La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados

Un ensayo de construcción de un lenguaje interdisciplinar aplicado a las decisiones en derechos fundamentales

Alexander Medellín Rincón

La ponderación y el Análisis Económico del Derecho integrados

Un ensayo de construcción de un lenguaje interdisciplinar aplicado a las decisiones en derechos fundamentales

Universidad Externado de Colombia

Medellín Rincón, 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 / Alexander Medellín Rincón. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2013.
219 p. ; 21 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587720556

1. Derecho económico 2. Protección de los derechos fundamentales 3. Filosofía del derecho I. Universidad Externado de Colombia **II.** Título

348.21 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca
Octubre de 2013

ISBN 978-958-772-055-6

© 2013, ALEXANDER MEDELLÍN RINCÓN
© 2013, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2013

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: Marco Robayo
Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico Digital S.A.
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

A mis padres, por su amor infinito.
A Carolina, por su apoyo, paciencia y amor.

CONTENIDO

AGRADECIMIENTOS 13

INTRODUCCIÓN 15

1. LA PONDERACIÓN 21
   1.1. Las decisiones judiciales a partir de principios 21
      1.1.1. La decisión judicial 22
      1.1.2. Las decisiones judiciales a partir de reglas 25
      1.1.3. Las decisiones judiciales más allá del texto legal: los principios 34
   1.2. El concepto de ponderación 41
      1.2.1. El principio de proporcionalidad y la ponderación 41
      1.2.2. Orígenes de la ponderación 43
      1.2.3. El concepto de ponderación y su desarrollo en la jurisprudencia colombiana: la Corte Constitucional 47
      1.2.4. Estructura de la ponderación 54
      1.2.5. Críticas a la ponderación 60

2. LA PONDERACIÓN Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO INTEGRADOS 67
   2.1. Las relaciones entre Derecho y Economía 67
   2.2. Pensamientos consecuencialista, deontologista y utilitarista 74
      2.2.1. El pensamiento consecuencialista 74
      2.2.2. El pensamiento deontologista 76
      2.2.3. El pensamiento utilitarista 76
      2.2.4. La integración de los pensamientos consecuencialista y deontologista 78

2.3. El Análisis Económico del Derecho como punto de encuentro del deontologismo y el consecuencialismo 80
2.3.1. El AED y sus escuelas 85
2.3.1.1. La Escuela de Chicago 88
2.3.1.2. La escuela de la Elección Pública 90
2.3.1.3. La Escuela Institucional 92
2.3.1.4. La Escuela Neoinstitucional 95
2.4. La ponderación y el AED integrados 97
2.4.1. El concepto de eficiencia 100
2.4.2. Ponderación, eficiencia y decisiones judiciales 106
2.5. La ponderación y el análisis costo-beneficio 111
2.6. La ponderación y los costos de transacción 113
2.7. El lenguaje interdisciplinar hacia una nueva ley del peso 117
2.7.1. Los costos de la protección de un principio sobre otro 119
2.7.2. Los efectos económicos en el largo plazo, con respecto al precedente 122
2.7.3. Una nueva ley del peso 126

3. LA PONDERACION Y EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO INTEGRADOS: UNA EVALUACIÓN EMPÍRICA 129
3.1. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado 132
3.1.1. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de noviembre de 2008 proferida dentro del proceso 29183 132
3.1.1.1. La ponderación del caso 135
3.1.1.2. La ponderación del caso incluyendo los elementos de AED 138
3.1.2. Sentencia del Consejo de Estado, Sección tercera, del 29 de mayo de 2003 140
3.1.2.1. El caso 141
3.1.2.2. La ponderación en el caso 142
3.1.2.3. La ponderación incluyendo las variables relacionadas con el Análisis Económico del Derecho 145
3.2. Las sentencias de la Corte Constitucional 147
3.2.1. Las sentencias de constitucionalidad 148
3.2.1.1. La Sentencia C-022 de 1996 148
3.2.1.1.1. La ponderación en el caso 149

3.2.1.1.2. La ponderación incluyendo las variables relacionadas con el Análisis Económico del Derecho 153
3.2.1.2. La Sentencia C-621 de 2003 156
3.2.1.2.1. La ponderación en el caso 157
3.2.1.2.2. La ponderación incluyendo las variables relacionadas con el Análisis Económico del Derecho 159
3.2.1.3. La Sentencia de la Corte Constitucional C-278 de 2007 162
3.2.1.3.1 La ponderación del caso 164
3.2.1.3.2. La ponderación incluyendo las variables relacionadas con el Análisis Económico del Derecho 167
3.2.2. Las sentencias de tutela de la Corte Constitucional 170
3.2.2.1. La Sentencia SU-1023 de 2001 170
3.2.2.1.1. La ponderación del caso 171
3.2.2.1.2. La ponderación incluyendo las variables del Análisis Económico del Derecho 176
3.2.2.2. La Sentencia T-180 A de 2010 179
3.2.2.2.1. La ponderación en el caso 179
3.2.2.2.2. La ponderación incluyendo las variables relacionadas con el Análisis Económico del Derecho 181
3.2.2.3. La Sentencia T-1052 de 2008 184
3.2.2.3.1. La ponderación en el caso 184
3.2.2.3.2. La ponderación incluyendo las variables relacionadas con el Análisis Económico del Derecho 186

4. CONCLUSIONES 191

BIBLIOGRAFÍA 205

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Externado de Colombia, por las grandes enseñanzas que he recibido en esta casa de estudios, por su personal administrativo y docente, de calidades humanas y profesionales inmejorables.

A la doctora Constanza Blanco, coordinadora de la Maestría en Derecho Económico, por su apoyo durante el desarrollo de mis estudios en la Maestría y de este trabajo.

A la doctora Magdalena Correa, directora del presente trabajo, quien a través de sus oportunas y acertadas observaciones me permitió encontrar un horizonte más claro sobre el cual navegar.

A los doctores Néstor Osuna y Germán Lozano, quienes con sus comentarios y consejos contribuyeron de manera fundamental a fijar puntos clave para el desarrollo del presente trabajo.

A mis padres y hermanos quienes en todo momento me brindaron las energías necesarias en los momentos en las que parecían desaparecer.

A Carolina Pineda, quien a pesar del volumen de trabajo, nunca me dejó de brindar su cariño, apoyo y amor.

INTRODUCCIÓN

Es de vieja data la discusión en cuanto a las dificultades de encontrar puntos de coincidencia y de lenguaje entre el Derecho y la Economía, en especial desde la ya clásica afirmación de Salomón Kalmanovitz, en el sentido de que abogados y economistas se entienden muy poco pero se necesitan mutuamente (Kalmanovitz, 2001). Sin embargo, esto no es del todo cierto: para ello bastaría con hacer una revisión de la normativa relacionada con los Servicios Públicos, el Mercado Público de Valores o la Regulación Bancaria, para ver cómo tal afirmación no debe entenderse literalmente, en la medida en que tal normativa articula tanto el discurso económico como el jurídico.

Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando nos desplazamos de los aspectos relacionados con las normas, hacia el plano de las decisiones judiciales, en las que prevalece la aplicación de la ley frente a las consideraciones de carácter económico. Uno de los puntos centrales de tal discusión ha sido el papel que ha desempeñado la jurisdicción constitucional al momento de tomar sus decisiones y cómo estas terminan afectando la asignación de recursos en la sociedad (Núñez Trujillo, 2005).

Durante largo tiempo, se ha hablado mucho sobre la necesidad de realizar un diálogo integrador entre el Derecho y la Economía, y una de las aristas de ese debate es lo que se refiere a las decisiones judiciales. Lo anterior ha generado discusiones académicas tanto desde el punto de vista de la

Economía como del Derecho, en las que se hizo evidente que algo ocurría cuando los jueces tomaban decisiones con consecuencias económicas. Para los economistas, los jueces no estaban teniendo en cuenta las implicaciones económicas de sus fallos[1] y para los jueces la realización material de los contenidos de la Constitución Política estaba por encima de cualquier consideración de orden económico, que cuando se trataba de derechos fundamentales pasaban a un nivel inferior de la discusión[2].

Ante estas posiciones, también surgieron voces señalando que la discusión entre Derecho y Economía, sus distancias y posiciones que podrían ser irreconciliables, no hacían parte de un lenguaje radical y que desde la perspectiva de la integración entre el pensamiento deontologista y el consecuencialista podrían encontrarse maneras de articular adecuadamente los discursos del Derecho y la Economía (Lamprea M., 2006: 83 y ss.) y que el diálogo entre ambos puede ser constructivo (Cepeda Espinosa, s.f.).

En este punto, es pertinente recordar que las decisiones que toman los jueces constitucionales tienen un ámbito de aplicación y de decisión diferente al de la justicia ordinaria, en la medida en que sus decisiones no están basadas sobre un modelo estricto de reglas, sino que tienen que ver con la interpretación y aplicación de la Constitución que en sus contenidos no tiene una estructura condicional hipotética como la de las reglas, sino que se expresan mediante la estructura de principios, cuya relación de procedencia es necesario delimitar al momento de su aplicación, con juicios en los que se utiliza la ponderación como metodología para establecer el grado de afectación o no satisfacción en los casos en los que se presente colisión.

---

1 Algunos ejemplos de esto pueden verse en: Clavijo (s.f.); Clavijo (s.f.a); Kalmanovitz (s.f.); Kalmanovitz (2001); Núñez Trujillo (2005).

2 Corte Constitucional. Sentencias C-409 de 1994, C-461 de 1995, C-529 de 1996, C-756 de 2004.

La Corte Constitucional ha concebido nuestro sistema jurídico como un sistema de características "hartianas" en las que la Carta Magna es nuestra norma de reconocimiento y dota de validez a todas las demás normas en el ordenamiento jurídico, independiente de su estructura, es decir si son reglas o principios y sin reparar si están consagrados dentro del texto constitucional o no[3]. En lo que en palabras de Gustavo Zagrebelsky (2005: 40-46) se denominan los "Estados Constitucionales de Derecho" conviven armónicamente las reglas y los principios y la articulación de los mismos, se convierte en una manera de acercar el Derecho a su realización material en contenidos de justicia.

Los conflictos en la aplicación del Derecho en sede judicial, cuando se trata de estrictas reglas, es posible resolverlos a través de la aplicación de las máximas en cuanto a temporalidad, especialidad y jerarquía; sin embargo, tal situación no es predicable de los principios a los cuales no es posible aplicar tales reglas, dada la ausencia de una estructura condicional hipotética en ellos. En tales casos es necesario recurrir a un mecanismo que permita determinar la manera de encontrar las relaciones de precedencia entre un principio y otro. Es en ese momento cuando la ponderación aparece como una metodología para resolver las colisiones que se dan entre principios.

La ponderación por ella misma no constituye la solución definitiva a los problemas que se suscitan en los operadores jurídicos, pero se ha convertido en una herramienta de común utilización dentro de las decisiones judiciales, en especial las proferidas por la Corte Constitucional, que en reiteradas ocasiones ha recurrido a ella (Bernal Pulido, 2006: 97), más aún cuando encontramos que dentro del ordenamiento jurídico colombiano son los derechos funda-

---

3 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995.

mentales el ejemplo más evidente que tenemos de lo que son los principios (ídem).

De otra parte, encontramos que uno de los ámbitos en los que concurren el Derecho y la Economía es el Análisis Económico del Derecho, como una metodología que si bien a juicio de algunos autores es de muy difícil recibo en nuestro medio jurídico (Rubio, 2007: 34 y ss.), poco a poco se ha venido haciendo camino dentro de la aplicación del Derecho y de las decisiones judiciales y que con certeza de alguna manera podrá contribuir a dar respuestas a las necesidades prácticas en materia de interpretación y aplicación del Derecho (López Medina, 2007: 460).

Es en este escenario en el que pretendemos adelantar nuestro trabajo de investigación, a fin de establecer la existencia de las relaciones entre Derecho y Economía desde la perspectiva de la decisión judicial y en especial en el ámbito constitucional. Para lograr esto, estudiaremos la posibilidad de integrar elementos consecuencialistas del Análisis Económico del Derecho a la ponderación entre derechos fundamentales, para luego emprender un ejercicio práctico en el que daremos aplicación a los elementos del Análisis Económico del Derecho que puedan resultar integrables.

Para ello desarrollaremos el presente trabajo en tres grandes ejes temáticos: el primero se refiere a las decisiones judiciales y a la ponderación, en el cual haremos un estudio de lo que son las decisiones basadas en reglas y la subsunción, para así encontrar las diferencias con la aplicación de los principios en el Derecho, la ponderación, su concepto, sus características, su estructura y las críticas que a ella se le formulan, para de esta manera delimitar el marco sobre el cual integraremos los elementos del Análisis Económico del Derecho (aed).

El segundo tiene que ver con las relaciones que pueden existir entre la ponderación y el Análisis Económico del Derecho, para lo cual haremos una descripción de las formas de pensar desde la perspectiva jurídica y económica, las

diferentes escuelas y herramientas del AED que puedan ser de utilidad para el presente trabajo y la determinación, si a ello hay lugar, de los posibles elementos del AED que podrían integrarse a la ponderación a través de la Ley del Peso.

Finalmente, haremos una aplicación práctica de la ponderación integrada con elementos del AED, sobre las decisiones proferidas por la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, en los cuales, metodológicamente, presentaremos primero la ponderación realizada por los jueces en cada uno de los casos estudiados y luego la ponderación junto con los elementos del AED que puedan resultar integrables y así ver qué ocurre con la decisión judicial al involucrar tales variables y determinar si el AED aplicado de esta manera puede resultar una herramienta útil para la decisión judicial.

Todo lo anterior está encaminado a contribuir a la construcción de un discurso interdisciplinar que permita involucrar a las decisiones judiciales en materia de derechos fundamentales, además de los criterios propios de la ponderación como parte integrante del principio de proporcionalidad en el Derecho, criterios de AED que con seguridad brindarán más elementos de juicio al momento de tomar una decisión. Las diferencias, en lugar de ser agentes de distanciamiento, son elementos que enriquecen cualquier discusión académica en especial dentro del ámbito de la decisión judicial.

1. LA PONDERACIÓN

La ponderación es un mecanismo con el que es posible determinar, ante la colisión de dos principios en conflicto, cuál de ellos tiene un peso superior y permite establecer el grado de protección o de afectación de un derecho en un caso concreto. Dicha ponderación está relacionada con el principio de proporcionalidad en la aplicación del Derecho y, como se verá más adelante, hace parte del instrumental decisional al que recurren nuestros jueces, en especial los jueces constitucionales a la hora de tomar decisiones dentro del ámbito de los conflictos entre derechos fundamentales.

1.1. Las decisiones judiciales a partir de principios

Las decisiones judiciales han dejado de ser en la práctica una simple copia exacta de la ley (Kaufmann, 2006: 113 y ss.), para darle paso a una interpretación y adjudicación del Derecho más amplia, en la que tienen cabida los principios. Esto encuentra su fundamento en los trabajos de Alexy y Dworkin[4], los cuales han tenido una gran influencia en las ideas acerca de la aplicación del Derecho en los Estados

4 A lo largo del trabajo se reseñarán las obras de estos autores respecto de la aplicación de los principios dentro del Derecho; sin embargo, una exposición sucinta pero precisa de la importancia de los principios dentro de las decisiones judiciales se puede encontrar en Zagrebelsky (2005: 109 y ss.).

actuales, en los que de alguna manera se ha visto cómo los principios empiezan a convertirse en un criterio de gran peso a la hora de tomar decisiones en Derecho.

1.1.1. La decisión judicial

Existen dos expresiones que en el ámbito jurídico suelen usarse de manera sinónima: la primera es la decisión jurídica[5] y la otra es la decisión judicial. Sin embargo, es posible trazar una diferencia entre esas dos expresiones, la primera de las cuales se refiere a la labor de los juristas en general, independientemente de si se encuentran en tal o cual extremo procesal o si se desempeñan como asesores o como jueces; la segunda, compone una labor más específica que puede ser parte de la primera y atañe estrictamente a los juristas que se encuentran dentro del ámbito de la decisión judicial.

Por decisión judicial, en términos muy generales, podemos entender una decisión de fondo tomada por un juez, que termina una controversia jurídica, inicialmente por lo menos entre dos partes, que a lo largo de un proceso, independiente de su trámite, han tratado de reivindicar sus posiciones, las cuales por lo general están enfrentadas (Rentería, 2002: 33). Esta definición, si bien tiene un carácter rudimentario, en todo caso permite ubicarnos en uno de los ejes principales sobre los que gira la presente investigación: la decisión judicial. La literatura es abundante en cuanto a las clases de decisiones judiciales que puede haber, más aún si se trata desde la perspectiva misma de la práctica

---

5 Manuel Atienza define la decisión jurídica como los actos a través de los cuales se interpretan y aplican enunciados jurídicos a casos específicos, ya que el resultado de tal actividad consiste en proponer o establecer decisiones. Para una mejor aproximación a los temas de la decisión judicial, se puede ver Wróblewski (2003); García Amado (2010); Iglesias Vila (1999: 249 y ss.); Atienza (s.f.: 4).