

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

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

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/23q4j55z>

Authors

Monroy, Daniel A.

Pinzón, Mario A.

Publication Date

2012-06-01

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

A LAW AND ECONOMICS APPROACH TO COLLECTIVE RIGHTS AND THEIR PROTECTION IN COLOMBIA: the incentives role, the collective action and their public good provision

Daniel A. Monroy C.
Mario A. Pinzón C.

Resumen

El objetivo de este artículo es presentar una aproximación a la naturaleza de los derechos colectivos y sus mecanismos de protección jurisdiccional (las acciones populares), bajo la óptica del Análisis Económico del Derecho. Se resalta inicialmente la utilidad e importancia de considerar las reglas legales como incentivos individuales para resolver fenómenos complejos como la coordinación y cooperación colectiva en la provisión de bienes públicos; en este contexto y luego de efectuar un análisis jurídico de los derechos colectivos en el marco del ordenamiento nacional, el artículo propone una relectura de éstos derechos pero desde la perspectiva del AED; al respecto, se argumenta que los derechos colectivos pueden ser asimilados consistentemente con el concepto económico de bienes públicos, supuesto a lo cual se asocia el desarrollo de un sistema de incentivos económicos selectivos –como lo denomina Olson (1992)– que garantice la solución de los problemas propios de la acción colectiva por medio de la cual se estimule la producción de estos tipos bienes. Con todos los elementos señalados, y teniendo en cuenta la eliminación de los incentivos económicos en las acciones populares a partir de la Ley 1425 de 2010, el artículo demuestra que dicho cambio normativo propicia un escenario de desprotección de los derechos colectivos, que económicamente puede representar un costo incluso mayor que el problema que supuestamente se buscaba corregir. En razón a lo anterior, el artículo finaliza planteando un modelo teórico preliminar que puede señalar algunas alternativas regulatorias para tratar de abrir el debate en torno a la corrección de los problemas de desprotección señalados y cumpliendo con tres restricciones a saber: evitar que se afecte el erario; no propiciar la congestión judicial; y alcanzar un superior de Pareto que lleve a la protección de los derechos colectivos.

Abstract

· Abogado Universidad de Los Andes (99'), Especialista en Derecho Contractual de la Universidad Externado de Colombia y Maestría en Derecho Económico de la Universidad de Chile. Docente Investigador del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia en temas de AED. Contacto: daniel.monroy@uexternado.edu.co

· Profesional en Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, Máster en Derecho Económico de la facultad de derecho de la misma Universidad. Estudiante de la Maestría en Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente se desempeña como docente investigador en el Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: mario.pinzon@uexternado.edu.co

The purpose of this paper is to analyse the nature of collective rights and the mechanisms for their protection (civil actions), using the Law and Economics methodology. This study considers the legal rules as incentives source that promotes the solutions to problems related with coordination or cooperation behavior in public goods provision. This analysis makes a legal study about the collective rights and after it makes a law and economics approach to argue that the collective rights should be consider as an economic good, in particular as a public good. In this order the collective action problems that this kind of goods produces might be solve using the Olson's theory about the selective incentives. As a study case we consider the 39 and 40 articles repealed by Law 1425/10 as a bad decision because this repeal eliminated the economic incentives as a solution for collective problems. As a conclusion this paper develops regulatory suggestions to correct the problems of the Law 1425/10, taking in account three restrictions: avoid a treasury spending; avoid judicial congestion; and achieve a Pareto superior.

Palabras Clave: Bienes Públicos, Acción Colectiva, Acciones Populares, Derechos Colectivos, Análisis Económico del Derecho

Keywords: Public Goods, Collective Action, Civil Actions, Collective Rights, Law and economics.

JEL: H41; D71; K40

INTRODUCCIÓN:	3
2 LOS DERECHOS COLECTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA TRADICIONAL: Una conceptualización problemática.	7
3 UN CAMBIO DE ENFOQUE: Hacia una intersección entre la visión jurídica y la visión económica en torno a los derechos colectivos.	12
3.1 El papel de los incentivos –económicos– como orientadores de la conducta de los individuos y sus implicaciones en el derecho.	14
3.2 El problema de la provisión y administración de bienes públicos y recursos comunes.	18
3.3 Los problemas asociados a la acción colectiva.	20
4 UNA MIRADA A LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES POPULARES DESDE EL AED: <i>freeriders</i> , bienes públicos y acción colectiva.	23
4.1 Consecuencias económicas de la visión actual del legislador en torno a los derechos colectivos y las acciones populares.	23
4.2 ¿Qué otros incentivos pueden implementarse para solucionar los problemas asociados a la provisión de derechos colectivos?	30
5 Reflexiones finales	36
Bibliografía	37
Anexo 1. Los Derechos Colectivos más importantes y su imposibilidad de exclusión en cuanto su ejercicio o protección.	43

INTRODUCCIÓN: Aproximación crítica a la posición del Gobierno y el Congreso en relación a las razones que sustentaron la Ley 1425 de 2010.

En una nota editorial de la revista Contexto del año 2009 se señaló, a partir de la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), que unas de las pocas normas del sistema jurídico colombiano que podían entenderse claramente como un incentivo de naturaleza económica, eran precisamente aquellas “recompensas” creadas en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 a las que tenían originalmente derecho las personas que, mediante la presentación de una acción popular, lograban que se protegiera judicialmente un derecho de naturaleza colectiva. Igualmente, se indicó en su momento, que el Gobierno Nacional a través del Ministerio del Interior y de Justicia, impulsaba en el Congreso un proyecto de ley que buscaba precisamente eliminar dichos incentivos con el argumento de que estos habían perdido su razón de ser, toda vez que habían provocado que las acciones populares se convirtieran en un negocio de unas pocas personas que se dedicaban a presentar recurrentes demandas en detrimento del erario, especialmente del de aquellas entidades territoriales obligadas a pagar las mencionadas “recompensas”. Al respecto, se resaltó de manera crítica que el Gobierno perdía de vista que el problema respecto de los derechos colectivos no eran los incentivos preestablecidos en la Ley, sino que el recurrente pago de los mismos por parte de las entidades públicas, podía ser muestra de la reiterada desprotección de los derechos colectivos en el país (Archila, 2009, págs. 3-4).

Al margen, en el mismo proyecto de ley resaltado se indicó que el incentivo económico establecido originalmente en la Ley 472 de 1998 estaba llevando a las personas a mover el aparato judicial en procura de defender los derechos colectivos, lo que acarrearía como consecuencia un incremento considerable en la interposición de demandas en todo el país (Ministerio del Interior y de Justicia, 2009, pág. 15). Ya durante los primeros debates del proyecto en el Congreso de la República, el efecto negativo de las acciones populares sobre la congestión judicial se hizo más evidente, particularmente se señaló respecto de estos mecanismos jurisdiccionales, y a partir de algunas cifras extraídas de estudios realizados previamente por el DANE, la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), la Universidad del Rosario y el Consejo Superior de la Judicatura, que:

“La evidencia de estas cifras lo único que refleja es una gran carga litigiosa frente a las acciones de grupo, lo cual, en sana lógica, no es más que una muestra del efecto pernicioso que los incentivos económicos, como figura jurídica considerada por los litigantes, ha generado en una figura que se basa en la solidaridad de todos los ciudadanos en la defensa de los derechos de la comunidad.” (Cámara de Representantes, 2010, pág. 4)

Posteriormente, en los subsecuentes debates, los argumentos de fondo señalados y que a la postre sustentaron la derogatoria de los mencionados artículos 39 y 40 la Ley 472 de 1998 y por ende la eliminación de los incentivos económicos para los demandantes en las acciones populares, se mantuvieron sin mayores variaciones¹. Todo lo anterior condujo en definitiva a la

¹ Particularmente en el tercer debate del proyecto (primero en el Senado) se señaló que: “El número de acciones populares presentadas en el último tiempo en el País ha crecido de manera importante no en razón de la protección de derechos colectivos sino en virtud de la ambición desmedida de personas que persiguiendo una recompensa cuantiosa agreden sin consideración los presupuestos públicos y las finanzas territoriales en detrimento de los

expedición de la actual Ley 1425 de 2010, por medio de la cual se derogaron los mencionados artículos.

Con todo, se podría indicar que a través de la mencionada Ley se materializó la estrategia del Gobierno Nacional tendiente a contrarrestar los problemas generados por el uso de las acciones populares relacionados con: 1.- La afectación al erario de las diferentes entidades públicas demandadas y 2.- La congestión judicial. En este contexto se supuso que el problema se materializaba específicamente en la estructura de los incentivos legales ideada para favorecer la utilización de los mencionados mecanismos jurisdiccionales, lo cual motivaba la aparición de comportamientos oportunista por parte de diferentes agentes, quienes en su ánimo de maximizar utilidades y/o beneficios económicos interponían recurrentes demandas con el fin último de favorecer sus intereses particulares por medio de un reclamo que atendía a intereses colectivos, sin que necesariamente se persiguiese la protección de estos. Al eliminarse dicha estructura de incentivos perversos, se “suponía” entonces que desaparecerían las afectaciones negativas al erario y se reduciría el nivel de congestión judicial.

No obstante lo anterior, llama la atención la forma como el Gobierno Nacional y el mismo Congreso de la República manejaron la información y particularmente las cifras consignadas en algunos estudios realizados por diversas entidades (públicas y privadas), que constituyen –en nuestro concepto– el punto más fuerte que sustentó la eliminación de los mencionados incentivos². Al respecto, procedemos a descartar brevemente, y con base en los mismos estudios utilizados por el Congreso, cada uno de los argumentos presentaron y que sustentaron en últimas la expedición de la Ley 1425 de 2010:

- En primer lugar, es de advertir que las cifras dadas por el DANE y que cita el Congreso en los informes de ponencia corresponden a una encuesta sobre cultura política realizada en el 2007 y relacionada con el “Conocimiento por parte de la ciudadanía de los instrumentos de Protección de derechos”, cuyo resultado fue que el 64% de los encuestados no conocía la “Acción Popular” (*vid.* DANE, 2007)³; al respecto, es claro que este hallazgo es irrelevante en lo relativo a la congestión judicial y la afectación del erario; además, no es deducible ninguna correlación entre el desconocimiento del

ciudadanos y de las regiones.” (Senado de la República, 2010); ya para el último debate del proyecto (segundo en el Senado) se volvió a presentar un argumento similar al indicado previamente y expuesto originalmente en el segundo debate desarrollado en la Cámara.

² Consideramos que es en efecto el punto más fuerte de la argumentación, pues en lo relacionado a la afectación negativa al erario, en donde la información cuantitativa es absolutamente relevante, el Congreso no cita ninguna cifra concreta. Por su parte, el Ministerio manifestó explícitamente que en lo relativo al sustento del Proyecto de Ley 056 de 2009, y particularmente en lo relacionado con las fuentes sobre datos económicos y municipios demandados, “*La Federación de Municipios elaboro (sic) un cuadro en el que aparecen los municipios que han sido demandados, el departamento, el tema por el que fueron demandados, el nombre del demandante, y los valores pagados. En este cuadro no están relacionadas la totalidad de las demandas, ni la totalidad del valor pagado porque algunos municipios no han entregado esa información a la federación (sic)*” (Ministerio del Interior y de Justicia, 2011, pág. 1). En este sentido, si la información cuantitativa en la que el mismo Ministerio basó su posición estaba incompleta, es claro entonces que cualquier argumento que se sustente en dicha información es fácilmente controvertible y por tanto, cualquier debate que se de al respecto, pierde cualquier sentido.

³ Para el año 2008, en el cual se volvió a aplicar la encuesta, el resultado fue que 65% de los encuestados no conocía el mecanismo de protección de derechos indicados (*vid.* DANE, 2008), sin embargo, tal como veremos, debemos insistir en que esta cifra es irrelevante en lo que tiene que ver con la derogatoria de los incentivos económicos.

mecanismo y los incentivos económicos eliminados. De hecho, que un porcentaje tan alto de ciudadanos no conozca el mecanismo jurisdiccional debería más bien ser una preocupación del legislador si lo que se pretende es que los individuos hagan uso de la Acción sin esperar una retribución económica a cambio.

- En segundo lugar y respecto del estudio de la CEJ, y tal como quedó consignado en los informes de ponencia, se resaltan algunos problemas relacionados con los incentivos de la Ley 472 de 1998, particularmente que “... se pueden convertir en estímulos perversos para la presentación de acciones populares de manera indiscriminada” (Cámara de Representantes, 2010, pág. 3); sin embargo, omiten los informes del Congreso que en este caso el estudio de la CEJ se refiere específicamente al derecho colectivo a la moralidad administrativa (Art. 40), el cual, según el estudio adelantado por Londoño, *et al.* (2009), corresponde solamente al 8.3% de los derechos colectivos invocados en las acciones populares en las cuales el Consejo de Estado ha tenido conocimiento. Adicionalmente, lo que resulta incluso más preocupante respecto de los argumentos del Congreso, es que el estudio adelantado por la CEJ no sugiere de forma alguna que los mencionados incentivos deban ser eliminados de la legislación, contrario a ello, el estudio indica respecto de aquellos indicados originalmente en el Art. 39 que, “... su existencia y su monto parecen adecuados para el cumplimiento de los fines para los cuales se diseñó...” (Corporación Excelencia en la Justicia, 2008, pág. 43); Por su parte, y respecto de los incentivos indicados en el Art. 40, la CEJ sugiere tres puntos a tener en cuenta: 1.- Revisar el monto de los incentivos y analizar la posibilidad de igualarlos con los incentivos del Art. 39 de la Ley; 2.- Considerar sanciones específicas a aplicar a los accionantes temerarios y la reducción del incentivo para casos “repetidos”; 3.- Analizar la necesidad de una participación activa del accionante popular en el proceso como requisito para el otorgamiento del incentivo. (*vid.* Corporación Excelencia en la Justicia, 2008, pág. 43 y 44).
- En tercer lugar, los informes de ponencia citan el trabajo realizado por Londoño, *et al.* (2009), particularmente resaltan los tres derechos más invocados en las acciones populares, para sustentar que “... no puede negarse el peso específico que tienen las acciones populares en el trabajo de la Rama Judicial...” (Cámara de Representantes, 2010, pág. 3); sin embargo, es evidente que si un derecho colectivo tiene un determinado porcentaje dentro del total, ello es una circunstancia irrelevante en lo relativo a la congestión judicial y la afectación al erario pues nada de ello alude a la magnitud real de las acciones populares dentro del sistema judicial ni la cantidad de acciones que impactan negativamente el erario.
- Finalmente, se cita en el Congreso el último Informe –año 2009-2010– realizado por el Consejo Superior de la Judicatura (CSJ) y presentado ante aquel, particularmente se argumenta en los informes de ponencia que de acuerdo con el inventario final de la Rama Judicial, “... de 51.361 acciones constitucionales con trámite, 23.997 son acciones populares” (Cámara de Representantes, 2010, pág. 3), adicionalmente se resalta que más del 77% de estas últimas se encuentran en la jurisdicción administrativa; así mismo se expresa que en el inventario final de dicha jurisdicción, “... quedaron 232.889 procesos con trámite, de los cuales 19.384 son acciones populares...” (Cámara de Representantes, 2010, pág. 4). En relación con este argumento, lo cierto es que los informes de ponencia omiten mencionar que la cifra de 51.361 acciones constitucionales,

representa, según el mismo CSJ, el 3.2% del total del inventario final de procesos con trámite de toda la Rama, por lo mismo, las 23.997 acciones populares resaltadas representan solamente un 1.5% del total (*vid.* Consejo Superior de la Judicatura, 2010, pág. 94)⁴, en este sentido, de eliminarse del ordenamiento las acciones populares, la Rama en general se descongestionaría solamente en este último porcentaje, lo cual pareciera poco más que insignificante en lo que corresponde al problema de la congestión judicial en sí. Evidentemente, y tal como lo resaltó el Congreso, la jurisdicción administrativa recibe más de las tres cuartas partes de las acciones populares, pero aun así, dichos mecanismos representan solamente el 8.32% de la carga total de esta jurisdicción, lo que en todo caso es seis veces menos que la acción judicial más común en la misma⁵; Adicionalmente, llama la atención el hecho que el mismo CSJ resalta que el índice de evacuación parcial de toda la jurisdicción administrativa fue para el año 2009 del 103%, siendo “destacado” incluso el papel de los jueces administrativos, cuyo índice de evacuación fue del 111.2% en el mismo periodo (*vid.* Consejo Superior de la Judicatura, 2010, pág. 100)⁶, lo que implica en últimas que al menos durante ese año el nivel de congestión se redujo, sin que aun se hubiesen eliminado los incentivos económicos de que trataba originalmente la Ley 472 de 1998.

En este orden de ideas, resulta innegable la incoherencia y fragilidad de las consideraciones formuladas inicialmente por el Gobierno Nacional que sustentaron la eliminación de los mencionados incentivos económicos originalmente consignados en la Ley 472 de 1998, argumentos que no obstante fueron reiterados y fortalecidos en los subsecuentes debates en el Congreso de la República y que a la postre sustentaron la expedición de la actual Ley 1425 de 2010.

Con todo, no es el objetivo de este documento centrarse en la clara debilidad de los mencionados argumentos ni tampoco defender la reincorporación de los mencionados incentivos económicos en el sistema jurídico colombiano (lo cual sería un argumento muy predecible), sino aprovechar la coyuntura actual fomentada por el mismo Congreso para presentar una serie de reflexiones a partir del Análisis Económico del Derecho (en adelante AED) en torno a la naturaleza misma de los derechos colectivos y sus mecanismos de protección (las acciones populares); concretamente el presente trabajo pretende, bajo la perspectiva propuesta, enfatizar la utilidad e importancia de considerar a las reglas legales como fuentes de incentivos

⁴ Según el Informe del CSJ, el total general de procesos con trámite en el inventario final efectuado en toda la Rama, equivale a 1.589.031, siendo entonces las 51.361 acciones constitucionales el 3.2% de dicho total, y las 23.997 acciones populares, el 1.5%.

⁵ Según el CSJ, en el inventario total efectuado en la jurisdicción administrativa (232.889 procesos), se encuentran 127.005 de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que representa el 53% de los procesos con trámite de dicho total, le sigue en orden la acción de reparación directa con 43.389 equivalente al 18% del total, seguido de “otros procesos” sin especificar con el 12% (28.245 procesos) y finalmente la acción popular con el porcentaje y valor indicado. (*vid.* Consejo Superior de la Judicatura, 2010, pág. 102)

⁶ Si bien el informe del CSJ no establece cuáles son las causas específicas de la congestión en toda la Rama, si menciona como objetivo del cuatrienio 2010-2014 “... *eliminar la congestión mediante la disminución de los Inventarios con trámite para lo cual [el CSJ] cuenta con los recursos previstos para descongestión previstos en la Ley 1285 de 2009 [y]... el apalancamiento el crédito multilateral del BID y el Banco Mundial deben contribuir al cumplimiento de este propósito*” (Consejo Superior de la Judicatura, 2010, pág. 7). Si bien el CSJ considera que existen problemas presupuestales que dificultarían la obtención del objetivo señalado, el informe no se hace ninguna alusión a la necesidad de regular los mecanismos jurisdiccionales en general ni a las acciones populares en particular como estrategia que coadyuve a la reducción de la congestión de la Rama.

individuales, incluso, en la solución de fenómenos complejos como lo son, la acción colectiva y la provisión de bienes públicos, con lo cual en últimas se busca señalar algunas ideas que permitan mostrar las consecuencias negativas que devienen de la estructura normativa actual en Colombia, en lo que respecta a los derechos colectivos, pero al mismo tiempo ofrecer una serie de aproximaciones que permitan garantizar el cumplimiento y si no, la protección de estos mismos derechos de una manera más satisfactoria.

Para efectos, el presente trabajo se encuentra dividido en cinco secciones incluyendo la presente introducción. En la segunda sección, se parte de la recurrente discusión jurisprudencial y doctrinal en torno a la difícil conceptualización de los derechos colectivos, haciendo hincapié en la característica referente a la titularidad indeterminada de aquellos, para con ello, presentar una serie de elementos característicos propios, muy relacionados entre sí de esta especial categoría de derechos, lo que los diferencian de aquellos de naturaleza individual. En la tercera sección, y basado en las consideraciones de la sección precedente, se reenfoca el análisis hacia una intersección entre la visión jurídica tradicional y la visión propia del AED; esta sección a su vez se divide en tres subsecciones en las que se efectúan las aproximaciones teóricas relevantes, todo ello para, en la cuarta sección proporcionar una serie de argumentos que permitan, por un lado, comprender desde la lógica del AED, las problemáticas consecuencias asociadas a la visión actual que defiende el legislador colombiano en torno a los derechos colectivos; y en segundo lugar, proponer algunas ideas, que desde la misma perspectiva económica, permitan solucionar los problemas relacionados con la provisión y defensa de los derechos colectivos sin que ello implique necesariamente hacer uso de incentivos económicos como los ideados originalmente por el mismo legislador en la Ley 472 de 1998. Finalmente, en la quinta parte, se presentan algunas reflexiones finales a manera de conclusiones y con la intención de reabrir el debate en torno a los derechos colectivos.

2 LOS DERECHOS COLECTIVOS DESDE LA PERSPECTIVA JURÍDICA TRADICIONAL: Una conceptualización problemática.

Desde la perspectiva jurídica tradicional, las acciones populares se han entendido básicamente como mecanismos jurisdiccionales por medio de los cuales se busca la protección de un conjunto de derechos denominados colectivos que en ocasiones también se denominan como de tercera generación. Dichos derechos y tal como lo resalta Botero, “... *se han considerado como producto de la construcción de sociedades más democráticas en el contexto del desarrollo postindustrial (...)* Esta consideración podría señalarse de las sociedades desarrolladas; sin embargo, los derechos de tercera generación se encuentran presentes en el desarrollo constitucional de las principales reformas de los países en América Latina.” (Barón Granados, 2010, pág. 25).

De acuerdo a lo señalado, los derechos colectivos y más específicamente su reconocimiento por parte de los diversos sistemas jurídicos, son consecuencia del desarrollo de las sociedades en sí, lo cual se ha acentuado en los últimos tiempos, de hecho, el mismo autor citado resalta la diferencia de éste tipo de derechos respecto de aquellos considerados de primera y segunda generación, cuyo desarrollo y reconocimiento precede a los primeros, respaldados particularmente por la anterior concepción liberal y neutral del Estado respecto de sus administrados.

Dicha concepción del Estado trascienden posteriormente a aquella en la cual éste mismo adquiere una posición más interventora en los procesos socioeconómicos, manteniendo en todo caso fidelidad a la Ley, lo que en definitiva se materializa en el actual modelo del Estado Social del Derecho imperante en varios sistemas democráticos alrededor del mundo. Es este último escenario el que crea las condiciones necesarias para que se desarrollen y se reconozcan nuevas nociones de derechos como aquellos de naturaleza colectiva. Por todo lo anterior, no es casualidad encontrar que en nuestro país a raíz de la expedición de la Constitución de 1991, y al incorporarse la noción propia del Estado Social de Derecho, se reconociera también la importancia de los derechos colectivos.

En efecto, según lo resalta Londoño, *et al.* (2009) –análogamente a lo indicado por Botero– para efectos de nuestro país, indica que,

“Los derechos colectivos, o derechos de solidaridad, son reconocidos en la Constitución Política de 1991 como una respuesta a las transformaciones, realidades y nuevas problemáticas de las sociedades industriales, donde el riesgo de lesiones afecta no solo el interés de una persona sino simultáneamente a varios individuos que forman un sujeto colectivo con una voluntad y un interés común, objeto de protección” (Londoño-Toro, Figueredo-Medina, & González-Acosta, 2009, pág. 21).

Del mismo modo, la Corte Constitucional en uno de sus primeros pronunciamientos relacionados con los derechos colectivos señala en un primer momento cómo a partir de la concepción anterior del Estado liberal clásico, los derechos que se discutían en el contexto jurídico constitucional eran siempre aquellos propios del individuo, mientras los intereses de naturaleza colectiva se discutían en el contexto del proceso político, sin embargo, al evolucionar la idea del Estado y más particularmente al concebirse la democracia participativa, éstos últimos intereses evolucionan a la categoría de derechos propiamente dichos, particularmente señala la Corte *“...se plantea la posibilidad de que el ciudadano, sin la intermediación de sus representantes, se convierta en vocero efectivo de intereses generales o comunitarios. Esta posibilidad representa una ventaja democrática en relación con el sistema anterior, en la medida en que el trámite del derecho se encuentra al alcance de los ciudadanos”*⁷.

No obstante lo anterior, especialmente la gran importancia de los derechos colectivos en el contexto de la evolución de la concepción de los Estados y la democracia misma, diversos autores coinciden en que resulta difícil encontrar una conceptualización unívoca en torno a dichos derechos; en este sentido, el mismo Botero parece tomar partido por el concepto de Tarello (1967), el cual entiende los derechos colectivos *“... como una sumatoria de los derechos individuales a partir de la agregación de subjetividades por la ley a estos sujetos en particular ... [además] se caracterizarían por la indivisibilidad de su ejercicio”* (Barón Granados, 2010, pág. 27).

Una visión un tanto diferente es presentada por Bujosa (1995) para quien, los intereses de grupo, o intereses difusos y colectivos, son diferenciables claramente de los intereses individuales y/o divisibles, particularmente aquellos hacen referencia *“... a bienes no susceptibles de apropiación*

⁷ *vid.* Corte Constitucional, Sentencia T-067 del 24 de Febrero de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

exclusiva, son intereses de cada uno y a la vez de todos los miembros del grupo, en los que todos son titulares pero ninguno de ellos es propiamente el titular en sentido clásico” (Bujosa Vadell, 1995, pág. 81)⁸.

Por su parte, a nivel jurisprudencial, el Consejo de Estado ha indicado, que los derechos colectivos son aquellos en los que aparecen comprometidos intereses que afecta a la comunidad y que trascienden la órbita de lo individual⁹, particularmente el alto tribunal entiende que estos “...son intereses de representación difusa, en la medida en que suponen la reivindicación de derechos cuyo titular es un grupo indeterminado o indeterminable de personas que, en potencia, pueden ser, incluso, todos los que integran una comunidad.”¹⁰.

Con todo, y tal como lo señala Correa (2005), respecto de esta “nueva” categoría de derechos – reconocidos particularmente en nuestro país a partir de la Constitución de 1991–, no hay un acuerdo doctrinal ni jurisprudencial “... toda vez que en ocasiones se habla (sic) intereses difusos, en otras de derechos colectivos, también hay quienes los llaman intereses de grupo y otros no dudan en calificarlos de derechos solidarios, pero sobre los cuales existe consenso en torno a su capital importancia...” (Correa Palacio, 2005, págs. 2-3); en cada una de estas categorías de derechos y/o intereses recién señaladas, diversos autores –citados por Correa– presentan nociones diferentes que en mayor o menor grado tienden a confundirse entre sí. Por razones un tanto diferentes, también la Corte Constitucional en su momento señaló que en contexto de la evolución hacia la actual concepción del Estado Social de Derecho, resulta difícil desprender del proceso político lo referente a los intereses colectivos, lo que implica anticipadamente una dificultad en lo que se refiere a su tratamiento jurídico como derechos, sin embargo, de manera análoga a lo señalado por Correa (2005), la Corte indica que de ello, no puede derivarse la falta de importancia, o el desconocimiento de la necesidad de protección de los mismos¹¹.

Con todo, es tal el nivel de dificultad para aproximarse jurídicamente a la concepción de los derechos colectivos, que inclusive la misma jurisprudencia ha optado por reconocer dentro de ésta categoría solamente aquellos derechos que de manera explícita sean descritos como tal ya sea en la Constitución, en la Ley y/o en los tratados internacionales, ello, con el fin de hacerle

⁸ Este mismo concepto acerca de los derechos colectivos fue tomado incluso por el Consejo de Estado en la Sección Tercera, Sentencia del 5 de Octubre de 2005. Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁹ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de Febrero de 2006. Rad. 63001-23-31-000-2003-00861-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sección Primera, Sentencia del 10 de Mayo de 2007. Rad. 76001-23-31-000-2003-01856-01. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón; Sección Primera, Sentencia del 18 de Marzo de 2010. Rad. 44001-23-31-000-2005-00328-01. C.P (e). María Claudia Rojas Lasso; Sección Tercera, Sentencia del 21 de Marzo de 2002. Rad. 25000-23-26-000-2001-9093-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sección Tercera, Sentencia del 28 de Febrero de 2002. Rad. AP-63001-23-31-000-2001-0243-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁰ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de Octubre de 2000. Rad N° AP-082. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sección Tercera, Sentencia del 13 de Febrero de 2006. Rad. 63001-23-31-000-2003-00861-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sección Tercera, Sentencia del 11 de Diciembre de 2003. Rad. 25000-23-25-000-2002-02212-01. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004. Rad. 52001-23-31-000-2002-1750-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sección Tercera, Sentencia del tres de julio de 2003. Rad. 54001233100020020090701. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; entre otras.

¹¹ *vid.* Corte Constitucional, Sentencia T-067 del 24 de Febrero de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

frente a la cuestión de que pueda considerarse eventualmente que todo lo que afecte el interés general y/o a un número plural de personas, sea considerado *per-se* como una afectación a un derecho colectivo¹², lo cual tiene implicaciones incluso a nivel procesal¹³.

No obstante las dificultades ya anotadas, para efectos del presente trabajo, y a partir de dicha característica un tanto difusa e indeterminada de la titularidad de los derechos colectivos, ello nos lleva a considerar –en gracia de discusión– algunos elementos particulares, muy relacionados entre sí de esta categoría de derechos, tal y como procedemos a exponer:

- En primer lugar, lo mas predecible, pero que a su vez es lo que resulta más importante para nuestros efectos, es que buena parte de las conceptualizaciones tanto doctrinales como jurisprudenciales acerca de los derechos colectivos, resaltan algunas diferencias respecto de aquellos de naturaleza individual; al respecto, se suele indicar que de estos últimos pueden existir titulares comunes dentro de un grupo de personas determinadas o determinables¹⁴, **por otro lado, y respecto de los primeros, suelen ser titulares, un grupo indeterminado o indeterminable de personas**¹⁵.
- En segundo lugar, y como una eventual consecuencia de la diferencia recién apuntada respecto de las dos categorías de derechos, ello implica que los mecanismos de protección en uno y otro caso sean diferentes en nuestro país. En efecto, y sin abandonar el ámbito constitucional, los derechos individuales suelen protegerse a través de mecanismos como la acción de tutela (art. 86 C.N.), mientras, respecto de los colectivos, la misma Constitución establece como mecanismo de protección por excelencia la denominada acción popular (art. 88 C.N.). Adicionalmente, esta diferenciación respecto de los mecanismos de protección ha dado lugar a desarrollos legales disímiles entre sí, así la acción de tutela fue reglamentada tempranamente mediante el Decreto 2591 de 1991, mientras la acción popular fue desarrollada varios años después y a través de la Ley 472 de 1998¹⁶.

¹² *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 2004. Rad. 25000-23-26-000-2001-00527-03(AP). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; reiterada en Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004. Rad. 52001-23-31-000-2002-1750-01(AP); Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2004. Rad. 25000-23-24-000-2003-01003-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar; y Sección Primera, Sentencia del 19 de agosto de 2010. Rad. 68001-23-15-000-2004-00848-02(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

¹³ Según el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de Mayo de 2005. Rad. 25000-23-24-000-2003-00373-02(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio, se indica en particular que la categoría de derechos concebidos como “colectivos” no deviene solamente de la naturaleza intrínseca de los mismos, sino de su definición legal “... cuando además de consagrarlo [el derecho], la ley no lo define como colectivo, susceptible de protección a través de la acción popular, su protección tendrá otra vía procesal”.

¹⁴ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de abril de 2002. Rad. 05001-23-31-000-2001-2012-01(AP-0388). C.P. Ricardo Hoyos Duque; Sección Primera, Sentencia del 20 de enero de 2005. Rad. 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP). C.P. Camilo Arciniega Andrade; Sección Primera, Sentencia del 19 de Noviembre de 2009. Rad. 17001-23-31-000-2004-01492-01(AP). C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta; Sección Primera, Sentencia del 10 de Mayo de 2007. Rad. 76001-23-31-000-2003-01856-01. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón; Corte Constitucional, Sentencia T-049 del 24 de enero de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁵ *vid.* Nota *supra* 10. En el mismo sentido, Suárez y Correa (1999), señalan que “La naturaleza de los derechos [colectivos] es la de los de tercera generación, entendido por tal (...), aquellos derechos cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto, sino que a todos corresponde...” (Suárez & Correa, 1999, pág. 554)

¹⁶ Sobre el particular según el Consejo de Estado, respecto de los derechos individuales o subjetivos, “... el legislador ha previsto sus propias reglas de juego; en cambio, para los intereses colectivos, sólo con la expedición

- En tercer lugar, el carácter colectivo del derecho, y más particularmente la indeterminación de sus titulares, genera a su vez un fenómeno de doble titularidad respecto de la acción judicial encaminada a la protección de aquellos. En efecto, tal y como lo ha señalado la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, la especial naturaleza de la acción popular genera una doble titularidad que ha sido reconocida incluso por el mismo legislador, por un lado, para quien ejerce la acción, y por el otro, para la comunidad en general que en definitiva es la receptora de los efectos de la acción judicial iniciada incluso de manera individual¹⁷.
- En cuarto lugar, y en estrecha vinculación con lo resaltado, si bien el derecho colectivo excluye la posibilidad de la prevalencia de intereses individuales, él mismo supone la posibilidad de que cualquier persona dentro del grupo indeterminado de titulares, pueda acudir a la jurisdicción en procura de defender y/o proteger el derecho en sí, pero cuando lo hace y bajo el supuesto de que el derecho es en efecto protegido a través de la intervención judicial, se logra “paradójicamente” la protección simultánea tanto del intereses colectivos como individuales¹⁸.
- En quinto lugar, pero no menos importante, el derecho colectivo no debe su existencia al simple hecho que un grupo de individuos estén en una misma situación, ni porque se acumulen o se sumen situaciones similares de varios sujetos¹⁹, así por ejemplo, muchas personas pueden detentar individualmente problemas de acceso –incluso muy similares– a los servicios de salud en el país, pero ello no implica que el servicio de salud se convierta *per-se* en un derecho de naturaleza colectiva; en este orden de ideas, si un individuo inicia una acción por problemas de acceso a los servicios de salud, ello no implica en lo absoluto que la solución judicial (si es que se da) afecte las circunstancias particulares de quienes son afectados por similares circunstancias. Por las mismas razones, si respecto de un derecho reconocido jurídicamente como de naturaleza colectiva, se identifican sujetos específicos afectados, no por ello el derecho

de la Ley 472 reguló en forma general dicha acción, la cual no se limitó únicamente a consagrar principios generales, sino que le otorgó al Estado y a los ciudadanos instrumentos efectivos para exigir el respeto a los derechos colectivos”. *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de Febrero de 2002. Rad. AP-63001-23-31-000-2001-0243-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sección Tercera, Sentencia del 13 de Febrero de 2006. Rad. 63001-23-31-000-2003-00861-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar; Sección Tercera, Sentencia del 6 de Septiembre de 2001. Rad. AP-13001-23-31-000-2000-0005-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

¹⁷ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de marzo de 2001. Rad. AP-25000-23-26-000-2000-0059-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sección Tercera, Auto del 15 de Agosto de 2002. Rad. AP-25000232500020020153-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2002. Rad. AP 50001233100020010412-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sección Tercera, Sentencia del 5 de Octubre de 2005. Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra. En estas providencias se hace alusión a la exposición de motivos del Proyecto de Ley que devino en la Ley 472 de 1998 y que menciona explícitamente el fenómeno de doble titularidad, individual y colectiva en el ejercicio de los derechos colectivos. En similar sentido, en Corte Constitucional, Sentencia C-377 del 14 de mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas se menciona específicamente que “... los derechos colectivos generan en su ejercicio una doble titularidad, individual y colectiva, que trasciende el ámbito interno.”

¹⁸ *vid.* Corte Constitucional, Sentencia C-1062 del 16 de Agosto de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. M.P (e) Martha Victoria SÁCHICA de Moncaleano.

¹⁹ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de Marzo de 2004. Rad. 25000-23-25-000-2001-0435-01. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

es ahora individualizable. Sobre el particular, la misma jurisprudencia ha anotado que en efecto, el derecho colectivo “... *no vincula los intereses propios de los individuos, porque de ser así (...), bastaría que muchos sujetos estuvieran en la misma situación para que el derecho fuera colectivo*”²⁰. En síntesis, se puede considerar que el derecho colectivo ni es la acumulación de intereses individuales, ni estos últimos pueden ser resultado de la división de los primeros.

La siguiente tabla, sintetiza las diferencias recién indicadas y vinculadas entre sí respecto de los derechos colectivos e individuales:

TABLA N° 1
Diferencias básicas entre los derechos colectivos
y los derechos individuales

Diferencias	Derecho Colectivo	Derecho Individual
1.- Respeto de la titularidad del derecho	Es titular un grupo indeterminado de personas.	El titular es el individuo o un grupo determinado de varios individuos.
2.- Respeto del mecanismo judicial de protección	El mecanismo de protección es la acción popular.	Si el derecho es fundamental, el mecanismo de protección es la acción de tutela.
3.- Respeto de la titularidad de la acción judicial.	Fenómeno de doble titularidad en la acción judicial: individual y colectiva.	Titularidad estrictamente individual de la acción judicial.
4.- Respeto de los intereses que se protegen (paradoja de la protección)	Cuando se trata de proteger el derecho, se protege simultáneamente intereses colectivos e individuales.	Cuando se trata de proteger el derecho, solo se protegen intereses individuales.
5.- Respeto de la razón de su existencia.	No debe su existencia a la acumulación o sumatoria de situaciones individuales similares. No vincula los intereses propios de los individuos.	Su existencia deriva del interés propio del individuo.
	Si se identifican individuos específicos afectados, no por ello, el derecho se individualiza.	Si muchas personas están en la misma situación, el derecho no se convierte en colectivo.

Fuente: Elaboración propia

3 UN CAMBIO DE ENFOQUE: Hacia una intersección entre la visión jurídica y la visión económica en torno a los derechos colectivos.

Con todo, hemos tratado de esbozar preliminarmente algunas implicaciones jurídicas de contemplar la titularidad indeterminada respecto de los derechos colectivos; empero, también hemos mostrado que dicho análisis es deducible en buena parte de los enfoques teóricos que tanto la jurisprudencia como la doctrina jurídica local han desarrollado en torno a dichos derechos. No obstante, el hecho que respecto de los mismos, sus titulares sean un grupo

²⁰ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Septiembre de 2001. Rad. 25000-23-24-000-1999-0033-01-125. C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección Tercera, Sentencia del 16 de enero de 2001. Rad. AP-144 C.P. María Elena Giraldo Gómez.

indeterminado o indeterminable de personas en contraposición a los derechos individuales, ello representa una interesante cuestión acerca de la comprensión de la “propiedad” de los mismos que –estimamos– no ha sido advertida explícitamente por la perspectiva jurídica tradicional, mucho menos las consecuencias económicas que se derivan de aquella.

Como punto de partida respecto del concepto de “propiedad” que soporta los derechos colectivos la misma jurisprudencia local ha resaltado que:

*“... de los derechos colectivos puede afirmarse que a pesar de pertenecer a todos los miembros de una comunidad **ninguno puede apropiarse de ellos con exclusión de los demás**; en tanto que en relación con los derechos individuales, cada uno de los sujetos que pertenecen al grupo puede obtener la satisfacción de su derecho de forma individual y en momento diferente **o puede ejercerlo con exclusión de los demás**, y solo por razones de orden práctico pueden reclamar conjuntamente la indemnización cuando han sufrido un daño por una causa común, sin perjuicio de las acciones individuales que cada uno pueda iniciar.”²¹ (Negritillas fuera de texto)*

En concordancia con la cita indicada y al contemplarse anticipadamente los derechos colectivos más relevantes en el país (*vid.* Anexo 1. Los Derechos Colectivos más), es factible percatarse de la necesidad y la trascendencia económica de que respecto de los mismos sea imposible la apropiación individual y más propiamente la imposibilidad de exclusión en su ejercicio o protección, ello, al margen que de la regulación y/o de la doctrina legal y jurisprudencia se deduzca dicha característica.

En efecto, desde la perspectiva económica, dicha característica da pie a que sea pertinente plantear un cambio de enfoque, como lo sugirió Ronald Coase (1992a). Al respecto, se propone con base en la idea que no es posible ejercer ningún tipo de apropiación o exclusión sobre un derecho colectivo, efectuar una lectura desde la perspectiva del AED, por medio de la cual se evidencien las características propias de los derechos colectivos y los retos que debe considerar el legislador en el diseño de mecanismos que garanticen su protección.

En este orden se debe partir por reconocer que el AED plantea una visión incluyente que pretende conciliar la visión deontológica o del deber ser, a partir de la cual se construye el derecho y que supone que al cumplir con una serie de elementos de validez formal se producirá un efecto inmediato en el comportamiento del individuo; y a su vez la aproximación consecuencialista o teleológica que caracteriza a la economía (Lamprea, 2006), la cual supone por ejemplo, que un escenario deseable será aquel en donde se logre obtener el mayor resultado posible a partir del menor uso de recursos.

²¹ *vid.* Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de abril de 2002. Rad. 05001-23-31-000-2001-2012-01(AP-0388). C.P. Ricardo Hoyos Duque, citada en Sección Primera, Sentencia del 10 de Mayo de 2007. Rad. 76001-23-31-000-2003-01856-01. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón; Sección Primera, Sentencia del 20 de enero de 2005. Rad. 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP). C.P. Camilo Arciniega Andrade; Sección Primera, Sentencia del 18 de Marzo de 2010. Rad. 44001-23-31-000-2005-00328-01. C.P (e). María Claudia Rojas Lasso; Sección Primera, Sentencia del 19 de Noviembre de 2009. Rad. 17001-23-31-000-2004-01492-01(AP). C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y en Corte Constitucional; Sentencia T-49 del 24 de enero de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

De manera que con el AED se busca tener en cuenta tanto el deber ser como las consecuencias en el momento de desarrollar una nueva regla de juego, de crear mecanismos para garantizar el cumplimiento de derechos, de dar solución a los posibles conflictos que entre estos se pueda generar, así como también de reformar las reglas de juego existentes. Para este propósito ésta metodología de análisis intenta proporcionar un criterio que permita comparar entre dos situaciones (usualmente *ex ante* al cambio en la regla de juego y posterior a éste) para determinar si se logra un resultado superior tanto en términos de justicia (visión deontológica) como de eficiencia (visión económica).

Con todo, para entender claramente porque el AED nos puede ofrecer una respuesta más enriquecedora respecto de la comprensión de los derechos colectivos y sus mecanismos de protección, lo primero es proponer una interpretación a partir de tres elementos –propios del AED– que serán explicados someramente a continuación. En su orden, se tratan de: i.- El papel de los incentivos como orientadores de la conducta de los individuos y sus implicaciones respecto del derecho; ii.- La provisión de bienes públicos, así como las problemáticas asociados a la existencia de éstos y; iii.- Los problemas asociados a la acción colectiva.

3.1 El papel de los incentivos –económicos– como orientadores de la conducta de los individuos y sus implicaciones en el derecho.

Tal como lo mencionamos en la parte introductoria de este trabajo, desde la perspectiva del AED, una de las pocas normas jurídicas propias del sistema colombiano que podía entenderse claramente como un incentivo de naturaleza económica, eran precisamente aquellos indicados originalmente en los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998; empero, el hecho que en el caso de las normas derogadas se mencionará el derecho a obtener un pago (en dinero) como efecto de obtener determinado pronunciamiento judicial, constituye una sola circunstancia –demasiado evidente además– de cómo las normas pueden diseñarse explícitamente como un incentivo que modifique el comportamiento de los individuos. Sin embargo, lo que aún no resulta tan evidente o no es comúnmente aceptado, es que en últimas, prácticamente cualquier norma jurídica puede reinterpretarse como un incentivo tal y como se entiende desde la disciplina económica, dirigido a orientar la conducta individual hacia una dirección específica, procedemos a explicar brevemente esta “controvertible” cuestión.

Preliminarmente se debe indicar que reconocer que el individuo moldea su conducta a partir de incentivos implica necesariamente refutar la idea “tradicional” del derecho que supone que el individuo tiene el “deber” de cumplir y acogerse a una norma por efecto de circunstancias asociadas con la simple existencia, validez y/o valor intrínseco de la misma. Por el contrario, desde la perspectiva económica, asumir esta relación causal entre norma y acatamiento de la misma, excluyendo la forma de comportamiento racional de los individuos respecto de los sistemas de precios, implica necesariamente una interpretación “ingenua” respecto del accionar humano. Sobre el particular y en términos de Kornhauser (2002),

*“Las normas jurídicas influyen en el cálculo racional del agente, pero tal influencia difícilmente puede identificarse con la causa que motiva sus elecciones. (...) la ley no tiene fuerza normativa intrínseca; **la manera como la norma jurídica influye en el comportamiento no difiere de la manera como lo hace el precio o una amenaza**” (Kornhauser, 2002, pág. 39). (Negrilla fuera de texto)*

Esta particular forma de entender la funcionalidad de las normas jurídicas y su interacción con el comportamiento humano es desarrollada preliminarmente por dos autores de gran importancia para el movimiento del AED a partir de una serie de reflexiones en torno a la forma en cómo se asignan derechos de propiedad al interior de un sistema jurídico.

En primera instancia, Coase en su influyente trabajo sobre “el problema del costo social”, indica que la cuestión inmediata que resuelven los jueces y/o los legisladores (operadores del sistema) respecto de los derechos –de propiedad–²² es hacer una asignación o delimitación inicial de los mismos, sin embargo, el autor llama la atención a que muy rara vez aquellos operadores se preocupan por lo que en la realidad sucede posterior a dicha primera asignación (*vid.* Coase, 1992a, pág. 97). Esta particular visión de los juristas tradicionales respecto del funcionamiento del sistema es de suma preocupación para los economistas, pues muchas veces éstos últimos consideran extraños e incluso irrelevantes los factores en los que se sustentan las decisiones de los operadores del sistema, especialmente cuando estos acuden al concepto indeterminado de la justicia como base de las decisiones; pero al mismo tiempo, lo que si se estima como relevante desde la perspectiva del economista (*v.g.* las consecuencias económicas de la asignación de los derechos), muchas veces no es observado por los operadores al momento de tomar una decisión legal o judicial, lo que en últimas puede generar situaciones socialmente ineficientes y “paradójicamente” injustas (*vid.* Coase, 1992a, pág. 97, 102).

Consecuentemente, y tal como lo resalta posteriormente Posner (2007) al explicar las implicaciones del Teorema de Coase, la asignación o delimitación inicial del derecho de propiedad que hemos descrito, incluso cuando hay un conflicto entre diferentes agentes, no determina necesariamente cuál uso del mismo prevalecerá en última instancia en la realidad, ello siempre y cuando se permitan las transacciones y éstas no sean demasiado costosas (*vid.* Posner, 2007, págs. 96, 98). Adicionalmente, así como la cuestión inicial de la que se ocupan los operadores del sistema jurídico se refiere a delimitar o asignar inicialmente los derechos en cabeza de uno o varios agentes, cuando lo hacen, directa o indirectamente inciden respecto del nivel de riqueza y las transacciones que respecto de los mismos efectúan los mismos agentes posteriormente a dicha primera asignación, ya sea porque explícitamente se permite que dichas transacciones tengan lugar o no, o porque de permitirse, la misma asignación tiene la potencialidad de reducir los costos en que incurren los interesados para realizar transacciones.

En este orden de ideas, la asignación de los derechos efectuada por el operador del sistema define en últimas un conjunto de oportunidades relacionadas con la rivalización, exclusión y/o acción bien sea para un titular individualizado o para una colectividad indeterminada, lo cual en definitiva puede ser interpretado como una señal de “mercado”, un germen de un sistema de

²² Es importante señalar que la perspectiva *coaseana* del derecho propiedad, difiere drásticamente de la perspectiva jurídica tradicional, pero sin embargo la incluye; en efecto, tal como ya lo hemos señalado en trabajos anteriores, los juristas (pero incluso los economistas) yerran al comprender que la propiedad que se transa en los mercados corresponde solamente a entes físicos (o inmateriales, entendida esta como la propiedad intelectual), ello es en efecto un error pues en realidad se debería considerar que el objeto de las transacciones son “derechos” para realizar o no realizar ciertas acciones, y dichos derechos de “propiedad” son establecidos originalmente por parte del mismo sistema jurídico. En este orden de ideas, la concepción del derecho de propiedad para Coase es mucho más amplia que la que tradicionalmente suelen concebir los juristas cuando éstos se refieren por ejemplo, al derecho “real” de propiedad (*vid.* Coase, 1992b, pág. 25).

precios, que permite que los individuos y/o la colectividad construyan sus funciones de costos y beneficios a partir de las cuales deciden sus cursos de acción.

Así, y contrario a la lectura “ingenua” del derecho previamente descrita, desde la perspectiva del AED al darse la asignación de un derecho por parte del operador del sistema, el individuo (asignatario o no del derecho) efectuará un análisis costo-beneficio respecto de la utilidad que le puede generar usar, transferir, comprar, apropiarse, remover, usurpar y en últimas cumplir o no con la decisión del operador del sistema (v.g. el fallo judicial y/o la ley).

En este orden de ideas, las reglas de juego (las normas) tenderán a adoptar la misma función de los precios en un mercado, proporcionando señales en cuanto a los costos de cumplimiento o de incumplimiento de la norma o los beneficios asociados a cada curso de acción. De este modo, la norma en sí misma, y así no incluya explícitamente un valor que pueda interpretarse en términos monetarios, configura una función de “valor esperado” para la toma de decisiones de todos los agentes involucrados²³. Contemplemos un sencillo ejemplo para ilustrar esta particular idea.

Supongamos que en el país “*Limpiolandia*” la ley prohíbe la contaminación de las fuentes hídricas estableciendo una serie de penalidades monetarias para aquellos que incumplan el mandato legal²⁴. En este contexto, y suponiendo que las transacciones sobre el derecho se encuentran inicialmente prohibidas²⁵, un agente que en desarrollo de una actividad empresarial le implica verter residuos a un río examinará la situación evaluando el costo de contaminar (penalidad monetaria) y la probabilidad que ésta penalidad sea aplicada (eficiencia del sistema jurídico: capacidad de captura, capacidad de enjuiciamiento, etc.). De otro lado, ponderará los beneficios de verter los residuos para continuar con su actividad empresarial y la probabilidad de ejecutar esta acción. Formalmente este análisis se puede representar por la siguiente relación:

²³ En este caso se puede considerar como un análisis de “valor esperado” porque si el agente (destinatario de la regla) se comporta como demandante respecto del incumplimiento de la norma, entonces desde su perspectiva maximizadora, tratará de pagar el valor más bajo y/o de evadir el sistema de precios en sí, en otras palabras, tratará siempre de reducir el costo esperado asociado al incumplimiento. Pero, simultáneamente, si el operador del sistema jurídico (otro agente) es quien establece y se encarga de hacer pagar los valores dentro del sistema de precios, entonces tratará de aplicar el verdadero valor al demandante respecto de su conducta, o al menos tratará de evitar que aquel no evada el sistema, es decir, tratará de incrementar el costo esperado de su contraparte respecto del incumplimiento de la norma, lo cual inclusive puede llevar a maximizar los beneficios del mismo operador.

²⁴ En términos *coaseanos* esta hipotética norma puede interpretarse como la asignación inicial de un derecho en cabeza de la colectividad y/o del Estado a tener fuentes hídricas limpias, lo que implica una correlativa obligación de los potenciales contaminadores de mantener las fuentes hídricas en estas condiciones; empero, las normas sobre asignación de derechos deben indicar en principio si los titulares originales pueden o no efectuar transacciones sobre dicha asignación inicial, lo que puede implicar incluso la posibilidad de que estos permitan la contaminación a cambio de una remuneración que compense los efectos que puedan soportar como consecuencia de la actividad del contaminador interesado. De otra parte, utilizamos el término “penalidades monetarias” para ilustrar un potencial castigo en que incurriría el contaminador, consistente en el pago de una multa a favor del Estado por efecto de la actividad contaminante; sin embargo, dicho término puede ser modificado por otro como “la indemnización a los afectados”, caso en el cual el contaminador debería pagar directamente a los que deben soportar la contaminación por efecto de su actividad; en este último caso, si la indemnización puede ser determinada a través de un acuerdo de los interesados, entonces se podría indicar que el sistema permite en efecto hacer transacciones sobre la asignación que originalmente prohíbe la contaminación.

²⁵ En efecto, supondremos que las transacciones entre los interesados (v.g. asignatarios iniciales, Estado y contaminadores) respecto del derecho se encuentran prohibidas, situación que lleva al potencial contaminador a decidir entre modular su actividad y al mismo tiempo, calcular tanto el monto de la multa a pagar por efecto de su actividad, como la probabilidad de que ésta última sea efectivamente impuesta.

$$\text{Costo de Contaminar} = C_c \times P(c)$$

$$\text{Beneficio de Contaminar} = B_c \times P(c)$$

En este orden, el individuo calculará las dos situaciones y acorde con la siguiente tabla de posibles resultados tomará la decisión que mejor satisfaga sus intereses individuales:

Tabla N° 2.
Análisis Costo-Beneficio del cumplimiento o no de la norma.

Ponderación de situaciones	Decisión racional a tomar
Costo de Contaminar > Beneficio de Contaminar	Cumplir la norma
Costo de Contaminar < Beneficio de Contaminar	Incumplir la norma
Costo de Contaminar = Beneficio de Contaminar	Es indiferente cumplir o no la norma

Fuente: Elaboración propia

Con base en lo anterior se observa como la ley, incluso cuando las transacciones se encuentran prohibidas, se materializa al menos implícitamente en un precio (tal como se entiende en términos económicos) que ayuda a construir la ruta de acción de los individuos. Bajo este esquema si los precios establecidos por los operadores del sistema son adecuados y conjuntamente, existe una capacidad adecuada (que siquiera debe ser absoluta) tendiente a lograr el cumplimiento en la aplicación de mismos (v.g. probabilidad de aplicación de penalidades), las acciones no deseadas serán corregidas en su gran mayoría, facilitando con ello el cumplimiento de objetivos sociales.

Corolario de todo lo anterior lo constituye el hecho que entre más se aleje la norma o la actividad del operador jurídico de un sistema de precios, más difícil será corregir, incentivar y/o controlar determinada conducta que se espera realice o no realicen los destinatarios de las normas. Así mismo, y tal como se puede advertir, siquiera es necesario que los precios se expresen en valores que reflejen una suma convertible fácilmente en dinero; sobre este particular, y manera de ejemplo, en un también influyente trabajo de Becker (1968), el autor propone un modelo basado en la lógica de mercado que pretende analizar el porqué del comportamiento criminal en la sociedad y qué se puede hacer para desincentivar esta conducta a través de modificaciones en los sistemas de precios que inciden en la toma de decisiones de los delincuentes.

De otra parte, es posible incluso ampliar el concepto de incentivos con el fin de abarcar mayor cantidad de situaciones. Si bien usualmente se asume que en el derecho, los incentivos se materializan en un valor que puede ser monetizado (v.g. una multa, una indemnización, una subvención e incluso una sanción penal), lo cierto es que, aunque suelen ser los más fáciles de entender, diseñar e implementar a través de las normas jurídicas, no son los únicos factores que condicionan la acción del individuo. Para Levitt D. & Dubner (2006) dichos incentivos pueden ser además de tipo social y moral. Los primeros corresponden a aquellas sanciones que una colectividad impone en relación a un comportamiento deseado o inaceptable que puede desplegar un individuo. Así por ejemplo, mientras se aplaude o se condecora a aquellas personas que demuestran un alto compromiso social, se reprocha y señala a aquellos que saltan una fila o se comportan en contra de las reglas sociales. Por su parte los incentivos morales se relacionan con una esfera más privada de los individuos, en donde acorde con una escala de valores individuales cada cual determina si su comportamiento es aceptable o no.

Si bien los sistemas en los que surge una mecánica precios de tipo social o moral pueden ser incluso más efectivos que aquellos en los que los valores (de cumplimiento o incumplimiento) son mucho más fáciles de monetizar, el gran problema de los primeros es que, además de no poder implementarse a través de una norma jurídica, no existe ninguna “receta” lo suficientemente efectiva que constituya al menos el germen de esta mecánica. Adicionalmente, cuando los incentivos de tipo social o moral se encuentran presentes inicialmente, pero posteriormente se combinan con los de tipo económico (como en efecto sucedió con los arts. 39 y 40 de Ley 472 de 1998) se genera un caos insalvable (*vid.* Ariely, 2009, págs. 85–106) en el cual una vez se eliminan los segundos (como sucedió con la Ley 1425 de 2010), difícilmente los primeros vuelven a surgir.

Basados en la idea anterior, resultarían fácilmente refutables los argumentos expuestos durante los debates que sustentaron la expedición de la Ley 1425 de 2010, en los que se indica por un lado que *“En una democracia constitucional es, en extremo, deseable inducir una adhesión espontánea de los ciudadanos a los valores y principios consagrados en la ley... Esta adhesión supone una concepción participativa de la ciudadanía, volcada en la promoción del bien común expresado en la Carta Política.”* (Senado de la República, 2010, pág. 3), y por otro lado se indica que *“La evidencia muestra, así mismo, que el sistema de recompensas induce una profesionalización negativa de la defensa de lo público...”* (Senado de la República, 2010, pág. 3). Al respecto, y al margen de considerar como falsas o no las ideas transcritas, lo cierto es que, tal como lo acabamos de sustentar, cuando se está buscando la “adhesión espontánea” a un comportamiento socialmente beneficioso, la norma jurídica es muy poco lo que puede hacer en la consecución del objetivo; sin embargo, cuando se introduce un incentivo económico a través de la norma (*v.g.* la posibilidad de una recompensa monetaria), cualquier avance que se haya dado previamente para obtener una “adhesión espontánea” se puede convertir en un esfuerzo perdido, y al mismo tiempo, una vez se elimina el incentivo económico, es incluso más difícil retomar el camino previo para obtener el comportamiento socialmente beneficioso —espontáneo— a través de mecánica precios de tipo social o moral.

3.2 El problema de la provisión y administración de bienes públicos y recursos comunes.

Un segundo tema, que desde el punto de vista teórico resulta pertinente abordar para nuestros efectos, se relaciona con la administración y provisión de bienes públicos y recursos comunes. Anticipadamente y previo al análisis de las problemáticas asociadas a estos tipos de bienes o recursos, resulta relevante examinar las características de los mismos para comprender de mejor manera las razones que en efecto llevan a que se presenten problemas señalados.

Como punto de partida, 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 exclusión²⁶. La primera se refiere a un fenómeno que analiza como el consumo de un bien o recurso por parte de un agente “a” puede afectar el potencial consumo

²⁶ En este punto retoma relevancia la forma como desde la perspectiva *coaseana* se percibe el derecho de propiedad (*vid.* Nota *supra* 22), en efecto, si sobre un bien, recurso o incluso un derecho es imposible ejercer la exclusión de terceros a bajo costo, entonces las transacciones se verán drásticamente afectadas y eventualmente no se darán.

que de este mismo pueda hacer un agente “b”. Por otra parte, la capacidad de exclusión se relaciona con la posibilidad que tiene el agente “a” que usa, posee o ejerce un derecho sobre el bien de evitar iguales comportamientos por parte del agente “b” respecto del mismo recurso; al respecto, si la exclusión es posible y esta es económicamente viable, se suele utilizar un sistema de precios con el fin de determinar la mejor asignación y uso de los bienes o recursos.

Con base en las características mencionadas, los recursos comunes y los bienes públicos comparten como similitud el hecho de ser bienes no excluyentes, pero se distancian en cuanto que los primeros presentan rivalidad mientras que los segundos no. Con todo, en los dos casos, la incapacidad de exclusión puede provocar una serie de problemas respecto de la provisión eficiente de estos bienes, ello por cuanto,

“(…) si la participación en el consumo no se sujeta al pago, los agentes no se verán incentivados a revelar sus preferencias, existiendo incentivos para todos y cada uno de los agentes para participar como usuario gratuito («free-rider») de la provisión realizada por otros; al actuar todos los agentes de esta forma, el sistema de mercado tiene dificultades para funcionar” (Arias, 2004, pág. 188).

Dicho de otra manera, la inexistencia o imposibilidad de exclusión en este tipo de bienes genera dos tipos de incentivos respecto de los agentes en la sociedad. Por un lado, incentivos positivos para su aprovechamiento sin pago (comportamiento tipo *freerider*) e incentivos negativos en cuanto se desestimula su producción llevándola a cantidades inferiores a las socialmente deseables, ello, por cuanto es improcedente cobrar por el uso que terceros podrían ejercer sobre el bien o recurso en cuestión.

En este escenario, resultan evidentes los problemas, particularmente las ineficiencias que genera el hecho de que no sea posible poder excluir el ejercicio de un derecho; por otro lado, dicha imposibilidad de exclusión puede estar determinada por las características mismas del bien (v.g. el aire limpio, el conocimiento, la defensa nacional), o puede ser consecuencia de una decisión de Estado (v.g. los parques públicos, el sistema de salud). Sin embargo, tal como lo resaltamos previamente, para efecto de los derechos colectivos en nuestro país (al menos respecto de los más importantes), no es factible considerar que su naturaleza colectiva y más propiamente la incapacidad de exclusión sea una consecuencia de una decisión de Estado sino que ello deviene de las características mismas del bien o recurso en cuestión (*vid.* Anexo 1. Los Derechos Colectivos más).

Ahora bien, si el hecho de no poder excluir a terceros respecto de un bien o recurso es la causa última de los problemas señalados, entonces la solución más elemental sería precisamente establecer, en ocasiones a través de una decisión de Estado y/o una norma, un mecanismo de precios y por tanto, permitir que el mercado lleve a revelar las verdaderas preferencias de los individuos respecto del consumo y producción del bien o recurso; en este sentido sería posible, por ejemplo, generar incentivos para la producción privada de este bien, lo cual podría llevar a una solución en donde se implemente la posibilidad de exclusión²⁷; no obstante, esta posible

²⁷ Es pertinente mencionar que suelen proponerse dos alternativas para fomentar la producción de este tipo de bienes (públicos o comunes), que no están ajenas a las críticas. Una de ellas corresponde a la producción pública, cuyo problema esencial consiste en que el Estado posee una restricción presupuestal que en todo caso, también podría no llevar a una producción socialmente deseable. La segunda solución corresponde a una producción privada del bien en donde el Estado a través de reglas legales faculta a los individuos para cobrar por su uso (v.g.

solución puede provocar que muchos agentes que deseen consumir el bien “público”, no lo puedan hacer debido a la restricción presupuestal que implica tal situación, lo cual en últimas se reduce a un problema de subconsumo. En otras palabras, la imposibilidad de exclusión respecto de los bienes públicos presentan una doble problemática tanto en la existencia de éstos como en la solución tradicional a saber: por un lado, la ausencia de mecanismos de exclusión provoca la aparición de *freeriders* y el consecuente suministro ineficiente; de otro lado, si se brindan herramientas que permitan excluir y así contrarrestar a los agentes oportunistas se presenta un problema de subconsumo del bien (Stiglitz, 2000, pág. 151).

Con todo, la en ocasiones necesaria existencia de este tipo de bienes (públicos y comunes), en los cuales es improcedente ejercer la exclusión (como sucede respecto de los derechos colectivos) nos lleva al tercer punto propuesto para esta sección. Esto es, precisamente, los problemas que se deben enfrentar para garantizar una provisión eficiente de los mismos, los cuales en gran parte se encuentran asociados a la asimetría de información, la cual conjuntamente con estos bienes es considerada como una falla de mercado en sí misma.

3.3 Los problemas asociados a la acción colectiva.

Como se indica, este último punto se relaciona con los problemas de acción colectiva. Como lo resalta Jordana (2007), el tema de la acción colectiva tiene en el trabajo *The logic of collective action* de Mancur Olson (1965) una de las propuestas más relevantes en el análisis de los problemas de coordinación que se derivan de los intereses individuales y los intereses de una colectividad cuando se persigue la provisión eficiente de un bien público, así, la acción colectiva no es otra cosa que “(...) la participación de un grupo de individuos con la intención de realizar un fin determinado” (Armellino, 2007).

Al hablar en la subsección anterior respecto de los bienes públicos, se deduce como éstos se consideran como una falla del mercado y cuyo mayor problema se relaciona con la construcción de incentivos que permitan salir del dilema de producir, como lo denomina Stiglitz, una ineficiencia estática o una dinámica²⁸ (2000, pág. 381) y lograr así su producción eficiente. En este orden, la relación de los bienes públicos con el problema de la acción colectiva se manifiesta con la ineficiencia dinámica y el problema del *freerider*. Así, en la producción de un bien o recurso público uno de los problemas más complejos es la imposibilidad de exclusión de agentes en el consumo de este por parte de terceros, ello por los altos costos de monitoreo que implica para el productor del bien verificar que los beneficiarios del mismo correspondan a quienes están pagando por ello y a su vez poder sancionar a quienes se benefician sin pagar.

concesiones viales sostenidas con peajes, parques naturales administrados por privados). Los posibles efectos negativos de ésta última solución son señalados arriba.

²⁸ La ineficiencia dinámica describe una situación en donde la producción del bien público es subóptima como consecuencia de la imposibilidad que tienen los agentes productores de excluir, por ejemplo vía precios, en el consumo del bien y así recuperar la inversión en factores productivos necesarios para la producción de éste. La situación mencionada habla concretamente del problema del *freerider* que se deriva de la imposibilidad de exclusión de los agentes. Ahora bien, supóngase que el Estado otorga incentivos al agente para producir el bien público a través de la posibilidad de excluir a quienes no pagan por el uso del mismo (considérese por ejemplo el sistema de patentes), con ello se resuelve la ineficiencia dinámica pero se da paso a otra ineficiencia dinámica. Esta última consiste en la limitación para aquellos individuos que necesitando o deseando consumir el bien no lo pueden hacer como resultado de la exclusión, provocando, como se mencionó al hablar de los bienes públicos, el subconsumo del bien, lo cual también es ineficiente.

En este punto, resulta relevante retomar lo mencionado al inicio de esta sección, cuando indicamos que al margen de que la jurisprudencia y doctrina local hayan resaltado que los derechos colectivos (v.g. seguridad y salubridad públicas, medio ambiente sano y espacio público) no son susceptibles de apropiación individual y además que respecto de los mismos, no sea posible ejercer la exclusión de terceros, lo cierto es que la visión jurídica tradicional tiende a perder de vista que estas características de los derechos colectivos no dependen de una decisión, de una norma contenida en el sistema jurídico como tal, sino que ello depende de la naturaleza misma de los derechos. En efecto, si suponemos por un momento que este tipo de derechos dejan de considerarse como colectivos es poco probable que por esto, aquellos dejen de existir, el problema que subsiste se circunscribe a decidir si acaso ¿El derecho debe seguir siendo proveído? y si la respuesta es afirmativa, lo más importante es resolver el problema de ¿Cómo se provee de una manera eficiente el derecho, el bien o el recurso, si en el fondo es antieconómico ejercer la exclusión? Bajo este contexto, resulta evidente la descalibración entre los intereses del particular que produce o pretende producir el bien y los intereses “colectivos” de quienes desean o necesitan beneficiarse y que hacen evidentes los problemas señalados en la anterior subsección.

Para Olson (1992), dicho problema es relativamente sencillo de solucionar cuando los grupos son pequeños, puesto que permite identificar quién produce, quién aporta en la producción del bien, y quién se beneficia, a partir de lo cual resulta posible compensar el trabajo aportado y el beneficio obtenido, en otras palabras, en grupos pequeños la producción de bienes públicos resulta menos compleja por cuanto los costos de transacción son bajos, así como el número de individuos que participaran en la división de los beneficios de la producción del bien público.

No obstante, como lo presentan estudios posteriores, no se debe perder de vista la relevancia que representa evaluar las características y la función de producción del bien público, en cuanto que esto incide de manera definitiva en la forma en que se estructuran los intereses de la colectividad y la lógica de interacción de ésta (Jordana, 2007). A su vez, también es importante considerar que las motivaciones de la acción colectiva no solo responden a factores económicos, también allí se alojan factores como búsqueda de solidaridad y de identidad (Melucci, 1999).

Ahora bien, para el caso en que el cual la producción del bien público se asocie a un grupo numeroso de partes, los costos de transacción aumentan²⁹. Entre otras razones que explican esta situación se encuentran: 1.- El aumento de los costos de negociación y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos alcanzados; 2.- La asimetría de información de los agentes que están relacionados con la producción y consumo del bien, es decir, con la acción colectiva.

De estos dos últimos elementos cabe mencionar que la asimetría de información, entendida como una falla de mercado, explica la aparición de comportamientos oportunistas tales como el del *rent seeking* y el mismo del *freerider*, además de fenómenos que llevan a la toma de decisiones con resultados subóptimos como el riesgo moral y la selección adversa. Esta falla del mercado surge como resultado de dos fenómenos, el primero de ellos el costo de acceso a este bien. Este costo actúa como una restricción derivada de la cantidad de recursos con los que

²⁹ En una función de producción de un bien público, los costos de transacción están determinados por el número de partes que intervienen tanto en la producción como en el consumo del bien y por las características del bien a producir. Lo anterior se puede expresar de la siguiente manera: $Ct = f(N_a, C_b)$ Donde Ct = Costos de transacción; N_a = Número de agentes; C_b = Características del bien.

cuenta un agente para acceder a mayores cantidades de información. En segundo lugar se encuentra el reconocimiento de la limitación cognoscitiva de los agentes, lo cual implica la aparición de retos para su interpretación y análisis³⁰.

En razón a lo anterior, una alternativa que propone Olson para tratar de dar solución a la producción de bienes públicos por medio de la acción colectiva se centra en el uso de incentivos selectivos, los cuales “se aplica[n] selectivamente a los individuos según contribuyan o no a procurar el bien colectivo (...) [los cuales] pueden ser negativos o positivos” (1992, pág. 206). Esta forma alternativa de clasificar los incentivos, independiente de si son económicos, sociales, morales o una mezcla de estos, se aplica sobre quien produce el bien, objetivo o comportamiento esperado o no.

Así, como se planteó al hablar de los incentivos y su relación con conducta humana, se encuentra como en este caso se les asigna el papel de servir como mecanismo detonante para que la acción colectiva se materialice en la producción del bien público deseado o necesitado por la colectividad. Con este incentivo selectivo se pretende aumentar la magnitud de la utilidad/beneficio marginal que la acción colectiva reporta para el o los individuo(s) que deciden actuar en procura de la provisión del bien público.

Como resulta evidente, en ausencia de este tipo de mecanismos, la utilidad para cada agente miembro de la colectividad decrecerá en función del aumento en el número de partes interesadas³¹. Lo cual no es otra cosa que la idea de Olson en relación a que:

“(...) cuanto mayor sea la cantidad de individuos o empresas que se beneficien de un bien colectivo, menor será el porcentaje de ganancias obtenidas a través de la acción a favor del grupo que le va a corresponder al individuo o empresa que lleva a cabo la acción. Así, en caso de no existir incentivos selectivos, el incentivo de la acción de grupo disminuye a medida que aumenta el tamaño del grupo, de modo que los grandes grupos están menos capacitados que los pequeños para actuar a favor del interés común” (Olson, 1992, pág. 216).

Para efectos de finalizar la presente sección, es importante recalcar que esta pretende formular tres aproximaciones teóricas que en conjunto permiten explicar las problemáticas asociadas a la provisión y administración de los derechos colectivos, así como a sus mecanismos de protección, en el siguiente apartado haremos uso de dichas aproximaciones, en conjunto con lo indicado en la segunda sección para efectos de destacar las cuestiones que acentúan la eliminación de los

³⁰ La consideración de información asimétrica tiene además una fuerte repercusión sobre el comportamiento del individuo. De la mano con la idea del mercado perfecto se supone que el individuo actúa según otra abstracción económica, el modelo del *homo economicus*. Este modelo supone que los hombres son seres racionales, maximizadores y egoístas. Sin embargo la idea de racionalidad perfecta que supone esta abstracción puede ser puesta en duda fácilmente, o caso ¿cómo es posible tomar una decisión racional cuando la información no es completa?, a su vez, es innegable que el acceso a la información está inserto en un mercado en donde alcanzar mayores y mejores niveles de ésta última, se encuentra en función del nivel de recursos de los que disponga el individuo, y por tanto, aquellos con mejores dotaciones materiales (Rawls, 2010), podrán tener una posición privilegiada frente a quienes su restricción presupuestal tan solo facilita el acceso a un nivel básico de este bien. Por otra parte, desde hace varias décadas, diversos estudios han demostrado que aún si no existieran la limitación anterior la capacidad de racionamiento del individuo es de por sí limitada (Simon, 1955).

³¹ De manera coloquial se puede expresar que “entre mayor sea el número partes, menor será la porción de la torta a disfrutar”.

incentivos económicos consignados originalmente en la Ley 472 de 1998 y los problemas a los que nos lleva la errónea interpretación del Gobierno Nacional y el Legislador respecto de los derechos colectivos y sus mecanismos de protección.

4 UNA MIRADA A LOS DERECHOS COLECTIVOS Y LAS ACCIONES POPULARES DESDE EL AED: *freeriders*, bienes públicos y acción colectiva.

Tal como lo anticipamos en la parte introductoria, los elementos aportados en las dos secciones precedentes permiten aproximarnos al objetivo del presente trabajo, particularmente 1.- Proporcionar una serie de argumentos que permitan en primer lugar, entender desde la perspectiva propia del AED, las problemáticas y consecuencias asociadas a la visión actual que defiende el legislador colombiano en torno a los derechos colectivos; y 2.- Proponer un modelo teórico preliminar que puede señalar algunas alternativas regulatorias para tratar de abrir el debate en torno a la corrección de la falla señalada y cumpliendo con tres restricciones a saber: evitar que se afecte el erario; no propiciar la congestión judicial; y alcanzar un superior de Pareto que lleve a la protección de los derechos colectivos.

4.1 Consecuencias económicas de la visión actual del legislador en torno a los derechos colectivos y las acciones populares.

Inicialmente es importante recalcar que los derechos colectivos se pueden considerar como un bien público. Como se señaló, este tipo de recursos no dan espacio a su apropiación particular ni a su exclusión, más aún si se predicen sobre una población indeterminada (*vid.* Anexo 1). 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 de 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.

En este orden, resulta irrefutable considerar que los derechos colectivos, interpretados como bienes públicos, sufren los mismos problemas asociados con la provisión de estos así como los propios de la acción colectiva. Puntualmente las dificultades aparecen cuando el Estado debe proveerlos y no hay posibilidad de exclusión, lo cual se torna relevante en el momento en que son amenazados, puestos en peligro o vulnerados y que por tanto, debe hacerse cesar una actividad y preferiblemente se debe restablecer el derecho a su estado inicial, todo ello a partir de una acción judicial que permita al menos hacer cesar una actividad que impide la provisión adecuada del derecho colectivo y eventualmente llegar a una situación equiparable –que le sea indiferente– a los individuos antes de la actividad³²; no obstante, las cuestiones problemáticas

³² Es importante aclarar para nuestros efectos, que tal como lo establece el Art. 2 de la Ley 472 de 1998, el objetivo de las acciones populares es “... evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.” Tal como lo especifica la misma norma, el fin de las acciones implica necesariamente hacer cesar o evitar una actividad que ponga en peligro, amenace o vulnere un derecho colectivo, lo que hace suponer que una vez controlada la actividad, el derecho colectivo queda garantizado; por otra parte, de manera preferente se debe tratar de volver la situación a su estado inicial, lo cual hace suponer que en este segundo caso, controlar la actividad no es suficiente para garantizar la provisión del derecho sino que además es necesario iniciar otra actividad que garantice tal provisión.

asociadas a los derechos colectivos en el marco de los bienes públicos, la acción colectiva y los precios implícitos son inclusive más complejas.

En primera instancia, al ser los derechos colectivos asignados a una población indeterminada (tal y como lo entiende la tradición jurídica) ello implica desde la teoría económica, aceptar que el beneficio social que deviene de su provisión, equivaldría al valor de aquel, dividido entre la cantidad de agentes que hagan parte de tal comunidad indeterminada; pero, al mismo tiempo, y de manera paradójica, estimamos que no es posible deducir el beneficio social a partir de la sumatoria y mucho menos la multiplicación de los beneficios individuales, ello por cuanto: 1.- Es imposible conocer la magnitud individual de tal beneficio sin conocer el valor colectivo, y 2.- No es factible determinar quiénes son los individuos que conforman la comunidad y de conocerse³³ (lo cual sería de por sí una contradicción con la noción jurídica de los derechos colectivos), los beneficios individuales podrían ser tan reducidos –comparados con los costos individuales asociados a obtener la provisión– que cualquier intento de obtener el beneficio colectivo a partir de la acción motivada por la búsqueda del beneficio individual que deviene de aquel podría calificarse como un comportamiento antieconómico. En otras palabras, si suponemos que la provisión de un derecho colectivo implica un beneficio “colectivo”, en todo caso la utilidad individual sería una fracción insuficiente o al menos indeterminada para reconstruir aquel, y que además debería ponderarse con los costos individuales (determinables) asociados a lograr la provisión. Con todo, y siguiendo las ideas presentadas en la sección anterior, lo cierto es que no contemplar el problema indicado, implica perpetuar una situación en que no existirán incentivos individuales que procuren la defensa del bien público transgredido, lo cual se traduce entonces en una provisión insuficiente del derecho colectivo; no obstante, esto es precisamente lo que está propiciando el legislador colombiano al eliminar los incentivos económicos establecidos inicialmente en la Ley 472 de 1998.

De otra parte, en la sección anterior indicamos que los individuos responden a las normas jurídicas de la misma forma cómo responden a los precios en los mercados explícitos, lo que supone la necesidad de adaptar implícitamente el análisis costo-beneficio que se hace en estos últimos incluso en lo que tiene que ver con las áreas reservadas al derecho. Considerar algo diferente, implica una perspectiva “ingenua” del comportamiento humano en el derecho, no obstante, esta última es precisamente la visión de la que parte el legislador colombiano en el caso que nos ocupa, tal y como procedemos a argumentar.

En efecto, indicamos previamente que el legislador colombiano supone que en una democracia constitucional como la nuestra, es deseable inducir a los individuos a que se adhieran espontáneamente a los valores y principios del derecho, lo que implica la participación individual en la promoción del bien común, cuestión que se torna relevante en materia de derechos colectivos (*vid.* Senado de la República, 2010, pág. 3). Evidentemente, no podemos ir en contra de esta “loable pretensión” del operador jurídico, sin embargo, lo que no nos dice éste es cómo se logra ésta participación “espontánea” prescindiendo de beneficios individuales³⁴. Al respecto,

³³ Esto implica poder resolver lo concerniente a la revelación de preferencias en cuanto a la cuantificación del beneficio individual, sin embargo, este es de por sí un problema que difícilmente se puede afrontar de manera satisfactoria.

³⁴ De hecho, no deja de ser paradójico defender la necesidad de “inducir” a los individuos que se adhieran “espontáneamente” a un comportamiento, ello por cuanto una conducta espontánea es precisamente aquella que no fue incentivada por una causa externa al individuo, y si esta última existió, entonces el comportamiento deja de ser espontáneo.

es “ingenuo” insistir en que los individuos se van a volcar a promocionar y/o a proteger el bien común, asumiendo individualmente los costos que ello implica y sin recibir un beneficio particular que al menos iguale los costos en que se incurren por actuar y/o sin que exista la posibilidad de apropiarse exclusivamente de dichos beneficios.

Insistir en la posición del legislador colombiano en cuanto al comportamiento individual esperado en relación con lo colectivo implica en últimas, desconocer la racionalidad maximizadora que determina realmente la conducta humana. De hecho, para el mismo legislador resulta reprochable, sin fundamento alguno, que los individuos actúen motivados en la obtención de algún beneficio individual cuando se trata de defender intereses colectivos³⁵; en este punto, además de la “ingenuidad” de la posición, éste argumento es insostenible pues para defenderlo, se debe suponer: 1.- Que la racionalidad individual maximizadora es algo descartable y que el sistema jurídico puede incluso lograrlo; 2. - Que se puede determinar *ex-ante* y externamente cuando la racionalidad actúa y cuando no, o 3.- Que en todo caso, aceptando la recurrencia del comportamiento maximizador, existe adicionalmente algún mecanismo lo suficientemente consistente que permita internalizar individualmente el interés colectivo.

Por el contrario, desde la perspectiva económica, al reconocerse la teoría de los precios implícitos en relación en nuestro análisis, implica aceptar que en materia de costos y beneficios asociados a la provisión de derechos colectivos se presenta un desfase inicial entre los intereses sociales e individuales que debe corregirse de alguna manera; así, mientras los primeros pueden ser muy significativos, lo cierto es que para lidiar con ellos (*v.g.* reducir los costos y/o maximizar los beneficios sociales) es imperativo que los segundos sean lo suficientemente significativos como para inducir un comportamiento individual determinado que de por sí implica costos (*v.g.* iniciar y conducir una acción popular). Sobre este punto, indicamos que en el estado actual de cosas, los beneficios individuales en materia de derechos colectivos son reducidos o al menos indeterminados, si además de ello, imponemos un costo individual adicional al asociado a la afectación del derecho que el individuo en todo caso debe soportar, entonces con mayor razón, el agente no tendrá incentivos (más bien habrá desincentivos) para que a través de un comportamiento individual se procure la provisión de derechos colectivos.

Con todo, antes de la expedición de la Ley 1425 de 2010, los incentivos contenidos en los artículos derogados por el legislador se podían entender claramente como un sistema de precios que incentivaban selectivamente la generación de una conducta en particular entre los agentes, y que por tanto, daba señales sobre las preferencias individuales respecto de la conducta como tal. Por otro lado y tal como también lo mencionamos, la teoría de los precios implícitos nos indica que en la medida que el cumplimiento de la norma implique un costo más alto para el destinatario de la misma, este incurrirá en menor medida en la conducta descrita en el precepto normativo; del mismo modo, si la norma implica un precio a pagar pero a favor del destinatario de la misma (un beneficio individual), entonces éste tratará de incrementar su accionar tal como se describe en el precepto normativo.

³⁵ Particularmente, en las ponencias de la Ley 1425 de 2010, se indica que en relación con las acciones populares, “...los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998 establecen un sistema de recompensas, o retribuciones, que en nada corresponde a las motivaciones esperadas de los ciudadanos al momento de defender intereses públicos o colectivos.” (Senado de la República, 2010, pág. 3). Al respecto, si las motivaciones de los ciudadanos respecto de lo colectivo no deberían basarse en la obtención de un beneficio individual, entonces ¿Qué sistema podemos proponer para eliminar este tipo de comportamientos “indeseables”?

En el estado actual de cosas, la estrategia propuesta por el legislador colombiano deja incólumes los costos asociados a la conducta de los agentes, pero al mismo tiempo, afecta drásticamente los beneficios individuales, con lo cual logra que en efecto se desincentive la conducta, (v.g. que disminuya la magnitud de las acciones populares), lo cual reduce potencialmente la congestión judicial, pero puede generar unas consecuencias negativas incluso superiores a las que está tratando de controlar³⁶.

Lo indicado implica en últimas y en todos los casos, reiterar la importancia de evaluar los efectos que tienen las decisiones del operador jurídico en el comportamiento individual, pero descartando definitivamente la visión ingenua que hemos criticado, lo que implica considerar el análisis costo-beneficio individual determinado por el contexto en que se desenvuelve el agente, en el cual, el marco normativo es una de las variables a considerar. Detallemos brevemente la posible estructura de este análisis en el caso que nos ocupa, particularmente en lo referente a la decisión de los potenciales accionantes populares, resaltando en cada punto las problemáticas que deben enfrentarse:

- **Respecto de los costos:** En la situación actual son claros los elementos que originan costos para quienes pretenden por la vía judicial obtener la protección de un derecho colectivo (los accionantes), siendo el más relevante de ellos, el costo del proceso judicial en sí (v.g. pagos de honorarios de abogados, vigilancia del proceso, asistencia a diligencias, recolección de pruebas, etc.) el cual, como indicamos, no fue modificado por el legislador con la Ley 1425 de 2010; sin embargo, teniendo en cuenta que para efectos de iniciar y conducir una acción popular es necesaria la participación de un único agente, entonces el problema más relevante para éste se referirá a cómo lidiar o desincentivar la aparición de conductas tipo *freerider* dentro de la comunidad indeterminada, el cual se materializa en la no necesidad de que algún otro miembro de la comunidad deba ayudar a soportar el costo asociado al proceso judicial.

En segundo lugar, existen otros costos que no soportan exclusivamente los accionantes, sino que se diluyen entre una amplia variedad de agentes, particularmente nos referimos a los costos asociados a la congestión judicial y las afectaciones al erario por efecto de fallos condenatorios ³⁷ ; cada uno de estos dos últimos podría considerarse individualmente como una forma de externalidad negativa, la cual representa una falla en sí misma; sin embargo, teniendo en cuenta la naturaleza de esta última, lo cierto es que la magnitud que debe soportar cada agente (incluyendo a los accionantes populares) es extremadamente reducida, por lo que su consideración dentro de un análisis costo-beneficio tiene de por sí un efecto mínimo o incluso irrelevante.

³⁶ Tal como indicaremos más adelante, la decisión del legislador puede llevar a que los costos sociales se incrementan a un nivel que incluso podría ser superior al que se está tratando de controlar, todo ello, como un resultado de no tener en cuenta las posibles consecuencias económicas de una decisión tomada al interior del sistema jurídico.

³⁷ Respecto del costo asociado a la congestión del sistema judicial, es claro que tal como indicamos previamente, la existencia del mismo fue uno de los elementos en los que se basó el gobierno nacional para soportar la expedición de la Ley 1425 de 2010. De otra parte, respecto de las afectaciones al erario, las mismas se deben entender en el sentido de que mayoritariamente, la protección de un derecho colectivo implica un gasto que el mismo Estado debe soportar.

- **En relación con los beneficios** derivados de las acciones individuales, el más claro de ellos es el relativo a la obtención de la protección de los derechos si es que se da un fallo judicial que lo ordene así, sin embargo y tal como sucede con los costos relacionados con la congestión judicial y la afectación negativa al erario, dicho beneficio que incluso es incierto, también se diluye entre una amplia variedad de agentes, que en este caso podría entenderse como una externalidad positiva. Adicionalmente, en la sección segunda anotamos que el derecho colectivo excluye *per-se* la posibilidad de prevalencia de intereses individuales, lo que a su vez, supone la posibilidad de que cualquier individuo dentro de la comunidad indeterminada pueda acudir a la jurisdicción y/o al proveedor del bien en procura de defender, proteger y/o garantizar la provisión de éste, pero cuando lo hace, se logra paradójicamente la protección simultánea tanto de intereses colectivos como individuales; nuevamente, tanto la generación de externalidades positivas, así como imposibilidad de hacer prevalecer intereses particulares, anticipan la aparición de comportamientos tipo *freerider* dentro de la comunidad³⁸, así como exacerban los problemas asociados a la acción colectiva y los propios de los bienes públicos.
- De otra parte, es factible considerar que un posible beneficio individual para el accionante lo constituya el eventual incremento en la reputación del mismo³⁹, empero tal como lo indica Ostrom, si bien la reputación de un individuo puede transmitir información “positiva” para una interacción futura de éste con los demás agentes del colectivo, su problema radica en que el beneficio para aquel tiende a disminuir de manera inversa al número de beneficiarios de dicha acción (Ostrom, 2010, págs. 158-159); lo anterior por cuanto la reputación se puede materializar como un beneficio solamente si es posible identificar quién hace qué dentro de la sociedad, no obstante en grupos grandes e indeterminados es improbable tal individualización y por tanto resultaría compleja la materialización del beneficio, tal y como se analizó al hablar de los problemas de acción colectiva en la sección anterior.

En este orden de ideas, y bajo las circunstancias regulatorias actuales en el país, un análisis costo-beneficio efectuado por el potencial accionante popular lo llevará a considerar en primera instancia los costos individuales de iniciar la acción (los precios del proceso judicial), y de manera marginal consideraría los costos sociales asociados a la generación de externalidades negativas; por otro lado, respecto de los beneficios, además de los efectos marginales e inciertos generados por un fallo judicial condenatorio, así como los problemáticos beneficios relativos a la reputación del accionante, no existe ningún otro beneficio aparente que entre dentro del análisis individual. Adicionalmente tanto respecto de los costos como de los beneficios, el accionante

³⁸ Se podría argumentar en contra de esta idea, que el beneficio que le puede generar a terceros el resultado de una acción judicial es irrelevante para el actor popular, pues al menos este recibe el mismo beneficio que los demás, (v.g. un mismo medio ambiente sano, las mismas condiciones de seguridad y salubridad públicas, el mismo espacio público libre de invasiones, etc.), sin embargo, aceptar este argumento implica reconfirmar que solamente cuando hayan unos fuertes incentivos individuales (v.g. que los costos por no actuar sean superiores a los de actuar), la acción popular se generará; pero, ello simplemente corrobora la necesidad de contemplar la situación a partir de la decisión basada en un análisis costo-beneficio y no como un comportamiento espontáneo que se espera “ingenuamente” de los individuos.

³⁹ Según Panchanathan y Smith (2010), la reputación se puede entender como una “... *síntesis del comportamiento pasado de un individuo frente a terceros, tal como lo interpreta la comunidad o un conjunto agregado de sus preferencias*” (Panchanathan & Smith, 2010, pág. 3)

deberá lidiar inevitablemente con comportamientos oportunistas tipo *freerider*, lo que en últimas llevará a que el actual sistema de precios lleve a una reducción drástica tanto de los actores como de las acciones populares, incluso a un nivel inferior al socialmente deseable; la siguiente tabla resume lo recién indicado:

TABLA N° 3 Posibles variables a considerar en un análisis costo-beneficio para un accionante popular

Costos	Objeciones
Proceso judicial	El costo lo asume el accionante
Congestión judicial	Se diluye entre varios agentes; constituye una externalidad negativa; el costo social generado es irrelevante para el accionante.
Afectaciones al erario	Se diluye entre varios agentes; constituye una externalidad negativa; el costo social generado es irrelevante para el accionante.
Conductas tipo <i>freerider</i> en el trámite judicial.	El costo no puede ser controlado por el accionante.
Conductas tipo <i>freerider</i> en los beneficios de la sentencia.	El costo no puede ser controlado por el accionante, se acentúa con la imposibilidad de exclusión del beneficio.
Beneficios	
Protección del derecho colectivo	Se diluye entre varios agentes; materialización se dificulta con la imposibilidad de exclusión del beneficio.
Incremento en la reputación individual	Si el grupo es grande, el beneficio es difícil de materializar; se acentúa con la imposibilidad de exclusión del beneficio.

Fuente: Elaboración propia

Con todo lo indicado hasta este momento y aceptando la recurrencia de la maximización individual y la importancia del análisis costo-beneficio, la pregunta sería entonces cómo lograr que alguno de los individuos indeterminados de la comunidad (o de los demás actores autorizados por en el artículo 12 de la ley 472 de 1998), tengan incentivos suficientes para exigir la protección del derecho, es decir, que se propicie la provisión o defensa del bien mencionado. Sobre este punto en particular y siguiendo a Olson (1992), el punto crítico en materia de los bienes públicos radica en que el beneficio o ganancia que logra obtener un agente (v.g. el que interponga la acción popular) gracias a su esfuerzo particular, es compartido por todos aquellos que tienen el mismo interés, puesto que es imposible excluir a alguien del beneficio (Olson, La lógica de la acción colectiva, 1992, pág. 204)⁴⁰.

Desde luego esta posición sería controvertible por cuanto es posible que se presenten situaciones en donde a pesar que la falta de incentivos individuales para colaborar sea alta, se interpongan acciones populares. Sin embargo, estos casos corresponderían a situaciones extremas en donde la afectación de los derechos colectivos fuese tal, que el beneficio individual luego de dividir las ganancias obtenidas al interponer una acción popular y obtener un fallo que satisfaga las pretensiones del actor, supere los beneficios asociados a la decisión de no actuar y/o esperar que un tercero accione⁴¹. Con todo, este caso extremo reconfirma que a menos que

⁴⁰ Tal y como lo señala el mismo autor, "... [l]os individuos y las empresas que se ven beneficiados por su acción, en un sentido general, carecen de incentivos para colaborar voluntariamente en esa acción" (Olson, La lógica de la acción colectiva, 1992, pág. 206).

⁴¹ Sin embargo, salvo en un escenario de pleno altruismo por parte de la comunidad afectada, se establece esta situación como algo extremadamente excepcional.

existan altos costos individuales asociados a la inacción, ninguno de los agentes afectados iniciará el proceso tendiente a la provisión del bien público y/o organizar la acción colectiva; adicionalmente, es fácilmente advertible que esta situación configura un grupo de casos en donde los costos sociales serían cuantiosos y no habrían incentivos para procurar la protección del derecho en una etapa temprana de su vulneración, a pesar de que esto último claramente implica menores costos para la reparación o prevención del daño⁴². En otros términos, se podría afirmar que solamente en casos extremos existirían incentivos individuales suficientes que permitirían alinear los intereses colectivos de tal forma que se logre interponer una acción popular con el fin de proveer el bien público; sin embargo, en una situación anterior, con todo y la existencia de la vulneración del derecho colectivo, en donde el costo individual de no buscar la provisión del bien público (no accionar) no supera al costo individual de lograr tal provisión (accionar), no habrá interposición de acciones, aun cuando los costos totales asociados a la provisión sean inferiores a aquellos se darían cuando la afectación al derecho colectivo fuese más significativa⁴³.

En este orden, resulta nuevamente irrefutable el papel que juegan los incentivos individuales para lograr que los intereses de una colectividad se alineen de tal forma que se logre hacer uso de acciones populares como vehículo para la protección de los derechos colectivos. De hecho, el papel que juegan aquellos se torna más relevante en cuanto aumenta el número de individuos que hacen parte de una colectividad que debe o requiere proveer un bien público, que en el caso de los derechos colectivos se manifestaría en el número de individuos que hacen parte de la población indeterminada que se ve afectada por la trasgresión del derecho.

Al margen, es posible afirmar que cuando un grupo es bastante pequeño y sus miembros sean determinados, es muy probable que se logre coordinación interna (se acuerde la dirección de la acción colectiva como tal) y la consecuente provisión del bien público perseguida, ello aún en ausencia de incentivos externos (Olson, 1992, pág. 214). Lamentablemente, esta no es la situación que describe la realidad de los derechos colectivos, pues normalmente ellos no se refieren a grupos pequeños, y además el simple hecho de tratar de delimitar el grupo implica una contradicción con la noción jurídica básica del derecho colectivo. En contraste, y tal como se mencionó previamente,

“(...) cuanto mayor sea la cantidad de individuos o empresas que se beneficien de un bien colectivo, menor será el porcentaje de ganancias obtenidas a través de la acción a favor del grupo que le va a corresponder al individuo o empresa que lleva a cabo la acción. Así, en caso de no existir incentivos selectivos, el incentivo de la

⁴² Considérese el caso de la vulneración del espacio público. El agente, usualmente el Estado, solo iniciará la protección del derecho colectivo cuando la vulneración del derecho la convierte una problemática social de grandes dimensiones implicando con ello cuantiosos gastos para su recuperación, a pesar de haber podido invocar la protección del derecho en una etapa temprana. Este análisis aplica para otros derechos como el del medio ambiente sano. El individuo solo promoverá la provisión del bien público (uso de acciones populares) cuando la afectación de un ecosistema sea notoria y preocupante, momento en el cual la recuperación del mismo será alta o probablemente inalcanzable.

⁴³ Eventualmente se puede criticar a éste argumento indicando que las acciones populares no son el único mecanismo tendiente a proveer los derechos colectivos, sino que el Estado mismo puede proveer estos en cumplimiento de sus fines sin necesidad de que preexista una acción popular; éste argumento puede ser cierto, pero defenderlo implica aceptar que el mismo Estado es capaz de proveer adecuadamente los derechos colectivos sin necesidad de que exista un proceso jurisdiccional, lo que entonces torna innecesarias las acciones populares y por tanto señalaría que éstas deben eliminarse del sistema jurídico.

acción de grupo disminuye a medida que aumenta el tamaño del grupo, de modo que los grandes grupos están menos capacitados que los pequeños para actuar a favor del interés común” (Olson, 1992, pág. 216).

La cita resaltada indica los problemas referentes a la acción colectiva en la medida que el número de individuos se incrementa, lo cual en efecto, describe mucho mejor la realidad de los derechos colectivos y la provisión de bienes públicos, y a su vez muestra cómo, a menos que existan incentivos selectivos, los individuos serán incapaces de actuar en la promoción del bien común.

Previo a finalizar esta sección, es importante concluir preliminarmente que los derechos colectivos se pueden asimilar con el concepto económico de bien público, de lo cual devienen serias implicaciones para su adecuada provisión, siendo la principal el tener que lidiar recurrentemente con los problemas asociados a la acción colectiva en los cuales el comportamiento individual maximizador (análisis costo-beneficio) es el principal obstáculo a vencer, pero a la vez, la mejor herramienta para llegar a una solución satisfactoria.

Adicionalmente se advierte, como la acción colectiva se torna relevante en el momento que el derecho es vulnerado y se requiere su adecuada provisión entendida, para nuestros efectos, en los términos establecidos en el Artículo 2 de la Ley 472 de 1998⁴⁴. Con todo, y teniendo en cuenta que la realidad de los derechos colectivos no corresponde en general a una situación de pocos afectados ni donde se puedan identificar los afectados específicos, es absurdo pretender que debe aguardarse a que la vulneración del derecho colectivo sea de tal magnitud que ésta llegue a afectar de manera significativa los costos individuales, y que por tanto, se torne como satisfactoria la opción de interponer una acción popular, pues ello implica aceptar que cuando el beneficio asociado a la provisión y/o protección del derecho colectivo sea muy bajo y/o que el costo de evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, o restituir las cosas a su estado anterior fuesen más altos (art. 2, L.472 de 1998), entonces solo en estos casos, se intervendrá para buscar la provisión del derecho colectivo; y es particularmente absurda esta idea pues la misma implica aceptar que en aquellas situaciones en que la reducción del beneficio no fuese significativa y/o que los costos asociados a la provisión fuesen relativamente bajos, entonces no se interviene. En otras palabras, aceptar esta visión del problema implica reconocer que de dos costos posibles, el proveedor del derecho (v.g. el Estado) pagará el más alto, lo cual además de ineficiente, puede tener una afectación negativa al erario superior a la asociada al pago de las “recompensas” económicas que se han proscrito por el legislador colombiano con la Ley 1425 de 2010.

4.2 ¿Qué otros incentivos pueden implementarse para solucionar los problemas asociados a la provisión de derechos colectivos?

Partiendo del hecho que los derechos colectivos inciden en una población indeterminada y que la provisión de bienes públicos se caracteriza por involucrar un alto número de agentes, ello implica necesariamente considerar la implementación de incentivos selectivos, sino el sistema de provisión será un sistema de escasa funcionalidad. En particular, Olson se refiere al uso de éste

⁴⁴ El artículo 2° de la Ley 472 de 1998 establece que “Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

tipo de incentivos con el objetivo de propiciar el uso de las acciones, populares en este caso, por medio de la cual se logre proveer el bien público. En este caso, ese papel era desempeñado originalmente por los incentivos definidos en los artículos 39 y 40 citados, sin embargo teniendo en cuenta que éstos han sido eliminados por el legislador colombiano, nos resta simplemente proponer algún otro tipo de incentivo selectivo aplicable al caso, sin que se dé un efecto significativo en lo correspondiente a la congestión judicial y al erario.

En efecto, con la expedición de la Ley 1425 de 2010 quedan solamente tres escenarios para que se dé la provisión del bien público (protección del derecho colectivo) sin que fuese necesario teóricamente ajustar el marco institucional. El primero de ellos, como se señaló, corresponde a una situación en donde el costo individual de no interponer la acción popular supere al costo de interponerla, lo cual se daría en un escenario en donde existe una profunda vulneración del derecho colectivo, caso en el cual, el costo de proveer aquel es más alto que si se hubiese tomado una decisión previa en cuanto a la provisión (v.g. cuando la vulneración es débil), lo cual es una situación abiertamente ineficiente. El segundo escenario correspondería, de acuerdo con las ideas de Olson, a una situación en donde el grupo de afectados fuese lo suficientemente pequeño (que pase de ser indeterminado a determinado) como para garantizar que aún en ausencia de incentivos selectivos fuese viable la coordinación de sus intereses logrando así la producción exitosa del bien público señalado; sin embargo, tal como lo indicamos, este escenario no corresponde a la descripción genérica de los derechos colectivos, y de existir, no se puede contemplar sin controvertir la noción básica de dichos derechos. En tercer lugar, existe la situación en la cual sin necesidad de una acción jurisdiccional (v.g. sin acción popular), el Estado provee el derecho colectivo; sin embargo, tal como también lo indicamos, este contexto implica confiar en la buena gestión del Estado y al mismo tiempo, aceptar como innecesarias las acciones populares, e incluso, ello implica alejar del alcance de los ciudadanos su injerencia en relación con los derechos colectivos, lo cual no puede hacerse sin afectar la esencia misma de la democracia participativa.

Con todo, resta una cuarta situación (que puede ser más o menos generalizada) en donde quienes requieren la provisión del derecho ni son un grupo pequeño, ni donde la vulneración de aquel sea de tal magnitud que la reducción del beneficio neto individual justifique incurrir en los costos propios de ejecutar la acción popular, ni donde el Estado unilateralmente ha decidido proveer el derecho colectivo sin necesidad de un mecanismo jurisdiccional. En este caso – estimamos– si se requiere hacer un ajuste del marco institucional en procura de garantizar la provisión del derecho colectivo, todo ello, bajo el supuesto de no poder hacer uso de incentivos económicos como los ideados originalmente por el mismo legislador en la Ley 472 de 1998, pues tal como lo anotamos desde el principio de éste trabajo, éste argumento es muy predecible.

Adicionalmente y para hacerle frente a esta última cuestión, recordemos que sería inviable defender una solución basada en la exclusión de los potenciales beneficiarios, es decir, determinando la conformación de los titulares de los derechos colectivos, pues aunque en este caso implicaría aplicar explícitamente un sistema de precios, lo cual teóricamente solucionaría adecuadamente el problema, la primera cuestión a enfrentar aquí es que aplicar dicho sistema lleva al mismo tiempo contradecir la esencia misma del derecho colectivo, lo cual jurídica y políticamente sería poco defendible. Pero incluso, existen cuestiones económicas más relevantes a solucionar en este caso; sobre el particular, tal como lo señalamos previamente, en este caso es necesario resolver lo relativo a la valoración y revelación de las verdaderas preferencias de los beneficiarios del derechos, pues un sistema de precios como el descrito, crea

claros desincentivos para que aquellos revelen los que están dispuestos a pagar o a aceptar realmente por tener o no el derecho colectivo y al mismo tiempo crea incentivos para comportamientos tipo *freerider*. Adicionalmente y suponiendo que existe un mecanismo eficiente para corregir tales conductas oportunistas, el sistema de precios indicado lleva necesariamente a un consumo inferior al óptimo esperado (*vid.* Stiglitz, 2000, pág. 151).

El punto final consiste entonces en construir una propuesta que permita alcanzar un superior de Pareto, es decir, una situación en donde se mejore la condición de una de las partes interesadas sin afectar la situación de los demás. Para el caso concreto, la situación propuesta se lograría al alcanzar un escenario en donde se cumplan las motivaciones que llevaron a derogar los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, y a su vez se permita continuar con la protección de los derechos colectivos en situaciones diferentes a las señaladas como extremas.

En consideración con lo anterior, la propuesta para la construcción de una estructura de incentivos selectivos por medio de la cual se garantice la acción colectiva para la protección de los derechos colectivos está sometida al cumplimiento de tres restricciones:

Restricción tipo A: El incentivo que se diseñe no puede generar un detrimento económico⁴⁵.

Restricción tipo B: El incentivo que se diseñe no puede fomentar la congestión judicial.

Restricción tipo C: El incentivo que se diseñe debe llevar a una situación superior en términos de Pareto.

Al contemplar las restricciones se descarta anticipadamente el uso de incentivos selectivos de tipo económico, ello en cuanto que implicaría volver a la situación que en apariencia pretendió solucionar la Ley 1425 de 2010. Sin embargo un estudio detenido de los incentivos antes de la reforma permite, además de las consideraciones desarrolladas a lo largo de este documento, asemejarlos como una especie de subsidios⁴⁶ directos a la oferta, ello en cuanto que se efectuaba un pago directo a quienes producían el servicio (acciones populares tendientes a la protección del derecho colectivo).

Con base en el anterior planteamiento, se podría considerar para resolver el problema una de las siguientes alternativas, que si bien no son las únicas se proponen como punto de apertura al debate propuesto:

- i. Cambiar el subsidio a la oferta por un subsidio a la demanda, es decir, asignar incentivos selectivos para quienes se benefician con la protección de los derechos colectivos.

⁴⁵ Como el que se presentaba a través del pago de recompensas consagrado en los artículos derogados por medio de la Ley 1425 de 2010.

⁴⁶ Es necesario advertir que los subsidios pueden ser utilizados bien para fomentar la producción (Samuelson & Nordhaus, 1999, pág. 73), o para solucionar fallas de equidad. En el primer caso se puede encontrar la cobertura para créditos individuales de vivienda que se implementó para dinamizar el sector de la construcción en Colombia a través del Decreto 1143 de 2009; por razones de equidad el ejemplo típico es el sistema de subsidios cruzados utilizados en los servicios públicos domiciliarios, con los cuales se busca que los estratos de bajos ingresos paguen un costo inferior al costo medio del servicio.

- ii. Reducir la oferta a través de un sistema de impuestos a quienes afectan el derecho, es decir, de desincentivos para todas las actividades que pueden potencialmente provocar una afectación de aquel.
- iii. Cambiar el subsidio directo a la oferta, por un subsidio a la oferta indirecto a través de la disminución en el precio de otros bienes o servicios que puedan requerir los productores del bien.

Las dos primeras alternativas propuestas presentan una serie de debilidades como lo es el incumplimiento de la restricción tipo A y la falta de resolución del problema de acción colectiva. Esto en relación a la primera alternativa presentada, implicaría dar recursos a una población indeterminada con el objetivo que ellos contraten los servicios de protección de derechos colectivos; lo cual aumentaría los costos de monitoreo y búsqueda derivados de las siguientes dificultades:

- a. Dificultad para focalizar la entrega de los subsidios en un grupo indeterminado de personas.
- b. Dificultad para evitar la aparición de *freeriders* por una situación de información asimétrica en contra del Estado.
- c. Dificultad para garantizar que los subsidios asignados sean utilizados para la finalidad fijada.

Ahora bien, bajo el supuesto extremo que fuese posible asignar el subsidio a la población indeterminada –la demanda– que se ha afectado por la vulneración de un derecho colectivo, cada agente actuaría de manera estratégica y no cooperativa, asignando un uso diferente al subsidio recibido, lo anterior como resultado al elevado costo de monitoreo que esta situación representaría por parte del Estado. En todo caso, esta alternativa vulneraría el cumplimiento de la restricción tipo A que cualquier sistema de incentivos debe satisfacer para ser considerado como óptimo.

Por su parte, la segunda alternativa plantearía una situación similar a la descrita por Calabresi (1984), en donde se evalúa la utilidad de decidir si se implementa un sistema de prevención general (dejar al mercado, a través de los precios, la definición de las actividades que potencialmente pueden provocar la afectación); un sistema de prevención específica (dejar a la sociedad la definición de las actividades que potencialmente pueden provocar la afectación), o decidirse por un sistema mixto –general y específico– que tienda a disminuir el costo de los accidentes.

Resulta indudable que un sistema como éste fomentaría una disminución de actividades potencialmente negativas para los derechos colectivos, pero no resolvería por sí sola aquellas situaciones en donde se presentare la trasgresión de uno de éstos derechos con lo cual incumpliría la restricción tipo C. De hecho, existen algunos incentivos que buscan desestimular conductas como la contaminación de fuentes hídricas⁴⁷, pero pese a su existencia el fenómeno sigue ocurriendo.

⁴⁷ En este caso se hace alusión a las tasas retributivas que sin bien tienen diferentes formas con la idea de los impuestos, desde el punto estricto del papel que juegan los incentivos en la conducta humana, cumplen el mismo papel.

Ahora bien, al considerar la última alternativa propuesta se puede pensar en un esquema similar al que se plantea a través de la Ley 403 de 1997 por la cual se establecen estímulos a los sufragantes. En los artículos 2 y 3 de la mencionada Ley se detallan los incentivos por medio de los cuales se busca fomentar la participación para elegir a candidatos a cargos de elección popular, garantizando con ello el afianzamiento de la democracia.

Para efectos del ejemplo propuesto solo se efectuará un análisis desde el punto de vista de la oferta por recaer sobre esta la alternativa en discusión; además se parte del supuesto que la existencia de votaciones libres equivale a la producción de democracia. Así, visto a través de la lente económica podría ser posible plantear un modelo simple de oferta y demanda para la producción de un bien público. En este caso tal bien sería la democracia; la oferta estaría conformada por las personas habilitadas para votar (las que podrían producir la acción)⁴⁸; la demanda inmediata serían los aspirantes a cargos de elección pública por medio de los cuales se representaría la voluntad popular⁴⁹, pero a su vez, los beneficiarios sería un grupo indeterminado de individuos, tal como sucede en lo relativo a los derechos colectivos.

Se asume en este caso que la democracia es un bien público. En razón a que al existir la democracia aumenta el bienestar de un agente A, pero este hecho no afecta que el agente B pueda gozar del mismo bienestar, es decir, no se rivaliza el consumo; de otro lado bajo la idea que la democracia tiene como uno de sus valores fundamentales la igualdad jurídico-política, la cual atiende a la premisa que “... cada ciudadano tenga derecho a un voto y sólo a un voto, y que ningún voto valga más que los demás” (Salazar & Woldenberg, 2001, pág. 30), no sería posible la exclusión de los beneficios finales que reportan la producción de esta acción a ningún ciudadano. Sumado a lo cual, también se beneficiarían aquellos que no cumplen con la condición de ciudadano acorde con la Ley 43 de 1993⁵⁰, por ejemplo los nacionales de un país extranjero, sin ser posible su exclusión.

En este orden, desde el punto de vista de la oferta los votantes determinarían la producción de democracia atendiendo a cuatro factores determinantes: el precio al que puede ser intercambiado el bien; los precios de los factores necesarios para producir el bien; la tecnología a aplicarse para producir el bien; y las expectativas del comportamiento que tendrá el bien a ser intercambiado.

Para el caso de la producción de democracia un análisis de los elementos anteriores determinarían que:

Tabla N° 4:
Análisis de los determinantes de la función de oferta de la democracia

⁴⁸ En el modelo planteado se desestima la posibilidad de exclusión que se hace para los miembros de las fuerzas armadas; menores de 18 años; personas declaradas interdictos; entre otras consideraciones de orden jurídico, porque ellos a pesar de no estar facultados para votar, se verán beneficiados con el hecho de se produzca democracia.

⁴⁹ Se asume como definición de democracia, “el gobierno del pueblo por el pueblo” (Salazar & Woldenberg, 2001, pág. 15).

⁵⁰ Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

Determinantes de la oferta	Producción de democracia
Precio	La producción de democracia estaría relacionada con lo que cada agente productor (votante) recibiría por hacer ejercicio de su derecho al sufragio. Allí mediarían factores intangibles de orden deontológico (el deber cívico de contribuir en la producción de la democracia) y factores tangibles entre los que se cuentan los descuentos establecidos en la Ley 403 de 1997. Por ejemplo para un estudiante de una maestría en una universidad pública, cuyo costo por semestre es de \$4'000.000 COP, el descuento del 10% que equivale a \$400.000 COP sería el precio en el que él tasaría su voto; ahora bien no se puede desconocer que desgraciadamente bajo esta visión pragmática existen situaciones ilegales en donde el precio del voto puede alcanzar por ejemplo de \$43.000 COP (Roa Gutiérrez & Beleño, 2010).
Precio de los factores	Para el caso de las votaciones los factores productivos que intervienen se reducen a capital y trabajo. En el caso del capital el precio a pagar se relaciona con los costos en que deben incurrir los votantes para desplazarse desde el lugar en el que se encuentra el votante hasta la mesa en la cual tiene inscrita su cédula; en caso de lluvia la compra de aditamentos para su protección; entre otros. Respecto al trabajo, el precio de éste resultará de la ponderación entre ocio y trabajo que cada votante efectúe y que estará bastante influida por las expectativas y el precio que percibirá por su votación.
Tecnología	La tecnología utilizada para la producción del voto se concreta en el señalamiento, que se hace sobre un tarjetón suministrado por un jurado de votaciones autorizado, del candidato de la preferencia de cada votante. En algunos países existe la votación electrónica, la cual desplaza el tarjetón impreso o el desplazamiento a un lugar determinado disminuyendo el precio de los factores productivos.
Expectativas	<p>Las expectativas que tiene un elector respecto de su voto estarían determinadas por el valor presente que le reporta el voto, el cual es el resultado del beneficio de la votación por la probabilidad de obtener tal beneficio. Esto se puede representar de la siguiente manera:</p> $\left(\frac{1 \text{ voto}}{\text{censo electoral}}\right) \times \left(\frac{1}{n \text{ candidatos}}\right) = V.E.$ <p>Reemplazando las variables se tendría:</p> $\left(\frac{1 \text{ voto}}{30.785.857^{51}}\right) \times \left(\frac{1}{n \text{ candidatos}}\right) = V.E.$

Fuente: Elaboración propia

Los elementos presentados en la Tabla N° 4 ilustran los factores que inciden en la determinación de las cantidades a producirse en un mercado. Acorde con ello sería interesante pensar ¿qué sucedería si el precio de la producción de democracia solo estuviera determinado por factores intangibles? La respuesta, bajo el modelo de comportamiento del individuo permite suponer que en ausencia de factores tangibles que determinen el precio del bien a proveerse, y a menos que existiera un mandato obligatorio de votar, los incentivos que se manifiestan en los factores intangibles sería insuficientes para impulsar la producción del bien, afectando con ello la democracia. De hecho, es posible plantear que aún con la existencia de los incentivos materiales que se brindan a través de la Ley 403 de 1997, estos no son lo suficientemente adecuados y a partir de ello se podría explicar en una gran medida el nivel de abstencionismo en las elecciones en Colombia que por ejemplo en las elecciones presidenciales de los años 2002 y 2006 se ubicó en 53,53% y 54,95% respectivamente (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2010), y para el año 2010 fue de 55,66% (Registraduría Nacional del Estado Civil).

⁵¹ Dato tomado de la página de la Registraduría Nacional del Estado Civil, Septiembre 1 de 2011.

En síntesis, es posible pensar que en ausencia de la Ley 403 de 1997 la provisión de democracia en Colombia sería más costosa. Esto se explica en cuanto que la democracia es un bien público que impide que quienes proveen el bien se vean compensados de manera eficiente; de otra parte, la compensación que existe resulta ser muy baja en relación a las expectativas de utilidad de la provisión del bien (el voto) y al precio de los factores. De allí que sea un territorio fértil para la aparición de comportamientos *freerider* que en este caso se ven representados en las cifras de abstencionismo.

Si bien, es posible efectuar un número amplio de reflexiones en torno al ejemplo planteado esto desbordaría el propósito de este trabajo. En relación a las acciones populares, y la forma como puede estimularse la protección de los derechos colectivos, la Ley 403 de 1997 presenta un ejemplo interesante (no del todo eficiente) a partir del cual sería posible pensar en seguir asignando incentivos a quienes interpongan acciones populares, sin que ello implique, como en los subsidios directos a la oferta, un pago a los productores, es decir, sin que implique un incumplimiento de las tres restricciones planteadas arriba.

Por el contrario, es adecuado pensar en estímulos indirectos, como los planteados en la Ley 403 de 1997 para solucionar el problema de acción colectiva y fomentar la producción del bien público, que para el caso de este trabajo se traduciría en la protección de los derechos colectivos. Ahora bien, la eficiencia o no de esta propuesta estaría supeditada a un análisis de las elasticidades relativas de la oferta y demanda que intervienen en la producción del bien en discusión, puesto que ello daría luces en relación al efecto marginal que el aumento en los precios de los bienes o de los factores productivos tendrían sobre la producción total.

5 Reflexiones finales

Para finalizar este documento, es menester presentar algunas reflexiones finales con el fin de reabrir el debate en torno a los derechos colectivos y sus mecanismos jurisdiccionales de defensa.

En primer lugar resulta claro que la solución adoptada en la Ley 1425 de 2010 provoca un resultado negativo, por cuanto al derogarse los artículos 39 y 40 de la Ley 472 de 1998, por medio de los cuales se asignaban incentivos selectivos hace que el problema de acción colectiva se haga evidente. Como se analizó, acorde con el modelo de comportamiento descrito, para el agente que decide interponer una acción popular existe un costo de oportunidad en relación con el tiempo que debe dedicar a esta actividad, y el uso alternativo que puede hacer de su tiempo productivo, el cual no será compensado, puesto que el beneficio que recibirá, ahora en ausencia de incentivos selectivos, será igual al beneficio total de proteger el derecho colectivo, dividido entre un número indeterminado de personas. Es decir, el beneficio marginal que se genera por el trabajo invertido en la provisión de un bien público será inferior a su costo marginal.

Ahora bien, este hecho no puede ser una justificación para permitir, como lo señaló el Gobierno Nacional y el Congreso de la República, la proliferación de *rent seekers* dedicados a extraer rentas del Estado vía la aparente búsqueda de protección de los derechos colectivos. Sin embargo, se perdió una excelente oportunidad de contemplar el uso de incentivos selectivos, no necesariamente directos, que garantizarán una solución a los problemas de provisión de bienes públicos asociados a los derechos colectivos, y en particular a la protección de los mismos. En

este orden, las medidas adoptadas en la Ley 1425 de 2010, con base en justificaciones poco consistentes como se mostró al inicio de este documento, desconocen que las normas obran como incentivos y generan señales para los individuos, tal y como sucede en un mercado con el sistema de precios y los agentes económicos.

De otro lado, si se acepta por un momento la hipótesis que plantea que los incentivos económicos contenidos en la Ley 472 de 1998 son perversos puesto que promueven la congestión judicial que hoy en día aqueja al sistema judicial nacional, así como la afectación negativa al erario, sigue siendo un error pensar que con la derogatoria de un par de normas se soluciona el problema de fondo. En efecto, si sostenemos que la eliminación de los incentivos económicos sin proponer una alternativa adicional, acentúa los problemas propios de la acción colectiva para proveer un bien público, en realidad a lo que no está dirigiendo el legislador colombiano es a una situación en la cual el uso de los mecanismos de protección de los derechos colectivos se equilibrará en un nivel inferior al óptimo social, lo que implica en últimas aceptar que los derechos tenderán a mantenerse desprotegidos cuando la vulneración sea leve, (momento en el cual la solución es relativamente barata).

En efecto, la crítica podrá argumentar que en el fondo, la regulación del mecanismo de la acción popular permanece sin mayor variación, o como indica el Congreso que en la reforma “... las acciones populares se mantienen en su integridad, sin agregarles ni quitarles una coma.” (Senado de la República, 2010, pág. 8), lo cual no impide que ante una vulneración de derechos se haga uso de dicha acción, lo cual generará una mejor solución, puesto que la defensa del derecho no implicará ahora un gasto (pago del incentivo económico) para el Estado. Desafortunadamente, como se explicó, esta situación solo se presentaría cuando la pérdida de bienestar de la sociedad sea tan grande y evidente, que la relación costo – beneficio arroje un resultado positivo para quien invoque la protección del derecho, es decir, se configura una situación en donde no habrían incentivos para la intervención temprana, lo cual acarrea un aumento de los costos sociales que se verán reflejados el fisco nacional, siendo probablemente mas significativos que los asociados al pago de las “recompensas” económicas que con tanta vehemencia criticó el Gobierno Nacional y Congreso de la República.

Finalmente, es de resaltar como el análisis presentado en relación a los cambios normativos de la Ley 472 de 1998 permite dejar sobre la mesa la discusión en relación al papel que juega el hecho de considerar o interpretar el sistema legal desde una visión incluyente, es decir, en donde se piense en la validez de la norma así como en sus consecuencias sobre el comportamiento del individuo. En este orden, el uso de conceptos y herramientas de la economía, para pensar en la norma como un incentivo enmarcado en un mercado, lleva un cambio de enfoque, desde donde no se dan soluciones absolutas, pero al menos se tiene en cuenta como lo dice Richard Posner, que en un mundo donde los recursos son escasos lo inmoral es su desperdicio, lo cual al ser traído a la realidad colombiana, resulta bastante relevante.

Bibliografía

Archila, E. J. (Tercer cuatrimestre de 2009). "Fabionomics". *Contexto*(29), 3-4.

Arias, J. G. (2004). Un nuevo marco de análisis para los bienes públicos: la Teoría de los Bienes Públicos Globales. *Estudios de Economía Aplicada*, 187 - 212.

- Ariely, D. (2009). *Las trampas del deseo* (Primera edición en español ed.). (F. J. Ramos, Trad.) Bogotá, Colombia: Ariel.
- Armellino, M. (2007). Acción colectiva e historia. Notas para el estudio de la acción sindical de ATE (1976 - 2005). *Cuartas Jornadas de Jóvenes Investigadores*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Gino Germani.
- Barón Granados, M. (julio-diciembre de 2010). Las acciones populares y de grupo en el derecho comparado. *Civilizar*, 10(19), 23-42.
- Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *The Journal of Political Economy*, 76, 169-217.
- Braña Pino, F. J. (2004). Teoría de los bienes públicos y aplicación prácticas. Presentación de un número monográfico sobre "Bienes públicos". *Estudios de Economía Aplicada*, 22(2), 177 - 185.
- Bujosa Vadell, L.-M. (1995). *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo* (Primera edición ed.). Barcelona, España: Editorial Bosch.
- Calabresi, G. (1984). *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. (J. Bisbal, Trad.) Barcelona: Ariel.
- Calabresi, G., & Melamed, A. D. (Invierno de 1996). Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: Un vistazo a la catedral. *Estudios Públicos*(63), 347-391.
- Cámara de Representantes. (22 de Septiembre de 2010). Informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de ley número 056 de 2009 Cámara. *Gaceta del Congreso*(680), págs. 1-4.
- Coase, R. H. (1992a). El problema del costo social. *Estudios Públicos*(45), 81-134.
- Coase, R. H. (1992b). La estructura institucional de producción. *Revista Universidad Eafit*(85), 20-27.
- Consejo Superior de la Judicatura. (2010). *Informe al Congreso de la República 2009-2010*. Bogotá.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2008). *Balance de los 10 años de las acciones populares y de grupo*. Proyecto de investigación, Bogotá.
- Correa Palacio, R. S. (2005). El control judicial de la administración: Acciones constitucionales y su alto impacto en la defensa de los intereses colectivos y en las políticas para su defensa. *Gerencia Jurídica Pública: Memorias del 2° Seminario Internacional* (págs. 1-44). Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá.
- DANE. (2007). *Encuesta de Cultura Política - Anexo Democracia*.
- DANE. (2008). *Encuesta de Cultura Política - Anexo Democracia*.
- Jordana, J. (2007). Producción y percepción de bienes públicos en la lógica de la acción colectiva. *Revista Internacional de Sociología*, LXV(46), 37 - 61.

- Kornhauser, L. A. (2002). El nuevo análisis económico del derecho: las normas jurídicas como incentivos. En A. Roemer (Ed.), *Derecho y Economía: una revisión a la literatura* (págs. 19-50). México D.F.: Fondo de Cultura Económica de México.
- Lamprea, E. (2006). Derechos fundamentales y consecuencias económicas. *Economía Institucional*, 8(14), 77-103.
- Levitt D., S., & Dubner, S. J. (2006). *Freakonomics*. Barcelona: Ediciones B.
- Londoño-Toro, B., Figueredo-Medina, G., & González-Acosta, A. (2009). Balance de la Universidad del Rosario ¿Progresividad o regresividad en la protección de los derechos colectivos como derechos humanos? En B. Londoño-Toro (Ed.), *Justiciabilidad de los derechos colectivos* (Primera edición ed., págs. 21-50). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Mankiw, N. G. (1998). *Principios de Economía* (Primera edición ed.). Madrid: McGraw Hill.
- Melucci, A. (1999). Teoría de la acción colectiva. En A. Melucci, *Acción Colectiva, vida cotidiana y democracia* (págs. 25 - 54). México: El Colegio de México.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (24 de Julio de 2009). Proyecto de Ley Número 056 de 2009 Cámara. *Gaceta del Congreso*(622), págs. 15-16.
- Ministerio del Interior y de Justicia. (2011). *Respuesta Derecho de Petición - Rad. OFI11-13614-DDP-0210*. Respuesta Derecho de Petición, Bogotá.
- Olson, M. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. United States of America: Harvard University Press.
- Olson, M. (1992). La lógica de la acción colectiva. En A. Batlle (Ed.), *Diez textos básicos de ciencia política* (págs. 203 - 220). Barcelona: Ariel S.A.
- Ostrom, E. (Noviembre de 2010). Analyzing collective action. *Agricultural Economics*, 4(1), 155-166.
- Panchanathan, K., & Smith, E. A. (Junio de 2010). Evolutionary Pathways to Group Cooperation: Reputation, Reciprocity, and Signaling. *Working paper*(Version 8.1,1), 1-23.
- Pinzón, M. A. (2010). *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho* (Primera edición ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rawls, J. (2010). *Teoría de la Justicia* (Septima reimpresión ed.). (M. D. González, Trad.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (28 de mayo de 2010). *Comunicado de Prensa No. 198 de 2010*. Recuperado el 2 de septiembre de 2011, de Registraduría Nacional del Estado Civil: <http://www.registraduria.gov.co/De-acuerdo-con-los-historicos-para.html>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (s.f.). *Elección Presidente y Vicepresidente - Segunda Vuelta - 20 de junio de 2010*. Recuperado el 2 de septiembre de 2011, de Registraduría Nacional del Estado Civil: http://www.registraduria.gov.co/elecciones_anteriores/2010PR2/escrutinio.php

- Roa Gutiérrez, É., & Beleño, I. (8 de Febrero de 2010). Así se roban las elecciones en Barranquilla. *El Espectador*.
- Rohilla Shalizi, C. (1999). Homo reciprocans: Political Economy and Cultural Evolution. *Santa Fe Institute Bulletin*, 14(2), 16 - 20.
- Salazar, L., & Woldenberg, J. (2001). *Principios y Valores de la democracia*. (I. F. Electoral, Ed.) Recuperado el 01 de 08 de 2011, de Biblioteca Jurídica Virtual: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/496/4.pdf>
- Samuelson, P. A., & Nordhaus, W. D. (1999). *Economía* (Decimosexta ed.). (E. Rabasco, & L. Toharia, Trads.) Santafé de Bogotá: Mc Graw Hill.
- Senado de la República. (20 de Octubre de 2010). Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 169 de 2010 Senado. *Gaceta del Congreso*(792), págs. 7-10.
- Senado de la República. (11 de Noviembre de 2010). Ponencia para segundo debate al proyecto de Ley 169 de 2010 Senado. *Gaceta del Congreso*(885), págs. 1-8.
- Simon, H. A. (Febrero de 1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99-118.
- Stiglitz, J. E. (2000). *La economía del sector público* (Tercera ed.). (M. E. Rabasco, & L. Toharia, Trads.) Barcelona: Antoni Bosch.
- Suárez, D., & Correa, R. (1999). Acciones Populares y de Grupo: Ley 472 de 1998. En I. C. Procesal, *XX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Waldron, J. (2006). *Los derechos en conflicto* (Vol. X). (A. Ucros Maldonado, Trad.) Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

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.”*
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 12 de Octubre de 2000. Rad N° AP-082. C.P. Alier Eduardo Hernandez Enríquez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de enero de 2001. Rad. AP-144 C.P. María Elena Giraldo Gómez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de marzo de 2001. Rad. AP-25000-23-26-000-2000-0059-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 6 de Septiembre de 2001. Rad. AP-13001-23-31-000-2000-0005-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 20 de Septiembre de 2001. Rad. 25000-23-24-000-1999-0033-01-125. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de Septiembre de 2001. Rad. AP-25000-23-25-000-2001-0223-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 24 de enero de 2002. Rad. AP 50001233100020010412-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de Febrero de 2002. Rad. AP-63001-23-31-000-2001-0243-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de Marzo de 2002. Rad. 25000-23-26-000-2001-9093-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de abril de 2002. Rad. 05001-23-31-000-2001-2012-01(AP-0388). C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 15 de Agosto de 2002. Rad. AP-25000232500020020153-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 3 de julio de 2003. Rad. 54001233100020020090701. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de Diciembre de 2003. Rad. 25000-23-25-000-2002-02212-01. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 2004. Rad. 25000-23-26-000-2001-00527-03(AP). C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 18 de marzo de 2004. Rad. 52001-23-31-000-2002-1750-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de Marzo de 2004. Rad. 25000-23-25-000-2001-0435-01. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 2004. Rad. 25000-23-24-000-2003-01003-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 20 de enero de 2005. Rad. 25000-23-25-000-2002-02261-01(AP). C.P. Camilo Arciniega Andrade.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de Mayo de 2005. Rad. 25000-23-24-000-2003-00373-02(AP). C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Consejo de Estado en la Sección Tercera, Sentencia del 5 de Octubre de 2005. Rad. 2001-23-31-000-2001 (AP-01588)-01. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de Febrero de 2006. Rad. 63001-23-31-000-2003-00861-01. C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 10 de Mayo de 2007. Rad. 76001-23-31-000-2003-01856-01. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de Marzo de 2008. Rad. 250002327000200401402 02. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

Consejo de Estado, Sentencia del 10 de abril de 2008, Rad. Expediente 2000-00320-01. C.P. Camilo Arciniegas Andrade.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de enero de 2009, Rad. 41001 2331 000 2004 01015 01. C.P. Rafael E. Ostau de la Font Pianeta.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 12 de Noviembre de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2005-00213-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 19 de Noviembre de 2009. Rad. 17001-23-31-000-2004-01492-01(AP). C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de Marzo de 2010. Rad. 44001-23-31-000-2005-00328-01. C.P (e). María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de Abril de 2010, Rad. 68001-23-15-000-2003-01472 01. C.P(e) Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 20 de Mayo de 2010, Rad. 66001-23-31-000-2004-00850-01(AP). C.P(e) María Claudia Rojas Lasso.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 19 de agosto de 2010. Rad. 68001-23-15-000-2004-00848-02(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Enero de 2011, Rad. 25000-23-25-000-2003-02486-01(AP). C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 12 de Mayo de 2011. Rad. 41001-23-31-000-2004-01156-01(AP). C.P. María Elizabeth García González.

Corte Constitucional, Sentencia T-067 del 24 de Febrero de 1993. M.P. Fabio Morón Díaz y Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, Sentencia T-46 del 29 de enero de 1999. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Corte Constitucional, Sentencia C-215 del 14 de abril de 1999. M.P (e) Martha Victoria Sáchica de Moncaleano.

Corte Constitucional, Sentencia T-453 del 31 agosto de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C-1062 del 16 de Agosto de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, Sentencia C-377 del 14 de mayo de 2002, M.P. Clara Inés Vargas.

Corte Constitucional, Sentencia T-726 del 20 de agosto de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia T-049 del 24 de enero de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, Sentencia T-299 del 3 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional, Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008. M.P Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional, Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-851 del 28 de octubre de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional, Sentencia T-895 del 11 de noviembre de 2010. M.S. Nilson Pinilla.

Anexo 1. Los Derechos Colectivos más importantes y su imposibilidad de exclusión en cuanto su ejercicio o protección.

El uso de una metodología fundamentada en la aplicación de herramientas y conceptos provenientes de la economía neoclásica y de la economía del bienestar, al estudio del derecho permite, como se ha mencionado en el documento, tener una doble aproximación a los problemas jurídicos, bien desde la visión jurídica tradicional, bien desde la arena económica. En este marco, al analizar los derechos colectivos es posible afirmar que una de las características más relevantes de los derechos colectivos, desde la óptica económica es su imposibilidad de exclusión individual en lo que corresponde a su ejercicio o protección. El objetivo del presente anexo es precisamente demostrar cómo –al menos– respecto de los derechos colectivos más importantes en el país dicha característica está presente de recurrentemente.

i. Una interpretación jurídica de los principales derechos colectivos

En primer lugar, para efectos de identificar los derechos colectivos más importantes, se tomó como base el estudio adelantado por Londoño, *et al.* en el Consejo de Estado, en el que se identificó que los derechos que mas suelen ser invocados por los accionantes a través de acciones populares –dentro de un catalogo de al menos quince derechos– son en su orden: 1.- la seguridad y salubridad públicas (20.3%); 2.- el medio ambiente sano (15.3%); y 3.- el espacio público (14.1%), en conjunto estos tres derechos reúnen casi el 50% de las acciones populares de las que el Consejo de Estado se ha ocupado; adicionalmente, respecto de los fallos emitidos por la misma Corporación, los mismos tres derechos ocupan más de la mitad de aquellos efectivamente garantizados a través de la intervención del mismo tribunal (*vid.* Londoño *et al.*, 2009, pág. 27), lo cual en últimas demuestra la clara importancia de los mismos.

Procedemos ahora a suministrar y justificar un concepto jurídico sobre cada uno de los derechos recién señalados, para que de manera independiente explicar por qué la característica intrínseca y relativa a la imposibilidad de exclusión individual en lo que corresponde a su ejercicio o protección se encuentra presente de manera recurrente al margen de que la regulación lo estipule así:

1. Seguridad y salubridad públicas.

Según diversos pronunciamientos jurisprudenciales, los conceptos de seguridad y salubridad públicas, “... han sido tratados como parte del concepto de orden público y se han concretado en **las obligaciones que tiene el Estado de garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida en comunidad**”. “... Su contenido general, implica, (...), en el caso de la seguridad, la prevención de los delitos, las contravenciones, los accidentes naturales y las calamidades humanas y, en el caso de la salubridad, la garantía de la salud de los ciudadanos.”⁵²

⁵² *vid.* Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 20 de Mayo de 2010, Rad. 66001-23-31-000-2004-00850-01(AP). C.P(e) María Claudia Rojas Lasso; Sección Tercera, Sentencia del 15 de Abril de 2010, Rad. 68001-23-15-000-2003-01472 01. C.P(e) Mauricio Fajardo Gómez; Sección Primera, Sentencia del 18 de marzo de 2010. Rad. 44001 23 31 000 2005 00328 01. C.P(e) María Claudia Rojas Lasso; Sección Tercera, Sentencia del 2 de Marzo de 2008. Rad. 250002327000200401402 02. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.

2. Medio ambiente sano

Es un término de muy difícil definición, respecto del cual la jurisprudencia local ha hecho más hincapié en determinar lo que éste implica pero no cual es su concepto en sí, en este sentido, se ha indicado que, “... es un derecho colectivo que involucra aspectos directamente relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, la salubridad, y la calidad de vida del hombre, entendido éste último como parte integrante de ese mundo natural.”⁵³; de otra parte, se ha señalado que el medio ambiente sano es un derecho deber, respecto del cual las personas en general y el Estado mismo están legitimados para participar en las decisiones que lo pueden afectar, pero también en colaborar para su conservación⁵⁴.

3. Espacio Público

De manera mayoritaria el Consejo de Estado ha aceptado la definición contenida inicialmente en el artículo 5° de la Ley 9ª de 1989, en la cual se entiende espacio público como “... el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de las necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”⁵⁵. Por su parte, la Corte Constitucional ha hecho especial énfasis en el deber del Estado de velar por la protección de la integridad del espacio público y por su destinación al uso común, el cual, según la misma Carta Política prevalece sobre el interés particular (Art. 82 C.N.)⁵⁶.

ii. Una interpretación jurídica de los tres derechos colectivos

Tal y como se ha venido afirmando en el desarrollo del documento, a partir de consideraciones de orden económico, se plantea que los derechos colectivos pueden ser interpretados como bienes públicos. Este concepto económico corresponde a un grupo de fenómenos agrupados

⁵³ *vid.* Corte Constitucional, Sentencia C-595 del 27 de julio de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Sentencia T-453 del 31 agosto de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-46 del 29 de enero de 1999. M.P. Hernando Herrera Vergara; Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de Septiembre de 2001. Rad. AP-25000-23-25-000-2001-0223-01. C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; Sección Primera, Sentencia del 18 de Marzo de 2010. Rad. 44001-23-31-000-2005-00328-01. C.P (e). María Claudia Rojas Lasso; Sección Primera, Sentencia del 12 de Mayo de 2011. Rad. 41001-23-31-000-2004-01156-01(AP). C.P. María Elizabeth García González.

⁵⁴ *vid.* Corte Constitucional, Sentencia T-851 del 28 de octubre de 2010. M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO; Sentencia C-750 del 24 de julio de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Sentencia T-299 del 3 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁵⁵ *vid.* Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 29 de enero de 2009, Rad. 41001 2331 000 2004 01015 01. C.P. Rafael E. Ostau de la Font Pianeta; Sentencia del 10 de abril de 2008, Rad. Expediente 2000-00320-01. C.P. Camilo Arciniegas Andrade; Sentencia del 12 de Noviembre de 2009, Rad. 50001-23-31-000-2005-00213-01(AP). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno; Sección Tercera, Sentencia del 31 de Enero de 2011, Rad. 25000-23-25-000-2003-02486-01(AP). C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz, entre otras.

⁵⁶ *vid.* Corte Constitucional, Sentencia T-726 del 20 de agosto de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y Sentencia T-895 del 11 de noviembre de 2010. M.S. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

bajo el rotulo de fallas del mercado, las cuales representan la ocurrencia circunstancias bajo las cuales la idea de mercado perfecto deja de tener validez; son estas las externalidades, mercados imperfectos (monopolio, oligopolio, oligopsonio, entre otros), asimetría de información, bienes públicos.

En particular, al hablar de bienes públicos, sus fundamentos teóricos “(...) se deben en primer lugar a Musgrave (1939), que recoge a su vez las aportaciones sobre la provisión en equilibrio parcial de lo que denominó “bienes colectivos” planteadas por Lindahl y Wicksell, y en segundo lugar a Samuelson (1954 y 1955), que proporciona una “elegante” solución para resolver el problema de su provisión en términos de equilibrio general, primero matemáticamente y en seguida en una sencilla forma gráfica” (Braña Pino, 2004, pág. 178).

De manera práctica, los bienes públicos se pueden definir como aquellos que cumplen con dos características. Primero que no son bienes rivales, es decir, que su uso por parte de una persona no reduce su uso por parte de otra; segundo que no sean susceptibles de exclusión, o en otras palabras que no sea posible impedir que un tercero lo utilice.

Como lo plantea Mankiw (1998), se considera que un bien es público cuando no es ni rival ni excluyente, es decir, que su uso por parte de una persona no reduce su uso por parte de otra y además que no es posible impedir que un tercero lo utilice. En palabras de Mankiw “(...) *no es posible impedir que una persona utilice un bien público y su uso por parte de una no reduce su uso por parte de otra*” (Mankiw, 1998, pág. 211). Es de resaltar que el cumplimiento o no de las características de rivalidad y capacidad de exclusión lleva a configurar otra serie de bienes con sus consecuentes implicaciones, como lo son: los monopolios naturales (no rivales pero si excluibles), bienes privados (rivales y excluibles), recursos comunes (no excluibles pero si rivales).

Ahora bien en lo que atañe a los tres derechos colectivos señalados como los más relevantes se puede decir que son bienes públicos en la medida que cumplen de manera satisfactoria con los dos criterios fijados. En la siguiente tabla se ilustra tal situación, en donde se toma como referente para el análisis las definiciones jurídicas presentadas en el numeral i.