



unab

Universidad Autónoma de Bucaramanga

FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS

VIGILADA MINEDUCACIÓN

ISSN 2619-5054 Electrónico

VI JORNADA DE DERECHO CONSTITUCIONAL

INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

ABRIL 13 Y 14

MEMORIAS



Rodrigo Parada R.
ABOGADOS S.A.S.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

VI Jornadas de Derecho Constitucional. Intervención del Estado en la economía

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Bucaramanga, abril 13 y 14 de 2018

ISSN digital 2619-5054

ALBERTO MONTOYA PUYANA

Rector

EULALIA GARCÍA BELTRÁN

Vicerrectora Académica

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA

Vicerrector Administrativo y Financiero

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

CAMILO E. QUIÑÓNEZ AVENDAÑO

Editor y coordinador del evento

JOSÉ OSCAR MACHADO ROMERO

Corrector de estilo

IDEAS COMUNICACIÓN

Diagramación

PUBLICACIONES UNAB

Producción

Universidad Autónoma de Bucaramanga

Avenida 42 N° 48 -11

Bucaramanga, Colombia

www.unab.edu.co

Las opiniones contenidas en esta obra, no vinculan la Institución, son exclusiva responsabilidad de los autores, dentro de los principios democráticos de la cátedra libre y la libertad de expresión consagrados en el artículo 3º del Estatuto General de la Corporación Universidad Autónoma de Bucaramanga. El material esta publicación no puede ser reproducido sin autorización previa de la Universidad Autónoma de Bucaramanga

Presentación

El programa de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UNAB ha desarrollado la **VI Jornada de Derecho Constitucional** los días 13 y 14 de Abril de 2018 en la ciudad de Bucaramanga. En esta ocasión el tema que nos reúne es la intervención del Estado en la economía.

Hemos tenido la presencia de prestigiosos académicos, uno internacional y cuatro nacionales, que han compartido con nosotros sus estudios y conclusiones acerca de algunas temáticas en las que se concreta la intervención estatal en la economía.

Somos conscientes de la importancia de fomentar el estudio del Derecho en la región, no solo para nuestros estudiantes, sino para la comunidad interesada en temas jurídicos de impacto regional y nacional. Estamos seguros de que esta iniciativa genera un espacio académico de reflexión en torno a la constitucionalización del Derecho.

Invitamos a los lectores a conocer los temas tratados en esta jornada de estudio e incorporar los aportes disciplinares a la producción, interpretación y aplicación del Derecho en Colombia.

Camilo E. Quiñónez Avendaño
Organizador



Tabla de contenido

| | |
|--|------------|
| Conferencia Introductoria: Intervención jurídica en la economía Camilo E. Quiñónez Avendaño | 4 |
| La intervención en la economía a través de normas: Contextos y encrucijadas de la regulación Manuel Calvo García | 10 |
| Constitución, mercado y protección al consumidor Juan Carlos Villalba Cuéllar | 44 |
| Intervención económica, deslegalización del derecho y desregulación de los mercados Juan Pablo Buitrago León | 59 |
| Tensiones constitucionales en la justicia transicional Fabio Andrés Camargo Gualdrón | 90 |
| Modelo económico constitucional en la operatividad del sistema de protección social Jorge Luis Restrepo Pimienta | 107 |

Conferencia Introductoria

Intervención jurídica en la economía

Camilo E. Quiñónez Avendaño¹

¹ Profesor Asociado Universidad Autónoma de Bucaramanga
Investigador Grupo de Investigación en Hermenéutica Jurídica

Una mirada a la intervención del Estado en la economía desde el Derecho Constitucional, es el tema que mantendrá nuestro interés durante la sexta Jornada de Derecho Constitucional. La perspectiva de análisis que nos guía, reconoce que el mercado, como principal concepto de la economía, se encuentra determinado por instituciones jurídicas, políticas, estructuras sociales y procesos culturales.

En particular, los estudios sobre la intervención estatal en la economía han tenido como referente el debate teórico construido en torno al interrogante: ¿quién debe controlar las fuerzas de la economía: el mercado o el Estado?

En este debate teórico identificamos dos líneas de pensamiento: i) Las fuerzas de la economía las controla el mercado, aquí la línea de pensamiento de Adam Smith conocido por su obra Una investigación sobre la naturaleza y causa de la Riqueza de las Naciones publicada en 1776; y ii) Las fuerzas de la economía las controla el Estado, conforme a los aportes de John Maynard Keynes, con su Teoría General de la Ocupación, el interés y del dinero, publicada en 1936.

El diseño y ejecución de nuestro evento reconoce que las fuerzas de la economía las controla el Estado, con instrumentos: la regulación y la inspección, vigilancia y control.

El sustento teórico de nuestro evento se complementa con otras líneas de pensamiento:

De una parte, una cita tomada del Leviathan, de Tomas Hobbes, “Necesitamos reglas en la sociedad porque sin ellas la vida sería solitaria, pobre, sucia, brutal y corta”. De otra, una cercana a nuestros días, es la cita de Joseph Stiglitz, tomada de su obra los Felices noventas, con quien reconocemos que “aun cuando los mercados están en el centro de nuestra economía, si los dejamos funcionar solos, no siempre funcionan como

debieran; porque no son ninguna panacea y porque el gobierno siempre será un aliado relevante para ellos².

Asumimos que la intervención estatal en la economía: i) No se opone a una economía capitalista de mercado, la intervención estatal pretende darle forma y estructurarla en función de los cambios de la sociedad imponiendo un orden jurídico de la economía; de igual forma reconocemos que, ii) La intervención representa una iniciativa política que se apoya en argumentos filosóficos y técnicos.

En estos dos ejes ubicamos nuestra primera conferencia, del invitado internacional, Dr. Manuel Calvo García, quien disertará sobre la intervención del Estado en la economía y en las relaciones sociales, someterá a evaluación el papel del Estado y los contextos de la regulación y formulará algunas reflexiones críticas de la intervención a través de normas jurídicas.

Estudiar la intervención del Estado en la economía constituye un llamado a que el Estado abandone su papel de “gendarme” y que use la regulación como un instrumento de programación económica, para ocuparse, entre otros, de los siguientes temas: Producción, distribución, utilización y consumo de bienes; calidad de bienes y servicios; prestación de servicios públicos y privados; trabajo, relaciones laborales, seguridad social integral; propiedad, libertades económicas (Libertad de empresa y libre competencia económica); explotación de los recursos naturales; uso del suelo; actividad financiera, aseguradora, bursátil y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público, y atención en salud.

En estas áreas de intervención ubicamos las conferencias de nuestros invitados nacionales:

2 STIGLITZ, Joseph. Los felices 90. La semilla de la destrucción. Rosés S.A, Madrid, 2003, página 16

El Dr. Juan Carlos Villalba Cuéllar nos guiará por uno de estos caminos que concretan la intervención estatal en la economía: la protección al consumidor. En su intervención reconoceremos que los consumidores juegan un papel en el desarrollo de la economía y que la protección de los mismos es una directriz constitucional, orientada a preservar la confianza por parte de ellos en el mercado.

Otra área, de la que podemos extraer los rasgos distintivos de la intervención estatal, es el sector financiero, aquí queremos mostrar una intervención estatal reforzada, con fisonomía diferente al sector real de la economía. La importancia económica del sector, la confianza pública en el mercado financiero y la protección de ahorradores e inversionistas, son temáticas que no son ajenas a nuestra Constitución Política. Aquí el Dr. Juan Pablo Buitrago León será el encargado de conducirnos hacia otra manifestación del intervencionismo estatal.

Las ponencias de nuestros estudiantes, que se presentarán en la jornada, tienen como eje la protección del sector de la ganadería, los recursos naturales, y el uso del suelo, El principio de desarrollo económico sostenible, adoptado por la Constitución Política de 1991, es el punto de encuentro entre el contenido de las ponencias y la temática de estas jornadas de Derecho Constitucional.

Nuestro evento se extiende a reconocer la intervención estatal en la economía en otras dos áreas, la protección social y la justicia transicional.

En la primera, reconocemos que en nuestra Constitución Política existen elementos que configuran un Sistema de Protección Social del que forman parte el aseguramiento y la asistencia social. Asimismo, destacamos la existencia de mandatos constitucionales para ayudar a personas, familias y comunidades a

manejar el riesgo y apoyar a las personas en situaciones de vulnerabilidad. Esta manifestación de la intervención del Estado es el tema a cargo del Dr. Jorge Luis Restrepo Pimienta, en la primera conferencia de mañana sábado.

Aquí, vale la pena recordar, como dato curioso, que Jean Charles Sismonde de Sismondi, con su obra Nuevos principios de economía política, publicada en 1819, fue el primero en declararse partidario de una nueva política económica intervencionista guiada por una justicia económica y social.

Nuestras jornadas cierran con Justicia transicional. En esta temática la intervención estatal en Colombia se concreta con la expedición del Acto Legislativo número 1 de 2012, el cual se integra a la carta política para crear un sistema de reparación integral a las víctimas del conflicto armado, y nos permite una transición del conflicto armado hacia la paz, también nos permite insertar en nuestro lenguaje jurídico la expresión “justicia transicional”.

La migración del campo a la ciudad, derivada del despojo de tierras o del desplazamiento originado en el conflicto armado, genera efectos en el plano económico que el Estado colombiano ha decidido intervenir, mediante la creación de organismos y procedimientos especializados que actúan con lineamientos técnicos, operativos, sociales, sustanciales y procesales, trazados por la Constitución Política colombiana y desarrollados en disposiciones de orden legal.

El parámetro constitucional está orientado, entre otros aspectos, a generar mayores niveles de bienestar y mejora en la calidad de vida, a recuperar el arraigo rural, a incentivar la producción de materias primas, alimentos y productos para abastecer el mercado nacional facilitando el retorno de aquellas familias a las que se les restituye su derecho sobre la tierra.

En la aplicación de la normativa constitucional, los funcionarios administrativos y judiciales se ven enfrentados a ciertas tensiones entre las directrices constitucionales insertadas con el A.L número 1 de 2012 y los demás textos constitucionales. Estas tensiones son el tema de reflexión por parte de nuestro invitado a la última conferencia, Dr. Fabio Andrés Camargo Gualdrón.

Hemos querido ofrecer un evento académico de conocimiento, análisis, reflexión y crítica que muestre a la comunidad académica la Constitucionalización del Derecho, como tendencia, doctrina, escuela o línea de pensamiento, que nos invita a ver el Derecho como un sistema en el que el legislador es un portavoz de las directrices o lineamientos constitucionales, un mundo del Derecho donde en palabras del profesor Juan Antonio García Amado, “la constitución es la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y de los jueces, los traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas, sin asomo de subjetivismo ni desfiguración por intereses políticos o gremiales”³.

Deseamos mostrar un constitucionalismo económico, reconocer la existencia de un Derecho Constitucional económico, como un instrumento que permite declarar los fines sociales del Estado, incorporar la existencia de derechos sociales, económicos y culturales como prestaciones de carácter programático, fijar un orden jurídico de la economía, que da forma a un orden público económico con normativa de textura abierta a la que, en algunos casos el legislador y en otros el gobierno, les fije su contenido; un constitucionalismo económico en el que el Estado social de Derecho sea la llave maestra.

2 GARCIA AMADO, Juan Antonio. El Derecho y sus circunstancias: Nuevos ensayos de filosofía Jurídica, Editorial Externado de Colombia, Bogotá, 2010, página 133.

La intervención en la economía a través de normas: Contextos y encrucijadas de la regulación

Manuel Calvo García

Universidad de Zaragoza

Presentación

El estado, según la ideología liberal, solo tendría funciones negativas, de mero árbitro o gendarme del juego social. Debería dejar hacer sin interferir en las relaciones sociales ni económicas. O mejor dicho, tomar las iniciativas necesarias para garantizar exclusivamente la plena realización de las leyes "naturales" del orden social y del mercado que se organizaría en virtud de una "mano invisible" -- según la conocida imagen de Adam Smith. Las funciones del derecho, en este sentido, se concebían desde una perspectiva meramente negativa, como *funciones de vigilancia y control* encaminadas a mantener los fundamentos del orden social (Calvo García 2002: 60-61).

Sin embargo, las sendas que ha recorrido la evolución del derecho a lo largo del siglo XX están relacionadas con la utilización del sistema jurídico con fines intervencionistas. Para ello, el derecho se ha visto obligado a experimentar con nuevas formas de regulación legal con el fin hacer frente a las demandas que plantea la intervención jurídica en la economía y en las relaciones sociales. Surge así el denominado derecho regulativo, que se convierte en el instrumento para afrontar, primero, los riesgos económicos; y, en una segunda fase, los riesgos sociales.

El crecimiento que experimentan el estado y el derecho regulativo despierta las suspicacias del liberalismo científico y político, recelo que se agudiza a partir de los años 70 del siglo pasado momento en el que los ataques al estado regulativo se suceden desde ambos frentes. Como consecuencia, el auge de las políticas neoliberales cuestionó e impulsó alternativas desreguladoras y una profunda transformación de los instrumentos regulativos, abriendo paso al denominado *estado post-regulativo*, en el que la autorregulación y otras formas alternativas a la regulación estatal van cobrando gran relevancia. Además, el auge de la globalización económica en las últimas décadas del siglo pasado impulsó una regulación económica global al margen del derecho regulativo de los estados.

Hablar de *regulación* -mejor, quizá, que de derecho regulativo- a partir de las últimas décadas del siglo XX implica explorar las nuevas sendas de este fenómeno en el estado post-regulativo y en la regulación económica global¹. Este abordaje nos situará ante un panorama de gran complejidad, donde la regulación estatal persiste; pero en el que se habrían abierto espacios muy importantes para técnicas regulativas mixtas o exclusivamente privadas. Un modelo impuesto por las políticas neoliberales y que se expande globalmente, pero que ha sido profundamente cuestionado a raíz de la crisis financiera de 2007 y la subsiguiente crisis económica de 2008. Por ello, revisaremos las nuevas técnicas regulativas a la luz de las repercusiones de la crisis y nos plantearemos si a la luz de las experiencias de las crisis estas nuevas técnicas son suficientes para hacer frente a los graves riesgos económicos y sociales que se plantean en estos supuestos.

Para finalizar este trabajo, las consecuencias de la crisis y el fracaso de los nuevos instrumentos regulativos nos llevarán a cuestionar si no se ha enterrado demasiado pronto la regulación estatal y si no resultaría oportuna una vuelta a los planteamientos regulativos tradicionales, corrigiendo los supuestos desajustes e ineficiencias de aquel modelo: captura regulativa, crecimiento desmedido de la burocracia, etc. En este sentido, en unas reflexiones finales, se revisarán los pros y los contras y las sendas de futuro de la regulación privada, la regulación estatal y la gobernanza global.

1. La intervención del estado en la economía y en las relaciones sociales: El estado regulativo

La evolución hacia el modelo jurídico intervencionista –frente a los postulados del liberalismo clásico– se produjo en fases sucesivas que respondían a necesidades

¹ El primer problema que se nos planteará es terminológico. De entrada no está claro que hoy en día todo lo que llamamos “regulación” sea derecho, sin embargo el acarreo histórico hace que utilicemos de modo genérico en término “derecho regulativo”. Este uso quizá tenía pleno sentido en las primeras fases de la “regulación” basada en el modelo ‘*command and control*’ (CAC) basado en la producción de reglas coercitivas respaldadas institucionalmente por organismos estatales o agencias dotadas de autoridad normativa y mecanismos de control positivo y negativo. Sin embargo, en el ámbito de lo que hoy llamamos regulación no está claro que todo sea derecho y que la autoridad que respalda algunas técnicas regulativas tenga un reconocimiento jurídico.

características de cada periodo². Los orígenes del derecho regulativo en EE. UU, entendido este concepto en sentido estricto, esto es, como regulación “económica”, se sitúan ya a finales del siglo pasado. Desde que en 1887 se crea la Comisión de Comercio Interestatal –*Interstate Commerce Commission*–, este tipo de comisiones independientes dirigidas a controlar mediante el desarrollo de instrumentos normativos y burocráticos determinados aspectos de las relaciones económicas fueron ganando espacios, que eran sustraídos, obviamente, a las leyes del mercado con el fin de proteger intereses generales frente a los abusos y a los propios desequilibrios del sistema. La regulación pública de la economía y su control mediante comisiones independientes se convirtió en uno de los fenómenos más significativos de la evolución política estadounidense. El control sobre ciertas prácticas industriales y financieras pasó a ser con el paso de los tiempos una actividad administrativa “normal”, aunque fuertemente criticada en todo momento desde algunos puntos de vista (Bernstein 1955: 3 ss.).

Los primeros instrumentos regulativos surgen como respuesta a demandas de racionalización del sistema económico, orientándose hacia políticas de corrección de las imperfecciones del mismo y de restauración de las propias reglas del mercado. Surgen pausadamente y sus objetivos de estabilidad económica y social pueden definirse como generales. La primera gran marea regulativa, sin embargo, se produce en los años treinta y coincide precisamente con la resaca de la gran depresión económica vivida como consecuencia del *crack* de 1929 que llevó a la bancarrota a un número elevado de instituciones financieras norteamericanas y a la desesperación a otro infinitamente mayor de ciudadanos de ese país. Los objetivos regulativos en este periodo son tanto generales como particulares. Por un lado, se intenta superar la sensación de fracaso de un sistema de economía de mercado basado en los principios de libre empresa y competencia. Por otro, se busca rescatar ciertos sectores financieros o industriales o, incluso, ciertas industrias en concreto de la desestabilización producida como consecuencia de la crisis, ya sea para favorecer y racionalizar su recuperación industrial o para buscar la protección financiera de otros agentes económicos y de los ciudadanos (Bernstein 1955; Vietor 1994).

2 En este apartado hemos utilizado libremente textos de Calvo García 1998, 2005.

La regulación económica fue saludada como el soporte fundamental de una nueva época de prosperidad que se prolongaría hasta finales de los años sesenta. Desde los años treinta, en líneas generales, el intervencionismo económico del estado se incrementó exponencialmente, al tiempo que se desarrollaban sus bases intelectuales en la senda trazada por la *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* de John Maynard Keynes (1987). El keynesianismo opera en el campo de la inversión y la producción buscando asegurar la estabilidad mediante la intervención en la economía y es fundamental a la hora de “legitimar” la intervención estatal en el plano de la teoría económica. Por lo demás, el entreveramiento de la redistribución y la compensación social con el desarrollo del estado del bienestar alumbraría un nuevo estadio en la evolución económica y social basado en el progreso y la justicia social.

En los años sesenta, sin embargo, comienzan a oírse las primeras voces críticas (Noll y Joskow 1981), que coinciden –y, quizá no por casualidad– con el inicio de otra importante oleada regulativa (Harris y Milkis 1989: 92 ss.; Horwitz 1989: 76 ss.). Este nuevo ciclo, además, presenta características muy diferentes con respecto a los anteriores. Los actuales instrumentos de intervención jurídica atañen al bienestar físico –o incluso moral o estético– de las personas, yendo más allá de la protección de intereses puramente económicos o de la racionalidad del sistema. En este sentido, comienza a hablarse de una “regulación social”³, como algo distinto de la “regulación económica” tradicional, para referirse a los procesos intervencionistas con fines de protección de la salud y la seguridad –consumo, accidentes y salud laboral, etc.–; el medioambiente –aguas, polución ambiental, protección de animales y plantas, etc.–; protección frente a los nuevos riesgos tecnológicos y naturales –catástrofes, seguridad nuclear, etc.–; superación de las discriminaciones en la educación, el empleo y el acceso a la vivienda, etc.

3 Una aproximación bastante clara al concepto de regulación social puede encontrarse en Reagan (1987: 17 s., 85 ss). El uso del concepto “regulación social” se impone como el más generalizado, pero también se sugiere la posibilidad de usar el término “regulación moral” --*morality regulation*-- (Reagan 1987: 88), o se habla de “regulación protectora” --*protective regulatory laws, protective regulation*-- (Bardach y Kagan 1982, p. 3 ss.).

La regulación social busca proteger a los ciudadanos estableciendo pautas de comportamiento obligatorias para los agentes económicos y sociales privados y sometiendo sus actuaciones a un control público permanente. La intervención estatal que promueve la regulación social va mucho más allá del control de precios y servicios, de las limitaciones de acceso a un sector industrial o utilidad pública o de la supervisión de los riesgos financieros que habían caracterizado a las iniciativas de regulación económica tradicional. Desde el punto de vista de la economía, por ejemplo, la intervención regulativa con fines de protección de la salud, la seguridad y el medio ambiente va a repercutir en prácticamente todos los sectores productivos; al mismo tiempo en los procesos regulativos a través de los que se despliegan las nuevas estrategias de intervención se amplían considerablemente: el control positivo que se torna más complejo y se multiplica exponencialmente, al tiempo que el control negativo se abre cada vez más a la negociación y a la composición (Hawkins 1984).

El alto rendimiento político y bajo coste económico que la regulación social tiene para el estado va a multiplicar el crecimiento del entramado regulativo a partir de mediados de los sesenta, momento en el que, como se ha apuntado, comienza a fraguarse también el amplio movimiento de crítica que se opone a la regulación. Al decir de los críticos, la regulación social obliga a esfuerzos económicos importantes a las empresas productoras y genera graves recelos desde el punto de vista de la competencia: discrecionalidad, escasa y desmedida flexibilidad a la vez, sensibilidad a las interferencias políticas y a las presiones de los grupos de interés, etc. De ahí la virulencia de las críticas de los economistas neoliberales y la cruzada anti-regulativa que se desencadenará en los años setenta.

La “regulación social” se aproxima al fenómeno más general de la legislación compensatoria y promocional del estado del bienestar. A veces, incluso, ese término se utiliza para hacer referencia a las formas y dinámicas jurídicas mediante las que se realizan algunas políticas sociales y, más aún, para identificar el derecho regulativo no subsumible dentro de la rúbrica clásica de la regulación económica. Cuestiones terminológicas aparte, en muchos países, el otro pie del derecho regulativo se asocia comúnmente con el desarrollo del estado del bienestar. O mejor dicho, con una forma determinada de intervención estatal

encaminada a garantizar unos mínimos asistenciales y redistributivos y a la realización de ciertos valores y objetivos sociales básicos. En este sentido, quizá no sea tan temerario haber forzado el concepto “derecho regulativo” para referirse a un nuevo tipo de derecho “instrumental” que caracteriza el más reciente peldaño de la evolución legal, marcado por la simbiosis del intervencionismo económico y social del “estado regulativo del bienestar” -- *welfare-regulatory state* (Teubner 1983).

Las demandas sociales habrían obligado a los estados “desarrollados” a asumir funciones asistenciales y compensatorias para garantizar ciertos mínimos de bienestar y servicios mediante la gestión estatal directa o indirecta de políticas sociales. A lo largo de este siglo, se han tenido que desviar paulatinamente un mayor número de recursos encaminados a generar fuerzas e instituciones públicas o semipúblicas dirigidas a compensar los profundos desequilibrios que el propio sistema de desarrollo económico y social generaba y a garantizar unos mínimos de bienestar social. El estado se vio obligado a intervenir en la vida y en las relaciones de individuos y grupos con fines de redistribución de los bienes sociales y para asegurar unos mínimos de bienestar: sanidad, educación, subsidios mínimos, etc.

Esta evolución va a tener consecuencias importantes desde la perspectiva de la estructura del derecho. La primera mudanza que se constata desde el punto de vista de la fisonomía de las estructuras jurídicas es su utilización como medio para la realización de políticas intervencionistas orientadas a la promoción de fines, valores e intereses sociales. En segundo lugar, como consecuencia del intervencionismo y la “materialización” del derecho, se produce una auténtica explosión legislativa, una auténtica avalancha de normas. No es sólo que la complejidad de los fines perseguidos y las propias materias reguladas conduzcan directamente a una sobreabundancia de normas. Además, dado que en buena medida el derecho regulativo tiene fines protectores y tendentes a evitar riesgos, como la sanción no evita el daño, el nuevo modelo jurídico busca anticiparse a los riesgos, lo cual obliga a un esfuerzo de previsión y a la extensión de los mecanismos de control. Lo cual tiene unas repercusiones claras: más

normas y más burocracia. Además, esta evolución dará origen a un bucle que crece exponencialmente la burocratización de los mecanismos de realización del derecho, propiciará a su vez una dinámica que hará necesarias más y más reglas y el aumento del entramado normativo requerirá más burocracia⁴. Una dinámica que aterra a los neoliberales, académicos y políticos, que además especulan sobre las “capturas” de la regulación lo cual hace doblemente peligrosa esta tendencia al crecimiento normativo y burocrático del estado.

El aumento de la cantidad no trae aparejada mayor calidad, sino más bien al contrario. En la praxis se puede constatar una profunda degradación de los instrumentos de producción de normativa, tanto desde el punto de vista de las técnicas legislativas como desde el punto de vista de la “relevancia” de los instrumentos utilizados. Si en los instrumentos de la legislación primaria lo que encontrábamos eran principios y reglas, en la legislación secundaria el panorama se completa con el recurso a reglas técnicas y estándares. La legislación terciaria –que es donde se produce la auténtica avalancha “normativa” o “pseudonormativa”⁵– es la que incorpora instrumentos regulativos que incluyen nuevas reglas técnicas y estándares muy abiertos a una implementación controlada, por una parte, y discrecional, por otra, que difícilmente encajan con el formalismo jurídico tradicional: directrices procedimentales para el control positivo y negativo, guías interpretativas, bases, baremos, recomendaciones, códigos de buenas prácticas, etc. (Baldwin 1996: 80 ss.).

Hay otra cuestión importante relacionada con el contenido de las normas regulativas que llama la atención: la incorporación de “saberes” ajenos al ámbito de lo jurídico al contenido del derecho regulativo. Para intervenir con fines de protección del medioambiente o la salud del consumidor, por ejemplo, se

4 Este es un fenómeno que ha sido profusamente estudiado y que responde tanto a exigencias procedimentales, como de autodefensa del operador encargado de su aplicación que necesita el respaldo de reglas que cubran todas sus decisiones.

5 La normativa interna que exige el entramado burocrático sobre el que descansa la realización del derecho regulativo se multiplica exponencialmente y se “desformaliza” hasta darse el caso de que muchas de las medidas de fomento y promoción de los fines y objetivos regulativos se plasman concretamente en instrumentos *pseudonormativos*. Una práctica orientada a aumentar la flexibilidad a las burocracias que gestionan programas y agencias regulativas al tiempo que se cierra el acceso a las formas tradicionales de control jurídico—incluido en ocasiones el control judicial.

necesita incorporar conocimientos científico-técnicos, biomédicos y sociales al contenido de las normas jurídicas. Igualmente, cuando se regula el desarrollo de políticas sociales también será necesario contar con los saberes de disciplinas adecuadas para evaluar las condiciones que hacen posible u obligatoria la intervención de los poderes públicos para prestar la asistencia requerida o reestructurar las instituciones y las dinámicas sociales afectadas. De esta manera, tras la apariencia formal de los instrumentos normativos y pseudonormativos del derecho regulativo, podemos encontrarnos con un contenido "material" encerrado en normas aparentemente formales cuya realización exige, entre otras cosas, la disposición y el manejo de medios e instrumentos de control complejos y sofisticados, la incorporación de "otros expertos" y el desarrollo de infraestructuras amplias y también complejas que se tornan condición *sine qua non* de efectividad.

El desplazamiento del derecho desde el ámbito de racionalidad formal soñado por el liberalismo hacia nuevas formas de racionalidad "material" implica, además, cambios importantes desde el prisma de las dinámicas jurídicas. Las normas prohibitivas de contenido abstracto, generales y reforzadas mediante sanciones negativas propias del modelo CAC –*command and control*-- ya no son el único instrumento de este tipo de derecho. Al contrario, surgen nuevos medios y formas de control positivo que promueven un cambio sustancial en la fisonomía del derecho. Como consecuencia, la "aplicación" del derecho orientado a fines conlleva unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal.

La realización efectiva del derecho regulativo exige, en primer lugar, la creación y puesta en funcionamiento del marco jurídico-burocrático de intervención que asuma el desarrollo de los programas y aplicación de las normativas de protección y promoción de valores y fines sociales; lo que obliga a una regulación cada vez más enrevesada y a la "movilización" de amplios medios económicos, institucionales, técnicos y humanos necesarios para la realización de los fines y objetivos regulativos: dotaciones presupuestarias; diseño e

impulso de políticas públicas y programas de intervención; creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención —públicas y semipúblicas—; incorporación de expertos; establecimiento de controles positivos y negativos, evaluaciones, etc.

Este conjunto de actuaciones se denominó, casi de modo generalizado, *implementación*⁶. La complejidad de estos procesos supone la acentuación de la necesidad de desplazar los instrumentos de realización del derecho desde los órdenes y agencias judiciales hasta los nuevos mecanismos regulativos caracterizados por el mayor peso de la Administración. La "administrativización" del derecho es una consecuencia derivada, entre otras razones, de la necesidad de incorporar a las dinámicas del derecho con el que se interviene en las relaciones económicas y sociales competencias técnicas y formas de control positivo y negativo.

Otra de las características del derecho regulativo es la flexibilidad que impregna las dinámicas que lo hacen efectivo y que es inherente a la lógica político-burocrática del estado intervencionista. El derecho orientado a fines introduce en el sistema jurídico amplios espacios de indeterminación "material". Lo cual, de entrada, supone debilitar la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de las aperturas del derecho que, indirectamente, hacían factible el éxito de todo tipo de presiones y criterios de oportunidad. La realización de los fines regulativos solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses sociales. Desde el momento en que tales presupuestos materiales deben orientar las prácticas regulativas, se hace inconcebible hablar de imparcialidad o neutralidad con el significado que estos conceptos tuvieron tradicionalmente, en el marco de un modelo jurídico formalista.

⁶ El uso de este término se generalizó tras la publicación pionera de Presman y Wildavsky (1973), aunque no existe acuerdo sobre el alcance del mismo. Para algunos autores, la implementación se agota en la creación de la infraestructura y las redes organizativas necesarias para la ejecución de lo dispuesto en la ley o en la política pública adoptada; para otros englobaría también los procesos y las dinámicas conducentes a la realización efectiva de la ley; otros destacan la dimensión evaluadora de este concepto; etc.

Los expertos en el funcionamiento de los órganos administrativos han señalado que los agentes burocráticos no operan como pueden actuar los órganos judiciales —tipo ideal decisión jurídica o adjudicación— que se pueden permitir el lujo de intentar buscar la intención del legislador, la única solución correcta. Las burocracias que realizan políticas públicas y sociales tienen que construir las vías y las pautas para realizar los objetivos recogidos en los instrumentos regulativos de un modo razonable. Definir los programas específicos y las pautas de actuación adecuadas para alcanzar los objetivos generales previstos en la legislación regulativa básica es una tarea complicada donde no solo se tienen en cuenta los fines de la ley sino otros criterios como los de eficiencia y efectividad. Las premisas de la actividad administrativa ya no son reglas a cumplir a "rajatabla", sino *recursos* a utilizar desde el punto de vista de su adecuación para ciertas tareas.

La eficacia del derecho, por lo demás, no va a medirse en términos de ajuste o de seguimiento estricto de las normas jurídicas; sino en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos. La lógica del funcionamiento político-administrativo determina que la evaluación de la eficacia del derecho útil tienda a medirse en términos de *logro de objetivos o realización de funciones*. La eficacia no se define por el seguimiento de reglas, sino por el logro de resultados o la realización de funciones. Criterios como los de eficiencia, efectividad y eficacia son consustanciales a las dinámicas regulativas, por lo que parece prudente tomar nota de los mismos y evaluar sus posibles incidencias.

Lo anterior es algo que difícilmente puede ser asumido desde los planteamientos formalistas y dogmáticos del método jurídico tradicional. Quizá, por eso, se ha hablado de que la orientación substantiva del derecho hacia fines regulativos y resultados prácticos acabará provocando la "muerte del derecho" (Teubner 1992). Pero sobre todo choca con los presupuestos del neoliberalismo en auge desde los años 70 del siglo pasado. El derecho regulativo se convirtió en la bestia negra de los discursos neoliberales, tanto en el plano intelectual como en el político. El crecimiento del estado, la "marea" normativa vinculada la

intervención estatal, la consecuente explosión burocrática que provoca, la captura regulativa, las aperturas discrecionales, basadas en la propia flexibilidad regulativa y en la penetración política de la regulación y otras tendencias vinculadas al desarrollo del llamado estado regulativo se sitúan en el punto de mira de los discursos neoliberales.

2. Los nuevos contextos de la regulación

A medida que las políticas y los agentes sociales neoliberales van cobrando fuerza, las iniciativas desreguladoras empiezan a ser la tónica dominante en las estrategias de la acción social y estatal en las dos últimas décadas del siglo XX. El auge de la regulación económica y la social ponía en evidencia un panorama normativo de una gran extensión que no encajaba muy bien ni con la *Teoría del derecho* estándar ni con las formas tradicionales del estado y el derecho liberales. Se hablaba en ese sentido de un desplazamiento desde el *Estado positivo* al *Estado regulativo* (Seidman 1986; Majone 1996; Levi-Faur 2013, 4 ss.). En realidad, en muchos discursos de esa época, la propia identificación de un “estado regulativo” tenía un objetivo claro de crítica al crecimiento “desmesurado” del estado, al aumento de la burocracia y a la marea normativa vinculada al desarrollo de la regulación.

Se abre, así, una nueva época para la regulación. Esta etapa va a estar dominada por el triunfo de las tesis neoliberales, tanto en el ámbito académico como sobre todo en el ámbito de la acción política. Un periodo en el que priman las intervenciones centradas en embates desreguladores y el retroceso de la regulación estatal para ser sustituida por nuevas técnicas de regulación “privadas” o mixtas. Es por eso que, como se advertía más arriba, preferimos hablar de “regulación”, mejor que de derecho regulativo.

2.1. Del estado regulativo al estado post-regulativo

Las dos últimas décadas del siglo XX están marcadas por la generalización de la crítica – teórica y política— al estado regulativo y por apuestas claras a favor de la

“desregulación, aunque paradójicamente en algunos ámbitos la llamada desregulación alentó una nueva marea regulativa⁷. La privatización de utilidades (energías, agua, comunicaciones, etc.) implicaba la necesidad de regular y controlar esos ámbitos abiertos a la competencia, pero muy sensibles desde el punto de vista de la seguridad y el bienestar. La aparente crisis del estado regulativo no se correspondía con la supervivencia y ampliación de las estructuras y los mecanismos regulativos. En realidad, puede hablarse de un desbordamiento de la regulación estatal ampliándose las estrategias regulativas a nuevos contextos y recurriendo a nuevas prácticas (Decker 2015: 65 ss., 189 ss.).

Lo que sí es cierto es que en este periodo pueden constatarse algunas transformaciones técnicas y una retórica generalizada tendiente a poner en solfa el derecho regulativo. Esto aparte, el estado regulativo se mantuvo tanto en términos de crecimiento como de aumento de la complejidad. En este sentido, sí que puede hablarse de un tránsito desde el *estado regulativo* basado en el modelo CAC al *estado post-regulativo* en el que se incorporan los nuevos desarrollos de la regulación estatal y en el que además la regulación estatal se complementa con nuevas técnicas regulativas de carácter privado o mixtas. Técnicas que incluso sustituyen a la regulación tradicional en algunos ámbitos, sobre todo económicos y financieros; pero también en ámbitos como la normalización, códigos de buenas prácticas, autoevaluaciones de impacto medioambiental, etc.

Los nuevos contextos y prácticas del estado post-regulativo no destierran los instrumentos del estado regulador y las técnicas del mandato normativo-control institucional, pero sí que se abren espacios a nuevos mecanismos normativos y pseudonormativos extraordinariamente complejos --emanados de reguladores estatales y no estatales. En realidad, lo que se denomina como “nuevo estado regulativo” (Braithwaite 2000) o estado postregulatorio (Scott 2004) habría surgido como respuesta a las demandas neoliberales y al desarrollo de la regulación económica global.

7 En realidad muchas de las acciones llamadas “desreguladoras” no hacían sino encubrir privatizaciones y aperturas de espacios a la competencia (Calvo García 1998).

Desde los años 80 del siglo XX el neoliberalismo ataca la regulación estatal como el mayor de los males. Además, las crisis del derecho regulativo estatal en el plano local confluyen a partir de los 90 con la explosión de los nuevos instrumentos regulativos que se produce en el plano global, sobre todo en el ámbito de la regulación económica. En definitiva, la retirada del estado y las nuevas técnicas regulativas, privadas en muchos casos, provocan un cambio importante en el panorama de la regulación.

Si bien no se acaba de desterrar la regulación estatal, ni tan siquiera reducirla significativamente; sí que hay un amplio rechazo retórico a la misma y a la implementación estatal de las normas regulativas. En este sentido, se ve como una prioridad el retroceso del “derecho” regulativo y la reducción de la burocracia. Aunque ya no se plantea como defendible la ausencia total de regulación, se acaba sosteniendo la necesidad de evitar la reacción exagerada frente a los nuevos –y viejos— riesgos abriendo paso a la implementación de nuevos sistemas estatales de regulación que pudieran resultar excesivos en términos de aumento de normas y explosión burocrática. Por otro lado, se apuesta por una “regulación ligera” y en la que deben cobrar mayor peso principios y estándares procedentes de los propios agentes sociales; reglas contractuales colectivizadas o individualizadas; procesos de establecimiento de estándares o reglas de normalización; y, en general, los instrumentos regulativos del denominado genéricamente *soft law* (Scott 2004; Garrido 2017: 38 ss.).

A partir de estas transformaciones, estaríamos hablando de “normas” e “implementación de normas” en las que el esquema regulativo en principio se mantiene tanto para la regulación estatal como para los nuevos modelos de regulación privados o mixtos. En este sentido, Scott define la regulación en el estado postregulatorio como “un instrumento de gobernanza estatal o no estatal”. Según esto, podemos pensar en la regulación como cualquier “proceso o conjunto de procesos por el cual se establecen normas, se supervisa el cumplimiento de las mismas o hay una retroalimentación en el sistema, y existen mecanismos para mantener el comportamiento de los actores regulados dentro de los límites aceptables del régimen regulatorio (ya sea coercitivamente o por algún otro mecanismo)” (Scott 2001: 286).

Se va a producir, como consecuencia, un claro “*descentramiento*” de la regulación. Las nuevas técnicas regulativas provocan el desbordamiento de la regulación estatal y nos sitúan ante un panorama de gran complejidad (Black 2001, 2002). De entrada, el derecho regulativo tradicional pasa a ser tan solo una de las técnicas que pueden ser utilizadas. Más aún, en el ámbito regulativo estatal también se han multiplicado las estrategias regulativas. Pero lo que es más significativo en esta transición es el desarrollo de nuevas estrategias y técnicas no estatales de regulación que reafirman esa descentralización y que han llevado a recurrir a nuevas concepciones de gobernanza desde el funcionalismo (Black 2002: 4 ss.; Esteve 2002: 24, 30 ss.) a la gobernabilidad foucaultiana (Black 2002: 5-6) y a asociar las nuevas formas regulativas con el pluralismo jurídico (Black 2002: 29). Aunque sea a vuela pluma, entre esas nuevas estrategias cabe mencionar: la autorregulación –basada en estándares y prácticas, mecanismos contractuales y pseudocontractuales locales y globales–; la metaregulación o regulación regulada, el desarrollo de instituciones reguladoras mixtas basadas en la incorporación –*enrolment*– de asociaciones y “vigilantes” –*gatekeepers*–; etc. También hay que destacar el desarrollo de nuevos mecanismos coercitivos informales vinculados a la autorregulación –que solo de modo parcial y muy difusamente estarían respaldados por una autoridad institucional, pero que en principio han demostrado ser efectivos.

La autorregulación descansa en organismos de base privada que han asumido la tarea regulativa a partir de la producción de normas –privadas, obviamente– que contienen principios, reglas y estándares. La autorregulación ha ido ganando terreno a medida que cuajaban las críticas a la intervención regulativa estatal y se producían los avances del neoliberalismo. El derecho regulativo se ha ido reduciendo y complementariamente han ido apareciendo “certificaciones, auditorías, declaraciones, informes o valoraciones hechas por organizaciones privadas que actúan en un marco de reglamentaciones, también de base privada [...] La Administración pública no toma la iniciativa de reglamentar y aplicar las normas, sino que se retrae y abre espacios a los organismos y corporaciones de base privada” (Muñoz Machado 2009: 119-20).

Este descentramiento se multiplica con la globalización y, en particular, con la regulación privada transnacional que promueve la globalización económica. Desde un punto de vista general se evidenció muy pronto que la globalización abría nuevos espacios a ordenamientos jurídicos supraestatales, transnacionales, que coexistían en el sistema mundial con los estados (Santos 1998). Ello llevó a reparar en un nuevo “derecho” (Teubner 1997, 2004) que emergía desde múltiples sectores de la sociedad civil en los procesos globalizadores y que es independiente de la legalidad de los estados nacionales y que en buena medida tiene que ver con regulaciones privadas de carácter global⁸. Este nuevo derecho se sitúa a medio camino entre la regulación legal y no legal y nos sitúa ante nuevas formas de regulación más allá del estado nación y de las propias instancias regulativas del derecho público internacional. Sin menoscabar la relevancia regulativa de alguna de estas instancias, como por ejemplo la Organización Mundial del Comercio (López Barrero 2010 31 ss., 65 ss.; Matus y Unger 2016), el fenómeno verdaderamente significativo por su novedad y amplitud estaría relacionado con las nuevas técnicas de la regulación privada transnacional.

La regulación privada transnacional constituye un nuevo conjunto de principios, estándares, reglas, prácticas y procesos, creados principalmente por actores privados (empresas, ONG, expertos independientes, etc.) que ejercen un poder regulador autónomo o implementan un poder delegado conferido por el derecho internacional o por legislaciones nacionales. La regulación privada transnacional difiere tanto de la regulación pública global como de las formas convencionales de elaboración de reglas identificables con el derecho privado (Cafaggi 2011).

Braithwaite y Drahos (2000) realizaron un esfuerzo considerable para compendiar esta regulación económica global –“*global business regulation*”. Este estudio nos permite identificar a los actores, los principios que concurren en los diferentes ámbitos de la globalización económica y los mecanismos que han permitido la expansión globalizadora (476 ss.). La información recogida en el

⁸ Desde el punto de vista de las tesis imperantes sobre el pluralismo jurídico, estaríamos ante normas jurídicas en sentido estricto (Teubner 1997), con independencia de que en muchos supuestos surjan de mecanismos contractuales o de la autorregulación de agentes privados.

mismo pone en evidencia una realidad incontestable desde un punto de vista cuantitativo y cualitativo (37-469). Una realidad que es operativa y que ha ido desplazando o encorsetando las regulaciones estatales⁹.

La regulación privada transnacional ha emergido como un ámbito regulador impulsado, por una parte, como alternativa a la regulación estatal o de los agentes del derecho internacional público; y, por otra, como necesidad de dar homogeneidad a las normas reguladoras de la globalización económica. En cualquier caso, la regulación privada global está ahí y ha contribuido exponencialmente al descentramiento de la praxis regulativa presentándose a priori como una forma privada de regulación¹⁰. Otra cuestión es la que se relaciona con la naturaleza de estas normas, cuestión que no vamos a abordar pormenorizadamente. Si acaso apuntar que desde la perspectiva del pluralismo jurídico estaríamos ante auténticas normas jurídicas que incluso suelen obtener el respaldo de autoridades estatales aunque su implementación coercitiva siga dependiendo de los propios agentes privados que las han creado ((Zumbansen 2011; Calliess y Zumbansen 2012; Berman 2012; Cotterrell 2012; 2014). Por lo demás, el tránsito desde el *soft law* de la regulación global al *hard law* no es infrecuente (Cotterrell 2012: 509).

2.2. ¿Crisis regulativa?

El empuje neoliberal parecía abocar a la extinción del derecho regulativo –o al menos algunas de sus manifestaciones. La evolución regulativa en el estado postregulativo y la regulación económica global nos habrían situado a comienzos del siglo XXI ante lo que parecía ser una profunda crisis del derecho regulativo. Aunque quizá sea más preciso decir del derecho regulativo tradicional basado en el mandato normativo-control institucional por parte de agentes públicos.

9 Cfr., también, al respecto, Hale y Held 2011; Calliess y Zumbansen 2012, pp. 153 ss.

10 "Lo *privado* en el derecho transnacional indica que la iniciativa en la producción, el desarrollo, la interpretación y la aplicación de normas se encuentra principalmente con los actores de la sociedad civil, en lugar de las autoridades públicas del estado o el derecho internacional público" (Cotterrell 2012: 509).

Pero la crisis financiera de 2007 y la crisis económica generalizada de 2008 hicieron que nos volviésemos a acordar de la regulación¹¹. Desde muchos puntos de vista, la crisis financiera estuvo estrechamente relacionada con el fracaso regulativo (Black 2009). En cualquier caso, aparte de achacar a la regulación fracasos y fallos, lo cual resultaba innegable (Stiglitz 2009), el derecho regulativo cobró nuevas vigencias y desarrolló nuevas estrategias. En ese sentido, la crisis financiera que condujo a una recesión mundial en la primera década del siglo XXI ofrece muchos argumentos para reconsiderar la práctica y el estudio de la regulación.

Julia Black (2010) ha revisado algunas de las nuevas técnicas de gobernanza que se desarrollan al calor del estado postregulativo y las tendencias al descentramiento a la luz de las repercusiones de la crisis: la regulación basada en principios; la metaregulación o regulación regulada; las estrategias basadas en el compromiso y la incorporación (*enrolment*) de organizaciones –locales y globales, estatales y no estatales- y “agentes de vigilancia” (*Gatekeepers*); y, por último, una de las técnicas más extendidas en numerosos países como la regulación basada en los riesgos (*risk based regulation*).

La *regulación basada en principios* fue saludada positivamente por gobiernos y organizaciones financieras. Buscaba superar un modelo basado en reglas prescriptivas detalladas y hacer descansar el control regulativo en reglas establecidas en términos muy generales o principios desde los que se desplegarían los estándares con base a los cuales las firmas reguladas deberían conducir su comportamiento económico. La lógica de esta estrategia sería bastante convincente y se basaría en la idea de que los agentes económicos estarían mejor situados que los reguladores para determinar los procesos y acciones específicas para alcanzar los objetivos regulativos. Según esto, los reguladores, en lugar de prescribir procesos o acciones concretas deberían permanecer en un segundo plano estableciendo los objetivos y los resultados

11 La gobernanza frente a las crisis financieras no solo tiene una dimensión regulativa. En este trabajo nos centraremos en esta última dimensión, pero qué duda cabe que en buena medida la evitación de riesgos y las respuestas frente a las crisis van más allá de la regulación. Las políticas económicas y la intervención directa del estado en la economía juegan un papel fundamental al respecto.

demandados y dejando espacio para que los agentes económicos encuentren la forma más eficiente de lograr el resultado requerido (Black 2007). Esta estrategia sufrió un embate decisivo con la rápida llegada de la crisis financiera que hizo pensar a muchos que este tipo de estrategia no funciona con “gente que no tiene principios” (Black 2012: 1042). Más allá de este tipo de críticas, Julia Black apuntó que es una estrategia complicada que requiere competencias extraordinarias por parte de los reguladores en el diseño y supervisión sobre el despliegue regulativo específico de los agentes económicos para adaptarse a los principios establecidos y también de los propios agentes regulados para establecer los estándares y reglas específicas a partir de los que conducir sus conductas (1045).

La *metaregulación* o “regulación regulada”, en algunos contextos y terminologías, consiste en regular la autorregulación de los agentes regulados. Se basa en un modelo de autorregulación. Los reguladores no prescriben reglas específicas que deben ser cumplidas a “rajatabla” por los agentes regulados, sino que les exige que desarrollen sus propios estándares y mecanismos para el cumplimiento con los objetivos regulativos y demuestren que cumplen con la regulación (Black 2012: 1045). Esta estrategia se basaría en la idea de que de hecho los reguladores siempre dependen de los sistemas internos de los agentes económicos para garantizar de facto el cumplimiento de la regulación. En ese sentido, la metaregulación simplemente haría explícita esta necesidad práctica (Black 2012: 1046). Además, esta técnica aporta al estado una información y una capacidad de control que va más allá de lo que podría desarrollarse a partir del modelo CAC. Esta regulación de la autorregulación, en principio y en abstracto, supondría que el estado, que aparentemente se retrae de intervenir regulativamente de un modo preciso y exhaustivo, en realidad extiende su regulación e “intervendría más y con mayor intensidad” (Darnaculleta 2009: 655). Ahora bien, estas tesis no se corresponderían con lo ocurrido en la coyuntura de crisis financiera y económica a la que venimos haciendo referencia.

En el sector financiero, la metaregulación fue adoptada como una técnica regulatoria específica, permitiendo que los agentes financieros pudieran utilizar sus propios modelos de riesgo interno para establecer, por ejemplo, sus

exigencias de capital. La crisis demostró que los reguladores ignoraban de facto los sistemas y controles internos de los agentes financieros, y solo accedían a representaciones “hábiles” de los sistemas y controles construidos por los responsables de gestionar las relaciones con los organismos reguladores. Como consecuencia, la metaregulación o “*management-based regulation*” se mostró como una “*myth-based regulation*” (Black 2012: 1047).

A pesar de la radicalidad de su crítica, Julia Black no acaba de tener claro que se pueda dejar de lado totalmente esta estrategia, y que en cualquier caso, la gestión interna de los agentes económicos para impulsar el proyecto regulativo es un elemento inevitable: “Los reguladores no pueden estar presentes en todo momento y en todos los lugares, incluso bajo los regímenes del CAC tienen que depender de firmas que cumplan con la regulación de forma continuada, no solo cuando el inspector llama a la puerta” (Black 2012: 1048).

Otra estrategia regulativa, que Julia Black también somete a revisión (2003, 2012), es la del *enrolment* que también es revisada a la luz de las experiencias de la crisis financiera del 2007 y la subsiguiente crisis económica del 2008. En el marco de esta estrategia regulativa, el sistema de regulación financiera incorpora a diferentes organizaciones -nacionales o transnacionales, públicas o privadas- con capacidades regulatorias diferenciadas que pueden amplificar y mejorar la capacidad reguladora al inscribir a una multiplicidad de agentes para realizar diferentes funciones. Esta estrategia se habría complementado con la incorporación, en función de su reconocimiento en normas jurídicas o por su propia posición en el mercado, de “agentes de vigilancia” (*Gatekeepers*) que no son objeto directamente de la regulación; pero que tienen una posición estratégica con respecto a los agentes incorporados (Black 2012: 1048 ss.).

Obviamente, el *enrolment* supone una concepción descentralizada de la regulación. La incorporación (*enrolment*) proporciona “un marco normativo para considerar las formas en que la capacidad del sistema en su conjunto podría mejorar de manera efectiva y legítima el despliegue dentro de este marco de la capacidad reguladora de diferentes actores” que son incorporados a la estrategia

regulativa (Black 2003: 91). En este sentido, los reguladores no solo inscribieron actores y modelos de riesgo, también inscribieron estándares elaborados por esos organismos dando paso a una autorregulación policéntrica.

A priori, no cabe duda de que la estrategia del *enrolment* puede proporcionar beneficios, de entrada ampliando la capacidad regulatoria. Sin embargo, como se demostró en la crisis financiera en la función de las calificaciones crediticias por parte de estos agentes, existían dependencias y vulnerabilidades que tuvieron graves consecuencias (Black 2012: 1051). La ingeniería financiera permitió a muchas entidades obtener altas calificaciones, que al estallar la crisis no se mostraron acordes con la realidad. Pero es que incluso, el funcionamiento adecuado del sistema puede causar distorsiones debido a su propia complejidad (Black 2012: 1052).

Julia Black (2012: 1052 ss.) también revisa la *regulación basada en la evaluación y gestión de riesgos*. La evaluación de riesgos se convirtió desde la década de los 90 en un elemento central en las estrategias regulativas¹². De hecho, la OECD en su *Recomendación del Consejo sobre política y gobernanza regulatoria* (2012) recomienda “aplicar [...] la evaluación, la gestión y las estrategias de comunicación de riesgos al diseño y la implementación de las regulaciones para asegurar que estas estén bien orientadas y sean efectivas” (recomendación n° 9). Además, en este texto, a la vista de las repercusiones de la crisis financiera de 2007, se apostilla que “la evaluación de riesgos y los sistemas de gestión de los reguladores deben estar explícitamente diseñados para contemplar las consecuencias de riesgos sistémicos y de eventos catastróficos esporádicos” (OECD 2012: 30).

La regulación basada en la evaluación y gestión de riesgos implica procedimientos para priorizar las intervenciones regulativas y desplegar recursos

12 Mientras que algunas de las técnicas a las que se ha hecho referencia más arriba se han centrado específicamente en ámbitos financieros y en la regulación del mercado, la regulación basada en la evaluación y gestión de riesgos se ha desplegado profusamente en el diseño e implementación de la regulación social y medioambiental.

adecuados de cara a la implementación de las regulaciones encaminadas a hacer frente a esos riesgos en el plano de la supervisión y control de las actividades reguladas. Como señala Black (2012: 1055), la regulación basada en la evaluación basada en riesgos es extraordinariamente compleja y puede ser contradictoria. De entrada, por regla general los recursos son limitados y ello obliga a realizar opciones y a elegir a qué riesgos se hace frente y con qué recursos. Por lo demás esta priorización se basa en evaluaciones de los riesgos que pueden ser falibles.

En definitiva, la crisis financiera y económica puso en evidencia las tensiones fundamentales de la regulación basada en la evaluación y control de riesgos al tener que gestionar al mismo tiempo la complejidad regulativa intrínseca y las cautelas políticas de los reguladores. El diseño y la implementación regulativa tienen que encarar la limitación de recursos y los “riesgos” de la evaluación de los riesgos. Como señala, Black (2012: 1056) “la regulación basada en el riesgo es [...] una estrategia intrínsecamente contradictoria que, políticamente, nunca puede enseñar sus verdaderas cartas” obligados a transmitir una imagen de “control, racionalidad y protección en términos de igualdad”.

En definitiva, como resultado de la crisis, o mejor, del fracaso de los instrumentos regulativos, de los tradicionales y de las nuevas estrategias regulativas locales y globales, el ánimo regulatorio había cambiado hacia fines de 2008 y principios de 2009¹³. Las crisis financiera y económica aientan una crítica generalizada al modelo regulativo impuesto por el neoliberalismo. No regular o recurrir a estrategias de regulación “débiles” podía tener repercusiones muy costosas, como las que evidenciaban estas crisis. Costos mucho mayores de los que se achacaban al exceso de regulación (Baldwin et al. 2010: 615). En ese momento, desde muchos puntos de vista, se planteaba la necesidad de dar marcha atrás y restablecer el modelo tradicional a nivel local y un régimen más intervencionista tanto a nivel local como global. En palabras de Joseph Stiglitz: “Nuestro sistema financiero nos ha fallado. En parte, la razón de este fracaso tiene que ver con una

13 La regulación no fue la única causa de la crisis, pero ciertamente jugó un papel importante. Los fallos fueron cometidos tanto por reguladores estatales como no estatales y por los agentes del mercado a nivel global, de la UE o nacional, desde los comités reguladores transnacionales hasta las instituciones financieras y sus estructuras de gobierno corporativo (Black 2012: 1037)

regulación y estructuras regulatorias inadecuadas. [...] Si el gobierno designa como reguladores a aquellos que no creen en la regulación, no podemos esperar que la regulación se implemente con seriedad” (2008).

Las estrategias a adoptar no dejaron de ser controvertidas. Desde algunos puntos de vista, se reclamaba más regulación y una supervisión más seria por parte de autoridades públicas. Nuevos controles que reemplazaran el “*light handed*” con una regulación basada en reglas más claras y terminantes y distanciada del sector privado (Baldwin et al. 2010: 616). También se ha señalado que la regulación de los mercados financieros había sido particularmente débil (Muñoz Machado 2009: 64) y que el retroceso de la regulación profesional había sido colmado con una dependencia e imitación excesivas de prácticas comerciales privadas –amen de la confusión entre regulados y reguladores (Baldwin et al. 2010: 616;). Frente a estas críticas surgidas al calor de la crisis, también se ha apuntado que si bien la demanda de “más regulación” fue útil en términos políticos en los primeros momentos de la misma, los intentos de más regulación también acabarían fracasando como ya había ocurrido en el pasado (Baldwin et al. 2010: 616).

Lo anterior aparte, no hay duda de que la crisis financiera y económica de la primera década del siglo XXI ha marcado las sendas del debate sobre las estrategias regulativas para garantizar la estabilidad de los mercados financieros y la regulación de las utilidades. O bien las técnicas regulativas no funcionaron adecuadamente, o bien la dimensión de control necesaria en los instrumentos regulativos no era lo suficientemente eficaz. El exceso de normas y de burocracia asustaba, pero la confusión entre reguladores y regulados y la dimensión “líquida” de las nuevas autoridades (Krisch 2016, 2017) en el ámbito de la regulación no parecen haber sido efectivas a la hora de evitar los riesgos que determinaron la crisis.

3. Un nuevo panorama regulativo: algunas reflexiones críticas

Como se ha puesto de manifiesto en el apartado anterior, las principales técnicas que se desarrollan al calor del estado postregulativo y las tendencias al

descentramiento también presentan problemas. Las nuevas estrategias regulativas tienen fortalezas que pueden ayudar a superar algunas de las limitaciones y carencias del modelo regulativo tradicional; pero, como señala Julia Black, “no pueden minimizarse sus propias vulnerabilidades, tensiones internas y paradojas” (2012: 1062).

3.1 La autorregulación en entredicho

La evolución regulativa en las últimas décadas pone en evidencia que en paralelo y en los márgenes de la regulación estatal han ido surgiendo otras estrategias que han llevado a una regulación “policéntrica” promoviendo técnicas no estatales o mixtas: autorregulación a partir de principios, estándares y prácticas respaldadas por mecanismos informales vinculados a la autorregulación; mecanismos contractuales y pseudocontractuales locales y globales; meta-regulación; incorporación de agentes económicos y vigilantes privados a las estrategias regulativas; etc.

Las normas emanadas de la autorregulación pueden ser consideradas como normas “obligatorias”; pero, obviamente, salvo que se haya producido su recepción en el ordenamiento, no son normas “jurídicas”. Han sido elaboradas y aprobadas por los propios destinatarios y contienen mecanismos de autocontrol y autodisciplina: reglas técnicas, normas o estándares elaborados por un organismo de normalización privado, códigos éticos profesionales, la denominada responsabilidad social empresarial, buenas prácticas, etc. Podríamos hablar en estos casos de una *obligatoriedad voluntaria* que, en principio, no podría confundirse con una obligatoriedad jurídica; pero ello no impide que la obligación derivada de una norma técnica privada surgida en procesos de autorregulación puede desplegar su “validez y obligatoriedad de facto” (Muñoz Machado 2009: 209). Dejando siempre a salvo las posibles remisiones a esas normas privadas desde el ordenamiento jurídico, lo cual implicaría su incorporación al mismo (Esteve 2002: 120) y los supuestos de regulación regulada en los que existirá “un marco o un entorno de regulación pública que adoptará perfiles diversos, cercanos unos a la idea de habilitación,

próximos otros a las fórmulas de control, y que confiera a la autorregulación su reconocimiento público” (Esteve 2002: 39)¹⁴. En general, estaríamos ante normas de origen social y un carácter coercitivo difuso, pero que se vinculan a la realización de fines regulativos y, en principio, serían efectivas de facto.

Para algunos autores esas normas no solo obligan voluntariamente, sino que pueden ser consideradas “normas jurídicas” en sentido estricto --más allá de su reconocimiento o incorporación al ordenamiento jurídico. Obviamente, para quienes defienden tesis radicales sobre el pluralismo jurídico, esto sería algo que cae por su peso (vid. Calvo/Picontó 2017: 211 ss). Pero también desde perspectivas más aquilatadas se defienden tesis próximas al pluralismo jurídico en relación con estas normas o estándares regulativos elaborados en ámbitos privados, locales o globales. Julia Black, por ejemplo, parte de una concepción amplia de regulación que identifica este ámbito normativo con el conjunto de los mecanismos de control social –incluidas las normas no estatales y las no intencionales-. Este concepto de gobernanza, no centrado en el estado, con rasgos difusos a medio camino de las perspectivas funcionalistas y la gobernabilidad foucaultiana (vid. *supra* 2), ha extendido del concepto de autoridad asumiendo el concepto de “autoridad líquida” de Niko Krichs (2016, 2017) con lo cual, se amplía la caracterización jurídica de las normas a todos los instrumentos regulativos, incluidos los procedentes de la autorregulación (Black 2017).

Ahora bien, más allá de esta discusión, las enseñanzas de la crisis muestran que la autorregulación y las técnicas mixtas más características del estado post-regulativo no han funcionado. No han sido eficaces en la gestión de los riesgos que desencadenaron la crisis financiera y como consecuencia han sido muy cuestionadas desde muchos puntos de vista. La autorregulación ha sido vista como una contradicción en sus propios términos ya que “no puede identificar riesgos sistémicos” (Stiglitz, 2009). No puede o no se quiere. En este sentido, Joseph Stiglitz (2017) mantenía radicalmente en una entrevista que “no podemos

14 Habrá otras formas de autorregulación que tendrán más bien un valor declarativo limitándose a certificar el cumplimiento de las “normas” originadas en procesos de autorregulación (Esteve 2002 120 ss.; Darnaculleta 2009: 662-663).

confiar en ellos [en los bancos y en el sector financiero], que engañarán, que se aprovecharán de la gente. La idea de que pueden autorregularse es absurda, es un oxímoron. Tiene que haber regulaciones”.

Un ejemplo citado reiteradamente estaría relacionado con la quiebra del banco de inversión global *Bear Stearns* en los primeros momentos de la crisis. Esta institución financiera realizaba autoevaluaciones de riesgo bajo el paraguas de una comisión --*Consolidated Supervised Entities (CSE) Program*-- creada a tal efecto para ofrecer la posibilidad de una supervisión voluntaria a grandes entidades crediticias. Esta comisión realizaba para *Bear Stearns* evaluaciones periódicas de riesgo, pero nunca consideró como un factor de riesgo para esta institución una posible bajada en picada de los precios de las viviendas. Circunstancia que provocó su descalabro económico y anunció el colapso generalizado de la banca de inversión en USA.

Ciertamente, algunas normas privadas sobre autorregulación pueden tener sentido. Si pensamos en las agencias de normalización y certificación, quizá en muchos casos pueda tener sentido. Pero cuando nos enfrentamos, por poner algunos ejemplos, a la intervención de agencias de calificación crediticia autorizadas institucionalmente --*Moody's Investors Service, Standard & Poor's (S&P), Fitch Ratings*-- o de supervisión medioambiental --auditorías y certificaciones ambientales, evaluaciones privadas de impacto ambiental, etc.— parece prudente establecer algún tipo de supervisión o control desde organismos públicos más allá de la mera autorización¹⁵. En principio, la correulación o la regulación regulada permitirían mantener las ventajas de una autorregulación efectiva donde se implique a los agentes sociales en la consecución de los intereses y fines sociales y evitar sus trampas (Balleisen y Eisner 2009). Y aun así las cautelas no estarían de más, dadas las consideraciones críticas apuntadas más arriba (cfr. *supra* 2.2).

15 El problema se agiganta cuando estas agencias acumulan más poder que los propios estados y los organismos supranacionales.

3.2. ¿Retorno al derecho regulativo?

Desde algunos puntos de vista, lo anterior, quizá, no debería llevar sin más a postular el retorno a las estrategias regulativas tradicionales basadas en la producción estatal de normas coercitivas respaldadas institucionalmente por organismos públicos o agencias dotadas de autoridad normativa y mecanismos de control positivo y negativo, esto es, según el mecanismo tradicional conocido en la terminología anglosajona como CAC --*comand and control*.

Las tensiones que abrieron los espacios para las nuevas estrategias regulativas en los años 90 del siglo pasado no se habrían superado al interior de ese modelo. Ahora bien, dicho esto, tampoco parece prudente enterrar definitivamente las estrategias regulativas del modelo tradicional. Es más, incluso nos atreveríamos a decir que hoy por hoy el arquetipo tradicional prevalece en muchos ámbitos regulativos. Claramente en la regulación social, pero incluso en la regulación económica el modelo CAC sigue teniendo un peso importante. El único ámbito en el que las cosas son distintas por razones obvias es el de la regulación global.

El estado de cosas respecto a la regulación estatal, por otro lado, tampoco es halagüeño. Para abrir espacios a la autorregulación se promovió una lucha sin cuartel contra la regulación estatal con el fin de asegurar su retroceso. Estas acciones no solo cuestionaron la legitimidad de la regulación estatal, sino que bloquearon en muchos casos el desarrollo de políticas regulativas públicas para hacer frente a nuevos problemas y nuevos riesgos sociales y económicos. La experiencia de la crisis ha evidenciado que ese camino no era el correcto. Frente a esta situación pensamos que se debe avanzar en la recuperación de los espacios de la regulación estatal donde sea necesaria y, en su caso, asegurar el reconocimiento y la efectividad de la autorregulación evitando sus “capturas” y malos usos –que han sido evidentes a raíz de la crisis financiera y económica de 2007.

Esa recuperación de espacios para la regulación estatal debería estar guiada por la revisión de los instrumentos jurídicos regulativos y los procesos de implementación de la misma con el fin de garantizar una “mejor regulación” de

acuerdo con planteamientos no desreguladores, es decir, con programas que hagan frente a las demandas neoliberales. Por otro lado, a la vista de las experiencias derivadas de la crisis debe ponerse en primer lugar la dimensión coercitiva en la implementación de las regulaciones estatales propiamente dichas. E, igualmente, para las regulaciones privadas que de alguna manera sean incorporadas al ordenamiento jurídico. Al respecto, los instrumentos regulativos deben desprenderse de la tendencia a ser considerados como un fin en sí mismos y dar por descontado que lo importante son las técnicas jurídicas en sentido formal. Ya hace varios años, Robert Baldwin (1990) puso el dedo en la llaga al preguntarse “por qué no funcionan las reglas”. Si no se identifican claramente los objetivos, las estrategias y los instrumentos regulativos vinculados a esos objetivos y los mecanismos de implementación que aseguren su realización efectiva haciendo frente a las dificultades circunstanciales que puedan surgir, las regulaciones no funcionarán.

3.3. Regular la globalización económica global: ¿cómo y para qué?

El problema que quedaría sin abordar en estas reflexiones finales es el de la gobernabilidad global, en la que se enmarcaría el ámbito regulativo privado transnacional que surge como alternativa a la regulación institucional --estatal e internacional-- y para dar homogeneidad a las normas reguladoras de la globalización económica.

El rápido contagio de las crisis económicas y su dimensión global obligaron a replantearse si los mecanismos regulativos de carácter privado desarrollados por la globalización económica son suficientes. Si la respuesta es negativa, como se desprendería de las razones derivadas de las crisis financieras y económicas vividas recientemente, obviamente aquí no cabe apostar por la regulación estatal. Lo cual pone sobre el tapete la necesidad de avanzar hacia formas de *gobernabilidad global*.

La cuestión de la gobernabilidad global surge en la literatura académica de la última década del siglo pasado (Held 1997, Santos 1998) e incluso fue recogida en

un *Informe* del PNUD (1999). Tanto en la literatura científica pionera como en el mencionado *Informe*, la gobernabilidad global se plantea vinculada a la realización de los derechos humanos y en muchos casos como una globalización desde abajo. Perspectiva que se sigue defendiendo posteriormente (Santos y Rodríguez-Garavito 2005; Benhabib 2008; Held 2010).

Este asunto comenzó a tener otro sentido a raíz de la llamada crisis asiática de 1997: una crisis financiera y especulativa que se contagió rápidamente a diversas economías en el plano mundial. A raíz de esta experiencia, desde instituciones como el Banco Mundial comenzó a hablarse de gobernabilidad global o regulación económica global (Stiglitz 2001). Este discurso fue retomado posteriormente en el G-20 como consecuencia de la crisis financiera y económica de los años 2007-2008. En las reuniones de este organismo se insiste en la necesidad de una regulación global; pero no parece que tras ser abordada esta cuestión en las sucesivas cumbres del mismo se hayan alcanzado resultados satisfactorios¹⁶.

No estamos ante una cuestión baladí porque, como han apuntado recientemente Boughton, Lombardi y Malkin, la globalización no se mantendrá sin reformas que corrijan los fracasos y descontentos generados (2017: 36-37). La gobernanza del G20 no solo es inefectiva, sino que su legitimidad está muy cuestionada. En cualquier caso, las carencias regulativas persisten y el desarrollo de un sistema de gobernanza efectivo para controlar la economía global estaría todavía en mantillas (Boughton, Lombardi and Malkin 2017: 38).

Es evidente que sin avanzar en mecanismos de gobernabilidad global no es posible controlar el poder de los nuevos agentes transnacionales, pero la pregunta es: “governabilidad global, ¿cómo y para qué?”. Sin entrar en mayores detalles, es obvio que en los discursos del G-20 destaca la falta de algunos de los ejes centrales de las propuestas sobre gobernabilidad democrática global: el lenguaje de los derechos, la perspectiva de abajo arriba y, en definitiva, el carácter

¹⁶ En los primeros años de la crisis este fue un punto recurrente en las agendas de las cumbres. Vid. G20 *Summits* [<http://www.g20.utoronto.ca/summits/index.html>]. Para un panorama más actual, vid FSA (2017).

democrático de esa gobernabilidad global. El argumento, desde mi punto de vista, no es “regulación económica global o caos”, sino gobernabilidad democrática global para dar voz a quienes sufren las consecuencias negativas de las crisis financieras y económicas, y la vulneración de las exigencias regulativas orientadas a proteger las seguridades de todo orden (económica, medioambiental, alimentaria, etc.) de la ciudadanía. Y esto supone obviamente reivindicar la perspectiva de abajo a arriba y, en particular, la protección de la sociedad en su conjunto más allá de los estrechos intereses de los agentes financieros y económicos trasnacionales.

Referencias

- Baldwin, R. 1996. *Rules and Government*, Clarendon Press-Oxford Socio-Legal Studies.
- Baldwin, R. et al. 2010. The Future of Regulation. En *The Oxford Handbook of Regulation* Edited by Robert Baldwin, Martin Cave, y Martin Lodge, Oxford: OUP: 613-626.
- Baldwin, R. et al. 2012. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, 2nd ed. Oxford: OUP.
- Baldwin, R. y J. Black. 2016. Driving Priorities in Risk-based Regulation: What's the Problem? *Journal of Law and Society* 43/4: 565-595.
- Balleisen, E. J. y M. Eisner. 2009. The Promise and Pitfalls of Co-Regulation: How Governments Can Draw on Private Governance for Public Purpose. En Moss, David, y John Cisternino, eds. *New Perspectives on Regulation*. Cambridge, MA; The Tobin Project: 11-24.
- Bardach, E. y R. A. Kagan 1982. *Going by the Book. The Problem of Regulatory Unreasonableness*. Philadelphia: Temple Univ. Press.
- Benhabib, S. edtra. 2008. *Another Cosmopolitanism*, OUP-The Berkeley Tanner Lectures.
- Berman, Paul S. 2012. *Global Legal Pluralism: A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, New York, Cambridge University Press.
- Bernstein, M. V. 1955. *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton (N.J.): Princeton U.P.
- Black, J. 1997. *Rules and Regulators*. Oxford: OUP.

- Black, J. 2001. Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a 'Post-Regulatory' World. *Current Legal Problems* 54: 103-147.
- Black, J. 2002. Critical Reflections on Regulation. *Australian Journal of Legal Philosophy* 27: 3-35.
- Black J. 2003. Enrolling Actors in Regulatory Systems: Examples from UK Financial Services Regulation", *Public Law P.* 63-91.
- Black J. 2017. 'Says who?' liquid authority and interpretive control in transnational regulatory regimes. *International Theory* 9:2: 286–310.
- Black, J. 2009. Rebuilding the Credibility of Markets and Regulators. Guest Editorial", *Law and Financial Markets Review* 3 (1) 1–2.
- Black, J. 2012. Paradoxes and Failures: 'New Governance' Techniques and the Financial Crisis", *Modern Law Review* 75(6): 1037–1063.
- Black, J. et al. 2007. Making a success of Principles-based regulation", *Law and Financial Markets Review* 1 (3): 191-206.
- Boughton, J. M., D. Lombardi y A. Malkin. 2017. The Limits of Global Economic Governance after the 2007–09. *International Financial Crisis Global Policy* 8/4.
- Braithwaite, J. y P. Drahos. 2000. *Global Business Regulation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Cafaggi, F. 2011. New Foundations of Transnational Private Regulation. *Journal of Law and Society* 38/ 1: 20-49.
- Calliess, G.-P., y P. Zumbansen. 2010. *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Calvo García, M. 1998. Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el estado intervencionista. En *Derecho y sociedad* ed.: M^a J. Añón, R. Bergalli, Manuel Calvo y P. Casanovas. Valencia: Tirant lo Blanch: 99-129.
- Calvo García, M. 2002. *Teoría del derecho* (2^aed.). Madrid, Tecnos.
- Calvo García, M. 2005. *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Calvo García, M. y T. Picontó-Navales. 2017. *Introducción y perspectivas actuales de la Sociología jurídica*. Barcelona: Editorial UOC.
- Cotterrell, R. 2012: What Is Transnational Law? *Law & Social Inquiry* 37/2, pp. 500-24.

- Cotterrell, R. 2014. A Concept of Law for Global Legal Pluralism? En S. P. Donlan and L. H. Urscheler (eds.), *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential and Social Science Perspectives*, Farnham, Ashgate, pp. 193-208.
- Darnaculleta i Gardella, M. M. 2010. La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía. En *Derecho de la regulación económica*. Vol I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Santiago Muñoz Machado (dir.). Madrid: Iustel: 631-668.
- Decker, Ch. 2015. *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*. Cambridge: CUP.
- Esteve Pardo, J. 2002, *Autorregulación: génesis y efectos*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- FSA-Financial Stability Board 2017 Implementation and Effects of the G20 Financial Regulatory Reforms. 3rd Annual Report [Documento electrónico: <http://www.fsb.org/2017/07/implementation-and-effects-of-the-g20-financial-regulatory-reforms-third-annual-report/> última accession feb. 2018].
- FSA-The Financial Services Authority. 2007. *Principles-based regulation. Focusing on the outcomes that matter*, London: FSA.
- Hale, Th. y D. Held eds. 2011. *Handbook of Transnational Governance: New Institutions and Innovations*, Cambridge: Polity Press.
- Harris, R. A. y Milkis, S. M., eds. 1989. *The Politics of Regulatory Change*. New York: Oxford Univ. Press.
- Hawkins, K. 1984. *Environment and Enforcement. Regulation and the Social Definition of Pollution*. Oxford: Clarendon.
- Hawkins, K. y Thomas, J. M. 1984. "The Enforcement Process in Regulatory Bureaucracies". En Hawkins, K. y Thomas, J. M., eds. *Enforcing Regulation*. Boston: Kluwer/Nijhoff Pub, 3-22.
- Hawkins, K., ed. 1992. *The Uses of Discretion*. Oxford: Clarendon.
- Held, D. 1997. *La democracia y el orden global*, trd. S. Mazzuca, Barcelona, Paidós, 1997.
- Held, D. 2010. *Cosmopolitanism: Ideals and Realities*, Cambridge, Polity Press.
- Horwitz, R. B. 1989. *The Irony of Regulatory Reform: The Deregulation of American Telecommunications*. New York: Oxford Univ. Press.
- Jordana J. y Levi-Faur D. (eds). 2004. *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, Cheltenham: Edward Elgar

Figura 3. Comparación de resultados en el Postest Teórico de ambos grupos.

- Publishing.
- Keynes, J. M. 1987. *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*. México: F. C. E.
- Koop, Ch. y M. Lodge. 2017. What is regulation? An interdisciplinary concept analysis. *Regulation & Governance* 11: 95-108
- Krisch, N. 2016, Authority, Solid and Liquid, in the Postnational Sphere. En M. del Mar & R. Cotterrell, eds., *Transnational Legal Authority*, Edward Elgar: 25-48.
- Krisch, N. 2017, "Liquid Authority in Global Governance", *International Theory* 9/2: 237-260.
- Levi-Faur, D. 2014. The Welfare State: A Regulatory Perspective. *Public Administration* 92: 599-614.
- López Barrero, Esther. 2010. *Regulación del Comercio Internacional: la OMC*. Valencia: Tirant.
- Majone, G. 1997. From the Positive to the Regulatory State. *Journal of Public Policy* 17: 139-67.
- Matus Baeza, M. y M. Unger edtrs. 2016. *Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC)*. Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Muñoz Machado, S. 2010. Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica. En *Derecho de la regulación económica*. Vol I: *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Santiago Muñoz Machado (dir.), Madrid: Iustel: 15-244.
- Noll, R. G. y P. L. Joskow 1981. Regulation in Theory and Practice: An Overview. En *Studies in Public Regulation*. Fromm, G., ed. Washington, Cambridge (Mass.): The MIT Press, 1-65.
- OECD. 2012. *Recommendation of the Council on Regulatory Policy and Governance*, Paris: OECD Publishing.
- PNUD. 1999. *Informe sobre Desarrollo Humano* [<http://hdr.undp.org/en/content/human-development-report-1999> –última acceso enero 2018]
- Presman, J. F. y Wildavsky, A. 1973. *Implementation. How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*. Berkeley: Univ. of California Press.
- Reagan, M. D. 1987. *Regulation. The Politics of Policy*. Boston: Little Brown and Co.
- Santos, B. de Sousa 1998. *La Globalización del Derecho: Los Nuevos Caminos de la Regulación y la Emancipación*, trd. C. Rodríguez, Bogotá, UNC/ILSA.

- Santos, B. de Sousa y C. A. Rodríguez-Garavito, edtres. 2005. *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*, New Cork, Cambridge
- Scott, C. 2001. Analysing Regulatory Space: Fragmented Resources and Institutional Design. *Public Law*: 283-305.
- Scott, C. 2004. Regulation in the Age of Governance: The Rise of the Post Regulatory State. En J. Jordana and D. Levi-Faur (eds). *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*. Cheltenham: Edward Elgar: 145-174.
- Scott, C. 2017 Regulation and Risk Today. *European Journal of Risk Regulation* 8/1 24-27
- Seidman, H. and R. Gilmour. 1986. *Politics, position, and power: from the positive to the regulatory state*. 4th ed. New York: Oxford University Press.
- Stiglitz, J. E. 2001. Principles of Financial Regulation: A Dynamic Portfolio Approach. *The World Bank Research Observer* 16/1: 1–18.
- Stiglitz, J.. 2008 Regulatory reform is necessary to restore confidence in the financial system (The Guardian 22/10/2008). [<https://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2008/oct/22/economy-financial-crisis-regulation>].
- Stiglitz, J.. 2009. Regulation and Failure. En Moss, David, and John Cisternino, eds. *New Perspectives on Regulation*. Cambridge, MA; The Tobin Project: 11-24.
- Stiglitz J. 2017. Entrevista a J. Siglitz. *Eldiario.es* 31/12/2017 [http://www.eldiario.es/sociedad/Joseph-Stiglitz-financiero-regulamos-aprovecharan_0_723728182.html].
- Teubner, G. 1992. Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold. *Soc. & Legal Studies* 1992/1: 451-475.
- Teubner, G. 1997. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. En Gunther Teubner (ed.). *Global Law without a State*. Dartmouth: Brookfield: 3-28.
- Teubner, G. 2004. Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society? In Ladeur and Karl-Heinz (ed.) *Globalization and Public Governance*. Ashgate: Aldershot: 71-87.
- Vietor, R. H. K. 1994. *Contrived Competition. Regulation and Deregulation in America*. Cambridge (Mass.): Belknap/Harvard Univ. Press.
- Zumbansen, P. 2011. Neither 'Public' nor 'Private', 'National' nor 'International': Transnational Corporate Governance from a Legal Pluralist Perspective. *Journal of Law and Society* 38/1: 50-75.

Constitución, mercado y protección al consumidor

Juan Carlos Villalba Cuéllar

Introducción

El derecho de la protección al consumidor es relativamente nuevo en Colombia y tomó un gran impulso con la expedición y entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011, conocida como el Estatuto de la Protección al Consumidor. No obstante, la principal norma de protección al consumidor es la constitución política colombiana y en ella existen una serie de postulados que definen la forma y el espíritu de las normas que buscan dicha protección. El objetivo de la presente ponencia es mostrar a los asistentes cómo la triada “Constitución, mercado y protección al consumidor” define la fisonomía que el derecho de la protección al consumidor debe tener en el ordenamiento jurídico colombiano. Se trata de una fisonomía ya definida que debe iluminar todas las normas que integran este derecho. Para tal fin, se analizará primero el rol de la constitución económica y su relación con la economía social de mercado, para en segundo lugar examinar los fundamentos constitucionales del derecho de la protección al consumidor y sus implicaciones en una economía social de mercado.

A) La constitución económica y la economía social de mercado

La Constitución Política desarrolla un régimen económico en su Título XII, en el cual se formulan unos postulados que determinan la forma de ser del Estado colombiano en su papel de regulador de la economía, así como la forma de ser de la economía colombiana desde la concepción de una economía liberal, que se concreta a través del concepto de “economía social de mercado” derivación de la “economía de libre mercado”. La economía de libre mercado se basa en un sistema de intercambio de bienes regido por el libre juego de las fuerzas del mercado, donde los agentes económicos gozan de unos derechos y unas libertades más bien amplias, que les permiten disponer de sus recursos, autodeterminarse patrimonialmente y generar relaciones de intercambio de bienes con el fin de satisfacer sus necesidades. Al tratarse, para el caso colombiano de una economía dirigida, esas libertades no son absolutas y el Estado impone restricciones en determinados casos, amparado en la noción de orden público y la función reguladora de la economía. Es por eso que el modelo económico elegido por el constituyente no fue neutral y optó por un modelo específico de economía, según lo ha expresado la misma Corte Constitucional:

“El modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 no tiene un contenido neutro en lo que respecta al ámbito económico. En contrario, prevé normas superiores expresas fundadas en dos pilares que explican la relación entre el poder estatal y el mercado: (i) la protección de la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, garantías que carecen de carácter absoluto, puesto que su ejercicio debe acompasarse con la función social de la empresa, el interés social, la necesidad de contar con un mercado competitivo, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (Art. 333); y (ii) la adscripción de competencias a las autoridades del Estado, basadas en su condición de director general de la economía (Art. 334 C.P.), y establecidas para garantizar el goce efectivo de las mencionadas libertades, el cumplimiento de los límites que le son propios, junto con las demás finalidades de la intervención que ha previsto el Constituyente, como son el uso adecuado de los recursos naturales y del suelo; la producción, utilización y consumo de los bienes y servicios públicos y privados; la

racionalización de la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; el logro del pleno empleo de los recursos humanos; el aseguramiento a todas las personas y, en especial a las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos; y, por último, la promoción de la productividad, la competitividad y el desarrollo económico.”¹ Dice luego la Corte: “Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribía la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público”.²

Acosta complementa muy bien esta perspectiva de necesidad de intervención estatal: “los monopolios se originaron por la pasividad estatal aunada a la codicia de la mayoría y la superior habilidad en la competencia mercantil de unos pocos, que la han aprovechado como predadores, por las razones anteriormente expuestas.” “Para el constituyente colombiano la idea de un mercado libre de intervenciones es un mito. El poder (económico también) cuando no se ejerce se pierde. Por eso cuando el más fuerte deja de intervenir, alguien lo suplanta. Y esto implica intervención permanente del mercado, sea exclusivamente por un puñado de particulares o con participación del Estado y las minorías”.³

De otro lado, la constitución política contempló unas libertades económicas que constituyen el eje de la actuación de los particulares en materia económica, esas libertades son las siguientes:

La propiedad privada.

La libertad económica.

1 Sentencia C 288 de 2010

2 Ibid.

3 ACOSTA Joaquín, 26 años de la “Constitución Económica” colombiana: entre análisis económico del derecho y análisis jurídico de la economía”. <http://dernegocios.uexternado.edu.co/negociacion/26-anos-de-la-constitucion-economica-colombiana-entre-analisis-economico-del-derecho-y-analisis-juridico-de-la-economia/>

La libertad contractual.

La libre empresa.

La libre competencia.

Sin estas libertades el modelo de economía de libre mercado, con su componente social, no podría ponerse en práctica, ya que en ellas se apoyan los particulares para poder desenvolverse en el tráfico económico diariamente.

La economía social de mercado:

El modelo de economía social de mercado encuentra sus orígenes en el contexto alemán, como una alternativa a la economía de libre mercado de estirpe liberal. Según Alarcón “la economía social de mercado se caracteriza por matizar los postulados del liberalismo clásico que confiaba en la autonomía del mercado y su facultad autorregulatoria. La necesidad de regular e intervenir en el mercado, con el fin de garantizar objetivos superiores del Estado, precisa de un rol mucho más activo de este”.⁴ Resico puntualiza igualmente que “Desde el punto de vista de su fundamentación, este sistema se deriva de la idea inalienable de la dignidad de la persona humana, tal como queda consagrada también en la noción de derechos humanos. Un rasgo esencial de esta idea es la primacía del derecho sobre la fuerza, por lo cual todo el sistema económico, como así también jurídico y de gobierno, no puede basarse en la prevalencia del poder sino en la justicia. Estas notas básicas se han grabado a fondo en la experiencia alemana de posguerra como consecuencia del rechazo del fenómeno histórico del totalitarismo nacionalsocialista”.⁵

El constituyente colombiano quiso este modelo para el Estado planteado en la carta magna de 1991, y aunque sin que exista un artículo que lo consagre expresamente la Corte Constitucional colombiana ha ido decantando el modelo económico en algunas de sus sentencias, aquí algunos extractos de ellas:

4 ALARCÓN PEÑA, Andrea, La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas, Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 19, 37, 2016, 109-124.

5 RESICO, Marcelo F. Introducción a la economía social de mercado, Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 20.

“Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades”. C 815 s de 2001

“la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general.” Sentencia C 288 de 2010

“De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el modelo de Estado social de derecho adoptado por el Constituyente de 1991 fue la economía social de mercado, en la que si bien se garantiza la libertad económica, principalmente a través de la libertad de empresa y la libre competencia -con autorrestricciones-, también se establece la obligación del Estado de intervenirla a fin de corregir las fallas del mercado y lograr escenarios de equidad y justicia en los que sea realizable la efectividad de los derechos fundamentales de los asociados y demás fines sociales del Estado.” C 284 de 2017

Por lo tanto, la relación constitución política, libertades económicas y economía social de mercado, es fundamental en la definición de la forma de ser del Estado y la economía colombiana. Cabe ahora preguntarse cuál es el papel de los consumidores en ese contexto.

B) Los fundamentos constitucionales de la protección al consumidor y sus implicaciones en una economía de libre(social) mercado

La carta magna de 1886 no tenía un precepto de mandato de protección al consumidor, por lo tanto es con la Constitución de 1991 que la protección a los consumidores adquiere rango constitucional. Igualmente la Corte Constitucional con sus desarrollos jurisprudenciales le ha dado forma y se han ido forjando unos principios mínimos que irradian al ordenamiento jurídico en la materia.

La consagración constitucional de la protección a los consumidores es un fenómeno generalizado y hoy en día en gran número de cartas fundamentales se propende por la protección de esta categoría de individuos, por ejemplo en la Constitución Argentina el artículo 42 dispone “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno”. La Constitución federal brasileña de 1988 menciona la defensa al consumidor en el artículo 5º como derecho fundamental y en el artículo 170 como principio ordenador del orden económico.⁶ La Constitución peruana de 1993 en su artículo 65 expresa que “el Estado defiende los intereses de los consumidores y usuarios”. El artículo 51 de la Constitución española de 1978 establece que el Estado garantizará la defensa de los consumidores y usuarios y protegerá la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

El artículo 78 de la Constitución Política colombiana consagra el mandato de protección a los consumidores. El constituyente dijo lo siguiente para motivar esta norma:

“Los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes. Frente a esta situación (...), el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación.”

“[a]l elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional”.

6 LIMA MARQUES Claudia, los derechos del consumidor. Una visión comparativa entre el Brasil y la Argentina,

No obstante, el constituyente no consagró expresamente los derechos de los consumidores, como si lo hacen otras constituciones, por ejemplo el artículo 41 de la Constitución Argentina. La redacción del artículo 78⁷ consagra un mandato de protección que inmediatamente el constituyente descargó en el legislador el deber de reglamentar. No obstante, este artículo sirve como fundamento para el desarrollo legal de la protección al consumidor en el contexto colombiano, el cual claramente se debe ligar con otras normas de rango constitucional.

El artículo 78 de la Constitución Política estipula la necesidad de la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. En igual forma se refiere a la responsabilidad de los productores y comercializadores que atenten contra la salud, seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. Este postulado ha tenido un desarrollo por parte de la Corte Constitucional. Al respecto esta alta corporación ha manifestado:

“La Constitución ordena la existencia de un campo de protección en favor del consumidor, inspirado en el propósito de restablecer su igualdad frente a los productores y distribuidores, dada la asimetría real en que se desenvuelve la persona que acude al mercado en pos de la satisfacción de sus necesidades humanas. Sin embargo, la Constitución no entra a determinar los supuestos específicos de protección, tema este que se desarrolla a través del ordenamiento jurídico. El programa de protección, principalmente, se determina a partir de la ley, los reglamentos y el contrato. Es claro que la fuente contractual debe interpretarse de conformidad con los principios tuitivos del consumidor plasmados en la Constitución. Con el derecho del consumidor se presenta algo similar de lo que se observa con otros derechos constitucionales. La Constitución delimita un campo de protección, pero el

7 ARTICULO 78. VIGILANCIA A PRODUCCION, BIENES Y SERVICIOS. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

contenido preciso del programa de defensa del interés tutelado, es el que se desarrolla y adiciona por la ley y por otras normas y fuentes de reglas jurídicamente válidas. En particular, trazado el marco constitucional, a la ley se confía el cometido dinámico de precisar el contenido específico del respectivo derecho, concretando en el tiempo histórico y en las circunstancias reales el nivel de su protección constitucional. El significado de un determinado derecho y su extensión, por consiguiente, no se establece sólo por la Constitución *a priori* y de una vez para siempre”.⁸

La Corte constitucional justifica la protección al consumidor desde el siguiente punto de vista:

“La Constitución en relación con ciertas categorías de personas - menor, adolescente, anciano, mujer cabeza de familia, trabajador, indigente etc. - dispone un tratamiento de especial protección. En unos casos se persigue reforzar el respeto a la dignidad de la persona humana, sobre todo tratándose de personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta o que por su condición de extrema fragilidad pueden ser objeto de abusos por los demás. En otros casos, la Constitución aspira, con el régimen de especial protección, avanzar sostenidamente el ideario de igualdad sustancial inherente al Estado social de derecho. Con sus particularidades, la Constitución ha querido instaurar un régimen de protección en favor del consumidor y usuario de bienes y servicios que circulan en el mercado.

Como ya se ha expresado, la razón de ser de este régimen estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de la producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales. Cuando la Constitución encomienda al legislador el desarrollo de un cierto régimen de protección, no está simplemente habilitando una competencia específica para dictar cualquier

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C 1141 de 2000.

tipo de normas. Lo que el Constituyente se propone es que la finalidad de la protección efectivamente se intente actualizar y se imponga en la realidad política y social - por lo menos en un grado razonable y en la medida de las posibilidades y recursos existentes -, articulando de la manera más armoniosa y eficaz dentro de las políticas públicas las justas demandas de los sujetos merecedores de dicha protección especial”.⁹

Se observa entonces que el carácter proteccionista del derecho del consumo está plenamente justificado por esta Corte, así como la consideración de los consumidores como una categoría de sujetos dignos de protección, lo que descarta cualquier asomo de duda al respecto de la razón de ser y carácter de este derecho.

La protección al consumidor ha sido concebida igualmente como una manifestación del denominado “orden público de protección”, expresión del orden público que busca la tutela de los débiles, al tenor de lo prescrito en el artículo 13 de la constitución política colombiana. Entre esos débiles sin duda alguna se encuentran los consumidores, como agentes económicos vulnerables en la cadena de valor. Este orden público de protección permite al derecho del consumidor, a la par del orden público de dirección, insertarse en el modelo de dirección de la economía para regular esas relaciones asimétricas en que participan los consumidores. Se evidencia así que los consumidores son una nueva categoría de individuos en el derecho moderno, tal y como son considerados los comerciantes o los trabajadores.

Se advierte en igual forma, cómo el artículo 78 consagra los postulados fundamentales del derecho del consumo, el deber de información y el deber de seguridad que tienen los productores frente a los consumidores. Estos dos principios constituyen hoy en día la columna vertebral de la protección a los consumidores y se relacionan con los derechos que tradicionalmente se han reconocido a los consumidores, el derecho a ser informado, el derecho a la seguridad, el derecho a asociarse y el derecho a ser escuchado, entre otros.

9 Corte Constitucional Sentencia C- 973 de 2002.

Por otro lado, debe recordarse que los derechos de los consumidores desde el punto de vista constitucional adquieren una perspectiva muy amplia, y hacen parte de esa categoría de derechos que se denominan los derechos colectivos. Los derechos colectivos o difusos se han definido como aquellos que no le pertenecen a una sola persona sino a un conjunto de ellas, a una pluralidad de sujetos que es indeterminada. De alguna manera son derechos de todos y de nadie en específico.

Así las cosas, los derechos de los consumidores pueden ser tutelados de manera individual o colectiva según la Constitución Política, que permite que a través de las acciones de grupo o las populares se pueda demandar la defensa de los intereses de los consumidores. Igualmente debe tenerse en cuenta que la protección de los intereses generales de los consumidores está a cargo del Estado, el cual a través de entidades que pertenecen a la rama ejecutiva debe garantizar esa protección. Entre estas entidades podemos mencionar la Superintendencia de Industria y Comercio y todas aquellas entidades que tienen funciones administrativas de protección al consumidor como la Superfinanciera, la Supersalud, la Aerocivil. Además entidades como el Invima y el ICA deben garantizar la seguridad y salud de los consumidores colombianos frente a los productos cuyo control está a su cargo.

No puede olvidarse además, tal vez una de las perspectivas más avanzadas del derecho de la protección al consumidor, y es aquella que lo relaciona con los derechos humanos, básicamente con los derechos sociales y económicos, enmarcados dentro de los derechos humanos de tercera generación. El vínculo, que no parece muy evidente desde una perspectiva privatista, adquiere cada vez mayor relevancia y revela el carácter cada vez más importante de los derechos de los consumidores. Así por ejemplo, la Carta europea de los derechos humanos en su artículo 38 contempló un mandato de garantizar una protección elevada a los consumidores europeos. Desde esta perspectiva, pareciera que algunos derechos de los consumidores encontrarán un espectro más amplio de acción en los que se sobrepasa la misma noción de consumidor que las normas como el Estatuto de Protección al Consumidor delimitan, aquí ya consumidor será toda persona sin distingo alguno. Tomemos como ejemplo la protección de la salud y

la seguridad de los consumidores, la protección de esos dos intereses jurídicos excede la consideración de un consumidor contratante o sujeto a una relación de consumo para abarcar al conjunto de los ciudadanos de un estado.

Los derechos de los consumidores y su enfoque social. ¿Un aspecto que puede permear el derecho privado?

La denominada “Constitucionalización del Derecho Privado”, es un fenómeno más bien reciente en el derecho colombiano, y que consiste básicamente en la “intromisión” del juez constitucional en relaciones jurídicas que pertenecen a la órbita del derecho privado con el ánimo de proteger derechos fundamentales. A través de una pluralidad de sentencias se evidenció este fenómeno que adquiere algunos matices especiales que tocan el tema central de esta ponencia. En primer lugar, se hace evidente que la constitucionalización ha buscado de alguna manera proteger al débil en las relaciones contractuales, y si tomamos los casos analizados y citados por este autor, de manera coincidental es en contratos asimétricos que la Corte Constitucional ha justificado su intervención en la esfera de disposición patrimonial de los particulares., por ejemplo, contratos bancarios, contratos de seguros, contratos de medicina prepagada. ¿Qué tienen en común esos contratos? Escaso o nulo poder de negociación del particular (consumidor), pues son contratos de adhesión, y la posición dominante es del prestador del servicio. Se evidencia además que el mismo autor se refiere a esa transición del ciudadano contratante al usuario (consumidor). No olvidemos que la Ley 1480 de 2011 equiparó los términos de consumidor y usuario en materia legal.

Es notable que a través de este conglomerado de sentencias la Corte Constitucional ha operado en la práctica una especie de socialización del contrato de derecho privado que ninguna legislación había logrado hasta ahora en nuestro contexto jurídico.

Igualmente llama la atención que aquello que Calderón denomina la “escasa apropiación de los agentes privados”¹⁰ es un síntoma de que estos no están

10 CALDERÓN VILLEGAS Juan Jacobo, La constitucionalización del derecho privado, Temis, Bogotá, 2013.

dispuestos a ceder fácilmente al cambio de paradigma que implica una visión socializada del contrato, y de allí, la resistencia a cumplir sagradamente las normas de protección al consumidor. Pero no vamos a confundir una cosa con otra, el fenómeno de la constitucionalización del derecho privado se centra en asuntos en que se ponen en riesgo derechos fundamentales, y ese no es el papel del derecho del consumo, pues este va más allá. Lo que sí se quiere poner de manifiesto es que ha sido en contratos de consumo que esa trasgresión se ha dado, lo que evidencia los alcances que tiene esa resistencia de ciertos operadores jurídicos a aceptar el cambio en la lectura de la relación contractual y el riesgo mismo de atentar contra derechos fundamentales en algunas relaciones de consumo. Lo anterior ratifica que el derecho de la protección al consumidor no puede ser suplido con otras herramientas de origen constitucional, ya que este está encaminado a reglar una multiplicidad de relaciones jurídicas en que los consumidores participan de manera cotidiana. Lo que sí se puede resaltar es el claro enfoque social que tienen las normas y los instrumentos jurídicos encaminados a proteger al consumidor.

Así las cosas son varias las reflexiones que se pueden hacer sobre la triada que se pone sobre la mesa en la presente ponencia: constitución, mercado y protección al consumidor. En primer lugar una reflexión acerca del lugar del derecho de la protección al consumidor en el ordenamiento jurídico, que no lo limita exclusivamente en la esfera del derecho privado, en el cual tendría el rol de elemento equilibrador de las relaciones jurídicas de consumo asimétricas, garante de la libertad contractual del consumidor y de la justicia en los contratos que celebran los consumidores. Sino que también los traslada a la esfera de lo público, de la protección de intereses generales o difusos de los consumidores, arista bajo la cual debe procurar que los consumidores como grupo indeterminado de individuos estén debidamente protegidos, que sus derechos sean respetados y que los posibles daños que les son causados les sean reparados. Este rol no solamente lo cumplen las acciones colectivas de origen constitucional sino que el Estado en general debe garantizar la protección de esos derechos.

En segundo lugar debe señalarse que la constitución económica y el modelo de economía social de mercado irradian el derecho de la protección al consumidor y

este adquiere un matiz que se identifica con ese modelo económico. Esto nos llevaría a afirmar, que si de por sí el derecho de la protección al consumidor es un derecho altamente socializado por su carácter tuitivo, esa socialización se aumentaría en el contexto de una economía social de mercado. Parecería de suma lógica pensarlo así, no obstante en la práctica esto todavía no es una realidad, y se hace esta afirmación ya que algunas entidades estatales que tiene a su cargo funciones de protección al consumidor asumen como propias concepciones tibias de lo que es la función pública de protección al débil consumidor, bajo las cuales se piensa más en un derecho para el consumo, en un derecho que debe proteger a medias porque todavía existen intereses de los sectores productivos que se consideran superiores, sobre supuestas premisas de daño al mercado, riesgos sistémicos o protección de derechos de los comerciantes. Todas ellas se vuelven falaces en la medida que desnaturalizan el derecho de la protección al consumidor para dotarlo de una neutralidad que no le corresponde. Por lo tanto, en la práctica ese carácter social del derecho de la protección al consumidor, que el constituyente y la Corte constitucional le han dado, está lejos de verificarse.

También frente al rol del derecho de la protección al consumidor en el contexto del mercado debe afirmarse que este derecho se vuelve una pieza muy importante dentro del engranaje que mueve el mercado. El buen funcionamiento del mercado depende de que una serie de mecanismos y actores se pongan en marcha y funcionen bien. Lo primero que debe ser garantizado claramente es el ejercicio de derechos como la propiedad privada y de libertades como las que mencionamos, libertad contractual, libertad económica, libre empresa, libre competencia, fundamentalmente, todas ellas con unos límites. La libre competencia y la protección al consumidor se vuelven una llave fundamental para ese buen funcionamiento del mercado en la medida en que tienen un rol complementario para cumplir las finalidades específicas que se proponen y una finalidad en común que las une, ayudar a que el mercado funcione bien. Así que la debida protección al consumidor garantizará que la competencia funcione mejor, que sea más leal y que los actores del mercado que no jueguen limpio con los consumidores queden por fuera del juego de la competencia. Lo mismo sucede con la libre competencia, en la medida en que los agentes del mercado que celebren carteles, abusen de su posición de dominio o ejerzan conductas

monopólicas sean sancionados, así el consumidor gana al ser el eslabón final y más débil de la cadena de valor. Y todo esto surge por mandato constitucional, y es el Estado en quien radica la primera responsabilidad de controlar que el mercado funcione bien, para lo cual se puede valer de la función reguladora. En síntesis, se puede afirmar que de la efectividad de la protección al consumidor también dependerá, en parte, el buen funcionamiento del mercado. Si el mercado funciona bien esto tiene que redundar en una serie de consecuencias que contribuyen al bienestar general de las personas.

Reflexión final

Se concluirá afirmando que la protección al consumidor debe ser concebida como una finalidad del Estado de origen constitucional primordial para el bienestar social. Esta finalidad se desarrolla a través de una serie de normas que deben materializar las finalidades y el espíritu trazados por el constituyente y la Corte constitucional para este derecho, quienes le han dado un tinte social muy alto para el caso colombiano. El derecho de la protección al consumidor es por lo tanto un derecho social del mercado. Esto implica dejar de lado esa visión simplista y peyorativa que lo concebía como un derecho para reclamar las garantías de las planchas dañadas, un derecho limitado al estatuto de protección al consumidor. No es así. De él depende hoy en día la justicia en las relaciones de consumo, de él depende la protección a los débiles en las relaciones económicas, de él depende la protección de intereses generales que nos conciernen a todos como la salud y la seguridad de los consumidores, él contribuye al buen funcionamiento del mercado y a la depuración de la libre y leal competencia que debe primar en el mismo. De él depende, finalmente, retomando las palabras de Von Gierke, la gota de aceite social que le cae al derecho privado y en general agregaríamos, al derecho que regula el mercado. La constitución política de 1991 promovió un derecho de la protección al consumidor polifacético, poliédrico para utilizar la expresión de la Corte Constitucional, un derecho que en algunos ordenamientos jurídicos ya es pensado seriamente como un derecho humano. Por lo tanto, el trío Constitución, mercado y protección al consumidor es esencial para el cumplimiento de las finalidades del Estado y para la consecución de la justicia y la armonía social, finalidades que le son propias al derecho.

Intervención económica, deslegalización del derecho y desregulación de los mercados

Juan Pablo Buitrago León¹

¹ Las opiniones expresadas en esta ponencia comprometen únicamente al autor; por tanto, no vinculan a la Superintendencia Financiera de Colombia ni a sus directivos, ni corresponden a la posición oficial o autorizada de aquella o de estos.

Sin duda, uno de los debates más relevantes e interesantes de la economía política contemporánea consiste en la determinación de los límites a la intervención del Estado en la actividad económica. Porque si bien para unos este puede ser un agente que entorpece la actividad privada limitando sus potenciales de generación de riqueza, empleo y desarrollo, para otros es necesaria para corregir las fallas del mercado y permitir una distribución adecuada de las oportunidades.

Este debate que, en principio, se tenía como terminado con la supuesta implantación definitiva de las posiciones contrarias al mayor intervencionismo estatal y favorables a la desregulación, así como por la supuesta estabilización indefinida del ciclo económico y el fin de las crisis, por lo menos en lo que hace a las actividades propias de los mercados financieros y de valores (en adelante denominados conjuntamente como mercado de capitales), tomó nuevo impulso cuando fue necesario recurrir al activismo fiscal y monetario para enfrentar y superar una crisis cuyos efectos aún se sienten hoy, más de diez años después de sus primeras manifestaciones.

Basta recordar en este sentido el programa de relajamiento cuantitativo (*Quantitative Easing: QE*) mediante el cual se inyectó liquidez en la economía de los Estados Unidos mediante la compra de títulos públicos y privados por parte de la Reserva Federal, el equivalente de nuestro Banco de la República y que en su tercera etapa llevó a la adquisición mensual de títulos por US\$85.000 millones (diciembre de 2012)² y que, posteriormente, sería replicado por otros bancos centrales como el Banco Central Europeo o el Banco del Japón o las políticas fiscales expansivas del gobierno de Barack Obama para impulsar la demanda agregada, el rescate financiero de la industria automovilística o la inyección de recursos a entidades financieras en problemas.

Y aunque desafortunadamente este debate no hace parte de nuestras discusiones políticas y económicas, ni en el caso de las pasadas elecciones al Congreso y tampoco en lo que llevamos de campaña presidencial, volvamos un momento

2 En "El Relajamiento cuantitativo en los Estados Unidos y algunos efectos en Colombia". Jorge Toro. Reportes del Emisor. Número 176. Enero de 2014.

atrás y vayamos a la última crisis que afectó a los mercados de capitales internacionales, es decir, aquella que en el año 2007 se desató con las denominadas hipotecas *subprime* y la quiebra de Lehman Brothers al año siguiente, para poner en evidencia cómo las causas y consecuencias de tales crisis siempre han estado atadas a procesos pendulares de desregulación y posterior incremento de la regulación como mecanismo compensador.

Los orígenes de la crisis del año 2007 de las hipotecas *subprime* los podemos rastrear, sin embargo, a comienzos de la década del 2000, cuando el gobierno de los Estados Unidos pretendió estimular el crecimiento económico a partir de dos mecanismos esenciales: un mayor consumo de los hogares y la reactivación del sector inmobiliario a través de facilidades crediticias para la adquisición de vivienda y el otorgamiento de beneficios tributarios para los propietarios.

Paralelo a lo anterior, la Reserva Federal de los Estados Unidos redujo fuertemente su tasa de intervención en la economía como mecanismo para estimular el crecimiento económico. Como se observa en la Gráfica No.1³, entre fines de 2001 y diciembre de 2004 la tasa de interés de los fondos federales fue inferior al 2%.



Gráfica No.1

3 En "La crisis financiera internacional: su naturaleza y los desafíos de política económica". José Luis Machinea. En Revista CEPAL No. 97. Abril de 2009.

La combinación de las anteriores políticas condujo a una profundización en la demanda de inmuebles, el incremento de los precios de las viviendas, como se advierte en la Gráfica No. 2⁴ y la creación de instrumentos de financiación innovadores, lo que a su vez amplió la disposición de fondos prestables para deudores con menores niveles de calidad crediticia, es decir, deudores *subprime*.



Gráfica No.2

Sin embargo, muchos de estos deudores, a pesar de no cumplir con varios de los requisitos mínimos para ser considerados sujetos de crédito, recibían préstamos por el cien por ciento (100%) del valor total del inmueble que iban a adquirir y el valor de sus cuotas mensuales podía alcanzar niveles significativos frente al valor total de sus ingresos. En otras ocasiones, si bien las cuotas iniciales podían ser bajas con relación al ingreso, estas se incrementaban rápidamente en el transcurso del tiempo, consumiendo cada mes siguiente un mayor porcentaje de sus salarios.

Esta "ruleta crediticia" se sostenía en el incremento sostenido en el precio de las viviendas, el cual se creía que iba a mantenerse ilimitadamente en el tiempo, aunque la evidencia histórica demostrara lo contrario. Este aumento en el valor de

4 *Ibidem*.

las viviendas implicó, además, que prestatarios ya en dificultades obtuvieran nuevos créditos pues los préstamos iniciales se encontraban sobregarantizados ante el nuevo precio de las viviendas.

Al observar este panorama desde hoy es fácil preguntarse por qué se otorgaban este tipo de créditos cuando todo indicaba que una burbuja como estas no podía mantenerse ilimitadamente en el tiempo. Múltiples circunstancias pueden analizarse para explicarlo, pero sin duda, el modelo de negocio de *“originar para distribuir”* ocupa un lugar central en este análisis.

Y es que si pensamos en la forma en que puede financiarse la adquisición de vivienda, podemos encontrar los siguientes mecanismos, tal y como se explica en la Gráfica No. 3.



Gráfica No.3

Como es fácil de advertir, en el primer caso, en la medida en que el establecimiento de crédito mantiene el riesgo de impago en su balance, este tendrá un interés directo en que las colocaciones de crédito se realicen asumiendo unos riesgos razonables, ya que de lo contrario, se verá afectado por el incremento en las provisiones para cubrir la cartera vencida y, por ende, con pérdidas que deberá asumir de su patrimonio.

Por el contrario, en el segundo evento, el originador, en la medida en que ha trasladado el riesgo de crédito a un sinnúmero de inversionistas, no tendrá interés en evaluar adecuadamente el riesgo de los deudores, sino en colocar el mayor número de créditos, hacer con ellos “paquetes titularizables” y vender los títulos resultantes en el mercado a múltiples inversionistas para obtener una rápida utilidad e iniciar, nuevamente, el ciclo de colocación-titularización. Este mecanismo condujo a que los instrumentos financieros garantizados o colateralizados con deuda de baja calificación crediticia pasara de USD\$180.000 millones en 2001 a USD\$625.000 millones en el año 2005⁵.

Sin embargo, como no todo es eterno, las condiciones del mercado cambiaron, después de casi una década de desarrollo económico, se incrementó el precio del petróleo, y ante el recalentamiento del ciclo económico y de las presiones inflacionarias, la Reserva Federal inició el incremento en su tasa de intervención, como puede observarse en la Gráfica No.1 hasta llegar al 5,25% en el año 2006, con lo cual se deteriora la calidad de consumo de los hogares, se incrementa el costo del capital haciendo más gravosas las cuotas de los créditos hipotecarios.

Como consecuencia de lo anterior muchos prestatarios dejaron de pagar sus deudas, incluso entregaron o abandonaron sus viviendas y se incrementaron las ejecuciones hipotecarias como se observa en la Gráfica No. 4⁶.



Gráfica No.4

Fuente: Bloomberg.

5 En “La crisis financiera internacional y las reformas en regulación y supervisión bancaria”. Eduardo Jara Buitrago. 2013.

6 En “Impacto de la crisis financiera internacional en el sistema financiero colombiano y en su regulación”. Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia. 2009

Lo anterior, finalmente, hace que la burbuja inmobiliaria se pinche reduciendo drásticamente el precio de las viviendas y generalizando la crisis a partir del impago de la cartera hipotecaria y, por ende, de los bonos en que se habían “empaquetado” las hipotecas basura, afectando a un sinnúmero de inversionistas no solo en Estados Unidos sino a lo largo del mundo entero.

Si observamos los anteriores antecedentes, podríamos considerar, en principio, que las causas de la crisis hipotecaria de finales del decenio pasado fueron exclusivamente de carácter económico y financiero, en temas como el nivel de tasas de interés, el valor de la propiedad inmobiliaria o la finalización de un ciclo económico.

No obstante, en medio de dicho panorama debemos interrogarnos por el papel que cumplió la regulación o, más bien, la ausencia de regulación para ir aterrizando en la materia que nos convoca hoy a la reflexión.

Así, podemos preguntarnos, entre otros aspectos, ¿cualquier persona o entidad puede efectuar créditos para la adquisición de vivienda?; ¿tales prestamistas deben ser regulados y supervisados por el Estado?; ¿es posible prestar hasta por el cien por ciento (100%) del valor del inmueble?; ¿qué porcentaje sobre mi salario me pueden prestar cuando voy a comprar una casa, el veinte, el treinta o el noventa?; ¿la tasa a la que me prestan debe ser establecida por el Estado o determinada autónomamente por las partes; ¿debe el Estado administrar el riesgo que asumen las entidades crediticias o les corresponde a estas, autónomamente, determinar qué nivel de riesgo están dispuestas a asumir o cuál debe ser su apetito de riesgo óptimo?

Muchas de las respuestas para el caso de Estados Unidos, por lo menos antes de las reformas postcrisis, las conocemos ahora después de revisar los antecedentes de lo ocurrido en el año 2007, y nos permiten concluir que, por lo menos, en el caso del mercado hipotecario, este se encontraba altamente desregulado y librado a la actuación autónoma de un sinnúmero de partícipes, muchos de los cuales no eran regulados ni supervisados por ninguna entidad del Estado.

Miremos ahora si ocurría lo mismo en Colombia para la misma época de los hechos en cuestión, año 2007, no sin antes tener presente que a finales del siglo pasado ya habíamos vivido nuestra propia crisis del sector hipotecario, paralela a la de la banca pública y a la del cooperativismo financiero, por lo cual nos encontrábamos en una situación “*regulatoria*” diferente a la estadounidense o en lo que podemos denominar un estadio distinto en el recorrido del péndulo regulatorio.

Porque después de múltiples sentencias de la Corte Constitucional durante el año 1999 y 2000, entre otros aspectos, se había prohibido la utilización de sistemas de pago que contemplaran la capitalización de intereses tal y como lo preveía el artículo 121 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, determinado que la unidad de cuenta que reemplazaría al UPAC, debería calcularse exclusivamente a partir de la variación en el índice de precios al consumidor (IPC) sin tener en cuenta las fluctuaciones en las tasas de interés de la economía⁷, y permitido el prepago de los créditos sin penalidad de ningún tipo.

El retiro del ordenamiento legal en 1999 de las diversas disposiciones que regulaban el sistema de adquisición de vivienda UPAC que, por demás, había funcionado con excelentes resultados desde el año 1972, llevó al Congreso de la República a expedir un nuevo sistema, sustentado ahora en la Unidad de Valor Real (UVR), mediante la Ley 546 del mismo año.

Como resultado de las múltiples sentencias de constitucionalidad en la materia, de la mencionada Ley 546 y de las regulaciones expedidas por el Gobierno Nacional y la Junta Directiva del Banco de la República, nuestro sistema de financiación para la adquisición de vivienda tenía y mantiene hasta la fecha, entre otras, las siguientes características:

Si bien, como es conocido por todos, cualquier persona o entidad puede otorgar créditos siempre que lo haga con recursos propios y no vulnere el límite de la tasa

⁷ Ver sentencias C-383, C-481, C-700 y C-747 de 1999, y C-208 y C-955 de 2000.

de usura, en el caso de los créditos para la adquisición de vivienda, estos solo pueden ser efectuados por personas jurídicas sujetas a la inspección y vigilancia del Estado a través de las superintendencias Financiera, de Economía Solidaria o Sociedades.

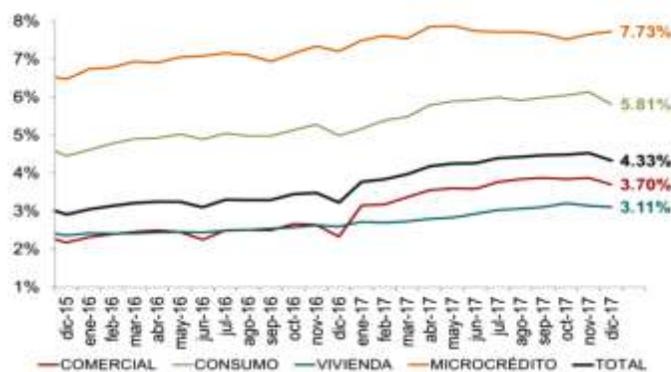
Adicionalmente, se estableció que la tasa de interés remuneratoria no podía superar el 12.4% más la UVR y, en el caso de la vivienda de interés social hasta el 10.7% más la UVR, así como que debía ser fija durante toda la vida del crédito, salvo en los casos en que se previera su disminución; que el monto del crédito no podía superar el setenta por ciento (70%) del valor del inmueble, límite que en el caso de la vivienda de interés social puede llegar al ochenta (80%); para la primera cuota se fijó un límite que no puede ir más allá del treinta por ciento (30%) de los ingresos familiares; se determinó que su plazo podía ir entre los cinco (5) y los treinta (30) años; garantía de los mismos con hipoteca de primer grado, y exigencia de seguros para incendio y terremoto.

Como se advierte, contrario a lo ocurrido en Estados Unidos, nuestra regulación es muy minuciosa en lo que hace al tratamiento de los créditos para adquisición de vivienda, lo que impide que situaciones como la presentada en dicho país se repita en el nuestro, pero, se reitera, este fue el resultado de los cambios regulatorios producidos como respuesta a la crisis del sistema UPAC, dentro del cual tenían cabida algunas de las prácticas reseñadas en el caso estadounidense, como lo fueron entre nosotros las denominadas cuotas “*supermínimas*” al inicio del crédito y que se iban incrementando a lo largo de los años minando la capacidad de consumo de los prestatarios.

De hecho, si estudiamos el índice de calidad de la cartera hipotecaria actual⁸, encontramos que el de los créditos de vivienda es el que presenta menores problemas de mora en el país, tal como se observa en la Gráfica No. 5⁹.

8 Entendido como el porcentaje de obligaciones sin pago sobre el total de la cartera.

9 En “Informe de Actualidad del Sistema Financiero Colombiano”. Superintendencia Financiera de Colombia. Diciembre de 2017.



Gráfica No.5

Este comportamiento de la cartera hipotecaria tiene sustento en buena parte de las medidas regulatorias mencionadas. Porque si bien la vivienda es el principal activo de las familias lo que las hace privilegiar los pagos de sus obligaciones en la materia por encima de otro tipo de obligaciones, es evidente que buena parte de su buen comportamiento también se origina en la adecuada regulación y supervisión.

Baste con pensar en medidas como el porcentaje máximo del valor del inmueble que se permite financiar, recordemos el 70%, lo cual indica que en caso de pérdida del inmueble por falta de pago, las familias no solo perderían su casa, sino también el 30% adicional que tuvieron que poner para poder adquirir su vivienda.

Esta circunstancia contrasta claramente con la situación de riesgo moral que se presentaba en el caso estadounidense, donde si la vivienda costaba cien y el crédito que me habían otorgado para adquirirla era por el mismo valor, no perdía absolutamente nada de mi patrimonio, salvo, obviamente lo pagado por concepto de cuotas, lo que podría tomarse como una especie de arriendo, en caso de dejar de pagar el crédito y abandonar la vivienda.

Igualmente, si la primera cuota del crédito en el caso colombiano no puede superar el 30% de los ingresos familiares, si la tasa es fija y en un escenario normal los ingresos familiares deben incrementarse por lo menos al mismo ritmo

que el IPC, el porcentaje que se destina para el pago del crédito se mantendrá dentro de dicho límite del 30% o incluso podría disminuir a lo largo del término de maduración de la obligación crediticia.

Situación bien distinta a la que se presenta cuando el porcentaje de mis ingresos que requiere la atención del crédito cada mes es mayor, dejando un menor espacio para los otros gastos de sostenimiento de la familia.

Como podemos ver, en resumen, son notorias las diferencias entre los dos esquemas y las consecuencias de los mismos son también relevantes. Así, en el primer caso una falta de regulación y supervisión condujo a la catástrofe mientras en el segundo nos encontrábamos y mantenemos ante un mercado que crece satisfactoriamente y bajo condiciones de riesgo adecuadas, aunque no con los niveles deseables de profundización para el momento del ciclo económico en que nos encontramos.

En este punto de la exposición podemos volver a la inquietud inicial y preguntarnos ¿qué lleva a una situación o a la otra, es un problema simplemente práctico o ideológico producto de una concepción filosófica del Estado y de lo que debe ser su quehacer de cara a la libertad de empresa y autonomía de la voluntad privada?

Aunque a veces tales determinaciones pueden parecer neutras es evidente que a estas subyace una concepción o filosofía política sobre el Estado o en este caso, para lo que nos convoca en estos dos días de disertaciones, sobre el grado de intervención del Estado en las diversas actividades económicas.

Por supuesto una determinación de tal envergadura hace parte de las definiciones propias de las normas fundantes de un Estado como bien lo ha expresado nuestra Corte Constitucional al señalar que *“La Constitución Política de un país consagra las reglas e instituciones jurídicas que conforman la organización política del Estado y su funcionamiento, establece los distintos órganos de gobierno en que éste se distribuye, las relaciones de éstos entre sí y con los miembros de la*

*comunidad, e imprime la orientación ideológica-filosófica-jurídica en que se funda y que inspira sus mandamientos*¹⁰.

Dicha problemática puede enfrentarse desde una perspectiva abstracta o abordarse desde el análisis de determinados sectores de la economía. Como ustedes ya lo habrán notado, yo lo haré desde la perspectiva del mercado de capitales, por lo cual es preciso, volviendo a nuestro tema inicial sobre las crisis del sector hipotecario, recordar que nuestro artículo 51 superior establece que todos los colombianos tenemos derecho a una vivienda digna, efecto para el cual le corresponde al Estado promover, entre otros, aspectos, el establecimiento de sistemas adecuados de financiación a largo plazo.

Luego, todas las disposiciones sobre las cuales he hecho referencia para el caso colombiano de financiación para la adquisición de vivienda deben enmarcarse en dicho postulado constitucional, el cual a partir de las sentencias de la Corte Constitucional del año 1999 que declararon la inexecutable del sistema UPAC, irradiaron todas las actuaciones estatales en la materia.

Como lo expresé atrás, el Congreso de la República a través de la Ley 546 de 1999 que crea el nuevo sistema, el Gobierno Nacional mediante su reglamentación a través de decretos de intervención y la Junta Directiva del Banco de la República en su condición de autoridad crediticia a la que le corresponde fijar la metodología de cálculo de la UVR y determinar la tasa máxima de interés remuneratorio aplicable, por lo que podemos concluir que nos encontramos ante un sector de la actividad económica con un alto grado de intervención estatal.

Ahora bien, ¿esto mismo ocurre con los otros tipos de créditos, como los comerciales, de tarjeta de crédito, educativos o para la adquisición de vehículos? Indudablemente no, la consecuencia de dicho tratamiento regulatorio proviene de la consagración constitucional del mencionado derecho a la vivienda digna dentro del catálogo de derechos económicos, sociales y culturales o de tercera generación dentro de nuestro texto constitucional.

10 Sentencia C-027 de 1.993.

De ahí que cuando se le preguntó a uno de aquellos magistrados de la época por qué los beneficios de los créditos hipotecarios no se extendían a los prestatarios de créditos para la adquisición de vehículos, este respondió sin sonrojo y simplemente, que para que esto ocurriera era preciso adelantar una reforma constitucional para que se estableciera que todos los colombianos tenemos derecho a un vehículo automotor “digno”.

Por eso, atendiendo a la relevancia del contenido de las normas constitucionales que tratan el mercado de valores para determinar el nivel de intervención estatal en el mismo, conviene que repasemos rápidamente el tratamiento que nuestra Carta Política le otorga, especialmente para que podamos abordar la otra cara de la intervención, en este caso, la deslegalización y, por esta vía, la desregulación.

Bajo esta perspectiva, tengamos presente que las actividades que constitucionalmente se definen como “*financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público*” son consideradas como de interés público y requieren de previa autorización del Estado para su realización, (artículo 335).

¿Pero qué debemos entender por interés público en este tipo de actividades? Repasando la jurisprudencia constitucional encontramos varias respuestas al respecto por lo que podemos vincular dicha noción de “*interés público*” con: i) la importancia que tiene para la economía en general; ii) la confianza pública que todos depositamos en sus agentes y iii) el aspecto que veníamos tratando con anterioridad, la intervención del Estado en su regulación y supervisión en aras de propender por la adecuada protección de ahorradores e inversionistas. Veamos:

1) La importancia económica del sector

“Ha dicho la Corte que la actividad financiera es de interés general, pues en ella está comprometida la ecuación ahorro - inversión que juega papel fundamental en el desarrollo económico de los pueblos. Es por ello que cualquier actividad que implique esta forma de intermediación de recursos, o

la simple captación del ahorro de manos del público, debe quedar sometida a la vigilancia estatal. En efecto, en el modelo 'social de derecho', en donde corresponde al Estado conducir la dinámica colectiva hacia el desarrollo económico, a fin de hacer efectivos los derechos y principios fundamentales de la organización política, no resulta indiferente la manera en que el ahorro público es captado, administrado e invertido. La democratización del crédito es objetivo constitucionalmente definido (C.P art. 335) y la orientación del ahorro público hacia determinado propósito común se halla justificada como mecanismo de intervención del Estado en la economía (C.P. art. 334), para lograr la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo. Además, la actividad propiamente financiera tiene repercusión en la soberanía monetaria del Estado, pues es sabido que el papel que el sistema financiero cumple dentro de la economía implica la emisión secundaria de moneda, mediante la creación de medios de pago distintos de los creados por la vía de la emisión, por lo cual su adecuada regulación, vigilancia y control compromete importantes intereses generales. Pero más allá de este interés público, corresponde también al Estado velar por los derechos de los ahorradores o usuarios, razón que también milita para justificar la especial tutela estatal sobre las actividades financiera, bursátil y aseguradora y sobre cualquier otra que implique captación de ahorro de manos del público"¹¹.

Y es que a nadie se le escapa la relevancia que tiene para el desarrollo de un país que las personas y las empresas cuenten con los recursos necesarios para adelantar sus diversos proyectos de consumo e inversión. Pensemos solamente en lo que ocurre cuando un empresario que pretende ampliar su fábrica de calzado no tiene acceso a recursos para llevar a cabo su proyecto. Simplemente menos desarrollo, empleo y bienestar para la región.

Puede ocurrir que nuestro empresario del calzado consiga la financiación, pero a unas tasas muy elevadas o que deba devolver los recursos obtenidos en unos plazos muy breves, con lo cual el proyecto se vuelve financieramente inviable. De

11 Sentencia C-940 del 15 de 2003.

ahí que no solo se precise la existencia del mercado de capitales, sino que es necesario que este opere en condiciones de competencia y eficiencia.

Han sido muchos los economistas que han tratado de explicar por qué unos países crecen y otros no o por qué unos lo hacen a tasas mayores y otros de manera muy lenta. Múltiples respuestas se han dado. Desde las relacionadas con la existencia de recursos naturales -aunque para muchos países esta riqueza ha sido su desgracia-; el respeto a la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos; un sistema efectivo de pesos y contrapesos dentro del Estado; el libre comercio y la competencia; la educación; la inversión en ciencia y tecnología. En fin...

Pero una de las posibles respuestas también ha explicado el crecimiento a partir de la existencia de un mercado de capitales profundo y eficiente. Así, desde uno de los trabajos pioneros en la materia en el país, Carvajal y Zuleta¹², describen algunos de los estudios empíricos internacionales a partir de los cuales es posible establecer que *“(...) el desarrollo del sistema financiero genera un mayor crecimiento económico sostenible en el largo plazo”* y, para el caso colombiano, concluyen que existe *“(...) evidencia estadística para la hipótesis según la cual una mayor eficiencia del sistema financiero (medida como la relación entre el total de activos del sistema y los gastos administrativos y laborales) aumenta la formación bruta de capital fijo, con rezago de un año”*

Se ha vinculado, entonces, el concepto de interés público de estas actividades con la necesidad de mantener un adecuado flujo de recursos del ahorro hacia la inversión como ingrediente esencial para el crecimiento económico, la reducción del desempleo y la distribución equitativa de los beneficios del desarrollo.

2) Confianza pública y buena reputación

“La actividad financiera, bursátil y aseguradora es, pues, una actividad esencial para el desarrollo económico; constituye principal mecanismo de administración del ahorro del público y de financiación de la inversión

12 En *“Desarrollo del Sistema Financiero y Crecimiento Económico”*. Borradores Semanales de Economía. No. 67. Banco de la República. 1.997.

pública y privada y está fundada en un pacto intangible de confianza. Se trata de la confianza por parte de los usuarios en que las obligaciones derivadas de la respectiva obligación serán rutinariamente satisfechas. Y esa confianza está a su vez cimentada en una regulación adecuada y en la convicción pública de que las entidades que hacen parte del sistema están vigiladas técnica y profesionalmente. Esa confianza ha de ser permanente, continua, y totalmente extendida para que el sistema funcione. La historia económica global reciente demuestra que este no es un planteamiento meramente teórico: en el momento en que se rompe la confianza, el sistema financiero se paraliza, y con él la economía que de él depende. Las personas empiezan a desconfiar del sistema, y de su capacidad de cumplir la promesa contenida en cada una de las millones de transacciones diarias que dentro de él se realizan. El mantenimiento de esa confianza pública es el objetivo principal de la intervención del estado en este tipo de actividades. En 'eso, principalmente, consiste el carácter de 'interés público' que la Constitución le imprime a este tipo de actividades, y de ahí el particular diseño institucional con el cual el constituyente dotó al Estado para permitirle la intervención en este tipo de actividades económicas"¹³.

Uno de los aspectos más sensibles de nuestra vida, querámoslo o no, se refiere al manejo que debemos darle al dinero que obtenemos de nuestro trabajo, por ser poseedores de activos (inmuebles y acciones, entre otros) o por recibir una herencia, por ejemplo. Estos recursos podríamos guardarlos bajo el colchón con los consiguientes riesgos en materia de seguridad y pérdida de su valor real por el transcurso del tiempo. De ahí que también, gústenos o no, debemos acudir a entidades especializadas para resguardarlos y, además, obtener una rentabilidad o cuando menos, obtener el equivalente a la variación en el IPC.

Y solamente acudimos a estas entidades porque confiamos en ellas, creemos que los recursos que les entregamos, en el caso de los bancos, por ejemplo, a través de un depósito en cuenta de ahorros, será devuelto en un futuro, en cualquier momento, cuando acudamos a una oficina o a un cajero electrónico.

13 Sentencia C-640 de 2010.

Para proteger esta confianza, justamente, fue necesario modificar el tipo penal de pánico económico y a partir de la Ley 599 de 2000 (artículo 302) incluir en este la divulgación al público o reproducción en un medio masivo de comunicación de “(...) información falsa o inexacta que pueda afectar la confianza de los clientes, usuarios, inversionistas o accionistas de una institución vigilada o controlada por la Superintendencia Financiera (...)”. De ahí que el profesor Hernández Quintero¹⁴ al referirse a uno de los antecedentes de dicha modificación, recuerde que:

“En la misma disposición penal, es necesario incluir un inciso que sancione a quien, a través de maniobra fraudulenta, provoque o estimule el retiro masivo de depósitos de una entidad financiera o cooperativa.

Como es de público conocimiento, recientemente Davivienda, una de las más importantes entidades financieras del país, enfrentó retiros de fondos por 30 mil millones de pesos, por cuenta de un rumor difundido, vía Internet, en el que se anunciaba una posible intervención de esta institución bancaria. Gracias a la oportuna y seria actuación del Ministerio de Hacienda, el Banco de la República y el buen manejo de la situación por parte de las directivas de Davivienda, se evitó un pánico financiero de consecuencias incalculables.

Al revisar el tipo penal de Pánico económico, se encuentra que en él se sanciona el realizar maniobra fraudulenta para procurar alteración en el precio de los artículos o productos oficialmente considerados de primera necesidad o el de los salarios, materias primas, acciones o valores negociables. Como puede observarse, en ninguna parte de esta norma se prevé la posibilidad de que el pánico económico se genere por maniobra fraudulenta que provoque o estimule la corrida de depósitos de una entidad financiera, que es el daño concreto que puede causarse a dichas entidades y al orden económico social, cuando estas insidiosas afirmaciones se producen”

14 En “El delito de pánico económico en el nuevo Código Penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Volumen 22, número 73. 2001.

Si perdemos la confianza en una de estas entidades, buscaremos otra, pero si la perdemos en el conjunto de todas las entidades, no tendremos alternativa que volver al colchón, de ahí que la confianza sea tan relevante en este tipo de mercado y por qué las afectaciones de la confianza en una de estas se trasladan tan fácilmente al conjunto de las entidades pudiendo generar, incluso, situaciones de riesgo sistémico.

Sin embargo, los problemas de pérdida de confianza no se originan solamente en conductas delictivas de terceros, también pueden provenir de los administradores y funcionarios de las entidades vigiladas, por lo que la confianza va de la mano con la buena reputación de las mismas.

Por eso uno de los riesgos que les corresponde administrar es el reputacional, el cual muchas veces va asociado a la conducta tanto individual como colectiva del gremio de entidades, sus administradores y funcionarios. Recordemos para el efecto la situación que se presentó con la que era la sociedad comisionista de bolsa más grande del país a comienzos de la presente década, Interbolsa. Aunque las situaciones irregulares e incluso delictivas se presentaron por parte de algunos de sus funcionarios y administradores, el público asoció estas conductas con la totalidad del gremio de sociedades comisionistas de bolsa lo que llevó a muchos clientes a retirar sus recursos de este tipo de entidades.

En consecuencia, podemos afirmar que la confianza y buena reputación de las entidades les permite a los ahorradores e inversionistas entregarles sus recursos con la seguridad de que estos serán gestionados de manera segura, salvaguardando sus intereses, respetando sus instrucciones y devueltos cuando así lo necesiten.

3) Intervención del Estado en su regulación y supervisión como mecanismo para proteger adecuadamente a ahorradores e inversionistas

“De igual manera, en relación con la actividad bursátil, la Corte ha estimado que (i) al igual que sucede con las entidades financieras, la actividad bursátil

es de interés público; (ii) el carácter de interés público de esa actividad se concreta en la inspección y vigilancia de la Superintendencia de Valores, hoy Financiera de Colombia, la cual debe intervenir para mantener el mercado bursátil debidamente organizado, velar porque quienes participan en él desarrollen su actividad en condiciones de igualdad, transparencia y no se ponga en peligro ni se lesione el interés público y específicamente el interés de los inversionistas; (iii) el ejercicio de la actividad es reglado, como quiera que la legislación y la inspección gubernamental determinan cuáles transacciones deben llevarse a cabo obligatoriamente a través de bolsas de valores, qué montos y cómo deberá efectuarse cada transacción; (iv) se trata de una actividad sometida a autorización gubernamental previa; (v) el Estado ha intervenido en esta actividad de manera especial para prevenir conductas delictivas, tales como, el lavado de activos y la utilización de esta labor para fines diferentes al interés público; y (vi) la actividad bursátil es una de aquellas en que se manifiesta la potestad administrativa sancionatoria.

Desde la anterior perspectiva, las actividades bancaria, bursátil, aseguradora o cualquier otra vinculada con la captación de recursos de los inversionistas o ahorradores se encuentran sometidas a un régimen estricto de intervención del Estado, en el sentido de requerir autorizaciones previas para su funcionamiento, e igualmente, son constantemente vigiladas y controladas por organismos gubernamentales de carácter técnico, llamados a ejercer funciones de policía administrativa, como lo es la Superintendencia Financiera de Colombia, con el propósito de asegurar la confianza en el sistema financiero, así como garantizar la transparencia de las actividades realizadas por las entidades vigiladas, evitar la comisión de delitos, en especial, relacionados con el lavado de activos, y proteger los intereses de terceros de buena fe que pueden resultar lesionados por operaciones de mercado irregulares, inseguras o inadecuadas”¹⁵.

Acá vemos cómo el concepto de interés público se relaciona con nuestro tema de estudio, es decir, con la intervención del Estado a través de la regulación y

15 Sentencia C-860 de 2006.

supervisión sobre todos los aspectos del devenir social de estas entidades, desde su autorización para operar hasta el momento de su salida voluntaria o forzosa del mercado, orientada a la protección de los derechos e intereses de ahorradores e inversionistas.

Pues bien, como hablamos de regulación e intervención en el mercado de capitales detengámonos un momento para revisar cómo se producen estos fenómenos a partir del reparto de competencias efectuado por el texto constitucional y en nuestro camino a lo que hemos denominado como deslegalización y desregulación del mercado.

Así, en lo que podríamos denominar una primera etapa o momento “regulatorio”, el literal d) del numeral 19 de su artículo 150 establece que al Congreso le corresponde dictar lo que conocemos como leyes cuadro o marco, es decir, normas generales en las que se fijan los objetivos y criterios a los que se tiene que sujetar el Gobierno Nacional al regular las actividades propias del mercado de capitales.

Le corresponde entonces al Presidente de la República como Suprema Autoridad Administrativa en una posterior instancia “intervenir” en las actividades del mercado de capitales, por supuesto, con sujeción a los límites determinados mediante la ley marco en la materia.

Esta técnica de intervención en la economía compuesta por ley marco y decretos de intervención ha sido caracterizada así por nuestra Corte Constitucional:

"Lo característico de la figura contemplada por el artículo 150, numeral 19, de la Constitución Política, es la distribución de competencias, en fases distintas, en lo referente a la regulación de las materias que la norma enuncia: mientras el Congreso, mediante ley, señala reglas y criterios generales, el Ejecutivo los desarrolla en concreto, en ejercicio de una función típicamente administrativa.

(...) Este (el Congreso) agota su actividad al fijar las pautas y directrices en cuya virtud se oriente la tarea estatal de regulación en los asuntos previstos por la norma, y deja paso a la gestión administrativa del gobierno (art. 189-25 C.P.), que resulta ser mucho más amplia que la potestad reglamentaria referente al común de las leyes (art. 189-11 C.P.), aunque delimitada por los criterios consagrados en las disposiciones básicas dictadas por el legislador¹⁶.

En consecuencia, hasta acá tenemos dos instrumentos de la actuación estatal, las leyes marco y los decretos de intervención gubernamental, por lo cual es necesario detenernos un momento en la naturaleza de estos últimos y preguntarnos ¿si la típica facultad de reglamentar las leyes se encuentra prevista en el numeral 11 del mencionado artículo 189, los decretos que hemos llamado de intervención (numeral 25) tienen una fuerza superior a aquellos?

Lo primero que podemos concluir, revisando los artículos 3º de la Ley 35 de 1993 (incorporada en el artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero o Decreto-Ley 663 de 1993) y 4º de la Ley 964 de 2005, las dos leyes marco en la materia, la primera en temas financieros y la segunda en los del mercado de valores, es que las facultades que allí se le otorgan al Gobierno Nacional van mucho más allá que una facultad simplemente reglamentaria.

Así, el Gobierno Nacional puede, entre otras atribuciones, autorizar nuevas operaciones, establecer requerimientos patrimoniales de acuerdo con los riesgos que asuman las entidades, señalar nuevas actividades como integrantes del mercado de valores, calificar como valor a nuevos instrumentos financieros y señalar, en términos generales, la regulación aplicable a las entidades que hacen parte de los dos mercados.

Como se advierte fácilmente se trata de facultades de una enorme amplitud y que dotan al Gobierno Nacional de un amplio espectro de atribuciones de cara a los

16 Sentencia C-608 de 1999. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias C-465 y C-510 de 1992, C-021 de 1994, C-129 de 1998, C-700 de 1999, C-955 de 2000, C-126 y C-948 de 2003, y 432 de 2004.

sectores sujetos a su regulación. Sin embargo, ¿esta extensión les permite derogar disposiciones de rango legal?

Este tema había sido abordado por la Corte Suprema de Justicia, cuando correspondía a esta el ejercicio del control de constitucionalidad, al analizar la facultad contenida en el numeral 14 del artículo 120 de la Constitución anterior. Recordemos en este punto que el mencionado artículo indicaba que le correspondía al Presidente de la República, *“ejercer, como atribución constitucional propia, la intervención necesaria en el Banco de Emisión y en las actividades de personas naturales o jurídicas que tengan por objeto el manejo o aprovechamiento y la inversión de los fondos proveniente del ahorro privado”*.

A partir de definición de *“atribución constitucional propia”* y el concepto de ley cuadro o marco, la Corte Suprema de Justicia elaboró la teoría de los *“reglamentos autónomos constitucionales”* con sustento en la cual consideró que los decretos expedidos a su amparo iban más allá de la simple potestad reglamentaria y podían, en consecuencia, derogar la ley. Así, en sentencia de 1969, sostuvo que:

“(…) el ejecutivo ejercita, como atribución constitucional propia, con poderes que naturalmente comprenden la derogación o modificación de las leyes que quedan dentro de su órbita, la función de dictar normas que aunque conceptualmente sean próximas a una potestad reglamentaria ampliada, no son ya reglamentos particulares y de detalle, para la simple ejecución de la ley como los del artículo 120, numeral 3º del orden actual. Como las leyes cuadros o normativas son distintas a las leyes ordinarias, de la misma manera los decretos dictados para desarrollar las primeras tienen un carácter diverso a los decretos simplemente reglamentarios, que acaban de citarse, los primeros tendrán fuerza de ley aunque así no se diga de modo claro porque jurídicamente deben asimilarse a los expedidos en virtud de las facultades del numeral 12 del artículo 76 (facultades extraordinarias)”¹⁷.

17 Citado en *“El principio de igualdad en la actividad financiera”*. Luis Fernando López Roca. Universidad Externado. 2012.

Sin embargo, a partir del nuevo andamiaje constitucional, con la eliminación de dicha atribución constitucional “*propia*” en el nuevo texto Superior y el señalamiento de las facultades para el Congreso y el Presidente que vimos atrás, el Consejo de Estado ha manifestado que:

“Si bien estos decretos son reglamentarios que concurren con la ley hacia la regulación de determinados asuntos, coadyuvando a la voluntad del legislador en el ámbito material, es también evidente la subalternidad jurídica que tales actos administrativos acusan frente a la ley. Al respecto baste observar cómo la misma Carta registra en su artículo 241-5 como decretos con fuerza de ley únicamente a los dictados por el gobierno con fundamento en los artículos 150-10 y 341, al igual que los expedidos con apoyo en el artículo 215 eiusdem. (...) Claro es también que merced al fenómeno de la 'deslegalización', al tiempo que la Constitución le traza precisos linderos al Congreso en materia de 'leyes marco', le concede al ejecutivo un amplio campo de acción normativa. 'Deslegalización' que si bien responde a la necesidad de reducir la frecuencia y extensión de los decretos extraordinarios, en modo alguno entraña un traslado de facultades legislativas a favor de la esfera gubernamental (...) Pero si lo anteriormente dicho es cierto, no lo es menos que los decretos dictados en desarrollo de una ley-cuadro ostentan una condición jurídica superior a la de los decretos reglamentarios, que no obstante tipificarlos como actos administrativos, pone de manifiesto su clara vocación derogatoria de las leyes anteriores, siempre que éstas no sean orgánicas o estatutarias”¹⁸.

Como se advierte, entonces, es evidente que el ámbito de actuación de los decretos de intervención dictados al amparo de las leyes marco en materia del mercado de capitales, es muy superior al de un simple decreto reglamentario, pero ya no ostentan el rango material de ley como podía ocurrir en el pasado, aunque, curiosamente, sí pueden derogar leyes anteriores, en los términos de la última jurisprudencia citada.

¹⁸ Sentencia del 11 de junio de 1998. Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Y permítanme en este momento una anécdota de tipo personal. Aunque dicha jurisprudencia de la máxima instancia de la jurisdicción contenciosa administrativa es del año noventa y ocho, quizá por lo arraigado que se encuentra entre nosotros el concepto de pirámide kelseniana, para el año 2005 aun no era claro en muchas instancias de la administración pública esta posibilidad de derogar la ley previa por parte de los decretos de intervención.

En esa época trabajaba yo en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, una vez expedida la nueva ley marco del mercado de valores, la ya mencionada Ley 964 de 2005, nos correspondía preparar los nuevos decretos que la desarrollaran.

Uno de estos correspondía al ejercicio de algunas de las facultades previstas en el artículo 4º sobre la actividad de administración de lo que en el pasado eran los fondos de valores, fondos de inversión, fondos comunes ordinarios y fondos comunes especiales, que pasarían a denominarse con la nueva regulación carteras colectivas, hoy fondos de inversión colectiva.

Pues una gran parte de la regulación vigente en la materia se encontraba en una norma con rango legal, el ya mencionado Decreto-Ley 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el cual, por supuesto era necesario derogar para dictar la nueva regulación en la materia.

No saben ustedes las horas que nos costó convencer a los funcionarios de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República sobre la viabilidad jurídica de efectuar tal derogatoria, la cual, para ellos, apegados a la pirámide kelseniana aprendida en los cursos de Introducción al Derecho, no era más que una desmesura por parte del Ministerio de Hacienda.

Y, por supuesto, que no lo era, correspondía simplemente a la llegada a nuestro mercado de valores del concepto de deslegalización que no es otra cosa que el cambio de competencias entre el Congreso y el Presidente de la República. Por eso, frente a la materia que ahora, mediante el expediente de la ley marco, el

primero ha considerado que debe ser regulado por el Gobierno Nacional, este cuenta con el alcance normativo suficiente para derogar las leyes previas sobre el particular. De ahí que algunos consideren, siguiendo un poco con el escalamiento propio del sistema de fuentes, que la derogatoria de la ley no ocurre en virtud del decreto de intervención sino por medio de la ley que entrega la competencia al ejecutivo.

Por tanto, esta deslegalización implica la existencia de decretos de naturaleza típicamente administrativa pero que tienen la posibilidad de modificar y derogar normas de rango legal, lo cual no es nada diferente que el desarrollo mismo de la técnica de intervención propia de las leyes marco o cuadro, por lo cual no debe sorprendernos en modo alguno.

Y esta situación se hizo tan patente con la Ley 964 de 2005 que el primer decreto que se expidió a su amparo, el 3767 del 21 de octubre de 2005 estableció que el 40% de los miembros del consejo directivo de las bolsas de valores tendrían la calidad de independientes y señaló también que las bolsas podrían eliminar las suplencias en sus consejos directivos vía reforma estatutaria, lo cual no era más que una derogatoria parcial de las normas del Código de Comercio que establecen que las juntas directivas de las sociedades anónimas, como lo son las bolsas de valores, deben contar con suplentes.

Pero esta situación no debe asombrarnos en modo alguno porque, además, lo que se inició como un proceso de *“deslegalización”* mediante la regulación por parte del Gobierno Nacional de múltiples materias del mercado de valores ha continuado. Y hoy se produce no solo mediante decretos sino también a través de normas de rango menor como las circulares de la Superintendencia Financiera e, incluso, mediante regulación dictada por un órgano de naturaleza privada como lo es el Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia o las mismas entidades que desarrollan esta actividad.

Para el efecto vamos a analizar ahora la forma en que hoy se encuentra regulada una de las actividades medulares del mercado de valores: la intermediación para

la compra y venta de valores, en lo que puede denominarse una verdadera “cascada” de normas en la materia.

Así, en primer término, encontramos la Ley 964 de 2005 que señala como una de las actividades del mercado de valores a la intermediación de valores y le otorga facultades al Gobierno Nacional para regular la materia.

Este, a su vez, mediante el Decreto 1121 de 2008, incorporado en el Decreto 2555 de 2010 o decreto único del sector financiero, asegurador y del mercado de valores, ya con un mayor grado de minuciosidad, como corresponde a su facultad de intervención, reguló, entre otros aspectos las operaciones que se entienden dentro del concepto de intermediación, las entidades autorizadas para llevarlas a cabo y los deberes de los intermediarios.

Posteriormente, la Superintendencia Financiera de Colombia mediante la Circular Externa No. 019 de 2008, hoy incorporada en la Circular Básica Jurídica, expidió normas sobre el particular, en otros aspectos aún más puntuales de la materia, en ejercicio de su atribución de instrucción, por lo cual es preciso realizar un paréntesis para referirnos a dicha facultad.

Recordemos inicialmente, que, así como al Presidente le corresponde intervenir en el mercado de valores, también la Constitución Política le atribuye la facultad de *“ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público”*, la cual se realiza por intermedio de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Así, para el adecuado ejercicio de las facultades de inspección y vigilancia que le son propias, la Superintendencia cuenta con la denominada facultad de instrucción, la cual le permite *“Instruir a las entidades sujetas a su inspección y vigilancia permanente o control acerca de la manera como deben cumplirse las disposiciones que regulan su actividad en el mercado de valores, fijar los*

“criterios técnicos y jurídicos que faciliten el cumplimiento de tales normas y señalar los procedimientos para su cabal aplicación”.

Aunque el alcance de esta facultad ha sido objeto de innumerables debates en lo que hace a su alcance, toda vez que debe entenderse como un instrumento auxiliar de su atribución natural de supervisión y no como una facultad regulatoria en sí misma considerada, para el tema que nos convoca aquí tengamos solamente presente que en ejercicio de tal función de instrucción dictó la mencionada Circular Externa No. 019 de 2008 para precisar el alcance de las normas dictadas por el Gobierno Nacional en lo que a la intermediación de valores se refiere.

Pero en la misma Circular la Superintendencia indicó que *“Los organismos de autorregulación del mercado de valores actuarán como supervisor de primera línea en la actividad de intermediación de valores. Para tal efecto, en concordancia con la función normativa... expedirán la normatividad que desarrolle los principios y deberes determinados por la Ley, por el Gobierno Nacional y por la Superintendencia Financiera de Colombia. Lo anterior, con el fin de buscar la integridad del mercado y la protección de los inversionistas. En este sentido, los organismos de autorregulación del mercado de valores expedirán las normas para el funcionamiento adecuado de las actividades y operaciones que constituyen intermediación en el mercado de valores”.*

Permítanme, entonces, una nueva digresión para que tengamos claros quiénes son estos *“organismos de autorregulación”*. Aunque las bolsas de valores ya cumplían funciones de autorregulación, fue la Ley 964 y la posterior reglamentación del Gobierno Nacional la que permitió la creación de organismos de autorregulación independientes por fuera de las bolsas de valores. En la actualidad solo existe un organismo de autorregulación en el país, el denominado Autorregulador del Mercado de Valores (en adelante AMV), corporación de naturaleza privada sometida a la inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera.

AMV, de acuerdo con la ya mencionada Ley 964 de 2005, ejerce las funciones normativa, de supervisión, disciplinaria y de certificación sobre los intermediarios

del mercado de valores y las personas naturales que participan en la realización de tal actividad.

La primera de estas funciones consiste “(...) en la adopción de normas para asegurar el correcto funcionamiento de la actividad de intermediación”, las cuales se recogen en reglamentos que deben ser previamente autorizados por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Pues bien, una vez expedida la mencionada Circular 019, el Autorregulador del Mercado de Valores en ejercicio de su función normativa y siguiendo la orden impartida por la Superintendencia Financiera, procedió a expedir disposiciones en materia de intermediación de valores y así encontramos todo un Libro en su Reglamento en que se trata la actividad de intermediación de valores con todo lujo de detalles, desarrollando el contenido de los deberes de los intermediarios y dictando normas totalmente nuevas en materia del denominado Libro Electrónico de Órdenes (LEO) con lo cual se regula íntegramente la actividad de recepción y ejecución de órdenes por parte de las sociedades comisionistas de bolsa.

Y como si esto fuera poco, frente a varios de estos deberes el Autorregulador utiliza el expediente de remitir a los propios intermediarios, es decir, los establecimientos bancarios, sociedades fiduciarias, sociedades administradoras de fondos de pensiones y de cesantías, y sociedades comisionistas de bolsa, la regulación de muchos aspectos de la misma actividad de intermediación, a través de las denominadas políticas y procedimientos internos o mediante sus códigos de gobierno corporativo, como es el tratamiento de los conflictos de interés, la información a suministrar a los clientes sobre las operaciones que van a efectuar, la forma como cumplirán el deber de documentación y protegerán la confidencialidad de los datos recibidos por sus clientes y las operaciones por ellos realizadas, entre otros.

Nótese, entonces, cómo nuestro proceso llamado inicialmente de deslegalización se ha convertido en un proceso de desregulación mediante la atribución de facultades para que los agentes privados regulen un sinnúmero de materias

propias de la actividad de intermediación de valores, volviendo por esta vía a un escenario, pero en actividad distinta, similar al que habíamos tratado al comienzo sobre el sector hipotecario en los Estados Unidos.

Por supuesto no podemos asumir automáticamente que un esquema como el descrito nos llevará a una situación como la expuesta, simplemente se trata de un ejercicio académico que permite dilucidar cómo las competencias en materia de regulación del mercado de valores han avanzado, por lo menos en el caso de la intermediación de valores, desde la deslegalización a la desregulación, a través de lo que he llamado atrás una “*cascada*” de regulación, tal como podemos observar en el Cuadro No. 1.

Cuadro No. 1

| | |
|---------|--|
| Nivel 1 | Ley marco: Ley 964 de 2005 |
| Nivel 2 | Decretos de intervención: Decreto 2555 de 2010 |
| Nivel 3 | Circulares de la Superintendencia Financiera: Circular Básica Jurídica |
| Nivel 4 | Reglamento de AMV |
| Nivel 5 | Políticas y procedimientos, así como códigos de gobierno corporativo de los intermediarios |

Por tanto, podemos afirmar que, en este caso, nuestro péndulo regulatorio se encuentra más cerca de la desregulación, repito, únicamente para el caso específico de la intermediación de valores.

En Estados Unidos, mientras, como respuesta a la crisis hipotecaria se hizo necesaria una mayor intervención, de ahí que mediante la Dodd-Frank Act de 2010 se hayan adoptado medidas tales como la creación de una agencia especializada en la protección de los inversionistas; la exigencia de suministro a los clientes de información concisa, clara y sencilla en la promoción de productos y servicios; la identificación de entidades cuya quiebra pueda suponer una amenaza para la estabilidad financiera (tamaño, endeudamiento, interconexión) con el propósito

de exigirles condiciones patrimoniales más severas y someterlas a una supervisión más estricta; regulación sobre salida de entidades sin afectar a los contribuyentes y normas sobre gobierno corporativo para que los accionistas cuenten con voz y voto, si bien no vinculante, en lo que hace a remuneraciones de los directivos y contratos que estos celebren.

Igualmente, en aspectos más concretos de nuestra crisis hipotecaria tratada al comienzo, en caso de titularizaciones se exige que el agente originador retenga un porcentaje del riesgo crediticio y facilite información sobre el activo subyacente; se regulan los conflictos de interés por parte de las agencias de calificación crediticia y se propende por la transparencia en el proceso de calificación a partir de la difusión de sus metodologías.

Como se observa, se trata de mayor intervención del Estado y, por ende, menos margen para la autonomía de la voluntad privada. Pero como el péndulo, por una simple ley de la física, siempre debe volver a su posición anterior, ya el Presidente Trump ha manifestado que la Dodd Frank está afectando la posibilidad de los bancos de otorgar mayores cantidades de crédito por lo cual es preciso su modificación para no afectar el desarrollo económico del país vía una restricción del crédito a los hogares y las empresas.

Las anteriores reflexiones, entre otros aspectos, no deben conducir a conclusiones apresuradas acerca de que, per se, alguno de los sistemas en cuestión es mejor que el otro, pues no puede plantearse la intervención o la desregulación como extremos incompatibles. Seguramente, como en muchos temas de la vida, lo mejor será un punto medio, en que el Estado intervenga, pero solo hasta donde sea necesario, después de realizado un análisis de costo y beneficio y sin que exista otra alternativa viable más razonable, para que no entorpezca la actividad privada, verdadera generadora de riqueza, con regulaciones y requisitos burocráticos e innecesarios.

En nuestro caso, el esquema de autorregulación para el tratamiento de la actividad de intermediación de valores sigue en proceso de ajuste y aunque

muchos consideren que debe eliminarse después de demostrar su fracaso en el caso de Interbolsa, hasta el momento ha mostrado más virtudes que defectos, por lo cual, más que un cambio tajante que le devuelva sus atribuciones regulatorias al Estado, exige ajustes puntuales, varios de los cuales ya se han realizado, en temas como el gobierno corporativo del AMV o la forma en que dicha entidad debe ser supervisada por parte de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Muchas gracias.

Tensiones constitucionales en la justicia transicional

Fabio Andrés Camargo Gualdrón

Introducción

La Constitución Política de Colombia es rica en principios, valores y derechos; una lectura sistémica de sus disposiciones presupone una lógica interna de todo el entramado, partiendo de que el sistema constitucional representa una interrelación armónica entre todas sus expresiones normativas, y estas se complementan.

Un sistema constitucional se caracteriza por ser dinámico y abierto, de ahí que la Constitución Política admita distintos modelos teóricos y técnicas para su interpretación, y que contenga normas con estructura de principios, es decir, mandatos de optimización *“que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas”*¹.

Sin embargo, la armonía que teóricamente debe tener un sistema constitucional no escapa a que en su funcionamiento se puedan generar tensiones, entre valores, principios, e incluso, derechos fundamentales. Pues bien, el diseño e implementación de políticas públicas de justicia transicional escala tensiones de raigambre constitucional y algunas de ellas trascienden al plano legal, lo cual trae como consecuencia el surgimiento de distintos problemas constitucionales que deben resolverse, de tal forma que puedan coexistir los preceptos normativos en tensión.

¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p.86.

I. Para explicar lo anterior, se analizarán algunas de las tensiones que provoca el proceso de restitución de tierras, y en la parte final se explicará por qué el Estado intervino en asuntos que en tiempos de normalidad se resuelven con la normatividad vigente y que pertenecen al Derecho Privado.

La constitucionalización del derecho privado y la justicia transicional

En vigencia de la Constitución de 1991, algunos casos resueltos por la jurisprudencia constitucional permiten observar el fenómeno denominado, por algún sector de la doctrina o incluso por la Corte Constitucional,² como “constitucionalización del derecho privado” que refleja la aplicación de los paradigmas constitucionales. Verbo y gracia, en las sentencias T-520 de 2003, T-419 de 2004, T-358 de 2008, etc. se les dio prevalencia a argumentos constitucionales y con base en ellos se examinaron casos que, en principio, se resuelven con las disposiciones del derecho privado, o simplemente con las normas contractuales. En dichos casos la Corte Constitucional exige a las entidades bancarias atender al principio de solidaridad cuando el deudor de una obligación se encuentra en una situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, como ocurre en los eventos de un secuestro y el desplazamiento forzado³.

Acto legislativo 01 de 2012

Hoy, en Colombia, gracias al Acto Legislativo 01 de 2012, la justicia transicional⁴ es una categoría jurídica elevada a rango constitucional, y con ello, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación adquieren un peso mayor, sin desconocer que su reconocimiento por la jurisprudencia constitucional, basada

² Ver Sentencia T-662-06, M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

³ En el caso de la Sentencia T-358 de 2008, la Corte ordenó al accionado proponer nuevas opciones reales de pago de la deuda a cargo de una persona desplazada, terminar el proceso ejecutivo adelantado y gestionar la exclusión de la anotación negativa en la CIFIN y Data crédito.

⁴ El máximo Tribunal Constitucional entiende por justicia transicional lo siguiente: “La Justicia Transicional está constituida por un conjunto de procesos de transformación social y política profunda en los cuales es necesario utilizar gran variedad de mecanismos para resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de lograr que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación”.

en estándares internacionales y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, permitió avanzar en la construcción de políticas públicas transicionales con el propósito de alcanzar la paz y visibilizar los derechos de los sujetos afectados.

Los procesos legales que se crean en el marco de una política pública de justicia transicional son de naturaleza constitucional, porque están en juego derechos fundamentales y el anhelo de alcanzar la paz o la consolidación de la democracia.

En los modelos de justicia transicional los Estados han otorgado un peso abstracto mayor a ciertos principios; y si bien todos los principios tienen la misma jerarquía, algunos se han contraído permitiendo que otros se extiendan para ser aplicados en el contexto social, jurídico y político que atraviesa una sociedad. En este escenario vale la pena el referente histórico de procesos transicionales que estudia Jon Elster en la Democracia Ateniese y en Francia en la segunda década del Siglo XIX, para concluir que la justicia transicional no es exclusiva de los regímenes modernos y ni siquiera de los democráticos⁵.

La construcción de una política pública de justicia transicional conlleva el desarrollo de normatividad especial, precisamente porque la que se encuentra vigente ha sido pensada para tiempos de paz y de normalidad, en consecuencia, no es apta para resolver contextos de graves y masivas violaciones a derechos humanos, que vienen acompañados de distintos patrones de impunidad y ausencia de legitimidad estatal. Pero también, los procesos de justicia transicional buscan resolver de manera expedita y eficaz las reclamaciones de las personas afectadas, anhelo que se distorsionaría si se aplicaran las reglas y prácticas del derecho común.

De este modo, la normativa que se desarrolla se caracteriza por su apertura con la realidad, flexibilidad y reconocimiento con la parte considerada más débil en el proceso: la víctima. Así mismo, dota a las autoridades administrativas y judiciales

5 ELSTER, Jon Rendición de Cuentas – La Justicia Transicional en Perspectiva Histórica. Editorial Katz, Argentina, Primera edición 2006, página 15.

de facultades excepcionales con el propósito de remover obstáculos formales y evitar al máximo dilataciones injustificadas.

II. Tensiones constitucionales

Cuando se pretende materializar de manera simultánea derechos, valores y principios constitucionales, se advierten algunas colisiones entre ellos, pero este problema no es exclusivo de la justicia transicional, sino de la aplicación del derecho constitucional en un escenario concreto.

En el ámbito de la justicia transicional dichas controversias se observan con mayor claridad en los análisis de constitucionalidad de las leyes con ese carácter, y en la aplicación de estas en los procesos judiciales. En el primer escenario, los problemas constitucionales los resuelven los tribunales constitucionales, y en el segundo, los jueces y magistrados especializados en conocer temas transicionales.

El reto para los últimos funcionarios en el ejercicio de la administración de justicia es mayúsculo porque contrario de lo que ocurre en la justicia ordinaria, las leyes de contenido transicional, pocas o escasas reglas disponen, tanto en lo material como en lo procedimental; por consiguiente, les corresponde definir y concretar la regla a partir de preceptos constitucionales.

Lo anterior trae como consecuencia una mayor exigencia en la argumentación del juez o magistrado en la resolución del caso, puesto que, si bien tiene más libertad de interpretación, no podría obviar la legalidad y el respeto a las garantías de todas las partes.

Sobre el rol del juez transicional se pronunció la Corte Constitucional al estudiar una demanda sobre la “buena fe exenta de culpa” en el proceso de restitución de tierras, revisemos: *“(...) la naturaleza constitucional del proceso insinúa entonces que las tensiones y los casos difíciles deben ser asumidos mediante una justificación que se acerque al modelo de decisión de los jueces constitucionales,*

cercano a la ponderación de principios (aunque no por ello ajeno a la aplicación de reglas), cuyo contenido es amplio y en el que se requiere un intenso ejercicio argumentativo para resolver las tensiones que se generan entre estos; pero, por otra, la dimensión técnica (sustantiva y procedimental) del trámite aconseja una toma de decisiones basada más en la aplicación de reglas estrictas, con supuestos de hecho claramente definidos”⁶.

Explicado el anterior marco de referencia, a continuación se presentan algunas de las tensiones constitucionales que produce la implementación de un modelo de justicia transicional:

1. Derecho a la propiedad vs derecho a la restitución de tierras

La propiedad es un derecho individual de rango constitucional, y hace parte de los denominados “derechos económicos”, es decir, que no tiene el carácter de fundamental, salvo por conexidad con derechos como la vida y la integridad personal; aspecto que no significa de ninguna manera que esté desprotegido, y, por el contrario, en el ordenamiento jurídico existen distintas garantías sustanciales y procesales que amparan el goce efectivo de este derecho.

La consagración en la Carta Política del derecho a la propiedad se encuentra en el artículo 58: *“Se garantiza 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”*; es decir, existe una fuerte conexión entre propiedad y derechos adquiridos, los segundos, están íntimamente relacionados con la aplicación de la ley en el tiempo, pues una ley posterior no puede tener efectos retroactivos para desconocer las situaciones jurídicas consolidadas con fundamento en una ley anterior.

Ahora bien, la propiedad no es un derecho absoluto, pero se caracteriza por ser *“un derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso*

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-330 de 2017.

(...), e irrevocable, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero (...)”.

Por su parte, el derecho a la restitución de tierras es innominado, en otros términos, no está consagrado expresamente en la Constitución Política, sin embargo, el mismo texto constitucional abre la posibilidad de reconocer otros derechos, que son inherentes a la dignidad humana (art. 94).

De esta manera, la Corte Constitucional en la sentencia T-821 de 2007 elevó la restitución de tierras a la población víctima como derecho fundamental. Posteriormente, la Ley 1448 de 2011 creó un proceso especial para garantizar dicho derecho. Y es precisamente en el marco del proceso de restitución donde se aterriza la tensión constitucional entre un derecho nominado y otro innominado, en la medida en que el propietario adquirente de un inmueble se enfrenta con el de la víctima quien busca que su derecho sobre la tierra, que fue vulnerado en un escenario de conflicto armado, retorne a su patrimonio.

Bajo este escenario, nótese que en virtud de una ley posterior – 1448 de 2011- el derecho que adquirió un ciudadano conforme a la legislación civil es cuestionado; además, en dicha ley transicional se le exige al propietario demostrar su buena fe exenta de culpa para ser compensado en su derecho. ¿Lo anterior implica que se esté desconociendo o vulnerando los derechos adquiridos? ¿Se irrumpe con el principio de buena fe (art. 83 superior) al imponer la carga de probar la buena fe exenta de culpa?

La Corte Constitucional consideró que si bien la exigencia de la buena fe exenta de culpa es una medida estricta, y que con ello se busca *“evitar una legalización basada en tres factores inadmisibles constitucionalmente: el aprovechamiento abusivo de las condiciones de violencia, que viciaron el consentimiento jurídico de las víctimas; la corrupción, que puso parte de la institucionalidad al servicio de los despojadores; y el formalismo del derecho, que favoreció a la parte más poderosa en el ámbito administrativo y judicial”*.

Así las cosas, claramente existe una confrontación entre dos derechos, la cual se resuelve ponderándolos, y, por tanto, protegiendo los dos, sin embargo, la propiedad cede ante el derecho a la restitución, pero de manera temporal porque la Ley 1448 de 2011 tiene una vigencia de 10 años, y solo aplica de manera excepcional en los eventos que esta tipifica como despojo. Nótese entonces que una de las características de la justicia transicional es su corta duración, aspecto fundamental para no generar inseguridad jurídica en todas las transacciones que pretendan realizar los particulares, pero también su celeridad, por esta razón, no hay segunda instancia, pero sí jueces y magistrados especializados en la materia.

2. Igualdad formal vs justicia con equidad

Con la Constitución de 1991 los paradigmas del derecho procesal cambiaron, puesto que la Ley Fundamental propuso con fuerza instituciones en contra de la justicia y la igualdad formal. En el Preámbulo, en los fines esenciales del Estado y otras normas constitucionales, la justicia reluce como un valor, un principio y un derecho que implica, en primer lugar, pasar de una igualdad formal propia del liberalismo clásico, a una real y efectiva a favor de grupos marginados y discriminados, paradigma constitucional que John Rawls denomina justicia con equidad, reflejando que la inequidad es solo justificada si permite la ventaja de los más vulnerables (principio de la diferencia). Por otro lado, la prevalencia del derecho sustancial (art. 228), reflejo de la justicia material como paradigma.

Ahora, el artículo 13 Superior, en su primer inciso, concreta la igualdad ante la ley, propia del Estado clásico de derecho. El mismo artículo 13 da un paso a la igualdad material, como principio del Estado Social de Derecho, que exige también a las autoridades adoptar medidas de trato diferencial y positivas a favor de grupos que tradicionalmente han sido víctimas de discriminación, y promover el bienestar de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta.

La justicia transicional parte de que las víctimas no son iguales, por consiguiente, les otorga un trato diferenciado y las beneficia con ciertas figuras jurídicas que rompen el presupuesto de que todos somos iguales ante la ley. De allí que el

sujeto de especial importancia y atención es la víctima, pues ella es la parte más frágil de uno de los extremos del proceso, y desde esta asunción, los derechos fundamentales se conciben como leyes del más débil frente el más fuerte⁷.

El trato distinto que se le da a una víctima en procesos de justicia transicional está justificado en argumentos suprajurídicos, principalmente en el dolor infligido a estas personas, vinculado a la pérdida de sus derechos y libertades. Sumado a lo anterior, en el ordenamiento constitucional existe una pretensión de corrección, que aterrizada dentro de un proceso en el que participa la víctima, se satisface, sí y solo si se flexibilizan las reglas y principios de los procedimientos ordinarios.

La equidad en materia de administración de justicia tiene su lugar *“en los espacios dejados por el legislador”* al paso que *“su función es la de evitar una injusticia como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto.”*

En relación con lo anterior la Corte Constitucional precisó:

“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 este 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 exige decidir como hubiera obrado el legislador. En la primera 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”. (SU837 de 2002)

De la mano del anterior derrotero, la interpretación de normas transicionales debe acompañarse del principio de especialidad, que en este ámbito invita a que no se

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *“Sobre los Derechos Fundamentales”*, en Revista Cuestiones Constitucionales, Número 15, 2006, Traducción de Miguel Carbonell. Páginas 127

reproduzcan normas y reglas de la justicia ordinaria, sino que se acuda a principios y estándares internacionales: *“Por ello, para efectos del derecho sustantivo, se ha recomendado que como la justicia transicional se fundamenta en una faceta tanto correctiva como prospectiva, la tarea no es alterar la fundamentación del derecho común, sino más bien reconstituirlo para generar, a partir de su aplicación temporalmente adoptada, un orden justo y equitativo en donde impera la voluntad libre. Es decir, en tiempos de transición, la implementación del derecho común y sus principios no debe ser ciega al contexto general que enfrenta, tanto en las limitaciones fácticas que puede tener su aplicación como en las consecuencias contextuales que puedan afectar su aplicación dogmática. Las presunciones o ficciones legales que se establecen para facilitar la regulación de las relaciones deberán entonces confrontar con la realidad y, en caso necesario, ceder ante los imperativos específicos del contexto”*⁸.

Lo anterior es una manifestación de la formulación del argumento de la injusticia que, en palabras de Radbruch, se comprende así: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto “derecho injusto”, tenga que ceder ante la injusticia”.

Traídos los anteriores dos principios a un proceso de justicia transicional, entre ellos se genera una tensión que se traspasa del plano constitucional al ámbito legal, pues mientras la Constitución pregona igualdad ante la ley, la normatividad transicional inclina la balanza hacia la víctima en el ámbito procesal, así lo demuestra la consagración de figuras legales como: presunciones, inversión de la carga de la prueba, la prueba sumaria del daño (flexibilidad probatoria), entre otros.

Pero además, la justicia con equidad rompe definitivamente con paradigmas del derecho procesal, entre ellos, (i) la cosa juzgada, ya que es posible dejar sin

8 UPRIMNY, Rodrigo. Debates sobre la acción de restitución de tierras, página 92.

efectos sentencias que resolvieron conflictos relacionados con la titularidad de las tierras, (ii) y la congruencia, entendida como la consonancia que debe existir entre la sentencia y los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda, es decir, este principio limita al juez a pronunciarse únicamente sobre lo pedido y lo probado, no obstante, en la justicia transicional se le faculta para emitir las órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales. Precisamente para dar cumplimiento a las distintas órdenes judiciales, se les permite a los jueces transicionales “el mantenimiento de la competencia después del fallo”, y en virtud de esta disposición pueden modular las sentencias.

En el anterior contexto, también surge el debate filosófico y jurídico entre dos concepciones del derecho, el positivismo normativista y el positivismo axiológico. La primera, corresponde a una teoría formalista del Derecho, que lo estudia en su estructura normativista, separado de los valores a que dicha estructura sirve y de su contenido. La segunda, sostiene que los ordenamientos jurídicos no pueden reducirse a meras estructuras normativas y que junto a las normas existen principios y valores⁹.

Sin duda, la justicia transicional se enmarca en una concepción del Derecho de corte positivista axiológica, y en razón a ello, ciertos principios constitucionales de manera temporal adquieren mayor peso; y los problemas difíciles que enfrenta el poder judicial se resuelven preferiblemente acudiendo a dichos principios, abriendo la interpretación del sistema normativo a los hechos y a la realidad; por ello, los principios tienen un peso relativo, y desde esta óptica es la sociedad quien en un contexto determinado los pondera, sin que esto implique que alguno de los principios ponderados se extinga.

El ejemplo más ilustrativo de lo anterior es la tensión entre justicia y paz, por cuanto ambos juegan un papel trascendental en una sociedad, pero estos no son principios absolutos en sí mismos; por ello, en tiempos de transición los Estados buscan armonizarlos, lo cual implica otorgar un peso mayor a uno de ellos, que resulta ser el que sería inalcanzable. En otras palabras, se ha acudido a la

9 FARALLI, Carla. La filosofía jurídica actual. De los años setenta a fines del siglo XX.

ponderación, con el propósito de que ambos principio-valores coexistan materialmente de forma simultánea, veamos: *“El método de ponderación es apropiado para la resolución de los problemas que plantea este caso, por cuanto no es posible materializar plenamente, en forma simultánea, los distintos derechos en juego, a saber, la justicia, la paz, y los derechos de las víctimas. El logro de una paz estable y duradera que sustraiga al país del conflicto por medio de la desmovilización de los grupos armados al margen de la ley puede pasar por ciertas restricciones al valor objetivo de la justicia y al derecho correlativo de las víctimas a la justicia, puesto que de lo contrario, por la situación fáctica y jurídica de quienes han tomado parte en el conflicto, la paz sería un ideal inalcanzable; así lo ha demostrado la experiencia histórica de distintos países que han superado conflictos armados internos”*. (Sentencia C-370 DE 2006).

3. Principio de adecuación (art. 93) vs el imperio de la ley (art. 230)

De conformidad con el artículo 93¹⁰ de la Constitución las normas internacionales en materia de derechos humanos ratificadas por Colombia prevalecen en el orden interno y, por ende, están llamadas a ser aplicadas en forma directa, las cuales tienen como función desde el punto de vista constitucional integrar, ampliar, interpretar, orientar y limitar el orden jurídico¹¹.

Así las cosas, la primacía del derecho internacional genera una tensión con el principio de soberanía consagrado en el artículo 9 de la Carta Política, al respecto, la Corte expresó: *“La primacía moderada de las normas internacionales en el orden interno, no trae como consecuencia que las disposiciones nacionales con las*

10 “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

11 “Dado el rango constitucional que les confiere la carta, las disposiciones que integran el bloque superior cumplen la cuádruple finalidad [...], servir de i) regla de interpretación respecto de la dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación; ii) la de integrar la normatividad cuando no exista norma directamente aplicable al caso; iii) la de orientar las funciones del operador jurídico, y iv) la de limitar la validez de las regulaciones subordinadas”. Corte Constitucional, sentencia C-067 del 4 de febrero del 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

cuales éstas entren en conflicto pierdan, por ese motivo, su validez; lo que sucede es que, en cada caso concreto, la aplicación de la ley nacional deberá ceder frente a la de la norma de mayor jerarquía. En este orden de ideas, no es jurídicamente viable afirmar que, por oponerse a una disposición internacional, una ley interna deba ser excluida del ordenamiento nacional, mucho menos cuando de esa incongruencia se pretende derivar un juicio de inconstitucionalidad. La Corte ha sido enfática en establecer que el análisis de constitucionalidad de las disposiciones legales, requiere una confrontación directa de las normas en cuestión con el texto de la Carta Política, y no con ningún otro. En todo caso, es claro que por virtud de la prevalencia moderada del derecho internacional, y en aplicación del principio de interpretación conforme, las normas internas se deben leer de manera tal que su sentido armonice al máximo, no sólo con los preceptos del Estatuto Superior, sino también con las obligaciones internacionales que asisten a Colombia”¹².

En la Convención Americana de Derechos Humanos surgen para los Estados parte tres obligaciones: garantía, respeto y adecuación. Con fundamento en la última, los Estados tienen el deber de adecuar sus prácticas y ordenamiento jurídico interno a los estándares interamericanos.

Ahora bien, el principio de adecuación se extiende a todos los poderes estatales, y por ello, todos los jueces en la práctica deben atender la normatividad internacional. Dicho principio se encuentra estipulado en la Ley 1448 de 2011, artículo 9, inciso 5, que dispone: “En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable”.

Dicho principio persigue: *“la flexibilización de los estándares y de las actuaciones de los procedimientos ordinarios, con la finalidad de alcanzar una mayor celeridad, al igual que la prevalencia del derecho sustancial a favor de las personas desplazadas en el trámite de los procesos de restitución, tanto en su*

*fase administrativa como judicial*¹³, y busca agilizar el proceso, de forma tal que se evite la dilación del mismo y así garantizar el goce efectivo de los derechos de las personas restituidas.

Sin embargo, el artículo 4 de la Constitución dispone que esta es norma de normas. Más adelante, en el artículo 230, se establece que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley; por lo tanto, hay una tensión entre fuentes normativas, la cual influye en la interpretación de las leyes transicionales, es decir, si a este sistema especial de justicia se le aplica la ley en sentido formal, o la ley en sentido material que incluye instrumentos y estándares internacionales. En el segundo sentido de la ley, los pesos de los principios propios de la justicia transicional adquieren mayor relevancia constitucional y obligan a los jueces y magistrados a conducir de manera distinta los procesos a su cargo.

III. Intervención del estado en asuntos de derecho privado

Antaño había existido una línea imaginaria que separaba la esfera del derecho público y el derecho privado; y en esa disyunción el derecho privado era entendido como el conjunto de normas que regulaban las relaciones entre particulares, donde estaban dispuestas todas las reglas en las transacciones, y por ello, el Estado no intervenía, pues, en otras razones, en este campo se expresa la autonomía de la voluntad de los asociados quienes libremente disponían de sus intereses patrimoniales.

En escenarios de conflicto armado la autonomía de la voluntad se vio afectada en las personas que vendieron sus tierras bajo miedo y presión, fenómeno que la Corte Suprema de Justicia denominó “estado de necesidad”, y que fue considerado como un nuevo vicio del consentimiento, distinto a los previstos en la normativa civil. Simultáneamente también se quebró otro principio del derecho privado: la igualdad de las partes, dado que los negocios jurídicos no se hicieron en una relación simétrica, en donde una de las partes estaba en situación de vulnerabilidad.

13 Auto 373 de 2016

De lo anterior surge el siguiente interrogante: ¿El mercado de tierras que se dio en las zonas donde hubo conflicto armado fue irregular?

En economía el mercado es el contexto donde se intercambian productos y servicios. En un mercado perfecto los precios de los bienes los fija la interacción entre la oferta y la demanda, sin embargo, en el conflicto armado las víctimas sacrificaron su patrimonio, y, a veces, su único activo representado en la tierra, en un mercado dominado por el exceso de oferta y exiguos compradores, que produjo la reducción en los precios de la propiedad.

Dicha oferta la estimularon los distintos actores de la guerra, o en términos de Ferrajoli, haciendo un símil con el caso colombiano, los poderes antidemocráticos, esto es, el narcotráfico y los grupos armados ilegales. Por lo tanto, el precio de la tierra no surgió de la relación entre la oferta y la demanda, sino de factores exógenos, asociados al conflicto armado.

En suma, los siguientes fueron los factores que produjeron un mercado de tierras con competencia imperfecta: (i) desigualdad entre oferente y demandante, (ii) alta oferta y baja demanda, (iii) falta de transparencia, en la medida en que no hubo neutralidad en la fijación de las cláusulas contractuales. Lo anterior favoreció a la concentración de la tierra en las zonas de mayor desplazamiento forzado, fenómeno constitucionalmente inadmisibles, y que va en contra del mandato constitucional del acceso progresivo de la tierra de los trabajadores agrarios (art. 64 superior)¹⁴.

Bajo la anterior tesis, el mercado de tierras en zonas de conflicto armado fue forzado, ya que, al fin y al cabo, la violencia fue el principal estimulante para que miles de familias ofrecieran sus inmuebles; de ahí que no pueda sostenerse que las negociaciones celebradas en ese mercado irregular resulten protegidas de manera absoluta con el principio de la seguridad jurídica, toda vez que, dichos acuerdos esconden matices de injusticia para el vendedor.

¹⁴ “Los informes de órganos de seguimiento a la situación del desplazamiento muestran que los departamentos con mayor concentración de propiedad tienen los índices y cifras más altos de desplazamiento” (Sentencia 330 de 2017). Según los datos recopilados por la Universidad de los Andes y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, para el año 2009 el Gini de propietarios ascendió a 0,875.

En la misma línea de análisis debe decirse que los derechos adquiridos en territorios afectados por la guerra son respetados, empero, para ello, sí, son exigidos criterios más estrictos, pero estrictamente legales y constitucionalmente admisibles, puesto que se busca evitar la consolidación de derechos obtenidos contrariando arquetipos morales de la sociedad.

De allí que se comprenda la doble intención de corrección de la justicia transicional, ya que, por un lado, busca robustecer el principio de legalidad que fue trastocado, en tanto que, con apariencia de legalidad se perfeccionaron múltiples negocios jurídicos, en consecuencia, esta justicia sanciona y reprocha éticamente al responsable; y por el otro, repara el daño sufrido¹⁵.

Conclusiones

1. La justicia transicional no sustituye ni quebranta el régimen constitucional, más bien, sugiere una visión axiológica del derecho, y, por tanto, una interpretación sin formalismo y menos exegética; entonces, lo que persigue es una corrección moral del derecho como instrumento pertinente para resolver las confrontaciones que emergen en una sociedad.
2. La justicia transicional amplía el sistema de fuentes, por un lado, se funda en principios de rango constitucional como la (i) la justicia con equidad, (ii) la prevalencia de lo sustancial y (iii) la igualdad material; y por el otro, en principios y derechos que se encuentran incorporados al bloque de constitucionalidad, bien sea en sentido estricto o en sentido amplio. La tarea de los poderes públicos es armonizar la principalística transicional con el marco constitucional y legal.
3. Los jueces que administran justicia transicional tienen un mayor margen de libertad para resolver las tensiones y los problemas difíciles que se presentan en

¹⁵ En este sentido, Leckie Scott afirma "(...) El proceso de restitución proporciona así las bases legales y formales para deslegitimar la adquisición arbitraria de territorio, bienes, propiedad inmueble (a veces mueble) y tierras, y para devolver la posesión de esos bienes a aquellas que tienen legítimo derecho a ellos. La restitución permite facilitar los daños que hayan ocurrido producto de actos ilegales".

los procesos a su cargo, mediante la ponderación de principios y la fijación de precedentes que permitan la estabilidad del proceso transicional y la seguridad jurídica.

4. Con la implementación de la justicia transicional agraria las transacciones sobre la tierra celebradas en zonas de conflicto armado no se estudian a la luz del derecho privado sino bajo la égida del derecho constitucional y los derechos humanos. El principio de seguridad jurídica no lo rompe la justicia transicional, por el contrario, este se garantiza, pero no por el hecho de haber adquirido un derecho conforme a la ley civil, sino por demostrar una conducta ética y proba al momento de realizar el acuerdo jurídico, valoración a cargo de una justicia especializada, temporal y expedita.

La justicia transicional consolida el Estado Social de Derechos al reivindicar los principios de legalidad y seguridad jurídica, y simultáneamente se legitima, ya que genera confianza en aquellos sujetos que vieron afectados sus bienes y derechos fundamentales en escenarios de conflicto armado.

Modelo económico constitucional en la operatividad del sistema de protección social¹

Jorge Luis Restrepo Pimienta²

1 Ponencia producto del proyecto de Investigación Impulso a Semilleros de Investigación del Programa de Derecho por áreas disciplinares, articulados a las líneas de investigación y a los Grupos de Investigación del Programa y construcción Documento Maestro Maestría en Protección Social Universidad del Atlántico.

2 Docente de Carrera de la Universidad del Atlántico, PhD en Derecho, McS en Derecho, y Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social

Introducción

La presente disertación titulada Modelo económico constitucional en la operatividad del sistema de protección social, es el producto de experiencias investigativas a través de proyectos, convocatorias, indagaciones, direcciones de monografías jurídicas, trabajos de grado e intercambios por movilidad cognitiva. Es así que con todo este recorrido de base se elabora el documento el cual se presente de forma verbal y escrita.

Así las cosas, pretender referir el sistema de protección social a partir de una perspectiva de modelo constitucional es ahondar en dos elementos, el primero es en la teoría general y biografía del Estado y el segundo son las dimensiones, modelos y conceptos de la seguridad social, lo cual lleva a identificar la transversalidad constitucional en cuanto a los costos, presupuesto, administración y financiación de la operatividad funcional de los sistemas sociales que responden las contingencias humanas individuales y colectivas, a través de prestaciones asistenciales, económicas y sociales.

De esta manera la presente ponencia se realizará en tres compartimientos los cuales son: 1. Génesis conceptual- aplicada de la protección social, 2. Compromisos estatales y costos sociales de contingencias humanas y 3. Modelo económico de Estado implicaciones en sistemas sociales, y por último la conclusión de ideas que recoge el objeto de la exposición la cual es de carácter hermenéutico, interpretativo deductivo, donde se consignan las implicaciones, retos y desafíos del Estado contemporáneo y las acciones diseñadas dentro de los sistemas económicos, para atacar las contingencias que hacen poner a los seres humanos en condición de vulnerabilidad y miseria.

1. Génesis conceptual- aplicada de la protección social

Para hacer una reseña acerca de la protección se parte del hecho de que el ser humano es un ser biopsicosocial lo cual se constituye en el fundamento de un compendio de necesidades, carencias y pobrezas, las cuales resuelve a través de instituciones, sistemas, estructuras, acciones y procedimientos, de allí que primeramente le delega en primera instancia a la familia y luego al Estado (Restrepo, 2016).

En este orden de ideas, es el Estado el que se constituye en la principal fuente de satisfacción de contingencias, necesidades y eventualidades de carácter individual y colectivo, primarias y secundarias, por el solo hecho de estar asociado y en reciprocidad de deberes, obligaciones y garantías recibe prestaciones de tipo asistencial, económicas y sociales (Barona, 2014).

En concordancia a lo antes expuesto suscita la seguridad social, la cual recibe diversas significaciones teóricoprácticas y aplicadas a lo largo de la historia de la humanidad, partiendo de la comprensión asistencialista que tiene su base en el naturalismo, esta asistencia puede ser familiar, pública, privada y religiosa.

Continuando con el discurso histórico para la época alemana de Otto Eduard Leopold von Bismarck-Schönhausen 1883-1889, la seguridad social adquiere la dimensión o entendido de previsión social, esto indica la preparación de sociedades proletarias o empleadas a prepararse o antecederse a las contingencias humanas mediante instituciones tales como: el ahorro, el mutualismo y los seguros privados.

Luego de las tendencias de denominar la seguridad social en entendido previsión, se produce la nueva acepción de la definición y es la de Bienestar social desde la configuración del Estado de Bienestar americano ocasionado por las crisis de 1929. Dicha propuesta política, económica y social es elaborada y presentada por el economista británico John Maynard Keynes (López, 2015).

Ahora bien, sigue el auge de la seguridad social a partir del surgimiento del Estado Social para 1934, donde la población adquirió derechos sociales por su condición de ciudadanos y no por su posición en el mercado de trabajo; el financiamiento y salvaguardia y defensa de la seguridad social universal es la consecuencia de un acuerdo social incluyente entre trabajadores, Estado y empresarios, esto es, que la sociedad registró y apoderó un principio de solidaridad entre clases, de allí se comprende entonces que la seguridad social es desarrollo en cuanto puede decirse según James Midgley (1995, p 8) el desarrollo social es “un proceso de promoción del bienestar de las personas”.

De esta manera el desarrollo social es un proceso que, en el transcurso del tiempo, conduce al mejoramiento de las condiciones de vida de toda la población en diferentes ámbitos: salud, educación, nutrición, vivienda, vulnerabilidad, seguridad social, empleo, salarios, principalmente. Implica también la reducción de la pobreza y la desigualdad en el ingreso.

Por último, en cuanto al recorrido de evolución conceptual nace la protección social teórica y normativamente, en cuanto a lo dogmático aplicado en Inglaterra en la década de 1940 a raíz del Informe Beveridge, presentado en 1942, el cual dio origen al Estado benefactor inglés cuya finalidad fue combatir la indigencia, las enfermedades, la ignorancia, la suciedad y la ociosidad, poniendo la universalidad en el eje de fundamentalidad de la Seguridad social, así, la población adquirió derechos sociales por su condición de ciudadanos y no por su posición en el mercado de trabajo, también radica su reglamentación desde los instrumentos internacionales que quedó contemplada en la Recomendación 202 de 2012, sobre los pisos de protección social.

En consonancia a lo antes expuesto la protección social en el mundo se forma a raíz del proceso de aceptación de los Estados de pobreza, vulnerabilidad, deplorabilidad, contingencias que menoscaban la vida en sentido básico, como una cuestión social, necesariamente insertada en las agendas de las políticas públicas, sociales y planes de desarrollo (López, 2015).

Es este sentido cabe precisar que la denominada “cuestión social” según la autora (Gómez, 1979, p 47) fue el término usado en el Estado contemporáneo, al conjunto de nuevos problemas relacionados a las condiciones actuales y recientes de trabajo, vivienda, migraciones, víctimas, victimarios, familias, a raíz de las constantes transformaciones y manipulaciones colectivas, sociales, culturales, jurídicas políticas y económicas generadas por las diferentes revoluciones industriales en el mundo occidental.

A medida que avanzaba el proceso de construcción de los Estados contemporáneos y al destrozarse el modelo de relaciones que se venían llevando a cabo de autoridad, en las que se ejecutaba una permuta de protección por dependencia entre los pobres y las clases sociales superiores, se abre la necesidad y la posibilidad de darle un nuevo reconocimiento de ciudadano a todas las clases sociales, con la afirmación así mismo de una igualdad o proporcionalidad humana al menos en las necesidades básicas insatisfechas (Alber, 1988, 451).

Al liberarse, disminuirse o aliviarse la pobreza y miseria de las relaciones favorecedoras, cambia su representación al ser tomada como un problema político-económico institucional y funcional del Estado, es decir como un asunto de orden social de compromiso administrativo del poder gubernamental; es así que el debate naciente político-institucional se dirige entonces a la apertura de los modelos económicos estales y la intervención en los costos sociales para preservar el equilibrio, justicia y desarrollo sostenible del colectivo humano (Marshall, 1965. P. 7).

Dentro de esta referencia es menester expresar que la urgencia que representaba tratar la cuestión social se vuelve parte del proceso de perfeccionamiento del capitalismo, donde las relaciones sociales y económicas se vieron perturbadas por los procesos en progreso de la industrialización y urbanización; los cuales seccionaron las relaciones tradicionales de autoridad, poder, gestión y solidaridad, creando así diversos actores colectivos, tensiones institucionales y asimismo con múltiples demandas políticas y económicas, acogidas por el Estado Contemporáneo en avance (Titmuss, 1958. 47).

Las solicitudes por correspondencias socioeconómicas en un contexto de democracias participativas dentro de un conjunto de políticas e instituciones, fue la respuesta a los problemas planteados de pobreza y desigualdad. Este conjunto de políticas fue denominado “*welfare state* o estado de bienestar social”, incluyendo bajo esta denominación tanto las acciones, planes, programas, proyectos y procedimientos como el desenvolvimiento de los derechos fundamentales y sociales de la población (Wilensky, 1975. P 30)

Seguidamente cabe destacar que en 1985 el sociólogo danés Esping Andersen se refirió al *Welfare estate*, como una articulación de los conflictos, tensiones y acciones distributivos, en particular, un aprieto entre principios de mercado y principios de ubicación político económico, calculados en torno a los lineamientos, cimientos y bases institucionales de las políticas sociales a partir de los modelos socio-económicos del Estado en la Constitución Política (Esping-1985, p. 223-256); el *Welfare State* fue producto de una situación histórica concreta, como bien llama la atención (Flora, 1986, p 22), cuando afirma que este es una invención europea-americana.

En el Estado colombiano la protección social tuvo significación de asistencia pública con la reforma político-social, establecida en el artículo 19 de la Constitución Política de 1886, con el acto legislativo de 1936 en el gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo, posteriormente con la aprobación de ley 6 de 1945 creación de la Caja nacional de previsión social, Cajanal, diversidad de Cajas de Previsión Social y las cajas de Compensación Familiar, las dos últimas iniciaron su funcionamiento con el Decreto 118 de 1957 el cual también creó al SENA, en esta misma línea de acontecimientos se crea el Seguro Social en la ley de CAJANAL, pero inicia operatividad con la Ley 90 de 1946 (Arenas, 2014).

En este orden cronológico siguen apareciendo connotaciones de protección social con la creación del sistema de bienestar familiar ley 75 de 1968, bienestar laboral con las normas de servidores públicos y cesantías decretos 3135 de 1968, decreto 3118 1968, 3148 de 1968, 1848 de 1969, decreto 1950 de 1973, decreto

056 de 1975 sistema de salud, decreto 1042 de 1978, decreto 1045 de 1978, ley 9 de 1979 programas de salud y seguridad en el trabajo, ley 50 de 1981 servicio social obligatorio profesionales en salud y ley 21 de 1982 subsidio familiar (Arenas, 2014).

Posterior a la tendencia de bienestar social en seguridad social llega el Desarrollo Social, insertado en los planes de desarrollo de los presidentes, decreto 1811 de 1984 Reglamento del Seguro Social para los Trabajadores Independientes, ley 11 de 1988 consagran unas excepciones en el régimen del Seguro Social para los trabajadores del servicio doméstico, ley 43 de 1984 organizaciones de pensionados por servicios prestados, ley 10 de 1990 sistema nacional de Salud, niveles de atención y tipos de servicio, ley 79 de 1989 cooperativismo, ley 91 de 1989 prestaciones sociales del magisterio, ley 50 de 1990 reforma laboral, prestacional, creación de empresas de servicios temporales y ley 10 de 1991 empresas asociativas de trabajo.

Por último, se constitucionaliza la seguridad social con dimensión de protección social en los artículos del 42-53 de la carta política, desarrollados en la ley 100 de 1993 donde se establece la universidad, fondos de financiación, tipología de regímenes, accesibilidad, pluralismo y participación, en esta se encuentran el libro cuarto de los servicios sociales complementarios, asimismo se tiene de referente normativo la ley 361 de 1997 atención a la discapacidad, ley 789 y 790 de 2007 sistema de protección social, ley 812 de 2003, ley 1151 2007, ley 1450 de 2011, 1753 de 2015 planes de desarrollo, ley 1257 de 2008 protección a la mujer víctima de violencia, ley 1315 de 2009 atención a la vejez, ley 1448 de 2011 atención de víctimas, ley 1361 atención integral a la familia, ley 1328 de 2009 beneficios económicos periódicos, ley 1580 de 2012 pensión familiar, ley 1636 de 2013 protección al cesante, ley 1780 de 2016 auto-empleo y ley 1804 de 2016 atención a la primera infancia (López, 2015).; ahora bien en síntesis de categorías epistemológica la protección social se puede conceputar según la siguiente figura así:



Fuente Diseño del Autor

Figura No.1 Comprensión conceptual de la protección social

2. Compromisos estatales y costos sociales de contingencias humanas

Abordar el estudio del Estado Contemporáneo implica una serie de aspectos, factores, situaciones y fundamentos de corte histórico, epistemológico y referencial en cuanto a lo ético, jurídico, político, geográfico, económico, social y cultural, es así que se hace necesaria la presencia del dialogo de saberes y conocimientos científicos para comprender de forma oportuna, profunda y veraz los cambios y trasformaciones de las sociedades y el mundo globalizado incluyente (López 2015).

En este orden de ideas cabe destacar que todo lo anterior implica la disertación y razonamiento dirigido, reflexivo y comprobado acerca de un cúmulo de realidades, desafíos, retos, problemas individuales y colectivos, conflictos, alteraciones, riesgos y contingencias que son el objeto de solución del Estado, las Ciencias y la Gobernabilidad.

Ahora bien, el Estado en su contexto de organización jurídico-política, tiene como elementos característicos y determinantes la existencia y constitución, a partir de la nación, espacio geográfico, reconocimiento, patrimonio y autonomía acorde a los tratados, convenios, parámetros y lineamientos de la comunidad

internacional en general con respecto al respeto de la defensa de los derechos humanos fundamentales y la dignidad humana integral.

Atendiendo a las consideraciones antes mencionadas se puede decir entonces que el Estado es un garante, gerente y líder en cuanto a la protección holística y permanente de los derechos humanos en sus tres generaciones o manifestaciones básicas o primordiales, lo cual lo hace ser más operativo, dinámico y proactivo en función de la nación o conglomerado humano, atendiendo a las consideraciones del derecho internacional público (López, 2015).

Entonces cabe destacar en esta medida que el Estado, para hacer efectivos los derechos humanos a todos los habitantes del territorio ya sean nacionales, nacionalizados o extranjeros, le es propio asumir dentro de sus obligaciones y deberes financieros, políticos y jurídicos la satisfacción de las necesidades básicas o esenciales, individuales y colectivas a partir de las prestaciones, bienes y servicios.

Esta realidad implica la construcción de las reglamentaciones jurídicas pertinentes basadas en presupuestos de orden financiero, anotados en la hacienda pública, Derecho Constitucional, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, impulsando las políticas, decisiones, programas y acciones de índole administrativo y judicial (López, 2015).

Es necesario comprender la historia de la humanidad, a partir del discernimiento frente a la naturaleza y condición humana, la cual está rodeada de sufrimientos, debilidades, pobrezas, precariedades, aflicciones y necesidades individuales y colectivas que la hacen ser un sujeto digno de garantías, derechos, prestaciones, y protecciones familiares, gremiales, públicas, religiosas, privadas y estatales.

Es así que emprender el abordaje del Estado y sus instituciones sin antes tocar la realidad y el escenario en que se desenvuelve el hombre en cuanto a sus

dimensiones de tipo biológico, social y psicológico, es partir sin fundamentos o cimientos teórico pragmáticos de los fines y funciones de los cuales se propone está institución jurídico político en el momento de consolidarse (López, 2015).

Es este sentido es válido destacar que el Estado dentro de su connotación de organización tiene que establecer pautas y lineamientos que pretendan asistir y prevenir de forma progresiva las miserias y precariedad de la nación o conglomerado humano asociado en su devenir histórico social. Dichas penurias se convierten en las contingencias y riesgos sociales, tales como pobreza, enfermedad, vejez, maternidad, embarazo, parto, paternidad, invalidez, migraciones, indigencia, damnificación, desempleo, ocio, discapacidad, deficiencia, minusvalía, familia, viudez, orfandad, víctimas y muerte³.

Ahora bien, si el Estado en su entendido político y jurídico es una institución o un organismo que vela por la satisfacción, prevención, gestión, administración y preparación continua de las penurias individuales y agrupadas de sus vinculados a partir de la toma de decisiones irradiadas en la política pública y social así mismo lo deben ser las normas en todas sus jerarquías y categorías (Restrepo, 2012).

De este modo se puede afirmar que la Protección Social es el producto del devenir histórico natural de los seres humanos y social de los pueblos, basado en filosofía de la historia y los acontecimientos, el crecimiento acelerado de la demografía, las tendencias del evolucionismo en el desarrollo cotidiano, el cambio de mentalidad, el surgimiento del maquinismo, la modernización, en la cual el Estado satisfacía o hacía contestaciones y referencias de solución a través de los estudios previos organizados y planificados a los diversas situaciones, fenómenos, contingencias, hechos, acontecimientos que ponen al ser humano en condiciones vulnerables y deplorables (Restrepo, 2017).

3 Podría entenderse por contingencia humana desde la dimensión antropológica y guardando los cognoscitivos elementos de la física y bioestadística, la consecuencia de un hecho, hecho jurídico, acto jurídico, conducta, fenómeno natural, materialización de un riesgo que genera menoscabo a la vida humana en su diversidad de composiciones o aspectos de los cuales podrían ser: morales, psíquicos, sociales, culturales, fisiológicos y económicos.

Tabla No.1 Contingencia y prestaciones, presentación estructural

| Contingencias | Prestaciones | | |
|--------------------|------------------------------|--------------------|-------------------|
| | Económicas | Asistenciales | Sociales |
| Vejez | Subsidio | servicios de salud | |
| Pobreza | | | |
| Enfermedad | Incapacidad | servicios de salud | |
| Invalidez | Pensión | servicios de salud | Programa Sociales |
| Minusvalía | Indemnización | servicios de salud | Programa Sociales |
| Discapacidad | Subsidio | servicios de salud | Programa Sociales |
| Deficiencia | Subsidio | servicios de salud | Programa Sociales |
| Muerte | Pensión Auxilio Funerario | | |
| Maternidad | Licencia | servicios de salud | |
| Paternidad | Licencia | Licencia | |
| Familia | Pensión Subsidio | servicios de salud | Programa Sociales |
| Desempleo | Subsidio | Subsidio | Programa Sociales |
| Migraciones | Subsidio | Asistencia | Programa Sociales |
| Victimas violencia | Subsidio | Asistencia | Programa Sociales |

Fuente: Tomado de OIT Convenio 102 1952 (Arenas Monsalve, 2011 pag 40-41)

Las contingencias son las situaciones objeto de protección, en este sentido, se entiende por contingencias todos aquellos acontecimientos o fenómenos futuros y posibles, capaces de ocasionar una pérdida económica y, por tanto, una consecuencia perjudicial o dañosa a la integridad de los individuos. No se hace con ello referencia únicamente a hechos desafortunados, de los cuales se podría mencionar lesiones al cuerpo, daños corporales, desempleo, desocupación, enfermedad e invalidez; sino a ciertos acontecimientos gratos, así como el matrimonio, embarazo, parto y el nacimiento de hijos, que originan mayores gastos ocasionales o permanentes para el sostén de los mismos (Rodríguez, 2011).

De acuerdo a lo anterior, se puede redefinir que las contingencias obedecen a acontecimientos ordinarios de la vida, de cualquier orden causal, que demanda la protección y/o atención inmediata, en virtud de que significa la pérdida o disminución de ingresos o menoscabo de la salud. En este sentido, las contingencias como ámbito de la protección social, se encuentran cubiertas tanto a corto como a largo plazo. Para el corto plazo se encuentran las contingencias relacionadas a enfermedad, desnutrición, inseguridad alimentaria, gestación, maternidad y riesgo laboral, entre otras, mientras que para el largo plazo se destaca la invalidez, vejez, muerte, orfandad y viudez (Restrepo, 2017).

Por otro lado, también se encuentra otra clasificación de las contingencias y es así como frecuentemente se habla de las contingencias comunes y las contingencias laborales; encontrándose en las primeras el accidente cotidiano y la enfermedad común, la maternidad, la paternidad, el cese en el trabajo una vez alcanzada la edad de jubilación, el desempleo entendido como la pérdida involuntaria del empleo o la reducción de la jornada ordinaria de trabajo de quienes pueden y quieren trabajar y las cargas familiares. Dado que solo se definen expresamente y en sentido positivo las contingencias laborales, respecto a las restantes contingencias protegidas o hay una readmisión o se da una definición en negativo, caso este del accidente no laboral y de la enfermedad común (Catena, 2017)

Con realidad argumentada en cuanto a contingencia estas se constituyen en la razón de ser de los costos sociales del Estado, los cuales deben ser cubiertos y atendidos con carácter preventivo, previsorio, defensor, apremiante y presupuestado en la finanza pública o hacienda de la nación, intervenciones en la economía y regulación de la prestación de servicios sociales, esto en consonancia a lo preceptuado por la honorable corte constitucional en la C-870/03 la cual expresa:

En relación con el derecho que tienen las personas a ejercer la libertad de empresa y a percibir las utilidades que le son inherentes, el Estado se erige como director de la economía con dos fines específicos: de una parte, debe regular, vigilar y controlar los procesos económicos en orden a fomentar y

estimular la gestión empresarial, impidiendo al efecto que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitando o controlando cualquier abuso de la posición dominante; y de otra, promoviendo y exigiendo a la empresa el cumplimiento de su función social a través de su intervención en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados; igualmente, actuando como empresario directo, ya con capital totalmente estatal, ora en alguna de las modalidades de la asociación mixta. Función social que se debe concretar en el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, en la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y en la preservación de un ambiente sano.

3. Modelo económico de estado implicaciones en sistemas sociales

Antes de entrar a hacer una comprensión localizada desde la teoría del conocimiento acerca de la política social es ineludible pasar por el punto específico de concertación retórica dentro de la política en su apreciación disciplinar que está dentro de los valores políticos compuestos por la justicia social, la igualdad, la equidad, el orden, la primacía, la supremacía y el bienestar.

De todos los valores antes mencionados se estudiará en el avance esquemático de este orden temático por su afinidad y especificidad con la política social el bienestar, el cual según Andrew (2010, pág. 341), se refiere en lo más simple a la felicidad, la prosperidad y la confortabilidad en general, entonces en el debate político el bienestar es un principio invariablemente colectivista que corresponde a las creencias de que el Estado es responsable de la confortabilidad social de los ciudadanos, cristalizado en la política social.

Seguidamente se concibe la clarividencia sobre la política social entendida a partir de un conjunto de: directrices, orientaciones, criterios y lineamientos conducentes a la preservación y elevación del bienestar social, procurando que los beneficios del desarrollo alcancen a todas las capas de la sociedad con la mayor equidad (Fleury, 1999, pág. 5).

En este orden de ideas y de debate teórico conceptual acerca de política social aplicada en salud es pertinente citar y demarcar autores como (Ceja, 2004, pág. 13), cuando manifiesta en forma concreta que la política social es la forma como por medio de estrategias y políticas concretas tiene el Estado para construir una sociedad cohesionada y equitativa. En una perspectiva de mayor equidad e integración social, la política social tiene como fin principal facilitar la convergencia entre los intereses individuales y los intereses comunes de la sociedad.

Ahora bien, seguidamente cabe señalar a Thais Maingnon (2004 pág. 48-49), en política social en los países latinoamericanos cuando este imprime que existe una diversidad de definiciones de política social que presentan diferentes posiciones tomando en cuenta sus objetivos, extensión y límites; agrupándolas en atención a ello en dos. Primero están las definiciones que la limitan a los programas de bienestar y apoyo social y al igual que las políticas que sustentan o conforman dichos programas.

De acuerdo con lo antes expuesto, la política social hace referencia a un compendio estructurado funcional de medidas que contribuyen al mejoramiento de una situación determinada por deterioro y menoscabo de la vida en cuando a su dignidad y condicionamientos óptimos por diversas circunstancias de modo tiempo y lugar incluyendo las políticas económicas, sociales, culturales y ambientales (Luhmann, 1998).

En este contexto las políticas sociales son de carácter transitorio y sus objetivos son los de aminorar o de regular los embates de las políticas económicas, teniendo en cuenta armonizar las razones y contenidos de la mirada social en salud de la política, el pensamiento de que la salud de la población en su conjunto depende de los determinantes de salud, entre los que se encuentra la posición social, los estilos de vida, la alimentación, el trabajo, la vivienda, la educación, las condiciones de vida, el ambiente, la violencia externa, las causas genéticas, además de situaciones específicas como las guerras, las represiones, las exclusiones y la pobreza (Escudero, 2011).

En otras palabras y completando ideas de contextos la política social tiene que ver con las fallas de la política económica y los factores determinantes de la sociedad en su sostenibilidad y estabilidad, la cual es de carácter asistencial y se le asigna, por tanto, una función residual y no esencial la cual debería ser por su sensibilidad temática y comprometedora.

Cabe señalar para seguir aproximando al perfeccionamiento epistémico sobre el tema, que existe un segundo concepto descriptivo que considera que la función principal de la política social es la reducción y eliminación de las inequidades sociales a través de la redistribución de los recursos, servicios, oportunidades y capacidades.

Es así que este concepto incluye todas aquellas actividades que contribuyen a la salud, educación, asistencia pública, seguridad social y vivienda de la población, y también aquellas que afectan, en general, la redistribución y distribución del ingreso y las dirigidas a construir y conservar el capital social; de esta manera es válido acotar que la Organización Mundial de Salud hace aportaciones y distribuciones de fondos públicos a los diferentes programas de la organización que hacen gestión universal en salud (Moncayo Medina, 2011).

De igual manera Repetto (2010), manifiesta que las políticas sociales y sus expresiones programáticas, entendidas en un sentido amplio, incluyen intervenciones sectoriales clásicas (educación, salud, seguridad social, vivienda, infraestructura básica) así como las tendencias a desarrollar acciones focalizadas en la pobreza, a la vez que también deben incorporarse bajo el concepto de política social las intervenciones estatales destinadas a promover el empleo y brindar protección ante las enfermedades o precariedades de índole eminentemente social.

Cabe expresar en esta secuencia dialógica de referencias prácticas y realidades en cuanto al análisis de estudio temático y ubicación conceptual que, dentro del género de las políticas sociales se encuentra la especie de políticas en salud, así que si la política social es un conjunto de esfuerzos organizados para reducir los

problemas sociales, se involucra en ellos la búsqueda en equidad y la satisfacción de necesidades, entonces incluye la política en salud según (Escudero, 2011, pág. 105):

Importa el conjunto de esfuerzos para promover la mejor salud y reducir los problemas que la afectan”, donde su formulación corresponde a la política en salud que a su vez corresponde a la política Pública, que consiste es establecer prioridades según los problemas y necesidades y demandas relacionadas con la salud de la población, en función de los recursos disponibles, sometidas a permanente análisis y sujetas al control de la ciudadanía. Es entonces un conjunto de proposiciones que orientan las acciones del sector salud y de otros sectores al mejoramiento sanitario de la población y en plazo determinado.

Con esto se puede destacar que la política social es propia de la ideología de Estado de bienestar del cual podemos decir que el modelo ideal de Estado de Bienestar está vinculado a la idea de igualdad ya que en términos generales, trata de asegurar un nivel básico de confortabilidad para todos los ciudadanos, es por ello que plantea la universalización de la política social, sin focalización, garantizando a todo miembro de la sociedad que, por el hecho de haber nacido en ella, debía ser beneficiado por la política social de ese Estado, dentro de la garantía del bienestar general de toda la población. Siendo así, cada actor social es considerado un ciudadano con derechos sociales (Andrew, 2010).

Cabe en este silogismo de evaluaciones y aportaciones de cualidad dogmática, axiológica, pragmática, jurídica y práctica que se puede afirmar que uno de los logros más trascendentales conseguidos por el Estado de Bienestar ha sido la institucionalización, estructuración, configuración y dinamismo de los Derechos Sociales tales como la seguridad social, salud, empleo, deporte, familia, recreación, educación, junto con los Derechos Civiles y Políticos (Romero Parra, 2014).

Se puede afirmar de esta manera que los Derechos Sociales se protegen como garantías que tienen todos los ciudadanos, por el hecho de serlo, a recibir

prestaciones económicas y asistenciales por razón de pensiones, subsidios, ayudas, en determinadas circunstancias y, además, recibir un conjunto de servicios sociales entre los que destacan la salud y la educación, los medioambientales, culturales y recreativos (Romero Parra, 2014).

Dentro de un progresivo proceso histórico se llega a estar de cara al modelo anterior, y aparece el Estado Social; el cual ideológica y políticamente es la sumatoria o la integración conciliada de la democracia, el capitalismo y el socialismo que persigue cubrir las insuficiencias de los modelos anteriores pues, siendo grande el número de personas que no pueden desarrollarse plenamente dentro de una sociedad, se hace necesaria la participación del Estado en fines esenciales, servicios públicos y la función social de dotarles de recursos e instrumentos necesarios, para incorporarse plenamente en ella por medio de la consolidación sistémica organizada (Romero Parra, 2014).

En detalles comportamentales se dice entonces que en el Estado Social en sus denominados sistemas reglamentados dentro de los cuales se encuentra el de salud, comparte un alto nivel de protección social y de provisión universal basada en la ciudadanía y el respeto a la diversidad social, pluralismo y participación. Se garantiza un acceso generalizado al bienestar y a la seguridad social integral, servicios sociales complementarios, e incluso a los patrocinios sociales.

Dichos amparos sociales son precisados en la tipología de regímenes los cuales son: régimen de atención integral a la familia, régimen de atención integral a la vejez, régimen de atención integral a la primera infancia, atención integral a la mujer, régimen de atención integral a los pobres, víctimas, victimarios, desplazados y despojados, régimen de atención integral a las migraciones, régimen de atención integral a desempleados, trabajadores y cesantes, régimen de atención integral a población carcelaria, régimen de atención integral a la mendicidad e indigentes y régimen de atención integral a la discapacidad, esto se puede ilustrar en la siguiente tabla:

Tabla No.2 Protección social desde lo político-económico y jurídico

| REGÍMENES | PRESTACIONES | NORMAS JURÍDICAS |
|---|--------------------|----------------------|
| Atención integral a la Familia y a la mujer | Servicios de salud | Ley 21 de 1982 |
| | Alimentación | Ley 100 de 1993 |
| | Recreación | Ley 75 de 1968 |
| | Educación | Ley 1361 de 2013 |
| | Capacitación | Ley 25 de 1981 |
| | Formación | Ley 1580 de 2012 |
| | Auxilio | Ley 1257 de 2008 |
| | Subsidios | Ley 1232 de 2008 |
| | Pensión | Ley 823 de 2003 |
| | Exoneraciones | |
| Atención a las víctimas, desplazados, despojados, migraciones y pobreza. | Servicios de salud | |
| | Alimentación | |
| | Recreación | Ley 1438 de 2011 |
| | Educación | Ley 1448 de 2001 |
| | Capacitación | Decreto 2353 de 2015 |
| | Formación | Decreto 780 de 2016 |
| | Auxilio | |
| | Subsidios | |
| Atención Victimarios | Servicios de salud | Decreto 2353 de 2015 |
| | Resocialización | Decreto 780 de 2016 |
| | Educación | Ley 415 de 1997 |
| | Capacitación | Ley y 504 de 1999 |
| | Formación | |
| Atención empleo, desempleo, trabajo, trabajo decente, emprendimiento | Servicios de salud | Ley 50 de 1990 |
| | Alimentación | Ley 100 de 1993 |
| | Recreación | Ley 789 de 2002 |
| | Educación | Ley 790 de 2002 |
| | Capacitación | Ley 1221 de 2008 |
| | Formación | Ley 1233 de 2008 |
| | Subsidios | Ley 1636 de 2013 |
| | Auxilios | Ley 1780 de 2016 |
| | Indemnización | Ley 1328 de 2009 |
| | | Ley 1429 de 2010 |

| REGÍMENES | PRESTACIONES | NORMAS JURÍDICAS |
|---|--------------------|---------------------|
| Atención integral a la vejez | Servicios de salud | |
| | Alimentación | |
| | Recreación | |
| | Educación | Ley 100 de 1993 |
| | Capacitación | Ley 445 de 1998 |
| | Formación | Ley 1276 de 2009 |
| | Subsidios | Ley 1555 de 2013 |
| | Auxilios | |
| | Indemnización | |
| | Pensión | |
| | BEP | |
| Atención integral a la deficiencia, discapacidad minusvalía, invalidez | Servicios de salud | |
| | Alimentación | |
| | Recreación | Ley 361 de 1997 |
| | Educación | Ley 1145 de 2011 |
| | Capacitación | Ley 1346 de 2009 |
| | Formación | Ley 1618 de 2013 |
| | Subsidios | |
| Auxilios | | |
| Atención integral enfermedad, síndromes y lesiones al cuerpo. | Servicios de salud | Ley 100 de 1993 |
| | Alimentación | Ley 1122 de 2017 |
| | Recreación | Ley 1438 de 2011 |
| | Educación | |
| Atención integral a la primera infancia, desnutrición y analfabetismo | Servicios de salud | Ley 9 de 1979 |
| | Alimentación | Ley 115 de 1994 |
| | Recreación | Decreto 118 de 1957 |
| | Educación | Ley 1096 de 2006 |
| | Capacitación | Ley 295 de 2009 |
| | Formación | Ley 1804 de 2016 |

Fuente: Diseño del Autor

Ahora bien, cabe aducir que el Estado colombiano opera y organiza todo su sistema de protección social, conforme a la constitución política de 1991, a partir de la aplicación del modelo de economía social de mercado, estándar donde se conjuga lo público y lo privado, en cuanto a la prestación de bienes y servicios,

asimismo dá respuesta a las necesidades, contingencias y riesgos sociales a partir de normas jurídicas que son actos jurídicos normados coercitivos y actos políticos contenidos en la políticas públicas y sociales, elaboradas en los planes de desarrollo, planes de acciones, programas, proyectos y estrategias gubernamentales, las cuales ejecutan las instituciones de los dos sectores, permitidas, avaladas, inspeccionadas, vigiladas y controladas por el mismo Estado.

Ejemplo de lo anterior es la institucionalidad heterogénea en cuanto a la naturaleza de creación en que se encuentran las Cajas de compensación Familiar, las cuales son una corporación de derecho privado, con funciones públicas que administran prestaciones asistenciales y económicas públicas, reciben parafiscales, además coordinan subsidios que son de recursos del Estado. asimismo, las Empresas Promotoras de Salud EPS, en su mayoría de naturaleza privada, pero que administran cotizaciones que son aportes del resorte estatal, las Administradoras de Fondos de Pensiones y las entidades financieras con la administración de cotizaciones subsidiadas provenientes de desembolso del Fondo de Solidaridad pensional y así también regentan los beneficios periódicos económicos, pensión familiar y hacen desembolsos de las indemnizaciones y subsidios.

Seguidamente es válido expresar que, aunque las instituciones privadas funcionan, también existen entes de orden público que administran y financian el sistema de protección social tales como Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, Unidad de Atención a Víctimas, la Unidad de Restitución de Tierras, Unidad de Atención de Migraciones, Servicio Nacional de Aprendizaje, Instituto Colombiano de Bienestar familiar, las direcciones territoriales en salud y las empresas sociales del Estado.

Luego de haber reseñado las operatividades estructurales, institucionales, financieras y funcionales, es loable hacer mención de la C 228 de 2010 de la honorable corte constitucional donde ilustra y precisa acerca del modelo económico del Estado el cual es una *economía social de mercado*, que es consonante con la existencia del sistema de protección social dado que sería propio de manifestaciones perfeccionadas de la ideología del modelo de Estado

de Bienestar Social, ello según insinuaciones (Flora,1986), de esta manera reza taxativamente la jurisprudencia en evocación:

La Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. Este marco de referencia, a su vez, tiene profundas implicaciones en el modo en que se comprende los derechos y libertades de los agentes de mercado.

Por último, se puede afirmar que el reflejo del modelo económico establecido en la carta política y con precedente jurisprudencial constitucional, se consolida en los planes de desarrollo, los cuales traen consigo intervenciones, reglamentaciones, acciones, programas, proyectos, prestaciones asistenciales y económicas y propuestas de protección social para alcanzar el cubrimiento de contingencias humanas de carácter colectivo e individual de la población es así que puede expresar en la siguiente gráfica Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2014 – 2018.



Gráfica No.1 Plan de Desarrollo y Protección social

Conclusiones

En recapitulaciones de la ponencia es menester decir que la protección social en cuanto a régimen, administración y financiación, está previamente en la Constitución política de 1991.

Cada vez que se defina el modelo económico de Estado de manera inherente se establece el modelo operativo del sistema de protección social, para combatir las contingencias humanas individuales y colectivas de los asociados al Estado.

El Estado Social debe presupuestar, planificar de forma preventiva, asertiva, responsable, previsiva y cuidadosa las contingencias humanas para que más adelante no se le presenten mayores riesgos y peligros, a razón de costos sociales elevados insostenibles.

Referencias

- Alber, Jens. Continuities and changes in the idea of the welfare state. *Politics & society*, 1988, vol. 16, no 4, p. 451-468
- Alber, Jens. Government responses to the challenge of unemployment: the development of unemployment. *The development of welfare states in Europe and America*, 1981, p. 456.
- Andrew, H. (2010). Introducción A La Ciencia Política. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Arenas Monsalve, G. (2014). El Derecho Colombiano A La Seguridad Social. Bogotá: L Legis.
- Barona Betancourt, R. (2014). Los Prestadores De Servicios De Salud. Bogotá: Ibáñez.
- Batista, Johanna. El condicionamiento al capital externo como instrumento para la implementación de reformas neoliberales en América Latina: la aplicación del consenso de Washington en Argentina (1989 2001). Bogotá, 2009. P. 27. Trabajo de investigación. Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Facultad de relaciones internacionales.

- Buitrago, Adriana. La protección por maternidad en los sistemas de seguridad social de Colombia y España. En: Rev. Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social, 2014, vol. 06. No. 7. P. 18
- Campos, Blanca. Teoría subjetiva del valor. [en línea] <<http://slideplayer.es/slide/5630469/>> [citado en junio 12 de 2017]
- Catena, Carlos. ¿qué son las contingencias comunes? [en línea] <<http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/que-son-las-contingencias-comunes>> [citado en junio 14 de 2017]
- Ceja, M. C. (2004). La política social mexicana de cara a la pobreza. Geo Crítica Script/Nova, Revista Electrónica De Geografía Y Ciencias Sociales, 10-30.
- Congreso Nacional de Sociología, (10: 21-23, abril, 2011: Cali, Colombia) Cali: Universidad Icesi – Universidad del Valle, 2011. 122 p.
- Corte Constitucional de Colombia, C 228 de 2010, Modelo Económico de Estado.
- Corte Constitucional de Colombia, C-870 de 2003, intervención del Estado en la Economía.
- Duarte, Tito, Jiménez, ramón s, aproximación a la teoría del bienestar. [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=84903752>> [citado en: 07 de junio de 2017]
- Escudero, C. H. (2011). Principios orientadores de la salud pública desde el derecho a la salud. En G. Malagón Londoño, Salud Pública Perspectivas (Págs. 79-113). Bogotá: Panamericana.
- Fleury, Sonia. Modelos de protección social. 2004. P4
- Flora, Peter (ed.). Growth to limits: the Western European welfare states since World War II. Walter de Gruyter, 1986. P. 22
- Gañan Echavarría, J. L. (2013). Los Muertos de la Ley 100, prevalencia de la libertad económica por encima del derecho fundamental a la salud. Medellín: Universidad de Medellín.
- Gardey, Ana. Pérez, Julián. Bienestar social. <<https://definicion.de/bienestar-social/>> [citado en 03 de junio de 2017]
- Gómez, Ángela. Burguesia e Trabalho. Política e Legislacao social no Brasil. Rio de Janeiro. 1979. P. 47
- Gómez, Juan. La protección familiar en Colombia 1946-1977. Bogotá, 2011. P. 42. Tesis doctoral. Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Ciencias Humanas.

- Gutiérrez, Luis. El proceso de envejecimiento humano: algunas implicaciones asistenciales y para la prevención. Papeles de población, en: Rev. Salud pública, 1999, vol. 5, no 19. P. 1
- Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM. principales modelos de la seguridad social y la protección social. [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3120/4.pdf>> [citado en 31 de mayo de 2017]
- Lampis, Andrea. Desafíos conceptuales para la política de protección social frente a la pobreza en Colombia. Rev. Scielo, 2011, vol. 22, no 41, p 4.
- López Ahumada, José Eduardo. Crisis financiera y derecho social en Irlanda. 1ª ED. Madrid: cinco ediciones. 2015. 204 P. ISBN: 978-84-15305-88-0.
- Luhmann, N. Y. (1993). Teoría de la sociedad. México: Uia-Udeg-Iteso.
- Marshall, Th. Política social. Río de Janeiro. 1965. P. 7.
- Mejía, Luz y Franco, Álvaro. Protección social y modelos de desarrollo en América Latina. En: Rev. Salud pública, 2007, vol. 9, no. 3, p. 477
- Mejía, Luz. & Franco, Álvaro. Protección social y modelos de desarrollo en América Latina. Revista de salud pública [en línea] <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42219062016>> issn 0124-0064 [citado en 14 de julio de 2017]
- Moncayo Medina, A. (2011). Nuevas dimensiones de la salud pública. En G. Malagón Londoño, Salud Pública Perspectiva (Págs. 26-52). Bogotá: Panamericana.
- Niño, José. Las migraciones forzadas de población, por la violencia, en Colombia: una historia de éxodos, miedo, terror y pobreza. Revista electrónica de geografía y ciencias sociales. 1999, vol. 45. No. 6, p. 33
- Núñez, Jairo. Evolución de las políticas contra la pobreza: de la previsión social a las transferencias condicionadas. Cede, Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.
- Núñez, Jairo; Espinosa, Silvia; Espinosa, s. Asistencia social en Colombia: diagnóstico y propuestas. Documento cede, 2005, vol. 42.
- Organización de Naciones Unidas. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. New York, 1991. P. 1.
- Organización de Naciones Unidas, convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, New York, 2006. P. 1.
- Organización Internacional del Trabajo, declaración referente a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, Filadelfia. 1944, p. 583

- Organización Mundial de la Salud, "carta de Ottawa para la promoción en salud" Canadá, 1986, p.1.
- Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018 "Todos por un Nuevo País ...
- Repullo, J. -I. (2006). Sistemas y servicios sanitarios. Madrid: Díaz De Santos.
- Repetto, F. (2010a), "Protección social en América Latina: La búsqueda de una integralidad con enfoque de derechos", Revista del CLAD. Reforma y democracia, N° 47. Caracas Venezuela.
- Restrepo Pimienta, J. L. (2017). Conceptos científicos en seguridad social en salud en el contexto globalización y Estado" Universidad de la Costa.
- Restrepo Pimienta, J. L. (2016). Fundamentos de derecho procesal de la seguridad social en salud. Bogotá. Editorial Vélez.
- Restrepo Pimienta, J. L. (2012). Dimensión jurídico-antropológica de la política pública en salud. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Rodriguez Mesa, Rafael "estudios sobre seguridad social - segunda edición" En: Colombia 2011. ed:Ediciones Uninorte.
- Romero Parra, M. E. (2014). Barranquilla: Universidad Libre.
- Ruiz, Manuel. hacia una reconstrucción del estado-nación colombiano ideas preliminares. Rev. apuntes del cenes, 2010, vol. 24, no 38, p. 51-84.
- Schnapper, Dominique; pousadela, Inés María. La democracia providencial: ensayo sobre la igualdad contemporánea. Homo sapiens, 2004. p. 102
- Tamayo, Heidi. conflicto armado en Colombia: factores, actores y efectos múltiples. en: periódico El Mundo. Medellín (12 de feb., 2015). Disponible en: http://www.elmundo.com/portal/noticias/derechos_humanos/conflicto_armado_en_colombia_factores_actores_y_efectos_multiples.php#.Wcz0e2jWzIV
- Thais Maignon: Política social en Venezuela 1999-2003, 2004, Cuadernos del CENDES, año 21. N° 55. Tercera Epoca. enero-abril 2004. pág. 48-49).
- Titmuss, Richard. essays on the welfare state. londrés. 1958. p. 47
- Vega, William, et al. Transformaciones en la protección social en Colombia. tesis doctoral. Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 37
- Zapata, Wilman. Construcción de políticas públicas de salud en el marco de la protección social para la generación de estilos de vida saludables en el ambiente laboral colombiano. Tendencias hispano-americanas. Medellín, 2010. p. 45. tesis de maestría. Universidad de Medellín. facultad de Ciencias Económicas y Administrativas.



unab

Universidad Autónoma de Bucaramanga

**FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

VIGILADA MINEDUCACIÓN

VI JORNADA DE
**DERECHO
CONSTITUCIONAL**
INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

ABRIL 13 Y 14

MEMORIAS