y tratamiento, la doctrina y los tribunales de los distintos ordenamientos jurídicos utilizan herramientas propias del derecho mercantil, del derecho civil e incluso usan figuras de tradiciones jurídicas distintas, como el levantamiento del velo corporativo.

Una de las soluciones al problema de la afectación del interés de la empresa dominada por las decisiones de la dominante es la teoría de las ventajas compensatorias. Conocida también como la doctrina Rozenblum, esta teoría es aplicada por la jurisprudencia francesa desde la década de los ochenta. Desde los años noventa, la doctrina y la jurisprudencia italiana han venido perfeccionándola. Se presentó como una voz crítica a la normativa que al querer resolver el conflicto

35 Fuentes Naharro. *Op. cit.*, p. 149.

36 Girgado Perandones. *Op. cit.*

ignoraba sus particularidades y paralizaba su funcionamiento. Para los doctrinantes que defienden esta teoría, el interés de grupo es un punto de equilibrio que proporciona flexibilidad a la estructura y protege el interés patrimonial de la controlada, sin necesidad de recurrir a reformas legislativas que pudieran entorpecer el fin del grupo.

Gaviria Gil explica que esta teoría establece un marco de legitimidad para las actuaciones de los administradores de las sociedades, que les permite poner el interés del conglomerado por encima del interés de la sociedad isla, sin que esta conducta pueda considerarse culposa o dolosa y, por lo tanto, no es punible<sup>37</sup>. Esta exoneración es posible si se cumplen los siguientes requisitos: (1) debe tratarse de un grupo con una estructura sólida, esto es, que haya un equilibrio en las relaciones entre la controlante y las controladas. En la búsqueda del fin común, la controlante no puede ignorar los intereses de las controladas. (2) Debe existir una política empresarial conjunta coherente, en la que las actividades estén coordinadas. (3) La pertenencia debe suponer a lo largo del tiempo una mezcla equilibrada de costos y beneficios para las sociedades, es decir, que debe haber armonía entre las cargas y los lucros. De cumplirse estos tres requisitos, se entenderá que los administradores al actuar a favor del interés de grupo no lo hacen en contra del interés propio de la sociedad.

En Italia, los tribunales han evolucionado en la interpretación de las relaciones intragrupales. Han señalado la necesidad de observar de manera atenta la balanza entre las ventajas y desventajas. Como dice Fuentes (2007), por la jurisprudencia italiana se estableció un principio que indica que a la hora de determinar si hay o no conflictos de intereses, deben considerar el perjuicio que haya sufrido la controlada y las ventajas que para esta signifique la pertenencia al grupo. Este principio básico se utiliza no sólo en los países con una legislación expresa que regula al grupo y su funcionamiento, sino también en los que no cuentan con esta pero sí con normas jurídicas aplicables, dispersas en su ordenamiento jurídico. La legislación alemana fue la primera que incorporó y sistematizó este principio como clave legitimadora del interés de grupo<sup>38</sup>.

En la doctrina hay una discusión sobre si esta teoría implica una indemnización por el daño o supone una contraprestación por el hecho de pertenecer a una estructura empresarial que pudiera causar un daño producido por las instruc-

37 Gaviria Gil. *Op. cit.*

38 Fuentes Naharro. *Op. cit.*

ciones de la controlante. El daño pasará de ser potencial a ser efectivo cuando no se cumpla con la contraprestación.

Como toda medida para minimizar un perjuicio patrimonial, la teoría de las ventajas compensatorias, como su nombre lo indica, supone una *compensación adecuada* al daño causado. Esto ha generado una serie de reacciones dentro de la doctrina.

La teoría de la compensación de la desventaja puede ser cualitativa o cuantitativa. La cualitativa considera que las empresas que componen el grupo tan sólo contribuyen a la riqueza de este. Así, la compensación es un hecho futuro, razonable y previsible en la política empresarial, pero no es obligatorio. Para determinar si el hecho es o no una desventaja, se valora la racionalidad y la coherencia del acto en relación con las políticas del grupo y el potencial beneficio a mediano y largo plazo, en función del interés común<sup>39</sup>. No es necesario que la desventaja sea proporcional ni necesariamente cuantitativa para que sea compensada<sup>40</sup>. En cambio, según la teoría cuantitativa, la desventaja debe poder valorarse en términos monetarios y compensarse de manera exacta. Entonces, sólo se pueden compensar las operaciones económicas desventajosas para la dominada, siempre y cuando se pueda indemnizar con otra ventaja de valor económico. Entonces, esta indemnización debe dejar a la sociedad, sus accionistas y acreedores como si nunca se hubiera sufrido la desventaja, es decir, la reparación es una compensación completa.

Por último, una propuesta sobre ventajas compensatorias, con la que estamos de acuerdo, sugiere una decisión que no es ventajosa para una sociedad no supone una vulneración del interés común, sino una desviación de su consecución. La política de grupo debe ser elástica, pero debe limitar las prácticas de abuso y sabotaje económico de las sociedades controladas y debe impedir las transferencias fraudulentas de la riqueza entre ellas<sup>41</sup>.

Si se interpreta la teoría de las ventajas compensatorias como una aplicación del criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks a los grupos empresariales, entonces una decisión de política será eficiente y podrá ejecutarse aunque cause daños a algunos de los integrantes del grupo, siempre y cuando se genere un bene-

39 Es decir, tal vez en el momento en el que se toma la decisión de grupo, la empresa dominada es perjudicada, pero la política económica y su beneficio a mediano y largo plazo terminarán beneficiando o compensando este perjuicio

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*.

ficio superior para el grupo. Así, es posible que se dé una compensación cierta, proporcional y previsible al ente perjudicado en primera instancia con la decisión. Conforme a esto, se debate si la compensación se debe otorgar en efecto al ente perjudicado o si es suficiente una compensación hipotética o virtual<sup>42</sup>. En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia —en especial la española y la italiana— indican que un beneficio para el interés común no es suficiente para justificar el perjuicio a sus miembros. Debe haber, entonces, una efectiva compensación del daño causado.

La doctrinante española Fuentes Naharro sostiene que para que la teoría de las ventajas compensatorias sea aplicable son necesarios ciertos presupuestos esenciales: (1) que la operación *dañosa* sea el resultado de una política de grupo. (2) Que la operación *dañosa* se realice en beneficio del interés de grupo. Debe tenerse en cuenta, entonces, si la instrucción es contraria al interés de grupo y, si aun siendo compensada, es ilegítima. (3) Se debe prever una compensación adecuada, es decir, proporcional, cierta y de preferencia cualitativa<sup>43</sup>.

#### CONCLUSIÓN

Los grupos empresariales son una alternativa adecuada para los actuales momentos de globalización del mercado, las comunicaciones y las mayores demandas de los consumidores. La flexibilidad propia de su estructura —pueden ser sociedades mercantiles, personas de distinta naturaleza jurídica y de distintas nacionalidades— permite que los grandes capitales inviertan en los países con economías emergentes.

La falta de regulación al interior de los países y la ausencia de algún tipo de legislación internacional hacen que el nuevo tipo societario sea difícil de entender para los abogados y legisladores. No obstante, poner camisas de fuerza que limiten la flexibilidad de la creación, duración, ejecución y disolución de los grupos desvirtuaría su propósito, que es la consecución de un interés de grupo. Además, este tipo de organización permite obtener mayores ventajas o beneficios al reducir los costos. Por lo anterior, no estamos de acuerdo con buscar una legislación para el grupo. Sin embargo, consideramos que cierta limitación al poder de dirección de las empresas controlantes sobre las controladas es necesaria para su correcto funcionamiento. En este sentido, la teoría de las ventajas compensatorias, como una aplicación del criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks,

42 Es decir, sin una transferencia real de ventajas.

43 *Ibidem*.

podría ser de utilidad para prevenir los abusos de la controlante en la ejecución del poder de dirección. También puede ser una medida que ayude a la ejecución de un buen gobierno corporativo y, en últimas, a la consecución del beneficio general. Con esto, aumentaría el bienestar común.

Para finalizar, por la creciente conformación de grupos empresariales multinacionales, creemos necesario un estudio desde el análisis económico del derecho que examine la posibilidad de sentar bases doctrinarias de la aplicación de la teoría de las ventajas compensatorias como eje orientador de las relaciones intergrupales.

#### BIBLIOGRAFÍA

Brewer Carías, Allan. “La ilegítima despersonalización de las sociedades, la ilegal distorsión del régimen de la responsabilidad societaria y la violación del debido proceso en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de Venezuela”. En *Derecho de grupos de sociedades*, editado por Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Coase, Ronald Harry. “The Nature of the Firm”. *Economica* 4, n.º 16, 1937, pp. 386-405.

Embid Irujo, José Miguel. “Grupo de sociedades y gobierno corporativo”. VII Congreso Argentino de Derecho Societario, 1998.

Embid Irujo, José Miguel. “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. *Ekonomiaz, revista vasca de economía* 68, 2008, pp. 84-101. Consultado el 20 de agosto del 2013 en [http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4\\_c.apl?REG=919](http://www1.euskadi.net/ekonomiaz/taula4_c.apl?REG=919).

Fuentes Naharro, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Navarra: Aranzadi, 2007.

Gaviria Gil, Juan Antonio. “Retos del derecho de grupos societarios en el siglo XXI”. *Revista internacional foro de derecho mercantil*, n.º 9, 2005.

Girgado Perandones, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002.

Morgenstein Sánchez, Wilson Iván. “El concepto de interés social y su impacto en el derecho de sociedades colombiano”. *Revisi@ e-Mercatoria* 10, 2011,

pp. 1- 21. Consultado el 21 de agosto del 2013 en <http://www.emercatoria.edu.co/PAGINAS/VOLUMEN10/HTML1/114.html>.

Morles Hernández, Alfredo. “La regulación fragmentaria de los grupos de sociedades y su repercusión en la jurisprudencia”. En *Derecho de grupos de sociedades*, editado por Alfredo Morles Hernández e Irene de Valera. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

Peña Bortone, María Fernanda. *Grupo de empresas en Venezuela: visión doctrinaria y análisis de la normativa jurídica reguladora*. Caracas: Universidad Metropolitana, 2007. Consultado el 21 de agosto del 2013 en <http://goo.gl/DcmkAB>.

Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá: Legis, 2013.

Roitman, Horacio. *El régimen de los grupos en el derecho societario argentino*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2007.

Roitman, Horacio, Hugo Aguirre y Eduardo Chiavassa. *Manual de sociedades comerciales*. Buenos Aires: La Ley, 2009.

Rojas, Ricardo, Osvaldo Schenone y Eduardo Stordeur. *Nociones de análisis económico del derecho privado*. Guatemala: Universidad Francisco Marroquín, Mayaprin, 2012.

Williamson, Oliver E. “Reseña del libro *The firm, the market, and the law*”. *California Law Review* 77, n.º 1, 1989, pp. 223-231.



UN ENFOQUE ECONÓMICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA.  
CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA Y HACINAMIENTO  
CARCELARIO EN EL TRÁNSITO DEL SISTEMA PENAL  
ACUSATORIO COLOMBIANO (2003-2008)\*

ÁNGELA PATRICIA ZORRO MEDINA\*\*

CAMILO ANDRÉS ACOSTA MEJÍA\*\*\*

NORBERTO HERNÁNDEZ JIMÉNEZ\*\*\*\*

**Resumen:** La presente investigación utiliza el análisis económico del derecho como herramienta para interpretar la proliferación de la detención preventiva y su impacto en el sistema carcelario colombiano. Para esto, se contextualiza brevemente la aplicación de la economía al proceso penal, en específico al derecho penitenciario. Se tratarán los lineamientos generales de la detención preventiva y se estudiará el hacinamiento carcelario como consecuencia del crecimiento de la población reclusa. Para finalizar, se hará un análisis pragmático de esta situación, a través de la implementación de un modelo econométrico que dará los resultados de la medición relacionados con el impacto de la detención preventiva en el hacinamiento carcelario, en la coyuntura del sistema penal acusatorio colombiano.

**Palabras clave:** costo esperado del castigo, detención preventiva, hacinamiento carcelario, proceso penal.

\* Este documento se presentó y socializó en el First Workshop in Law and Economics (LAWLE-2014), organizado por la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de los Andes de Colombia y el ITAM de México, en Santiago de Chile los días 20 y 21 de noviembre del 2014 (N. de la C.).

\*\* Economista y abogada de la Universidad de los Andes. Magíster en Derecho y candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos. Correo electrónico: ap.zorro263@uniandes.edu.co

\*\*\* Magíster en Economía de la Universidad de los Andes. Estudiante del doctorado en Economía de la Universidad de Toronto, Canadá. Correo electrónico: ca.acosta966@uniandes.edu.co.

\*\*\*\* Abogado, especialista y magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre. Especialista en Derecho Constitucional y en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario. Candidato a doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Coordinador del Grupo de Prisiones de la Universidad de los Andes y conjuer del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. Correo electrónico: n.hernandez29@uniandes.edu.co.

## INTRODUCCIÓN

El análisis económico del derecho se ha usado sobre todo en las áreas jurídicas en las que hay un contenido económico explícito (estudios de mercado), en especial en aquellas que regulan el ámbito privado (bienes, contratos, responsabilidad) y el tributario. Sin embargo, el estudio del sistema penitenciario, vinculado directamente con el derecho procesal penal (estudios de no mercado), no es ajeno al análisis económico, máxime cuando la reclusión intramural no genera utilidades para el erario público. Por el contrario, implica una carga que se debe sufragar, en detrimento de otros intereses en los cuales podría concentrarse el Estado, como son la educación y la salud.

En esta perspectiva, también se pueden analizar conductas que no ameritan un costo de transacción tan elevado, como la que supone la internación intramural del individuo<sup>1</sup>. Si se acude a los criterios de eficiencia de Pareto, una solución al problema de la internación intramural pueden ser las penas alternativas<sup>2</sup> o las medidas cautelares que garanticen la convivencia pacífica y que, a su vez, disminuyan los costos que debe sufragar el Estado<sup>3</sup>. Así se mejorarían las condiciones de los internos de los establecimientos penitenciarios y carcelarios, sin que se empeore la situación de las víctimas de la conducta punible. En todo caso, se mantendría incólume el cumplimiento de los fines de la pena<sup>4</sup>.

La población reclusa puede clasificarse en dos grandes grupos: condenados y sindicados<sup>5</sup>. Los últimos tienen una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva<sup>6</sup>. A pesar de la excepcionalidad de esta medida de asegu-

1 Juan Trujillo. *Aproximación al análisis económico del derecho de algunas instituciones del sistema jurídico colombiano*, 2006. Consultado el 10 de febrero del 2014 en [http://www.redsociojuridica.org/ponencias\\_2006/analisis\\_economico.pdf](http://www.redsociojuridica.org/ponencias_2006/analisis_economico.pdf), pp. 3 y 15-18.

2 Luigi Ferrajoli. *Derecho y razón*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997, p. 418.

3 “Mantener un interno le cuesta al Inpec más de \$12 millones al año, incluyendo la dieta diaria, los servicios públicos, la seguridad y vigilancia y los traslados a audiencias entre otros gastos.” (Ricaurte, 2013)

4 Código Penal, artículo 4.º.

5 En la presente investigación se utiliza el término *sindicado*, propio del sistema de enjuiciamiento penal de la Ley 600 del 2000 y consagrado en el artículo 29 de la Constitución, para todos los individuos sometidos a un proceso penal y para quienes no se ha proferido una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra. El término comprende las categorías del sistema acusatorio *imputado y acusado*.

6 La detención preventiva es una medida de aseguramiento de carácter excepcional que pretende evitar que el sindicado altere los elementos materiales probatorios y la evidencia física de la investigación judicial o que se fugue y no responda a una eventual sentencia condenatoria. Con base en el comportamiento anterior, la detención preventiva también se impone como respuesta a la predicción de que el sindicado al permanecer en libertad constituirá un peligro para la víctima o para la comunidad.

ramiento, en la actualidad, más del 30 % de las personas privadas de la libertad no han sido condenadas. Esta cifra es alarmante, si se compara con el índice de hacinamiento carcelario, que en la actualidad supera el 51 % de la población intramuros. De esta manera, se prolongan las inhumanas condiciones de reclusión. En el año 1998<sup>7</sup>, la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas.

En el modelo acusatorio de la Ley 906 del 2004 —muy influenciado por el sistema anglosajón— subyace una teleología garantista. En este, el legislador hace especial énfasis en la dignidad humana y la libertad como principios rectores del proceso penal<sup>8</sup>. Así, es importante el criterio excepcional de esta medida de aseguramiento. Por esta razón, en este texto se hace un análisis comparativo entre el tránsito de legislación, a partir del año 2003, cuando sólo estaba vigente la Ley 600 del 2000, pasando por el año 2005, fecha desde la cual coexisten ambas legislaciones, y el 2008, año en el que entró a regir el sistema penal acusatorio en todo el territorio nacional.

#### I. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN UN CONTEXTO PENAL, PROCESAL PENAL Y PENITENCIARIO

Desde los años setenta, con los estudios de Gary Becker, el análisis económico del derecho comenzó a invadir la órbita penal, con una aplicación explícita en los delitos y las penas<sup>9</sup>. Sin embargo, años atrás y de manera tácita, la obra de Beccaria influyó en el pensamiento utilitario de Bentham, precisamente en la aplicación de la pena con criterios de prevención general negativa (también estudiada por Ehrlich) y en la eficiencia de la administración de la justicia<sup>10</sup>. No obstante, la obra de Bentham no se considera parte de las diferentes olas del análisis económico del derecho, por no tener “[...] una forma sistemática

7 Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Las referencias que se hagan a las providencias precedidas por los literales C- y T- corresponden a sentencias de constitucionalidad y de tutela.

8 Código de Procedimiento Penal, artículos 1.º y 2.º.

9 Mario Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 43. Estos estudios forman parte de lo que se conoce como la *segunda ola* del análisis económico del derecho. Richard Posner, Landes William y Mark Kelman. “Estudio preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 18, 25, 30 y ss.

10 Antonio Núñez. “Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley”. En *Derecho Económico*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 68. Véase también Richard Posner. *El análisis económico del derecho*, traducido por Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 27.

de razonamiento [...] que pudiera calificarse como corriente de pensamiento, como si ocurrirá después de la publicación de las obras de Coase”<sup>11</sup>.

Son múltiples las áreas de estudio penal en las que podría utilizarse el análisis económico del derecho. Piénsese, por ejemplo, en las tasas de criminalidad internacional<sup>12</sup> y el *precio de sombra* de la pena privativa de la libertad. El estudio económico relativo al aumento de esta sanción punitiva predice la disminución de la criminalidad con base en criterios de elección racional del delincuente<sup>13</sup>. Esto es rebatible si se analiza la eficacia de la ley de seguridad ciudadana, la Ley 1453 del 2011, que en el contexto nacional no ha tenido estos resultados, a pesar del excesivo incremento punitivo de varias conductas. Otro campo objeto del análisis económico podría ser la teoría de la decisión judicial, mencionada en la introducción. En concreto, se podría estudiar la aplicación de la fórmula *band* al homicidio en accidentes de tránsito, que ha suscitado un gran debate en torno a las categorías *culpa* y *dolo eventual*<sup>14</sup> de la dogmática penal. Con criterios de política criminal, cuya competencia no corresponde a la judicatura, puede aumentar el riesgo de disuasión excesiva mediante el castigo penal, con la elevación de la probabilidad del castigo. Esto en términos económicos resultaría ineficiente, al exigirles a los lesionadores potenciales mayores gastos que  $B^{15}$ . En el proceso penal podríamos analizar la fase legislativa<sup>16</sup> determinada también por la fórmula *band* en la tipificación de conductas<sup>17</sup>, el desarrollo del rito procesal y los mecanismos de justicia premial (*plea bargaining*), que conllevan un menor

11 Posner, Landes y Kelman. *Op. cit.*, p. 19.

12 *Ibidem*, p. 102.

13 “La fórmula para decidir si el monto de los daños es menor que uno la probabilidad de que el delincuente sea efectivamente atrapado y obligado a pagar los daños es  $D=L/p$ , donde  $D$  es el monto óptimo de los daños,  $L$  es el daño causado al delincuente si es atrapado (incluido cualquier ajuste que se haga para desalentar la elusión del mercado que transfiere riqueza por medio de la coerción), y  $p$  es la probabilidad de ser atrapado y obligado a pagar los daños óptimos” (Posner, 1992, p. 213). Sobre la elección racional del delincuente, véase también Mauricio Rubio. *Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 317.

14 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 25 de agosto del 2010. Radicado 32964. Magistrado ponente José Leónidas Bustos Martínez. Esta providencia avala la tesis del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, radicado 11001600028200702662 02, del 28 de julio del 2009, magistrado ponente José Joaquín Urbano Martínez, con respecto a la adecuación típica de un homicidio en accidente de tránsito como un dolo eventual. Esto se puede contrastar con el ejemplo de Posner de dar una solución diferente: “De otro modo podríamos caer en la trampa de pensar que los administradores de un ferrocarril son homicidas porque saben casi con certeza que sus trenes arrollarán a cierto número de personas en los cruces ferroviarios este año. Lo saben, pero no derivan ningún beneficio de la matanza” (Posner, 1992, pp. 200 y 227).

15 *Ibidem*, p. 201.

16 Lo que Mario Pinzón denomina el *análisis económico del derecho normativo* (p. 56).

17 Es de mencionar el caso del dispositivo amplificador del tipo *tentativa* y su consagración legal como punible. Se incrementan así los costos esperados por el infractor de la ley penal (Posner, 1992, p. 224).

desgaste del aparato judicial. Esta disminución de los costos de transacción se compensa con un descuento punitivo a favor del infractor penal. También podríamos estudiar con análisis económico la superioridad potencial de Pareto (Kaldor-Hicks), ya que implica la indemnización de los perjuicios del incidente de reparación integral, por la responsabilidad civil derivada del delito. Para finalizar, del sistema penitenciario —directamente asociado con el proceso penal—, se puede estudiar la fase de ejecución de la pena. Antes de la expedición de la Ley 1709 del 2014, se exigía el pago de la multa para acceder a subrogados penales. Se imposibilitaba así su acceso y se incrementaba la problemática del hacinamiento carcelario, con los gastos que representa para el Estado la manutención de los presos<sup>18</sup>.

De este abundante y fértil panorama elegimos un tópico transversal al proceso penal y al sistema penitenciario: la detención preventiva. Esta selección no fue arbitraria. Esta medida de aseguramiento, inspirada en criterios de excepcionalidad, no sólo aumenta los costos esperados del castigo<sup>19</sup>, sino que disminuye el erario público, por los gastos penitenciarios.

Antes de iniciar el análisis, hay que precisar algunos detalles del procedimiento penal vinculados con el tópico objeto de investigación. Las medidas de aseguramiento son auténticas medidas cautelares<sup>20</sup> en el proceso penal. Tienen como fin proteger a la comunidad o a la víctima (en los artículos 309 y 310 del Código de Procedimiento Penal)<sup>21</sup>, evitar la obstrucción a la justicia (en el artículo 309 del Código de Procedimiento Penal)<sup>22</sup> y garantizar la comparecencia del sindicado en el proceso que se adelanta en su contra (en el artículo 312 Código de

18 Norberto Hernández. “Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión desde una perspectiva analítico-económica del derecho”. *Revista Contexto* 36, 2012, pp. 79-93.

19 Posner. *Op. cit.*, p. 528.

20 Calificada por algunos como una auténtica pena de prisión. Véase Carlos Alberto Suárez. “Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 de 2007”. En *Temas de derecho penal*. Bogotá: Universidad de los Andes, Temis, 2008, p. 334.

21 “Los aspectos subjetivos referidos al imputado, como el de evitar el peligro para la comunidad por su actividad delictiva anterior, por su vinculación a organizaciones delictivas, el número y calidad de los delitos que se le imputan, el estar acusado o disfrutando de un mecanismo de sustitución de la pena privativa de la libertad por delito doloso o preterintencional y la existencia de sentencias condenatorias vigentes por delitos dolosos o preterintencionales, son circunstancias que el juez de control de garantías debe analizar.”

“Se entiende que se convierte en un peligro para la víctima cuando existan motivos que permitan inferir que la libertad del procesado le permitirá atentar contra el titular del derecho o la víctima, contra su familia o contra sus bienes o patrimonio.” (Martínez, 2006, p. 344)

22 “Deberán tenerse en cuenta los elementos objetivos como la gravedad del hecho, la pena imponible, la posibilidad de destrucción, la manipulación de los elementos probatorios y la evidencia física aportada al proceso o que pueda obstruir la aplicación de la justicia induciendo a testigos, peritos o terceros a que informen falsamente [...]” (Martínez, 2006)

Procedimiento Penal)<sup>23</sup>. Operan siempre y cuando exista una inferencia razonable de responsabilidad. Las medidas de aseguramiento son de dos clases. Unas son privativas de la libertad, que consisten en la detención preventiva en un establecimiento de reclusión y en la detención preventiva en la residencia señalada por el imputado. Esta última es procedente siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. Las otras medidas de aseguramiento no son privativas de la libertad<sup>24</sup>.

Para los efectos de esta investigación, sólo se tuvo en cuenta la detención preventiva en establecimiento de reclusión. En este sentido, el artículo 313 del Código de Procedimiento Penal determina que esta medida procede para (1) delitos de competencia de los jueces penales de circuito especializados; (2) delitos investigables de oficio, cuando el mínimo de la pena prevista por la ley sea o exceda cuatro años; (3) delitos contra los derechos de autor, cuando la defraudación sobrepase la cuantía de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes; y finalmente, (4) cuando la persona haya sido capturada por conducta constitutiva de delito o contravención, dentro del lapso de los tres años anteriores contados a partir de la nueva captura o imputación, siempre que no se haya producido la preclusión o haya existido absolución en el caso precedente. La Fiscalía General de la Nación debe hacer la petición para la imposición de una medida de aseguramiento. Por lo general, la hace de manera diligente, luego de la formulación de imputación, dentro de los parámetros que la doctrina cataloga como *justicia rogada*<sup>25</sup>. Las víctimas también pueden hacer la petición, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-209 del 2007<sup>26</sup>.

El aumento de las medidas de aseguramiento consistentes en detención preventiva ha afectado de manera evidente el sistema penitenciario y carcelario, pues se han tomado cupos que se deberían destinar sobre todo a los condenados. También ha afectado el derecho a la libertad<sup>27</sup> que tienen las personas, pues

23 En este sentido, la Corte Constitucional considera razonable y legítima esta medida, ya que “[s]in esta potestad, el juez de control de garantías carecería de un medio preventivo eficaz destinado a procurar la comparecencia del procesado y el cumplimiento efectivo de la pena” (Corte Constitucional. Sentencia C-695 del 2013).

24 Código de Procedimiento Penal, artículo 307.

25 Alejandro Aponte. *Manual para el juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004, p. 52.

26 Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

27 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador, en la Sentencia del 21 de noviembre del 2007, serie C, N.-170, define la *libertad* de la siguiente manera: “En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones [...]. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona,

establece que los ciudadanos sometidos a las miserias del proceso penal deben aguardar por la decisión definitiva privados de la libertad. En caso de ser absueltos, serán merecedores de una disculpa y eventualmente de una indemnización, que luego de varios lustros podrá ser fallada como compensación de un tiempo irrecuperable.

Estas decisiones judiciales van en contra del bloque de constitucionalidad, que en abundantes instrumentos consagra la excepcionalidad de esta medida<sup>28</sup>, así como de nuestra jurisprudencia constitucional<sup>29</sup>, que en reiteradas oportunidades ha hecho énfasis en esta situación.

que se proyecta en toda la Convención Americana”. Y continúa: “[...] este derecho puede ejercerse de múltiples formas, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricciones que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagre en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción”.

28 Dentro de los instrumentos internacionales que protegen la libertad y señalan la excepcionalidad de la detención preventiva están:

- Numeral 3 del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. *La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”. [Énfasis con subrayas en el original]

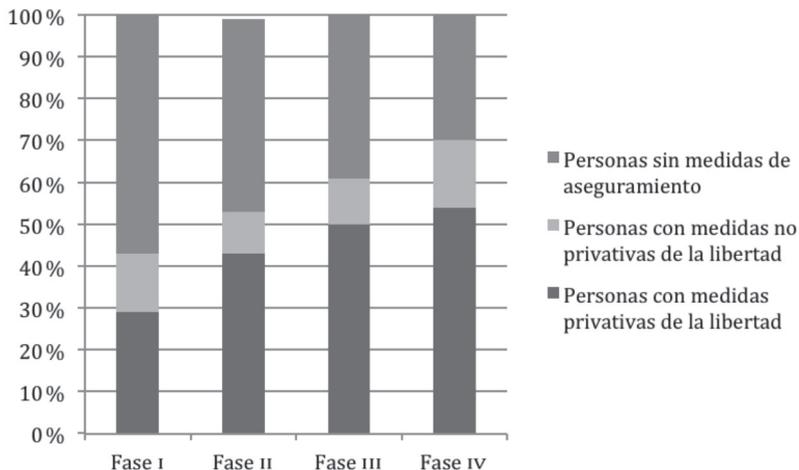
- Numeral 5 del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

- Artículo 5 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a. Si ha sido detenido legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b. Si ha sido privado de libertad o detenido, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial dictada conforme a derecho o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c. Si ha sido privado de libertad y detenido, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d. Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de un menor con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e. Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f. Si se trata de la privación de libertad o de la detención, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”.

29 - Sentencia T-153 de 1998 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz: “Por eso, la Corte considera importante llamar la atención acerca de que el principio de la presunción de inocencia exige que la detención preventiva se aplique únicamente como medida extrema, tal como lo determina el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Reglas Mínimas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, conocidas también como las reglas de Tokio”.

No obstante, las cifras sobre imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad van en aumento (véase la gráfica 1).

**Gráfica 1.** Población con medida de aseguramiento



Fuente: Estadística diaria de la Fiscalía General de la Nación. Cálculos de la Corporación Excelencia en la Justicia (2011).

- Sentencia C-774 del 2001 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil: “La detención preventiva es compatible con la Constitución y con los instrumentos internacionales que determinan su alcance, en cuanto tiene un carácter preventivo y excepcional”.
- Sentencia C-318 del 2005 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño: “Al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines (necesidad), se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, introducido por el propio legislador al establecer un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que va desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario, ó en la residencia del imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba, o de la protección de la comunidad y de la víctima. De acuerdo con este principio el juez podrá imponer una o varias medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer sanción prendaria”.
- Sentencia C-425 del 2008 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra: “Por estas razones, la Corte ha concluido que dentro de los límites de la potestad de configuración legislativa se encuentra la determinación de la proporcionalidad, razonabilidad y excepcionalidad de la medida, porque la restricción de la libertad no puede convertirse en la regla general ni en el único instrumento que tiene el juez para asegurar el éxito de la investigación y juzgamiento penal”.
- Sentencia C-1198 del 2008 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla: “Para que una persona pueda ser preventivamente privada de la libertad se requiere que existan motivos previamente establecidos en la ley, y que para la aplicación de la misma medie el mandamiento de autoridad competente, en este caso autoridad judicial, y el cumplimiento de los requisitos legales para el efecto. La detención preventiva de una persona tiene un carácter excepcional”.

Así, en el 2008, en la fase IV tan sólo el 30 % de las personas imputadas no tienen ninguna medida de aseguramiento. Del 70 % restante tan sólo el 16 % recibió medidas de aseguramiento no privativas de la libertad. En las 4 fases, del 2005 al 2008, las medidas privativas de la libertad aumentaron del 29 % al 54 %.

De la excepcionalidad de la privación de la libertad se desprenden dos principios<sup>30</sup>: el Estado tiene la obligación de establecer legalmente y aplicar judicialmente, como regla general, medidas menos lesivas que la prisión preventiva, para asegurar el desarrollo del procedimiento; y la prisión provisional sólo puede ser impuesta en los procesos que se adelantan por posibles delitos de especial gravedad. Conforme a lo anterior, reiteramos que la presente investigación pretende determinar la influencia de la detención preventiva en el crecimiento de la población reclusa. Con el fenómeno del hacinamiento carcelario que hace varios años padece nuestro país no sólo ha aumentado el costo esperado del castigo, sino también los gastos de operación del sistema carcelario. Además, se han incumplido los principios rectores del sistema penal acusatorio colombiano.

## II. HACINAMIENTO CARCELARIO Y CRECIMIENTO DE LA POBLACIÓN RECLUSA

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-153 de 1998, declaró el estado de cosas inconstitucional en las prisiones colombianas, tras considerar que las condiciones de hacinamiento impedían implementar el proyecto de resocialización de los reclusos. El estado de las cárceles vulneraba el derecho a la vida digna de los reclusos, porque estos carecían de servicios sanitarios, asistencia en salud y un lugar adecuado para pernoctar: se veían obligados a dormir en el suelo e incluso en los baños, lo que fomentaba la propagación de enfermedades.

La sobrepoblación carcelaria no permite separar a las personas que están siendo procesadas y que se encuentran privadas de su libertad por una medida de aseguramiento consistente en detención preventiva (unos 35 519 sindicados en el 2013<sup>31</sup>) de aquellas que tienen una sentencia condenatoria ejecutoriada (unos 79 353 condenados en el 2013<sup>32</sup>). Tampoco permite diferenciar de manera adecuada a los miembros de la fuerza pública privados de la libertad de los demás reclusos. Esto vulnera sus derechos al debido proceso, la vida y la integridad personal<sup>33</sup>.

30 Suárez. *Op. cit.*, p. 361.

31 Inpec. "Población internos en establecimiento de reclusión y regionales". *Informe*, 2013.

32 *Ibidem*.

33 Corte Constitucional. Sentencia T-506 del 2013, magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Estas circunstancias contradicen, en concreto, lo establecido en los artículos 7.<sup>o</sup>[34] y 10<sup>[35]</sup> del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Se constituyen en una

flagrante violación de un abanico de derechos fundamentales de los internos en los centros penitenciarios colombianos, tales como la dignidad, la vida e integridad personal, los derechos a la familia, a la salud, al trabajo y a la presunción de inocencia, etc.<sup>36</sup>.

Recordemos que aun cuando el derecho a la libertad física y a la libre locomoción, así como los derechos políticos, se encuentran restringidos para las personas privadas de la libertad<sup>37</sup>, los demás derechos fundamentales permanecen intactos. Pero por la situación de hacinamiento, el Estado no los ha podido garantizar<sup>38</sup>.

Los jueces penales con función de control de garantías han impuesto la detención preventiva de manera excesiva, ora por la presión mediática, ora por la eventual judicialización penal y disciplinaria, con la justificación de que todos los delitos son graves y, por ende, sus agentes son merecedores de esta medida de aseguramiento<sup>39</sup>.

En este punto es preciso examinar el crecimiento de la población reclusa a partir de las teorías económicas, del crimen, demográficas y políticas, para determinar el impacto de la detención preventiva sobre la actual situación de hacinamiento carcelario de nuestro país.

34 “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

35 “1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas; b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento. 3. El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.”

36 Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998.

37 “Asimismo, derechos como los de la intimidad personal y familiar, reunión, asociación, libre desarrollo de la personalidad y libertad de expresión se encuentran restringidos, en razón misma de las condiciones que impone la privación de la libertad.” (Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998)

38 En el texto *The decent society*, Margalit (1996, p. 318) construye una filosofía moral con base en la siguiente premisa: una sociedad decente, o una sociedad civilizada, es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas sujetas a su autoridad y cuyos ciudadanos no se humillan unos a otros. Propone que los mejores lugares para ver qué tan decente es una sociedad son los hospitales y las cárceles.

39 Norberto Hernández. “¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso”. *Revista Diálogos de Saberes* 39, 2013, pp. 135-158.

## A. Teorías económicas

Las teorías económicas del castigo sostienen que las condiciones económicas son un factor fundamental en la población reclusa, sin que sean el único en el comportamiento de la población. Dentro de las teorías económicas del castigo, Georg Rusche y Otto Kirchheimer concibieron el castigo como una institución social que responde al sistema de producción predominante. Los autores establecen que las condiciones del mercado laboral determinan la decisión de política criminal del Estado: a mayor empleo disponible en el mercado laboral menor interés del sistema penal en las personas que están dentro de su jurisdicción. Según Rusche, “el derecho penal y su aplicación se dirige casi exclusivamente contra aquellas personas cuyos antecedentes de clase, pobreza, educación y desmoralización los llevó al crimen”<sup>40</sup>. Con base en su concepción de castigo, Rusche y Kirchheimer concluyen que el castigo punitivo no es más que una ilusión de seguridad revestida de valores legales y juicios morales, que cubre los síntomas de la enfermedad social. A pesar de la inutilidad social del castigo, la sociedad mientras no sea capaz de resolver sus problemas prefiere recurrir a la represión<sup>41</sup>. Ignatieff comparte la noción de castigo de Rusche y Kirchheimer<sup>42</sup>. A partir de esta construye una teoría en la que la prisión es un mecanismo de estabilización del sistema de producción capitalista, así como la tortura fue el mecanismo de estabilización del *ancien régime*.

La teoría de Rusche y Kirchheimer no ha sido recibida sin reparos. Uno de sus principales detractores es Garland, quien sostiene que el error de Rusche y Kirchheimer consiste en ver el castigo punitivo, en específico la prisión, como una institución que opera para el beneficio del Estado, y no como un perjuicio para el individuo. Para Garland esto no tiene sentido, ya que usualmente las prisiones operan a pérdida y las prácticas penales difieren entre estados en condiciones económicas similares<sup>43</sup>. Por estas razones, es necesario incorporar factores políticos e ideológicos en el análisis del castigo.

A pesar de las fallas de la teoría de Rusche y Kirchheimer, su planteamiento sobre la importancia de las condiciones económicas es importante. Según Pfaff,

40 Georg Rusche y Gerda Dinwiddie. “Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice”. *Crime and Social Justice*, n.º 8, 1978, p. 4.

41 Georg Rusche y Otto Kirchheimer. *Punishment and Social Structure*. Nueva York: Columbia University Press, 1939, p. 138.

42 Michael Ignatieff. *A Just Measure of Pain: the Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*. Nueva York: Pantheon Books, 1978, pp. 15-69.

43 David Garland. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001, pp. 27-53.

Rusche y Kirchheimer se ocuparon de un punto fundamental para entender el castigo<sup>44</sup>, ya que la evidencia muestra que los jueces están más dispuestos a sentenciar a un desempleado e imponerle una condena mayor<sup>45</sup>. Lo mismo ocurre con los jueces de control de garantías que imponen la medida de aseguramiento de detención preventiva cuando el sindicado no tiene arraigo en la comunidad<sup>46</sup>.

## B. Teorías del crimen

Para las teorías del crimen el factor más importante en el crecimiento de la población reclusa son las tasas de criminalidad. La intuición detrás de estas teorías es que el aumento en las tasas de criminalidad produce el aumento en los ingresos a las prisiones y, por tanto, de la población reclusa. En cambio, si cae la tasa de criminalidad, se deben reducir los ingresos a la prisión y, por tanto, la población reclusa. Las críticas a estas teorías se basan en la evidencia empírica. Por ejemplo, Pfaff demostró que para algunos estados de Estados Unidos, entre 1960 y 1988, la criminalidad y la entrada a prisión no se correlacionaron de manera evidente. Asimismo, Alfred Blumstein, uno de los principales contradictores de estas teorías, demostró de manera más rigurosa que la correspondencia entre la criminalidad y la población reclusa no existe. En un trabajo realizado con Soumyo Moitra<sup>47</sup>, argumentó que existe una relación compleja de doble causalidad entre el crimen y la tasa de entrada a la prisión que permite que la población reclusa permanezca constante. Según su teoría, cuando la tasa de criminalidad aumenta, el nivel mínimo de desviación necesaria para encarcelar a una persona se incrementa como contrapeso, de tal forma que la población reclusa se mantiene más o menos constante. Ante el incremento de la población reclusa en Estados Unidos en los años setenta, Blumstein se retractó de su teoría, pero continuó argumentando que la relación entre crimen y castigo era débil. Según Blumstein, entre 1980 y 1996, sólo el 12 % del crecimiento de la población reclusa se relacionaba con la criminalidad, mientras que el 88 % se relacionaba con el aumento en las penas y el aumento en los encarcelamientos.

44 John F. Pfaff. "The Empirics of Prison Growth: A Critical Review and Path Forward". *Journal of Criminal Law and Criminology* 98, n.º 2, 2008, pp. 552-553.

45 En este punto Pfaff pone como ejemplo la normatividad de Carolina del Norte, bajo la cual se establece de manera explícita el deber de los jueces de considerar el trabajo del procesado como un factor atenuante.

46 Código de Procedimiento Penal, artículo 312-1.

47 Alfred Blumstein y Soumyo Moitra. "An Analysis of Time Series of the Imprisonment Rate in the States of the United States: A Further Test of the Stability of Punishment Hypothesis". *The Journal of Criminal Law and Criminology* 70, n.º 3, 1979, p. 376.

A pesar de la evidencia encontrada sobre la débil conexión entre crimen y crecimiento de la población reclusa, también se ha demostrado la relación entre el aumento de la tasa de criminalidad y el aumento en la población reclusa. En específico, se ha mostrado una relación positiva entre el encarcelamiento y las tasas de crímenes violentos en especial.

### C. Teorías demográficas

Las teorías demográficas estudian las características de la población reclusa, como la distribución de edades y raza. Sostienen que existe una correspondencia entre el aumento de la población reclusa y las mencionadas características. Numerosos estudios han mostrado evidencia de la correlación entre la edad y la tasa de criminalidad. Estas teorías señalan que pese al vínculo entre la tasa de criminalidad y la población reclusa, puede existir una relación entre las características demográficas de esta y su crecimiento.

Marvell y Moody, que pertenecen a esta corriente teórica<sup>48</sup>, aseguran que el inicio del comportamiento criminal depende de la edad, debido a las sanciones diferenciadas que tienen en cuenta este factor. Según los resultados obtenidos por Marvell y Moody, los jueces tienden a imponer penas mayores a los procesados en edades entre los 25 y los 34, en comparación con los procesados entre 18 y 24 años en Estados Unidos. Con base en este tipo de resultados, los autores que defienden este tipo de teorías consideran que los cambios en las edades influyen en los cambios en la población reclusa, independientemente de sus efectos sobre el crimen. Otra característica muy estudiada es la distribución racial de la población reclusa. Según Kennedy, los funcionarios norteamericanos están más dispuestos a arrestar, procesar y sentenciar si la persona pertenece a una minoría étnica<sup>49</sup>. Sin embargo, aún no se han realizado estudios que muestren evidencia empírica de un vínculo entre el crecimiento de la población reclusa y la raza de las personas, más allá de la relación que pueda existir entre crimen y población reclusa.

### D. Teorías políticas

Las teorías políticas explican el crecimiento de la población reclusa a través de los cambios políticos de los estados. Estas teorías tienen en cuenta, en primer lugar, la política criminal del Estado; en segundo lugar, la interacción entre la

48 Thomas B. Marvell y Carlisle E. Moody. "Specification Problems, Police Levels, and Crime Rates". *Criminology* 34, n.º 4, 1996, pp. 620-630.

49 Kennedy Randall. *Race, Crime and the Law*. Nueva York: Pantheon Books, 1997, pp. 74, 283-283.

visión del crimen y los *pánicos* morales; y en tercer lugar, el miedo que genera el crimen y su relación con la decisión de los votantes en las elecciones. Con respecto al primer punto, las teorías políticas sostienen que el aumento de políticas criminales más punitivas es el reflejo del rechazo de un estado ineficaz. Estas políticas tienden a tener un corte ideológico de derecha. En cuanto al segundo y tercer punto, la política criminal del Estado responde a la forma en la que el crimen se relaciona con el miedo moral. Esto a su vez se relaciona con los incentivos que tienen los gobernantes para mantener o eliminar el crimen, con el propósito de conseguir votantes. Dentro de los expositores de estas teorías se encuentra David Garland, quien afirma que el aumento en la población reclusa norteamericana en la década de los setenta estuvo influenciada por una transformación cultural, provocada por los cambios en el precio del petróleo, el crecimiento de las suburbanizaciones, el aumento de la televisión y el aumento de los derechos civiles, entre otras cosas. Esta transformación cultural llevó a una reforma penal que pretendía sustituir el Estado de bienestar por un Estado con un control del crimen.

Para Tonry, la política criminal aumenta su carácter punitivo según la relación cíclica entre sensibilidad y *pánico* moral<sup>50</sup>. Según el autor, la decisión legislativa no responde a un problema social ni busca su efectiva solución, sino que la sensibilidad y los valores sociales se convierten en respuesta al problema. Así, es este cambio el que provee una solución. De esta forma, las reformas legislativas ocurren de manera simultánea al cambio en las sensibilidades sociales y en el problema social. Pero la verdadera causalidad del cambio legal es la transformación en la sensibilidad, y no el problema social. De lo anterior Tonry concluye que la reforma legal es endógena y su correlación con el crimen es espuria. Por tanto, no afecta el aumento en el encarcelamiento<sup>51</sup>.

Para finalizar, la noción del *crimen* como un factor decisivo en las elecciones sugiere que en aquellos periodos en los que las personas manifiesten mayor temor a la criminalidad, aumentar la punibilidad del sistema penal podría significar obtener mayor número de votos. Pfaff encontró que en los últimos treinta años, en Estados Unidos, los candidatos que incorporaron en sus campañas castigos penales más severos fueron los favoritos en las elecciones. Sin embargo,

50 Michael Tonry. *Thinking about Crime. Sense and Sensibility in American Penal Culture*. Nueva York: Oxford University Press, 2004, pp. 46-52, 214-215, 272.

51 Según Pfaff, es difícil sostener el argumento de que el cambio legal no genera un impacto en la población reclusa, más si se tiene en cuenta que no existe evidencia empírica que lo demuestre.

el mismo Pfaff reconoce que las teorías políticas han fallado en encontrar evidencia empírica que soporte las complejas relaciones que describe.

### III. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA DESDE UNA VISIÓN ECONOMÉTRICA

Después de haber presentado los lineamientos generales, haremos el análisis económico de la detención preventiva desde una perspectiva práctica. Para esto, construimos un panel balanceado de datos para el periodo comprendido entre los años 2003 y 2008, para 1113 municipios del país<sup>52</sup>. Este panel contiene información de población reclusa, capacidad de centros penitenciarios, tasa de criminalidad<sup>53</sup>, número de capturas y algunas características socioeconómicas de los municipios observados. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (Inpec), la Dirección de la Policía Nacional y el Departamento Nacional de Estadística (Dane) proveyeron las cifras. Los datos de la población reclusa, la capacidad de los centros penitenciarios, la tasa de criminalidad y el número de capturas se normalizaron por cada 100 000 habitantes, con el propósito de obtener cifras comparables entre municipios. Las estadísticas descriptivas para estas variables se presentan en la tabla 1.

En la tabla 1 se puede observar que, en general, la varianza es mayor para la variable de la capacidad de los centros penitenciarios y para los indicadores de capturas y sindicados que para la variable de crimen<sup>54</sup>. Esto debido a que el crimen se distribuye entre todos los municipios del país, pero no todos los municipios tienen cárceles y, más aún, no todas las cárceles de los diferentes municipios tienen el mismo tamaño. Aunque estas variables se normalizan por cada 100 000 habitantes, sus valores máximos parecen ser más o menos altos. Esto es consecuencia de que municipios pequeños tengan cárceles muy grandes a nivel nacional o departamental, por ejemplo, Cómbita, en Boyacá. Para estos municipios, el número de personas sindicadas, capturadas o encarceladas es muy alto en relación con su población.

52 Se excluyó la información de 10 municipios por ausencia de datos: Morales en Bolívar, Morales y Guachene en el Cauca, San José de Ure y Tuchín en Córdoba, La Victoria en el Amazonas, Mapi-ripiana, Pana Pana y Morichal en el Guainía y Pacoa en el Vaupés.

53 Estos datos corresponden a los siguientes delitos: homicidios, hurto de automotores y motocicletas, hurtos a residencias, a locales comerciales y a personas, piratería, abigeato, secuestros, extorsiones y terrorismo.

54 Se utiliza este término para sustituir la palabra *delito*, ya que en los datos recolectados no se usa. Se procura, así, ser fieles a la información obtenida y evitar una discusión al interior de la dogmática jurídico-penal por la utilización indiscriminada de estos términos.

**Tabla 1.** Estadísticas descriptivas de las variables de criminalidad

Variable	N.º	Media	Desviación estándar	Mínimo	Máximo
Sindicados	20 016	13,30	123,56	0	6830,12
Capacidad	20 016	53,97	570,94	0	22 708,91
Capturas	20 016	133,66	262,08	0	6692,16
Crímen	20 016	43,47	79,12	0	2601,04

Fuente: Elaboración propia.

Las variables socioeconómicas del panel son el índice de ruralidad, el desempeño fiscal, la inversión en educación per cápita, el recaudo por el impuesto de industria y comercio per cápita —utilizada como una variable que se aproxima a una medida del ingreso per cápita municipal—, la densidad poblacional y la población del municipio. Algunas estadísticas descriptivas de estas variables se presentan en la tabla 2.

**Tabla 2.** Estadísticas descriptivas de las variables socioeconómicas

Variable	N.º	Media	Desviación estándar	Mínimo	Máximo
Índice de ruralidad	19 738	2,734	3,623	0,001	58,55
Inversión en educación	19 124	122,64	2589,49	0,00	228 984,6
Industria y comercio	19 720	0,012	0,033	0,000	0,678
Densidad poblacional	19 008	136,13	615,89	0,121	14 451,24

Fuente: Elaboración propia.

Debido a que los datos no se obtuvieron con la misma periodicidad, se implementaron diferentes estrategias para obtener el panel final. Teniendo en cuenta que la variable con mayor relevancia para el análisis propuesto es la población reclusa sindicada y que esta tiene una frecuencia semestral, se decidió crear el panel con esta periodicidad. La tasa de criminalidad y las capturas realizadas por la fuerza pública tienen una frecuencia mensual, por lo cual se agregaron por un periodo de seis meses, a través de promedio simple. Así, se obtuvieron dos observaciones para cada año y cada municipio. Finalmente, las variables demográficas y socioeconómicas tienen una frecuencia anual, por lo cual se utilizó este dato para los dos semestres del año correspondiente.

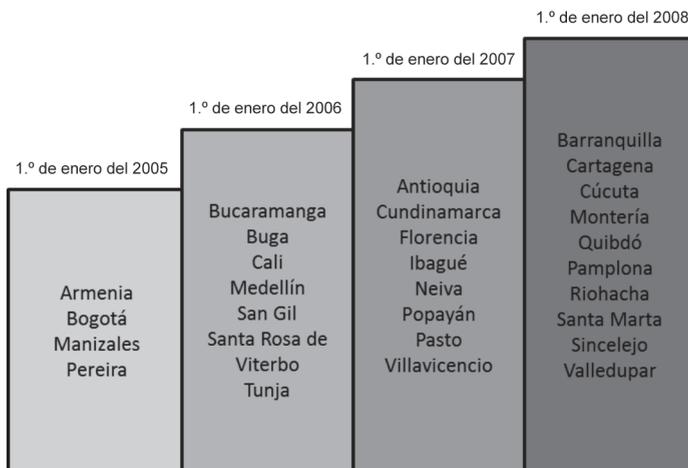
## A. Construcción del modelo empírico

El sistema penal acusatorio entró a regir de manera parcial en Colombia a partir del 1.º de enero del 2005. El sistema se introdujo en cuatro cohortes, debido a la gran inversión que implicaba la adaptación de los juzgados a las audiencias orales. En el sistema inquisitivo, los expedientes estaban compuestos por escritos foliados, mientras que en el sistema acusatorio, como todo el proceso es oral, debe dejarse una constancia de cada una de las etapas mediante video o audio. Lo anterior demanda tener salas de audiencia con micrófonos y videograbadoras, para formar los expedientes con las grabaciones. Asimismo, el cambio a la oralidad supone una capacitación de los funcionarios de la jurisdicción penal, puesto que la nueva normatividad cambia radicalmente el funcionamiento del proceso penal. Sin embargo, la gran inversión en el sistema se justifica por los beneficios en términos de garantías a los derechos de los procesados y de las víctimas.

Debido al costo de la entrada en vigencia de la Ley 906 del 2004, se definieron unos grupos según la mayor facilidad de adaptación de los municipios. Por la ley, los grupos se hicieron conforme a los distritos judiciales, que son la división del país en territorios judiciales. Estos no necesariamente corresponden con la división político-administrativa del país. La información para su constitución se tomó del Consejo Superior de la Judicatura y del Decreto 2270 de 1989, que modificó la división territorial judicial del país, creó unos despachos judiciales y dictó otras disposiciones.

Como se mencionó, el sistema penal entró en vigencia en los cuatro distritos judiciales en años distintos (véase la gráfica 2): en el primer grupo entró en vigencia el 1.º de enero del 2005; en el segundo, el 1.º de enero del 2006; en el tercero, el 1.º de enero del 2007; en el último grupo, el 1.º de enero del 2008.

**Gráfica 2.** Entrada en vigencia de la Ley 906 del 2009 por distritos judiciales



Fuente: Elaboración propia.

Para observar el impacto del nuevo sistema penal en la población reclusa sin condena y con condena, en cuatro grupos, con distintos momentos de aplicación de la ley, encontramos que el método de diferencias en diferencias era el más adecuado<sup>55</sup>. La evaluación del impacto del cambio de la legislación procedimental penal en la población reclusa sindicada requiere que se controlen las diferencias sistemáticas preexistentes en los municipios del país. Esto debido a que el cambio de la variable de interés en el periodo posterior al tratamiento en los municipios podría estar asociada con la reforma legislativa o con las diferencias preexistentes. El modelo de diferencias en diferencias es el adecuado para la evaluación propuesta del impacto. Consiste en encontrar el cambio esperado en la variable de interés (la población reclusa sindicada) en el periodo posterior y el anterior a la implementación del tratamiento (la entrada en vigencia de la ley) en el grupo de tratamiento (los municipios en los que entró en vigor el sistema penal acusatorio), menos la diferencia esperada en la mencionada variable en el grupo de control, en los municipios con sistema penal inquisitivo, durante el mismo periodo.

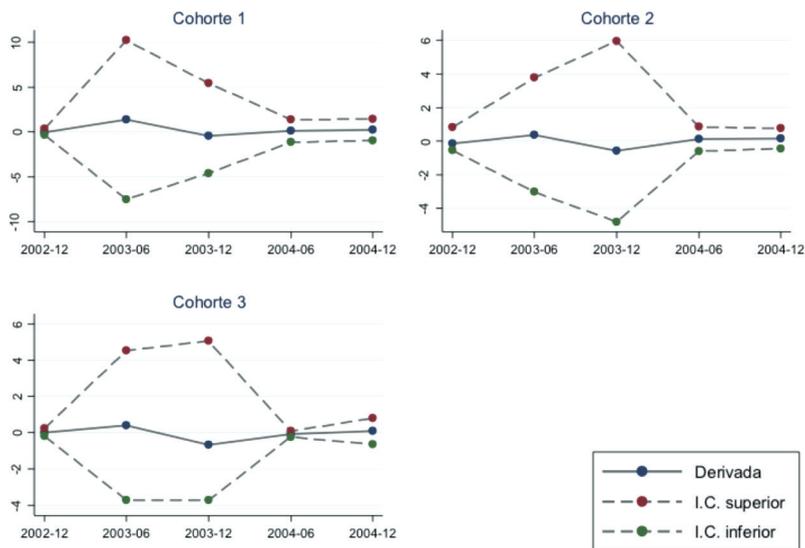
55 Para una introducción a los métodos básicos de la econometría, véase Damodar Gujarati. *Basic Econometrics*. Boston: McGraw-Hill, Irwin, 2008; Jeffrey Wooldridge. *Introductory Econometrics: A modern Approach*. Mason: Cengage Learning, 2012. Un libro que presenta de manera muy completa los métodos de evaluación de impacto, desde las descripciones más básicas hasta modelos mucho más estructurales, es Raquel Bernal y Ximena Peña. *Guía práctica para la evaluación de impacto*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999.

Las diferencias en diferencias se aplican por cohortes, pues los grupos de tratamiento y control varían de año a año, por lo tanto, no es posible tratarlos de manera fija a lo largo del modelo. Con el modelo planteado no es posible ver el efecto del tiempo de exposición de los grupos, aunque se controla por esto. Teniendo en cuenta lo anterior, se correrán tres modelos de diferencias en diferencias, ya que sólo es posible tener tratamientos y controles para tres cohortes. La primera evaluación es la que tiene el nivel de poder más alto, dado que el grupo de control es el más grande de las tres cohortes. Ya que el modelo utilizado opera con diferencias de medias entre los grupos de tratamiento y los de control, el indicador del impacto dependerá del tamaño muestral de cada uno. Así, el menor poder estadístico vendrá dado por la reducción del grupo de control en cada una de las cohortes, ya que cuando esto ocurre, el mínimo efecto detectable se incrementa<sup>56</sup>.

La aplicación de la metodología de diferencias en diferencias exige que el grupo de tratamiento y el de control sean comparables en el periodo pretratamiento, es decir, que se cumpla con el supuesto de tendencias paralelas. Una manera de probar esto es observar la tendencia del crecimiento de la población reclusa sindicada en el grupo de tratamiento y en el de control. De esta forma, si la diferencia de la tasa de crecimiento del grupo tratado y el grupo sin tratar es igual o cercana a cero, los grupos observados cumplen el supuesto de tendencias paralelas requerido por el modelo. En los diferentes grupos de tratamiento y control, para el periodo comprendido entre el año 2002 y el 2004, todos los grupos observados cumplían el supuesto de tendencias paralelas. En la gráfica 3 se observa que la diferencia de medias de las tasas de crecimiento de la población sindicada para los diferentes grupos fue igual o cercana a cero, durante el periodo de pretratamiento tomado a un nivel de significancia del 95 %.

56 Juan Felipe García, Daniel Mejía y Daniel Ortega. *Police Reform, Training and Crime: Experimental evidence from Colombia's Plan Cuadrantes*. Documentos Cede Universidad de los Andes, n.º 04, 2013, pp. 1-27.

**Gráfica 3.** Tendencias paralelas



Nota: el gráfico corresponde a la diferencia de la tasa de crecimiento de la población sindicada, entre grupos de tratamiento y de control.

Fuente: Elaboración propia.

Para determinar el efecto de la ley (tratamiento) sobre el tamaño de la población sindicada, se estimará el siguiente modelo mediante mínimos cuadrados ordinarios (MCO):

*Sindicados*<sub>m,t</sub>

$$= \beta_0 + \beta_1 \text{Tratamiento}_{m,t} + \beta_2 \text{Post}_{m,t} + \beta_3 \text{Tratamiento}_{m,t} * \text{Post}_{m,t} + X' \varphi + \theta_m + \alpha_t + \varepsilon_{m,t} \quad (1)$$

Donde *Sindicados*<sub>m,t</sub> representa la población reclusa sin condena, normalizada por cada 100 000 habitantes, para el municipio *m* en el periodo de tiempo *t*. *Tratamiento*<sub>m,t</sub> es una variable binaria que toma el valor de 1 para los grupos de tratamiento y 0 para los grupos de control. *Post*<sub>m,t</sub> define el periodo pretratamiento y postratamiento, con valores de 0 y 1, respectivamente. Además, *X* es un vector de variables control dentro de las que se encuentran dos grupos: las variables socioeconómicas, que son aquellas que permiten capturar las diferencias observables entre municipios, tales como el índice de ruralidad, el desempeño fiscal, la inversión en educación per cápita, el recaudo por el impuesto de industria y

comercio per cápita, como variable *proxy* del ingreso per cápita municipal<sup>57</sup>, y la densidad poblacional; y las variables de criminalidad, que son aquellas que influyen directamente en el nivel de reclusos, por mostrar la eficacia policial y la tasa de criminalidad. Por último,  $\theta_m$  y  $\alpha_t$  son los efectos fijos del municipio y del año respectivamente, mientras que  $\varepsilon_{m,t}$  representa el término de error del modelo.

Lo que el modelo de diferencias en diferencias quisiera medir es el cambio esperado en la variable de interés en el periodo posterior a la implementación del tratamiento, en este caso, la ley, con respecto al periodo previo para el grupo de tratamiento. Dado que no es posible saber qué hubiera pasado con este grupo si no hubiese participado en el tratamiento, un grupo de control comparable permite aproximar esta diferencia. En la tabla 3 se puede ver la interpretación de cada uno de los coeficientes del impacto con respecto a la ecuación planteada.

**Tabla 3.** Estimadores en un modelo de diferencias en diferencias

Grupo	Antes	Después	Diferencia antes y después
Tratamiento	$\beta_0 + \beta_1$	$\beta_0 + \beta_1 + \beta_2 + \beta_3$	$\beta_2 + \beta_3$
Control	$\beta_0$	$\beta_0 + \beta_2$	$\beta_2$
Diferencia T-C	$\beta_1$	$\beta_1 + \beta_3$	$\beta_3$

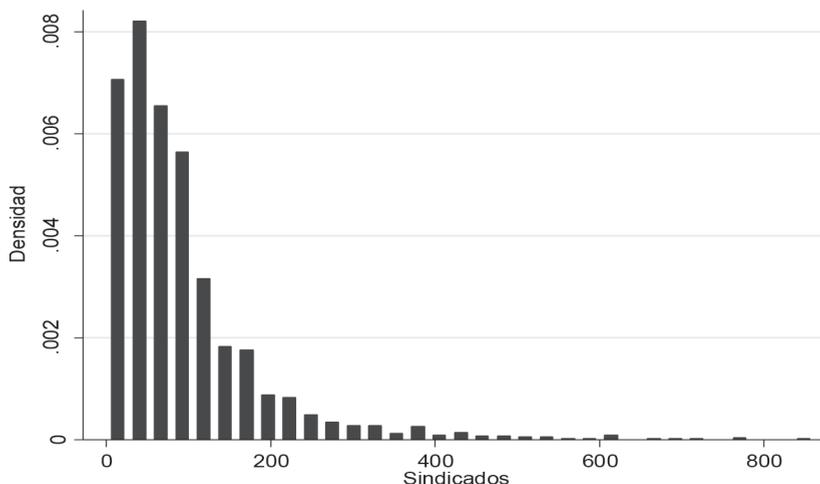
Fuente: Raquel Bernal y Ximena Peña. *Guía práctica para la evaluación de impacto*. Bogotá: Uniandes, 2012.

Es claro que el parámetro de interés es entonces  $\beta_3$ . Por lo tanto, la interacción entre *Tratamiento*<sub>*m,t*</sub> y *Post*<sub>*m,t*</sub> permite observar el impacto específico de la política aplicada. En concreto, si el coeficiente que acompaña esta interacción es igual o cercano a cero, quiere decir que la política evaluada no tuvo un efecto causal sobre la variable de interés, que es la población sindicada. Esta será la hipótesis nula del modelo que hay que estimar. Para controlar a partir del tiempo de exposición de los diferentes grupos en la segunda y tercera cohorte, se definió la variable *Post*<sub>*m,t*</sub> de manera estratificada, con base en los años en los que entró en vigencia la normatividad para cada grupo. Asimismo, con la inclusión de los efectos fijos de tiempo, se controla este punto.

57 Podría pensarse que en el ingreso hay endogeneidad por doble causalidad, debido a la escogencia de los grupos y a que el cambio en la política procesal penal pudo afectarlo. Sin embargo, no se encuentra evidencia de esto. Como la reforma procesal penal no alteró el número de delitos ni las penas, no se afectó el crimen y no se encuentra ningún canal mediante el cual pudiese generarse el efecto endógeno.

Si bien el modelo introduce las variables y los controles utilizados en la literatura para el análisis de la población reclusa, tiene una limitante. Al observar la distribución de la población reclusa en Colombia, se encontró que esta no cuenta con una distribución normal, supuesto clave para la estimación por MCO<sup>58</sup>, pues solamente 126 municipios del país cuentan con cárceles. Esto se puede observar en la gráfica 4.

**Gráfica 4.** Distribución de la población reclusa en Colombia<sup>59</sup>



Fuente: Elaboración propia.

Por la anterior limitación, se decidió por varias razones correr el modelo con la totalidad de las observaciones mediante MCO. La distribución de la variable dependiente se asemeja a una distribución binomial negativa. Si se quiere estimar el modelo con este tipo de distribución, se deben utilizar métodos de máxima verosimilitud. En estos los errores se minimizan por medio de un proceso iterativo. Debido a la gran cantidad de observaciones con las que se cuenta (municipios\*periodos), el modelo se vuelve muy exigente para el sistema informático e incluso, en muchos casos, no converge.

58 Un supuesto clave para la estimación por MCO es la distribución normal de los errores del modelo. Dado que hemos argumentado que las variables independientes del modelo son exógenas, el cambio en la variable dependiente (población sindicada) vendría dado sólo por la varianza del error.

59 Debido a la gran concentración de municipios sin población sindicada, se excluyeron estos municipios del histograma, además de aquellos por encima de 1000 sindicados, para que se pudiese observar la escala y la distribución.

Cuando el modelo convergió con esta estimación no lineal, se perdieron alrededor del 90 % de las observaciones para las regresiones por MCO. El modelo de máxima verosimilitud con la distribución binomial negativa estimó los coeficientes sólo para 120 municipios. Aunque no es posible identificar cuáles fueron las observaciones que “sobrevivieron” en esta estimación, se podría pensar que la correlación entre estas 120 observaciones y los 126 municipios que tienen cárceles debería ser muy alta.

Para tratar de solucionar el problema, se utilizará MCO para estimar el modelo, ya que esta técnica debería mostrar el impacto del tratamiento sobre la variable dependiente, si llegase a existir uno. En otras palabras, se partirá del supuesto de que no existe una buena razón teórica para pensar que la relación entre la variable de interés y la variable dependiente pudiese verse muy afectada por la utilización de un modelo lineal. Después, se estimará el modelo de MCO para los municipios en los que hay cárceles, lo que subestimaría el efecto del crimen, las capturas y las demás variables socioeconómicas de los municipios del país. Como sólo 126 municipios en el país tienen cárceles, estas atienden las necesidades carcelarias de todo el país. Este ejercicio se realizará con el objetivo de corroborar que el efecto de la variable de interés en las variables dependientes, obtenido en el modelo con todos los municipios, sea robusto, además de acercarse a la estimación que se haría con la distribución binomial negativa de los errores.

Por último, vale la pena mencionar que para poder estimar con la metodología de MCO, uno de los supuestos que se deben cumplir es que la varianza sea constante a través de las observaciones, es decir, que haya *homoscedasticidad*. En la mayoría de los modelos econométricos, este es un supuesto que no se cumple. Más aún, no se conoce la forma de la varianza que sigue la distribución, fenómeno que se denomina *heteroscedasticidad*. Esto lleva a que sea necesaria la utilización de algunas correcciones dentro de los errores estándar de la regresión. La heteroscedasticidad no afecta la consistencia de los estimadores por MCO, sin embargo, puede afectar su varianza. Es por esto que si no se hace ninguna corrección, se invalidaría la inferencia estadística que se desee hacer acerca de los estimadores. Debido a que el tratamiento, en este documento, consistió en cuatro *oleadas*, se puede suponer que cada grupo tiene características similares que permitieron la aplicación en cierta fecha. Por esto, se hará la corrección de errores estándar robustos, haciendo *clusters*, o aglomerados, según la oleada en la cual participó el municipio.

## B. Resultados econométricos

En la tabla 4 se presentan los resultados de la ecuación sobre la evaluación del impacto para las tres oleadas de la aplicación de la ley para las variables de interés, estimados con MCO y para todos los 1113 municipios. En cada oleada, hay dos distintas estimaciones: la primera sin incluir los controles en el municipio, es decir, sólo con las variables relacionadas con la evaluación del tratamiento (columna 1); y la segunda, con las variables de control en el municipio (columna 2).

La evidencia empírica sugiere que para las dos primeras cohortes de aplicación del tratamiento no hubo ningún impacto de la Ley 906 del 2004 en el crecimiento de la población sindicada. En específico, los estimadores encontrados en estas regresiones son cercanos o iguales a cero, lo que nos lleva a confirmar nuestra hipótesis nula de que el tratamiento no tiene ningún efecto sobre la población sindicada. Para la tercera oleada de la aplicación, se obtiene el efecto deseado cuando no se incluyen las variables de control, en la columna 1. Sin embargo, al incluirlas, en la columna 2, el tratamiento se vuelve negativo y significativo (cercano al 10 %). No obstante, mediante la teoría del mínimo efecto detectable se puede argumentar que el efecto que predice la regresión en esta última cohorte es el más *débil* y que las primeras estimaciones tienen un mayor poder de predicción. La misma interpretación se le puede dar a la tabla 5, en la que se estima el mismo modelo para los 126 municipios del país que tienen cárceles. En otras palabras, si se miran sólo los municipios con centros penitenciarios, se confirma la hipótesis nula de que la aplicación de la ley es igual o cercana a cero en la población sindicada en estos municipios.

Estos resultados sugieren que si bien las estadísticas agregadas nacionales muestran una disminución del tamaño de la población sindicada, es decir, que no fue condenada, en los años posteriores a la entrada en vigencia de la mencionada ley, esta disminución no es consecuencia del cambio normativo, sino de otro tipo de factores que coincidieron con este.

**Tabla 4.** Evaluación del impacto del tratamiento sobre la población sindicada para todos los municipios del país

	Primera oleada		Segunda oleada		Tercera oleada	
	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)
VARIABLES	Sindicados	Sindicados	Sindicados	Sindicados	Sindicados	Sindicados
Postratamiento	4310 (3911)	1728 (1768)	-7557 (3539)	-6111** (1615)	4658 (2953)	5671 (3085)
Tratamiento*Post	-5539 (2787)	-5072 (2840)	5283 (2481)	3634 (2178)	-1295 (1160)	-2926* (1038)
Constante	11 905*** (2008)	143 876 (87 310)	11 906** (2099)	173 686 (113 394)	11 906** (2349)	115 877 (82 738)
Capturas		0,000 (0,003)		-0,000 (0,002)		-0,001 (0,002)
Crímenes		0,009 (0,020)		-0,001 (0,007)		-0,004 (0,007)
Controles por municipio	No	Sí	No	Sí	No	Sí
Efectos fijos del municipio	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Efectos fijos del año	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Observaciones	6674	6222	8898	8226	11 122	10 288
R-cuadrado	0,888	0,889	0,885	0,887	0,905	0,906

Errores estándar robustos (aglomerados por oleadas de tratamiento) en paréntesis.

\*\*\* Significativo al 1 % \*\* Significativo al 5 % \* Significativo al 10 %

Nota 1: Los controles del municipio incluyen el índice de ruralidad, la inversión en educación, el recaudo por impuesto de industria y turismo y la densidad poblacional.

Nota 2: La variable dependiente, los crímenes y las capturas están normalizados por cada 100 000 habitantes.

Fuente: Elaboración propia.

**Tabla 5.** Evaluación del impacto del tratamiento en la población sindicada para los municipios del país con cárcel

	Primera oleada		Segunda oleada		Tercera oleada	
	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)
VARIABLES	Sindicados	Sindicados	Sindicados	Sindicados	Sindicados	Sindicados
Postratamiento	42 814 (37 600)	-40 721 (20 608)	-59 257 (33 714)	-25 342 (13 801)	21 189 (28 869)	30 582 (32 878)
Tratamiento*Post	-34 647	-18 257	43 287	7418	-2263	-13374*

	(27 336)	(20 270)	(24 533)	(36 769)	(9713)	(4829)
Constante	104 141**	2 748 855*	104 338**	2 501 110**	104 552**	238 681
	(17 996)	(996 087)	(19 657)	(779 057)	(22 436)	(177 224)
Capturas		0,001		0,003		-0,013
		(0,015)		(0,020)		(0,019)
Crímen		0,040		0,001		-0,060
		(0,220)		(0,169)		(0,077)
Controles por municipio	No	Sí	No	Sí	No	Sí
Efectos fijos del municipio	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Efectos fijos del año	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí	Sí
Observaciones	753	737	1001	975	1248	1216
R-cuadrado	0,879	0,949	0,878	0,955	0,899	0,904

Errores estándar robustos (aglomerados por oleadas de tratamiento) en paréntesis.

\*\*\* Significativo al 1 % \*\* Significativo al 5 % \* Significativo al 10 %

Nota 1: Los controles de municipio incluyen el índice de ruralidad, la inversión en educación, el recaudo por impuesto de industria y turismo y la densidad poblacional.

Nota 2: La variable dependiente, los crímenes y las capturas están normalizados por cada 100 000 habitantes.

Fuente: Elaboración propia.

Se encontró que la tasa de criminalidad y las capturas no tuvieron un impacto en la población reclusa sindicada (véase las tablas 4 y 5). Estos resultados concuerdan con la evidencia empírica que Blumstein y Moitra<sup>60</sup>, Beck y Blumstein<sup>61</sup>, y Listokin<sup>62</sup> encontraron sobre la inexistencia de la relación causal entre la tasa de criminalidad y el número de personas en prisión.

Dentro de las limitaciones del modelo está que no fue posible conseguir datos sobre la distribución demográfica de la población desagregada por municipios. Por lo tanto, no fue posible introducir estos componentes en la regresión y no se pudieron evaluar. De igual forma, en el modelo se excluyeron factores políticos que, según las teorías políticas, podrían influenciar los cambios en la población reclusa. Si bien hay un cambio normativo en el modelo, este no supuso que ni

60 Blumstein y Moitra. *Op. cit.*, pp. 376-390.

61 Allen Beck y Alfred Blumstein. *Population Growth in U. S. Prisons, 1980-1996*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, pp. 17-61.

62 Yair Listokin. "Does Crime Mean More Prisoners? An Instrumental Variables Approach". *The Journal of Law & Economics* 46, n.º 1, 2003, pp. 181-206.

las tipificaciones de los delitos ni las penas impuestas se transformaran. Por esto, a la luz de esta evaluación no es posible ver las implicaciones de las teorías políticas para el caso colombiano.

## CONCLUSIÓN

La implementación de la Ley 906 del 2004 en el sistema jurídico colombiano se presentó como una solución garantista para las personas procesadas penalmente. Alrededor de la nueva normatividad procesal penal se desarrolló un discurso que parecía favorecer la libertad de los sindicados durante el curso del proceso. La reducción aparente del porcentaje de sindicados en el total de la población reclusa, en los primeros años de introducción de la mencionada ley, permitió sostener de manera equivocada que la causa directa de dicha reducción era el nuevo proceso penal oral.

Al analizar los datos de manera detallada y al utilizar estrategias estadísticas empíricas más sofisticadas, no se encontró sustento para afirmar que la Ley 906 del 2004 provocara una reducción en la población reclusa sindicada. La razón por la cual los estudios anteriores pudieron arrojar resultados errados de causalidad es que no discriminaron las cuatro cohortes, no se hizo normalización de la población reclusa y, más aún, se excluyeron otros factores que afectan las variables estudiadas, incluidos en el presente estudio, y que se sustentan en la revisión teórica presentada.

La promesa garantista de los principios rectores del actual proceso penal no se ha cumplido. En la actualidad, la *excepcionalidad* de la detención preventiva es sólo teórica, ya que en la práctica estas decisiones son muy comunes. Los jueces de control de garantías decretan la reclusión de manera preventiva mientras se decide la responsabilidad penal. Así, esta situación no es sólo ineficiente por los costos del encarcelamiento, sino que es injusta para quienes la padecen, que en definitiva se ven obligados a una subsistencia en condiciones indignas. Innumerables factores externos influyen en la decisión judicial: desde la estabilidad laboral de los funcionarios judiciales, el protagonismo en los medios, hasta la discrecionalidad judicial, degenerada en ocasiones en arbitrariedad<sup>63</sup>.

Insistimos en que esta medida de aseguramiento se debe decretar de manera excepcional y reservarse para aquellos casos que, luego de un análisis de razonabilidad y necesidad, arrojen un pronóstico desfavorable para el sindicado y favo-

63 Ya que estos factores van más allá de nuestro objeto de investigación, no se analizaron. Sin embargo, se pueden encontrar en el artículo de Norberto Hernández “¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso”.

rable para la procedencia de la medida. Su uso excesivo continuará perjudicando el sistema penitenciario, en medio de una crisis originada por el hacinamiento, además de ser totalmente ineficiente en términos económicos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Aponte, Alejandro. *Manual para el Juez de Control de Garantías en el Sistema Acusatorio Penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura y Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2004.
- Beck, Allen y Alfred Blumstein. *Population Growth in U. S. Prisons, 1980-1996*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.
- Becker, Gary S. *Crime and punishment: an economic approach*. Chicago: The University of Chicago Press, 1968.
- Becker, Gary S. *Teoría económica*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.
- Bernal, Raquel y Ximena Peña. *Guía práctica para la evaluación de impacto*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1999.
- Blumstein, Alfred. *Prisons*. San Francisco: Institute for Contemporary Studies Press, 1995.
- Blumstein, Alfred y Soumyo Moitra. "An Analysis of Time Series of the Imprisonment Rate in the States of the United States: A Further Test of the Stability of Punishment Hypothesis". *The Journal of Criminal Law and Criminology* 70, n.º 3, 1979, pp. 376-390.
- Código de Procedimiento Penal.
- Congreso de la República. *Ley 599 del 2000*.
- Congreso de la República. *Ley 600 del 2000*.
- Congreso de la República. *Ley 906 del 2004*.
- Congreso de la República. *Ley 1453 del 2011*.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-153 de 1998*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-774 del 2001*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-318 del 2005*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-425 del 2008*.

- Corte Constitucional. *Sentencia C-1198 del 2008*.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-506 del 2013*.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-695 del 2013*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Providencia del 25 de agosto del 2010*. Radicado 32964, magistrado ponente José Leónidas Bustos Martínez.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- Corporación Excelencia en la Justicia. *Balance de los primeros cinco años del funcionamiento del sistema penal acusatorio en Colombia*. Bogotá: Corporación Excelencia en la Justicia y Embajada Británica en Bogotá, 2011.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Sentencia de 21 de noviembre del 2007, Serie C. N.-170*.
- García, Juan Felipe, Daniel Mejía y Daniel Ortega. “Police Reform, Training and Crime: Experimental evidence from Colombia’s Plan Cuadrantes”. Documentos Cede Universidad de los Andes, n. ° 04, 2013.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.
- Garland, David. *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.
- Gujarati, Damodar. *Basic Econometrics*. Boston: McGraw-Hill/Irwin, 2008.
- Hernández, Norberto. “Los sistemas de vigilancia electrónica como sustitutivos de la prisión desde una perspectiva analítico-económica del derecho”. *Revista Contexto* 36, pp. 79-93.
- Hernández, Norberto. “¿La detención preventiva es una medida excepcional? Estudio de caso”. *Revista Diálogos de Saberes* 39, 2013, pp. 135-158.
- Ignatieff, Michael. *A Just Measure of Pain: The Penitentiary in the Industrial Revolution 1750-1850*. Nueva York: Pantheon Books, 1978.

- Inpec. “Población internos en Establecimiento de Reclusión y regionales”. *Informe*, 2013.
- Listokin, Yair. “Does Crime Mean More Prisoners? An Instrumental Variables Approach”. *The Journal of Law & Economics* 46, n.º 1, 2003, pp. 181-206.
- Margalit, Avishai. *The decent society*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- Marvell, Thomas B. y Carlisle E. Moody. “Age-Structure trends and Prison Populations”. *Journal of Criminal Justice* 25, n.º 2, 1997, pp. 115-124.
- Marvell, Thomas B. y Carlisle E. Moody. “Specification Problems, Police Levels, and Crime Rates”. *Criminology* 34, n.º 4, 1996, pp. 609-646.
- Núñez, Antonio. “Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley”. En *Derecho Económico*. Tomo II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Pinzón, Mario. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Pfaff, John F. “The Empirics of Prison Growth: A Critical Review and Path Forward”. *Journal of Criminal Law and Criminology* 98, n.º 2, 2008.
- Posner, Richard, William Landes y Mark Kelman. “Estudio preliminar”. En *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011.
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*, traducido por Eduardo L. Suarez. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Randall, Kennedy. *Race, Crime and the Law*. Nueva York: Pantheon Books, 1997.
- Ricaurte, Gustavo Adolfo. *La República*. Consultado el 22 de octubre del 2013 en [http://www.larepublica.co/economia/%C2%BFcu%C3%A1nto-le-cuesta-al-pa%C3%ADs-mantener-un-presos\\_34699](http://www.larepublica.co/economia/%C2%BFcu%C3%A1nto-le-cuesta-al-pa%C3%ADs-mantener-un-presos_34699).
- Rubio, Mauricio. *Economía Jurídica. Introducción al análisis económico del derecho iberoamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Rusche, Georg y Gerda Dinwiddie. “Labor Market and Penal Sanction: Thoughts on the Sociology of Criminal Justice”. *Crime and Social Justice*, 1978.

Rusche, Georg y Otto Kirchheimer. *Punishment and Social Structure*. Nueva York: Columbia University Press, 1939.

Suárez, Carlos Alberto. “Sobre la naturaleza y la legitimidad de la detención preventiva: ¿una simple medida procesal-cautelar o una auténtica pena de prisión sin juicio? A propósito de la Ley 1142 del 2007”. *Temas de derecho penal*. Bogotá: Universidad de los Andes y Temis, 2008.

Tonry, Michael. *Thinking about Crime. Sense and Sensibility in American Penal Culture*. Nueva York: Oxford University Press, 2004.

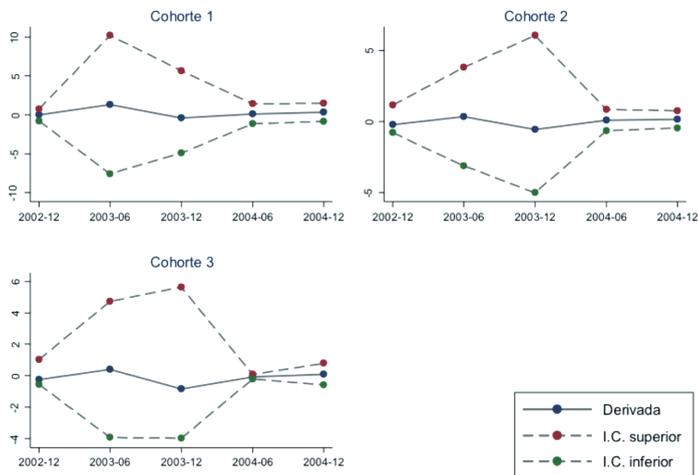
Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal. *Providencia del 28 de julio del 2009*. Radicado 11001600028200702662 02, magistrado ponente José Joaquín Urbano Martínez.

Trujillo, Juan. *Aproximación al análisis económico del derecho de algunas instituciones del sistema jurídico colombiano*. Consultado el 25 del febrero del 2014 en [http://www.redsociojuridica.org/ponencias\\_2006/analisis\\_economico.pdf](http://www.redsociojuridica.org/ponencias_2006/analisis_economico.pdf).

Wooldridge, Jeffrey. *Introductory Econometrics: A modern Approach*. Mason: Cengage Learning, 2012.

## Anexo 1

**Gráfica 5.** Tendencias paralelas en los 126 municipios con cárceles en Colombia



Nota: el gráfico corresponde a la diferencia de la tasa de crecimiento de la población sindicada, entre grupos de tratamiento y de control.

Fuente: Elaboración propia.



# ACUERDOS ANTICIPADOS DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA: ENFOQUE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

NUBIA CONSTANZA BONILLA PALOMINO\*

**Resumen:** Los acuerdos anticipados de precios de transferencia, establecidos en la legislación tributaria colombiana, permiten a los contribuyentes fijar con la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian), antes de iniciar sus operaciones, el valor del margen de utilidad de las transacciones con sus vinculados económicos a cualquier título. La Ley 1607 del 2012 introdujo cambios sustanciales en el ordenamiento jurídico del régimen de precios de transferencia. Este artículo estudia la eficiencia de esta normatividad, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, y expone el problema de la intervención estatal en el mundo económico. Concluye que si los contribuyentes hacen uso de la ley, podrían explorar y explotar las ventajas y la flexibilidad anunciadas en este tipo de acuerdos. Esto generaría estructuras societarias sólidas y planeadas y la Administración podría fomentar la inversión en el país y mejorar los costos del recaudo del impuesto de renta.

**Palabras clave:** precios de transferencia, vinculados económicos, partes relacionadas, acuerdos anticipados de precios de transferencia, AED, Ley 1607 del 2012, seguridad jurídica, costos de transacción, organización para la cooperación y el desarrollo económico, plena competencia, Ley 788 del 2002, precio comparable no controlado, precio de reventa, costo adicionado, partición de utilidades, residual de partición de utilidades, márgenes transaccionales de utilidad de operación, impuesto sobre la renta, sociedad matriz, sociedad subordinada, unidad de propósito y dirección, grupo empresarial.

## INTRODUCCIÓN

Con la expedición de la Ley 1607 del 2012, vigente a partir del 1.º de enero del 2013, el Gobierno nacional reformó de nuevo el sistema tributario en Colombia. Esta reforma abarcó temas de gran impacto económico: redujo las tarifas del

\* Abogada y especialista en Derecho Privado Económico de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Tributario de la Universidad del Rosario. Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Catedrática en varias instituciones de educación superior, entre ellas, la Universidad de los Andes. Consultora en temas de derecho mercantil, contractual, comercial, societario, acuerdos de reorganización, inversión extranjera y litigios civiles y comerciales.

IVA a sólo tres y creó un nuevo impuesto denominado *impuesto nacional al consumo*; creó el Cree o impuesto sobre la renta para la equidad, que reemplazó a las contribuciones parafiscales; redujo la tarifa del impuesto de renta para las sociedades en un 8 %, de manera que pasó del 33 % al 25 %; reclasificó a las personas naturales en trabajadores por cuenta propia y empleados y creó los sistemas presuntivos denominados impuesto mínimo alternativo (Iman) y el impuesto mínimo alternativo simple (Imas), para determinar la base gravable; por último, introdujo importantes cambios en el sistema de precios de transferencia.

La Ley 1607 del 2012 modificó o amplió algunos de los conceptos más relevantes de los sistemas de precios de transferencia, como los criterios de vinculación. A partir de la expedición de esta norma, en la definición de las sociedades subordinadas se determina que una misma persona natural o unas mismas personas naturales o jurídicas, un mismo vehículo no societario o unos mismos vehículos no societarios, conjunta o separadamente, tienen derecho a percibir el 50 % de las utilidades. Esta ley también determina que existe vinculación cuando un contribuyente está constituido como un establecimiento permanente de la empresa de la que realiza la actividad, en todo o en parte, y cuando más del 50 % de los ingresos brutos de la empresa provengan de forma individual o conjunta de sus socios o accionistas, comuneros, asociados, suscriptores o similares. Estos son sólo algunos de los nuevos criterios. La nueva reforma tributaria también incluyó nuevos obligados al régimen de precios de transferencia: el contribuyente al impuesto de renta que celebre operaciones con vinculados residentes en Colombia, en el caso del establecimiento permanente de uno de ellos en el exterior, o el contribuyente que celebre operaciones con vinculados ubicados en zona franca.

La legislación tributaria, en especial el régimen de precios de transferencia, ha sufrido grandes cambios a lo largo de los años y se seguirá modificando en el futuro cercano. La economía está en un momento coyuntural, en el que los gobiernos tienen problemas de liquidez y las empresas se expanden rápido y, por ende, aumenta la globalización. Muchas multinacionales se han esforzado en buscar e implementar formas de protección contra el riesgo de la doble imposición de precios de transferencia controversiales en diferentes legislaciones. Por su parte, los estados están aumentando el rango de personas que deben tributar, subiendo las tarifas y reduciendo el valor del hecho generador.

Por lo general, la preparación de los estudios y las declaraciones de precios de transferencia se fundamentan en un gran número de documentos que respaldan

las operaciones con los vinculados económicos. Sin embargo, hoy las grandes empresas están en la búsqueda de mecanismos más sólidos que permitan realizar transacciones más transparentes y mejor planeadas. Así, muchos empresarios consideran la posibilidad de suscribir acuerdos anticipados de precios de transferencia u otras formas de resolución de conflictos, como exámenes de auditoría conjunta, con las administraciones fiscales o tributarias, en las jurisdicciones en las que operan.

Los acuerdos anticipados de precios de transferencia permiten que entre el contribuyente y la autoridad fiscal se fije el procedimiento para la determinación de los precios de transferencia de las operaciones. Además, los acuerdos aportan cierto nivel de certeza en las estructuras empresariales a lo largo de los años. Muchas empresas consideran que la suscripción de estos acuerdos tiene más desventajas que ventajas, pues para su suscripción se debe entregar un sinnúmero de información privilegiada, muchas veces catalogada como secreto industrial, a la entidad fiscalizadora. Además, requieren mucho tiempo y dinero. La legislación tributaria de nuestro país permite que las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, realicen con la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian) un acuerdo anticipado de precios de transferencia, en inglés, *advance pricing arrangements* (APA), por medio del cual se establece el valor del margen de utilidad de las distintas transacciones de los contribuyentes con sus contratantes, contratistas o vinculados económicos a cualquier título. Estos acuerdos anticipados de precios de transferencia no tienen carácter permanente, ya que el Estatuto Tributario señala que pueden efectuarse hasta por tres periodos gravables.

Con la discusión vigente de si el análisis económico del derecho (AED) puede aplicarse a las distintas ramas del derecho, este estudio verifica la aplicación del análisis económico al derecho tributario en nuestro país, en especial a los acuerdos anticipados de precios de transferencia, toda vez que se considera que estos contienen los aspectos más relevantes del AED, como son los problemas de eficiencia que genera la normatividad, para este caso, la legislación tributaria, la controversia sobre la intervención estatal en el mundo económico y el pensamiento político y económico, que a la fecha tiene mayor relevancia.

Se iniciará con una breve y sencilla definición de los conceptos de precios de transferencia, vinculados económicos y acuerdos anticipados de precios de transferencia, para que el lector que no es experto en la materia los comprenda fácilmente y entienda su importancia para el derecho tributario. En seguida, con

base en los parámetros del AED, se comprobará si los acuerdos anticipados de precios de transferencia han servido como mecanismo de seguridad o certeza jurídica para las personas naturales y jurídicas, y si el acuerdo celebrado les permite hacer sus negociaciones y transacciones con la tranquilidad de saber que la administración no rechazará o verificará los precios usados con sus vinculados. Es importante mencionar que en nuestra legislación, sin perjuicio de la celebración del APA, la Administración mantiene su función de fiscalización<sup>1</sup>. Esto trasgrede un principio fundamental de la teoría del derecho y la economía, a saber, maximizar la satisfacción total de las preferencias. Por último, con la metodología propia del AED, se verificará si el establecimiento del APA ha servido como mecanismo de ahorro de costos de transacción, tanto para la Administración como para los contribuyentes, en particular los costos que se derivan de los procedimientos de fiscalización de la primera y de la revisión constante de los precios de transferencia con las partes interesadas para los últimos.

## I. ACERCAMIENTO A LOS CONCEPTOS BÁSICOS

### A. Precios de transferencia

Para definir qué son los precios de transferencia hay remitirse a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), creada en 1961, y al Informe del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE sobre precios de transferencia y empresas multinacionales, emitido en 1979. El propósito de este informe era explicar los problemas y los aspectos para tener en cuenta, describir los métodos y las prácticas aceptables desde el punto de vista tributario y determinar los precios de transferencia<sup>2</sup>. Este informe no tiene carácter obligatorio para los estados miembros, pero tiene un conjunto de criterios que han sido aceptados por dichos estados. La OCDE emitió varios textos que influyen en los precios de transferencia. Es necesario considerar el modelo del convenio de la OCDE, que en su artículo 9 aplica el principio de plena competencia, pues señala que en un grupo empresarial las transacciones deberían cuantificarse como aquellas que fueron negociadas entre empresas independientes<sup>3</sup>.

1 La autoridad fiscal puede vigilar el cumplimiento del APA suscrito en su misma jurisdicción, ya sea solicitando un informe anual que demuestre el cumplimiento de los términos fijados o realizando una auditoría normal cíclica, pero sin detenerse de nuevo en la metodología.

2 Hubert Hamackers. "Precios de transferencia, antecedentes, estado actual, perspectivas". En *La tributación frente a las relaciones internacionales y la utilización de nuevas tecnologías*. Oporto, Portugal, 1999, p. 8.

3 Carlos Herrero Mallol. *Precios de transferencia internacionales*. España: Aranzadi, 1999, p. 151.

En Colombia, la Ley 788 del 2002 introdujo el sistema de precios de transferencia al ordenamiento jurídico colombiano. Esta ley señaló que

los contribuyentes del impuesto sobre la renta, que celebren operaciones con vinculados económicos o partes relacionadas, están obligados a determinar, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, sus ingresos ordinarios y extraordinarios y sus costos y deducciones, considerando para esas operaciones los precios y márgenes de utilidad que se hubieran utilizado en operaciones comparables con o entre partes independientes<sup>4</sup>.

En otras palabras, los precios con los cuales una empresa transfiere bienes, propiedad intelectual o presta servicios a empresas vinculadas deberán ser iguales o similares a los precios con los cuales se realizarían estas operaciones con terceros independientes. Estas normas sólo tienen efecto en el impuesto de renta y complementarios, en lo referente a ingresos ordinarios y extraordinarios, costos, deducciones y para la determinación de los activos y pasivos, entre vinculados económicos.

Además, la Ley 788 del 2002 fijó los métodos que debían aplicarse en Colombia para determinar los precios de transferencia. Los clasificó así: *precio comparable no controlado*: mediante el cual se considera el precio de bienes o servicios pactado entre partes independientes en operaciones comparables; *precio de reventa*: el cual permite determinar el precio de adquisición del bien o servicio, entre partes relacionadas, multiplicando el precio de reventa a partes independientes por el resultado de disminuir la tasa de utilidad bruta a la unidad (utilidad bruta entre ventas netas); *costo adicionado*: mediante el cual se determina el precio de venta del bien o servicio, entre partes relacionadas, multiplicando el costo de adquisición a partes independientes por el resultado de agregar la tasa de utilidad bruta a la unidad (utilidad bruta entre el costo de ventas netas); *partición de utilidades*: en donde se asigna la utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, en la proporción que hubiera sido asignada entre partes independientes; *residual de partición de utilidades*: consiste en asignar la utilidad de operación obtenida por partes relacionadas, en la proporción que hubiera sido asignada entre partes independientes. De la utilidad global se restan las utilidades proporcionales de cada vinculado; y (6) *márgenes transaccionales de utilidad de operación*: determina en transacciones entre partes relacionadas la utilidad de operación que hubieran obtenido partes independientes en operaciones comparables, con base en

4 El artículo 28 se adicionó el capítulo XI al título I del Estatuto Tributario, que aparece en la cita.

factores de rentabilidad, activos, ventas, costos, gastos<sup>5</sup>. Después, la Ley 863 del 2003 sólo tuvo en cuenta las operaciones con vinculados del exterior e incluyó las sanciones por incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la declaración informativa y la documentación comprobatoria. Así, estableció sanciones por presentación extemporánea y por no presentar la declaración o la documentación comprobatoria, entre otras.

*Grosso modo*, los precios de transferencia corresponden al valor asignado por una sociedad o persona jurídica a los bienes y servicios que transfiere a otra empresa con la que tiene un vínculo económico. Este valor debe estipularse con los mismos precios de mercado que dicha empresa tiene establecidos para sus operaciones comerciales normales, con otras personas y empresas no vinculadas. En el derecho tributario colombiano, al Estado le corresponde cumplir con la función de control e intervención de los precios de transferencia. Para esto deberá contar con la información necesaria y suficiente que le permita establecer si la empresa incurrió en los fenómenos de evasión y elusión en la cancelación del valor, respecto del impuesto de renta<sup>6</sup>. En nuestro país, entonces, el concepto de *precios de transferencia* se aplica a todos los sujetos responsables del pago del impuesto sobre la renta que realicen transacciones comerciales con vinculados económicos o partes relacionadas cuyo domicilio principal o residencia sea otro país. Estos sujetos deberán determinar, de manera expresa y certera, sus ingresos, gastos, deducciones, activos y pasivos. Para estas operaciones, deberán considerar los precios y los márgenes de utilidad establecidos para operaciones similares con otras partes independientes. Como consecuencia, surgieron en la legislación fiscal colombiana los conceptos de declaración informativa, comparabilidad, utilización de métodos estadísticos, documentación comprobatoria, acuerdos anticipados de precios, entre otros. Debido al establecimiento de los precios de referencia, el obligado debe presentar ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian) una declaración informativa de las transacciones con vinculados económicos. Además, este contribuyente está en la obligación de elaborar y conservar en sus archivos y registros la correspondiente documentación comprobatoria, que debe ser puesta a disposición de la

5 Este método responde al principio de plena competencia, según el cual la relación entre las empresas no debe afectar a los términos de las operaciones. Para ello, establece que las condiciones pactadas deben ser las mismas que se hubieran acordado en operaciones comparables con empresas independientes, en circunstancias similares.

6 El régimen de precios de transferencia se estableció en Colombia mediante las leyes 788 del 2002 y 863 del 2003. Tales normas fueron reglamentadas en su momento por el Decreto 4349 del 2004. Sin embargo, el tema se modificó y complementó conforme a lo establecido en la Ley 1607 del 2012, correspondiente a la última reforma tributaria

mencionada unidad administrativa especial, con todos los requisitos señalados por tal autoridad<sup>7</sup>.

## **B. Vinculados económicos**

La anterior definición de precios de transferencia destaca que estos se establecen entre una sociedad y sus vinculados económicos. La legislación colombiana es prolija en la definición de tal concepto. En primer lugar, el Estatuto Tributario, en su artículo 450, menciona los distintos eventos en que se presenta el fenómeno de la vinculación económica: (1) cuando la operación, objeto del impuesto, tiene lugar entre una sociedad matriz y una subordinada; (2) cuando la operación, objeto del impuesto, tiene lugar entre dos subordinadas de una misma matriz; (3) cuando la operación se lleva a cabo entre dos empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un 50 % o más a la misma persona natural o jurídica, con o sin residencia o domicilio en el país; (4) cuando la operación se realiza entre dos empresas, una de las cuales posee directa o indirectamente el 50 % o más del capital de la otra; (5) cuando la operación tiene lugar entre dos empresas cuyo capital pertenezca en un 50 % o más a personas ligadas entre sí por matrimonio, o por parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o único civil; (6) cuando la operación tenga lugar entre la empresa y el socio, accionista o comunero que posea el 50 % o más del capital de la empresa; (7) cuando la operación tenga lugar entre la empresa y el socio o los socios, accionistas o comuneros que tengan derecho de administrarla; (8) cuando la operación se lleva a cabo entre dos empresas cuyo capital pertenezca directa o indirectamente en un 50 % o más a unas mismas personas o a sus cónyuges o parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad o único civil; (9) cuando el productor venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, el 50 % o más de su producción, evento en el cual cada una de las empresas se considera vinculada económica<sup>8</sup>; y (10) cuando se dé el caso previsto en el artículo anterior, es decir, cuando el 40 % o más de los ingresos operacionales de la entidad financiera provengan de la financiación de operaciones efectuadas por el responsable o sus vinculados económicos<sup>9</sup>.

7 El Estatuto Tributario trata la materia con profundidad en los artículos 260-2 y siguientes.

8 Es de destacar que mediante Concepto n.º 013941 del 9 de marzo del 2005 la Dian señaló que tal disposición también se aplica a la prestación de servicios.

9 Asimismo se señalan criterios de vinculación económica en los artículos 260, 261, 263 y 264 del Código de Comercio, artículo 28 de la Ley 222 de 1995 y los supuestos contenidos en los artículos 450 y 452 del Estatuto Tributario.

Además, la Ley 222 de 1995, mediante la cual se modificó la regulación que sobre el tema de matrices y subordinadas estaba consagrada en el Código de Comercio, adoptado en 1971, estableció los presupuestos para establecer la existencia de subordinación y, por ende, de una situación de control. Definió los presupuestos de unidad de propósito y dirección, que permiten definir la configuración de un grupo empresarial. De conformidad con dicha normatividad, el control puede ser individual o conjunto, sin participación en el capital de la subordinada o ejercido por la matriz domiciliada en el exterior o por personas naturales o de naturaleza no societaria. La vinculación se predica de todas las sociedades que integran el grupo, aunque su matriz esté domiciliada en el exterior.

Por su parte, la Dian en el concepto número 42 925 del 17 de junio del 2010 señaló que

De acuerdo con las previsiones del Código de Comercio, de la Ley 222 de 1995 y del Estatuto Tributario, *son diversas las situaciones que dan lugar a que se configuren vinculados económicos o partes relacionadas*, las cuales no necesariamente están ligadas a la participación directa o indirecta en el capital de la sociedad, sino que se extienden a todo evento que implique la subordinación o el control del poder de decisión, dirección o administración, o unidad de propósito y dirección. [Énfasis con subrayas en el original]

En conclusión, se puede afirmar que dos empresas se pueden considerar vinculadas si se presenta una de tres posibles circunstancias: que entre ellas exista un control común, que las dos formen parte de un mismo grupo empresarial y que una empresa venda el 50 % o más de su producción (o servicios) a otra empresa o a empresas vinculadas entre sí<sup>10</sup>.

### **C. Acuerdo anticipado de precios de transferencia**

El acuerdo anticipado sobre precios de transferencia, en inglés, *advance pricing arrangements* (APA), es un acuerdo entre un contribuyente y la administración tributaria local, en el que se fijan los criterios para la valoración de transacciones futuras entre empresas relacionadas y se establece la metodología para fijar precios, el monto de la contraprestación y los márgenes de utilidad. En dicho acuerdo, se especifican los bienes o servicios involucrados en las transacciones, los métodos de precios de transferencia, los de los comparables y los ajustes sobre estos para mejorar la comparabilidad.

10 La relación subsiste cuando la operación tiene lugar entre vinculados, a través de un tercero independiente.

En otras palabras, el APA es un contrato suscrito entre un contribuyente y la autoridad tributaria local. Este contrato tienen por objeto convenir, antes de la ejecución de operaciones entre vinculadas económicas, las pautas para la valoración de tales transacciones, en especial los métodos de estimación de valores de mercado, los ajustes de corrección, la determinación de las empresas y las transacciones comparables y los bienes o los servicios sujetos a la metodología de precios de transferencia, entre otras cosas.

En Colombia, los acuerdos anticipados de precios de transferencia están vigentes desde el 1.º de enero del 2006, reglamentados por el artículo 260-10 del Estatuto Tributario, reformado hace poco por el artículo 120 de la Ley 1607 del 2012. Esta norma fija los parámetros, los alcances y el procedimiento para la solicitud y la suscripción del acuerdo. Dicha norma estipula que el contribuyente interesado debe hacer la solicitud<sup>11</sup>, dentro de los tres primeros meses del ejercicio gravable para el que solicita su aplicación. Debe incluir información como nombre o razón social, descripción de la actividad del solicitante y sus vinculados y descripción y justificación de la solicitud, entre otras. Dentro de los justificantes deberá incluir la información relativa a la legislación local y los convenios de doble tributación suscritos por Colombia con el país de residencia de los vinculados, las condiciones económicas, la tasa de cambio, la estructura de capital, entre otras. También debe explicar en detalle la metodología para la fijación de precios de transferencia que se propone. Una vez presentada la solicitud, la Dian cuenta con nueve meses para estudiarla y pedir, si lo considera necesario, modificaciones o aclaraciones que le permitan contar con más elementos para aprobar o rechazar la solicitud. En este último caso, el contribuyente podrá interponer recurso de reposición. El rechazo por lo general se debe a circunstancias como una gran cantidad de productos sin que ninguno predomine o la propuesta de precios comparables no controlados establecidos de manera superficial y poco técnica y las transferencias intercompañías de pequeños volúmenes, tanto en términos absolutos como relativos, respecto a porcentajes de renta e ingresos. En caso de que la solicitud sea aceptada, el contribuyente deberá ajustarse a las normas particulares acordadas en dicho APA, durante los siguientes tres periodos gravables, adicionales al periodo en

11 En Estados Unidos, según el Procedimiento de Ingresos 96-53 (*Revenue Procedure 96-53*) y la Resolución de Ingresos 98-65 (*Revenue Notice 98-65*), el primer paso es concretar las denominadas *conferencias preparatorias* (*pre-filing conferences*). Estas consisten en una o más reuniones, anónimas o con identificación de las partes interesadas, con el propósito de estudiar de manera conjunta la viabilidad de tramitar un acuerdo, su alcance, la necesidad de asesoría externa, las metodologías y la documentación requerida por las autoridades de impuestos.

el cual fue solicitado. La Dian, por su parte, acepta los valores siempre que reflejen la realidad económica y se hayan obtenido aplicando bien el acuerdo. Además, el contribuyente que haya suscrito un APA con la Dian deberá presentar un informe que demuestre que ha calculado y declarado sus precios de transferencia de conformidad con el acuerdo suscrito. En dicho informe, entre otras cosas, debe indicar las operaciones efectuadas en el periodo y el precio y el monto de la contraprestación obtenida.

Es importante señalar que el APA podrá ser modificado, a solicitud del contribuyente o de la Dian, en caso de que haya variaciones significativas de los supuestos que dieron lugar a la aprobación de la solicitud. Puede terminarse por mutuo acuerdo entre las partes, para lo cual se debe escribir un acta, por revocatoria de la Dian. Esta acta se presenta cuando esta entidad detecte que el contribuyente suministró información incorrecta o inexacta o cuando haya incumplimiento del APA por parte del contribuyente.

Dado que las transacciones cubiertas en un APA pueden involucrar varios países, los acuerdos anticipados de precios de transferencia se pueden celebrar con más de una administración tributaria. Estos acuerdos pueden clasificarse como unilaterales, en los que la administración y el contribuyente funcionan bajo una misma jurisdicción y lo acuerdan sin la intervención de otras administraciones<sup>12</sup>, o multilaterales<sup>13</sup>, los cuales favorecen la no doble imposición internacional y garantizan la asignación justa y equitativa de las rentas correspondientes a cada jurisdicción fiscal.

## II. EFICIENCIA DEL ACUERDO ANTICIPADO DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Como se indicó, el establecimiento del régimen de precios de transferencia en Colombia, y en particular la posibilidad de realizar acuerdos anticipados con la autoridad fiscal, es un fenómeno que debe analizarse desde la perspectiva del AED, toda vez que en estos acuerdos se deben tener en cuenta distintos aspectos inherentes a esta metodología. Por esto, se verificarán desde el punto de vista de las partes involucradas, en primer lugar, la administración de impuestos y, en segundo lugar, la empresa.

12 Este tipo de APA puede afectar el pasivo fiscal de las empresas asociadas que se encuentran ubicadas en otras jurisdicciones fiscales.

13 Entre los países que tienen reglas específicas para acuerdos anticipados de precios de transferencia están Australia, Bélgica, Francia, Holanda, Canadá, Indonesia, China, Japón, México, Corea, España, Venezuela y Estados Unidos.

## A. Desde la administración fiscal

En palabras de Castellanos Obregón,

El alcance, desarrollo y contenido del Análisis Económico del Derecho (AED) han devenido no sólo aparejados a los de la Economía y, a su vez, enriquecidos desde allí por la aparición de nuevos temas y técnicas, sino que se han visto ampliados con su progresiva y promisorio aplicación a áreas jurídicas no estudiadas antes [...], al punto de dar la impresión general, y llevar a pensar a algunos abogados y economistas, que el AED puede aplicarse y explicar todo tipo de asunto, sin que las discusiones metodológicas ocupen un lugar importante en el discurso de la disciplina. Ante tan ambicioso universo señalado para el AED, cabe preguntar, en verdad, ¿puede el Análisis Económico del Derecho explicar todo tipo de asuntos y problemáticas del Derecho, la Economía y la sociedad?<sup>14</sup>

Para resolver esta cuestión, es necesario tener presente que una de las consecuencias de esta metodología, derivada de la escuela del derecho y la economía, es la verificación de la intervención del Estado en el mundo económico. La concepción clásica de la economía considera que no debe existir injerencia alguna del Estado, pues los mercados se regulan por las leyes de la oferta y la demanda. Sin embargo, los mercados no siempre funcionan perfectamente. En algunas oportunidades, presentan errores o fallas que atentan contra el mercado mismo, por lo que es necesario eliminarlos. Con la evolución de las teorías económicas se pudo concluir que la oferta y la demanda pueden tener desequilibrios que llevan a que los mismos actores económicos sean los llamados a solucionar tales imperfecciones.

Las fallas del mercado se denominan *externalidades*<sup>15</sup>. Se presentan cuando una persona realiza una determinada actividad que influye en un tercero y no se recibe ningún pago, ni beneficio, ni castigo, ni sanción por este efecto. Sin embargo, no todas las externalidades son idénticas, por lo que se pueden clasificar en positivas y negativas. Las primeras se presentan cuando se causa beneficio a un tercero y las segundas cuando pasa lo contrario. Así, cuando hay externalidades en las actividades, el equilibrio del mercado es una razón ineficiente para que la ciencia del derecho sea llamada a eliminarlas. Es pertinente aclarar que no todas

14 Fernando Luis Castellanos Obregón. “¿Puede el AED explicarlo todo? Esbozo crítico acerca del alcance del análisis económico del derecho”. *Revista Con-Texto* 38, 2012, pp. 35. Consultado el 7 de octubre del 2013 en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=contexto&page=article&op=view&path%5B%5D=3316>.

15 En este punto, cabe recordar el teorema de Coase, que explica que las externalidades o ineficiencias logran superarse por expreso acuerdo de los afectados.

las externalidades se deben eliminar, pues algunas tienen un carácter técnico y, por tanto, no tienen nada que ver con el derecho ni con la economía.

Cuando los sujetos económicos no logran solucionar el problema de las externalidades, al Estado le corresponde intervenir para que el mercado vuelva a su normal cauce:

Respecto de las externalidades el Estado debe intervenir, para lo cual establece correctores (que pueden ser penalizaciones o subvenciones) o regulando actividades (por ejemplo, puede prohibir actividades que ocasionen contaminación o estableciendo normas para que las discotecas se encuentren cerradas a ciertas horas o que no existan las mismas en determinadas zonas)<sup>16</sup>.

En este punto es necesario definir qué es el análisis económico del derecho y cómo se aplica. En palabras de Torres Manrique,

El análisis económico del derecho es una metodología de análisis que persigue aplicar los métodos de la ciencia económica a las instituciones jurídicas. El derecho tiene como objetivo regular la conducta humana, y para ello es menester conocer la realidad; la economía por su parte busca a su vez la comprensión de la realidad, para lo cual efectúa el estudio del comportamiento humano, claro está desde otra perspectiva. Si existen métodos económicos para prever las acciones o entenderlas, y la misma está sujeta a un mecanismo de regulación a través de normas, se evidencia que el punto de unión entre el derecho y la economía es la capacidad de predecir la conducta humana<sup>17</sup>.

El AED predice estas conductas a través de la eficiencia de las instituciones jurídicas. Si no son eficientes, se deberán reemplazar o reformular. En cambio, las que lo sean, se deberán establecer en el ordenamiento jurídico.

El Estatuto Tributario no incentiva la inversión o la renta, por el contrario las sanciona, castiga, reprime o desincentiva<sup>18</sup>. Por esto, para el legislador, el sistema de precios de transferencia, en especial los acuerdos anticipados de precios de transferencia, se convierte en un régimen eficiente de control y recaudación de los tributos derivados de la inversión o la renta. En el caso del impuesto

16 Fernando Jesús Torres Manrique. "Análisis económico del derecho". En *Derecho y cambio social*, 2003. Consultado el 15 de octubre del 2013 en [http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/analisis%20economico%20del%20derecho.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/analisis%20economico%20del%20derecho.htm#_ftn1).

17 *Ibidem*.

18 Los desincentivos también son estudiados por el análisis económico del derecho. A través de medidas legales o extralegales, los desincentivos castigan, reprimen o sancionan una conducta o actividad, logrando que su frecuencia se reduzca, disminuya o desaparezca.

de la renta, la eficiencia<sup>19</sup>, desde este punto de vista gubernamental, es que los acuerdos anticipados de precios de transferencia contribuyan a que la Dian establezca a ciencia cierta el valor de recaudo, pues según la norma las sociedades que reúnen las características para suscribir el acuerdo son los grandes empresarios que tienen un mayor nivel de aporte.

La teoría del derecho y la economía también puede estudiar los ingresos de la Nación. El ordenamiento jurídico, en particular el sistema de recaudo, tiene algunas incoherencias o fallas. A pesar de ser un tema propio del derecho tributario, es necesario señalar que tales irregularidades se presentan cuando se imponen sanciones o castigos a los empresarios, comunes en cualquier sistema impositivo. Si las personas naturales o las jurídicas producen rentas, están obligadas a pagar impuestos sobre dichas rentas. En virtud del principio de progresividad de los impuestos, serán mayores en la medida en que dicho ingreso sea mayor. La mayor o menor tarifa en un tributo junto con la mayor o menor imposición de sanciones por el incumplimiento en la declaración o pago son un acelerador o desacelerador de la actividad, por lo que la ocurrencia del hecho generador será más o menos frecuente. Para lograr tal efecto, el Gobierno nacional cuenta con el mecanismo de las reformas legislativas, a través de las cuales realiza una intervención directa en la economía.

Las reformas legislativas pueden, por tanto, fomentar la inversión en el país y hacer efectivo el recaudo del impuesto de renta para los grandes contribuyentes, en especial aquellos que tienen relación con empresas que están fuera del país. La normatividad sobre acuerdos anticipados de precios de transferencia de nuestro ordenamiento jurídico responde a lo que el análisis económico del derecho denomina *incentivos*. Para los teóricos, estos no son otra cosa que la propensión del legislador a que se realicen determinadas conductas. Los incentivos son, entonces, medidas de índole legal o extralegal, que persiguen premiar o promocionar alguna actividad, para lograr aumentar de esta manera su frecuencia.

Hasta hace muy poco, la normativa en materia de precios de transferencia estaba sólo en el Estatuto Tributario y en el Decreto 4349 del 2004. Por lo tanto, la

19 “La noción de ‘norma’ se desprende de la noción de control social y sabemos —al menos desde Durkheim— que están íntimamente relacionadas y que se muestran como nunca en las transgresiones. Las transgresiones crean un conjunto de sanciones, las cuales van desde la censura vaga (la burla, las risas disimuladas) hasta el uso debidamente codificado de coacciones (prisión, exilio, muerte). La función de las sanciones —el ‘control social’— es evidente: se trata de restaurar la autoridad de las reglas, de mantener el orden establecido y de asegurar la perpetuación; en resumen, de garantizar la integridad y la integración social.” (Lenoir, 1997, p. 89)

fiscalización en esta materia versaba, en su gran mayoría, sobre asuntos formales, posiblemente debido a la complejidad del tema. Sin embargo, el interés de la administración tributaria por la fiscalización sustancial de un asunto que reúne a contribuyentes importantes en el PIB colombiano ha implicado la expedición de nuevas normas al respecto, como el Decreto 1602 del 2012, que en su parte considerativa indica:

*Que se hace necesario optimizar, agilizar y simplificar el cumplimiento*, por parte de los contribuyentes sometidos al régimen de precios de transferencia, de la obligación tributaria relacionada con la presentación de la documentación comprobatoria de que trata el artículo 260-4 del Estatuto Tributario ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, optimizando a su vez el uso de los sistemas informáticos electrónicos con los que cuenta la entidad y garantizando salvaguarda y confidencialidad de la información.

Que teniendo en cuenta la apertura de nuestro mercado al exterior y el volumen e importancia de la inversión directa en actividades empresariales en Colombia, *los Acuerdos Anticipados de Precios constituyen una medida*, que inspirada en el principio de transparencia *debe contribuir a dar seguridad a los sujetos pasivos*, por ello se hace necesario adecuar la legislación en esta materia a los estándares internacionales, simplificando y dando armonía al conjunto normativo que los regulan. [Énfasis con negrillas en el original]

Se citará ahora a Del Mastro, quien señala que

La economía y el AED no nos pueden decir cuáles son los costos y beneficios de una medida legal. Nos pueden dar información sobre algunos costos y beneficios, pero eso no es suficiente para justificar cambios normativos, más aun cuando las materias reguladas son complejas y los costos y beneficios involucrados pueden ser mirados desde diversas disciplinas<sup>20</sup>.

Por lo tanto, el AED sólo servirá como instrumento para conocer la fuerza normativa y decidir con fundamento en tal análisis de las normas.

## **B. La visión del contribuyente**

El análisis económico del derecho, en sus inicios, se concentró en el estudio de los fenómenos jurídicos que tuviesen un claro impacto en la economía, tales como las leyes de quiebras y las legislaciones laborales. En la actualidad, el AED

20 Fernando del Mastro. *AED y psicología: sobre (¿qué?) costos y beneficios*, 2013. Consultado el 1 de octubre del 2013 en <http://enfoquederecho.com/AED-y-psicologia-sobre-%C2%BFque-costos-y-beneficios/>.

ha ampliado sus fronteras y ha empezado a analizar temas propios del derecho, fundamentales para esta ciencia, como los contratos y el derecho penal, pero

[...] quizá las líneas de investigación más reciente e intensamente exploradas en el ámbito del Análisis Económico del Derecho sean los temas relacionados con la regulación económica y la aplicación de la teoría de juegos<sup>21</sup>, y que constituyen hoy día el núcleo de este tópico de investigación<sup>22</sup>.

La piedra angular de la teoría coasiana es el concepto conocido como *costo de transacción*<sup>23</sup>. Este concepto señala que el mercado funciona a partir de la contratación y contratar cuesta, por lo que acudir al mercado puede ser costoso. A través del AED se analizan, estudian y proponen mecanismos que permitan reducir los costos de transacción<sup>24</sup>. Para el caso de los acuerdos anticipados de precios de transferencia, los costos de transacción están muy relacionados con los de información, además de los propios del ejercicio contable y financiero. Los costos de información se derivan de la otra parte, que para nuestro caso es el Estado<sup>25</sup>. Cuando la Dian celebra un APA, la sociedad que lo solicita reduce los costos de preparación y defensa de sus estudios y declaraciones de precios de transferencia, pues conoce de antemano la posición de su contraparte y tiene cierto grado de certeza sobre el enfoque que esta entidad estatal le dará al análisis de los documentos presentados. La preparación y entrega de la información que se deriva del APA también reduce los costos de transacción, debido a que la reglamentación establece de manera expresa que se debe entregar luego de efectuado el acuerdo, y por los tres periodos fiscales siguientes será la misma<sup>26</sup>.

Desde la introducción del régimen de precios de transferencia en el ordenamiento jurídico colombiano, se estableció que los contribuyentes del impuesto sobre la renta que celebren operaciones con vinculados económicos o partes

21 Para Ramírez de Aguilera, “[l]a teoría de juegos, por último, no es propiamente dicho, una línea de investigación económica, sino un instrumento matemático que ha ido introduciéndose en el análisis económico, dada su aplicabilidad a un buen número de problemas económicos no estudiados hasta entonces, o que habían sido abordados con técnicas más rudimentarias” (2013).

22 *Ibidem*.

23 El teorema de Coase tiene dos dimensiones: si los costos de transacción son iguales a cero, no importa la solución legal adoptada, porque igual se llegará a la más eficiente; si los costos de transacción son mayores a cero, sí importa la solución legal para llegar a una eficiente.

24 Los costos de transacción son los que provienen de las operaciones económicas, en un mercado determinado.

25 Sea el momento para traer a colación el criterio de eficiencia económica, en el sentido de Pareto, que es aquella situación que no causa perjuicio a ninguna de las partes involucradas y que mejora la situación de alguna de ellas.

26 Vale la pena aclarar que la información será la misma, en la medida en que el método aplicado para calcular los precios de transferencia siempre será el mismo. Pero es evidente que la documentación variará, ya que debe reflejar diferentes transacciones entre partes vinculadas.

relacionadas están obligados a determinar, para efectos del impuesto sobre la renta y complementarios, sus ingresos ordinarios y extraordinarios, así como sus costos y deducciones. Para estas operaciones, deben considerar los precios y los márgenes de utilidad que se hubieran usado entre partes independientes. De esta manera, los contribuyentes del impuesto sobre la renta que celebren operaciones con vinculados económicos domiciliados o residentes en el exterior deben preparar la documentación comprobatoria relativa a cada tipo de operación, mediante la cual demuestren la correcta aplicación de las normas del régimen de precios de transferencia. Sin embargo, los contribuyentes que tengan suscrito un APA no deberán preparar la documentación comprobatoria de que trata el artículo 260-4 del Estatuto Tributario, situación que reduce notoriamente sus costos<sup>27</sup>.

Además, con base en dicha documentación los contribuyentes deben presentar cada año una declaración informativa y, en algunos casos, consolidada de las operaciones realizadas con vinculados económicos o partes relacionadas. Según lo establecido en el Decreto 1602 del 2012, la documentación debe enviarse de forma virtual, en el año siguiente al año gravable al que corresponde la información, en las fechas que determine el Gobierno nacional. En estas medida es evidente la intención de la Administración de seguir reduciendo los costos de transacción del contribuyente. Esto se suma al hecho de que se eliminó la limitación de tiempo en que se debía presentar tal información, así como la obligación de preparar la documentación comprobatoria para los contribuyentes con los que la Dian celebre un APA<sup>28</sup>.

Por último, con la suscripción de los acuerdos anticipados de precios de transferencia se cumple con otro de los elementos propios del análisis económico del derecho: la distribución del ingreso de la mejor manera posible. La existencia de relaciones contractuales, concertadas y no sólo impositivas entre las partes busca la mencionada distribución. Cuando un contribuyente solicita a la unidad administrativa especial la celebración de un acuerdo anticipado de precios de

27 “Por regulación económica hemos de entender, en principio, las restricciones legales que se imponen a los agentes participantes en un mercado. [...] La pregunta que se plantean los economistas interesados por la regulación económica, es si verdaderamente con la regulación se mejora la eficiencia económica de los mercados.” (Castellanos Obregón, 2012)

28 El artículo 1.º del Decreto 1602 del 2012, mediante el cual se reformó el artículo 8.º del Decreto 4349 del 2004, señala: “Plazo para la presentación de la documentación. La documentación comprobatoria deberá presentarse dentro del año inmediatamente siguiente al año gravable al que corresponde la información, en las fechas que determine el Gobierno Nacional, en forma virtual a través de los servicios informáticos electrónicos de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y en las condiciones que ésta determine, atendiendo al último dígito del NIT del obligado, sin el dígito de verificación”.

transferencia pretende establecer con la suficiente anticipación la mejor y más eficiente<sup>29</sup> forma de distribuir sus ingresos y tiende así a maximizar la riqueza y la utilidad. Ese aumento en la utilidad que el contribuyente recibe cuando suscribe un APA está relacionado con la posibilidad de tomar decisiones económicas racionales, basadas en el conocimiento de las condiciones que le serán aplicables al momento de presentar su informe de precios de transferencia. Esto le permite crear modelos económicos y de operación que favorezcan la evaluación rigurosa de las consecuencias de las leyes sobre el tema y lo conviertan en un ente económico eficiente en lo social y lo económico.

## CONCLUSIONES

El AED es un método de interpretación que busca la aplicación de la ciencia económica en el razonamiento jurídico. En ese sentido, usa conceptos económicos para explicar el efecto de las leyes, los reglamentos y las resoluciones. Además, determina cuáles reglas legales son eficientes desde el punto de vista económico. Con esto, intenta predecir qué leyes deberían ser promulgadas y cuáles deberían desaparecer del ordenamiento jurídico. El AED parte de que para comprender las instituciones jurídicas debe acudir al análisis de sus efectos (económicos).

La regulación económica son las restricciones legales que se imponen a los agentes participantes en un mercado. El establecimiento de ciertas normas puede distorsionar el funcionamiento del mercado, situación que hace que estas sean objeto de importantes análisis. Desde el punto de vista del AED, la regulación sólo se justifica por fallos de mercado generados por externalidades, de posición dominante o de bienes públicos. Así, el derecho tiene una función limitada, enfocada a garantizar la seguridad y la libertad del mercado; por lo tanto, no debe realizar más que función de regulación o intervención.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la nueva regulación emitida por el Gobierno sobre los acuerdos anticipados de precios de transferencia podría considerarse eficiente, en la medida en que permite a los contribuyentes explorar y explotar las ventajas y la flexibilidad anunciadas en la suscripción de este tipo de acuerdos. Esto genera estructuras societarias sólidas y planeadas, al tiempo que la Administración fomenta la inversión en el país y mejora los costos del recaudo del impuesto de renta.

29 “Se fundamenta que entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia. Al enfrentar, tanto la economía como el derecho el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, se busca siempre una solución eficaz socialmente.” (Chanamé Orbe, 1995, p. 63)

Lo en realidad es relevante es que el AED es un instrumento que entrega elementos adicionales a los propios del ordenamiento jurídico. Es necesario conocer y entender sus planteamientos en el contexto actual, pues el AED no busca reemplazar el razonamiento jurídico, sino que lo enriquece para darle mayores elementos de juicio para solucionar una controversia jurídica. En últimas, insiste en que para dicha labor hay que considerar factores económicos y sociales.

#### BIBLIOGRAFÍA

Barbosa Mariño, Juan David. *Análisis del Régimen de Precios de Transferencia en Colombia*. Tesis de Grado. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Javeriana. 2004.

Cámara de Comercio de Medellín. *Los Precios de Transferencia en Colombia*. Consultado el 7 de octubre del 2013 en [http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Memorias/2011/11Precios\\_de\\_transferencia.pdf](http://www.camaramedellin.com.co/site/Portals/0/Documentos/Memorias/2011/11Precios_de_transferencia.pdf).

Candal, Manuel. *Las normas sobre precios de transferencia en Latinoamérica. Ámbito Jurídico Venezuela*. 8 de julio del 2009. Consultado el 1 de octubre del 2013 en [http://www.legiscomex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/BancoConocimiento/C/colab\\_preciostransferencia\\_ven/colab\\_preciostransferencia\\_ven.asp](http://www.legiscomex.com.ezproxy.uniandes.edu.co:8080/BancoConocimiento/C/colab_preciostransferencia_ven/colab_preciostransferencia_ven.asp).

Castellanos Obregón, Fernando Luis. “¿Puede el AED explicarlo todo? Esbozo crítico acerca del alcance del análisis económico del derecho”. *Revista Con-Texto*, n.º 38, 2012. Consultado el 7 de octubre del 2013 en <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=contexto&page=article&op=view&path%5B%5D=3316>.

Chanamé Orbe, Raúl. *Diccionario jurídico moderno*. Lima: Universidad de San Marcos, 1995, p. 63.

Decreto 4349 del 2004. Diario Oficial n.º 45771.

Decreto 1602 del 2012. Diario Oficial n.º 48504 del 2012.

Del Mastro, Fernando. *AED y psicología: sobre (¿qué?) costos y beneficios*, 2013. Consultado el 1 de octubre del 2013 en <http://enfoquederecho.com/AED-y-psicologia-sobre-%C2%BFque-costos-y-beneficios/>.

- Dian. Concepto 42925 del 17 de junio del 2010. Consultado el 1 de octubre del 2013 en <http://www.incp.org.co/incp/document-type/herramientas-profesionales/page/375/>.
- Dian. Concepto 013941 del 9 de marzo del 2005. Consultado el 1 de octubre del 2013 en <http://www.cijuf.org.co/codian05/marzo/c13941.html>.
- Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social. “Análisis Económico del Derecho: herramienta para hacer mejores regulaciones”. *Boletín de Estudios Legales*, n.º 134, 2012. Consultado el 30 de septiembre del 2013 en <http://www.slideshare.net/FUSADESORG/boletn-de-estudios-legales-no-134-correspondiente-al-mes-de-febrero-de-2012-titulado-analisis-economico-del-derecho-herramienta-para-hacer-mejores-regulaciones>.
- González Béndiksen, Jaime. *Introducción al Estudio de los Precios de Transferencia*. Consultado el 27 de agosto del 2013 en [http://www.bendiksenlaw.com/docs/publications/Introduccion\\_al\\_Estudio\\_de\\_los\\_Precios\\_de\\_Transferencia\\_060803.pdf](http://www.bendiksenlaw.com/docs/publications/Introduccion_al_Estudio_de_los_Precios_de_Transferencia_060803.pdf).
- Guerra-García, Gustavo. “Entre Costos y Beneficios”. *Revista Cathedra* 1, n.º 1, 1997.
- Gutiérrez Salazar, Jair. “Precios de Transferencia”. *Revista Libre Empresa* 5, n.º 1, 2008. Consultado el 7 de octubre del 2013 en [http://www.unilibrecali.edu.co/libre-empresa/%5Cimagenes%5Cstories%5Cpdf\\_articulos%5Cvolumen5%5Cprecios\\_de\\_transferencia\\_32\\_47.pdf](http://www.unilibrecali.edu.co/libre-empresa/%5Cimagenes%5Cstories%5Cpdf_articulos%5Cvolumen5%5Cprecios_de_transferencia_32_47.pdf).
- Hamaekers, Hubert. “Precios de transferencia, antecedentes, estado actual, perspectivas”. *La tributación frente a las relaciones internacionales y la utilización de nuevas tecnologías*. Oporto, Portugal, 1999.
- Herrero Mallol, Carlos. *Precios de transferencia internacionales*. España: Aranzadi, 1999.
- Krauze. *Programa Latinoamericano en Análisis Económico del Derecho*, 2012. Consultado el 15 de septiembre del 2013 en <http://www.corporatet.com/law-economics-derecho-economia.php>.
- Lenoir, Remi. “La noción del *control social*”. *Sociétés et Représentations*, 1997. Consultado el 2 de octubre del 2013 en <http://books.google.com.co/books?id=uKNFH4IT048C&pg=PA89&lpg=PA89&dq=remi+linoir+1997&source=bl&ots=t0JeVXvgNw&sig=W7hLtvVSWCFyjSa20F2w>

D'TH14Ng&hl=es-419&sa=X&ei=4btuUoywAsO2kQe3r4GAAQ&ved=0CCkQ6AEwAA#v=onepage&q=remi%20lenoir%201997&f=false

Ley 222 de 1995. Diario Oficial n.º 42 156 del 20 de diciembre de 1995.

Ley 788 del 2002. Diario Oficial n.º 45 046 del 27 del diciembre del 2002.

Ley 863 del 2003. Diario Oficial n.º 45 415 del 29 de diciembre del 2003.

Ley 1607 del 2012. Diario Oficial n.º 48 655 del 26 de diciembre del 2012.

Morales de Setién Ravina, Carlos. “Las bases del análisis económico del derecho”. En *Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2011.

Pastor Prieto, Santos. “Sistema Jurídico y Ciencias Sociales: Análisis Económico del Derecho y Jurimetría”. En *Derecho y Sociedad*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 1998.

Posner, Richard A. “El Movimiento del Análisis Económico del Derecho: desde Bentham hasta Becker”. *Themis-Revista de Derecho*, n.º 44.

Ramírez de Aguilera, Emilio Congregado. *Análisis económico del derecho: una revisión selectiva de la literatura reciente*. Universidad de Huelva. Consultado el 30 de septiembre del 2013 en <http://www.uhu.es/derechoyconocimiento/DyC01/B04.pdf>.

Rozo Gutiérrez, Carolina. *¿Son razonables los acuerdos de precios de transferencia con la DLAN?* Consultado el 12 de septiembre del 2013 en <http://www.prieto-carrizosa.com/es/noticias/%C2%BFson-razonables-los-acuerdos-de-precios-de-transferencia-con-la-dian>.

Torres Manrique, Fernando Jesús. “Análisis económico del derecho”. En *Derecho y cambio social*. Consultado el 15 de octubre del 2013 en [http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/analisis%20economico%20del%20derecho.htm#\\_ftn1](http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/analisis%20economico%20del%20derecho.htm#_ftn1).

# EL ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL. EL CASO DE LOS JUECES DE TIERRAS

LUISA FERNANDA CANO BLANDÓN\*

SANTIAGO PARDO RODRÍGUEZ\*\*

**Resumen:** Este capítulo examina la actividad judicial en Colombia a partir de tres categorías del análisis económico del derecho: *maximización, eficiencia y derechos de propiedad*. Entendemos que el momento adjudicativo del derecho no es, como lo podría considerar una posición legalista, la aplicación mecánica de una regla a los hechos. Se trata de un momento en esencia político, por lo cual tomamos conceptos propios de la elección pública y del neoinstitucionalismo para nuestro análisis teórico de la primera parte del capítulo. En la segunda parte, usamos estos conceptos para analizar la actividad de la jurisdicción de tierras en años recientes, en específico a partir de tres sentencias hito en la materia.

**Palabras clave:** poder judicial, maximización, eficiencia, derechos de propiedad, jurisdicción de tierras

## INTRODUCCIÓN

El propósito de este capítulo es analizar la actividad judicial en Colombia, en particular la jurisdicción de tierras, a la luz de herramientas provistas por el análisis económico del derecho. El proceso judicial y las actividades del juez constituyen un terreno fértil para este análisis, en cuanto la adjudicación es el momento dinámico del derecho. Se pretende explorar el proceso judicial desde una perspectiva endógena, es decir, no se trata de abordar las restricciones que

\* Abogada de la Universidad de Antioquia. Magíster en Gobierno y Asuntos Públicos de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso). Profesora del área de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, desde el año 2006. En la actualidad, es estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Sus publicaciones más recientes son: “El litigio estructural en salud: un estudio comparado con base en casos de Sudáfrica, Argentina, India y Colombia” (2015), “El giro argumentativo del análisis de políticas públicas ¿el lugar de la política en las políticas?” (2015) y “La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” (2014).

\*\* Abogado y magíster de la Universidad de los Andes, MSc in Law, Anthropology and Society de la London School of Economics. Ha sido investigador asistente del centro de estudios legales DeJusticia y abogado en el área de litigios y derechos sexuales y reproductivos de la organización Women’s Link Worldwide. En la actualidad, se desempeña como auxiliar judicial de la Corte Constitucional de Colombia, en el despacho de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

impone el contexto sobre la actividad judicial, sino analizar el proceso judicial en sí mismo. Para ello, se utilizarán tres conceptos útiles para este propósito: *maximización judicial*, *eficiencia* y *derechos de propiedad*. Cada concepto es explicado a partir de una sentencia hito de la jurisdicción de tierras. Teniendo en cuenta las escuelas del análisis económico del derecho, identificadas por Roemer, los conceptos seleccionados para este análisis son, principalmente, de la elección pública y el neoinstitucionalismo.

En primer término, la *elección pública* es definida como el estudio económico de la adopción de decisiones que corresponden a situaciones de no mercado<sup>1</sup>. En este caso, esta situación es la actividad judicial. Vale la pena hacer una aclaración en este punto. La elección pública es aplicada, por lo general, a las ramas ejecutiva y legislativa, es decir, a la actividad política, los procedimientos de votación y la burocracia. Lo común, por tanto, no ha sido aplicar la elección pública al poder judicial. En efecto, Mercurio y Medema sugieren que la elección pública quiere un juez neutral y alejado de la creación de reglas: “en la elección pública contractualista, el papel del poder judicial se caracteriza por ser la del árbitro, como ejecutor neutral de las reglas que se han establecido en la formación del contrato social inicial en la etapa constitucional de elección”<sup>2</sup>. Esta afirmación refleja más una mirada prescriptiva que una descriptiva de lo que ocurre en la práctica con el poder judicial. A diferencia de lo que señalan Mercurio y Medema, consideramos que la actividad judicial constituye un ámbito más de decisión política al que es aplicable la perspectiva de la elección pública, porque el fin de esta es analizar la toma de decisiones desde el punto de vista económico en un contexto político y porque la actividad judicial no se reduce a la mera aplicación silogística de una regla. Asimismo, la referencia inclina la balanza hacia la perspectiva de la elección pública, en cuanto estima que la actividad judicial es en esencia política, y no una labor mecánica, neutral y apolítica<sup>3</sup>.

En segundo lugar, la perspectiva neoinstitucional del análisis económico del derecho considera que las estructuras organizacionales afectan los incentivos y el comportamiento individual. Su núcleo conceptual son principalmente los costos de transacción, los contratos y los derechos de propiedad. Esta última noción se desarrolla en la primera parte del capítulo. Por último, conviene indicar que el capítulo propone una mirada explicativa o positiva<sup>4</sup>. No se trata

1 Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 56.

2 Nicholas Mercurio y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. Estados Unidos: Princeton University Press, 2006, p. 205 [traducción propia].

3 Según Posner, “[...] judging is political” (2008, p. 369).

4 El análisis económico positivo explica lo que *es* y ayuda a predecir lo que *será* (Roemer, 2008, p. 13).

de un análisis normativo o prescriptivo sobre cómo debería ser la actividad judicial en Colombia, sino una aproximación al proceso judicial, con el lente de la economía, a través de tres actuaciones judiciales particulares en la jurisdicción de tierras. El capítulo tiene dos partes. En la primera, se definen los conceptos de *maximización*, *eficiencia* y *derechos de propiedad*. La segunda parte explora el caso de los jueces de tierras y aplica el referente teórico, previo al análisis de tres decisiones en la materia.

Para seleccionar los casos se aplicaron tres criterios. Uno sustancial de distribución: el número de hectáreas restituidas; uno de innovación institucional: las primeras sentencias de tierras; y uno de impacto sistemático: las actuaciones judiciales en zonas de violaciones generales de los derechos humanos. En primer lugar, se estudia la sentencia que hasta el momento ha restituido la propiedad del mayor número de hectáreas en el país. En segundo lugar, se estudia la primera decisión expedida por un juez de tierras. En tercer lugar, se analiza una decisión que restituye la propiedad en el municipio de Trujillo, una zona de conflicto sostenido y donde han ocurrido grandes violaciones a los derechos humanos.

## I. LA ACTIVIDAD JUDICIAL DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Pese a que el análisis económico del derecho provee numerosos conceptos para estudiar la actividad judicial, de manera deliberada se seleccionaron tres de ellos: *maximización*, *eficiencia* y *derechos de propiedad*. La selección obedeció a las siguientes razones. En primer lugar, es de especial importancia el criterio de maximización judicial de Richard Posner, quien se ha ocupado en detalle del comportamiento de los jueces. En segundo lugar, es de interés la pregunta de qué tan eficiente es la adjudicación, es decir, ¿con qué criterios de eficiencia es posible evaluar la adjudicación respecto de otros mecanismos de asignación de derechos y recursos? Por último, la elección del concepto de *derechos de propiedad* para el análisis de la actividad judicial tiene que ver con la naturaleza del caso de la segunda parte del capítulo, es decir, la jurisdicción de tierras.

### A. La maximización de los jueces

La elección pública, según Buchanan, “es una perspectiva acerca de la política que surge de una extensión y aplicación de las herramientas y métodos de los economistas a la toma de decisiones públicas o colectivas”<sup>5</sup>. Esta perspectiva se

5 James Buchanan. *Ensayos sobre economía política*. México: Alianza Editorial Mexicana, 1990, p. 26.

funda en dos conceptos principales: el *intercambio*, o la catalaxia, en palabras de Hayek retomadas por Buchanan, y el *homo economicus*. Aquí se usará sobre todo este segundo concepto.

Los modelos de maximización parten del supuesto microeconómico de la racionalidad de los individuos. Un actor racional es aquel que puede ordenar las alternativas según el mayor beneficio que le reportan. En este sentido, “la elección de la mejor alternativa permitida por las restricciones puede describirse matemáticamente como una maximización”<sup>6</sup>. Esta elección maximiza la función de utilidad<sup>7</sup>, debido a que el individuo racional busca obtener un mayor beneficio. El individualismo metodológico que subyace a esta idea sugiere que ningún valor social existe al margen de los valores individuales, es decir, las acciones individuales ofrecen la mejor guía para evaluar la elección colectiva<sup>8</sup>. Además, el supuesto de la racionalidad no sólo permite analizar las elecciones hechas, sino además predecirlas, punto que refuerza la utilidad de la elección pública en materia de decisión judicial, pues brinda herramientas para pronosticar los resultados del caso, según las estrategias de las partes, las motivaciones del juez y otras restricciones e incentivos.

Así, la mirada económica supone, en general, que los actores maximizan algo. Los consumidores maximizan su utilidad, las empresas sus beneficios, los políticos sus votos, las burocracias sus recaudaciones<sup>9</sup>. Conforme a este supuesto, Posner se pregunta: “¿Qué maximizan los jueces?”<sup>10</sup>.

La perspectiva tradicional del análisis económico del derecho, afirma Roemer, estima que el poder judicial es independiente de todo tipo de presiones<sup>11</sup>. La elección pública, por el contrario, permite estudiar el proceso judicial como un tipo más de *decision-making*, en el que existen restricciones internas y externas que inciden en el sentido de la decisión. Posner explica que el estudio del comportamiento de los jueces no tendría mayor interés, si fueran meros aplicadores de las reglas sin prejuicios ni preconcepciones<sup>12</sup>. Así, para los legalistas, la adjudicación es el terreno de la técnica. Lo cierto es que los jueces tienen y ejercen discre-

6 Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 24.

7 “Una vez que un consumidor describe su ordenamiento de preferencias, podremos derivar una función de utilidad de ese consumidor. La función de utilidad identifica las preferencias mayores con números más grandes.” (Cooter y Ulen, 2008, p. 34)

8 Roemer. *Op. cit.*

9 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, p. 24.

10 Richard Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 821.

11 Roemer. *Op. cit.*, p. 70.

12 Posner supone que de ser así, los jueces podrían ser sustituidos por programas de inteligencia artificial (Posner, 2007, p. 5).

ción, aun de manera inconsciente, en un contexto en el que predomina la incertidumbre y la complejidad. Los jueces son seres humanos, no profetas, oráculos ni máquinas y, por ello, es pertinente el estudio del comportamiento judicial.

Roemer resume tres supuestos de la versión positiva o explicativa del análisis económico del derecho, de la que se ocupa Posner: (1) las personas actúan como maximizadoras racionales; (2) las normas jurídicas crean precios implícitos para tipos diferentes de conducta, cuyas respuestas pueden examinarse de la misma forma que el economista analiza la respuesta de los consumidores a los precios explícitos; (3) las normas y las instituciones del derecho consuetudinario (*common law*) son más eficientes que las que provienen del derecho legislado<sup>13</sup>.

En términos generales, para Posner la actividad judicial está limitada por las preferencias políticas del juez y por otros factores extralegales, como su experiencia y sus vivencias personales<sup>14</sup>. El punto más destacable de Posner es que advierte el carácter involuntario e inconsciente de esta incidencia de factores extralegales en la decisión judicial<sup>15</sup>. Por supuesto, el *área abierta* que permite la discrecionalidad es mayor en los sistemas de *common law* que en el derecho continental. Así mismo, Posner hace una importante aclaración sobre el término *político*. Si bien puede referirse a la lealtad a un partido político, también puede implicar una convicción política personal o la manifestación inconsciente de sus características personales innatas, como la raza, el sexo, las emociones o la experiencia, entre otras. También puede ocurrir que los jueces actúen estratégicamente, por ejemplo, por obedecer a factores institucionales de la administración de la rama judicial, o que decidan conforme al punto de vista mayoritario, no porque estén de acuerdo con él, sino por un asunto estratégico.

Es así como los factores políticos y personales crean preconcepciones, por lo general inconscientes, que determinan el comportamiento judicial. Pero ese comportamiento obedece a deseos, por lo que Posner se pregunta: ¿qué quieren los jueces?<sup>16</sup>. Este asunto nos lleva a la discusión sobre los incentivos y las

13 Para Roemer, en el *common law* hay dos tendencias de estudio. Por un lado, la que analiza el comportamiento de las partes en conflicto y el costo de ir a litigio o resolver el asunto por fuera de los juzgados. Por otro lado, la tendencia que defiende el sistema del derecho consuetudinario con respecto al legislado, porque es más funcional en las relaciones de mercado (Roemer, 2008, p. 35).

14 Al respecto, Zagrebelsky reconoce que la tarea de los jueces es política y que su función principal es un ejercicio hermenéutico de ponderación entre principios constitucionales y acciones particulares (2008, p. 12 y ss.).

15 Al respecto, indica Posner: “The decision-making freedom that judges have is an involuntary freedom. It is the consequence of legalism’s inability in many cases to decide the outcome. [...] That inability, and the difficulty or impossibility, create an open area in which judges have decisional discretion [...]” (2008, p. 9).

16 Posner. *Op. cit.*, p. 11.

restricciones a los cuales responde un juez. Al respecto, Posner sostiene que la Suprema Corte, más que los otros jueces, está en especial condicionada por la opinión pública, debido a que sus decisiones son más visibles y tienen mayor impacto social. En ocasiones, la academia también ejerce alguna incidencia sobre las decisiones judiciales, aunque no lo suficiente para Posner. Para acercarse al estudio del comportamiento judicial, Posner explica nueve teorías del comportamiento judicial: la actitudinal, la estratégica, la organizacional, la económica, la psicológica, la sociológica, la pragmática, la fenomenológica y la legalista. Se verá brevemente la teoría económica del comportamiento judicial, para proseguir con los otros conceptos elegidos: la *eficiencia* y los *derechos de propiedad*.

### **B. La teoría económica del comportamiento judicial**

Esta teoría considera que el juez tiene una función de utilidad que guía su comportamiento racional. Esta función de utilidad, es decir, lo que los jueces quieren, incluye ingresos, poder, prestigio, reputación, satisfacción personal, retos, entre otros elementos. La teoría económica, para Posner, está relacionada con la teoría estratégica, en cuanto esta última se ocupa de la forma en que *los otros* limitan el sentido de la decisión judicial. En este sentido, la teoría económica del comportamiento judicial advierte que la teoría de juegos es la mejor herramienta para estudiar los cálculos que hacen los jueces en casos específicos, acerca de sus premios y castigos, si deciden en un sentido u otro y cómo reaccionarían las partes, la opinión pública, los grupos de interés, el legislador, sus colegas o sus jefes en cada escenario.

El mismo Posner identifica dos debilidades en esta teoría. Por un lado, descuida los factores psicológicos o cognitivos que dan forma al comportamiento judicial y enfatiza sólo en el cálculo racional. Por otro lado, es difícil identificar los incentivos y las restricciones que moldean el comportamiento judicial. En ocasiones, los jueces actúan por las motivaciones o por los límites más cotidianos y, tal vez, los menos pensados. Por último, esta teoría parece no tener escapatoria. Posner señala que aun cuando los jueces quieren renunciar a cualquier intervención política en su decisión y ser sólo la boca que pronuncia la letra de la ley, no pueden hacerlo. Existen factores estructurales y culturales que imponen un rol político, así no sea una situación declarada de manera explícita<sup>17</sup>. Reconocer esta situación es el primer paso. Echar mano de las herramientas del análisis económico del derecho para estudiar la actividad judicial es lo que sigue.

17 *Ibidem*, p. 372.

### C. Los criterios de eficiencia

Según Polinsky, en términos generales, la *eficiencia* se refiere a la relación entre los beneficios y los costos agregados de una situación<sup>18</sup>. Los criterios de eficiencia más usuales son el criterio de Pareto, el Kaldor-Hicks y el de maximización de la riqueza, sugerido por Richard Posner. Se indicará a qué se refiere cada criterio, con el objetivo de volver sobre ellos en la segunda parte del capítulo, relacionada con los jueces de tierras.

En primer lugar, una situación es Pareto superior a otra cuando no es posible mejorar el estado de un agente sin afectar el de los demás individuos. En otras palabras, “decimos que una situación particular es eficiente en el sentido de Pareto si es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona (según su propia estimación)”<sup>19</sup>. Se trata, por tanto, de un punto de equilibrio. La representación de esta eficiencia sería: “un estado de cosas P es superior en términos de Pareto a otro estado Q si y solo si al moverse de P a Q no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore”<sup>20</sup>.

En segundo lugar, la eficiencia Kaldor-Hicks es un intento por superar las restricciones de la eficiencia paretiana. Lo que ocurre es que el criterio de Pareto no se ajusta a la realidad, porque en el mundo real las decisiones producen ganadores y perdedores. Frente a esto la optimización paretiana no aporta mucho al análisis<sup>21</sup>. Nicholas Kaldor y John Hicks idearon un referente de eficiencia menos estricto y más amplio que el de Pareto según el cual los ganadores pueden, de manera potencial, compensar a quienes han resultado perdedores o han empeorado luego de una asignación económica. Como señala Roemer, “la satisfacción del criterio de Kaldor-Hicks requiere que los ganadores den alguna compensación a los perdedores”<sup>22</sup>. Así, una situación eficiente es aquella en la cual el beneficio que obtiene un individuo por un instrumento legal es suficiente como para que compense la pérdida generada al perjudicado y, aun así, conservar un margen de ganancia<sup>23</sup>.

18 Al Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*. Estados Unidos: Little, Brown & Company, 1989, p. 7.

19 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, p. 26.

20 Roemer. *Op. cit.*, p. 27.

21 *Ibidem*, p. 27.

22 *Ibidem*.

23 Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

Por último, Posner deja en evidencia el problema de la medición objetiva de la satisfacción subjetiva. Entonces, propone el concepto de *maximización de la riqueza* como alternativa superior en términos éticos a la búsqueda de la mayor utilidad. Posner entiende la *riqueza* como “lo que la gente está dispuesta a pagar por algo o, si ya lo posee, lo que exigiría en dinero por separarse de ello”<sup>24</sup>. Así, ante la imposibilidad de sumar preferencias individuales y comparaciones interpersonales, Posner define una situación eficiente a partir de la disposición a pagar de los agentes. Con esto, se busca monetizar las preferencias de los individuos, de tal forma que sea posible comparar dos o más situaciones y definir de manera objetiva cuál es la que maximiza riqueza para la sociedad. Roemer señala que el criterio de Posner es el mismo de Kaldor-Hicks, pero con la exigencia de la magnitud de la compensación a los perdedores, de manera que queden cabalmente compensados.

La elección pública propone una variación al criterio de eficiencia. Mientras la escuela tradicional del análisis económico considera que la eficiencia se evalúa según unos resultados finales, con base en una asignación inicial objetiva de derechos, para la perspectiva de la elección pública, la eficiencia es un concepto subjetivo y orientado al proceso<sup>25</sup>. Por tanto, un proceso de decisión es eficiente no tanto por los resultados o por la maximización de beneficios —al margen de las instituciones políticas y los procesos de decisión—, sino porque las partes son libres de involucrarse o no en el mecanismo de intercambio. La eficiencia se predica del proceso, de la libre participación de los actores en el juego de racionalidades individuales que intentan maximizar su beneficio.

Debido a que la aplicación de uno u otro concepto de eficiencia conduce a resultados distintos, la pregunta obligada en este punto es: ¿cuál de los mencionados criterios de eficiencia es aplicable a la actividad judicial? Incluso, yendo un poco más atrás, ¿podría una decisión judicial calificarse de *eficiente*? Esto porque en materia legislativa, por ejemplo, se puede afirmar que una ley es eficiente cuando se diseña de tal forma que los incentivos que genera sobre sus destinatarios conducen a alcanzar el objetivo buscado, conforme al criterio de maximización de utilidad<sup>26</sup>.

No parece tan claro, en cambio, cómo opera la eficiencia en la actividad judicial, lo que se vuelve aún más complejo desde una visión prescriptiva que considere

24 Roemer. *Op. cit.*, p. 32.

25 *Ibidem*, p. 71.

26 Pinzón. *Op. cit.*

la eficiencia un valor del proceso: “las controversias aparecen de lleno cuando se observa a la eficiencia predominando sobre otras normas como la equidad y la justicia”<sup>27</sup>. El interés de este trabajo, como se mencionó al inicio, es analizar la actividad judicial desde el punto de vista endógeno; por tanto, se busca ir más allá de que la eficiencia judicial sea un sinónimo de descongestión o eficiencia institucional de la rama judicial. Es por eso que se plantean preguntas como: ¿será posible que en un litigio una de las partes mejore su situación sin que se empeore la de la otra parte? O, más bien, ¿lo que hace el juez es crear mecanismos de compensación para la parte vencida? Pareto y Kaldor-Hicks no parecen ser muy útiles para evaluar la eficiencia de una decisión judicial. En la segunda parte se determinará si es posible adecuar los criterios de maximización de la riqueza o el propuesto por la elección pública para este ámbito, y se evaluará la eficiencia sustancial del resultado del proceso judicial en el caso de tierras.

#### **D. Los derechos de propiedad**

El neoinstitucionalismo advierte que es inevitable que los costos de transacción, es decir, los costos de interacción en el mercado, sean mayores a cero; por lo tanto, alcanzar una situación eficiente requiere instituciones como la definición de los derechos de propiedad. Según Cooter y Ullen, “el derecho de propiedad provee el marco legal para la asignación de los recursos y la distribución de la riqueza”<sup>28</sup>. Los derechos de propiedad no son más que la forma de asignar legalmente los recursos a personas determinadas, quienes a partir de esta asignación pueden maximizar su utilidad en el contexto de escasez, es decir, son “un mecanismo para asignar a individuos específicos la autoridad para decidir cómo pueden ser usados los recursos”<sup>29</sup>. Entonces, la asignación de derechos de propiedad reduce la incertidumbre y contribuye a la eficiencia económica, en cuanto define la estructura de costos y recompensas resultantes de una decisión. Así, “la protección legal de los derechos de propiedad crea incentivos para explotar los recursos eficientemente”<sup>30</sup>.

Los derechos de propiedad se componen de derechos posesorios o de uso y de derechos de transferencia de esos derechos posesorios<sup>31</sup>. De esta manera hacen posible la negociación y el comercio. Es por ello que los economistas han

27 Roemer. *Op. cit.*, p. 38.

28 Cooter y Ulen. *Op. cit.*, p. 100.

29 Roemer. *Op. cit.*, p. 48.

30 Richard Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.

31 Mitchell A. Polinsky y Steven Shavell. “Economic Analysis of Law”. *Harvard Law and Economics Discussion Paper* n.º 536, 2005.

entendido que los derechos de propiedad son fundamentales para el desarrollo económico y han empezado a prestar atención a los efectos del sistema legal sobre la economía<sup>32</sup>. Son los instrumentos jurídicos los que permiten la asignación explícita de los derechos de propiedad. Las decisiones judiciales, como uno de estos instrumentos jurídicos, cumplen con tal asignación. La delimitación legal ocupa un papel secundario, cuando se prioriza la negociación. En palabras de Pinzón, “ante la ausencia de costos de transacción, las partes inmersas en un conflicto de derechos de propiedad tendrían suficientes incentivos para negociar, y en esa medida, la ley ocuparía un papel marginal”<sup>33</sup>.

Los derechos de propiedad gozan de los atributos de universalidad, exclusividad y transferibilidad. La primera característica se refiere a que todos los derechos de propiedad de los recursos deben estar asignados. La exclusividad implica que la titularidad del derecho excluye a terceros. La transferibilidad sugiere que los derechos de propiedad se deben pasar a quien más los valore.

Una vez aclarada la definición de derechos de propiedad desde la mirada neoinstitucional, se hará una revisión crítica de este concepto, teniendo en cuenta las particularidades de la propiedad en Colombia, en específico la propiedad de la tierra.

Una *adaptación* del derecho de propiedad al escenario nacional tendría que tener en cuenta, al menos, dos aspectos: la confianza en la neutralidad del ordenamiento jurídico, como instrumento de definición de derechos, puede tener efectos simplificadores y la persistente desigualdad en la asignación de derechos puede llevar a situaciones ineficientes.

En primer lugar, el derecho como conjunto de instituciones que delimitan los derechos de propiedad “es una comprensión unidireccional y simplista de su uso instrumental”<sup>34</sup>, debido a que, por una parte, presume que los cambios institucionales se reflejan, casi de manera inmediata, en los resultados económicos y sociales esperados y, por otra, no examina la sucesión de causas que producen tal resultado, después de adoptado el cambio institucional. Esta consideración estima que la definición del derecho no es neutral, sino que obedece a un juego de poder y de asimetrías de recursos. Desde este punto de vista, la asignación de derechos de propiedad en lugar de reducir la incertidumbre, la amplía a nuevas disputas y escenarios. En segundo lugar, en América Latina y de manera consi-

32 Cooter y Ulen. *Op. cit.*

33 Pinzón. *Op. cit.*, p. 75.

34 Helena Alviar. “La redistribución de la tierra en Latinoamérica: atrapada entre el desarrollo económico y el positivismo”. *Derecho y propiedad*. Buenos Aires: Librería, 2008, p. 177.

derable en Colombia persiste la desigualdad en la titularidad de los derechos de propiedad: “sin importar las innumerables reformas legales, la tierra sigue estando distribuida desigualmente, usada ineficientemente y, en muchos países de la región, en el corazón de sus conflictos políticos y sociales”<sup>35</sup>. El derecho ha sido incapaz de producir transformaciones significativas en la distribución de la propiedad sobre la tierra en Colombia. Pese a los fracasados intentos de reforma agraria, el 77 % de la tierra permanece en manos del 13 % de propietarios; de ellos, el 3,6 % tiene el 30 % de la tierra<sup>36</sup>. Es claro que el diseño institucional importa, pero si actúan de manera aislada, las instituciones no producen resultados mágicamente. Ni la formulación ni la aplicación del derecho son tareas neutrales. En tal labor, juega un papel determinante la concentración de los derechos de propiedad en unas pocas manos. En la segunda parte, se aplicarán los tres conceptos (*maximización, eficiencia y derechos de propiedad*) a tres casos seleccionados de la jurisdicción de tierras en Colombia.

## II. LA JURISDICCIÓN DE TIERRAS

La jurisdicción de tierras no es una novedad en el diseño institucional colombiano<sup>37</sup>. El diseño orgánico de la Ley 1448 del 2011 plantea toda una estructura burocrática especializada en el derecho de propiedad<sup>38</sup>, más allá de la tradicional aproximación institucional de entregar esos procesos a los jueces civiles<sup>39</sup>. La actividad de estos jueces tiene un escenario interesante para evaluar y detectar el papel de las restricciones y motivaciones a la hora de resolver los conflictos agrarios, conflictos que por su naturaleza son un espacio de adjudicación de derechos con resultados variables y donde los costos de transacción no son nulos<sup>40</sup>.

35 *Ibidem*, p. 179.

36 Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (Cede) de la Universidad de los Andes. *Gran atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia*. Bogotá, 2012.

37 Alviar señala que el poder judicial ha jugado un papel importante en el éxito y el fracaso de las reformas agrarias en América Latina, porque tiene el poder discrecional de fijar los límites de las políticas de redistribución. No obstante, las reformas agrarias han fracasado, pues la tierra sigue distribuida desigualmente y explotada de manera ineficaz (Alviar, 2008, p. 180).

38 El título IV de la Ley 1448 del 2011 creó los procesos de restitución de tierras y otorgó el conocimiento de sus causas judiciales a una jurisdicción especializada de magistrados de las Salas Civiles de los Tribunales Superiores y de los jueces civiles del circuito. Estos jueces y magistrados, a su vez, son nombrados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Sala Disciplinaria de esta corporación vigila sus actuaciones.

39 Congreso de la República. Ley 135 de 1961. “Sobre reforma integral agraria”, artículos 25 y 61.

40 Posner sugiere reevaluar el teorema de Coase para entender que en los conflictos de la propiedad, en la asignación inicial de los derechos, es poco realista pensar que los jueces puedan encontrar la combinación óptima entre eficiencia y costos (Posner, 2007, p. 57).

## A. Maximización judicial

El 5 de marzo del 2013 el juez primero civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Villavicencio decidió restituir 8408 hectáreas<sup>41</sup> en el departamento del Meta. En su sentencia, el juez señala que el principio de progresividad<sup>42</sup> contemplado en la Ley 1448 del 2011 debe guiar la restitución de tierras. Con esta premisa, la sentencia reconoce el derecho de propiedad, a través de la construcción de una regla judicial en la que la restitución es un derecho fundamental. Asimismo, el juez sostiene que el principio de progresividad implica el reconocimiento judicial de unos contenidos mínimos que el Estado debe garantizar a las víctimas para acceder al derecho de propiedad. En este sentido, usando el concepto de bloque de constitucionalidad, el juez amplía el derecho de propiedad tradicional y reconoce su carácter fundamental. Por esta vía, se “establece un marco más vigoroso de protección del derecho a la restitución”<sup>43</sup>, que permite que la actividad judicial tenga mayor impacto. En otras palabras, la elección judicial amplía el alcance del concepto de derecho de propiedad, para conseguir una mayor utilidad judicial, medida en concreto en el número de hectáreas restituidas.

En este caso, se puede encontrar un ejemplo del debate que Posner describe entre interpretación legislativa restrictiva y extensiva. Aunque el juez parte de una incertidumbre frente al alcance real del derecho a la propiedad, aplica un razonamiento por analogía (bloque de constitucionalidad) para extender la protección judicial de la propiedad. En otras palabras, el juez usa su discrecionalidad para encontrar, a través de la ratificación del carácter constitucional del derecho a la propiedad, una respuesta al problema que representa un proceso de restitución de un número considerable de hectáreas<sup>44</sup>.

Por su parte, todo el debate probatorio de esta actuación judicial se concentran en tres restricciones judiciales y sociales, en términos de Roemer: (1) la calidad de víctimas de los peticionarios, (2) su relación con los predios en disputa y (3) si el conflicto de propiedad es sujeto de un proceso de restitución especial, como el señalado por la ley.

El debate inicial giró en torno a si los reclamantes en efecto cumplían con las condiciones de legitimación activa para acceder a la reparación. Los jueces de

41 Juzgado 1.º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. Sentencia del 5 de marzo del 2013. Juez Luis Carlos González Ortega. Villavicencio.

42 El artículo 73 de la Ley 1448 señala que las medidas de restitución deben buscar de manera progresiva el restablecimiento de los derechos y del proyecto de vida de las víctimas.

43 Sentencia del 5 de marzo del 2013, p. 16.

44 Richard Posner. *How judges think*. Estados Unidos: Harvard University Press, 2008, p. 227.

restitución deben reconstruir minuciosamente la historia de cada peticionario, para detectar si son o no víctimas del conflicto<sup>45</sup>. Después, deben comprobar si las víctimas tienen un derecho real sobre la propiedad solicitada, lo que implica una actuación directa de identificación física y jurídica del predio<sup>46</sup>. La diligencia de inspección judicial, en sí misma, representa una restricción de carácter social, pues las dificultades de acceso y las condiciones de seguridad son elementos que limitan la capacidad del operador judicial para determinar la existencia de la propiedad y los derechos reales sobre este. Finalmente, el análisis de la tradición del inmueble debe llevar a determinar su naturaleza jurídica inicial (por ejemplo, si se trató de un baldío o no) y encontrar el momento preciso del despojo. Se trata de un proceso marcado por la incertidumbre, debido a que la información disponible es poco clara y a su poca sistematización<sup>47</sup>.

Se puede concluir, entonces, que los jueces de tierras, al ser progresistas en materia constitucional, maximizan el prestigio de su cargo, para fortalecer su posición y lograr construir argumentos legales que justifiquen su enorme discrecionalidad al momento de adjudicar derechos de propiedad en disputa. Al incorporar un lenguaje nuevo a la discusión de los derechos de propiedad clásicos, desde la perspectiva del derecho civil, estos jueces maximizan su posición política en el conflicto.

## **B. Criterio de eficiencia en la acción de restitución**

Para aproximarse al criterio de eficiencia utilizado por los jueces de tierra en sus sentencias, es oportuno revisar la primera decisión que en la materia tomó la nueva justicia especializada. Aunque del criterio de innovación institucional no se desprende una regla judicial válida y refrendada por otros jueces, es importante para entender cómo la justicia de restitución —muy reciente además— comprendió el criterio de eficiencia para construir su primera medida de reparación. En todo caso, se trata de un testimonio único que está todavía por ser confirmado por un cuerpo de jurisprudencia que se encuentra en construcción.

El 5 de febrero del 2013 el Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Mampuján ordenó que se restituyera a Ana

45 Por ejemplo, para la petición de una de las víctimas, José María Perilla y su grupo familiar, el juez de restitución tuvo que reconstruir la historia de despojo desde 1997, utilizando pruebas documentales que daban cuenta de las incursiones de la guerrilla en la zona en disputa y de los primeros desplazamientos de la víctima y su familia (Sentencia del 5 de marzo del 2013, p. 22).

46 *Ibidem*, p. 35.

47 En el caso concreto, el juez debió reconstruir la historia de tradición de uno de los predios solicitados en restitución desde 1973 (Sentencia del 5 de marzo del 2013, p. 37).

Cecilia Rodríguez de Ortiz un predio sin nombre de nueve hectáreas. Luego de corroborar que las omisiones del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en el momento de actualizar los mapas catastrales de la zona, permitieron que terceros de mala fe inscribieran de manera fraudulenta registros de propiedad sobre el bien, el juez ordenó que se levantara un nuevo mapa. El juez también ordenó la actualización completa del registro de tierras despojadas y abandonadas de manera forzada en todo el departamento del Bolívar<sup>48</sup>.

En su sentencia, el juez advierte además que durante el proceso de reparación se encontraron problemas estructurales de las autoridades administrativas en la atención a la reclamación inicial. Esta situación, para el despacho, vulneró el principio constitucional y legal de la colaboración armónica, pues las autoridades requeridas, como la Unidad de Restitución de Tierras, tardaron más de un mes para resolver dos peticiones acerca de los linderos de la propiedad en disputa. Por este tipo de irregularidades, el juez pide a los directores de la Unidad de Protección, Unidad de Restitución, Unidad de Reparación de Víctimas y de la Superintendencia de Notariado y Registro que tomen los correctivos necesarios para respetar el principio de colaboración armónica.

Estas medidas de reparación responden a un criterio de eficiencia Kaldor-Hicks, pues apuntan, dentro de una estructura de reparación integral, a resaltar la función social de la propiedad<sup>49</sup> y la responsabilidad directa del Estado en protegerla. La sentencia crea la posibilidad para que los ganadores —en este caso, terceros que se beneficiaron de la falta de rigurosidad en la información de catastro— compensen a los perdedores víctimas, a través de la acción directa de la institucionalidad de la restitución.

La actividad judicial aquí muestra que los jueces cuentan con discrecionalidad para encontrar los mecanismos apropiados para proteger el derecho recién reconocido. En todo caso, no se puede considerar que una decisión que adjudica un derecho real sea un juego de suma cero, porque la protección de ese derecho implica una serie de actuaciones administrativas adicionales que superan el mero reconocimiento formal de un título de propiedad.

48 Juzgado 1.º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. Sentencia del 5 de febrero del 2013. Juez Óscar Mauricio Sarmiento Guarín. Carmen de Bolívar, p. 53.

49 Alviar explica que el principio de función social implica dos tipos de obligaciones. Primero, una obligación continua de los dueños de la tierra de asegurar que su uso cumpla una función social. Segundo, exige que el Estado expropie tierras que no cumplan con esa función (Alviar, 2008, p. 185).

Es de resaltar que el modelo de eficiencia Kaldor-Hicks, aplicado en los mecanismos de reparación, genera una tensión en la distribución de las ganancias y las pérdidas, puesto que en definitiva es el Estado quien toma el lugar de los que al principio usufructuaron la propiedad. El ganador inicial, quien usufructuó el bien de manera espuria, no asume una responsabilidad directa, ya que es la justicia penal, y no la jurisdicción de restitución, la que debe determinar la responsabilidad directa del despojo. Una decisión eficiente en el tema de tierras, aparentemente, implica una variación del modelo, dado que el Estado se convierte en el intermediario entre ganadores y perdedores, y es quien, de manera solidaria, asume los costos de compensación por fallas en el servicio.

### C. Derechos de propiedad aparentes

El último caso que se examinará en el presente artículo es una sentencia de restitución en el municipio de Trujillo, una zona con una historia de conflicto permanente por la tierra. En este caso, se pone a prueba la validez y los efectos formales del proceso de restitución, entendidos como la posibilidad real de garantizar el goce del título de propiedad. Esto porque muestra los límites que impone la guerra a la actuación judicial.

El 23 de julio del 2013, el juez primero civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Buga restituyó la propiedad del predio La Bananera, de doce hectáreas, a Alba Lucía Santa, quien tuvo que abandonar forzosamente el bien, tras la masacre ocurrida en 1990 en el municipio de Trujillo.

El juez, entendiendo el contexto social y político de la zona, hace un esfuerzo por argumentar que el mero reconocimiento de la propiedad no sería suficiente, porque en un territorio en disputa los derechos de propiedad adquiridos no pueden ser refrendados de manera ordinaria por las autoridades administrativas<sup>50</sup>. En este punto se reafirma la idea mencionada de que la asignación de derechos de propiedad en lugar de reducir la incertidumbre, la amplía a nuevas disputas y escenarios. En este caso, para resolver el problema jurídico sobre la propiedad, el despacho analiza el desplazamiento forzado en Colombia y la respuesta institucional al fenómeno e incorpora estándares de reparación integral dentro del derecho de restitución.

La adaptación del derecho a la propiedad, explicada en la primera parte de este texto, se puede ejemplificar con esta sentencia. Los ciudadanos acuden a la

50 Juzgado 1.º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. Sentencia del 23 de julio del 2013. Juez Benjamín Yepes Puerta. Buga.

acción de reparación para encontrar en el derecho una forma de compensación; sin embargo, la desigualdad en el acceso a la tierra y las condiciones adversas para ejercer el dominio del bien llevan a una situación ineficiente, que el juez pretende corregir al analizar elementos de política pública general (atención a desplazados) y al aplicarlos al caso concreto, a través de acciones de reparación integral que van más allá de otorgar un título de propiedad. La asignación de derechos de propiedad sólo puede ser permanente si se acompaña de acciones complementarias que garanticen la implementación de proyectos productivos integrales ajustados a la vocación agrícola de la zona. También, el juez promueve la formación técnica del grupo familiar de la víctima para que puedan ejercer plenamente el dominio del bien y así defender su derecho a la propiedad de manera expresa<sup>51</sup>.

El reconocimiento de la titularidad de la tierra no es suficiente. Cuando, como en este caso, existen contextos de conflicto, que no garantizan el ejercicio pleno del derecho, el juez acude a una extensión de los contenidos mínimos de ese derecho y reconoce, con juicios de la política pública de atención a desplazados, que se deben realizar acciones adicionales para una reparación integral. El derecho de propiedad, entonces, se convierte en un elemento más de la reparación.

## CONCLUSIONES

Hemos sostenido que la actividad judicial se puede analizar a partir de conceptos de la elección pública y del neoinstitucionalismo del análisis económico del derecho. Esto es posible si entendemos que el quehacer judicial dista de la mera aplicación silogística de una regla. Se trata, más bien, de un ámbito de decisión política, en el que confluyen distintos intereses y estrategias.

Con respecto al caso seleccionado, la jurisdicción de tierras, encontramos que es incipiente y no existe todavía un cuerpo jurisprudencial robusto que permita identificar una tendencia jurisprudencial clara. Sin embargo, se destacan tres tendencias importantes que se han examinado en ese artículo a partir de las decisiones estudiadas.

En primer lugar, la maximización judicial en la jurisdicción de tierras ha enfatizado en aumentar el marco de protección del derecho a la restitución de la propiedad, al reconocer que tiene carácter fundamental. Frente a las restric-

51 Sentencia del 23 de julio del 2013, p. 53.

ciones formales propias del derecho de propiedad, su ampliación se convierte en un instrumento para superar el concepto clásico de dominio e incorporarlo a una nueva lógica de los derechos que permita la restitución. Esto, a su vez, lleva a que se fortalezca la jurisdicción y a que los jueces maximicen su prestigio, para actuar con mayor discrecionalidad. En los casos analizados, los jueces maximizan *su área abierta* y aprovechan su discrecionalidad para reforzar el contenido del derecho de propiedad. En segundo lugar, el criterio de eficiencia utilizado para la asignación de derechos en esta jurisdicción es una variación del modelo Kaldor-Hicks, con la tensión institucional producida porque el Estado asume el papel de garante solidario para reparar las pérdidas. Esto pone de presente los límites del modelo y abre el interrogante sobre cómo los jueces deben individualizar la responsabilidad de los ganadores iniciales, lo que pasa, por ejemplo, por la justicia penal o transicional. En tercer lugar, en cuanto a los derechos de propiedad, es claro que se ha producido una especie de adaptación nacional, pues para garantizar la permanencia del goce del dominio, los jueces no sólo se han restringido a reconocer formalmente la propiedad. Como en el caso analizado, el concepto de *reparación integral* incorpora el derecho de propiedad como uno de sus elementos. Esto indica que la actividad judicial, de manera creativa y discrecional, tiene un gran número de posibilidades para construir una solución particular en cada caso, al integrar diferentes instituciones del Estado en la protección del derecho a la propiedad.

En suma, el análisis económico del derecho aporta un poderoso ángulo de exploración de la actividad judicial, en cuanto invita a ahondar en los pormenores de cada caso y en las características y estrategias de los jueces. En este escrito, estudiamos tres conceptos que provienen de esta disciplina: la *maximización judicial*, la *eficiencia* y los *derechos de propiedad*. Quedan pendientes otros tantos conceptos económicos que podrían servir al análisis de la actividad judicial, porque se trata, sin duda, de un terreno fértil para continuar un diálogo provechoso entre abogados y economistas.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alviar, Helena. “La redistribución de la tierra en Latinoamérica: atrapada entre el desarrollo económico y el positivismo”. *Derecho y propiedad*. Buenos Aires: Librería, 2008.
- Buchanan, James. *Ensayos sobre economía política*. México: Alianza Editorial Mexicana, 1990.

- Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y economía*. Fondo de Cultura Económica, México: 2008.
- Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (Cede) de la Universidad de los Andes. *Gran atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia*. Bogotá, 2012.
- Juzgado 1.º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. *Sentencia del 5 de febrero del 2013*. Juez Óscar Mauricio Sarmiento Guarín, Carmen de Bolívar.
- Juzgado 1.º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. *Sentencia del 5 de marzo del 2013*. Juez Luis Carlos González Ortega. Villavicencio.
- Juzgado 1.º Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras. *Sentencia del 23 de junio del 2013*. Juez Benjamín Yepes Puerta. Buga.
- Mercurio, Nicholas y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. Estados Unidos: Princeton University Press, 2006.
- Pinzón, Mario A. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- Polinsky, Al Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. Estados Unidos: Little, Brown & Company, 1989.
- Polinsky, A. Mitchell y Steven Shavell. “Economic Analysis of Law”. *Harvard Law and Economics Discussion Paper* n.º 536, 2005.
- Posner, Richard. *How judges think*. Estados Unidos: Harvard University Press, 2008.
- Posner, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Roemer, Andrés. *Introducción al análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo. *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

¿APERTURA Y CRECIMIENTO O APERTURA Y DECRECIMIENTO?  
ANÁLISIS DE LA DISCUSIÓN ENTRE ECONOMISTAS  
Y ABOGADOS SOBRE LA APERTURA ECONÓMICA  
EN COLOMBIA (1991-2012)

STEPHANIE FLECHAS RODRÍGUEZ\*

**Resumen:** El sistema aduanero en Colombia se ha reformado en varias ocasiones desde la Constitución de 1991. En esta oportunidad, se analizarán los efectos económicos de los procesos de integración económica con otras naciones, a partir de su fundamento jurídico. Este fundamento se deriva de los principios de otras ramas del derecho (constitucional, tributario y administrativo) que resultan relevantes para la producción, la interpretación y la aplicación del derecho aduanero. A partir del análisis cuantitativo y cualitativo de las reformas, este artículo muestra cómo las constantes modificaciones al arancel de aduanas son perjudiciales en términos macroeconómicos para el crecimiento y desarrollo del país.

**Palabras clave:** arancel de aduanas, sistema aduanero, integración económica, derecho tributario, derecho aduanero.

## INTRODUCCIÓN

El derecho aduanero, como rama del derecho, regula las barreras o las restricciones al comercio exterior y crea derechos económicos<sup>1</sup>. El sistema aduanero en Colombia está regulado por el Estado, a la luz de los principios constitucionales que rigen la función administrativa. Esta función debe estudiarse observando su regulación jurídica y sus implicaciones económicas como modelo adoptado por el Gobierno y el Congreso. En este orden de ideas, es importante realizar un ejercicio cuantitativo que permita identificar los efectos de la estabilidad arancelaria en la economía del país. Estudios de este tipo se han realizado para otros países como China y Estados Unidos<sup>2</sup>, pero no para Colombia. El

\* Abogada y economista de la Universidad de los Andes. Candidata a magíster en Derecho de esta universidad. Correo electrónico: s.rodriguez2331@uniandes.edu.co. Directores del trabajo de grado en el que se basa el artículo: Dra. Eleonora Lozano, de la Facultad de Derecho, y el Dr. Hernando Zuleta, de la Facultad de Economía.

1 Germán Carrero Pardo. *Derecho aduanero en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

2 Handley Kyle y Limao Nuno. "Policy Uncertainty, Trade and Welfare: Theory and Evidence for China and the U. S". *National Bureau of Economics Research*, 2013. Consultado el 10 septiembre del 2013 en <http://papers.nber.org/tmp/95128-w19376.pdf>.

presente trabajo de investigación llena este vacío. En primer lugar, a partir de las modificaciones al arancel de aduanas colombiano entre 1991 y el 2012, se crea un índice de estabilidad arancelaria. En segundo lugar, se realiza un ejercicio econométrico para identificar el efecto de la inestabilidad arancelaria sobre el crecimiento por sectores económicos.

Desde el punto de vista del comercio exterior, hay dos caminos opuestos para la política económica: la política neoliberal, que apoya un estado que deja que las leyes de la oferta y la demanda encuentren el equilibrio competitivo para la economía; y la política proteccionista, en la que el Estado es el máximo interventor y regulador, y utiliza los aranceles para favorecer al productor nacional. Estas dos posiciones coexisten en Colombia y afectan a todos los sectores directa o indirectamente. El aporte del trabajo va más allá de la discusión entre partidarios de la apertura y partidarios de la protección, que concierne a las disciplinas del derecho y la economía, pues provee evidencia empírica que apoya la hipótesis de que el crecimiento disminuye al existir variabilidad arancelaria.

La hipótesis es que existe un impacto negativo en el crecimiento y el desarrollo de la economía sectorial por la inestabilidad en la política aduanera en Colombia. Para probar esta hipótesis, primero se elabora un marco teórico que incluye una revisión de la literatura sobre la política de comercio internacional en Colombia. En segundo lugar, se define el régimen aduanero en el sistema jurídico colombiano. En tercer lugar, se hace una revisión de los modelos económicos que relacionan la estabilidad con el crecimiento económico y se ilustran los cambios arancelarios con el crecimiento sectorial en Colombia. En cuarto lugar, se construye una base de datos para obtener un índice de estabilidad arancelaria, que contiene el histórico de las tarifas arancelarias para todos los productos que han entrado al país, desde 1991, el PIB, el consumo, la inversión, el gasto y la balanza comercial desde 1991 hasta el 2011, clasificados por sectores económicos del Dane. En quinto lugar, para cada sector económico se crea un índice de estabilidad aduanera que cuantifica el número de cambios en las tarifas arancelarias y su magnitud durante todo el periodo. Con lo anterior se realiza una regresión lineal en la que se explica el PIB por este índice y por las demás variables independientes contenidas en la base de datos (PIB, consumo, inversión, gasto, importaciones y exportaciones). En sexto lugar, se analizan los resultados de la regresión econométrica sobre los efectos de la variabilidad del sistema arancelario en el crecimiento económico sectorial de Colombia. Para finalizar, se concluye con las respuestas a las preguntas de investigación: ¿en qué medida los cambios en el arancel de aduanas, producto de la lucha entre

proteccionistas y neoliberales, ha incidido en la inestabilidad del sistema arancelario en Colombia? ¿Cuáles son las consecuencias de esta inestabilidad para el crecimiento económico sectorial? ¿Quiénes han ganado y quiénes han perdido con estos cambios normativos en las normas arancelarias?

## I. REVISIÓN DE LA LITERATURA

La historia económica colombiana, en términos de comercio exterior, se caracteriza por tensiones entre el libre cambio y el proteccionismo<sup>3</sup>. En el libre cambio, el Estado no interviene en el comercio exterior y en el proteccionismo se usan aranceles para proteger la industria nacional de la competencia extranjera. Estas tensiones han llevado, entre otras cosas, a inestabilidades en la apertura de la economía colombiana. La tendencia mundial es la integración y la globalización. En Colombia, se observa en el largo plazo la misma tendencia, pero con poca significancia<sup>4</sup>, es decir, la apertura es poco importante como modelo económico. La histórica lucha entre apertura y protección de la economía colombiana<sup>5</sup> es una de las discusiones entre economistas y abogados.

En los últimos años, el libre mercado y el proteccionismo de la economía han sido puntos centrales en la agenda pública, para definir la política económica en todos los países a nivel mundial<sup>6</sup>. El tratado de libre comercio con los Estados Unidos en Colombia y Perú generó gran debate, pues es un gran paso a la apertura total de la economía colombiana y a la competitividad con otros países. Por ejemplo, en Colombia se le atribuyeron problemas estructurales del sector agrario ajenos al TLC. Entonces, es útil aportar evidencia empírica a la discusión del libre comercio, en la que el derecho y la economía se integran, para establecer una base analítica para estudiar el problema de política comercial.

La economía colombiana es pequeña en términos internacionales y tiene cierto nivel de apertura<sup>7</sup>. En Colombia hay distintas corrientes acerca del papel del Estado en el comercio exterior: el liberalismo clásico, el liberalismo intervencionista y el neoliberalismo<sup>8</sup>. Estas corrientes estuvieron en furor en distintos

3 Luis Ospina. *Industria y protección en Colombia. 1810-1930*. Bogotá, Colombia: Oveja Negra, 1974.

4 Mauricio Reina. *Internacionalización de la economía colombiana: comercio e inversión*. Banco de Desarrollo de América Latina, n. d. Consultado el 15 septiembre del 2013 en <http://www.caf.com/media/33784/ComercioExterior.pdf>.

5 Greco. *Comercio exterior y actividad económica de Colombia en el siglo XX: exportaciones totales y tradicionales*. Banco de la República, 1999. Consultado el 15 septiembre del 2013 en <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra163.pdf>.

6 Helena Alviar. "Estudio preliminar". En *¿Es realmente libre el comercio?* Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

7 Greco. *Op. cit.*

8 Alviar. *Op. cit.*

momentos. En los cincuenta predominó el liberalismo clásico; desde los cincuenta hasta finales de los ochenta, el liberalismo intervencionista; y a partir de los noventa, el neoliberalismo. La primera corriente viene de la teoría de David Ricardo, de principios del siglo XIX, en la que la economía nacional se especializa en la producción eficiente de un bien, aprovechando una ventaja comparativa frente a los otros países. Esto implica que si un país es más eficiente en la producción de cierto bien, debe especializarse en este y de seguro podrá ganar como competidor a otros países que no son tan buenos<sup>9</sup>. De esta forma, el Estado debe facilitar el intercambio internacional de los productos que produce más eficientemente<sup>10</sup>. La segunda corriente, el liberalismo intervencionista, defiende la apertura del comercio bajo ciertas condiciones de la industria. El Estado promueve el comercio internacional siempre que la industria esté preparada para competir y sacar el mayor provecho de la producción, a partir de la industrialización y la redistribución de los recursos. En esta corriente, el Estado interviene más, busca disminuir la dependencia de las importaciones y promueve el desarrollo de manufacturas para el consumo interno<sup>11</sup>. Por último, la corriente neoliberal propone que el mayor crecimiento y el beneficio del comercio internacional se obtiene con la liberalización completa de la economía. Los países deben evitar la intervención del Estado, para que su régimen legal no se inmiscuya en el mercado. Las críticas a esta teoría apuntan a que la neutralidad legal no siempre existe, puesto que las preferencias de los privados y otros factores de exportaciones e importaciones tradicionales limitan la liberalización<sup>12</sup>.

La autora Helena Alviar, en su análisis del trabajo de Joel R. Paul<sup>13</sup>, propone un estudio que tenga en cuenta las diferentes corrientes económicas sobre la política económica en el comercio exterior y el papel del Estado, reflejado en las leyes y las regulaciones adoptadas por el gobierno. Propone de esta forma “pensar fuera de los límites dentro de los cuales tradicionalmente se analizan las posibilidades del derecho, el contenido técnico de la economía, la relación entre el derecho y el desarrollo”<sup>14</sup>. Para lograrlo, observa cada una de las críticas a las corrientes explicadas y al papel del Estado. En definitiva, señala que la promesa de crecimiento de cada una de las teorías debe estudiarse con escepticismo.

9 Paul Krugman y Maurice Obstfeld. *Economía internacional: teoría y política*. Madrid: Pearson-Addison Wesley, 2012.

10 Alviar. *Op. cit.*

11 *Ibidem.*

12 *Ibidem.*

13 *Ibidem.*

14 *Ibidem.*

Desde una perspectiva sólo constitucional, que atiende a las normas de rango fundamental sobre las aduanas, el derecho aduanero colombiano bien puede ser una rama autónoma del derecho<sup>15</sup>. La aplicación del derecho aduanero está en manos de la administración pública, por lo que su actuación y normatividad se deben observar desde los principios constitucionales que gobiernan el ejercicio de la función pública, en especial los principios constitucionales del derecho administrativo<sup>16</sup>.

César Rodríguez y Rodrigo Uprimny proponen algo similar en la etapa en la que se encuentra la discusión entre las dos disciplinas<sup>17</sup>, etapa en la que se da un diálogo bajo los preceptos y el respeto de la Constitución política colombiana y en la que debe darse un concepto a su margen. Con este punto de partida, este artículo estudia la viabilidad de esta conciliación interdisciplinaria y observa, mediante evidencia empírica, las ventajas y desventajas de esta discusión teórica en el marco normativo y, por ende, en el crecimiento del país, en específico en el crecimiento por sectores. Este trabajo trata, en concreto, las implicaciones de la variabilidad de las tarifas aduaneras en el crecimiento sectorial de Colombia.

## II. MARCO TEÓRICO

### A. La Constitución de 1991 y los derechos de aduana y el modelo económico en Colombia

El sistema arancelario de un país controla la salida o el ingreso de mercancías a sus territorios. Es el encargado de cobrar algún tipo de derecho por permitir el flujo transfronterizo del comercio<sup>18</sup>. En su *Glosario de términos aduaneros internacionales*, la Organización Mundial Aduanera (OMA) define *aduanas* como “los servicios administrativos responsables de la aplicación de la legislación aduanera y la de la recaudación de derechos e impuestos a la importación, a la exportación, al movimiento o almacenaje de mercancías”. La función de las aduanas está por lo general ligada a un ente de carácter público del orden nacional de los estados o países y es un servicio administrativo que cumple su rol dentro de las operaciones de comercio exterior<sup>19</sup>.

15 Carrero Pardo. *Op. cit.*

16 *Ibidem.*

17 César Rodríguez Garavito y Rodrigo Uprimny Yepes. “Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho”. *DeJusticia* 2, 2005.

18 Carrero Pardo. *Op. cit.*

19 *Ibidem.*

La Constitución de 1991, como la norma de normas en Colombia, establece límites a la acción del Estado y admite una pluralidad de formas para llegar al cumplimiento de sus mandatos. Uprimny y Rodríguez plantean la siguiente tesis: la Constitución colombiana es normativa y valorativa del constitucionalismo social al reconocer derechos sociales<sup>20</sup>. Es también una Constitución abierta, por admitir políticas económicas diversas para alcanzar esos derechos. Bajo esta norma, existen márgenes y límites constitucionales de la política económica en Colombia, límites que la Constitución y la jurisprudencia de la Corte evalúan para realizar los derechos sociales.

En el artículo 363 de la Carta están consagrados los principios que rigen el sistema tributario en Colombia. Establece los principios constitucionales tributarios de equidad, progresividad, irretroactividad, eficiencia, suficiencia y unidad de presupuesto. Estos principios son los límites en materia tributaria que la rama legislativa y la ejecutiva deben cuidar al regular el sistema, pues establecen una orientación sobre lo deseable desde el punto de vista jurídico. En materia de aduanas no existen principios además de estos. Las normas constitucionales se limitan a las reglas de competencia y el Congreso y la Presidencia son los encargados de crear y modificar las obligaciones tributarias, aduaneras y cambiarias (artículos 150-19c y 189 de la Constitución). En virtud de dichas reglas, se desarrolla el sistema aduanero en Colombia, bajo el marco normativo de la Constitución. Sin ser neutral o vacía, llena el sistema de principios y reglas procedimentales para su regulación, da a las diferentes ramas gran autonomía y el modelo económico que se debe adoptar en materia de comercio internacional. El arancel de aduanas es, entonces, el marco legal del que dispone el Gobierno y el Congreso para regular la entrada de mercancías al país.

Las normas constitucionales relevantes y que constituyen el fundamento (*ius fundamental*) del derecho aduanero son las siguientes:

- El literal c) del numeral 19 del artículo 150 superior, en concordancia con el numeral 25 del artículo 189 *ibidem*, define la técnica legislativa y el reparto de competencias regulatorias del Congreso y del presidente de la república en materia arancelaria.
- El numeral 16 del artículo 150, se refiere a las atribuciones del Congreso para aprobar tratados internacionales celebrados con otros estados o con organismos internacionales, cuyo objeto sea transferir parcialmente deter-

20 Rodríguez Garavito y Uprimny Yepes. *Op. cit.*

minadas atribuciones a organizaciones internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros países.

– El artículo 227 dice: “el Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe”.

– El artículo 289 señala que “por mandato de la ley, los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino, de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar el desarrollo comunitario, la prestación de servicios públicos y la preservación del ambiente”.

– El canon 337 indica que “la Ley podrá establecer para las zonas de frontera, terrestres, normas especiales en materias económicas y sociales tendientes a promover su desarrollo”<sup>21</sup>.

## **B. Línea jurisprudencial: definición de los aranceles y los órganos competentes para su regulación**

En la Sentencia C-510 de 1992, la Corte Constitucional estudia la constitucionalidad del Decreto 2183 de 1991,

por el cual se modifica el Régimen de Saneamiento Aduanero previsto en el Decreto 1751 de 1991, supedita expresamente a razones de *política comercial* las modificaciones que el Gobierno, de conformidad con las pautas generales de la respectiva ley marco, puede introducir en los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas. [Énfasis con subrayas en el original]

El problema jurídico de inconstitucionalidad se refiere a la competencia gubernamental restringida justo a la política comercial del artículo 150-19c de la Constitución de 1991, competencia inexistente en el régimen anterior, en la Constitución de 1986. La Corte concluye que el Decreto 2183 de 1991 es inconstitucional, por adelantar una política fiscal sin que sea del campo técnico normativo de los aspectos económicos del arancel de aduanas. Ya que al ser de la órbita de lo político y de las cuestiones de fondo y fundamentales, es función legislativa exclusiva del Congreso de la República.

En esta sentencia, por primera vez la Corte define los aranceles, con el fin de establecer su importancia y su contenido para determinar la competencia de las

21 Carrero Pardo. *Op. cit.*

dos ramas, la legislativa (el Congreso) y la ejecutiva (el Gobierno), a la luz de la nueva Constitución. Define el arancel como

[...] una especie de prestación pecuniaria exigida a los particulares por el Estado, sin contraprestación alguna, para atender a las necesidades del servicio público. El arancel reúne a cabalidad los caracteres distintivos de los impuestos y de ahí que en la literatura especializada se lo conozca con el nombre de impuesto de aduanas.

Además, reconoce el doble carácter o función de estos impuestos:

[...] *fiscal* (instrumento de recaudo público) y *económico* (instrumento de desarrollo y estabilidad económicas). Estos dos elementos normalmente van unidos y dependiendo de la época histórica uno ha prevalecido sobre el otro. Por el aspecto fiscal el impuesto de aduanas provee ingresos fiscales al Estado y obra en su exclusivo beneficio. Por el aspecto económico, el impuesto de aduanas, no se utiliza como fuente de exacción fiscal sino como instrumento de políticas orientadas a favorecer la producción nacional (gracias a su capacidad para discriminar mediante la manipulación de la tarifa y el régimen entre la producción nacional y la extranjera) y promover la estabilidad económica (el aumento o disminución de los aranceles, la contracción o ampliación de las importaciones, pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda). [Énfasis con negrillas en el original]

Después, la Corte Constitucional define los aranceles en la Sentencia C-353 de 1997, con el fin de declarar la constitucionalidad de la prórroga del Decreto 1264 de 1994, establecida por la Ley 218 de 1995, por medio del cual se adoptan medidas tendientes a enfrentar la magnitud de los problemas causados por el terremoto y avalancha del río Páez. En esta sentencia la Corte define los aranceles como

Los derechos que se cobran por la entrada o tránsito de un lugar a otro de ciertos bienes, productos o materias primas. Su establecimiento puede responder a dos finalidades: la primera, la financiación del fisco; la segunda, la protección de la industria, en particular, o de la economía nacional, en general.

La Corte fija el significado de los aranceles para solucionar una vez más un problema de competencia, ya que el presidente y el Congreso de la República tienen facultades complementarias en materia arancelaria. Estas facultades se reiteran en la sentencia anterior, a la luz de la Constitución. Por un lado, el presidente de la república es el llamado a modificar los aranceles, las tarifas y las demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas (artículo 189,

numeral 25), pero con sujeción a la ley marco que dicte el Congreso de la República (artículo 150, numeral 19, literal c.). Por razones de política comercial, en esta ley se fijan los aranceles, las tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

En esta ocasión, la Corte confirma la competencia de cada una de las ramas del poder. Concluye que el presidente, en su calidad de máximo órgano administrativo y por tratarse de una situación de emergencia, está facultado para crear un régimen arancelario excepcional. Además, señala que es constitucional la prórroga de esas medidas, por medio de la Ley 218 de 1995, emitida por el Congreso. “De esta manera, la facultad del Gobierno de modificar los aranceles y las tarifas de éstos, está circunscrita a la ley marco correspondiente.”

La Sentencia C-805 del 2000 reafirma lo proferido por las sentencias anteriores. En esta, la Corte insiste en la regulación conjunta entre el Gobierno y el Congreso de la República en materia aduanera. Para solucionar otro problema de competencia entre estas dos ramas, la Corte establece que por habilitación expresa de la Constitución Política de 1991, en sus artículos 150 numeral 19 y 189 numeral 25, comparten “[...] la responsabilidad de regular asuntos relacionados con la administración de los impuestos, el control a las importaciones y a las exportaciones y la supervisión de las operaciones cambiarias”. De esta forma, declara la constitucionalidad del Decreto 1071 de 1999, por el cual se organiza la Unidad Administrativa Especial de Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales como una entidad con personería jurídica, autonomía administrativa y presupuestal. Además, se dicta otras disposiciones.

Por último, en la Sentencia C-798 del 2004, la Corte se refiere a los límites por los cuales el Gobierno puede modificar las tarifas arancelarias, para alcanzar el objetivo de la política comercial. Confirma esta competencia en virtud del artículo 150 numeral 19 literal c de la Constitución. Establece, así, los fines de esta limitación:

(i) prohíbe que estas medidas, al no ser adoptadas por el Congreso, estén determinadas por “finalidades impositivas”, tengan un “carácter fiscal”, es decir, que se utilicen como “fuente de exacción fiscal” y persigan de manera “primera, principal [o] preponderante” objetivos de orden fiscal, en especial el “recaudo de ingresos para el Estado”; y en sentido contrario, (ii) permite que dichas medidas consulten diversos objetivos de carácter económico relacionados de alguna manera directa o indirecta con el comercio exterior tales como “favorecer la producción nacional[,] promover la estabilidad económica [a través del] aumento o disminución de los aran-

celes, la contracción o ampliación de las importaciones [que] pueden afectar el nivel general de precios y los movimientos de la oferta y la demanda”, estimular el crecimiento económico, proteger la industria nacional, promover la inversión, controlar los precios domésticos, defender a los consumidores e incentivar la competitividad de los productos nacionales. [Énfasis con subrayas en el original]

Esta vez, la Corte define de forma expresa pero no taxativa los razones de política comercial por las que el Gobierno puede entrar a modificar el régimen de aranceles. Definió dentro de estas razones “[...] ‘lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo’, ‘apoyar y facilitar la iniciativa privada’, ‘otorgarle [...] una protección adecuada a la producción nacional’ y ‘coordinar las políticas [...] en materia de comercio con las políticas arancelaria, cambiaria, monetaria y fiscal’”. La Corte declara la constitucionalidad del parágrafo 3.º del artículo 14 de la Ley 7.ª de 1991, conforme a los fallos anteriores. Reconoce los efectos de los aranceles en una economía, que pueden ser de impacto positivo o negativo sobre diversos sectores, tales como los consumidores, los productores, la actividad específica eventualmente protegida y las finanzas estatales, sin perjuicio de los tratados internacionales sobre la materia ratificados por Colombia.

En esta sentencia la Corte reconoce la importancia de las tarifas arancelarias como herramienta del ámbito de las relaciones internacionales que influyen en el comercio nacional. Establece que la ley marco, la Ley 7.ª de 1991, señala unos principios que debe seguir el Gobierno al regular el comercio internacional: “apoyar y facilitar la iniciativa privada”, “procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada”, “impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local” y “satisfacer las necesidades del consumidor”. Mandatos legales que reconocen que el intercambio comercial puede llevar a que el Gobierno o el Congreso decidan, dentro de sus competencias y dentro del respeto a los tratados internacionales firmados por Colombia, dar ayuda a sectores socioeconómicos. Además, hace un reconocimiento excepcional y no despreciable: “A manera de ejemplo, el Gobierno puede considerar que un descenso de las tarifas aduaneras de un producto determinado puede beneficiar a los consumidores y a la economía colombiana en general, pero significar un impacto negativo para el correspondiente sector productivo”. Así, de manera expresa examina la utilidad de las tarifas para proteger la industria nacional y dirigir los beneficios a un sector específico de la economía. La Corte establece que pueden imponerse mayores gastos o menores ingresos futuros, al momento de decidir las variaciones en los niveles de las tarifas.

Por último, en la Sentencia C-172 del 2009, la Corte reafirma los conceptos y la naturaleza de los aranceles en Colombia. Da solución al problema jurídico de

constitucionalidad del Decreto 4591 del 2008, en concordancia con la emergencia social declarada, y crea incentivos de crédito. Define una vez más las competencias atribuidas al presidente de la república y decide declarar exequible dicho decreto, por tratarse de facultades atribuidas en la Constitución. Subraya la importancia de la ley marco y el esquema de coordinación entre el Congreso y el presidente, pues por medio de decretos ceñidos a la primera, el Estado puede responder

[...] ágilmente a los cambios acelerados que experimentan en la sociedad moderna diversas materias. Para poder reaccionar prontamente ante los sucesos cambiantes es necesario contar con la información necesaria, suficiente y actualizada y con procedimientos expeditos. Estos dos requisitos son satisfechos por el Poder Ejecutivo, pero no por el Legislativo<sup>22</sup>.

Entonces, a partir de la competencia se puede ver la naturaleza de las modificaciones. Cuando son del Gobierno, tienden a responder a problemas coyunturales y de ágil reacción. Cuando son del Congreso, tienen un carácter más permanente y de contenido profundo.

Así, la Corte Constitucional reconoció la importancia de la estabilidad económica y los aranceles como un medio para alcanzarla. De las anteriores sentencias se puede concluir que el marco jurídico del sistema arancelario en Colombia se basaba en la teoría proteccionista, pues al tratarse de política fiscal, lo legal era competencia del Congreso. Las modificaciones del Gobierno en respuesta a problemas coyunturales y de rápida reacción fueron necesarias y de importancia. Existe una gran regulación legal y jurisprudencial, que busca la estabilidad jurídica en materia arancelaria, con la cooperación de las dos ramas del poder público, la ejecutiva y la legislativa, y se reconoce la naturaleza de las modificaciones de cada rama.

La Sentencia C-798 del 2004 de la Corte Constitucional reconoce la importancia de la coordinación entre la legislación nacional y los compromisos adquiridos internacionalmente. Esto lleva a pensar en una inclinación hacia una teoría de apertura económica. Los mandatos legales y jurisprudenciales respaldan las finalidades del sistema arancelario, el recaudo fiscal y la protección a la industria nacional. Además, se puede concluir que las facultades gubernamentales se limitan a la política comercial y sólo para este fin pueden realizar modificaciones. Por lo anterior, es relevante el uso de instrumentos extralegales que muestren los efectos reales de este proteccionismo teórico que las ramas del poder (legislativo, ejecutivo y judicial) han adoptado.

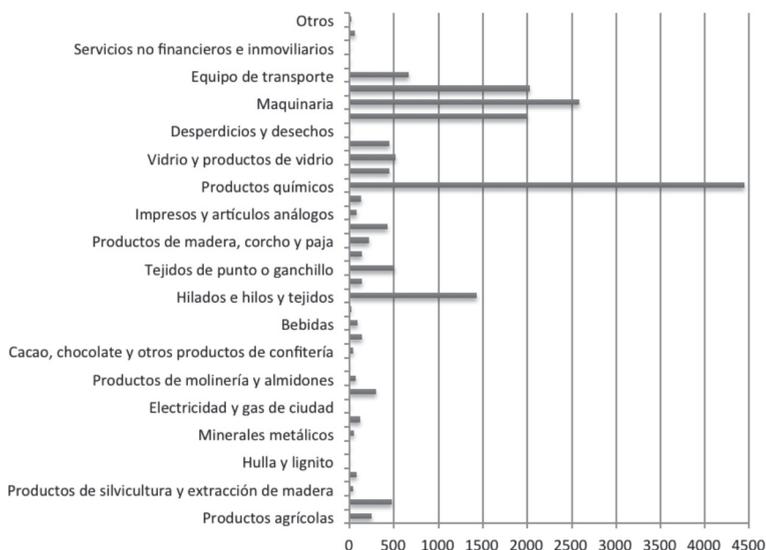
22 Sentencia C-172 del 2009.

### C. Régimen internacional

En Colombia las aduanas están reguladas por la normativa de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Con la Ley 170 de 1994, Colombia adopta un sistema para reducir de manera sustancial los aranceles aduaneros y demás barreras al comercio. Se compromete a abstenerse de realizar tratos discriminatorios entre el productor nacional y el importador, en defensa de los principios de igualdad de trato y no discriminación. Este principio, conocido como la cláusula de nación más favorecida o MFN (por sus siglas en inglés), prescribe que las mejores condiciones arancelarias y no arancelarias concedidas a un país miembro deben concederse automática e incondicionalmente a todos los demás. Con su aplicación, todos los países miembro buscan no sólo la eliminación de barreras comerciales, sino promover la estabilidad de dichas tarifas a nivel mundial, con una tendencia a cero.

Con la aplicación de las reglas internacionales, Colombia reconoció una vez más la importancia de los aranceles en la economía. A pesar de haber adquirido obligaciones internacionales, todavía existen constantes modificaciones a la tarifas arancelarias, que deberían mostrar una tendencia de apertura

**Gráfica 1.** Cambios en los aranceles por sectores económicos según el Dane

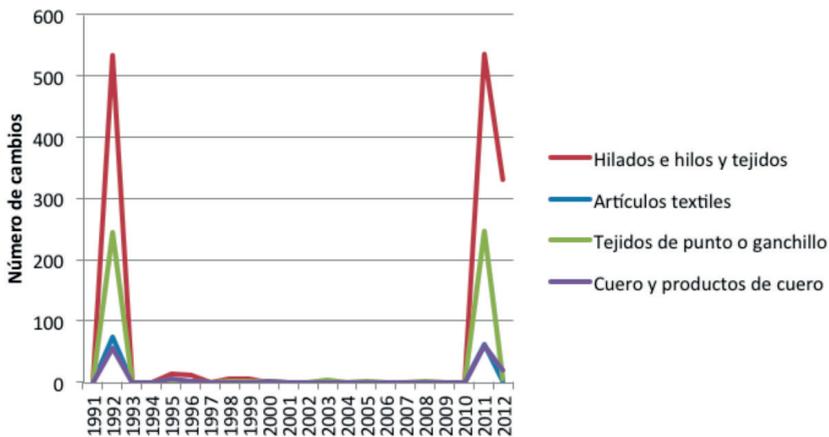


Fuente: Elaboración propia.

En la gráfica anterior se observan los cambios en las tarifas de aranceles entre 1991 y el 2012 en los 37 sectores económicos en Colombia. El sector de productos químicos tuvo la mayor cantidad de cambios en sus tarifas arancelarias, seguido de los sectores de maquinaria y textiles.

De esta forma, el modelo económico adoptado en Colombia se rige por una Constitución abierta, que deja en manos del ejecutivo y legislativo el desarrollo de sus obligaciones y principios nacionales e internacionales. La Constitución no establece el modelo económico que se debe adoptar, en términos del derecho comercial internacional. Por su parte, los tratados ratificados y pertenecientes al bloque de constitucionalidad han limitado y justificado una política económica tendiente a la apertura. Esta política no ha sido constante ni coherente en el tiempo y ha traído efectos negativos. En la siguiente gráfica se puede observar el número de cambios en el sector textil entre 1991 y el 2012. Entre 1993 y el 2010, casi no hubo cambios en los aranceles en el sector. En 1992 y en el 2011 hubo dos picos de alto número de cambios.

**Gráfica 2.** Cambios en el sector textil entre 1991 y el 2012



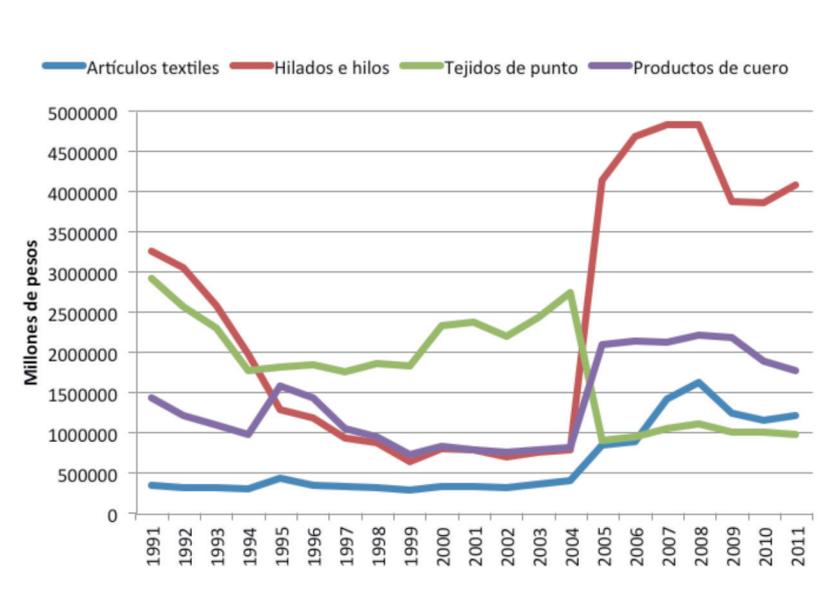
Fuente: Elaboración propia.

Los inversionistas extranjeros buscan países que minimicen los riesgos asociados a cambios impredecibles de legislación<sup>23</sup>, en este caso, los cambios en las tarifas de aduanas. El efecto de incremento en los aranceles es diferente al efecto de

23 Álvaro Pereira. "Legal Stability Contracts in Colombia: An appropriate incentive for investments? Historical Causes and Impact Analysis of Law 963 of 2005". *Journal of Global Law and*

caída. Por esto, es necesario observar la dirección además de la magnitud del cambio, para poder ver si hay una tendencia a la apertura (las cifras se aproximan a cero) o a la protección de la industria nacional (las tarifas aumentan). Así, la estabilidad legal no es sólo la garantía de que no haya cambios, sino que estos sean favorables a la apertura económica. También debe evaluarse el crecimiento del PIB por sectores de la economía y observar si su evolución tiene alguna variación en los años de mayor número de cambios. A continuación se muestra una gráfica del PIB para los subsectores textiles entre 1992 y el 2011:

**Gráfica 3.** Producto interno bruto por subsectores textiles



Fuente: Elaboración propia.

A pesar de que la gráfica no muestra variaciones sustanciales del PIB en los años de mayor número de cambios en las tarifas, en los tres últimos subsectores hay una caída del PIB después del gran número de cambios del 1992. En la mitad del periodo entre 1993 y el 2010, hay un aumento del PIB en todos los sectores, así que habría una relación entre la estabilidad y la certidumbre en las tarifas arancelarias y su crecimiento. Se puede ver también cómo el modelo económico que Colombia adoptó ha tenido grandes contradicciones con lo que esta-

*Business.* Consultado el 10 de septiembre del 2013 en <http://rjglb.richmond.edu/wp-content/uploads/2013/07/12.2.2-Pereira.pdf>.

blece la Constitución y la ley en materia de comercio internacional, al tener gran cantidad de variaciones en su ley marco del arancel de aduanas.

#### **D. Estabilidad y crecimiento económico: ¿qué dice la teoría económica?**

El modelo económico que la Constitución y los tratados internacionales bilaterales y multilaterales plantean, con base en la política económica, busca la estabilidad. La incertidumbre es considerada perjudicial para el crecimiento. Una forma de evaluarla es cuantificando los cambios realizados en un periodo de tiempo. Resulta ocioso hablar desde el punto de vista teórico de un objetivo de certidumbre, sin que existan herramientas interdisciplinarias que permitan evaluar y cuantificar esta variabilidad. En este sentido, la economía es útil, pues proporciona herramientas que relacionan la incertidumbre con el crecimiento de una economía.

La estabilidad en el sistema aduanero y legal es uno de los factores relevantes para evaluar la incertidumbre fiscal. Estudios empíricos han evaluado la importancia de esta última en la política económica y han concluido que afecta negativamente el PIB, la inversión y el desempleo en los Estados Unidos<sup>24</sup>. Han llegado a esta conclusión a partir de un índice de incertidumbre de política económica con tres componentes: la frecuencia de los artículos en el periódico referente a la política económica, el número de artículos que expiran en el código de impuestos federal y el error del pronóstico sobre la inflación y gasto del gobierno. Otros estudios relacionan la incertidumbre directamente con la inversión, en específico con la inversión extranjera directa<sup>25</sup>. Pereira estudia contratos de estabilidad legal en los que el Gobierno colombiano se compromete a mantener las reglas de estabilidad por un periodo de tiempo, garantizándole a los inversionistas extranjeros certidumbre en dicho periodo sobre los términos del contrato. Pereira concluye que la estabilidad legal es un prerrequisito para las decisiones de inversión en proyectos del largo plazo. Por su parte, Rodrik (1989) sostiene que la incertidumbre de las reformas políticas genera efectos negativos sobre la inversión en países en desarrollo, pues los inversio-

24 Scott R. Baker, Nicholas Bloom y Steven J. Davis “Measuring Economic Policy Uncertainty”. *Chicago Booth Research Paper*, n.º 13-02, 2013. Consultado el 15 septiembre del 2013 en <http://www.policyuncertainty.com/media/BakerBloomDavis.pdf>.

25 Alvaro Pereira. “Legal Stability Contracts in Colombia: An appropriate incentive for investments?” Historical Causes and Impact Analysis of Law 963 of 2005. *Journal of Global Law and Business*. Consultado el 10 de septiembre del 2013 en <http://rjglb.richmond.edu/wp-content/uploads/2013/07/12.2.2-Pereira.pdf>.

nistas y empresarios tienen menor capacidad de reacción a dichos cambios, lo que lleva a que esta inversión disminuya o desaparezca.

Otra rama de la literatura se centra en las políticas de incertidumbre: evalúa los efectos de la incertidumbre monetaria, fiscal y regulatoria o legal en la economía<sup>26</sup>. Estos autores proponen que las autoridades monetarias, fiscales y legales del país deben tender a la estabilidad, con el fin de garantizar certidumbre, y en esa medida proveer un ambiente de crecimiento económico sostenible. Es útil, entonces, evaluar en términos macroeconómicos las implicaciones de la variabilidad en el sistema aduanero de Colombia, pues es una de las ramas que genera certidumbre legal y fiscal a nivel nacional e internacional. Por tratarse de un área de comercio internacional, estudiar los efectos de los cambios en las tarifas de los productos importados puede tener implicaciones no despreciables para la economía. Por esta razón, con las herramientas cuantitativas de las ciencias macroeconómicas, en la siguiente sección se estudian los efectos mencionados.

### III. MARCO EMPÍRICO

#### A. Construcción de la base de datos

Por tratarse de un tema que no ha sido estudiado antes en el país, uno de los objetivos más importantes del presente artículo es la construcción de la base de datos del histórico de tarifas por productos. Para observar los efectos del sistema aduanero adoptado en Colombia durante el periodo que va de 1991 al 2012, se construyó una variable de las tarifas de aduanas para todo el arancel de aduanas, en el que se incluye en promedio 7000 productos para cada año. Además, se clasificó cada uno de estos productos en los sectores económicos del Dane. De igual forma, la base de datos incluye el PIB, el consumo, la inversión, el gasto, las exportaciones y las importaciones sectoriales en la misma clasificación del Dane. Así, se llega a resultados para cada sector por tipos de actividad económica.

26 Milton Friedman. "The Role of Monetary Policy". *The American Economic Review* LVIII, n.º 1, 1968. Consultado el 20 abril del 2014 en <http://www.aeaweb.org/aer/top20/58.1.1-17.pdf>; Dani Rodrik. "Policy uncertainty and private investment in developing countries". *Journal of Development Economics* 36, 1991, pp. 229-242; Robert Higgs. "Why the Great Depression Lasted So Long and Why Prosperity Resumed After the War". *The Independent Review* 1, n.º 4, 1997. Consultado el 22 abril del 2014 en [http://www.independent.org/pdf/tir/tir\\_01\\_4\\_higgs.pdf](http://www.independent.org/pdf/tir/tir_01_4_higgs.pdf).

Para la construcción de un panel macroeconómico balanceado<sup>27</sup>, debido a la ausencia de registro de las tarifas arancelarias para los años 1993, 1998 y el 2003, se completan los datos longitudinales con el promedio de las tarifas del periodo anterior:

$$Tarifa_t = \frac{Tarifa_{t-1} + Tarifa_{t+1}}{2}$$

La siguiente tabla es un extracto de la base de datos, que muestra 153 344 observaciones especificadas por subpartidas, por años y por la clasificación CIU y el Dane de estos productos y tarifa —Most Favorate Nation (MFN).

**Tabla 1.** Base de datos

	Subpartida	Year	ciurev3lac	dane	MFN
23	101110000	1991	124	3	15
24	101110000	1992	124	3	5
25	101110000	1993	124	3	5
26	101110000	1994	124	3	5
27	101110000	1995	124	3	5
28	101110000	1996	124	3	5
29	101110000	1997	124	3	5
30	101110000	1998	124	3	5
31	101110000	1999	124	3	5
32	101110000	2000	124	3	5
33	101110000	2001	124	3	5
34	101191000	1991	124	3	15
35	101191000	1992	124	3	10
36	101191000	1993	124	3	10
37	101191000	1994	124	3	10
38	101191000	1995	124	3	10
39	101191000	1996	124	3	10
40	101191000	1997	124	3	10
41	101191000	1998	124	3	10
42	101191000	1999	124	3	10
43	101191000	2000	124	3	10
44	101191000	2001	124	3	10

Fuente: WITS y Dane.

27 Base de datos que tienen observaciones para toda la sección cruzada, en momentos sucesivos.

En la siguiente tabla se muestra un sector de los analizados. Se presentan las tarifas por sector del Dane y las variables del PIB, el consumo, la inversión, el gasto, las exportaciones y las importaciones con esta misma clasificación:

**Tabla 2.** Base de datos

dane	year	MFN	varia_glob	Cambios_se-r	consumo	exportaciones	gastoenconsumo-l	inversion	importaciones	piB	
43	3	1991	17.81967	0	0	14644548	158533.296875	2829223.375	823426.5	51981.19921875	14353846
44	3	1992	16.07843	-1.732026	239	14886770	180315.78125	2154961.25	965825.375	83115.5	14614652
45	3	1993	16.14068	-2.148289	0	14497396	26299.88283125	2188976.5	989883.6875	181707.9140625	14258815
46	3	1994	15.76852	-1.828479	0	14509476	19168.68546875	2233930.5	646041.6875	143626.859375	14498775
47	3	1995	16.04827	-1.224832	10	15177233	72852.1640625	2425542.75	656511.1875	96599.98625	14846457
48	3	1996	15.98604	-1.59396	12	13197138	14196.041815625	2113387.25	462692.5	183817.359375	12925177
49	3	1997	15.86957	-1.57196	1	12609618	46884.390625	2113233.25	392566.6875	65694.765625	12498899
50	3	1998	15.86489	-1.568792	1	13376467	193638.71875	2332565.75	486742.875	64298.48234375	13365580
51	3	1999	15.87248	-1.568483	1	12257442	44149.85078125	2357827	379349.21875	46978.7578125	12694857
52	3	2000	15.86667	-1.583333	2	12528838	58758.98846875	2393976.75	348124.5	65821.18359375	12975706
53	3	2001	15.86667	-1.583333	0	13403345	186768.2898625	2468677.5	397911.375	84888.21875	13239445
54	3	2002	15.99359	-1.394231	1	13576587	41972.65878125	2471596	428954.46875	77539.489375	13060915
55	3	2003	16.01613	-1.354839	0	13520883	38125.294921875	2491792.25	486678.4375	74512.2265625	12868898
56	3	2004	16.01613	-1.354839	0	14315542	573888.75	2628338.5	-85827.1875	51840.3898625	13488673
57	3	2005	15.99684	-1.392485	0	12260997	548951.25	3326682	785898.125	46371.7611875	13437856
58	3	2006	17.32595	-0.632911	14	12595868	665163.1875	3293679.75	888283.125	44.384273529853	13830458
59	3	2007	17.20635	-2.222222	1	12843159	656832.125	3239165.75	857648.8125	48916.48625	12182322
60	3	2008	17.33232	-1.067073	5	16255658	372554.65625	3214891.5	1616198.125	59221.1171875	13151395
61	3	2009	16.68671	-6189024	14	14138000	189000	2784000	1445800	52000	12438000
62	3	2010	18.03364	-7553517	17	13768383	62743.984375	2758931.5	1282330.125	48195.36328125	11958081
63	3	2011	17.62691	-3486238	163	14289897	96924.5398625	2848821.25	1228661	31357.9375	12826244

Fuente: WITS y Dane.

- DANE.i: cada subpartida arancelaria se clasificó por sectores del Dane.
- MFN: la tarifa promedio de cada sector se obtuvo al unirse la primera base con la que contenía las variables macroeconómicas.
- Varia\_glob: índice de estabilidad aduanera por sector.
- Cambios\_sector: número de cambios en las tarifas por sectores. Se cuantifica cuando la tarifa por subpartida cambia de un año a otro en el sector.
- PIB, consumo, gasto, inversión, exportaciones e importaciones: valores en millones de pesos a precios constantes en el 2008 por sector.

## B. Construcción del índice de estabilidad aduanera

Para poder hacer uso de las herramientas cuantitativas es necesario crear un índice que indique por sectores la variabilidad entre un periodo y otro. Este índice cuantifica los cambios y su magnitud. Así, es posible identificar la relación entre la variabilidad de los aranceles y el crecimiento económico sectorial en Colombia. El índice de estabilidad aduanera cuantifica la variabilidad de las tarifas para cada uno de los productos del arancel de aduanas en el periodo 1991-2012. Este tiene como objetivo medir la volatilidad de las regulaciones adoptadas por el Gobierno colombiano frente a las tarifas de entrada de todos los productos al país. Por una parte, se crea una variable que cuantifica el número de cambios en las tarifas de todos los productos por sector durante todo el

periodo. Sin embargo, esta variable no cuantifica la magnitud de los cambios (es diferente cambiar de 5 % a 20 % de un año a otro que de 15 % a 20 %), por lo que se crea un índice que tiene en cuenta la magnitud del cambio durante todos los periodos anteriores. Así, se tiene una variable que mide la variabilidad de las tarifas por sectores, teniendo en cuenta los periodos anteriores:

$$Variación_{i,t} = \frac{Tarifa_{i,t} - Tarifa_{i,t-1}}{Tarifa_{i,t-1}}$$

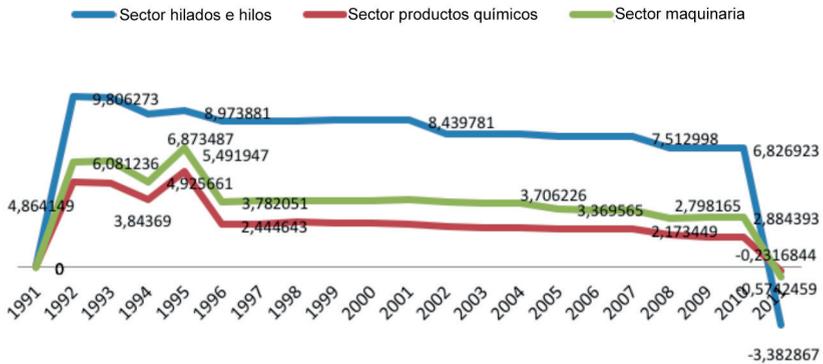
Donde  $i$  es el producto y  $t$  es el periodo de tiempo, para el sector quedaría:

$$Índice\ de\ estabilidad\ aduanera = \sum_{t=1}^t \sum_{k=1}^j Variación_{k,i,t}$$

Donde  $k$  es el sector al que pertenecen los productos.

En la siguiente gráfica se muestra el comportamiento del índice en los 20 años de estudio, para los sectores que presentaron mayor número de cambios:

**Gráfica 4.** Índice de incertidumbre aduanera



Fuente: Elaboración propia.

### C. Modelo econométrico

Con un panel que contiene información sobre la evolución de un conjunto de indicadores económicos como el PIB, la inversión, el gasto, el consumo y la balanza comercial para cada sector económico del Dane, con el siguiente modelo de

regresión *log-lin*, se evalúa la hipótesis de que el crecimiento sectorial en Colombia está afectado negativamente por el índice de variabilidad arancelaria:

$$Y_{k,t} = \beta_0 + \beta_1 IEA + \beta_2 C_{i,t} + \beta_3 I_{k,t} + \beta_4 G_{k,t} + \beta_5 NX_{k,t} + \beta_6 ND_k + \beta_7 D_k + \varepsilon_{2,C_{i,t}}$$

$Y = PIB$

$IEA = \text{Índice de estabilidad aduanera}$

$C = \text{Consumo}$

$I = \text{Inversión}$

$G = \text{Gasto}$

$NX = \text{Balanza comercial}$

En este modelo, se tienen las variables *dummy* para capturar los choques independientes o efectos fijos de pertenecer a un sector económico y al periodo de tiempo:

$D_i = \text{Dummy por sector económico}$

$D_t = \text{Dummy por periodo de tiempo}$

#### D. Correlaciones

Para poder determinar la fuerza y el sentido de la posible relación lineal existente entre el índice de estabilidad arancelaria creado y las otras variables relevantes de crecimiento y apertura del mercado (PIB, el consumo, la inversión, las importaciones y las exportaciones), se utiliza el coeficiente de correlación, que es una herramienta estadística elemental e importante para el estudio econométrico de las relaciones lineales que involucran el uso de datos de series de tiempo, como en este caso. Este coeficiente se refiere a dos características de la relación lineal: *la dirección o sentido y la cercanía o fuerza*<sup>28</sup>.

A continuación se hace un resumen de las correlaciones entre el índice y las variables de crecimiento y apertura económica:

28 Erick Lahura. *Coficiente de correlación y relaciones espúreas*, 2003. Consultado el 7 julio del 2014 en <http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD218.pdf>.

**Tabla 3.** Resultados de las correlaciones

Coefficiente de correlación	PIB	Consumo	Inversión	Exportaciones	Importaciones
Índice de estabilidad arancelaria	-0,1731	-0,1868	-0,1298	-0,1618	-0,1352

Fuente: Elaboración propia.

#### IV. ANÁLISIS DE RESULTADOS

Los modelos econométricos se realizaron en el paquete estadístico Stata®, con un nivel de significancia del 10 %. El primero de ellos se estimó con la metodología de mínimos cuadrados ordinarios, que usa como variables las primeras diferencias para solucionar el problema de endogeneidad y elimina el efecto constante del error mediante el estimador de efectos al interior de grupos. La metodología de primeras diferencias consiste en restar el primer rezago en el tiempo ( $Y_{i,t-1}$ ,  $X_{1i,t-1}$ ,  $X_{2i,t-1}$ ) a cada observación individual en el panel, para eliminar el término constante del error. A continuación, se presentan los resultados.

R2 ajustado	0,3321
-------------	--------

**Tabla 4.** Resultados de la regresión lineal econométrica

Tipo de variable	Variable (en primeras diferencias)	Coefficiente	P-Value	Interpretación
Explicativas	Índice de incertidumbre aduanera	-75 032,41	0,030	Un incremento de una unidad en el índice de incertidumbre aduanera genera un impacto negativo de 75 032,41 millones de pesos en el PIB.
	Consumo	0,3700659	0,000	Un incremento de un millón de pesos del consumo genera un impacto positivo de 0,3700659 millones de pesos en el PIB.
	Inversión	0,1928101	0,000	Un incremento de un millón de pesos en la inversión genera un incremento de 0,1928101 millones de pesos en el PIB.
	Gasto	0,2318679	0,102	Un incremento de un millón de pesos en el gasto genera un impacto de 0,2318679 millones de pesos en el PIB.
	Balanza comercial	0,4605848	0,000	Un incremento de un millón de pesos en la balanza comercial genera un impacto de 0,4605848 millones de pesos en el PIB.
Control	Constante	-1613569	0,000	

Fuente: Elaboración propia.

Según los resultados obtenidos en el primer modelo, se puede inferir que la variable de mayor interés en el modelo, índice de incertidumbre aduanera, resultó significativa al 10 % para explicar el comportamiento del PIB sectorial. Además, el R2 ajustado nos indica que las variables independientes explican la dependiente en un 33 %. Como este no es muy alto y solucionado el problema de endogeneidad, este porcentaje es indicativo de la robustez del modelo planteado. De igual forma, los signos son los esperados y corresponden con el marco teórico: el índice afecta negativamente el PIB, un incremento de este tiene un impacto negativo en el PIB; el consumo, el inversión, el gasto y la balanza comercial afectan positivamente el PIB.

Las correlaciones se realizaron en el paquete estadístico Stata®, con un nivel de significancia del 5 %. Los valores positivos indican una relación directa y los valores negativos una relación inversa entre las variables involucradas. Como se puede observar en la tabla 3, la relación entre el índice de estabilidad arancelaria y el PIB, el consumo, la inversión, las exportaciones y las importaciones por sector es inversa. Es decir, existe una relación lineal negativa con cada una de ellas y por ser tan cercana a cero no es fuerte. Los signos son los esperados y corresponden con el marco teórico: el índice afecta negativamente el PIB y un incremento de este tiene un impacto negativo en el PIB.

Como nota adicional, es importante saber que el coeficiente de correlación no proporciona información sobre la causalidad entre las series. Lo único que permite identificar es *comovimiento significativo*<sup>29</sup>. Se puede concluir que los resultados son consistentes con las teorías económicas mencionadas en el marco teórico, ya que, por un lado, el incremento del índice de incertidumbre implica un mayor número de cambios en el periodo, lo que resulta en un efecto adverso al crecimiento económico del PIB por sectores de la economía colombiana. Eso es un incentivo negativo para las firmas y los individuos a invertir y producir. Por otro lado, la inestabilidad en términos de aduanas resultó tener un impacto en los resultados económicos, lo que responde a que la incertidumbre en el ambiente económico genera también desincentivos en los agentes de la economía.

## CONCLUSIONES

La incertidumbre es clave y debe tenerse en cuenta en el diálogo entre economistas y abogados al momento de definir la política económica del país. El

29 Erick Lahura. *Coficiente de correlación y relaciones espúreas*, 2003. Consultado el 7 julio del 2014 en <http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD218.pdf>.

concepto de *variabilidad* aduanera es central en la economía y está en el centro del debate entre el derecho y la economía en las altas ramas del poder en Colombia, en la legislativa y la ejecutiva. La estructura del sistema aduanero es un indicio de inestabilidad de las reglas de juego de un país y de su economía. En los últimos 20 años, se realizaron 18 096 modificaciones a las tarifas arancelarias, lo que genera un ambiente de inestabilidad en materia de política fiscal, con un impacto en el crecimiento económico que el derecho y la economía no pueden pasar por alto.

Se desarrolló una metodología para estimar el efecto de la volatilidad en las tarifas aduaneras por sectores en Colombia, en el periodo comprendido entre 1991 y el 2012. Para esto, se creó una variable, el índice de variabilidad, para determinar la inestabilidad en las tarifas aduaneras para el periodo. Este índice corresponde con los periodos en los que los sectores tuvieron el mayor número de cambios en las tarifas aduaneras. La magnitud del cambio tiende a cero, lo que significa que los cambios realizados en las tarifas en efecto llevan a menores tarifas arancelarias. Por lo anterior, hay evidencia para afirmar la hipótesis de que el país ha asumido sus compromisos internacionales al bajar las tarifas arancelarias de sus productos. También se puede observar cómo la definición legal y jurisprudencial de los aranceles ha sido una herramienta utilizada por el Gobierno nacional para regular la economía a corto plazo. Sin embargo, se puede observar un periodo de baja volatilidad e incertidumbre entre 1993 y el 2010, en el que se presentaron pocos cambios, ya que la mayoría de estos ocurrieron entre 1992 y el 2011.

El reconocimiento de la Corte Constitucional de las tarifas arancelarias como herramienta de protección a la economía es coherente con los compromisos internacionales que ha adquirido Colombia al hacer parte de la OMC y firmar los tratados de libre comercio con otros estados. Al reconocer su utilidad en la economía, el Gobierno ha tendido a disminuir las tarifas, a firmar un mayor número de tratados internacionales e implementar las zonas francas. El objetivo de abrir la economía ha influido la práctica económica, legal y jurisprudencial en Colombia. El índice nos muestra una variabilidad negativa, lo que confirma esta hipótesis.

El modelo econométrico construido permite estimar los efectos de las modificaciones al arancel de aduanas. Los resultados nos indican que la inestabilidad del sistema arancelario, a pesar de tender a cero, tiene un impacto significativo desde el punto de vista estadístico y negativo para el PIB. Con esta herramienta

cuantitativa, se hace un análisis económico de los efectos reales de los cambios en decretos y leyes del Gobierno y del Congreso, respectivamente. La evidencia empírica de que a mayor variabilidad menor crecimiento abre los diálogos entre economistas y abogados sobre la necesidad de cooperar para modificar o reformar el sistema aduanero. Dados los efectos negativos de las constantes modificaciones al sistema, se llega a que la no cooperación resulta perjudicial para la economía, si esta se entiende como un mayor número de cambios al sistema.

A partir de los resultados de la regresión econométrica (tabla 4), se concluye que la volatilidad en el sistema aduanero tiene un impacto significativo en la economía sectorial del país, y que los agentes incorporan dicha incertidumbre en sus decisiones de consumo, inversión y producción. Con los resultados de las correlaciones (tabla 3), se concluye que la volatilidad en el sistema aduanero tiene un impacto significativo al 5 % en la economía sectorial del país, y que los agentes incorporan dicha incertidumbre en sus decisiones de consumo, inversión y producción. La incertidumbre sobre el comportamiento del sistema aduanero afecta el crecimiento económico de los sectores en Colombia. A pesar de que muchas veces esos cambios favorecen la solución de problemas coyunturales de cierto sector o gremio, en el largo plazo esos cambios afectan el crecimiento del mismo sector.

Las modificaciones hechas por decretos al arancel de aduanas en el corto plazo están afectando el crecimiento de largo plazo de los sectores. Realizar una reforma en las tarifas arancelarias tiene un impacto adverso en el largo plazo, por la incertidumbre que se crea en la economía sectorial, diferente al que se pretende obtener en el corto y mediano plazo. Sería de gran utilidad estudiar más adelante el número de cambios en el arancel de aduanas y hacer su estudio cualitativo. Cada ley y decreto en Colombia tiene una motivación, por lo que sería interesante indagar sobre esta, para analizar las razones de las modificaciones en el corto plazo y si en efecto afectan el crecimiento total del sector al que se pretende favorecer.

Por último, sería interesante observar los efectos de la creación de zonas francas, que en los departamentos o en las regiones geográficas generan certidumbre arancelaria. Sería de gran utilidad distinguir los efectos en el crecimiento de dicha zona geográfica y mostrar el impacto positivo de su creación. La implementación de las zonas francas ha tenido el aval político en debates en el Congreso, sin que se hayan discutido los efectos de la certidumbre en el largo plazo.

BIBLIOGRAFÍA

- Alviar, Helena. “Estudio preliminar”. En *¿Es realmente libre el comercio?* Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.
- Baker, Scott R., Nicholas Bloom y Steven J. Davis. “Measuring Economic Policy” Uncertainty. *Chicago Booth Research Paper*, n.º 13-02, 2013. Consultado el 15 septiembre del 2013 en <http://www.policyuncertainty.com/media/BakerBloomDavis.pdf>.
- Corte Constitucional. *Sentencia n.º C-510 del 3 de septiembre de 1992*. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia n.º C-353 del 4 de agosto de 1997*. Magistrado ponente: Jorge Arango Mejía.
- Corte Constitucional. *Sentencia n.º C-805 del 29 de junio del 2000*. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. *Sentencia n.º C-798 del 24 de agosto del 2004*. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. *Sentencia n.º C-172 del 18 de marzo del 2009*. Magistrado ponente: Cristina Pardo Schlesinger.
- El Espectador*. “Gobierno inicia diálogo para desactivar protesta campesina”. Consultado el 15 de septiembre del 2013 en <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/gobierno-inicia-dialogo-desactivar-protesta-campesina-articulo-442780>.
- Friedman, Milton. “The Role of Monetary Policy”. *The American Economic Review* LVIII, n.º 1, 1968. Consultado el 20 abril del 2014 en <http://www.aeaweb.org/aer/top20/58.1.1-17.pdf>.
- Greco. *Comercio exterior y actividad económica de Colombia en el siglo XX: exportaciones totales y tradicionales*. Banco de la República, 1999. Consultado el 15 septiembre del 2013 en <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra163.pdf>.
- Higgs, Robert. “Why the Great Depression Lasted So Long and Why Prosperity Resumed After the War”. *The Independent Review* 1, n.º 4, 1997.

Consultado el 22 abril del 2014 en [http://www.independent.org/pdf/tir/tir\\_01\\_4\\_higgs.pdf](http://www.independent.org/pdf/tir/tir_01_4_higgs.pdf).

Krugman, Paul y Maurice Obstfeld. *Economía internacional: teoría y política*. Madrid: Pearson-Addison Wesley, 2012.

Kyle, Handley y Nuno Limao. “Policy Uncertainty, Trade and Welfare; Theory and Evidence for China and the U. S.”. *National Bureau of Economics Research*, 2013. Consultado el 10 septiembre del 2013 en <http://papers.nber.org/tmp/95128-w19376.pdf>.

Lahura, Erick. *Coefficiente de correlación y relaciones espúreas*, 2003. Consultado el 7 julio del 2014 en <http://departamento.pucp.edu.pe/economia/images/documentos/DDD218.pdf>.

Ospina, Luis. *Industria y Protección en Colombia. 1810-1930*. Bogotá, Colombia: Oveja Negra, 1974.

Pardo, Germán Carrero. *Derecho aduanero en el siglo XXI*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2009.

Pardo, Germán Carrero. *Tributación aduanera*. Bogotá: Legis, 2009.

Pereira, Álvaro. “Legal Stability Contracts in Colombia: An appropriate inventive for investments? Historical Causes and Impact Analysis of Law 963 of 2005”. *Journal of Global Law and Business*. Consultado el 10 de septiembre del 2013 en <http://rjglb.richmond.edu/wp-content/uploads/2013/07/12.2.2-Pereira.pdf>.

Reina, Mauricio. *Internacionalización de la economía colombiana: comercio e inversión*. Banco de Desarrollo de América Latina, n. d. Consultado el 15 septiembre del 2013 en <http://www.caf.com/media/33784/ComercioExterior.pdf>.

Rodríguez Garavito, César y Rodrigo Uprimny Yepes. “Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho”. *DeJusticia* 2, 2005.

Rodrik, Dani. “Policy uncertainty and private investment in developing countries”. *Journal of Development Economics* 36, 1991, pp, 229-242.

Anexo 1. Salida regresión en primeras diferencias

. reg Pd\_pib pd\_indice Pd\_consumo Pd\_gastoenconsumofinal Pd\_inversion Pd\_bal\_com

Source	SS	df	MS	Number of obs = 720		
Model	6.8039e+15	5	1.3608e+15	F( 5, 714) = 72.49		
Residual	1.3404e+16	714	1.8773e+13	Prob > F = 0.0000		
Total	2.0208e+16	719	2.8105e+13	R-squared = 0.3367		
				Adj R-squared = 0.3321		
				Root MSE = 4.3e+06		

Pd_pib	Coef.	Std. Err.	t	P> t	[95% Conf. Interval]	
pd_indice	-75032.41	37553.67	-2.00	0.046	-148761.2	-1303.584
Pd_consumo	.3700659	.0276065	13.41	0.000	.3158662	.4242656
Pd_gastoenconsumofinal	.2318679	.0358697	6.46	0.000	.1614452	.3022907
Pd_inversion	.1928101	.0433623	4.45	0.000	.1076772	.277943
Pd_bal_com	.4605848	.0425293	10.83	0.000	.3770872	.5440823
_cons	-1613569	270414.9	-5.97	0.000	-2144472	-1082665



## GLOSARIO<sup>1</sup>

activo cuasi-dinero:

Los activos cuasi-dinero son activos financieros que no pueden usarse directamente como medio de pago pero que pueden transformarse fácilmente en efectivo o en depósitos a la vista.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 456.

activo líquido:

Un activo es líquido si puede convertirse con rapidez y con muy poca pérdida de valor en dinero en efectivo.

Paul Krugman, Robin Wells, y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 454.

agencia (problemas y costos):

Aquello que los economistas clasifican como problemas de mandato (“agency problems”), en el sentido más genérico de la expresión, corresponde a las dificultades que surgen cuando el bienestar de una de las partes, denominada el mandante (“principal”), depende de las acciones adelantadas por un tercero, denominado el mandatario o agente (“agent”). El problema radica en motivar al mandatario para que actúe en beneficio del mandante, en lugar de que aquél obre en su propio interés.

En general, casi todas las relaciones de negocios en las que una de las partes (el mandatario) le promete a un tercero (el mandante) el cumplimiento de una prestación están expuestas a un problema de mandato. El quid de este asunto reside en la circunstancia de que, por lo general, el mandatario está mejor informado que el

1 Este glosario se construyó con la colaboración de María Victoria Peña Ramírez, asistente graduada de la Maestría en Derecho de la Universidad de los Andes. Se nutrió de los conceptos económicos que generaban dificultades a los abogados en los cursos de Análisis económico del derecho que di en los años 2012 y 2014. Agradezco mucho a la estudiante por su rigurosidad académica y su disposición a aprender y profundizar en el AED. Algunos de estos conceptos se usaron en esta obra, otros no. Se relacionan como eventuales insumos para la futura puesta en práctica del AED. Esperamos que sean de utilidad (N. de la C.).

mandante respecto de los principales hechos relevantes del negocio. En términos técnicos suele afirmarse que existe en este caso una información asimétrica.

Los problemas de agencia a que se ha hecho referencia se presentan en relaciones en las cuales un sujeto, el principal o mandante, le encarga a otro, conocido como agente o mandatario, la realización de una o varias prestaciones específicas.

Estas relaciones de agencia se caracterizan, de una parte, por un elemento subjetivo como es la intervención de mandante y mandatario y, de la otra, por un elemento objetivo consistente en la relación del encargo.

El inconveniente, sin embargo, es que, en la práctica, el mandatario no estará en condiciones de subordinar por completo su propia utilidad al beneficio exclusivo del mandante. La existencia de intereses contrapuestos incrementa la propensión del oportunismo del agente.

La existencia de intereses diferentes entre el mandante y el mandatario se refleja en el simple hecho de que, como agentes racionales, cada uno de ellos busca la maximización de su propia utilidad.

Otra causa de los problemas de agencia tiene que ver con los grados diversos de información que están disponibles para cada una de las partes en cualquier relación de agencia. Es lo que ha dado en llamarse asimetría de la información. El contacto directo permanente del agente con la ejecución del encargo le permite contar con mayor ilustración respecto de la prestación prometida, si se le compara con aquella de que dispone el principal o mandante.

Cuando la asimetría de la información se manifiesta antes de la adopción de decisiones importantes por parte del principal, puede dar lugar a que éste se equivoque en su elección (“adverse selection”). En efecto, el hecho de ignorar circunstancias o condiciones relevantes sobre el negocio que se pretende celebrar puede llevar al principal a escoger bienes o servicios sub-óptimos.

Francisco Reyes V. *Análisis económico del derecho societario*. Colección Cátedra Bancolombia de Derecho Económico, Financiero y del Mercado de Valores. Bogotá: Ibáñez, Pontificia Universidad Javeriana, 2012, pp. 65-68.

An agency relationship is established when a principal delegates some rights—for example, user rights over a resource—to an agent who is bounded by a (formal or informal) contract to represent the principal’s interests in return for payment of some kind.

This opportunistic behavior imposes two types of costs on the principal: the direct agency cost that arises due to opportunistic behavior on the part of the agent (e.g., inefficiencies in production that arise from employee shirking), and the monitoring costs that accompanies attempts by the principal to monitor agent performance.

In the absence of efficacious competition or low-cost information that facilitate effective control of agent performance, principals can attempt to reduce agency costs through appropriately structured contracts—that is, contracts that attempt to align the agent’s interests with those of the principal.

Agency problems may also arise in contracts between firms, such as where one firm contracts to supply inputs to another firm.

Nicholas Mercurio y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. USA: Princeton University Press, 2006, pp. 264-266.

agregados económicos:

Los agregados económicos son magnitudes económicas que suman datos de diferentes mercados de bienes, servicios, trabajo y activos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 355.

agregado monetario:

Un agregado monetario es una medida global de la oferta monetaria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 456.

ahorro privado:

El ahorro privado, que es igual a la renta disponible menos el consumo de los hogares, es aquella parte de la renta disponible que no se dedica al consumo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (AED):

Los tres presupuestos principales que fundamentan la mayor parte de las obras sobre el análisis económico y contra los que se dirigen la mayoría de las críticas son: la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos.

Como corriente de pensamiento con influencia en las facultades de Derecho y en los académicos del Derecho, los orígenes del análisis económico están en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago de la década de los años cincuenta y en la influencia del profesor Aaron Director, economista de formación, que enseñó en esa facultad durante casi veinte años.

En lo que se conoce como la primera ola del análisis económico del derecho, los juristas dedican su esfuerzo a la aplicación de la teoría económica a áreas de la vida social en las que el comportamiento de los sujetos tiene lugar en el mercado tradicional de bienes y servicios, como son el derecho de la competencia, el derecho tributario o el derecho de los servicios públicos.

En la segunda ola, la aplicación del análisis económico se extiende a otras áreas del derecho a las que tradicionalmente los economistas habían prestado poca atención: el derecho de la responsabilidad civil extracontractual, el derecho de contratos, el derecho penal o el derecho administrativo.

En la tercera ola se presenta una especialización marcada del análisis económico del derecho por áreas de conocimiento y se incorporan teorías económicas que se apartan del paradigma clásico de la economía para explicar la incidencia de las normas jurídicas en el comportamiento humano, como la teoría neoinstitucional o la economía de la conducta (*behaviourial economics*).

El historiador Morton Horwitz cree que el análisis económico del derecho intenta basarse en el prestigio de las ciencias naturales para crear un sistema de pensamiento jurídico que sea objetivo, neutral y apolítico.

El análisis económico es un modelo explicativo general de las normas y conductas jurídicas.

El análisis económico del derecho no es distinto de cualquier teoría: se debería valorar por su potencial explicativo de algunas conductas, y por su capacidad para explicar la motivación parcial de un sujeto al actuar como actúa.

Como ocurre con los modelos económicos, el análisis económico del derecho suele partir de ciertos supuestos que simplifican la realidad.

Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio preliminar”. En *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 17, 18, 24, 25, 44, 60, 61.

En Colombia el AED se concibe como una metodología, ubicada ideológicamente en el ala neoliberal, la cual pretende abordar el estudio del derecho con el único propósito de alcanzar la eficiencia del sistema normativo, desconociendo cualquier parámetro de justicia o equidad.

Algunos autores definen de manera más concreta el AED como la aplicación de herramientas de microeconomía y de la economía del bienestar al estudio del derecho, y a la respuesta, en términos de la conducta humana, respecto del entramado legal.

Jesús Antonio Bejarano lo describía como “[...] un campo de aplicación de la teoría económica (principalmente de la microeconomía y de las bases conceptuales de la economía del bienestar) al examen de la formación, estructura, procesos e impactos económicos de la ley y de las instituciones legales”.

Desde el punto de vista de Richard Posner, Robert Cooter, Thomas Ulen y Mauricio Rubio, el AED es una aplicación de conceptos y supuestos de la teoría económica al comportamiento del individuo frente a un sistema legal, con el objetivo de incentivar o desincentivar conductas determinadas, en donde se logren de la manera más eficiente posible las metas trazadas por un individuo, la sociedad o el Estado.

Desde el punto de vista metodológico, el AED representa un espacio para reunir las investigaciones que desde la economía o con el empleo de ésta requieren de “[...] conocimiento sustancial del derecho, tanto en su aspecto doctrinario como institucional [...]”. En donde la economía brinda “[...] una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de la ley. Esta teoría rebasa a la intuición, así como la ciencia rebasa al sentido común”.

El AED propone una metodología de estudio que presupone la relación entre el derecho y la economía.

Así, mientras la mayoría de estructuras argumentativas del derecho tienen un profundo sentido deontológico, el Análisis Económico se presenta como una herramienta “deontológica integrada” en los términos de Everaldo Lamprea, como una “visión integrada” en la visión de Amartya Sen, o simplemente una visión incluyente, que justifica la importancia del respeto por la realización de los derechos, pero que a su vez es consecuente con la naturaleza recíproca del cumplimiento de éstos.

El AED puede ser entendido como una metodología incluyente que pretende poner, sobre un mismo escenario de estudio, una interpretación deontológica y una teleológica.

El objetivo fundamental del AED es lograr la construcción de un sistema legal más justo, en donde se interprete este concepto en términos de eficiencia, bien sea desde el punto de vista normativo o positivo, tanto en estudios de mercado como de no mercado.

El hecho de asumir que la conducta del individuo puede estar condicionada y explicada por un conjunto de costos y beneficios (premios y castigos), los cuales puedan estar definidos al interior de una estructura jurídica, resulta ser de manera general, la característica fundamental del AED.

El análisis económico del derecho es una metodología incluyente que busca acercarse al análisis del comportamiento del individuo inmerso de un sistema jurídico dado, todo ello a partir del uso de herramientas y supuestos de microeconomía y de economía del bienestar.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 27, 28, 31, 32, 146, 150, 152.

El análisis económico tiene un valor innegable porque identifica algunos de los costos y beneficios de las disposiciones jurídicas existentes, orienta nuestro pensamiento más allá del “código pasado” hacia los “efectos de incentivación” en casos futuros similares, predice probables reacciones de comportamiento a disposiciones alternativas, y nos recuerda las bondades (y limitaciones) de los mercados libres.

Una contribución importante del análisis económico del derecho se desprende de su atención explícita al cómo las reglas influyen sobre los comportamientos.

Así, la importante aportación de esta disciplina a las políticas públicas no radica en proporcionar un conjunto de reglas o principios con los cuales “resolver”

los problemas legales, sino en presentar diferentes perspectivas acerca de los arreglos sociales subyacentes de los que se ocupa el ordenamiento legal.

El análisis económico del derecho se creó en parte por la incapacidad de la teoría jurídica para orientar a los hacedores de política, que cada vez estaban más inmersos en las cuestiones del derecho. En síntesis, el análisis económico del derecho se creó como un instrumento para la ejecución de políticas públicas eficientes.

Luis E. Amador *et al.* *Serie de Derecho Económico 1, Casos de estudio de aplicación del Análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, pp. 101, 104, 105, 106.

El AED se puede definir como un enfoque que propone la utilización de procedimientos comúnmente utilizados por la economía para el análisis de problemas jurídicos, de la formación de las normas y de su influencia en la sociedad, y de las relaciones entre el Derecho y la Economía.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 11.

Methodologically, law and economics applies the conceptual apparatus and empirical methods of economics to the study of law.

Francesco Parisi. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. *European Journal of Law and Economics* 18, n.º 3, 2004, pp. 259-272. Consultado el 9 de octubre del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=586641>.

análisis económico del derecho (visión positiva):

Pretende explicar las interacciones reales entre sujeto y normas, sin supuestas pretensiones normativas.

El análisis positivo, que recurre muchas veces a un lenguaje económico muy formalizado, ajeno a la mayoría de los juristas, es de más difícil comprensión, y la prudencia presente en muchas de las obras académicas, que prefiere evitar las generalizaciones, tiene un menor atractivo político para los estudiosos.

Carlos Morales de Setién Ravina. “Estudio Preliminar”. En *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del

Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 27-28.

El análisis económico positivo de la ley, o el uso del análisis económico para explicar lo que o ha sido, incluso para predecir lo que será.

Los estudiosos que se han ocupado de esta rama del análisis económico del derecho han planteado tres tesis: (1) Las personas actúan como maximizadoras racionales de sus satisfacciones al decidir casarse o divorciarse, cometer o abstenerse de cometer delitos, llevar a cabo un arresto, litigar o poner fin a un juicio y fijar una edad obligatoria para el consumo de bebidas alcohólicas. (2) Las normas jurídicas crean precios implícitos para tipos diferentes de conducta, y las respuestas a esos precios implícitos pueden examinarse de la misma manera en que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio. (3) Las normas, procedimientos e instituciones del derecho consuetudinario (proveniente del poder judicial) —en agudo contraste con gran parte de la fijación de disposiciones del derecho codificado (proveniente del poder legislativo)— promueven la eficiencia.

El análisis económico positivo del derecho puede conducir a quien toma las decisiones a considerar las formas en que el mundo será realmente diferente si se adopta una disposición legal en vez de otra.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 13, 14, 106.

El enfoque positivo el AED se ve ampliamente ilustrado con el viejo AED, en donde se analizaban los aspectos que determinaban el funcionamiento de los mercados, el comportamiento de los agentes económicos frente al marco legal, y buscaba determinar la corrección de conductas que no se adecuaban a los objetivos previstos.

Responde a preguntas como: ¿Cuáles son los efectos de una norma?, ¿qué costes acarrea la consecución del objetivo perseguido por la norma?, ¿qué efectos produce en el mercado o en la situación económica de los destinatarios afectados?, ¿se han conseguido los efectos requeridos por la norma?

La utilidad de estos estudios radica, como lo plantea Polinsky, en brindar una serie de hipótesis que simplifiquen la realidad, de tal suerte que sirvan de modelos a partir de los cuales examinar el comportamiento de los individuos frente a cambios en las condiciones del fenómenos de estudio.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 56.

De la modalidad positiva distinguimos dos posibilidades: predecir las conductas realizadas en las condiciones determinadas por las normas jurídicas, y determinar la eficiencia de éstas a fin de lograr una competencia efectiva.

José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 297.

Economists often use the word “positive” to refer to economic analysis that is descriptive rather than normative. A positive economic analysis says simply that, given a certain set of premises, A, B, and C, some conclusion D will follow. A positive economic proposition is: “If domestic manufacturing is not competitive, quotas on foreign imports will result in higher prices.”

A positivist describes his methodology as a procedure by which one formulates a hypothesis and then tests its reliability by attempting to falsify it through empirical observation. To the extent that a hypothesis cannot be falsified, it is said to be robust, or predictive. Friedman advocates such “positivism” as the method for economics. Under Friedman’s positivist methodology, the usefulness of a proposition is determined not by its plausibility or verisimilitude, but rather by its predictive power.

Positive economic analysis of law seeks to identify a legal rule and then make one or more descriptive statements about the economic effects of that rule. For example, the statement that the antitrust law of predatory pricing forces some dominant firms to charge inefficiently high prices, implies a positivism of both law and economics. First, one must identify the legal rules against predatory pricing, an exercise in legal positivist methodology. Second, one must determine the effect of these rules on a firm’s incentives and the resulting effects on allocative efficiency, an application of economic positivist methodology.

Herbert Hovenkamp. “Positivism in Law & Economics”. *California Law Review* 78, 1990, pp. 816, 817, 821. Consultado el 16 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

análisis económico del derecho (visión normativa):

El análisis normativo pretende demostrar argumentativamente cuál sería la mejor solución a un determinado problema real en función de una serie de consideraciones inspiradas por ciertos valores.

El análisis normativo puede reducir el uso de la teoría económica y de los modelos formales económicos a un mínimo, además de poder prescindir de las a veces enrevesadas teorías jurisprudenciales sobre el derecho en la medida en que se está haciendo una propuesta de deber ser.

El análisis normativo ha expuesto al análisis económico del derecho a las acusaciones de presentar como ciencia lo que no es sino una posición política, de desconocer el funcionamiento real del derecho y las limitaciones que la realidad impone a las propuestas normativas de ese tipo, y de arrogancia intelectual, en la que el teórico del derecho piensa que los problemas de la realidad se pueden resolver simplemente desde una posición teórica.

Richard A. Posner *et al.* *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 27, 28, 29.

El AED normativo puede ser entendido como el conjunto de análisis que se desarrollan con el objetivo de determinar el deber ser de la norma.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 56.

El análisis normativo puede proporcionar un marco de referencia congruente para comparar los mundos alternativos que resulten.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 106.

Mediante la modalidad normativa se trata de llegar a establecer qué modificaciones es necesario introducir al orden jurídico a efecto de provocar ciertas situaciones.

José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 297.

By contrast, normative economics involves policy choices among alternatives. A normative economic proposition is: “Input quotas are bad policy, particularly if domestic manufacturing is not competitive”.

Herbert Hovenkamp. “Positivism in Law & Economics”. *California Law Review* 78, 1990, p. 816. Consultado el 16 de octubre del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

aversión al riesgo (*risk aversion*):

La mayoría de las personas son renuentes al riesgo. Esto significa no sólo que les desagradan las cosas malas que les ocurren, sino también que les desagradan las cosas malas más de lo que les gustan las cosas buenas comparables.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 365.

aversión al riesgo:

Mostrar un desagrado por la incertidumbre.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 365.

banco central:

El Banco Central es la institución que supervisa y regula el sistema bancario y controla la base monetaria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 462.

barrera a la entrada:

Para obtener beneficios, un monopolista debe estar protegido por una barrera a la entrada: algo que evite que otras empresas entren a la industria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 275.

bien inferior:

Cuando una subida de la renta reduce la demanda de un bien, se dice que ese bien es un bien inferior.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 62.

bienes complementarios:

Dos bienes son complementarios si la disminución del precio de uno de ellos hace más atractiva la compra del otro bien.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 61.

bienestar (*welfare*):

In *Principles of Moral and Legislation*, Bentham (1789) presents his theory of value and motivation. He suggests that mankind is governed by two masters: “pain” and “pleasure”. The two provide the fundamental motivation for human action. Bentham notes that not all individuals derive pleasure from the same objects or activities, and not all human sensibilities are the same. Bentham’s moral imperative, which has greatly influenced the methodological debate in law and economics, is that policymakers have an obligation to select rules that give “the greatest happiness to the greatest number”.

Francesco Parisi. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. *European Journal of Law and Economics* 18, n.º 3, 2004, p. 14. Consultado el 9 de octubre del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=586641>.

bien normal:

Cuando una subida de la renta aumenta la demanda de un bien (el caso habitual), se dice que ese bien es un bien normal.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 62.

bienes sustitutos:

Dos bienes son sustitutos si la disminución del precio de uno de ellos hace menos atractiva la compra del otro bien.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 61.

catalaxis:

Al hablar de la política como intercambio se hace alusión al concepto de catalaxis. La catalaxis toma como eje de estudio los procesos de intercambio entre los agentes.

El supuesto de la catalaxis plantea, como ya se mencionó, que el campo de estudio debe centrarse en los intercambios voluntarios, en los cuales no existe ningún tipo de coerción sobre las partes inmersas en la negociación, siendo precisamente esta la base fundamental para el desarrollo de la visión normativa de la elección pública, es decir, la teoría económica constitucional, con la cual Buchanan se ha sido muy cercano.

No obstante, como lo menciona Fernando Toboso, el empleo del supuesto de la catalaxis no sólo implica el estudio de los escenarios ausentes de coerción, también busca dar cuenta de las relaciones de negociación que se desprenden en cada proceso contractual.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 127-128.

cesta de compra:

La cesta de compra es el conjunto de bienes y servicios que compra un consumidor representativo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 385.

ciclo económico:

El ciclo económico es la sucesión, a corto plazo, de caídas y auges en la economía. Las caídas se llaman recesiones y las subidas expansiones.

Las medidas económicas que se aplican con objeto de reducir la dureza de las recesiones o de frenar una expansión excesivamente fuerte se denominan políticas de estabilización.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 357, 361.

coeficiente de caja:

El coeficiente de caja es el porcentaje de depósitos bancarios que el banco mantiene en forma de reservas.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 459.

colusión:

Los productores coluden cuando cooperan entre sí para aumentar sus beneficios. Un cártel es un acuerdo entre varios productores en el que se especifica cuánto puede producir cada uno de ellos y que tiene como resultado el aumento de los beneficios de los miembros del mismo.

Hay colusión tácita cuando las empresas reducen su producción y suben el precio con el objetivo de aumentar los beneficios de sus competidores, aunque no se hayan comprometido formalmente a hacerlo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 303, 308.

competencia (*competition*):

Libre afluencia de ofertantes de bienes y servicios en un determinado mercado.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 104.

competencia imperfecta (*imperfect competition*):

Situación del mercado en la que no existe un comportamiento competitivo de los agentes, fundamentalmente de los vendedores.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 104.

competencia perfecta (*perfect/pure competition*):

Situación del mercado en la que existe un gran número de compradores y vendedores, así como una gran libertad total de establecimiento. Los productos ofrecidos son homogéneos e intercambiables, y ninguno de ellos posee característica que le distingan especialmente de los demás. En esta situación las empresas no pueden influir en el precio de los bienes y se enfrentan a curvas de demanda horizontales, perfectamente elásticas. Existe un conocimiento perfecto por parte del comprador y vendedor de todos los elementos del mercado. Es una forma idealizada de competencia.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 105.

Un mercado competitivo es aquel en el que hay muchos compradores y muchos vendedores, por lo que cada uno ejerce una influencia insignificante en el precio de mercado.

Los mercados perfectamente competitivos tienen dos características principales: (1) los bienes que se ofrecen en venta son todos iguales y (2) hay tantos compradores y vendedores que ninguno puede influir en el precio de mercado.

Además de las dos condiciones anteriores para que exista competencia, hay una tercera que a veces se considera que caracteriza a los mercados perfectamente competitivos: las empresas pueden entrar o salir libremente del mercado.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, pp. 40, 180.

competencia imperfecta:

En una industria hay competencia imperfecta cuando, aunque ninguna de las empresas sea un monopolio, los productores saben que pueden influir sobre los precios de mercado.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 302.

competencia monopolística:

La competencia monopolística es una estructura de mercado en la que hay muchas empresas competidoras en una industria, cada productor vende un producto diferenciado y hay libertad de entrada y salida de la industria a largo plazo.

A largo plazo, una industria monopolísticamente competitiva finaliza en el equilibrio con beneficio cero: cada empresa obtiene un beneficio igual a cero cuando produce la cantidad de bien que maximiza sus beneficios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 314, 317.

comportamiento oportunista:

Es probable que algunos individuos (directivos o agentes) no sean honrados porque pueden disfrazar diferencias, distorsionar datos, y confundir deliberadamente los asuntos, presentándose entonces una “búsqueda del interés propio con dolo”.

Si la meta común tiene características públicas, especialmente la de la imposibilidad de exclusión, el problema del oportunista (*free rider*) obstruirá seriamente a los grupos de interés en su intento por comprometerse en una acción colectiva.

El problema del oportunista enfatiza la imposibilidad de organizar grandes grupos para la realización de bienes públicos.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 46, 61.

consumo privado:

El consumo privado recoge lo que gastan las familias en bienes y servicios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 368.

contabilidad nacional:

La contabilidad nacional calcula los flujos monetarios existentes entre los distintos sectores económicos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 368.

costos de oportunidad (Opportunity costs or economic costs):

Mayor rentabilidad o valor intrínseco o menor precio que podría haber proporcionado otra alternativa de acción.

El *costo de oportunidad del capital* es la rentabilidad esperada de una inversión a la que se renuncia por invertir en un proyecto económico de riesgo similar.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 129.

A measure of the economic cost of using scarce resources (factor inputs) to produce one particular good or service in terms of the alternatives thereby forgone. To take an example, if more resources are used to produce food fewer resources are then available to provide drinks. If a customer with limited income chooses to buy more of one good or service he can only do so by foregoing the consumption of other goods or services.

Christopher Pass, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins Publishers, 1993, pp. 367-368.

El beneficio sacrificado al emplear un recurso en una forma que impide su uso por alguien más. Por ejemplo, el costo sacrificado de la educación superior son los ingresos sacrificados que el estudiante tendría si estuviera trabajando en lugar de asistir a la escuela; este costo supera el costo de la colegiatura

Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, p. 29.

Recuérdese que el *coste de oportunidad* de un artículo se refiere a todo aquello a lo que debemos renunciar para adquirirlo.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 166.

costos de transacción (*transaction costs*):

The costs incurred in using the market system in buying and selling factor inputs and final products. Transaction costs include the costs of locating suppliers or customers and negotiating contracts with them, and the costs associated with

imperfect market situations, for example, monopoly surcharges imposed by input suppliers, unreliable sources of supply and restrictions on sales outlets, tariffs and quotas.

Christopher Pass, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins Publishers, 1993, p. 526.

Costes en que incurren las partes en el proceso de llegar a un acuerdo y de velar por su cumplimiento.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 132.

Un costo de transacción es cualquier costo relativo al establecimiento, mantenimiento o conservación de un derecho con valor económico.

Muchos de los costos de transacción están relacionados con la intervención del derecho (minutas de abogados, pago de licencias, documentos públicos notariales, registros, etcétera). Otros son inevitables, como el uso del tiempo que tenemos que dedicar para llegar al acuerdo, directa o indirectamente, o los derivados de asegurarnos, por medios legales o extralegales, que cada parte cumplirá con lo pactado.

Si los costos de transacción fueran nulos, y se partiera de la racionalidad de los agentes, estos negociarían entre sí y aquel que le asignara una mayor utilidad al bien podría adquirirlo del otro.

Richard A. Posner *et al.* *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 51-52.

Las diferencias en los costos de las transacciones pueden explicar las diferencias en la elección y evolución de los arreglos contractuales, incluyendo las formas alternativas de organizar la producción.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 51.

Los costos de transacción en el sentido que lo explica Jesús Antonio Bejarano son “[...] todos los costos necesarios a las partes para llegar a una reglamentación autónoma, es decir, no externa, de sus relaciones contractuales [...]”.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 75.

costos sembrados o hundidos (*sunk costs*):

Any expenditure on durable and specific factor inputs such as plant and machinery which cannot be used for other purposes or easily be resold. Such sunk costs have no effect on marginal costs and do not influence short-term output decisions.

Los costos de transacción implican limitaciones para los agentes que se encuentran interesados en llevar a cabo una transacción, ya que suponen el análisis obligatorio de información suficiente y relevante para desarrollar una negociación, de forma tal, que se garantice igualdad de condiciones entre las partes involucradas.

Christopher Pass, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins Publishers, 1993, pp. 76, 501.

crecimiento económico:

Crecimiento económico es la creciente capacidad que tiene una economía para producir bienes y servicios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 4.

criterio Kaldor-Hicks (*Kaldor-hicks rule/criterion*):

Hicks's suggested solution to the difficulty was the same as that proposed by Kaldor—a compensation test—. A reform should be counted an improvement if the gainers could afford to compensate the losers and still be better off. In "The Foundations of Welfare Economics" (*Economic Journal*, 1939), Hicks discussed the question of whether compensation must be paid for the improvement to count without a sense of how crucial this question was to prove to be. It was of course central to the issue posed by the Scitovsky example, which showed that the Kaldor–Hicks rule could lead to contradictory recommendations if compensation were not paid. A well-argued solution to this problem was proposed by I. M. D. Little (1950), but this required explicit value judgements concerning whether income distribution had improved or not in a movement from one position to another, hence negating the original intention of the exercise, which had been to remove value judgements from welfare economics.

Christopher Bliss y John Richard Hicks. (1904-1989). *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 6.

El criterio de Kaldor-Hicks parte de un supuesto mucho más cercano a lo que ocurre en la realidad cuando se toma una determinada medida legal: la situación de algunos sujetos empeorará y la de otros mejorará. Para valorar la eficiencia según este criterio, lo relevante es que las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado, es decir, que las ganancias de unos compensen las de otros.

Richard A. Posner *et al.* *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 49.

Kaldor-Hicks-Scitovsky desarrollaron la idea de compensación potencial. Un estado de cosas, P, es eficiente en términos de Kaldor-Hicks a otro estado, Q, si después de moverse de Q a P los ganadores pueden compensar a los perdedores.

El criterio de Kaldor-Hicks requiere que los ganadores den alguna compensación a los perdedores.

La eficiencia en términos de Kaldor-Hicks requiere que los ganadores den alguna compensación a los perdedores.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 27.

Establece una situación eficiente como aquella en donde el beneficio que obtiene el individuo o individuos beneficiados por un instrumento legal, es suficiente como para compensar potencialmente la pérdida generada a aquel grupo o individuo perjudicado por la medida, y aún así conservar un margen de ganancia por parte de los ganadores.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 149.

The standard definition of efficiency employed in Chicago law and economics is Kaldor-Hicks efficiency, or wealth maximization: A legal change is efficiency-enhancing if the gains to the winners exceed the losses to the losers or, alternatively stated, if the wealth of the society (as measured by willingness to pay) is increased.

Nicholas Mercuro y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. USA: Princeton University Press, 2006, p. 105.

Kaldor-Hicks therefore lives in law and economics: A transfer, or change, represents an improvement if the gainers gain more than the losers lose.

Anita Bernstein. “Whatever Happened to Law and Economics?”. *Maryland Law Review* 64, 2005, p. 326. Consultado el 16 de septiembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

One state of affairs (E') is Kaldor-Hicks efficient to another (E) if and only if those whose welfare increases in the move from E to E' could fully compensate those whose welfare diminishes with a net gain in welfare. Under Kaldor-Hicks, compensation to losers is not in fact paid. Were the payment transaction costless and full compensation given to the losers, Kaldor-Hicks distributions would be transformed into Pareto-superior ones. This characteristic of Kaldor-Hicks has led some to refer to it as a potential Pareto-superior standard.

Jules L. Coleman. “Efficiency, Utility and Wealth Maximization”. *Hofstra Law Review* 8, 1979-1980, p. 513. Consultado el 24 de junio del 2013 en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

The core idea of their approach is that state A is to be preferred to state B if those who gain from the move to A gain enough to compensate those who lose. The test is generally known as the Kaldor-Hicks test of potential compensation. It is one of potential compensation because the compensation of the losers is only hypothetical and does not actually need to take place. In practical terms, the Kaldor-Hicks criterion requires a comparison of the gains of one group and the losses of the other group. As long as the gainers gain more than the losers lose, the move is deemed efficient.

Francesco Parisi. “Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics”. *European Journal of Law and Economics* 18, n.º 3, 2004, p. 15. Consultado el 9 de octubre del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=586641>.

A transaction is said to be Kaldor-Hicks efficient if the benefits associated with it exceed the costs, or, equivalently, if those made better off by the transaction could compensate those made worse off and still be better off themselves.

Robert T. Miller. “The Coase Theorem and the Preferential Option for the Poor”. *Journal of Catholic Social Thought* 5, 2008, p. 5. Consultado el 5 de noviembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1157160>.

Kaldor-Hicks efficiency analysis, otherwise known as potential Pareto efficiency analysis, and equivalent to cost-benefit analysis, inquires whether the change would create a sufficient surplus to compensate those harmed. In order to make this inquiry, it must determine the value to those harmed of the injury imposed upon them. This determination requires that the analyst set the value to the harmed person of the injury.

Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman. *Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat*, 1998, p. 36. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=73688>.

decisiones al margen:

Las decisiones de hacer un poco más o un poco menos de una actividad son decisiones al margen. El estudio de tales decisiones se llama análisis marginal.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 9.

déficit presupuestario:

El déficit presupuestario es la diferencia negativa entre la recaudación impositiva y el gasto público, es decir, cuando el gasto es superior a los impuestos recaudados.

El déficit presupuestario tiende a aumentar durante las recesiones y a disminuir durante las expansiones.

Los déficit presupuestarios crónicos producen un incremento de la deuda pública.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 438, 442, 448.

demanda:

Un plan de demanda muestra la cantidad de bienes o servicios que los consumidores están dispuestos a comprar para cada nivel de precio.

Una curva de demanda es una representación gráfica de un plan de demanda.

La cantidad demandada es la cantidad que los consumidores están dispuestos a comprar a un precio determinado.

La ley de demanda establece que a un precio mayor, permaneciendo todo lo demás constante, las personas demandan una menor cantidad del bien.

Un desplazamiento de la curva de demanda es un cambio en la cantidad demandada, para cualquier nivel de precios. Se representa por el desplazamiento de la curva de demanda a una nueva posición e implica una nueva curva de demanda.

Un movimiento a lo largo de la curva de demanda es un cambio en la cantidad demandada de un bien como resultado de un cambio en el precio de un bien.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 58-59.

demanda agregada:

La curva de demanda agregada muestra la relación que existe entre el nivel de precios agregado y la cantidad de producción agregada demanda por los hogares, las empresas, el Estado y el resto del mundo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 404.

depósitos bancarios a la vista:

Los depósitos bancarios a la vista son cuentas bancarias contra las que el público puede extender cheques.

El efectivo en manos del público y los depósitos a la vista forman parte de la oferta monetaria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 454-458.

depósito bancario:

Un depósito bancario es un contrato entre el depositante y el banco por el que dicho banco se obliga a devolver al depositante el total del efectivo depositado en el momento en el que éste lo solicite.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 458.

depresión:

Una depresión es una disminución de la actividad económica muy aguda y prolongada.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 357.

deuda pública:

La deuda pública es la deuda estatal propiedad de particulares e instituciones privadas.

El coeficiente de la deuda con respecto al PIB es la deuda pública expresada como porcentaje del PIB.

Un indicador que se utiliza de forma habitual para evaluar la salud fiscal de una economía es el coeficiente de deuda con respecto al PIB. Aun si genera déficit presupuestarios, un país con un PIB creciente puede tener un coeficiente de deuda estable si el PIB crece más deprisa que la deuda.

La deuda pública creciente puede provocar la suspensión del pago de la deuda. En menos casos, puede ejercer un efecto expulsión de la inversión y disminuir el crecimiento a largo plazo. De este hecho se deduce que el déficit de los años fiscales malos debería verse compensado por el superávit de los años buenos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 443-444, 448.

diagrama de barras:

Un diagrama de barras utiliza barras de distintas alturas o longitudes para indicar los valores de una variable.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 52.

diagrama de dispersión:

Un diagrama de dispersión muestra los puntos que corresponden a cada par de observaciones x-y. Es habitual ajustar una curva a la nube de puntos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 51.

diagramas de series temporales:

Los diagramas de series temporales muestran fechas en el eje horizontal y los valores que toma una variable en el tiempo en el eje vertical.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 50.

diagrama de tarta:

Un diagrama de tarta (o circular) muestra las proporciones relativas (normalmente porcentajes) de las distintas categorías que componen una determinada cantidad total.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 52.

diferenciación de producto:

Cuando las empresas tratan de convencer a los consumidores de que su producto es distinto del fabricado por otras empresas del mismo sector se dice que buscan la diferenciación de producto.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 320.

dilema del prisionero:

Situación en la que dos o más personas físicas o jurídicas, intentando elegir de manera independiente la mejor alternativa a seguir, terminan en una posición peor que la que hubieran alcanzado si hubiesen cooperado desde un principio. Cuando se trata de empresas oligopolistas, esta situación se conoce con el nombre de teoría de juegos.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 196.

Un “juego” especialmente importante es el dilema de los prisioneros. Este juego permite comprender lo difícil que es mantener la cooperación. Muchas veces en la vida los individuos no cooperan ni siquiera cuando la cooperación mejora el bienestar de todos ellos. El oligopolio no es más que un ejemplo. La historia del dilema del prisionero contiene una lección general que es válida en el caso de cualquier grupo que trate de mantener la cooperación entre sus miembros.

Dilema del prisionero: juego entre dos prisioneros capturados que muestra por qué es tan difícil mantener la cooperación incluso cuando es mutuamente beneficiosa.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 216.

El dilema del prisionero es un juego que se basa en dos supuestos: (1) Cada jugador tiene incentivos para elegir una alternativa que le beneficia a él, pero que perjudica al contrario. (2) Cuando ambos jugadores actúan de este modo, acaban en una situación peor que si hubieran decidido alternativas diferentes.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 304.

The usual story behind the payoffs in the prisoners’ dilemma is as follows. The two players have committed a crime and are now in separate rooms in a police station. The prosecutor has come to each of them and told them each: “If you confess and agree to testify against the other player, and the other player does not confess, then I will let you go. If you both confess, then I will send you both to prison for 2 years. If you do not confess and the other player does, then you will be convicted and I will seek the maximum prison sentence of 3 years. If nobody confesses, then I will charge you with a lighter crime for which we have enough evidence to convict you and you will each go to prison for 1 year”.

Matthew O. Jackson. *A Brief Introduction to the Basics of Game Theory*. Stanford University, 2011, p. 3. Consultado el 24 de junio del 2013 SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1968579>.

dinero (*money*):

Todo aquello aceptado como medio de pago o medición del valor. Las monedas y billetes en circulación son la forma final adoptada por las economías como dinero.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 197.

Asset that is generally acceptable as a mean of Exchange. Individual goods and services, and other physical assets are “priced” in terms of money and are exchanges using money as a common denominator rather than one good, etc., being exchanged for another. The use of money as a means of payment enables an economy to produce more output because it facilitates specialization in production and reduces the time spent by sellers and buyers in arranging exchanges. Other important functions of money are its use as a store of purchasing power (money can be held over a period of time and used to finance future payments) and as a unit of account (money is used to measure and record the value of goods and services, for example, gross national product, over time).

Christopher Pass, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins, 1993, p. 331.

El dinero es el conjunto de activos de la economía que utilizan los individuos normalmente para comprar bienes y servicios a otras personas.

El dinero desempeña tres funciones en la economía; es un medio de cambio, una unidad de cuenta y un depósito de valor.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 390.

Dinero es cualquier activo que puede ser fácilmente usado para adquirir bienes y servicios.

En la economía moderna el dinero desempeña tres funciones principales: medio de pago, depósito de valor y unidad de cuenta.

Un medio de pago es un activo que los individuos utilizan para intercambiarlo por bienes y servicios y no para ser consumido.

Un depósito de valor es un medio de conservar el poder adquisitivo a lo largo del tiempo.

Una unidad de cuenta es una medida que se utiliza para fijar los precios y realizar cálculos económicos.

El dinero mercancía es un bien que, aunque tiene otros usos, se utiliza como medio de pago.

El dinero signo respaldado por mercancía es un medio de pago sin valor intrínseco cuyo valor está garantizado por el compromiso del banco emisor de que en todo momento puede ser canjeado por bienes.

El dinero es una de las formas que puede tomar la riqueza de los individuos y de las empresas.

El dinero es cualquier activo que puede utilizarse fácilmente para adquirir bienes y servicios. El efectivo en manos del público y los depósitos a la vista forman parte de la oferta monetaria.

Históricamente, el dinero tuvo forma de dinero mercancía primero y más tarde de dinero signo respaldado por mercancía. Hoy en día, la mayoría de las monedas son monedas fiduciarias.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 454, 455, 458.

discriminación de precios:

Los vendedores incurrir en discriminación de precios cuando cobran precios diferentes por el mismo bien a distintos consumidores.

Un monopolista no discriminador ofrece un producto a todos los consumidores al mismo precio.

La discriminación de precios perfecta tiene lugar cuando el monopolista cobra a cada consumidor su disposición a pagar, que es la cantidad máxima que el consumidor está dispuesto a pagar.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 291-293.

distribución del ingreso (*distribution of income*):

The division of the national income among the factors of production in the form of wages, profits, interest and rent.

Donald Rutherford. *Routledge Dictionary of Economics*. London: Routledge, 2002, p. 147.

duopolio de Cournot:

Another example of the same game as the prisoners' dilemma is what is known as a Cournot duopoly. The story is as follows. Two firms produce identical goods. They each have two production levels, high or low. If they produce at high production, they will have a lot of the goods to sell, while at low production they have less to sell. If they cooperate, then they agree to each produce at low production. In this case, the product is rare and fetches a very high price on the market, and they each make a profit of 4. If they each produce at high production (or defect), then they will depress the price, and even though they sell more of the goods, the price drops sufficiently to lower their overall profits to 2 each. If one defects and the other cooperates, then the price is in a middle range. The firm with the higher production sells more goods and earns a higher profit of 6, while the firm with the lower production just covers its costs and earns a profit of 0.

Matthew Jackson. *A brief introduction to the basics of game theory*. Stanford University, 2011, p. 4. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1968579>.

economía conductual o del comportamiento:

Behavioral economics is one of the most significant developments in economics over the past thirty-six years. The field combines economics and psychology to produce a body of evidence that individual choice behavior departs from that predicted by neoclassical economics in a number of decision making situations. These departures from rational choice behavior are said to be the result of the individual's cognitive biases, that is, systematic failures to act in one's own

interest because of defects in one's decision making process. The documentation of these cognitive biases in laboratory experiments has been behavioral economics' primary contribution to microeconomics. These biases, behavioral economists assert, demonstrate systematically irrational choice behavior by individuals and firms. This irrational behavior, in turn, breaks the link between revealed preference and individual welfare upon which neoclassical economic theory depends.

Emerging close on the heels of behavioral economics over the past thirty years has been the "behavioral law and economics" movement, which explores the legal and policy implications of cognitive biases.

The behavioral economics literature focuses upon two types of biases affecting self-control. The first involves systematic errors in decisions allocating resources over time. In other words, individuals place so much weight upon immediate gratification that they regularly make decisions they will later come to regret. Stable, time-consistent preferences require a constant exponential discount factor; hyperbolic discounting generates time-inconsistent preferences, sometimes described as present bias. Rather than discounting the future exponentially, as is done when calculating present value, hyperbolic discounting entails placing an extremely high weight upon the present, after which future values decline exponentially. Behavioral economists have relied upon hyperbolic discounting to explain a wide array of self-control problems, ranging from overeating, to incurring excessive debt, to gambling and other forms of addiction.

The second type of self-control error is optimism bias. Behavioral economists have identified circumstances in which individuals appear to underestimate the likelihood of their experiencing a loss. Jolls, Sunstein, and Thaler describe optimism bias as "[a] common feature of human behavior" characterized by people tending to "think that bad events are far less likely to happen to them than to others". The tendency to underestimate the likelihood of a bad outcome leads decision makers to take on too much risk. Accordingly, this bias is often blamed for an individual's impulsive or high-risk choices that might indicate a lack of self-control.

Joshua D. Wright y Douglas H. Ginsburg. "Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty". *Northwestern University Law Review*. *Northwestern University School of Law* 106, n.º 3, 2012, pp. 1034, 1042, 1043. Consultado el 24 de junio del 2013 en <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v106/n3/1033/LR106n3Wright.pdf>.

economía de mercado:

Una economía de mercado es aquella en la cual las decisiones sobre la producción y el consumo las toman los productores y los consumidores.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 2.

economía positiva y normativa:

La economía positiva es la rama del análisis económico que describe cómo funciona realmente la economía.

La economía normativa hace recomendaciones sobre la forma en que la economía debería funcionar.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 34.

efectivo en manos del público:

El efectivo en manos del público, como su nombre indica, son los billetes y monedas en manos de los ciudadanos.

El efectivo en manos del público y los depósitos a la vista forman parte de la oferta monetaria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 454, 488.

efecto ingreso:

El efecto ingreso se define como “[...] el cambio en el consumo de alimentos producido por el aumento en el poder de compra, que mantiene constante el precio de los alimentos”.

Mario A. Pinzón, *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 78-79.

efecto sustitución:

El efecto sustitución se define como “[...] el cambio en el consumo de alimentos asociado con un cambio en su precio, que mantiene constante el nivel de satisfacción”.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 78.

efecto riqueza:

El efecto-riqueza de una variación del nivel de precios agregado es el efecto que tiene una variación del nivel de precios agregado sobre el poder adquisitivo de los activos de los consumidores.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 405.

efecto tipo de interés:

El efecto-tipo de interés de una variación del nivel de precios agregado es el efecto que tiene sobre el consumo y la inversión una variación del nivel de precios agregado que modifica el poder adquisitivo del dinero de los consumidores y empresas.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 406.

eficiencia (*efficiency*):

En economía, utilización eficaz de los recursos disponibles (minimizando su empleo), productividad.

En general, virtud para conseguir un objetivo con el menor consumo posible de recursos.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 216.

The relationship between scarce factor inputs and outputs of goods and services. This relationship can be measured in physical terms (technological

efficiency) or cost terms (economic efficiency). The concept of *efficiency* is used as a criterion in judging how well markets have allocated resources.

Christopher Pass, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins Publishers, 1993, p. 160.

The relationship between the aggregate benefits of a situation and the aggregate costs of the situation.

Al Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*. USA: Little, Brown & Company, 1989, p. 7.

La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de políticas, ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a un costo menor.

Robert Cooter y Thomas Ulen. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 17.

Asignación de recursos en la que se maximiza el valor.

Posner, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 37.

El excedente total en un mercado es el valor total para los compradores de los bienes, medido por medio de su disposición a pagar, menos los costes totales que tiene para los vendedores la producción de esos bienes. Si una asignación de los recursos maximiza el excedente total, decimos que muestra eficiencia. Si una asignación no es eficiente, no están consiguiéndose algunas de las ganancias derivadas del intercambio entre los compradores y los vendedores.

Propiedad de una asignación de los recursos según la cual ésta maximiza el excedente total que reciben todos los miembros de la sociedad.

Mankiw, N. Gregory. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 94.

Una economía es eficiente si aprovecha todas las oportunidades posibles para que algunos individuos mejoren sin que otros empeoren.

Cuando los mercados no logran eficiencia, la intervención del Estado puede mejorar el bienestar de la sociedad, es decir, cuando el mercado no funciona bien, una política correctamente diseñada por el Estado, alterando la forma en que los recursos se utilizan, a veces puede aproximar a la sociedad a un resultado eficiente.

Para lograr eficiencia, una economía debe cumplir tres criterios, que son muy cercanos a las tres características que aseguran que un mercado individual maximiza el excedente total. La economía debe ser eficiente en consumo, eficiente en producción y eficiente en los niveles de producción.

Una economía es eficiente en consumo si no hay forma de redistribuir los bienes entre los consumidores de modo que algunos consumidores mejoren sin hacer que otros empeoren.

Una economía es eficiente en producción si no hay forma de producir más de algunos bienes sin producir menos de otros.

Una economía es eficiente en los niveles de producción, si no hay una combinación de bienes diferente que haría que mejorasen algunas personas sin empeorar a otras.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 14, 16, 318, 320.

Es usual considerar que, en un contexto de recursos limitados y de deseos humanos ilimitados, es eficiente una asignación de tales recursos cuando un cambio en la asignación empeoraría la situación de alguna persona (criterio de eficiencia de Pareto) o cuando produciría una utilidad social neta, es decir que los beneficios que generaría el cambio de asignación serían más que suficientes para compensar sus costos (criterio de Kaldor-Hicks)

Luis E. Amador *et al.* *Serie de Derecho Económico 1, Casos de estudio de aplicación del Análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

eficiencia y equidad (*efficiency and equity*):

Al planificador social podría interesarle no sólo la eficiencia sino también la equidad, que es la justicia de la distribución del bienestar entre los distintos compradores y vendedores. Las ganancias derivadas del comercio en un mercado se parecen esencialmente a una tarta que ha de distribuirse entre los que participan en él. La cuestión de la eficiencia consiste en averiguar si la tarta es lo mayor posible y la cuestión de la equidad consiste en averiguar si se reparte equitativamente. La evaluación de la equidad de un resultado del mercado es más difícil que la evaluación de la eficiencia. Mientras que esta última es una meta objetiva que puede juzgarse basándose en criterios estrictamente positivos, la equidad obliga a hacer juicios normativos que van más allá de la economía y que entran en el campo de la filosofía política.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 94.

For the purposes of this book, the term efficiency will refer to the relationship between the aggregate benefits of a situation and the aggregate costs of the situation; the term equity will refer to the distribution of the income among individuals. In other words, efficiency corresponds to “the size of the pie”, while equity has to do with how it is sliced. Economists traditionally concentrate on how to maximize the size of the pie, leaving to others —such as legislators— the decision how to divide it.

If the income cannot be costlessly redistributed, there may be a conflict between efficiency and equity. Whether there is in fact a conflict depends on the specific distributional consequences of pursuing efficiency and on what constitutes an equitable distribution of income. However, if income can be costlessly redistributed, there is no a conflict between efficiency and equity.

Al Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*. USA: Little, Brown & Company, 1989, pp. 7, 9.

¿Los encargados de la política económica siempre deben perseguir la eficiencia económica? No realmente, porque la eficiencia no es el único criterio por el que se evalúa una economía. La gente también se preocupa de los problemas de justicia o equidad. Y hay una relación de intercambio entre equidad y eficiencia: las políticas que promueven la equidad a menudo tiene un coste en términos de eficiencia, y viceversa.

Es importante recordar que la eficiencia tiene que ver con cómo lograr objetivos; no dice nada al respecto de cuáles deben ser esos objetivos. Decir que el resultado del mercado es eficiente no significa que dicho resultado sea necesariamente deseable.

¿Cuándo puede un resultado eficiente no ser deseable? Cuando no sea justo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 25, 325.

La tendencia a separar eficiencia de justicia pone en una posición difícil a los juristas, cuya formación tradicional les enseña a preocuparse por los efectos de las normas y las soluciones justas.

Richard A. Posner *et al.* *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, p. 357.

elección individual:

Elección individual es la decisión que un individuo toma sobre qué hacer, lo que implica necesariamente una decisión de qué no hacer.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 6.

empresa:

Una empresa es una organización que produce bienes y servicios con el objetivo de venderlos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 30.

empréstitos públicos:

Los empréstitos públicos son la suma de los fondos que el Estado toma prestados en los mercados financieros.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

entidad bancaria:

Una entidad bancaria es un intermediario financiero que proporciona activos financieros líquidos en forma de depósitos a los prestamistas y utiliza dichos fondos para financiar las necesidades, menos líquidas, de inversión o gasto en inversión de los prestatarios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 458.

equidad (enfoque económico):

Equidad significa que todo el mundo obtiene su porción justa. Puesto que puede haber desacuerdo sobre los que es “justo”, equidad es un concepto que no está tan claramente definido como eficiencia.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 15.

equilibrio económico:

Una situación económica está en equilibrio cuando ningún individuo podría mejorar haciendo algo diferente.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 13.

equilibrio a corto plazo de la producción agregada:

El equilibrio a corto plazo de la producción agregada en el punto de equilibrio macroeconómico a corto plazo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 414.

equilibrio a corto plazo del nivel de precios agregado:

El equilibrio a corto plazo del nivel de precios agregado es el nivel de precios agregado en el punto de equilibrio macroeconómico a corto plazo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 414.

equilibrio macroeconómico a corto plazo:

La economía alcanza el equilibrio macroeconómico a corto plazo cuando la producción agregada que se oferta iguala a la cantidad demandada.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 413

equilibrio macroeconómico a largo plazo:

Se dice que hay equilibrio macroeconómico a largo plazo cuando el punto de equilibrio macroeconómico a corto plazo se encuentra en la curva de oferta agregada a largo plazo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 416.

escasez:

Se produce escasez de un bien cuando la cantidad demandada del bien excede la cantidad ofertada. Una situación de escasez se produce sólo cuando el precio está por debajo de su nivel de equilibrio.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 70.

estabilizadores automáticos:

Se denominan estabilizadores automáticos al gasto público y a las normas impositivas que hacen que la política fiscal sea expansiva cuando la economía se contrae y restrictiva cuando la economía se expande.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 436.

estanflación:

La estanflación es la combinación de inflación y producción agregada decreciente.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 414.

exceso:

Se produce un excedente o exceso de oferta de un bien cuando la cantidad ofertada del bien excede la cantidad demandada. El excedente se produce sólo cuando el precio está por encima de su nivel de equilibrio.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 70.

exceso de reservas:

Exceso de reservas (o sobre encaje) son aquellas reservas que sobrepasan el límite mínimo exigido por las reservas reglamentarias.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 461.

expansión:

Las expansiones o recuperaciones son periodos de mayor actividad económica en los que se sube la producción y el empleo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 357.

exportaciones:

Los bienes y servicios vendidos a los residentes de otros países se denominan exportaciones.

Las exportaciones netas son la diferencia entre el valor de las exportaciones y el valor de las importaciones.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 370, 376.

externalidad:

Where the two activities affect one another, more cows will mean less corn and vice versa. This is the essence of an externality problem.

Jules L. Coleman. "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". *Hofstra Law Review* 8, 1979-1980, p. 521. Consultado el 24 de junio del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

factores de producción:

Las empresas compran los recursos que necesitan para producir bienes —los factores de producción— en los mercados de factores.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 30.

fallos del mercado:

Cuando la búsqueda individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto, entonces hay fallos del mercado.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 3.

familia (enfoque económico):

Una familia es una persona o un grupo de personas que comparten su renta.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 30.

flujo circular de la renta:

El flujo circular de la renta es un modelo para representar cómo se producen las transacciones entre los distintos agentes de una economía.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 30.

garantía de depósito:

La garantía de depósito establece que los depositantes de un banco podrán recuperar sus fondos si el banco es incapaz de devolverlos, hasta un límite máximo por cuenta.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 460.

## gasto de inversión:

El gasto de inversión es la suma que se dedica a la compra de capital físico productivo, es decir, maquinaria, construcción de inmuebles o variaciones en los inventarios de existencias.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 371.

## gasto agregado:

El gasto agregado, que es la suma del consumo privado, el gasto de inversión, el gasto público en bienes y servicios, y la diferencia entre exportaciones e importaciones, es el gasto total en bienes y servicios finales producidos en el interior de la economía.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 371.

## gasto público de bienes y servicios:

El gasto público de bienes y servicios es el gasto del Estado en bienes y servicios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

## hechos adjudicativos:

Son los hechos relacionados con la determinación de si una norma legal es aplicable a una determinada transacción y cómo.

En términos de hechos adjudicativos, la metodología cuantitativa ofrece una fuente más de pruebas en la adjudicación, pero por sí misma no proporciona nuevas reglas para hacer la adjudicación.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 25.

hechos legislativos:

Son los hechos que al ocurrir en el mundo son relevantes para determinar lo que debiera ser una norma legal.

En términos de hechos legislativos, todas las normas jurídicas debieran fincarse en última instancia en la política, en la moral y en la experiencia.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 25.

*homo economicus*:

La propuesta se basa en que el individuo toma decisiones bajo los supuestos de racionalidad, egoísmo, y la búsqueda de la maximización de su bienestar o utilidad.

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 126.

individualismo metodológico:

Methodological individualism assumes that each person is in charge of his or her own utility function and is a rational evaluative maximize.

Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman. *Economic Analysis of International Law: An Invitation and a Caveat*, 1998, p. 8. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=73688>.

importaciones:

Los bienes y servicios adquiridos a los residentes de otros países se denominan importaciones.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

incentivo:

Un incentivo es una recompensa que se ofrece a la gente para que cambie su comportamiento.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 9.

índice de precios:

Un índice de precios mide el coste de adquisición de una cesta de la compra representativa en un año dado, en la que el coste ha sido normalizado (igual a 100) para el año que se haya elegido como año base.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 385.

índice de precios al consumo (IPC):

El índice de precios al consumo o IPC calcula el coste de la cesta de la compra de una familia urbana típica.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 386.

índice de precios del productor (IPP):

El índice de precios del productor o IPP cuantifica las variaciones en los precios de los bienes y servicios adquiridos por los productores.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 387.

*input*:

Un input o factor es un bien que se usa para producir otro bien.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 66.

irracionalidad:

Kafka apparently believed that government bureaucracy embodies irrationality, defined as the pursuit of contradictory ends by inefficient means.

Robert D. Cooter. “Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalizing Legal Values”. *UC Berkeley Law & Economics Research Paper*, n.º 2000-8, 2000, p. 2. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=229950>.

interacción de elecciones:

Interacción de elecciones: mi elección afecta a la de los demás, y viceversa; es una característica de la mayoría de las situaciones económicas. Los resultados de esta interacción son habitualmente diferentes de los que el individuo pretendía.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 11.

intermediario financiero:

Un intermediario financiero es una entidad que transforma los fondos que recibe de un gran número de individuos en activos financieros.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 458.

macroeconomía:

Es la rama de la Economía que estudia globalmente las expansiones y recesiones.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 4.

mano invisible:

La mano invisible se refiere a la vía por la que cuando un individuo persigue su propio interés puede generar buenos resultados para la sociedad en su conjunto.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 3.

mercado competitivo:

Un mercado competitivo es aquel en el que hay muchos vendedores y compradores de un mismo bien.

El modelo de oferta y demanda explica el funcionamiento de un mercado competitivo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 57.

mercados financieros:

Se denomina mercados financieros a los mercados bancarios, de acciones y bonos, que canalizan el ahorro privado y los fondos captados en el extranjero hacia el gasto de inversión, la deuda pública y el préstamo al extranjero.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

mercado interbancario:

El mercado interbancario es un mercado financiero que permite pedir préstamos a las entidades financieras cuyas reservas no alcanzan el mínimo legal.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 464.

microeconomía:

Es la rama de la economía que estudia cómo los individuos toman sus decisiones y cómo interaccionan estas decisiones.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 3.

moneda fiduciaria:

La moneda fiduciaria es un medio de pago cuyo valor deriva únicamente de su categoría jurídica como tal medio de pago.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 456.

monopolio:

Un monopolista es una empresa que es la única productora de un bien que no tiene sustitutivos cercanos. Una industria controlada por un monopolista se denomina monopolio.

Se produce un monopolio natural cuando la existencia de economías de escala proporciona una gran ventaja en costes a la situación en la que toda la producción de la industria es ofertada por una única empresa.

Cuando un monopolio es de propiedad pública, el proveedor del bien es el Estado o una empresa propiedad del Estado.

La regulación de precios limita el precio que puede cobrar el monopolio.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 273, 275, 288.

multiplicador:

El multiplicador es el cociente entre la variación del PIB real, inducida por el cambio autónomo del gasto.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 412.

oferta:

La cantidad ofertada es la cantidad de bienes o servicios que las personas están dispuestas a vender a un determinado precio.

Un plan de oferta muestra la cantidad ofertada para cada nivel de precios.

Una curva de oferta muestra gráficamente qué cantidad de un bien o servicio están dispuestas a vender las personas para cada nivel de precios.

Un desplazamiento de la curva de oferta representa una variación en la cantidad ofertada para cualquier nivel de precios. Esto se refleja en un desplazamiento de la curva de oferta hacia una nueva posición que define una nueva curva de oferta.

Un movimiento a lo largo de la curva de oferta representa una variación en la cantidad ofertada de un bien a consecuencia de una variación de su precio.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 63, 64, 65.

oferta agregada:

La curva de oferta agregada muestra la relación que existe entre el nivel de precios agregado y la cantidad de producción agregada que ofertan los productores.

La curva de oferta agregada a corto plazo muestra la relación directa que existe entre el nivel de precios agregado y la producción agregada en el corto plazo, que es el periodo de tiempo en el que buena parte de los costes de producción pueden considerarse costes fijos.

La curva de oferta agregada a largo plazo muestra la relación que existe entre el nivel de precios agregado y la producción agregada que se ofertaría si todos los precios, incluidos los salarios nominales, fueran totalmente elásticos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 395, 396, 400.

oferta monetaria:

La oferta monetaria es el valor total de los activos financieros que se consideran dinero.

El efectivo en manos del público y los depósitos a la vista forman parte de la oferta monetaria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 454, 458.

oligopolio:

Un oligopolio es una industria en la que hay un reducido número de empresas. Cada una de las empresas de dicha industria se dice que es un oligopolista.

Un duopolio es un oligopolio en el que sólo hay dos empresas. Cada empresa es un duopolista.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 302, 303.

operación de mercado abierto:

Una operación de mercado abierto es una compraventa de deuda pública realizada por el Banco Central.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 464.

óptimo de Pareto:

Supongamos que A vende a B un adorno de madera en 100 dólares, que ambas partes tienen información plena y que la transacción no afecta a nadie más. Entonces se dice que la asignación de los recursos que se produce por la transacción es superior en el sentido de Pareto a la asignación de recursos existentes antes de la transacción. Una transacción superior en el sentido de Pareto (o “mejoramiento de Pareto”) es aquella que mejora la situación de una persona por lo menos, y que no empeora la situación de nadie. (En nuestro ejemplo, la transacción mejora la situación de A y de B y, por hipótesis, no empeora la situación de nadie). En otras palabras, el criterio de superioridad de Pareto es la unanimidad de todas las personas afectadas.

Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, p. 39.

The Pareto (1906) principle holds that, if all individuals strictly prefer one state, regime, or policy to another, then that selection is deemed socially preferable as well. Because of the power of unanimous endorsement, the Pareto principle has understandably been important in normative economic analysis. Even though strict Pareto dominance is unlikely to prevail when society is deciding among plausible competing alternatives (for this would require that literally each of millions preferred the same outcome), the Pareto principle nevertheless offers important guidance. In particular, the principle may help in choosing among or ruling out various other evaluative notions; principles that turn out to conflict with the Pareto principle may accordingly be rejected. Alternatively, if some competing principles seem compelling, they may raise doubts about the ostensibly incontrovertible Pareto principle.

Louis Kaplow. “Pareto principle and competing principles”. *The New Palgrave Dictionary of Economics. Second Edition*. 2008. Consultado el 24 de junio del 2013 en [http://www.dictionaryofeconomics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008\\_P000315&goto=paretoefficiency&result\\_number=2667](http://www.dictionaryofeconomics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008_P000315&goto=paretoefficiency&result_number=2667).

An allocation of resources in the economy was optimal if there existed no other productively feasible allocation which made all individuals in the economy at least as well-off, and at least one strictly better off, than they were initially. Although Pareto actually used the word “optimal”, this is really a definition of efficiency, as a Pareto-“optimal” allocation of resources is “good” only in the limited sense that not everybody can be made better off. It may in fact be very undesirable in some other way, for example, very unequal. It is not surprising, therefore, that the word “Pareto-optimal” has gradually been replaced by “Pareto-efficient”.

B. Lockwood. “Pareto efficiency. *The New Palgrave Dictionary of Economics*. Second Edition, 2008. Consultado el 24 de junio del 2013 en [http://www.dictionaryofeconomics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008\\_P000315&goto=paretoefficiency&result\\_number=2667](http://www.dictionaryofeconomics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008_P000315&goto=paretoefficiency&result_number=2667).

Se dice que una situación es un óptimo de Pareto o Pareto óptima (es decir, una solución eficiente) cuando no se puede hacer una asignación de recursos que no cause el empeoramiento de la situación para al menos una persona. Por tanto, una asignación eficiente sería aquella en la que al menos una persona ve mejorada su posición y ninguna persona la ve empeorada.

Richard A. Posner *et al.* *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 48-49.

Un estado de cosas, P, es superior en términos de Pareto a otro estado, Q, si y sólo si el moverse de P a Q no deja a ningún individuo peor que antes y hace que por lo menos una persona mejore (a juzgar por la concepción que cada individuo tiene de su propio bienestar).

Un estado de cosas es óptimo en términos de Pareto si ningún otro estado es superior a él en términos de Pareto; es decir, si cualquier alejamiento con respecto a ese estado de cosas hace que por lo menos un individuo empeore.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 27.

One criterion employed is Pareto efficiency—that a course of action is efficiency—enhancing if at least one person can be made better off without making anyone else worse off.

Nicholas Mercuro y Steven G. Medema. *Economics and the Law*. USA: Princeton University Press, 2006, p. 105.

Resources are allocated in a Pareto-optimal fashion if and only if any further reallocation of them can enhance the welfare of one person only at the expense of another. An allocation of resources is Pareto superior to an alternative allocation if and only if no one is made worse off by the distribution and the welfare of at least one person is improved. These two conceptions of efficiency are analytically related in that a Pareto-optimal distribution has no distributions Pareto superior to it.

To say that resources are distributed in a Pareto-optimal fashion is to say that no further distributions are capable of enhancing anyone's welfare without making someone else worse off. Pareto-optimal distributions have no distributions Pareto superior to them.

Jules L. Coleman. "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". *Hofstra Law Review* 8, 1979-1980, pp. 512-513. Consultado el 24 de junio del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

The Pareto criterion limits the inquiry to ordinal preferences of the relevant individuals. According to Pareto, an optimal allocation is one that maximizes the well-being of one individual relative to the well-being of other individuals being constant. In normal situations, there are several possible solutions that would qualify for such a criterion of social optimality. For example, if the social problem is that of distributing a benefit between two parties, any hypothetical distribution would be Pareto optimal, since there is no possible alternative redistribution that would make one party better off without harming another party.

Francesco Parisi. "Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics". *European Journal of Law and Economics* 18, n.º 3, 2004, p. 13. Consultado el 9 de octubre del 2013 en SSRN <http://ssrn.com/abstract=586641>.

In particular, we say that a transaction—a change from one state of the world to another—is a Pareto improvement, and the new state is Pareto superior to

the old one, if at least one person prefers the new state to the old state and no one prefers the old state to the new state. That is, a Pareto improvement makes at least one person better off and no one worse off, understanding better and worse here in terms of the actual preferences of individuals, not in any more robust normative sense. For example, if a certain man thinks his life is worthless and wants to end it all and no one else minds if he does, then it is a Pareto improvement if he hangs himself, regardless of the moral quality of suicide. A state of the world is then said to be Pareto efficient if it cannot be Pareto improved, that is, if there is no other state Pareto superior to it.

Robert T. Miller. “The Coase Theorem and the Preferential Option for the Poor”. *Journal of Catholic Social Thought* 5, 2008, p. 4. Consultado el 5 de noviembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1157160>.

paradoja de Allais (*Allais Paradox*):

The Allais paradox is that risk-averse persons’ choices between alternatives tend to vary according to the absolute amounts of potential gain involved in different pairs of alternatives, even though rational choice between alternatives should depend only on how the alternatives differ. But there is no paradox once we accept the non-identity of monetary and psychological values and the importance of the distribution of cardinal utility about its average value.

Maurice Allais. “The Allais Paradox”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 1.

paradoja de Arrow:

Arrow’s Theorem, or the Impossibility Theorem, states that there is no social choice mechanism which satisfies a number of reasonable conditions, stated or implied above, and which will be applicable to any arbitrary set of individual criteria.

Kenneth J. Arrow. “Arrow’s theorem”. *The New Palgrave Dictionary of Economics*, 2008, p. 1. Consultado el 5 del junio del 2014 en [http://www.dictionaryof-economics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008\\_A000136&goto=arrowparadox&result\\_number=133](http://www.dictionaryof-economics.com.biblioteca.uniandes.edu.co:8080/article?id=pde2008_A000136&goto=arrowparadox&result_number=133).

Arrow took individuals to be fully represented in terms of their individual preference functions, and then asked whether it was somehow possible to aggregate

these preferences to produce a representation of social preference or a social welfare function. He assumed there to be five criteria that a social welfare function needed to observe: unrestricted domain or universality, non-imposition or citizen sovereignty, non-dictatorship, positive association of social and individual values or monotonicity, and independence of irrelevant alternatives. Arrow's theorem is that for at least two individuals and at least three options to decide among, it is impossible to construct a social welfare function that satisfies all five criteria at once. Though the theorem is a mathematical result, it has been interpreted as showing that no voting system can meet such criteria. The paradoxical quality of the theorem rests on the plausibility of the five criteria or their fairness as Arrow put it. Alternatively, the theorem is paradoxical because the one way in which a voting system can escape the impossibility conclusion to produce a social welfare function is to allow for dictatorship, or the idea that the social welfare function is identical with that one individual's preference function. However, dictatorship of course essentially violates the idea that there is a voting system.

For Arrow, the dictator's preferences are identified with the social welfare function. But since the social welfare function is identified with the preferences of all other individuals, the dictator's preferences are effectively identified, if not "with," even more strongly, as their preferences.

John B. Davis. "The Homo Economicus Conception of the Individual: An Ontological Approach". *Handbook of Philosophy of Science: Philosophy of Economics*, 2010, pp. 21-22, 27. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1574975>.

paradoja de Condorcet:

Marie-Jean-Antoine Nicolas De Caritat, mejor conocido como el Márquez de Condorcet, formuló la conocida paradoja de Condorcet, la cual básicamente expone la posibilidad de fallos en el supuesto de transitividad de las preferencias de los individuos.

Este supuesto plantea que ante tres posibilidades de elección A, B y C, para un agente, si éste llegara a preferir  $A > B$ , y  $B > C$ , sería lógico pensar que el individuo preferiría  $A > C$ , como consecuencia de la propiedad de transitividad de las preferencias. Sin embargo, existen situaciones en que la elección del individuo no resulta ser coherente con la senda de elección descrita, lo cual abre la posibilidad para que se presenten escenarios en donde prefiera  $C > A$ .

Mario A. Pinzón. *Aproximaciones al análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 116.

paradoja de San Petersburgo (*St. Petersburg Paradox*):

The hypothesis that individuals might maximize the expectation of “utility” rather than of monetary value was proposed independently by mathematicians Gabriel Cramer and Daniel Bernoulli, in each case as the solution to a problem posed by Daniel’s cousin Nicholas Bernoulli (see Bernoulli, 1738). This problem, now known as the “St Petersburg Paradox”, considers the gamble which offers a 1/2 chance of \$1, a 1/4 chance of \$2, a 1/8 chance of \$4, and so on. Although the expected value of this prospect is  $(1/2) \$1 + (1/4) \$2 + (1/8) \$4 + \dots = \$0.50 + \$0.50 + \$0.50 + \dots = \$\infty$ , common sense suggests that no one would be willing to forgo a very substantial certain payment in order to play it. Cramer and Bernoulli proposed that, instead of using expected value, individuals might evaluate this and other lotteries by means of their expected “utility”, with utility given by a function such as the natural logarithm or the square root of wealth, in which case the certainty equivalent of the St Petersburg gamble becomes a moderate (and plausible) amount.

Two hundred years later, the St Petersburg paradox was generalized by Karl Menger (1934), who noted that, whenever the utility of wealth function was unbounded (as with the natural logarithm or square root functions), it would be possible to construct similar examples with infinite expected utility and hence infinite certainty equivalents (replace the payoffs \$1, \$2, \$4 ... in the above example by  $x_1, x_2, x_3, \dots$ , where  $U(x_i) = 2^i$  for each  $i$ ). In light of this, von Neumann-Morgenstern utility functions are typically (though not universally) postulated to be bounded functions of wealth.

Mark J. Machina. “Expected Utility Hypothesis”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 11.

paradoja de Scitovsky:

Both Pareto-superiority and Pareto-optimality judgments entail certain total-utility claims provided the very weak condition that a standard of comparability exists is satisfied. The same cannot be said for Kaldor-Hicks. First, in order to infer from the satisfaction of the Kaldor-Hicks test that there has been a net gain in utility, we need to know whether winners have won more than

losers have lost, which requires interpersonal-cardinal comparability. Second, the Kaldor-Hicks test may lead to inconsistent preferences over social states, that is, two states of affairs may be Kaldor-Hicks efficient to one another. This is the Scitovsky Paradox.

Jules L. Coleman. "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". *Hofstra Law Review* 8, 1979-1980, p. 519. Consultado el 24 de junio del 2013 en: [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

pasivos implícitos:

Los pasivos implícitos son compromisos de gasto futuro aceptados por los estados, que son realmente deuda pero no quedan recogidos en las estadísticas de deuda habituales.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 446.

paternalismo libertario:

Despite its remarkably broad scope, covering nearly every area of law and human behavior, the behavioral law and economics regulatory agenda reflects a common philosophical source —so-called libertarian paternalism. That seemingly oxymoronic phrase, coined by proponents Richard Thaler and Cass Sunstein, is intended to describe legal interventions that both (1) increase the individual's economic welfare by freeing him from the limitations of his cognitive biases and (2) change the individual's behavior without limiting his choices. In other words, the promise of behavioral law and economics is to regulate so as to improve economic welfare by more closely aligning each individual's actual choices with his true or unbiased preferences without reducing his liberty, at least as it is represented by the choices available to him.

Sunstein and Thaler are best known for introducing the concept of "libertarian paternalism," which they define as an approach that preserves freedom of choice but that authorizes both private and public institutions to steer people in directions that will promote their welfare.

Joshua D. Wright y Douglas H. Ginsburg. "Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty". *Northwestern University Law Review*. *Northwestern University School of Law* 106, n.º 3, 2012, pp. 1035,

1039. Consultado el 24 de junio del 2013 <http://www.law.northwestern.edu/lawreview/v106/n3/1033/LR106n3Wright.pdf>.

pendiente:

La pendiente de una recta o una curva es una medida de su inclinación. La pendiente de una curva se mide por el cambio de “altura en un recorrido”: la variación de  $y$  entre dos puntos de la curva dividida por la variación de  $x$  entre esos dos mismos puntos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 45.

perspectiva *ex ante* y *ex post*:

The concepts of *ex ante* and *ex post* are the most popular terminological innovations developed by the famous so-called Stockholm School in the 1930s.

The significance of the distinction between *ex ante* and *ex post* “as one of the most transforming insights that theoretical economics has had” (Shackle, 1972, p. 440) does not follow so much, as often stressed in the literature, from the simple fact that there exist always two alternative definitions of flow-related economic magnitudes like income, production, and so on, depending on whether they are looked at “from before” or “from after”. The central idea of the necessity to distinguish between *ex ante* and *ex post* stems rather from the recognition of the fundamental difference, originally expressed by Frank Knight (1921, pp. 35 f.) and definitely formulated by Myrdal (1939, pp. 59 f.), between “foreseen” and “unforeseen” changes where only the latter result in “gains and losses” which, as shown by Lindahl (1939b, pp. 103 f.), have to be “windfalls”. Therefore, in the analysis of expectations under uncertainty time has to be included in an essential way by two alternative methods of calculation of economic variables: (i) an *ex ante* computation or business calculation which refers to a point of time at the beginning of a period and (ii) an *ex post* computation or bookkeeping referring to the development in time at the end of the period (Myrdal, 1939, pp. 45-7).

Otto Steiger. “*Ex ante* and *Ex post*”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 1.

El *ex ante* es la intervención sobre un fenómeno antes de que éste se cristalice, mientras que el *ex post* es la intervención sobre un fenómeno después de su advenimiento. El *ex ante* manifiesta la voluntad normativa, el *ex post* manifiesta la reacción. El *ex ante* manifiesta lo general, el *ex post* manifiesta lo particular. El *ex ante* toma como principio el gobierno de las acciones, el *ex post* toma como principio la libertad de las acciones.

Marie Anne Frison R. *Ex ante-Ex post, Justificación de un derecho propio y específico de la regulación. Francia*, p. 3. Consultado el 27 de noviembre del 2014 [http://www.mafr.fr/IMG/pdf/ex\\_ante\\_ex\\_post\\_espagnol.pdf](http://www.mafr.fr/IMG/pdf/ex_ante_ex_post_espagnol.pdf).

In *this ex ante* perspective, those who make law ought to strive to improve welfare not so much by reaching the right answer in a particular dispute but by writing doctrine that would foster the goods that law and economics says we all pursue: efficiency, wealth maximization, welfare, better-offness, or what you will.

Anita Bernstein. "Whatever Happened to Law and Economics". *Maryland Law Review* 64, 2005, p. 326. Consultado el 16 de septiembre del 2014 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

PIB per cápita:

El PIB per cápita es el PIB dividido por el número de habitantes del país y equivale al PIB promedio por persona.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

poder de mercado:

Poder de mercado es la capacidad de la empresa para elevar los precios.

La principal diferencia entre una empresa con poder de mercado, por ejemplo, un monopolio, y una empresa perfectamente competitiva es que esta última es precio-aceptante, por lo que se enfrenta a una curva de demanda horizontal, mientras que la empresa con poder de mercado se enfrenta a una curva de demanda decreciente.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 274, 285.

política antimonopolio:

Se conoce como política antimonopolio o *antitrust* a todos los esfuerzos que realizan los estados para impedir que las industrias oligopolísticas se conviertan o se comporten como monopolios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 310.

política fiscal:

La política fiscal es un tipo de política estabilizadora en la que se realizan cambios en el sistema impositivo, cambios en el gasto público o cambios en ambos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 361.

política fiscal contractiva:

Una política fiscal contractiva reduce la demanda agregada.

En la práctica se consigue mediante una disminución del gasto público en bienes y servicios, un aumento de los impuestos o una disminución de las transferencias.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 431.

política fiscal discrecional:

La política fiscal discrecional es aquella política fiscal que resulta de una serie de medidas deliberadas acordadas por los responsables de política económica y no de normas.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 437.

política fiscal expansiva:

La política fiscal expansiva aumenta la demanda agregada.

Presupone un incremento del gasto público en bienes y servicios, como la decisión japonesa de acometer un programa de construcción de infraestructuras de enormes proporciones. Una reducción de los impuestos, como la llevada a cabo en Estados Unidos en el 2001. Un incremento de las transferencias, como los subsidios por desempleo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 430-431.

política monetaria:

La política monetaria es un tipo de política estabilizadora en la que se modifica la cantidad de dinero en circulación, los tipos de interés o ambos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 361.

política monetaria contractiva:

Se denomina política monetaria contractiva a aquella política monetaria que reduce la demanda agregada. A menudo se denomina también política monetaria rígida.

Aumenta tipo de interés.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 467.

política monetaria expansiva:

Se denomina política monetaria expansiva a aquella política monetaria que incrementa la demanda agregada. También se denomina a menudo política monetaria flexible.

Disminuye tipo de interés.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 467.

pragmatismo jurídico:

El pragmatismo jurídico es caracterizado por Posner como un método que al aceptar el carácter conductual del derecho busca resolver problemas partiendo de creencias justificadas por necesidades sociales.

José Ramón Cossío. *Derecho y análisis económico*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 300.

precio de equilibrio:

Un mercado competitivo está en equilibrio cuando los precios alcanzan un nivel para el cual la cantidad demandada de un bien iguala a la cantidad ofertada de ese bien. El precio al cual esto ocurre es el precio de equilibrio, también conocido como el “precio de vaciado del mercado”. La cantidad vendida y comprada a ese precio es la cantidad de equilibrio.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 68.

precios implícitos o de sombra (*shadow prices*):

The imputed price or value of a good or service where such a price or value cannot be accurately determined due to the absence of an ordinary market-determined price, or to gross distortions in any markets which exists. To impute a price or value is to make the best estimate possible of what that price or value would be if a normal market existed.

Welfare economics attempts to equate the price of a product to its marginal social cost. The marginal social cost of a product is the summation of all costs associated with it. For instance, the true cost of electricity is not just the capital, labour and inputs of raw material, it is the additional cost of disposing adequately of the waste products such as smoke and dirt, and even the decrease in aesthetic appeal of the area in which the power station is situated. No values are given to these costs because there exist no markets to price them. Shadow prices for such items are frequently estimated in cost-benefit analysis.

Christopher Pass, Bryan Lowes y Leslie Davies. *Dictionary of Economics*. Harper Collins, 1993, p. 476.

When a businessman evaluates a project, he does it with a view to calculating the prospective profit from it. These calculations can be seen as taking place in two steps. At the first step, all the physical consequences of relevance to the businessman —the inputs to and outputs from the project— are assessed. At the second stage, these inputs and outputs are converted into costs and revenues, using market prices. It is natural that a private businessman should use the ruling market prices for costing inputs and for valuing sales, since these are the prices at which transactions take place and hence profit generated.

Consider now the evaluation of a project by a government. Such evaluation will differ at each of the two steps referred to above. At the first step, the government will be interested in all of the repercussions of the project, however indirect. This is because it is the government rather than a private businessman concerned with his own narrowly defined activities. At the second step, the government will wish to use not the ruling market prices but prices which reflect social costs and social benefits, in order to calculate what might be termed social profit. These prices are referred to as shadow prices, or accounting prices

Ravi Kanvur. “Shadow Pricing”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 1.

Costes implícitos:

Costes de los factores que no exigen a la empresa un desembolso de dinero.

Costes explícitos:

Costes de los factores que exigen a la empresa un desembolso de dinero.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, pp. 166.

producción agregada:

La producción agregada es el total de bienes y servicios finales producidos en una economía en un periodo determinado.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 359.

producción potencial:

La producción potencial es el nivel de PIB real que una economía produciría si todos los precios, incluyendo los salarios nominales, fueran totalmente elásticos.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 401.

producto interno bruto (PIB):

El producto interior bruto o PIB es el valor total de todos los bienes y servicios finales producidos por una economía en un año concreto.

El PIB real es el valor total de los bienes y servicios finales producidos en la economía durante un año, calculado como si los precios no hubieran cambiado con respecto a un año dado que se denomina base.

El PIB nominal es el valor total de los bienes y servicios finales producidos en la economía durante un año, calculado utilizando los precios del año en el que se genera la producción.

El deflactor del PIB para un año dado es 100 veces el cociente del PIB nominal con relación al PIB real de dicho país.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 371, 378, 388.

propensión marginal al ahorro (PMA):

La propensión marginal al ahorro (PMA) es la fracción de una unidad adicional de renta disponible que se dedica al ahorro.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 410.

propensión marginal al consumo (PMC):

La propensión marginal al consumo (PMC) es el incremento del consumo cuando la renta disponible aumenta en una unidad monetaria.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 409.

recesión:

Las recesiones son periodos de menor actividad económica en los que la producción y el empleo descienden.

Se produce una recesión cuando la producción agregada se encuentra por debajo de la potencial.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 357, 418.

recurso:

Un recurso es algo que se utiliza para producir otra cosa.

Los recursos son escasos cuando las cantidades que se disponen de él no son suficientes para satisfacer todas las necesidades producidas.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 6.

regla de unanimidad Pareto-Wicksell:

Regla de unanimidad Pareto-Wicksell para las decisiones grupales. Conforme a esta regla, un cambio jurídico preferido (o sea, un cambio en los derechos y normas relacionados con políticas específicas) sería adoptado sólo si cuenta con un consenso unánime. Al reconocer que algunos individuos pueden ser dañados por alguna modificación en la política y, por tanto, votan contra ésta para impedir su aceptación, los autores de la elección pública han adoptado el criterio de compensación.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 67-68.

regla Hand (*Hand Rule*):

The injurer is liable for accident damages if the expected accident costs (the probability of an accident occurring times the victim's accident costs) are greater than the costs that the injurer must bear to avoid the accident.

Hay un argumento a favor de la responsabilidad penal siempre que B en la fórmula de Hand sea bajo en relación con PL y cuando L es elevado. Estas son dos condiciones, no una sola. Si B y PL se aproximan mucho, hay un riesgo considerable de imponer la responsabilidad erróneamente, y los costos sociales de ese riesgo se magnifican mucho cuando la responsabilidad es penal. Aun si B es mucho menor que PL, a menos que L sea muy grande no hay ninguna razón para que no se asigne el asunto al sistema de los cuasidelitos. Pero supongamos que, por conducir en una forma extremadamente descuidada, creas un riesgo sustancial de matar a alguien. B será mucho mayor que PL, y L será grande. Es cierto que B será mayor y P menos que si estás tratando de matar a alguien, pero eso sólo significa que la justificación de la responsabilidad penal es mayor en el caso intencional. El caso del descuido o la negligencia excesiva encaja todavía en el modelo básico de la responsabilidad penal, de modo que no debemos sorprendernos si descubrimos que es criminal de la conducta descuidada y en extremo negligente que ponga en peligro la vida.

Nota aclaratoria para entender la fórmula de Hand:

P: probabilidad del daño

L: magnitud del daño (pérdida)

B: costo de precaución omitida necesaria para evitar el daño (*burden*)

Si  $B > PL$ , habrá diligencia

Si  $B < PL$ , hará negligencia.

Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, pp. 343-392.

relación causal entre variables:

Existe relación causal entre dos variables cuando el valor que toma una de ellas determina el valor que toma la otra. En una relación causal, la variable que causa un efecto sobre la otra se llama variable independiente; la variable determinada por la variable independiente se llama variable dependiente.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 42.

relación lineal y no lineal entre variables:

En un gráfico, una curva es una línea que representa una relación entre dos variables. Puede ser una línea recta o una línea curvada. Si la curva es una línea recta, las variables tienen una relación lineal. Si la curva no es una línea recta, las variables tienen una relación no lineal.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 43.

relación positiva y negativa entre variables:

Dos variables tienen una relación positiva cuando al aumentar el valor de una de ellas aumenta el valor de la otra. Esta relación se representa gráficamente con una curva que se inclina hacia arriba, de izquierda a derecha.

Dos variables tienen una relación negativa cuando al aumentar el valor de una de ellas el valor de la otra disminuye. Esta relación se representa gráficamente con una curva que se inclina hacia abajo, de izquierda a derecha.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 45.

renta disponible:

La renta disponible de los hogares, que es igual a los ingresos recibidos más los subsidios estatales (transferencias) menos los impuestos, equivale al total de ingresos de los que dispone un hogar para dedicarlos al consumo o al ahorro.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

reservas bancarias:

Las reservas bancarias están compuestas por el efectivo que las entidades bancarias mantienen en las cajas fuertes más los depósitos que mantienen en el Banco Central de la nación.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 458.

reservas reglamentarias:

Las reservas reglamentarias son requisitos legales que los bancos centrales de las naciones imponen a los bancos comerciales que establecen un coeficiente de caja mínimo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 461.

riesgo (*risk*):

The phenomenon of risk is one of the key determining factors in the formation of investment decisions, the operation of financial markets, and several other aspects of economic activity.

A situation is said to involve risk if the randomness facing an economic agent presents itself in the form of exogenously specified or scientifically calculable objective probabilities, as with gambles based on a roulette wheel or a pair of dice.

An agent making a decision under either risk or probabilistic uncertainty can therefore be thought of as facing a choice set of alternative univariate probability distributions.

Mark J. Machina y Michael Rothschild. "Risk". *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, pp. 1 y 2.

saldo presupuestario:

El saldo presupuestario es la diferencia, positiva o negativa, entre la recaudación impositiva y el gasto público.

Si las demás variables permanecen constantes, la política fiscal expansiva (aumento del gasto público en bienes y servicios, incremento de las transferencias o reducción de los impuestos) reduce el saldo presupuestario.

Las políticas fiscales contractivas (reducción del gasto público en bienes y servicios, menores transferencias o subida de los impuestos) aumentan el saldo presupuestario.

El saldo presupuestario ajustado en función del ciclo surge del cálculo de cuál sería el saldo presupuestario si el PIB real fuera exactamente la producción potencial.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 438-440.

tangente:

Una recta es tangente a una curva no lineal en un determinado punto si solamente toca ese punto. La pendiente de la tangente es igual a la pendiente de la curva no lineal en ese punto.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 48.

tasa de desempleo:

La tasa de desempleo es el número de personas desempleadas respecto a la población activa, expresado en porcentaje.

El empleo es el número total de personas de una economía con trabajo en un momento dado.

El desempleo es el número total de personas que buscan empleo de forma activa, pero que en un momento dado no están empleadas.

La población activa de un país es la suma de empleo y desempleo.

Los trabajadores desanimados son aquellas personas que están en edad de trabajar pero que no buscan activamente un empleo.

El “subempleo” refleja el número de personas que trabajan durante una recesión pero que reciben salarios inferiores de los que recibirían en una época de expansión debido recortes de producción, reducciones de jornadas, trabajos peor pagados o todo a la vez.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 359.

tasa de inflación:

La tasa de inflación es la variación porcentual para un año dado de un índice de precios, generalmente, el índice de precios al consumo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 386.

técnicas analíticas:

La aplicación de técnicas analíticas o de la metodología econométrica a cuestiones jurídicas constituye un destacado ejemplo del rigor y generalidad del análisis económico del derecho.

Las técnicas analíticas que involucran a la microeconomía, matemáticas, investigación de operaciones, análisis de sistemas y pruebas estadísticas permiten al analista del derecho determinar cuál ley o regulación es la más meritoria para la sociedad.

Usadas con sensatez, las técnicas analíticas permiten al jurista inferir recomendaciones de política sobre qué normas debieran regir en diferentes áreas.

Andrés Roemer. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008, pp. 22-24.

teorema de Coase (*Coase Theorem*):

If there are zero transaction costs, the efficient outcome will occur regardless of the choice of legal rule.

Al Mitchell Polinsky. *An Introduction to Law and Economics*. USA: Little, Brown & Company, 1989, p. 12.

Si las transacciones no cuestan nada, la asignación inicial de un derecho de propiedad no afectará el uso final de la propiedad.

Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, p. 31.

Proposición según la cual si los particulares pueden negociar sobre la asignación de los recursos sin coste alguno, el mercado privado siempre resolverá el problema de las externalidades y asignará los recursos eficientemente.

Según el teorema de Coase, la distribución inicial de los derechos no cuenta para la capacidad del mercado para lograr el resultado eficiente.

El teorema de Coase establece que los agentes económicos privados pueden resolver el problema de las externalidades entre ellos. Cualquiera que sea la distribución inicial de los derechos, las partes interesadas siempre pueden llegar a un acuerdo en el que mejore el bienestar de todo el mundo y el resultado sea eficiente.

A pesar de la atractiva lógica del teorema de Coase, los particulares no suelen resolver por sí solos los problemas que causan las externalidades. El teorema de Coase sólo es válido cuando las partes interesadas no tienen ningún problema para llegar a un acuerdo y aplicarlo. Sin embargo, en el mundo real la negociación no siempre funciona, aunque sea posible llegar a un acuerdo mutuamente beneficioso.

A veces las partes interesadas no resuelven un problema de externalidades debido a los costes de transacción.

Llegar a un acuerdo eficiente es especialmente difícil cuando el número de partes interesadas es alto, ya que coordinar a todo el mundo tiene costes.

Cuando la negociación privada no da resultado, a veces el Estado puede desempeñar un papel importante. El Estado es una institución destinada a la acción colectiva.

Cuando una externalidad hace que un mercado asigne ineficientemente los recursos, el Estado puede responder de las dos formas siguientes. Las medidas de orden y control regulan la conducta directamente. Las medidas basadas en el mercado dan incentivos para que los particulares opten por resolver el problema por sí solos.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 132.

En ausencia de costos de transacción, el derecho es irrelevante para la obtención de asignaciones eficientes de recursos.

Según el teorema de Coase, en ausencia de costos de transacción, las partes intervinientes en un acuerdo llegarán siempre a la solución más eficaz con independencia de cuál sea la asignación inicial de derechos que haga un sistema jurídico.

Muchos de los costos de transacción están relacionados con la intervención del derecho (minutas de abogados, pago de licencias, documentos públicos notariales, registros, etcétera). Otros son inevitables, como el uso del tiempo

que tenemos que dedicar para llegar al acuerdo, directa o indirectamente, o los derivados de asegurarnos, por medios legales o extralegales, que cada parte cumplirá con lo pactado.

Si los costos de transacción fueran nulos, y se partiera de la racionalidad de los agentes, estos negociarían entre sí y aquel que le asignara una mayor utilidad al bien podría adquirirlo del otro.

La segunda parte de su teorema afirma que si los costos de transacción van a impedir celebrar una negociación que produzca una redistribución eficiente de los derechos, entonces el sistema jurídico podría efectuar una asignación de derechos que condujera a la situación más eficiente.

Coase consideraba que las externalidades eran recíprocas, es decir, que desde su punto de vista la externalidad tenía una doble causación, a diferencia del derecho, en el que se hace un esfuerzo por determinar quién causa la molestia o perjuicio en un tercero con su actividad económica.

Richard A. Posner *et al.* *Análisis económico del derecho*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2011, pp. 50-54.

The Coase Theorem states that, if transaction costs are zero, the initial assignment of a property right is irrelevant to efficiency because, if a right is assigned to anyone other than the party who values it most, that party will purchase the right from whoever has it, thus producing the efficient outcome.

Robert T. Miller. “The Coase Theorem and the Preferential Option for the Poor”. *Journal of Catholic Social Thought* 5, 2008, p. 1. Consultado el 5 de noviembre del 2014 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1157160>.

teoría de juegos (*game theory*):

Game theory is a collection of models designed to understand situations in which decision-makers interact.

Marin J. Osborne. “Strategic and Extensive form Games”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 1.

Models from evolutionary game theory consider the behavior of large populations in strategic environments. In economic approaches to the theory, agents

actively choose which actions to play using simple myopic rules, so that changes in aggregate behavior are the end result of many individual decisions.

William H. Sandholm. “Learning and Evolution in Games: An Overview”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, p. 1.

Game theory studies decisions by several persons in situations with significant interactions. Two features distinguish it from other theories of multi-person decisions. One is explicit consideration of each person’s available strategies and the outcomes resulting from combinations of their choices; that is, a complete and detailed specification of the “game”. Here a person’s strategy is a complete plan specifying his action in each contingency that might arise. In non-cooperative contexts, the other is a focus on optimal choices by each person separately. John Nash (1950; 1951) proposed that a combination of mutually optimal strategies can be characterized mathematically as an equilibrium. According to Nash’s definition, a combination is an equilibrium if each person’s choice is an optimal response to others’ choices. His definition assumes that a choice is optimal if it maximizes the person’s expected utility of outcomes, conditional on knowing or correctly anticipating the choices of others. In some applications, knowledge of others’ choices might stem from prior agreement or communication, or accurate prediction of others’ choices might derive from “common knowledge” of strategies and outcomes and of optimizing behavior. Because many games have multiple equilibria, the predictions obtained are incomplete. However, equilibrium is a weak criterion in some respects, and therefore one can refine the criterion to obtain sharper predictions

Srihari Govindan y Robert Wilson. “Nash Equilibrium, Refinements of”. *The New Palgrave Dictionary of Economics Online*, 2008, pp. 1, 2.

La teoría de los juegos es el estudio del modo de comportamiento de los individuos en situaciones estratégicas. Por *estratégica* entendemos una situación en la que cada persona, cuando decide las acciones que va a emprender, debe considerar cómo responderían otras.

La teoría de los juegos no es necesaria para comprender los mercados competitivos o los monopolísticos. En un mercado competitivo, cada una de las empresas es tan pequeña en comparación con el mercado que las interacciones estratégicas con otras no son importantes. En un mercado monopolizado, no existen interacciones estratégicas porque sólo hay una empresa. Pero como

veremos, la teoría de los juegos es bastante útil para comprender la conducta de los oligopolios.

En los términos de la teoría de los juegos, una estrategia se llama estrategia dominante si es la mejor para un jugador independientemente de la que elijan otros.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 216.

La teoría de juegos estudia el comportamiento de las empresas en situación de interdependencia.

Se dice que dos o más empresas están en una situación de interdependencia cuando las decisiones de cada una de ellas influyen significativamente en los beneficios de las restantes empresas.

Se denomina pago a la recompensa que recibe un jugador en un juego; por ejemplo, el beneficio obtenido por un oligopolista.

Una matriz de pagos muestra, en un juego con dos jugadores, cómo los pagos de cada uno de ellos dependen de las decisiones del otro jugador. Esta matriz nos ayuda a analizar el comportamiento de empresas con beneficios interdependientes.

Se denomina estrategia dominante a la mejor decisión que pueda tomar un individuo, cualquiera que sea la decisión adoptada por el otro jugador.

El equilibrio de Nash, también conocido como el equilibrio no cooperativo, es el resultado del juego cuando cada jugador elige la acción que maximiza su pago, tomando como dadas las decisiones de los otros jugadores, y sin tener en cuenta los efectos que su decisión puede tener en los pagos de los demás.

Una empresa tiene un comportamiento estratégico cuando intenta influir en las decisiones futuras de las otras empresas.

La estrategia del ojo por ojo consiste en cooperar durante el primer periodo, y en los siguientes periodos hacer lo mismo que hizo el otro jugador en el periodo anterior.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, pp. 303, 305, 306.

A dominant strategy for a player is one that produces the highest payoff of any strategy available for every possible action by the other players.

That is, a strategy  $a_i \in A_i$  is a dominant (or weakly dominant) strategy for player  $i$  if  $u_i(a_i, a_{-i}) \geq u_i(a'_i, a_{-i})$  for all  $a'_i$  and all  $a_{-i} \in A_{-i}$ . A strategy is a strictly dominant strategy if the above inequality holds strictly for all  $a'_i \neq a_i$  and all  $a_{-i} \in A_{-i}$ .

A pure strategy Nash equilibrium is a profile of strategies such that each player's strategy is a best response (results in the highest available payoff) against the equilibrium strategies of the other players.

Jackson, Matthew O. *A Brief Introduction to the Basics of Game Theory*. Stanford University, 2011, pp. 4-5. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN <http://ssrn.com/abstract=1968579>.

teoría de la revelación de preferencias  
(*revealed preference theory*):

“Revealed preference theory” in economics concerns the conditions under which a person's choices reveal his preferences. A person who consistently chooses A over B presumably prefers A over B. Revealed preference theory examines rigorously the assumptions and implications of this inference from choices to preferences. In spite of some exceptions and paradoxes, the inference from choices to preferences in social life seems inevitable and imperfect. The preferences of others are neither opaque nor transparent to us. Rather, choices reveal preferences imperfectly, which is why I say that preferences are translucent.

Robert D. Cooter. “Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalizing Legal Values”. *UC Berkeley Law & Economics Research Paper*, n.º 2000-8, 2000, p. 23. Consultado el 24 de junio del 2013 en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=229950>.

tipo de interés:

El tipo de interés es el precio, calculado como un porcentaje de la cantidad prestada, que el prestamista cobra al prestatario por el uso que éste hace de sus ahorros durante el periodo de un año.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 406.

*trade-off*:

Comparación entre los costos y beneficios de hacer algo.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 8.

transferencias:

Las transferencias (subsidios) son pagos realizados por el Estado a los individuos sin que el Estado reciba a cambio ni bienes ni servicios.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 370.

trueque:

El trueque es una forma de comerciar en la que los individuos intercambian directamente los bienes y servicios que tienen por los bienes y servicios que necesitan.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 30.

utilidad esperada (*utility*):

Satisfacción que proporciona al usuario el empleo de un bien, que varía en función de la cantidad consumida de ese bien.

Arthur Andersen. *Diccionario de economía y negocios*. Madrid: Arthur Andersen, Espasa Calpe, 1999, p. 674.

Análisis del valor de un costo o un beneficio inciertos por oposición a uno seguro; la utilidad (más precisamente “utilidad esperada”) en este sentido se liga al concepto de riesgo.

Richard A. Posner. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de la Cultura Económica, 2007, p. 36.

Utilidad es una medida abstracta de la satisfacción o de la felicidad que representa a un consumidor una cesta de bienes.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 284.

utilitarismo:

Because utilitarianism is a consequentialist or outcome morality it may require an individual to violate an important moral principle simply because doing so increases total utility.

Jules L. Coleman. "Efficiency, Utility and Wealth Maximization". *Hofstra Law Review* 8, 1979-1980, p. 511. Consultado el 24 de junio del 2013 en [www.heinonline.org](http://www.heinonline.org).

valor añadido:

El valor añadido de un producto es el valor de sus ventas menos el valor de sus compras.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 373.

variable:

Una variable es una magnitud que puede tomar más de un valor.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 41.

variaciones de la renta:

Supongamos concretamente que aumenta la renta. Al aumentar ésta, el consumidor puede permitirse comprar una cantidad mayor de los dos bienes. Por lo tanto, el aumento de la renta desplaza la restricción presupuestaria hacia afuera.

Cuando aumenta la renta del consumidor, la restricción presupuestaria se desplaza hacia afuera. Si los dos bienes (ej.: pizza y Pepsi) son normales, el consumidor responde al aumento de la renta comprando una cantidad mayor de los dos. [Paréntesis fuera de cita]

Si un consumidor quiere consumir una cantidad mayor de un bien cuando aumenta su renta, los economistas lo llaman bien normal.

Bien normal: bien cuya cantidad demandada aumenta cuando aumenta la renta.

Si compra una cantidad menor de un bien cuando aumenta su renta, los economistas lo llaman bien inferior.

Bien inferior: bien cuya cantidad demandada disminuye cuando aumenta la renta.

Aunque la mayoría de bienes son bienes normales, en el mundo hay algunos bienes inferiores. Un ejemplo son los desplazamientos en autobús. Los consumidores de renta alta tienden a tener su propio automóvil más que los de renta baja y a trasladarse en autobús menos que éstos. Por lo tanto, los desplazamientos en autobús son un bien inferior.

N. Gregory Mankiw. *Principios de Economía*. España: McGraw-Hill, 2004, p. 285.

Cuando los ingresos aumentan, aumenta la disposición a comprar un bien a cualquiera de sus precios de mercado.

¿Por qué decimos “mayoría” y no “todos” los bienes? Porque la mayoría de los bienes son normales; la demanda de estos bienes aumenta al aumentar la renta del consumidor. Sin embargo, la demanda de algunos productos disminuye cuando la renta aumenta; las personas con altos ingresos muestran una clara tendencia a usar menos el autobús que las personas con rentas más bajas. A los bienes cuya demanda disminuye al subir la renta se les llama bienes inferiores.

Paul Krugman, Robin Wells y Martha L. Olney. *Fundamentos de Economía*. Barcelona: Reverté, 2008, p. 62.



## ÍNDICE DE MATERIAS

### A

acuerdos anticipados de precios de transferencia (APA): 2, 283, 285, 286 n. 1, 290-292 n. 12, 294, 295, 297-299

adjudicación: 198, 303, 305, 306, 313, 389

agencia, teoría de: 15, 20, 49 n. 171, 349, 350

Allais, paradoja de: 399

análisis económico del derecho (AED): 1, 2, 5-9 n. 26, 10 n. 28, 30, 11, 12 n. 39, 44, 46, 13-15, 17, 18, 28, 29, 31, 33, 34, 37, 38, 41, 42, 44-46, 49, 51, 53, 54, 72-74, 83, 89, 92, 112, 123-125 n. 9, 126, 127, 129, 131, 133, 139, 140, 143, 145, 149, 153, 154, 156, 158-160, 165 n. 48, 167, 168, 235, 237, 238, 248, 251-254, 283, 285, 286, 292-294 n. 18, 295-300, 303-308, 318, 319, 349 n. 1, 352-356, 358, 415

crítica jurídica: 13, 16, 17, 29, 41

de elección pública: 12 n. 46, 13, 15, 16, 29, 42, 303-306, 310, 311, 318, 361, 410

formal: 37

neoinstitucional: 13-15, 29, 34, 49, 103, 105-107, 153, 156-158, 164, 167, 303, 304, 311, 312, 352

tradicional: 1, 8, 11, 12 n. 45, 13-15, 17, 29, 34, 42, 306, 310

visión normativa: 358, 361

visión positiva: 355

arancel: 2, 196, 198, 200 n. 10, 201-203 n. 21, 205-208, 213-215, 217-221 n. 58, 224, 226-231

de aduanas: 321, 322, 326, 327, 335, 336, 338, 343, 344

judicial: 2, 195, 197 n. 4, 199 n. 9, 200, 201, 203, 206, 207, 213, 214, 217-221, 227-230

arbitraje: 68-70, 203, 217

argumentación: 21 n. 82, 35, 37

Arrow, paradoja de: 16, 43, 339

### B

banco central: 61, 359, 396, 412

barrera a la entrada: 359

bien: 11, 13, 45 n. 157, 46, 48, 77, 127-129, 134 n. 60, 152, 179, 180, 220, 238, 287, 317, 318, 324, 356, 364, 366, 371, 376, 386, 391, 393-395, 407, 417, 421, 422

complementario: 360

de uso común: 143, 144, 145, 152, 163

inferior: 360, 423

normal: 360, 422

público: 43

sustitutivo: 361

bienestar: 7, 32, 34, 38 n. 134, 42, 44, 45, 47, 52, 150, 158, 165 n. 48, 176, 178, 199 n. 9, 248, 349, 353, 354, 360, 374, 381, 382, 390, 397, 416

### C

*catalaxis*: 16, 361

Coase, teorema de: 8, 15, 28, 29, 50, 51, 151, 293 n. 15, 297 n. 23, 313 n. 40, 415-417

- common law*: 1, 7, 9, 18, 19, 20, 21 n. 77, 25, 33, 307
- competencia: 10, 46, 149, 158, 204, 206, 323, 326, 362, 363
- imperfecta: 44, 46, 145 n. 4, 362, 363
- monopolística: 46, 364
- perfecta: 44-47, 363
- comportamiento oportunista: 124, 133, 139, 364
- Condorcet, paradoja de: 43, 400
- Constitución: 23, 25-27, 92, 103, 108, 109, 111, 146, 165, 166, 200, 202 n. 20, 203 n. 21, 207, 218-221, 223, 224, 230, 252 n. 5, 258 n. 29, 321, 325-329, 331, 333, 335
- consumo: 32, 33, 40, 47, 167, 175, 322, 324, 336, 338-342, 344, 351, 356, 364, 379, 380, 382, 389, 391, 409, 412, 414
- contratos: 5, 15, 46, 67, 70, 74, 105, 124, 125 n. 9, 129 n. 35, 131, 133, 238, 241 n. 24, 252, 297, 304, 335, 352
- costo(s): 5, 7, 8, 38-40, 47, 48, 53, 69, 71-73, 75, 77, 79, 80, 82, 85 n. 21, 97, 109, 110, 111, 129, 134 n. 60, 135, 138, 139, 145, 148, 152, 153, 155-157, 161-164, 166, 169, 179, 198 n. 8, 202, 207, 211 n. 36, 212 n. 36, 214, 217-219, 221 n. 61, 222, 225 n. 73, 226, 228, 229, 235, 238, 241, 245, 247, 267, 277, 283, 287, 288, 296, 298, 309, 311, 365, 381, 382, 411, 421
- de oportunidad: 28, 40 n. 141, 45, 145, 154, 163 n. 40, 365
- de transacción: 5, 15, 49, 50, 110, 156 n. 29, 157, 160, 164, 252, 254, 283, 286, 287, 297 n. 23, 24, 298, 299, 304, 311-313, 317, 349, 354, 365-367, 416, 417
- esperado del castigo: 251, 254 n. 17, 255, 259
- costumbre: 21-23 n. 89, 24, 42, 130
- crecimiento económico: 52, 79, 165 n. 48, 166, 322, 323, 330, 335, 336, 338, 342, 343, 344, 367
- D**
- déficit: 214, 370, 372
- demanda: 28, 35, 40, 44, 45 n. 157, 46, 53, 77, 134 n. 60, 135, 138, 154, 196, 209, 210, 215, 217, 220, 228, 293, 322, 328, 330, 360, 363, 370, 371, 393, 404-406, 423
- derecho: 1, 2, 5-7, 9-14, 17-23 n. 89, 24, 25 n. 100, 26, 28, 31, 34, 35, 37-39, 41 n. 142, 50, 54, 67, 68, 71, 73-75, 89, 92-94, 96, 98-103, 105, 106, 108, 113-116, 123-127, 131, 133, 139, 140, 145-147, 152-154, 159, 168, 197, 204, 208, 209 n. 29, 215, 216, 220, 222-224, 226, 228-231, 235-237, 239, 240, 251, 256 n. 27, 285, 286, 293-295, 297, 299, 303, 307, 312, 318, 321-324, 343, 353-355, 358, 366, 415-417
- adjetivo: 26, 27
- administrativo: 13, 321, 325, 352
- aduanero: 321, 325, 326
- ambiental: 146, 147, 148
- civil: 7, 198 n. 8, 244, 315
- comparado: 19, 240
- común o consuetudinario: 9, 11, 13, 102, 236, 307, 356
- constitucional: 95, 230, 321

de contratos: 8, 20, 352  
 de la competencia: 12, 27, 244, 352  
 de la responsabilidad civil extracon-  
 tractual: 8, 13, 20, 352  
 de los servicios públicos: 13, 352  
 de propiedad: 20, 146 n. 8, 155, 311-  
 315, 318, 319  
 fuentes: 20-25 n. 100  
 internacional: 26, 27, 67, 75  
 nacional: 26, 27  
 penal: 2, 8, 13, 89-92, 94, 97-101, 103,  
 104, 107, 109, 111, 114, 115, 198  
 n. 8, 202 n. 18, 252, 261, 297, 352  
 principios generales: 23, 25  
 privado: 7, 8, 26-28, 32  
 público: 7, 25-28, 32, 216  
 societario: 2, 235, 237, 238, 243  
 sustantivo: 26, 27  
 teoría del: 9, 18, 97, 286, 295  
 tributario: 12, 163, 216, 285, 288, 295,  
 321, 352  
 y desarrollo: 91, 100, 102-105, 108,  
 115  
 desempleo: 51, 52, 335, 406, 414  
 detención preventiva: 2, 251, 252 n. 6,  
 255-257 n. 28, 29, 258 n. 29, 259,  
 260, 262, 265, 277  
 deuda pública: 370, 372, 393, 396  
 dilema del prisionero: 5, 40, 133, 374  
 dinero: 38, 53, 178, 197, 198, 204, 206,  
 210, 212, 227, 229, 231, 285, 310,  
 349, 375, 376, 380, 395, 406, 408  
 distribución del ingreso: 173, 180, 183,  
 186-189, 190, 298, 377  
 doctrina: 1, 7, 20, 21, 23-25, 27, 42, 98,  
 100, 131, 140, 240, 244-247, 256  
 dogmática jurídica: 9, 18, 265 n. 54

E

economía: 1, 2, 5-8, 10, 12 n. 44, 13-15,  
 18, 31, 33, 35, 37-41, 43-46, 48, 50,  
 52-54, 67, 91, 93, 102, 103, 109-112,  
 114-116, 123-127 n. 20, 143, 145,  
 147-149, 151, 153, 155, 158, 161,  
 162, 165, 167 n. 51, 168, 174, 208,  
 231, 236-238, 241, 251, 284, 286,  
 293-296, 299 n. 29, 305, 321-325  
 n. 17, 332, 335, 336, 342-344, 352,  
 353, 355, 361, 375, 379, 381, 382,  
 385, 386, 389, 393, 409  
 conductual o del comportamiento:  
 13, 41, 352, 377  
 de mercado: 379  
 del bienestar: 7, 38, 353, 354  
 econometría: 35-37, 268 n. 55  
 eficiencia: 8, 9 n. 26, 10, 12 n. 44, 45,  
 13, 17, 28, 29, 31-35, 42, 44 n. 155,  
 49, 68, 83, 103, 109, 111-115, 129,  
 130, 144, 154, 156, 157, 163, 165  
 n. 48, 177, 197, 211, 212, 215, 217,  
 221, 227, 238, 246, 247, 252, 253,  
 283, 285, 292, 294, 297 n. 25, 299,  
 303-305, 308-311, 313, 315-317,  
 319, 326, 330, 352, 353, 354, 356,  
 357, 368, 380-383, 385  
 económica: 28, 31, 153, 297 n. 25,  
 298 n. 27, 311  
*second best*: 33  
 elasticidad: 44, 46  
 elección: 40, 41, 43, 44, 50, 93, 96, 110,  
 156, 158, 159, 238, 304, 306, 314,  
 350  
 económica: 38, 44  
 individual: 40, 41, 384  
 pública: 12 n. 46, 13, 15, 16, 29, 42,

- 167, 303-306, 310, 311, 318, 361, 366, 410
- empresa: 40 n. 138, 159, 235, 237, 239-244, 246 n. 39, 284, 287-290, 292, 364, 384, 394, 395, 404, 408, 418, 419
- equidad: 12 n. 44, 23, 24, 31, 190, 200 n. 10, 203, 207, 214, 217, 218, 221 n. 60, 226, 230, 284, 311, 326, 356, 382, 383, 385
- equilibrio económico: 385
- escasez: 40, 45, 148, 149, 154, 158, 160, 211, 299 n. 29, 311, 386
- Estado: 8, 15, 26, 49, 68, 70, 76, 79-83, 92-94, 96-99, 101-109, 111-115, 127 n. 20, 145-147, 151, 155, 159, 161, 162, 165, 196, 203 n. 21, 207, 208, 212 n. 36, 214, 216, 218, 220-222, 225 n. 77, 227, 230, 252, 255, 257 n. 27, 259-261, 263, 264, 288, 294, 314, 316, 317, 319, 321-324, 326-329, 331, 353, 371, 381, 384, 389, 394, 416, 421
- intervención del: 12 n. 44, 42, 147, 167 n. 52, 293, 324, 381
- ex ante*: 161, 403, 404
- ex post*: 162, 403, 404
- expansión: 52, 362, 387, 414
- exportaciones: 53, 322, 324, 329, 336, 338, 340, 342, 387, 389
- externalidad(es): 28, 47-49, 145 n. 4, 148, 159, 161, 164, 225 n. 75, 293, 294, 299, 387, 415-417
- G
- gasto: 32, 51, 68, 77, 113, 148, 164, 175, 187, 189, 211, 225 n. 77, 227, 322, 335, 336, 338, 339, 342, 394, 402
- agregado: 207, 389
- de funcionamiento: 195, 197, 220
- de inversión: 207, 389, 393
- público: 52, 180, 181, 185, 190, 370, 384, 389, 405, 406, 413
- Gini, índice de: 173, 175, 176, 179, 180, 182-184, 186-190
- globalización: 89, 90, 92, 115, 247, 284, 323
- gobernanza: 15, 108, 158
- gobierno corporativo: 241, 242, 248
- grupo de sociedades: 235, 236, 237, 239
- H
- hacinamiento: 251, 253, 255, 259, 260, 278
- hechos: 22, 71, 197, 201, 303
- adjudicativos: 389
- legislativos: 390
- historia económica: 36, 323
- homo economicus*: 16, 42, 306, 390
- I
- importaciones: 53, 166, 322, 324, 328-330, 336, 338, 340, 342, 387, 389, 390
- impuesto(s): 49, 53, 79, 133, 158, 161-167, 173-179, 181-184, 186, 189, 197, 199 n. 9, 208, 215, 224, 229, 230, 266, 275, 284, 289, 292, 295, 325, 328, 329, 370, 405, 406, 412, 413
- directos: 177, 181, 188
- indirectos: 173-176, 178, 180-183, 185-190
- sobre la renta: 166, 283, 284, 287, 288, 295, 297-299, 328

- tarifas: 162, 176, 180, 183, 184, 186, 187, 189, 190, 226, 283, 284, 322, 325, 327-330, 332-334, 336-339, 343, 344
- incentivos: 5, 13, 14 n. 55, 29, 40, 49, 50, 74, 123, 124, 127 n. 20, 130, 139, 149, 153, 154, 156-158, 160, 162-164, 166, 167, 178, 212 n. 36, 264, 295, 304, 306-308, 310-312, 331, 352, 374, 416
- información: 33, 35, 41, 47-49, 53, 76, 128, 133 n. 59, 152, 154 n. 27, 173, 238, 285, 288, 297, 350, 367, 396
- asimétrica o privada: 47, 48, 75 n. 18, 145, 350
- completa: 45, 123, 156
- perfecta: 75, 134, 135, 140
- input*: 365, 367, 380, 391
- instituciones: 11, 13, 14, 18-20, 25, 29, 33, 34, 37, 44, 49, 51, 54, 73, 83, 90, 91, 99, 106-109, 112, 115, 123-125, 127, 129, 131, 133, 139, 140, 152, 156-160, 165, 168 n. 52, 209 n. 29, 237, 260 n. 38, 294, 299, 307, 310-313, 319, 353, 356, 372
- integración económica: 177, 321, 327
- interés: 27, 40, 50, 236, 240, 242-245, 406, 420
- común: 242, 243, 246, 247
- de grupo: 236, 244, 245, 247
- económico: 13, 133 n. 57, 144, 173
- privado: 146 n. 5
- propio: 38, 40, 167 n. 15, 243, 245, 349, 364, 388, 392
- social: 146 n. 5, 241 n. 27, 243
- tasas de: 53, 76, 77, 80, 81
- interpretación: 18, 20, 21, 35, 67, 72, 78, 124, 129, 299, 314, 321, 354
- inversión: 2, 51, 68-70, 75-83, 110, 112, 173, 176, 185, 195, 197, 207, 212, 220, 266, 267, 270, 283, 294-296, 299, 322, 330, 335, 336, 338-340, 342, 344, 372, 380, 384, 389, 393
- arbitraje de: 67-70, 75, 82, 83
- extranjera: 67, 79, 90, 105, 108, 109, 110, 115, 335
- J**
- juegos, teoría de: 5, 40 n. 141, 67-69, 73-75, 123-125, 133, 140, 297 n. 21, 308, 374, 417-419
- jurisprudencia: 9, 19, 20, 22-24, 71, 72, 78, 79, 130, 131, 203 n. 21, 240, 244, 247, 257, 315, 326
- K**
- Kaldor-Hicks, criterio de: 13, 33, 44, 128, 235, 237, 246, 247, 255, 309, 310, 311, 316, 317, 319, 367-370, 382, 401, 402
- M**
- macroeconomía: 29, 51, 392
- maximización: 8, 10, 13, 38, 40 n. 138, 44, 78, 85, 86, 151, 154, 157, 160, 241, 303-306, 310, 313, 314, 318, 319, 350, 390
- de la riqueza: 10, 15, 124, 127, 128, 130, 131, 140, 237, 309, 310, 311
- mercado(s): 7, 8, 11-13, 28, 33, 44, 45-50, 67, 68, 76, 77, 80-83, 101, 105, 108, 109, 127-129, 148, 149, 153, 154,

- 156, 161, 162, 167, 168, 213 n. 40, 237-239, 247, 252, 254 n. 13, 261, 288, 291, 293, 294, 296-298 n. 27, 299, 307 n. 13, 311, 323, 324, 340, 351, 352, 354, 356, 362, 363, 379, 381, 382, 383, 396, 404, 415, 416, 423  
 estructuras de: 44, 46, 47, 51, 102, 145 n. 4, 364  
 fallas del: 41, 49, 145, 148 n. 11, 153, 159, 168 n. 52, 169, 293, 388  
 microeconomía: 7, 10 n. 30, 28, 38, 67, 68, 149, 156, 158, 161, 353, 354, 393, 415  
 métodos: 1, 6, 7, 12, 31, 35, 37, 43, 159, 268 n. 55, 272, 286, 287, 290, 291, 294, 305  
 alternativos de solución de conflictos: 198 n. 8, 210  
 empíricos: 7, 35, 54  
 estadísticos: 35, 37, 288  
 modelo: 11 n. 39, 35-37, 40, 51, 67, 69, 72-75, 83, 84, 89, 90, 93-95, 102-106, 108-110, 112, 115, 125, 133, 134, 139, 140, 148, 149, 158, 176, 208, 209, 211, 222, 224, 229, 240, 268-274, 276, 299, 306, 317, 319, 340, 342, 352, 356, 388, 393, 411  
 de desarrollo neoliberal: 89, 92, 115  
 econométrico: 251, 273, 339, 341, 343  
 económico: 321-323, 325, 326, 333-335, 353, 358  
 monopolio(s): 13, 46, 47, 114, 363, 394, 404
- N
- neoinstitucionalismo: 14, 29, 34, 103, 105-107, 303, 304, 311
- no mercado: 7, 8, 13, 154, 252, 304, 354
- O
- oferta: 2, 28, 35, 44-46, 74, 123-125, 129-136, 138-140, 196, 209, 210, 215, 217, 218, 235, 293, 322, 328, 330, 385, 393-395  
 monetaria: 53, 351, 371, 376, 379, 395  
 ordenamiento jurídico: 18, 22-27, 101, 103, 108, 123, 124, 139, 146, 219, 245, 283, 287, 294, 295, 297, 299, 300, 312
- P
- Pareto, óptimo de: 13, 28, 44, 161, 237, 252, 255, 297 n. 25, 309, 311, 369, 370, 282, 396-399, 401, 410  
 pensamiento económico: 36, 37  
 poder judicial: 54, 196, 201 n. 14, 303, 304, 306, 313 n. 37  
 política(s): 8, 9, 11, 17, 51, 93-95, 102, 104, 109, 112-114, 143, 147, 148, 165, 167, 179, 181, 189, 196, 197, 202, 203, 209, 212, 213, 218, 240, 245, 246, 264, 271, 304, 305, 307 n. 13, 313 n. 37, 328, 336, 355, 361, 362, 381, 390, 410, 415  
 antimonopolio: 12 n. 44, 405  
 comercial: 323, 327-331  
 criminal: 114, 254, 261, 263, 264  
 de grupo: 246, 247  
 económica: 51, 52, 246, 322-324, 326, 333, 335, 342, 383, 405  
 fiscal: 51, 52, 180, 188, 190, 221 n. 58, 327, 331, 343, 386, 405  
 contractiva: 52, 53, 405, 413  
 expansiva: 52, 53, 200, 405, 413

monetaria: 51, 52, 53, 330, 406  
 pública(s): 2, 7, 9, 15, 32, 44, 51, 53,  
 54,147,153,162,166-168,318,354  
 sobre el sector externo: 51-53  
 sobre precios y salarios: 51-53  
 precedente judicial: 1, 8, 13, 19, 25  
 precio(s): 11, 13, 29, 38-40, 45-48,  
 51-53, 76, 127 n. 22, 128, 134 n. 60,  
 135, 138, 143, 146 n. 5, 149, 154,  
 164, 167, 226, 254, 264, 286, 287,  
 291, 296, 298, 338, 352, 360-363,  
 365, 370, 371, 376, 379, 380, 386,  
 394, 395, 404, 409, 420, 423  
 de transferencia: 2, 283-299  
 explícitos: 11, 13, 157 n. 31, 217, 307,  
 356  
 implícitos: 11, 13, 29, 39, 157 n. 31,  
 307, 356, 407  
 nivel de: 328, 330, 371, 380, 385, 394,  
 395  
 preferencias: 38-41 n. 142, 42-44, 70,  
 155, 158, 286, 306 n. 7, 307, 310,  
 324, 400, 420  
 presupuesto: 74, 111, 214, 215, 225  
 n. 74, 77, 230, 326  
 producción: 32, 33, 35, 45-47, 49, 51-53,  
 155, 162, 235, 237, 238, 261, 289,  
 290, 321, 324, 328-330, 344, 362,  
 366, 371, 379, 381, 382, 387, 394,  
 395, 409, 410, 413, 414  
 factores de: 46, 239, 388  
 producto interno bruto (PIB): 52, 112,  
 176, 179, 181, 185, 296, 322, 334-336,  
 338-343, 372, 394, 409, 413  
 per cápita: 51, 404

R

racionalidad: 13, 29, 41, 83, 96, 97, 114,  
 126 n. 17, 128, 144 n. 3, 154, 238,  
 246, 306, 352, 366, 390, 417  
 limitada: 15, 41, 140, 154 n. 26, 156,  
 158, 160  
 realismo jurídico: 17  
 recesión: 52, 53, 410, 414  
 recursos naturales: 143, 145-151, 153,  
 156-168  
 reforma penal: 89, 264  
 reglas de votación: 15, 16  
 regresividad: 2, 173-176, 183, 187, 200  
 n. 10, 203 n. 21  
 renta: 45 n. 157, 164, 203, 221 n. 61,  
 291, 294, 351, 360, 388, 409, 412,  
 422, 423  
 flujo circular de: 51, 388  
 riesgo moral: 15, 48, 49 n. 171  
 Rozenblum, doctrina: 235, 236, 244

T

tarifas: 162, 175, 176, 179, 180, 183,  
 184, 186, 187, 189, 190, 226, 283,  
 284, 322, 325, 327-330, 332-334,  
 336-339, 343, 344  
 tasa(s): 48, 52, 53, 77, 80, 81, 82, 90,  
 162, 178, 196, 269  
 decriminalidad: 90, 110, 111, 254, 262,  
 263, 265, 266, 271, 276, 287, 291  
 de desempleo: 51, 52, 414  
 de inflación: 52, 414  
 de interés: 53, 76, 77, 80, 81  
 de retorno: 67, 68, 76, 80, 81, 83  
 judicial: 195-231  
 tradición civilista: 1, 8, 9, 33

tragedia de los comunes: 50, 143, 145, 155, 160, 162, 217, 237, 248, 283,  
147, 149-151, 153, 157, 158, 160 285, 287, 288, 290, 298, 299, 306,  
transferencias: 176-180, 189, 246, 291, 308, 310, 311, 314, 330, 343, 344,  
405, 406, 412, 413, 421 350, 366, 368, 382, 390, 417, 421

U

utilidad: 16, 32, 38, 40, 41, 44, 85,  
136-138, 145, 146 n. 5, 154 n. 27,

V

votante(s): 16, 43, 44, 264

*Teoría y puesta en práctica del análisis  
económico del derecho colombiano*

se terminó de imprimir  
y encuadernar en abril del 2016  
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond  
de cuerpo 11 puntos.

