

# Los derechos colectivos y las acciones populares: elementos para la comprensión de un mercado<sup>\*1</sup>

MARIO A. PINZÓN CAMARGO<sup>2</sup>

“Las decisiones sobre el nivel de bienes públicos son tomadas por los poderes públicos y no por los ciudadanos; por lo tanto, el que la producción se encuentre o no en este punto depende de la naturaleza del proceso político (...)” (STIGLITZ, 2000: 169).

## RESUMEN

El objetivo de este artículo de reflexión es examinar la estructura normativa que reglamentó la protección de los derechos colectivos (Ley 472 de 1998) y su posterior modificación (Ley 1425 de 2010) a través de un modelo de oferta y demanda. Para ello, de una parte se toma como supuesto de comportamiento del *homo economicus* y, de otra, el principio de simetría planteado por BRENNAN & BUCHANAN (1987). En la modelación de este mercado se adopta la *protección* de derechos colectivos como un servicio que se puede clasificar como un bien público, entendido como una falla de mercado, que además de producir externalidades positivas, presenta problemas de revelación de preferencias e ineficiencias dinámicas

\* Este documento hace parte del proyecto de investigación sobre acciones populares adelantado conjuntamente con el docente investigador DANIEL MONROY CELY. Agradezco los valiosos comentarios por parte del profesor Daniel Monroy y del profesor Carlos Naranjo, docente de la cátedra de Matemáticas para Derecho, de la Universidad Externado de Colombia, así como también las recomendaciones de los pares evaluadores.

- 1 Para citar el artículo: PINZÓN CAMARGO, MARIO A. (2013). "Los derechos colectivos y las acciones populares: elementos para la comprensión de un mercado", en *Revista Con-texto* n.º. 40, pp. 59-86.
- 2 Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales, Magíster en Derecho Económico. Candidato a Magíster en Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Colombia. Se desempeña como asesor de la Subdirección de Política Industrial y Comercial del Departamento Nacional de Planeación. Correo-e: mpinzonc@dn.gov.co

y estáticas. Como principales hallazgos se resaltan la generación de un exceso de oferta como resultado de la implementación de los incentivos económicos contemplados en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, y la generación de un exceso de demanda como resultado de su eliminación con la Ley 1425 de 2010. Se concluye que en cualquiera de las dos situaciones el diseño normativo desatendió los efectos y la respuesta que éste puede tener sobre los individuos, tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda, implicando la ineficiencia del mercado de protección de derechos colectivos, y la probable desprotección de estos derechos. En razón a lo anterior, resulta necesario contemplar estrategias que conduzcan a un diseño normativo que incluya tanto el principio de justicia reivindicado por RAWLS, como el de no ingenuidad formulado por KORNHAUSER.

**Palabras clave:** Acciones Populares, Derechos colectivos, Análisis Económico del Derecho, Bienes Públicos, Externalidades, Incentivos.

#### COLLECTIVE RIGHTS AND CIVIL ACTIONS: ELEMENTS TO UNDERSTAND THEIR MARKET

##### ABSTRACT

The purpose of this paper is to examine the normative structure developed to protect collective rights (Act 472 of 1998) and the subsequent amendment (Act 1425 of 2010) by using the supply and demand model. This paper supposes, on the one hand, the *homo economicus* behavior and, on the other, the symmetric principle designed by BRENNAN & BUCHANAN (1987). The model developed showed a collective rights protection market, where the good to trade is the service to protect. This service is considered a public good, despite providing positive externalities and producing a preferences revelation problem and dynamic and static inefficiencies. The main results this paper found are 1) an excess demand as a consequence of the economic incentives designed in Articles 39 and 40 of Law 472 of 1998 and 2) an excess of supply created by the repeal of these articles in Law 1425 of 2010. In conclusion, in either situation, normative development disregards the effects and reactions of individuals, from the point of view of both supply and demand. This disregard implies a failure on the part of the collective rights protection market and its probable lack of protection. Given the above, it is necessary to consider strategies that lead to a normative design that includes both the justice principle claimed by RAWLS and the not naivety principle developed by KORNHAUSER.

**Keywords:** Civil Actions, Collective Rights, Law and Economics, Public Goods, Externalities, Incentives.

JEL: K40, H41, D62.

El proceso de construcción de normas enfrenta serias restricciones y desafíos. Las presiones de los grupos de poder sobre el cuerpo que legisla, los intereses propios de los legisladores, la ingenuidad de algunos, el oportunismo de otros o restricciones presupuestales, se erigen como puntos a los cuales debe prestarse atención para que las leyes se construyan de la mejor manera posible. No obstante, tal vez uno de los más grandes retos que enfrentan no solo el legislador sino el Estado en general, entendido como el cúmulo de los tres poderes clásicos, es el de administrar el *velo de la ingenuidad* en el momento de construir las normas. En este punto se hace alusión expresa a las ideas de RAWLS (2010) y de KORNHAUSER (2002), según las cuales de una parte las normas deben ser construidas tras un *velo* de la ignorancia que garantice que las reglas serán lo más justas posibles o, en otras palabras, que no favorecerán a un grupo determinado a expensas de un tercero o terceros; de otro lado, se encuentra la crítica respecto de la *ingenuidad* que tienen tanto jueces como legisladores al pensar que el comportamiento del individuo se ajustará a los objetivos de la ley sin que en ello medie un juicio de racionalidad por parte de éste y, *contrario sensu*, su comportamiento a manera de seres perfectos será dictaminado por la simple validez de la norma.

En este marco, uno de los elementos que debería ser contemplado como punto de partida para procurar una buena administración del *velo de la ingenuidad* debe es el principio de simetría propuesto por BRENNAN y BUCHANAN (1987). Estos autores advertían sobre la necesidad de mantener el mismo supuesto de comportamiento de los agentes que toman decisiones en el mercado, en el ámbito político. En otras palabras, "(...) los individuos que actúan en el contexto político son los mismos individuos que actúan en el contexto de mercado y que sea probable que sean motivados de manera similar – en ambas arenas para hacer elecciones que maximicen su utilidad" (MERCUIRO & MEDEMA, 2006: 161)<sup>3</sup>, o simplemente, parafraseando a BUCHANAN (1993), no existe una razón para pensar que los agentes que deben decidir entre comprar una manzana o una naranja, sean diferentes de aquellos que deben elegir entre una y otra decisión de gasto público, o entre uno u otro arreglo normativo.

Acorde con esta propuesta, este documento busca proponer una posible interpretación de los derechos colectivos y de su sistema de protección, las acciones populares, a través de un modelo de mercado de oferta y demanda, para lo cual se toma como supuesto implícito la idea del comportamiento simétrico del *homo economicus*, buscando examinar el papel que juegan los incentivos dentro del proceso de protección de derechos. Con ese propósito, este artículo ha sido dividido en cuatro secciones, siendo la primera de ellas esta breve introducción. En la segunda sección se explicará la formación del mercado de protección de derechos colectivos, partiendo de la identificación de sus componentes básicos, función de oferta y demanda, tipo de bien o servicio objeto de transacción. La tercera abordará el problema de revelación de preferencias, así como los relacionados con las ineficiencias estáticas y dinámicas de los bienes públicos, como preámbulo al análisis de los efectos del sistema de incentivos planteado por la Ley 472 de 1998 y la eliminación de éstos a través

3 Texto original en inglés: "The argument here is that the individuals who act in the political context are the same individuals who act in the market context and are likely to be similarly – to make choices that maximize their utility – in both arenas" (traducción libre del autor).

de la Ley 1425 de 2010, que será efectuado en esta misma sección. Finalmente se presentarán algunas reflexiones.

## I. FUNDAMENTOS BÁSICOS PARA EL ANÁLISIS DE MERCADO DE LAS ACCIONES POPULARES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS

Una aproximación económica a la interpretación de una institución jurídica implica un ejercicio de traducción conceptual por medio del cual se pretende construir un lenguaje común para el estudio de un mismo fenómeno social. A este proceso de traducción ha asistido el Análisis Económico del Derecho, entendido como una forma de argumentación jurídica que pretende mezclar tanto la visión deontológica del Derecho en conjunto con la aproximación teleológica de la Economía (LAMPREA, 2006), y que se presenta como una metodología incluyente para la argumentación jurídica, la cual provee un conjunto de herramientas bastante útiles para el propósito mencionado inicialmente. Teniendo esto presente, esta sección pretende aplicar elementos básicos de la formación de las funciones de oferta y demanda al caso de la protección de los derechos colectivos a través de las acciones populares.

### A. Determinantes de las funciones de demanda y oferta, y tipos de bienes

Uno de los elementos de partida para el estudio de un mercado corresponde a las funciones de oferta y demanda del mercado. A manera de resumen, a continuación se presentan los elementos básicos de cada una de estas funciones. En detalle, la curva de demanda del mercado "(...) relaciona la cantidad que comprarán todos los consumidores de un bien en un mercado y el precio" (PINDYCK & RUBINFELD, 2009: 141) y da cuenta de la disponibilidad a pagar por el bien; por su parte, la curva de oferta de una empresa ilustra "(...) cuánto producirá a cada uno de los precios disponibles" (ídem: 320) de acuerdo con la función de costo marginal del bien.

Una comprensión más puntual de estas dos funciones puede desarrollarse a partir del estudio de los elementos que determinan la conformación de cada una de ellas. Así, en el caso de la demanda individual, entendida como el elemento constitutivo de la demanda del mercado, se identifican los elementos representados en la Tabla 1.

Los tres primeros determinantes presentados en la Tabla 1 denotan la posibilidad de un análisis objetivo respecto de los elementos que cada uno de ellos alberga; sin embargo, resulta evidente la existencia de un alto grado de subjetividad respecto de los elementos que conforman los gustos y las expectativas que cada individuo contempla para llevar a cabo sus elecciones de manera racional.

Para el caso de la función de oferta, se encuentra una serie de elementos bastante similares con los relacionados con la función de demanda individual. En este caso, como se muestra en la Tabla 2, existe coincidencia respecto del papel que juega el precio y las expectativas como elementos determinantes en las decisiones que toman los agentes, bien sean consumidores o productores.

TABLA 1. DETERMINANTES DE LA FUNCIÓN DE DEMANDA INDIVIDUAL

Determinante	Descripción
El precio	Establece las cantidades a las cuales puede acceder un agente. De este elemento resulta la conocida ley de la demanda, la cual plantea que teniendo las demás variables constantes, un incremento en el precio del bien provocará una disminución de las cantidades demandadas de éste. Para los economistas, esta relación se entiende como la elasticidad de la demanda al precio, que no es otra cosa que la sensibilidad con la que la primera variable se modifica frente a cambios en la segunda.
La renta	Representa la cantidad de recursos económicos disponibles por parte de un individuo, que pueden ser utilizados para acceder a un bien o servicio.
Los precios de los bienes relacionados con él	Esta variable evalúa los comportamientos en la demanda de los bienes relacionados de manera directa o indirecta respecto del bien al que se desea tener acceso, a partir de un aumento o disminución del precio de este último. De acuerdo con las variaciones que presenten los bienes, se clasifican en sustitutos, si un aumento del precio del bien "A" provoca un aumento de la demanda del bien "B"; o complementarios, si una disminución del precio del bien "A" provoca un aumento de la demanda del bien "B".
Los gustos	Esta variable usualmente no es analizada por los economistas, en gran parte explicado porque los gustos representan el resultado de una serie de factores históricos o psicológicos que escapan de su campo de estudio.
Las expectativas	Esta determinante implica el análisis de los niveles de riesgo que cada individuo estará dispuesto a asumir a partir de la lectura de su realidad y de la probabilidad de ocurrencia de eventos futuros.

Fuente: Elaboración propia a partir de MANKIW (1998: 61-62).

TABLA 2. DETERMINANTES DE LA FUNCIÓN DE OFERTA

Determinante	Descripción
El precio	En este caso, el precio determina la cantidad de bienes y servicios que un agente productor está dispuesto a ofrecer en el mercado. En este caso se configura la ley de la oferta, la cual plantea que ante un aumento de los precios de los bienes ofrecidos en el mercado, y teniendo los demás determinantes constantes, el productor aumentará la cantidad ofrecida en el mercado.
Los precios de los factores	Representa la relación entre la cantidad producida de un bien o servicio y el costo de los factores que intervienen para la producción del mismo. En este sentido, un aumento en los costos de remuneración de los factores lleva a una disminución de la tasa de rentabilidad del bien o servicio ofrecido en el mercado.
La tecnología	Esta variable agrupa los avances tecnológicos que inciden en el proceso de producción de los bienes o servicios de la firma. En este orden, se supone que un avance tecnológico aumentará los niveles de productividad de la firma a partir de un uso similar o incluso menor de insumos.
Las expectativas	Las expectativas en este caso inciden en las decisiones de producción de la firma. Así si se considera probable que el precio del bien ofrecido presente una tendencia alcista, es muy probable que la firma decida aumentar su capacidad de producción.

Fuente: Elaboración propia a partir de MANKIW (1998: 69-70).

Ahora bien, tomando como referencia los elementos señalados en las tablas 1 y 2, y confrontándolos con los derechos colectivos y las acciones populares, resultaría posible formular la siguiente propuesta en relación con los elementos que determinarían la existencia de un mercado. Resulta importante señalar que la construcción de este modelo se soporta en la propuesta presentada por ROEMER (2001) en su libro *Economía del Crimen*, y a su vez bajo la idea de que el mercado que se propone solo se configura como resultado de un desequilibrio en él. Con esto lo que se pretende decir es que bajo condiciones de no vulneración, y provisión efectiva de los derechos colectivos de parte del Estado, se estaría bajo la existencia de un superior de Pareto en el cual se mejora la situación de quien puede disfrutar de la garantía de un derecho colectivo, y ello no afecta la situación de quienes estén o no interesados en éste.

Así las cosas, y encontrando un claro distanciamiento entre el mundo ideal en donde los derechos colectivos deberían ser garantizados de manera perfecta y la realidad en cuanto a su efectiva garantía, es posible formular, a manera de supuesto, que el consumo de derechos colectivos se asocia con su protección, como resultado de su provisión ineficiente, potencial vulneración o su efectiva violación. Todo lo cual lleva a que la protección de estos derechos, entendiendo la actividad de protección como un servicio que se transa en el mercado y respecto del cual los agentes tendrían o deberían tener interés en garantizar su provisión óptima. De hecho, podría sugerirse que en condiciones ideales de protección y garantía de los derechos colectivos, los agentes no son conscientes de su existencia y dan como natural su situación de bienestar; no obstante, ante su vulneración, el individuo se percató de su presencia y percibe la posibilidad de agotamiento dada su escasez, siendo esta la razón fundamental para crear mecanismos institucionales que garanticen la restitución del equilibrio inicial o que al menos lo simulen.

Además de los determinantes que permiten construir tanto la función de oferta como la función de demanda, es importante resaltar un elemento fundamental en la conformación de cualquier mercado, se trata del bien o servicio a transar. Al respecto, la teoría ha desarrollado una serie de criterios que permiten caracterizar y anticipar posibles problemas o ventajas asociadas a tales bienes o servicios. Como se señaló en MONROY CELY & PINZÓN CAMARGO (2012: 26), "...desde la perspectiva económica, usualmente los bienes, y más particularmente la naturaleza del derecho que puede ejercerse respecto de ellos, son catalogados de acuerdo a dos características fundamentales a saber: la rivalidad respecto del consumo y la capacidad de exclusión".

En detalle se puede pensar en la existencia de dos agentes, *a* y *b*. El principio de rivalidad aplicará si el consumo o el uso que ejerce el agente *a* sobre un bien *x* afecta de manera negativa el consumo que el agente *b* puede hacer de dicho bien; de otro lado, el principio de exclusión indicará una situación en la que el agente *a* puede limitar o evitar que el agente *b* consuma o use el bien *x*; esta capacidad se ve reflejada por ejemplo en el sistema de precios en el cual el acceso a un bien o servicio se ve limitado por el pago de una contraprestación monetaria. La Tabla 3 presenta la clasificación efectuada a partir del cumplimiento o no de los dos criterios mencionados.

TABLA 3. TIPOLOGÍA DE BIENES EN FUNCIÓN DE LA RIVALIDAD Y EXCLUSIÓN

		¿Rival?	
		Sí	No
¿Excluíble?	Sí	Bienes privados Helados Carreteras con peaje congestionadas	Monopolios naturales TV por cable Carreteras con peaje no congestionadas
	No	Recursos comunes Peces del mar Medio Ambiente Carreteras sin peaje congestionadas	Bienes públicos Ideas – conocimiento Carreteras sin peaje no congestionadas

Fuente: adaptado de MANKIM (2004: 140)

En la Tabla 3 se puede observar cómo los bienes y servicios pueden ser divididos en cuatro categorías claramente diferenciables unas de las otras, encontrando así los bienes privados (aquellos que son rivales y excluyentes), los monopolios naturales (aquellos que no son rivales pero si excluyentes), los recursos comunes (aquellos que no son excluyentes pero sí rivales) y, finalmente, los bienes públicos (no son rivales ni excluyentes). De acuerdo con las características que incorpora cada una de las tipologías de bienes anunciadas y en función de las necesidades de la sociedad, es posible que se genere una serie de complejidades que, por ejemplo, para el caso de los bienes públicos o los recursos comunes pueden llevar a que no se produzcan los bienes en las cantidades socialmente deseables ante la inexistencia de incentivos adecuados para estimular la producción; la aparición de comportamientos oportunistas que lleve a los agentes a sobreexplotar los bienes en exceso, o en donde la posición de dominio en el mercado acentúe problemas de acceso a los bienes, como puede ser el caso de los monopolios naturales.

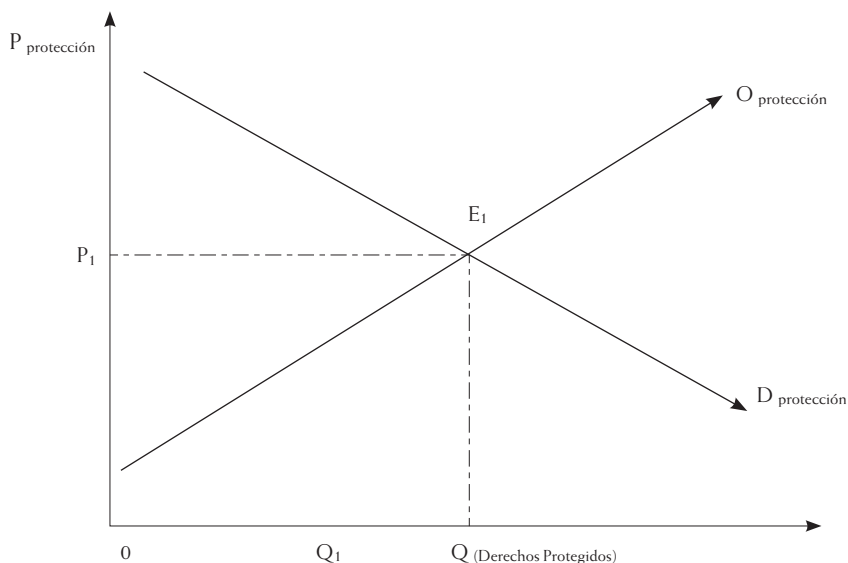
En este contexto, las estructuras normativas como manifestación de la capacidad de regulación del Estado en la Economía revisten un papel central al generar las estructuras de incentivos necesarias para garantizar el uso eficiente de los recursos escasos, dando solución a las problemáticas antes mencionadas.

### B. Componentes básicos del mercado de protección de derechos colectivos

Continuando con los elementos presentados en el anterior apartado, a continuación se propone la existencia de un mercado de *protección de derechos colectivos*. Para ello se asume una función de oferta que representa la existencia de una serie de agentes que se encuentran interesados, o que lo pueden estar, en interponer acciones populares para evitar la potencial

violación o la afectación de un derecho colectivo. En este caso se supone que estos agentes, como se puede anticipar, corresponden a la figura del productor o la firma, en cuanto que serían los encargados de proveer el servicio de protección por medio del cual se lograría la probable protección y garantía de un derecho colectivo. Por su parte la función de demanda ilustra los intereses del Estado, Organizaciones No Gubernamentales –ONG–, y otros agentes que reclaman la debida protección de los derechos colectivos. La Gráfica 1 ilustra la situación descrita.

GRÁFICA 1. MERCADO DE "PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS"



Fuente: Elaboración propia.

La Gráfica 1 presenta un modelo básico de oferta y demanda en el que el bien a transarse corresponde a la protección de derechos colectivos, la cual, como se explicó en MONROY CELY & PINZÓN CAMARGO (2012), se logra a través del uso de las acciones populares. A su vez se encuentra el punto  $E_1$ , el cual representa el punto de equilibrio del mercado, correspondiente a aquella situación en la que el costo marginal de la protección, es decir proteger un derecho colectivo adicional a los que ya se están protegiendo, se equipara al beneficio marginal que tal situación representa para aquellos que reclaman la protección del derecho.

Para un análisis más detallado de las funciones de oferta y demanda de protección de derechos colectivos se propone el estudio de los elementos que determinan cada una de las dos funciones. Con este propósito se retoman los elementos presentados en las tablas 1 y 2 como guías para el análisis. La Tabla 4 propone el análisis de los determinantes de la función de demanda de protección de derechos colectivos.



TABLA 4. DETERMINANTES DE LA FUNCIÓN DE DEMANDA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS

Determinante	Descripción
El precio	La conformación de este determinante se encuentra en función de dos elementos, el primero corresponde a los precios que implican los procedimientos legales y el conocimiento necesario para adelantar dichos trámites para producir el servicio de protección de derechos colectivos. El segundo elemento se asocia con los incentivos económicos existentes antes de la modificación generada por la Ley 1425 de 2010. El esquema de precios para este mercado funcionaba en una especie de banda, con un techo y un piso que oscila entre los 10 y los 150 SMLV según el artículo 39 de la Ley 472 de 1998. Para el caso del artículo 40 de la misma ley se determinó un pago igual al 15% del valor recuperado por la entidad pública, en razón a la acción popular <sup>4</sup> .
La renta	Representa los recursos de que disponen los agentes que se encuentran interesados en reclamar la protección de los derechos colectivos. Al respecto podría plantearse, siguiendo las ideas de RAWLS (2010), la intervención de dos variables en la conformación de la renta, de un lado las dotaciones materiales de los individuos representadas en su disponibilidad de recursos económicos, y la segunda las dotaciones naturales que en este caso se refieren al conocimiento necesario para reclamar por una vía eficaz la protección de sus derechos colectivos.
Los precios de los bienes relacionados con él	Bienes sustitutos: como bienes sustitutos de las acciones colectivas podrían presentarse las acciones de grupo, o las acciones de tutela en los casos que pueda probarse la conexión de la vulneración del derecho colectivo con un derecho fundamental.
Los gustos	Como se presentó en la Tabla 1, el análisis de esta variable resulta bastante subjetivo. En razón a lo anterior se asumirá la existencia de un interés deontológico por parte de quienes desean que los derechos colectivos sean protegidos, máxime cuando el uso de acciones populares no entraña la idea de reparación económica como sí sucede con las acciones de grupo.
Las expectativas	En este caso, las expectativas de los consumidores o demandantes de protección de derechos colectivos estarán determinadas por el comportamiento de los jueces en relación con la probabilidad de asignar o no el incentivo económico, y el monto del mismo, así como de fallar la protección del derecho. Así, si se observa que los jueces de manera reiterada niegan o inadmiten acciones populares, el consumidor o afectado tendrá pocos incentivos para hacer uso de este mecanismo y por tanto para consumir el servicio de protección de derechos colectivos a través del uso de acciones populares.

Fuente: Elaboración propia.

En la Tabla 4 se proponen los elementos que conformarían la función de demanda de protección de derechos colectivos. El primer determinante presentado corresponde al precio del bien. Como se explica en la tabla, antes de los cambios introducidos por la Ley 1425

4 Resulta interesante analizar que respecto del precio de la demanda, el valor por la prestación del servicio de protección de derechos colectivos no es pagado enteramente por los afectados. En este proceso una gran parte del pago está a cargo del Estado; sin embargo, pueden existir situaciones en las que los o el afectado sea(n) quien(es) incurra(n) en los costos por el servicio de protección.

de 2010 existía un margen de precios bastante amplio según lo definido en el artículo 39 de la Ley 472 de 1998. La justificación para el establecimiento de un tope máximo puede ser bastante controversial, en cuanto que, por ejemplo, podría decirse que éste se justifica como una forma para evitar pagos excesivos por parte del Estado y desestimular, en parte, la actividad de los interesados en interponer acciones populares, o también como un mecanismo para tratar de limitar la discrecionalidad del juez.

Por su parte, un precio mínimo estaría soportado en el reconocimiento del problema de acción colectiva que entrañan los derechos colectivos y que fue discutido ampliamente en MONROY CELY & PINZÓN CAMARGO (2012), y por tanto la necesidad de establecer un incentivo selectivo para estimular la protección de este tipo de derechos. De otra parte, se encuentra que en el caso de las acciones populares que conduzcan a la protección de la moral pública se asigna un valor fijo. Así se podría decir que en este mercado existe un sistema de precios regulados mixto, en tanto que un tipo de incentivos funcionarían bajo el esquema de libertad regulada (aquellos relacionados con el artículo 39) mientras que otro segmento del mercado tendría un sistema de control directo de precios<sup>5</sup>. Ahora bien, al asumir los cambios generados por la Ley 1425 de 2010 se encuentra que persiste un precio para la provisión de protección de derechos colectivos, el cual se materializa en los procedimientos legales de interposición de la demanda y el conocimiento requerido para dar trámite y finalización a la pretensión de protección del derecho colectivo.

La segunda variable presentada en la Tabla 4 analiza la renta de los agentes interesados en interponer acciones populares. Al respecto podría decirse que el espectro de agentes en función de la renta que pueden interponer una acción popular es bastante reducida, a pesar de que, como lo explica la Defensoría del Pueblo (2011), los agentes pueden interponer una acción popular bien sea por "(...) sí mismos o por quien actúe a su nombre. En el primer caso se establece la intervención obligatoria de la Defensoría del Pueblo. El interesado podrá acudir ante el Personero Distrital o Municipal o a la Defensoría del Pueblo para que se le colabore con la elaboración de la demanda, para la cual no se establecen mayores requisitos".

La restricción de agentes que presentan acciones populares se deriva del hecho de que los recursos de los cuales dispone el individuo para interponer la acción popular no solo se limitan a los financieros, sino que también se contemplan los recursos o competencias para el uso de los mecanismos de protección de derechos, con lo cual se hace una clara alusión a la idea de RAWLS respecto de las dotaciones materiales y naturales con las cuales cuenta un individuo al momento de cruzar el velo de la ignorancia. Se podría pensar que un déficit de alguna o las dos dotaciones puede ser, en el caso de aquellas personas con menores niveles de renta (dotaciones materiales) y/o conocimiento de las herramientas para exigir la protección de sus derechos (dotaciones naturales), subsanadas por la participación del Ministerio Público, la Contraloría, entidades públicas con funciones de inspección y control, o incluso de servidores públicos, quienes deberían ser los llamados a representar

5 Para mayor detalle respecto de los esquemas de controles de precios en Colombia se recomienda ver el artículo 60 de la Ley 81 de 1988.

los intereses de aquellos a quienes les han sido vulnerados o les pueden ser vulnerados sus derechos colectivos. No obstante, según el estudio presentado por LONDOÑO TORO (2009: 29), la participación de estas entidades apenas alcanza el 16,2% del total de las acciones populares instauradas en relación con la muestra examinada en el estudio, lo cual resulta ser bastante preocupante.

Como tercera variable en estudio aparece el análisis de los bienes relacionados en este caso con las oportunidades de protección de derechos colectivos. Al respecto, se propone la existencia de al menos dos bienes sustitutos materializados en las acciones de grupo, y las acciones de tutela. Sin embargo, se advierte que estos sustitutos no equiparan plenamente los efectos y posibilidades ofrecidas por las acciones populares, razón por la cual deben ser considerados como bienes sustitutos imperfectos, entendidos como aquellos en los cuales el aumento del precio de un bien no provoca un aumento proporcional en el consumo de otro.

En detalle, el uso de acciones de grupo implica una serie de restricciones respecto de las acciones populares. En primera instancia requiere de la delimitación concreta de los agentes que tienen la pretensión de reparación e indemnización por la violación de un derecho colectivo; como segundo punto se encuentra el hecho de que este mecanismo solo pueda ser utilizado como medida *ex post* y no como medida preventiva a la vulneración de un derecho colectivo. De otro lado, al atender al uso de acciones de tutela como instrumento para la protección de derechos colectivos, se encuentra que su uso solo se reserva, en este caso, para aquellas situaciones que puedan representar una violación a un derecho fundamental, lo que en todo caso no es más que la protección de un derecho individual.

Finalmente, respecto de la Tabla 4 solo resta por analizar los gustos y las expectativas de los agentes que estarían interesados en el consumo de protección de un derecho colectivo. En relación con los gustos es claro que se conforman de manera subjetiva; sin embargo, la garantía de una mejor calidad de vida y mayores niveles de bienestar social e individual derivados de la adecuada provisión o protección de los derechos colectivos resultan ser incentivos más que suficientes para que El Estado, ONG y los mismos individuos deseen consumir la mayor cantidad posible de protección de derechos colectivos. En lo que respecta a las expectativas, tal y como se advierte en la Tabla 1, estarán determinados por los resultados obtenidos en el consumo del bien en discusión. En este orden, se puede decir que a pesar de la restricción presupuestal del Estado, la posición respecto del consumo de protección de derechos colectivos era positiva, lo cual se explica por el aumento en el reclamo de protección de derechos colectivos (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009: 15).

Una vez presentados los elementos que constituyen la función de demanda de protección de derechos colectivos, se dará paso al examen de las variables que conforman o determinan la función de oferta de este mercado. Para ello, la Tabla 5 presenta un resumen de éstas.

TABLA 5: DETERMINANTES DE LA FUNCIÓN DE OFERTA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS

Determinante	Descripción
El precio	Está determinado por los costos de oportunidad que se derivan de llevar a cabo el proceso de demanda (jurídicamente hablando) hasta su finalización. Esto se suma a la estructura de incentivos determinada en la Ley 472 de 1998.
Los precios de los factores	Como factores que hacen parte de la producción del bien se sugiere el recurso humano (bien sea de parte de entidades estatales o agentes privados) necesario para interponer la acción colectiva para la protección del derecho colectivo; el proceso de levantamiento de pruebas para determinar la vulneración del derecho colectivo, o su potencial vulneración; finalmente, se encuentra el costo del uso del aparato judicial para lograr la producción del bien.
La tecnología	Acciones populares. Son los instrumentos jurídicos que en asocio con la exigencia de la protección de un derecho colectivo, permiten dar paso a la posible protección de un derecho colectivo.
Las expectativas	De manera similar a como se conforman las expectativas para el caso de la demanda, en este caso se relaciona con el comportamiento de los jueces en relación con la probabilidad de asignar o no el incentivo económico, y el monto del mismo. Al respecto, se debe tener en cuenta que los agentes llevan a cabo un cálculo de valor esperado en el que evalúan el valor que esperan percibir por el incentivo económico y la probabilidad de obtener dicho ingreso.

Fuente: Elaboración propia.

Como se anunció, la Tabla 5 presenta un resumen de los elementos que determinan la función de oferta de protección de derechos colectivos. El primer ítem presentado es el precio del bien a transarse en el mercado. Dicho precio se encuentra conformado por el costo de oportunidad de proteger el derecho colectivo y los incentivos económicos que otorgaba la Ley 472 de 1998. En este caso se cumple la ley de oferta, en cuanto que un aumento del precio del bien, en este caso como consecuencia de los incentivos económicos, provoca un aumento de las cantidades producidas u ofertadas en el mercado. De hecho, esta situación fue advertida en la exposición de motivos que fundamentó la eliminación de los incentivos colectivos.

El segundo elemento que se presenta corresponde a los precios de los factores que son utilizados para la producción del bien, en este caso la protección del derecho colectivo. En relación con esta variable se sugiere la existencia de al menos tres factores que intervienen. El primero de ellos es el recurso humano necesario para poder interponer la acción popular e iniciar el proceso de producción de protección del bien, y respecto del cual podría plantearse que su composición está definida por dos tipos de comportamientos. De una parte estarán aquellas personas altruistas que, pensando en actuar bajo un comportamiento kantiano, buscarán la defensa de los derechos colectivos: en este tipo de comportamientos debería enmarcarse la acción de las autoridades públicas; de otra parte, aparecen aquellos agentes cuyo interés en buscar la protección de derechos colectivos subyace en la obtención de un beneficio particular.

Así las cosas, el recurso humano necesario para la producción de protección de derechos colectivos está conformado por todas aquellas personas interesadas en proteger un derecho colectivo, en obtener el incentivo económico, o en los dos intereses<sup>6</sup>, lo cual, como resulta apenas lógico, incide directamente en el costo de producción del bien. En consideración a lo anterior podría plantearse que en un escenario ideal o utópico debería partirse de la presunción de que el comportamiento de todos los ciudadanos es kantiano, en razón a lo cual el costo de su participación como factor productivo debería ser casi insignificante, o incluso no necesitaría la implementación de mecanismos que estimularan su participación. Los otros dos componentes de los precios de los factores corresponden al trabajo de recolección de pruebas necesario para identificar la existencia o posible vulneración de un derecho colectivo, y así dar inicio a la producción del bien, y al uso del aparato judicial en cuyo último caso existe un costo de oportunidad bastante alto respecto de su uso en relación con su empleo para la solución de otros conflictos que pueden ser igual de relevantes para la sociedad.

Las dos últimas variables presentadas en la Tabla 5 corresponden a la tecnología empleada para producir la protección de los derechos colectivos, y a las expectativas. En lo relacionado con la tecnología, corresponde a las acciones colectivas que si bien pueden tener algunos sustitutos, como se advirtió respecto del análisis de la Tabla 4, las otras dos alternativas (acción de grupo y acción de tutela) no garantizan la producción de un "bien" en condiciones similares. Lo anterior, al tener en cuenta que, de una parte, el propósito de la acción de grupo es la obtención del reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios (art. 3, Ley 472 de 1998), y, por otra parte, la acción de tutela es la protección de un derecho fundamental, en el caso de los derechos colectivos por conexidad. Por lo tanto, no son bienes sustitutos perfectos y esto hace que la demanda de protección de derechos colectivos sea menos elástica (sensible) ante variaciones en su precio.

Finalmente se encuentran las expectativas, las cuales en este caso se asumen como positivas, al tener en cuenta el incremento de los agentes que, motivados por la obtención del incentivo económico, buscaban día a día interponer un mayor número de demandas para lograr, como ya se dijo, proteger un derecho colectivo, obtener el incentivo económico, o los dos propósitos. Al respecto y tomando como base los argumentos presentados por la Defensoría del Pueblo en la Sentencia C-630 de 2011, se observa que el valor esperado

6 Es pertinente mencionar que en este documento se asume que existe una proporción mayoritaria de agentes no kantianos en la búsqueda de protección de derechos colectivos. Esto puede ser corroborado precisamente por la inclusión de parte del legislador de los incentivos económicos en la ley que reguló inicialmente las acciones populares (Ley 472 de 1998). Si el legislador hubiese pensado en el comportamiento altruista de los agentes no hubiese contemplado la inclusión del incentivo; por su lado, la reciente eliminación del incentivo se fundamentó en la existencia de un comportamiento oportunista de parte de los agentes que perseguían la protección de los derechos colectivos. Se destaca que el análisis anterior lleva a inferir que se asume una posición en la que el comportamiento altruista o kantiano es bastante escaso en la sociedad o incluso utópico. Esta consideración resulta ser consistente con la idea de comportamiento planteado por el modelo de conducta racional propio del *homo economicus*.

a recibir por parte del productor es superior a 1 SMLV, teniendo en cuenta los cálculos de valor esperado que efectuará el productor, lo cual se explica a continuación.

La fórmula 1 corresponde al cálculo del valor que el agente enfrentará en el caso de no obtener un fallo favorable y por tanto el desconocimiento del incentivo económico. Frente a ello la Defensoría, en la sentencia citada, planteó que de un universo de 14.985 acciones populares ya falladas y con sentencia, solo se han reconocido incentivo al 10% de los casos, lo cual supondría que fueron negadas un 90% de las acciones. Acorde con esto, tenemos:

$$\text{Fórmula 1: } V_e = 0,9 \times (0 - C)$$

La fórmula 1 presenta el valor esperado negativo, puesto que sus costos (C) superan a los beneficios que para este caso serían nulos toda vez que la sentencia salió con fallo negativo.

$$\text{Fórmula 2: } V_e = 0,09 \times (10 \text{ SMLV} - C)$$

La fórmula 2 señala un valor esperado. Allí la probabilidad del 0,09 corresponde, siguiendo con el análisis de los datos de la Defensoría, al hecho de que al 90% de las acciones del 10% de las que cuentan con fallo y sentencia favorable, se les asignó el monto mínimo de incentivos, es decir, el 10 SMLV, los cuales a su vez corresponden a los beneficios del agente productor.

$$\text{Fórmula 3: } V_e = 0,01 \times (B - C)$$

La fórmula 3 representa el valor esperado, correspondiente al 10% de los casos a los cuales se les asignó incentivo económico y que son superiores a los 10 SMLV, y comprendidos en el intervalo (10, 150]. Con esto tenemos que dicho incentivo o beneficio corresponde en la fórmula a B y nuevamente los costos a C.

Así las cosas, la expectativa del agente estaría determinada por la suma los valores esperados representados en las tres fórmulas, con lo cual se obtiene la fórmula 4, la cual representa el valor esperado total del agente que se encarga de proveer la protección de los derechos colectivos y que, en todo caso, como ya se mencionó, será superior a 1 SMLV.

$$\text{Fórmula 4: } V_e = 0,9 \times (0 - C) + (0,09 \times (10 \text{ SMLV} - C) + 0,01 \times (B - C)$$

Siguiendo la misma estructura de análisis presentada en el literal A de esta sección, resta por analizar las características que poseen los derechos colectivos y en particular el servicio de protección de éstos. Al respecto se puede decir que tanto los derechos colectivos como su protección pueden ser clasificados como bienes públicos, en cuanto que no admiten rivalidad ni exclusión. Así, para el caso de los derechos colectivos, acorde con MONROY CELY & PINZÓN CAMARGO (2012: 30), "...es importante recalcar que los derechos colectivos se pueden considerar como un bien público (...) este tipo de recursos no dan espacio a su apropiación particular ni a su exclusión, más aún si se predicen sobre una población

indeterminada (...). Así por ejemplo, respecto del medio ambiente sano, se observa como al garantizar tal derecho colectivo es imposible excluir a un tercero del beneficio que ello implica, y a su vez, el hecho que un agente tenga la posibilidad de disfrutar de dicha calidad del medio ambiente no afecta el disfrute que del mismo pueda tener un tercero. En otras palabras, respecto de derechos como el medio ambiente sano no se puede predicar ni rivalidad ni exclusión".

Una situación similar se puede asociar a la protección de los derechos colectivos. En este orden, el pensar o considerar la acción de *proteger* como un servicio que puede ser transado en el mercado, tal y como se viene anunciando en esta sección, permite que sea sometido a examen a partir de los atributos de rivalidad y exclusión mencionados. De hecho, la protección de los derechos colectivos puede equipararse con la defensa nacional. Así, no resulta posible excluir de la protección de un derecho colectivo a un agente, puesto que los potenciales consumidores del bien son una población indeterminada; de otro lado, el hecho de que alguien goce de la protección de un derecho colectivo no afecta el disfrute que de este mismo hecho puede gozar un tercer agente.

Clasificar tanto los derechos colectivos como su provisión como bienes públicos tiene implicaciones fuertes para la teoría económica. Lo anterior en cuanto que estos bienes son considerados como una falla de mercado puesto que, como se analizará en la sección III.A, conllevan a dificultades para la revelación de las preferencias por parte de consumidores, así como problemas de ineficiencia estática y dinámica.

## II. ASPECTOS SENSIBLES EN EL MERCADO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS

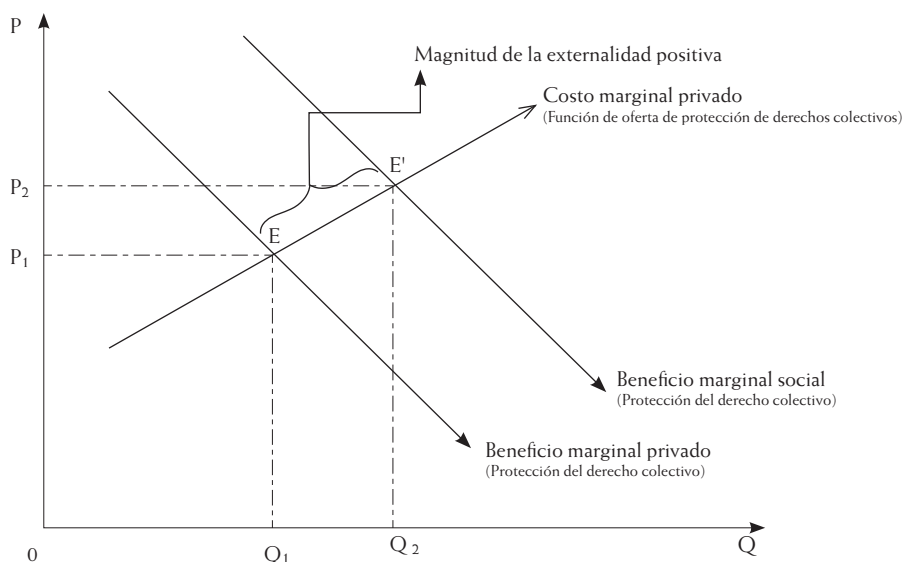
La sección II de este documento tuvo como finalidad la presentación de los elementos básicos que permiten conceptualizar la existencia de un mercado de protección de derechos colectivos. A partir de ello, a continuación se examinan algunos de los elementos derivados de la consideración anterior, y que surgen en el funcionamiento de este mercado. Así, en primera instancia se discuten los problemas asociados a las características que tiene el servicio de protección de derechos colectivos, y luego se discuten la estrategias para la corrección de estos que fueron incorporadas a través de las leyes 472 de 1998 y 1425 de 2010.

### A. Los problemas de los bienes públicos: revelación de preferencias, ineficiencias estáticas y dinámicas para la protección de los derechos colectivos

Como preámbulo para el análisis de los problemas que se pueden derivar de los bienes públicos en relación con la protección de los derechos colectivos, resulta importante preguntarse por qué los derechos colectivos y en particular su protección resulta ser relevante para una sociedad. Como respuesta a esta situación, se asevera que la producción de protección de derechos colectivos genera externalidades positivas para la sociedad. En teoría, una externalidad es definida como aquella situación "(...) en que los actos de una persona o de una empresa afectan a otras personas o a otras empresas, en los que una empresa impone coste pero no las compensa, o las que una empresa genera un beneficio a otras pero no recibe

ninguna retribución a cambio (...). Los casos en que los actos de una persona imponen costes a otras se denominan *externalidades negativas*. Sin embargo, no todas las externalidades son negativas. Hay algunos casos importantes de *externalidades positivas*, en los que los actos de una persona benefician a otras" (STIGLITZ, 2000: 95-96).

GRÁFICA 2. DERECHOS COLECTIVOS COMO UNA EXTERNALIDAD POSITIVA PARA EL CONSUMO



Fuente: elaboración propia.

Acorde con la definición anterior, la Gráfica 2 ejemplifica la ocurrencia de una externalidad positiva asociada a la producción de protección de derechos colectivos. Allí el punto *E* señala el equilibrio del mercado que corresponde al cruce de la curva de Costo marginal privado y la de Beneficio marginal privado, las cuales representan las funciones de oferta de "protección de derechos colectivos" y de demanda de "protección de derechos colectivos", respectivamente. Sin embargo, también se observa cómo el punto de equilibrio de mercado *E* se encuentra por debajo del punto de equilibrio social *E'*. Acorde con lo anterior se presenta una situación en la que el Beneficio marginal social (Bms) se encuentra más a la derecha que la curva de Beneficio marginal privado (Bmp), lo cual implica que el  $Bms > Bmp$ , por definición, es considerado como una externalidad positiva en el consumo.

En este contexto se obtiene un estado de cosas en el cual la sociedad desearía una mayor cantidad del bien o servicio que ofrece el productor, pero este último no tendría los suficientes incentivos para aumentar su nivel de producción en cuanto no cuenta con los mecanismos para poder cobrar por el beneficio adicional que se deriva de su actividad. En el caso que nos compete, el productor no cuenta con la posibilidad de capturar el beneficio adicional que se genera al proteger un derecho colectivo por cuanto éste se encuentra dividido entre una cantidad indeterminada de sujetos.



Frente a este desequilibrio, y teniendo en cuenta que un escenario deseable sería la producción de una mayor cantidad de protección de derechos colectivos, resulta necesario corregir la falla de mercado que representa la externalidad. Este proceso de corrección es conocido como "internalización", lo que implica una alteración de los incentivos de tal manera que las personas tengan en cuenta los efectos externos de sus actos" (MANKIWI, 1998: 195). Para COASE (1994), este problema se resolvía mediante la definición de los derechos de propiedad, con lo cual sería posible generar los incentivos necesarios para compensar el beneficio o el perjuicio generado en ocasión de la acción que desencadena la aparición de la externalidad.

No obstante, en este caso la solución planteada por COASE implicaría definir derechos de propiedad sobre los derechos colectivos, lo cual, como se presenta en la sección 2 del trabajo MONROY CELY & PINZÓN CAMARGO (2012), no resulta viable, ya que ello implicaría necesariamente cambiar la esencia de los derechos colectivos. En este orden, solo resta como alternativa el cambio de la estructura de incentivos para el productor, que para el caso de los derechos colectivos se traduciría en una subvención a la producción de "protección" de dichos derechos. Así, como se afirmó al final de la sección II.A., las estructuras normativas toman un papel central en la definición de incentivos para corregir posibles problemas que se desprendan de las características de los bienes y servicios que pretenden ser transadas en un mercado.

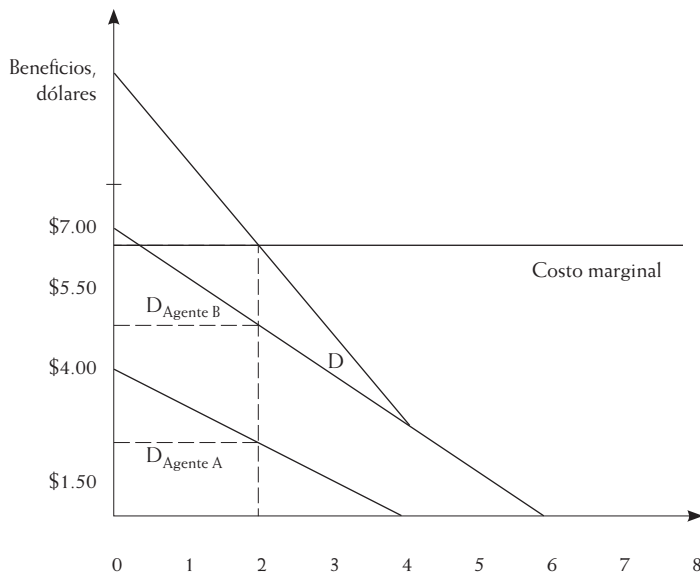
Teniendo en claro que la protección de los derechos colectivos resulta ser un servicio deseable por la sociedad puesto que potencialmente puede aumentar su nivel de bienestar, es posible analizar los problemas que se devienen al considerar las características de este servicio. Al respecto, en la sección II.B. de este trabajo se mencionó que tanto los derechos colectivos como su protección son considerados como bienes públicos en cuanto que no admiten exclusión ni rivalidad. Aceptar que la protección de un derecho colectivo puede ser asumida como un servicio, y que además dicho servicio se comporta como un bien público, tiene implicaciones considerables desde el punto de vista de la eficiencia económica.

La primera implicación corresponde a la revelación de preferencias. Al respecto se supone que ante la existencia de un bien público el Estado debería proveer este bien de acuerdo con la disposición a pagar por parte de cada individuo, lo cual a su vez representaría la cantidad de recursos que ellos estarían dispuestos a sacrificar para gozar de la garantía de protección de un bien público.

La Gráfica 3 presenta la construcción de la función de demanda agregada en relación con un bien público. Para efectos prácticos, considérese que en este caso el bien público es la protección de los derechos colectivos. Teniendo en cuenta las anteriores aclaraciones, la construcción de esta función de demanda agregada parte por preguntar de manera individual a los potenciales interesados en consumir el bien público, cuánto estarían dispuestos a pagar a cambio de una unidad de dicho bien. De acuerdo con la gráfica, se encuentra en las funciones de demanda que el agente A asigna un valor de 1.50 USD a dos unidades producidas del bien público, en este caso de protección del derecho, mientras que el agente B concede un valor de 4 USD a la misma cantidad. La función de demanda agregada corresponderá entonces a la suma vertical de cada una de las demandas, con lo cual se obtiene

que la sociedad (conformada por los agentes A y B) estaría dispuesta a pagar 5.50 USD por dos unidades de protección de derechos.

GRÁFICA 3. PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS



Fuente: PINDYCK, ROBERT S; RUBINFELD, DANIEL L. (1996: 754).

Desafortunadamente, y como puede anticiparse, la veracidad de las disposiciones a pagar estarían en entredicho, puesto que, al igual que en el caso de la firma, solo aquellos cuyo comportamiento esté acorde con un ideal kantiano –que se asume es de pocos– revelarían verdaderamente sus preferencias, mientras que los demás agentes tendrían incentivos para mentir y declarar disposiciones a pagar inferiores a las que representa el beneficio de que les sea garantizada la protección de su(s) derecho(s) colectivo(s), de acuerdo con el principio de simetría formulado al inicio de documento. Así, la construcción de la función de demanda agregada resulta ser inadecuada, o al menos inconsistente con la realidad del mercado, lo cual imposibilita que el Estado garantice la provisión de la protección de derechos colectivos en las cantidades óptimas.

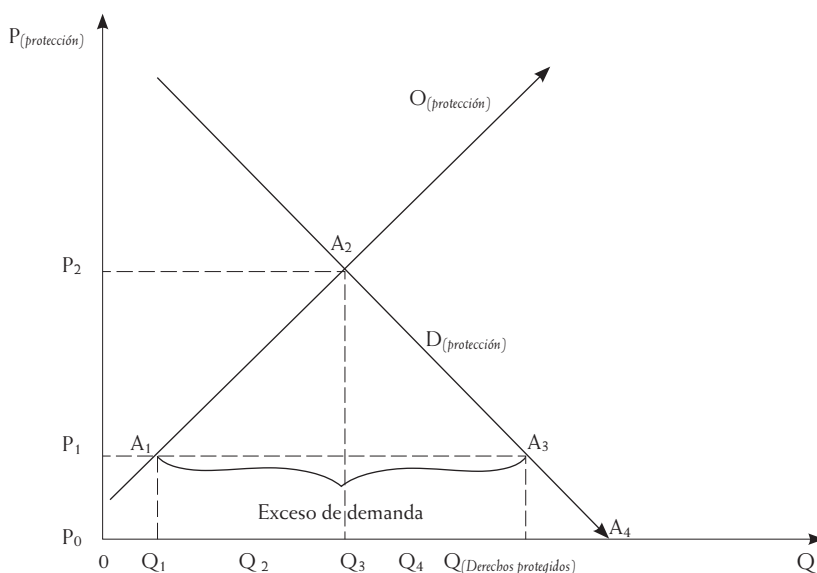
El segundo problema que se desprende de los bienes públicos, advertido también al finalizar la sección II.B, es su consideración como una falla de mercado, que se explica por la aparición de dos fenómenos asociados a este tipo de bienes. De una parte, se encuentran las ineficiencias dinámicas, que corresponden a situaciones en las cuales los agentes encargados de producir un bien o servicio no tienen incentivos para hacerlo. Lo anterior debido a la característica de “no excluyente” que tienen los bienes públicos, la cual dificulta individualizar el beneficio que le reporta a cada agente el consumo o uso del bien y así lograr recuperar la inversión efectuada por el productor en la producción de éste.

Por otra parte, aparecen las ineficiencias estáticas, que afectan al consumidor. Este tipo de ineficiencias explican aquellas situaciones en las cuales, al generar incentivos para solucionar las ineficiencias dinámicas, usualmente permitiendo la exclusión en el consumo o uso de los bienes públicos a través de estructuras institucionales<sup>7</sup>, se generan barreras para que aquellos que desean hacer uso de un bien o servicio se ven restringidos para ello. Lo anterior describe una situación de subconsumo del bien.

En general se puede decir que la solución de ineficiencias dinámicas y estáticas implica un *trade off* para quien tenga a su cargo el desarrollo institucional de un mercado. Solucionar las ineficiencias dinámicas implica excluir del uso o consumo de los bienes o servicios a algunos agentes (ineficiencia estática) y, a su vez, solucionar las ineficiencias estáticas puede implicar desincentivos para la producción óptima de bienes y servicios (ineficiencia dinámica).

La Gráfica 4, que se propone a continuación, permite ilustrar la ocurrencia de los problemas mencionados en relación con este caso con la provisión eficiente de "protección de derechos colectivos".

GRÁFICA 4. INEFICIENCIA DE LOS BIENES PÚBLICOS: PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS



Fuente: Elaboración propia a partir del gráfico 6.1 de: STIGLITZ (2000: 152).

La Gráfica 4 representa una situación en la que un derecho colectivo fue vulnerado o puede serlo y por tanto se requiere la producción de su *protección*. Bajo este supuesto, esta gráfica denota a su vez la ocurrencia de las dos ineficiencias, dinámica y estática. La ineficiencia di-

7 Un ejemplo típico de esta situación se encuentra en el papel que juega el sistema jurídico de la propiedad intelectual. Para mayor detalle se recomienda ver *Economic foundations of intellectual property* (STIGLITZ, 2008).

námica, que representa aquella situación en la que los agentes privados no tienen incentivos para producir el bien como resultado de imposibilidad de exclusión de los bienes públicos, se encuentra ilustrada por el punto  $A_4$  el cual señala la cantidad máxima de consumo ( $Q_4$ ) que los agentes desearían disponer como forma para garantizar el pleno disfrute de su derecho colectivo en el escenario que el precio de consumo de dicho bien fuese cero ( $P_0$ ). No obstante, y aun asumiendo la existencia de un comportamiento altruista kantiano, así como también que no existe un costo por el empleo del recurso humano y del levantamiento de pruebas, elementos discutidos en el análisis de la Tabla 5, resulta innegable la persistencia del costo del aparato judicial, el cual se financia mediante presupuesto nacional y por tanto del pago de impuestos.

Con esto, como lo plantean HOLMES & SUNSTEIN (2011), queda en evidencia que la protección de los derechos colectivos implica un costo económico, lo que a su vez explica por qué la gráfica de la función de oferta no tiene origen en el punto 0. Continuando con el examen de la Gráfica 4, aparecen el punto  $A_1$ , como una representación de la cantidad de protección que ofrecerían los ciudadanos kantianos ( $Q_1$ ) a un precio  $P_1$ , la cual a su vez resulta inferior a la que demandarían los agentes afectados por la violación de su(s) derecho(s) colectivo(s), representada por el punto  $A_3$ . La diferencia entre estos dos puntos se denomina exceso de demanda.

Al pasar al análisis de la ineficiencia estática, ésta estaría representada por el punto  $A_2$ . En este punto, en donde aparentemente existe un equilibrio del mercado, se presenta la exclusión vía precios del consumo del bien para aquellas personas que a pesar de requerir la protección de un derecho colectivo no poseen los ingresos suficientes para el pago por la prestación del servicio. Esta situación de subconsumo se puede traducir en una desprotección de los derechos colectivos, puesto que, a pesar de requerirse su protección, no hay agentes, salvo los ciudadanos kantianos y teóricamente las entidades públicas competentes para ello, interesados en la prestación de este servicio. En atención a esta situación de subconsumo, se considera que el legislador intentó compensar la falta de incentivos para proveer la protección de los derechos colectivos, con asignación de una especie de subsidio que promoviera su producción, sin que ello implicara una afectación del atributo de no exclusión que caracteriza a los bienes públicos.

## **B. Efectos de la inclusión de los incentivos económicos en la Ley 472 de 1998 y de la eliminación de los mismos por la Ley 1425 de 2010**

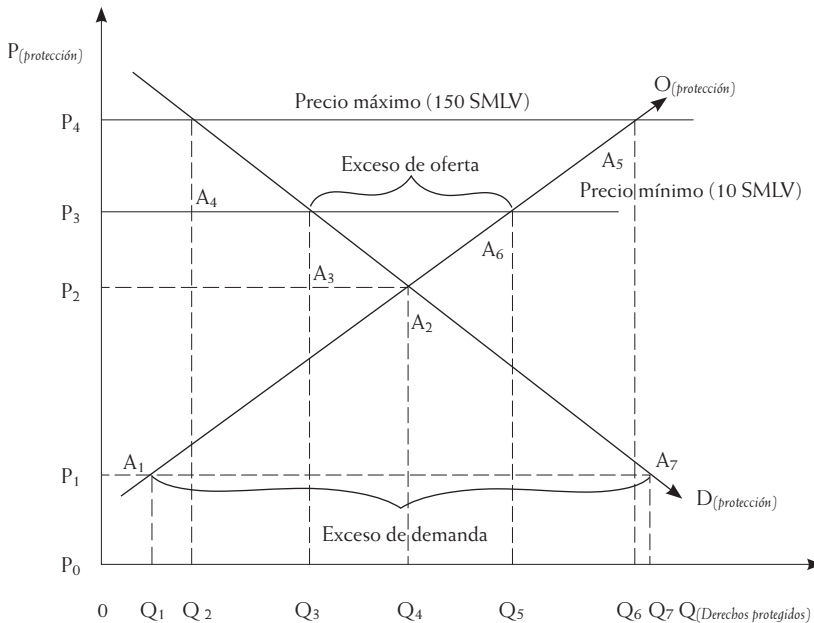
Como se explicó en la sección anterior, la producción de protección de derechos colectivos en condiciones "naturales" presenta un escenario caracterizado por un exceso de demanda que no logra ser compensado por la acción de los productores kantianos (ver Gráfica 4). Esto como consecuencia de la naturaleza de bien público que tiene este servicio, la cual provoca un escenario de ineficiencia dinámica. En atención a esto, y como se advirtió al finalizar la sección anterior, resulta necesario implementar un mecanismo por medio del cual se logre disminuir el exceso de demanda. Para ello se puede hacer uso de dos alternativas,

la primera de ellas sería provocar un desplazamiento de la curva de oferta hacia la derecha, y la segunda un desplazamiento a lo largo de ésta.

La primera alternativa implica necesariamente el desarrollo de políticas que permitan disminuir el costo de los factores, lo cual acarrearía para este caso por ejemplo hacer el sistema de administración de justicia más eficiente y expedito; otra posibilidad sería el desarrollo de tecnologías que permitan la producción del bien de una manera más sencilla, por ejemplo sería posible pensar en aumentar la competencia del mercado a partir de una mayor participación de productores, lo cual se podría efectuar eliminando barreras de acceso al mercado determinadas por dotaciones naturales, es decir, haciendo más sencillos los procesos de solicitud de protección de derechos colectivos, o también mejorando la eficiencia de los productores presentes, como sería el caso de las entidades públicas, las cuales, como se mencionó, tienen una baja participación en la protección de derechos colectivos.

La segunda alternativa corresponde a un aumento en el precio del servicio, con lo cual se lograría un desplazamiento a lo largo de la curva sin que ello implique un movimiento de la curva a la izquierda o la derecha, y a su vez evitando la generación de restricciones que devengan en un subconsumo del servicio. Al analizar la situación de las acciones populares y del mercado de prevención de derechos colectivos, se encuentra que el legislador apeló por esta alternativa. En la Tabla 3 se anunció el mecanismo que incorporó el Estado para promover la producción del bien en análisis, no siendo otro que el establecimiento de los incentivos económicos (artículos 39 y 40, Ley 472 de 1998).

GRAFICA 5. INCENTIVOS ECONÓMICOS EN LA PRODUCCIÓN DE PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS



Fuente: Elaboración propia.

En la Gráfica 4 se presentó una situación en la cual la producción de derechos colectivos enfrenta un exceso de demanda o escasez en su prestación. Al respecto se mencionó que solo los ciudadanos kantianos y las entidades públicas competentes deberían o estarían dispuestos a prestar el servicio de protección. Estas mismas condiciones son representadas en la Gráfica 5 por el punto  $A_1$ . Frente a este panorama, la alternativa para compensar el costo que implica la producción de la protección de los derechos colectivos a través del uso de acciones populares se concretó en un sistema de bandas de precios, como se muestra en la gráfica con los puntos  $P_3$  y  $P_4$ . Así, el precio mínimo que se determinó en el artículo 39 de Ley 472 de 1998 reconoce un incentivo económico equivalente a 10 SMLV y un máximo de 150 SMLV. Es de apuntar que la ubicación de la banda de precios ( $P_3 - P_4$ ) por encima del punto óptimo del mercado responde al argumento del exceso de acciones populares instauradas y motivadas por un comportamiento oportunista de los agentes y que sirvieron de fundamento para la eliminación de los incentivos económicos.

Una aproximación teórica a este esquema evidencia que reconoce la necesidad de evitar el subconsumo del bien, para lo cual el valor adicional a pagar es trasladado a manera de "subvención" para que los agentes produzcan el bien sin que ello impacte de manera negativa al consumidor, con respecto al costo al que será ofertado en el mercado. De otro lado, se encuentra que el uso de los incentivos económicos provocaría un desplazamiento en la curva de oferta, desde el punto  $A_1$  hasta el punto  $A_6$ , con lo cual si bien se haría frente a la situación de exceso de demanda, también se generaría una sobreoferta del bien al estar por encima del punto de equilibrio del mercado ( $A_2$ ). Es de anotar que para efectos prácticos el precio máximo que se definió en 150 SMLV, si bien no es despreciable, su existencia solo refuerza la idea del efecto distorsionador que este esquema de precios genera sobre la provisión óptima de protección de derechos colectivos.

En este orden, a pesar de la intención de proveer mecanismos efectivos para garantizar la protección de los derechos colectivos, incentivando el uso de acciones populares a través del esquema de precios mencionado, es necesario reconocer que el diseño del mecanismo no fue del todo eficiente. Esto se evidencia en la Gráfica 5 con el exceso de oferta que se genera entre los puntos  $A_3$  y  $A_4$ , la cual surge como consecuencia precisamente del establecimiento del esquema de precios en discusión. Siguiendo los argumentos presentados por el entonces Ministerio de Interior y Justicia (2009) para eliminar el sistema de precios (incentivos económicos), se señaló la proliferación de conductas oportunistas consistentes en la presentación de acciones populares con el único objetivo de buscar el incentivo económico. Esta situación no estaría del todo mal si realmente se buscara la protección del derecho colectivo; no obstante, y retomando las cifras aportadas por la Defensoría del Pueblo, resulta claro que al 90% de las acciones populares, del universo de estudio planteado por esta institución, no se les reconoció incentivo económico, de lo cual se podría presumir que ello se explica en la falta de una justificación que se encuentre relacionada con la protección cierta de un derecho colectivo. Bajo esta idea, se evidencia la existencia de un exceso de oferta de acciones populares que no pretenden garantizar un derecho colectivo. Por el contrario, impactan negativamente tanto en la protección de los derechos colectivos

como en la protección de otros derechos al demandar un uso del aparato judicial por encima del óptimo, con lo cual a su vez se genera un costo ineficiente sobre el erario público.

La ineficiencia que genera el exceso de oferta de acciones populares se encuentra directamente asociada a dos tipos de costos. El primero se refiere al costo transaccional que se genera por su sobre utilización, sin que en ello medie una correcta administración de las mismas. Entendiendo esto último como un uso justificado, pertinente y apropiado de las acciones populares para garantizar la protección de un derecho colectivo, que en últimas podría expresarse como una producción óptima de la protección de los derechos colectivos. El segundo corresponde con el costo institucional que implica la pérdida de credibilidad de parte de los agentes del mecanismo ideado para producir la protección de los derechos colectivos.

Los dos elementos señalados hacen parte de los factores que conforman otro de los fenómenos propios de los bienes públicos, la *tragedia de los bienes comunes*. Esta tragedia se puede explicar como aquel escenario en el que por la ausencia de incentivos para producir o conservar adecuadamente un bien, en razón de que no es rival ni excluyente, se presenta una sobreexplotación del bien que puede llevar a su agotamiento<sup>8</sup>.

El panorama negativo que arrojaba la inclusión de incentivos económicos como un mecanismo para subvencionar la producción de protección de derechos colectivos llevó a que éstos fueran eliminados con la expedición de la Ley 1425 de 2010. No obstante, esta aparente solución del problema implicó la aparición de los fenómenos asociados a la explicación de la Gráfica 4, y que pueden verse ilustrados en el panel (a) de la Gráfica 6, en la cual, ante la inexistencia de incentivos el mercado de protección de derechos colectivos, se encontraría en una situación de exceso de demanda. Como se indica en dicho panel, el nivel máximo de oferta de servicios de protección de derechos es señalado por el punto  $A_1$ , el cual se encuentra claramente por debajo del nivel óptimo del mercado (punto  $A_2$ ). Esta situación se puede traducir, como se ha dicho a lo largo de este trabajo, en un escenario de vulneración o potencial vulneración de estos derechos y cuya única fuente de provisión estaría en función del accionar de los ciudadanos kantianos, de las entidades públicas competentes o de aquellos ciudadanos que dada la magnitud de la afectación que produce la violación o posible violación de los derechos colectivos deban asumir un impacto considerable sobre su función de bienestar particular, incentivándolos a producir la protección del derecho colectivo, tal y como se planteó en la sección 3 de este trabajo.

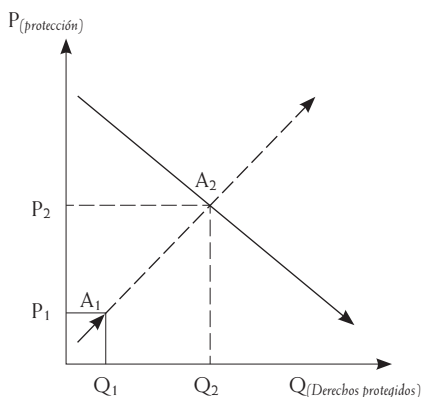
A manera de resumen, la Gráfica 6 presenta los movimientos a lo largo de la curva de oferta que se generan como resultado de la implementación y luego la eliminación de los incentivos económicos. El panel (b) ilustra la inclusión de los incentivos económicos a través de la Ley 472 de 1998. En este caso se observa que los niveles de oferta se desplazan del punto  $A_1$  hasta el nivel comprendido entre el punto  $A_3$  y  $A_4$ , gracias a la implementación de la estructura de incentivos económicos, siendo  $A_4$  el nivel máximo de subvención que contemplaba la ley señalada. A diferencia del panel (a), en el cual se observa un exceso de

8 Para mayor comprensión de este fenómeno se recomienda consultar el artículo "The tragedy of the commons", de GARRETT HARDIN (1968: 1.243-1.248).

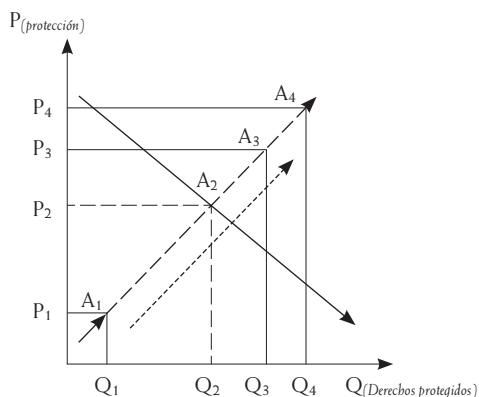
demanda, en este caso se presenta un exceso de oferta, y en cualquiera de los dos escenarios no se alcanza el nivel óptimo de equilibrio del mercado, representado por el punto  $A_2$ . Finalmente se encuentra el panel (c), que se configura como resultado de la decisión de eliminar los incentivos económicos que planteaba la Ley 472 de 1998. En este se observa un descenso de la oferta, con lo cual el nivel de producción se ubica en el mismo nivel ( $A_1$ ) que se formuló en ausencia de algún tipo de incentivo para fomentar la producción del servicio de protección de derechos colectivos, con las implicaciones que al respecto se han señalado.

GRÁFICA 6. MOVIMIENTOS A LO LARGO DE LA CURVA DE OFERTA DE PROTECCIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS

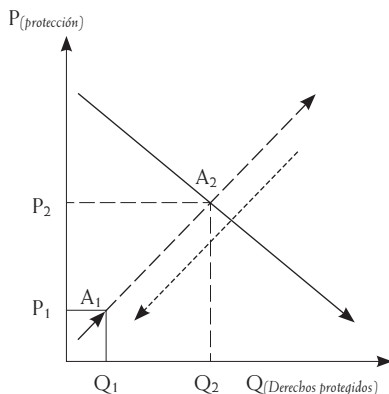
(a) Mercado de protección de derechos sin incentivos económicos



(b) Mercado de protección de derechos con incentivos económicos (Ley 472 de 1988)



(c) Mercado de protección de derechos sin incentivos económicos (Ley 1425 de 2010)



Fuente: Elaboración propia.



Como se observa en los tres paneles de la Gráfica 6 no existe ninguno que garantice la existencia de un equilibrio de mercado, en razón a lo cual se puede decir que tanto la Ley 472 de 1998 como la Ley 1425 de 2010 resultan ser ineficientes como mecanismos para garantizar la protección de derechos colectivos. Esto, como resultado de la falta de comprensión de la importancia de administrar de una manera adecuada el *velo de la ingenuidad* en el momento de construir los instrumentos normativos al desestimar la importancia y el papel central que juegan los incentivos en el comportamiento del individuo y, por el contrario, adoptando una visión ingenua respecto de la relación entre el individuo y su comportamiento frente a la ley (KORNHAUSER, 2002), con lo cual los únicos perjudicados serán aquellos a quienes les han sido vulnerados o les pueden ser vulnerados sus derechos colectivos.

### III. REFLEXIONES FINALES

Al inicio de este análisis se advirtió como uno de los mayores retos que debe enfrentar quien o quienes se encargan del diseño de los instrumentos normativos por medio de los cuales se pretende regir los destinos de una sociedad, se encuentra en aceptar y administrar lo que se ha denominado como *velo de la ingenuidad*. En esta tarea, el Análisis Económico del Derecho se presenta como una metodología que contribuye con algunas herramientas para encarar tal finalidad. En este orden, al aplicar dicha metodología para examinar la situación de los derechos colectivos y su forma de protección, este documento ha permitido concluir la falta de pericia por parte de quienes estructuran y también de quienes critican e inciden en la forma como deben ser configuradas las estructuras normativas de nuestro país, y por tanto la desatención respecto del *velo de la ingenuidad*.

No obstante, se debe mencionar que la metodología señalada tiene limitaciones en su aplicación. Es necesario reconocer que no todas las situaciones de orden jurídico pueden ser objeto de este tipo de análisis, toda vez que existen otra serie de criterios diferentes a la eficiencia y que pueden justificar un ordenamiento jurídico particular. Lo anterior resulta ser una consideración importante, ya que existe la tendencia errónea de considerar que el Análisis Económico del Derecho tiene una pretensión universalista en sus aplicaciones. Por otra parte, también es pertinente resaltar como otra de las limitaciones, en este caso asociada directamente con el objeto de estudio de este trabajo, la escasa disponibilidad de información sobre la situación real de los derechos colectivos y su protección en Colombia. Desafortunadamente no se cuenta con una base estadística nacional consolidada, lo cual da lugar a una amplia proliferación de fuentes respecto de la situación de este mercado de producción del servicio de protección de derechos colectivos.

Dicho lo anterior, a continuación se presentan algunas consideraciones finales sobre el análisis adelantado en este documento. La primera de ellas se relaciona con los cambios generados a la estructura por medio de la cual se reglamentó la protección de los derechos colectivos en Colombia. Al respecto se encontró que en un primer momento, con la expedición de la Ley 472 de 1998, se atendió de forma parcial a la necesidad de generar una ley justa, pero no examinaron los posibles efectos de la misma, es decir que se obró de manera ingenua respecto del comportamiento de la población objetivo de esta reglamentación, lo

cual de manera implícita señala la desatención del principio de simetría abordado en este documento, en relación con el supuesto de comportamiento de los individuos (modelo del *homo economicus*).

Así, se observa que con la Ley 472 de 1998 al parecer el legislador atendió a la existencia de dotaciones naturales y materiales de los agentes, y pensando en estructurar un sistema normativo que cumpliera con un superior *paretiano*, al beneficiar a los agentes a quienes se les vulneraran sus derechos colectivos sin que ello implicara una afectación para el resto de la sociedad, estructuró una serie de incentivos por medio de los cuales pretendía incentivar la producción de la protección de estos derechos. Particularmente estos incentivos implican un mecanismo por medio del cual, de un lado, se compensa a quienes, una vez atravesado el velo de la ignorancia, no cuentan con las dotaciones naturales o materiales suficientes como para exigir la protección de sus derechos colectivos, y, de otro lado, atendiendo al principio de simetría, se estimularía la producción por parte de los agentes no kantianos, al ser además este servicio considerado como una externalidad positiva (ver Gráfica 2).

Sin embargo, la falla de este mecanismo estuvo en diseñarse pensando solo en la implementación de incentivos directos sobre los agentes productores de la protección de los derechos colectivos. Tal sesgo implicó la ocurrencia de los problemas señalados en la sección III de este documento, en donde se advirtió la aparición de un exceso de oferta (ver Gráfica 5) que dio pie a considerar como ineficiente el mecanismo de estímulo a la protección de derechos colectivos.

Frente a la situación anterior, aparece un segundo momento en la estructuración del instrumento normativo en discusión. Allí se asumió que la forma de evitar los efectos negativos promovidos por los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 serían fácilmente corregidos con la eliminación de los incentivos a que daban lugar los artículos señalados.

Desde la teoría económica, se encuentra que un exceso en la oferta de un bien o un servicio lleva a una caída de los precios de éstos. Esta situación se evidencia de forma clara en el caso estudiado, toda vez que el aumento excesivo de la oferta del servicio de protección de derechos colectivos provocó una caída drástica del precio a través de la Ley 1425 de 2010.

Infortunadamente, y de manera similar a la situación que supuso la Ley 472 de 1998, se cayó en un error que condujo de nuevo a que la estructura normativa fuera ineficiente. En este caso se presumió que la simple existencia del mecanismo para proveer la protección del derecho colectivo, sin la mediación alguna de incentivos, era suficiente para garantizar la óptima protección de derechos colectivos.

En relación con esta presunción, tal y como se señala en la Gráfica 2, en ausencia de incentivos el mercado de protección de derechos colectivos se caracteriza por su exceso en la demanda del servicio mencionado. Lo anterior implica que se deja a los ciudadanos kantianos la protección del derecho, conjuntamente con las autoridades públicas, las cuales, según lo indican los datos disponibles, participan de manera marginal en la producción de protección. Así, se puede afirmar que con los cambios introducidos a través de la Ley 1425 de 2010 se reconfigura un instrumento normativo que desde el punto de vista teórico conduce a la desprotección de los derechos colectivos.

Respecto de los dos momentos señalados, se evidencia que la falla común en asumir que los únicos incentivos que pueden modificar la conducta de los individuos corresponden a los económicos, dejando de lado la posibilidad de incluir incentivos sociales y morales. Incluso, en el escenario de desestimar los efectos de los dos incentivos adicionales mencionados, se encuentra que es posible la estructuración de incentivos económicos indirectos, como los examinados en MONROY CELY & PINZÓN CAMARGO (2012) respecto de la Ley 403 de 1997 por la cual se establecen estímulos a los sufragantes; otra alternativa en el caso de insistir en el uso de incentivos económicos estaría en hacer más costoso el acceso al incentivo, como por ejemplo exigiendo la prueba de una debida diligencia en el proceso de protección de los derechos colectivos, materializado en el agotamiento del proceso de conciliación que éste contempla. Se resalta cómo en estos dos casos lo que se busca es un desplazamiento a lo largo de la función de oferta, puesto que se está afectando al precio del servicio a transar (ver Tabla 4).

Otro conjunto de alternativas para mejorar la situación de protección de derechos, que pueden ser un complemento a las anteriores, subyace en el desplazamiento de la curva de oferta de protección. Así, como se señaló brevemente en la sección III, se puede considerar un esfuerzo por hacer más ágil y eficiente al sistema de administración de justicia, implementar mecanismos de resolución de conflictos en materia de derechos colectivos que faciliten el accionar de la comunidad, o simplemente haciendo más eficiente la labor de producción de protección de derechos colectivos por parte del Estado y sus entidades competentes para ello.

El caso estudiado permite a su vez señalar la importancia de contemplar las consecuencias que cualquier arreglo normativo puede traer respecto del comportamiento de los consumidores de éste. En este orden, el principio de simetría da luces de la naturaleza del comportamiento humano, y de su importancia para estructurar leyes más justas y eficientes.

Por último, se debe mencionar el hecho de que algunos fenómenos no fueron abordados en el desarrollo de este documento debido a que ello desbordaría el objetivo de investigación trazado. Temas como por ejemplo el análisis de la estructura de incentivos y el comportamiento oportunista de los agentes no kantianos dedicados a producir el servicio de protección de derechos colectivos permitirían comprender con mucho más detalle la conformación de la función de oferta estudiada.

Así mismo, resultaría interesante analizar la estructura del mercado de oferta de servicios jurídicos en Colombia, lo cual podría explicar en buena medida el exceso de oferta del servicio de protección de derechos colectivos, debido también a un posible exceso de capacidades instaladas para la producción de este tipo de servicios. Probablemente, y como tema de una discusión posterior, fenómenos como el estudiado en este trabajo podrían ser atacados regulando la oferta de servicios jurídicos, tal y como ocurre en otros países.

## BIBLIOGRAFÍA

BRENNAN, G., & BUCHANAN, J. M. (1987). *La razón de las normas*. Madrid: Unión Editorial S.A.

- BUCHANAN, J. H. (1993). "The constitution of economic policy", en C. K. ROWLEY, *Public Choice Theory Vol III* (pp. 387-394). London: Edward Elgar.
- COASE, R. H. (1994). *El problema del coste social*. Madrid, España: Alianza.
- Defensoría del Pueblo de Colombia (16 de diciembre de 2011). *Protección constitucional de los derechos colectivos*. Recuperado el 30 de abril de 2012, de Observatorio de justicia constitucional: <http://www.defensoria.org.co/ojc/pdf.php/17>
- HARDIN, GARRET (1968). "The Tragedy of the Commons", en *Science*, vol. 162, December 1968. pp. 1243-1248.
- HOLMES, S., & SUNSTEIN, C. R. (2011). *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.
- KORNHAUSER, L. A. (2002). "El nuevo Análisis Económico del Derecho: las normas jurídicas como incentivos", en A. ROEMER (Ed.), *Derecho y Economía: una revisión de la literatura* (pp. 19-50). México: Fondo de Cultura Económica.
- LAMPREA, E. (2006). "Derechos fundamentales y consecuencias económicas", en *Economía Institucional*, 8 (14), 77-103.
- LONDOÑO TORO, B. (2009). *Justiciabilidad de los derechos colectivos*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- MANKIW, N. G. (1998). *Principios de Economía* (1.ª ed.). Madrid: McGraw Hill.
- MERCURO, N., & MEDEMA, S. G. (2006). *Economics and the law: From Posner to Post-modernism and beyond*. New Jersey: Princeton University Press.
- Ministerio del Interior y de Justicia (24 de julio de 2009). Proyecto de Ley n.º 056 de 2009 Cámara. *Gaceta del Congreso* (622), pp. 15-16.
- MONROY CELY, D. A., & PINZÓN CAMARGO, M. A. (en imprenta). "Análisis económico de los derechos colectivos y su mecanismo de protección jurisdiccional en Colombia: el papel de los incentivos, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos", en *Revista Contexto*, 46.
- PINDYCK, ROBERT S; RUBINFELD, DANIEL L. (1996). *Microeconomía*. México: Limusa, 1.ª ed. en español.
- PINDYCK, ROBERT S; RUBINFELD, DANIEL L. (2009). *Microeconomía*. Madrid: Pearson Educación.
- RAWLS, J. (2010). *Teoría de la Justicia* (séptima reimpression ed.). (M. D. GONZÁLEZ, trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- ROEMER, A. (2001). *Economía del crimen*. México: Limusa.
- STIGLITZ, J. E. (2000). *La economía del sector público* (3.ª ed.). (M. E. RABASCO, & L. TOHARIA, trads.) Barcelona: Antoni Bosch.
- STIGLITZ, J. E. (2008). "Economic foundations of intellectual property", en *Duke Law Journal*, 57 (6), 1.693-1.724.

## Fuentes legales y jurisprudenciales

- Ley 472 de 1998. "Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".
- Ley 1425 de 2010. "Por medio de la cual se derogan artículos de la Ley 472 de 1998 Acciones Populares y Grupo."
- Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2011, M.P.: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.