



**INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

ANDRÉS PALACIOS LLERAS

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. <i>Andrés Palacios Lleras</i>	3
RESUMEN	3
ABSTRACT.....	3
INTRODUCCIÓN.....	4
ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL ANÁLISIS TRADICIONAL DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO.....	4
¿INTERPRETACIÓN SIN INSTITUCIONES?	7
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	8
ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	8
UNA PROPUESTA GENERAL DE ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS.....	9
ANÁLISIS ECONÓMICO NORMATIVO Y POSITIVO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	13
ADJUDICACIÓN VS. REGLAMENTACIÓN: INTRODUCCIÓN A DOS FORMAS DIFERENTES DE REGULACIÓN.....	15
CONCLUSIONES: PROBLEMAS Y NUEVAS HIPÓTESIS	20
BIBLIOGRAFÍA	23

INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Andrés Palacios Lleras*

RESUMEN

El estudio y la enseñanza del derecho administrativo colombiano dejan mucho que desear, especialmente en lo que respecta al estudio del derecho como fenómeno social. Éste tiende a ser presentado como un cuerpo de normas políticamente neutrales, construido a partir de categorías conceptuales muy abstractas, y coherente. Como resultado de ello, asume una posición "normativista" que ignora el contexto social en el que lleva a la producción e interpretación de las normas jurídicas. Este artículo sugiere que un cambio conceptual puede ser muy útil para "curar" al análisis del derecho administrativo de los males que lo aquejan. Sugiere que el análisis económico del derecho tiene elementos importantes que pueden llevar a explicar y describir mejor cómo funciona este campo del derecho, haciendo especial énfasis en el proceso de asignación y delegación de funciones de una entidad o rama del Estado a una entidad administrativa particular, así como el proceso por medio del cual ésta entidad realiza las funciones que le han encargado. Este artículo concluye sugiriendo que ciertas excepciones importantes del modelo colombiano pueden generar problemas en lo que concierne a los derechos de las partes afectadas, para luego sugerir nuevos campos de investigación.

Palabras clave: Derecho administrativo, análisis económico del derecho, interpretación jurídica, rama contenciosa administrativa, entidades administrativas.

ABSTRACT

The study of contemporary Colombian administrative law has several flaws regarding how it addresses this body of law as a social phenomenon. It is prone to consider administrative law as a politically neutral, highly conceptualized and coherent body of legal rules, and so ignores the relevance of the social context in which legal rules are created and interpreted. This article suggests that a shift of paradigms is necessary to "cure" this body of law from these flaws. It suggests that economic analysis of law has useful tools that can better explain and predict how this body of law works, focusing especially in the assignment and delegation of rule-making faculties from one branch of power to a particular administrative agency, as well as in the contextual process through which an agency decides to exercise these faculties. It concludes by suggesting that important exceptions to the Colombian model have problems regarding the rights of the parties involved, and then suggests further research agendas.

Key words: Administrative law, economic analysis of law, interpretation of legal rules, specialized judges, administrative agencies.

* Abogado Universidad de los Andes. Maestro en Derecho de la Universidad de Harvard.

INTRODUCCIÓN

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL ANÁLISIS TRADICIONAL DE NUESTRO DERECHO ADMINISTRATIVO

En un artículo publicado en el año 2007, el profesor Diego López Medina señala que el estudio del derecho administrativo colombiano es, a falta de una mejor expresión, pobre.¹ Su pobreza radica en la ausencia de dos tipos de consideraciones: aquellas que versan sobre el contexto de interpretación y creación de las normas, y aquellas que versan sobre la interacción entre éstas y la actividad política. La pobreza del estudio del derecho administrativo debido a la ausencia de estos dos tipos de consideraciones sugiere que su estudio tiene poco o nada que ver, o decir, con respecto a su funcionamiento en la vida social. Estas dos falencias, que están íntimamente relacionadas entre sí, merecen un desarrollo más extenso.

La idea de que se puede estudiar y escribir sobre derecho administrativo sin tener en cuenta las condiciones sociales y políticas en las que sus normas son interpretadas corresponde a lo que López Medina denomina "normativismo puro".² Esta forma de estudiar y escribir sobre el derecho parte de una distinción entre las normas jurídicas y las dinámicas políticas que llevaron a su creación e interpretación, concentrándose sólo en el texto de las normas e ignorando lo demás. Esto lleva a que el estudio de las normas no se integra o articula a partir de las dinámicas sociales y políticas a las que las normas obedecen. El estudio de dichas dinámicas es particularmente relevante para el derecho administrativo por

razones más o menos obvias; esta rama del derecho trata explícitamente sobre las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y los conflictos que surgen entre ellos.³

Las dinámicas arriba mencionadas son imprescindibles para el estudio del derecho, y más aun para el estudio del derecho administrativo, debido a la naturaleza de las relaciones que regula. Ello se debe a que la interpretación es una actividad esencialmente contextual; las normas jurídicas no surgen de un vacío y no se interpretan a sí mismas.⁴ En el caso del derecho administrativo, el contexto se traduce en los factores institucionales, políticos, y personales en los que se desenvuelve la producción e interpretación de las normas jurídicas. Las normas son el fruto de las distintas alianzas y luchas entre diferentes actores por "capturar" el monopolio jurídico del Estado. En este sentido, las normas de derecho administrativo obedecen, por supuesto, a un proceso formal que lleva a su validez, pero también a presiones sociales y políticas de distinta índole, que determinan su sentido. Al tener en cuenta el contexto de creación e interpretación de las normas, resulta claro que éstas obedecen

1 LÓPEZ MEDINA, Diego. (2007) "El sueño Weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado Colombiano." En: Revista de Derecho Público No. 19. (<http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?numero=19&tipos=Articulos>) Visitado el 18 de Diciembre del 2008.

2 Ob.cit. LÓPEZ MEDINA, *Infra*, Nota 2., pp. 4-5.

3 Esta crítica realmente una fórmula para el derecho positivo en general, en especial para países de tradición civilista como el nuestro. Sin embargo, sus implicaciones particulares para el derecho administrativo son muy importantes debido al tipo de relaciones que éste regula entre particulares y el Estado, llegando casi hasta el punto de reemplazar al derecho civil en lo que se refiere a su importancia en el Estado contemporáneo.

4 SUNSTEIN, Cass R. (1982). "Public Programs and Private Rights" En: Harvard Law Review. (95 Harv.L.Rev. 1193) (citando a Wittgenstein sobre la relación entre las oraciones, su sentido, y el contexto en el que se emplean. Ver WITGENSTEIN, Ludwig. (1999). "Investigaciones Filosóficas". Editorial Altaza, Primera edición. España. Al respecto, señala: "Como una jugada de ajedrez no consiste sólo en desplazar una pieza de tal y cual manera sobre el tablero — pero tampoco en los pensamientos y sentimientos del jugador que acompañan la jugada; sino en las circunstancias que llamamos: «jugar una partida de ajedrez», «resolver un problema de ajedrez» y cosas similares." p. 17. (Énfasis y subrayado por fuera del texto original.)

a "diálogos sociales"⁵ que trascienden las consideraciones que se pueden encontrar en las actas que registran el debate legislativo. Por ello, acudir a la "voluntad del legislador" como forma de buscar el sentido de normas poco claras puede resultar inadecuado; el legislador simplemente no tiene una sola voluntad.⁶ Resumiendo estas ideas, López Medina señala que "Una comprensión adecuada del diálogo social ofrecería pistas fundamentales para una adecuada comprensión del derecho positivo y su función dentro de la sociedad."⁷

Sin embargo, el normativismo como forma de interpretar las normas jurídicas es seductor por diferentes razones. Por un lado, es seductor porque separa la norma de los diálogos sociales en los que se inscribe, y sugiere así que su interpretación no está viciada por las perspectivas políticas que aparecen cuando dichos "diálogos" son tenidos en cuenta. Por ello, pareciese que el normativismo está respaldado por una pretensión de imparcialidad en la interpretación.⁸ Por otro lado, el normativismo también es seductor porque propicia la abstracción conceptual. Al descartar los contextos de creación y de interpretación de las normas jurídicas, la alternativa con la que quedan los abogados es la de acudir a abstracciones para justificar una interpretación a-contextual de las normas sobre otras de la misma índole. Al abstraer de las normas jurídicas aquellas reglas y principios que componen todo el sistema jurídico el nivel de análisis deja de ser el de la significancia social de la norma y pasa a ser el del concepto doctrinal en el que la norma encaja.⁹ Este ejercicio de abstracción

representa una forma de darle estructura y coherencia a las normas jurídicas. Ello lleva a que la exposición de normas de derecho administrativa se centre en la relación entre normas y categorías, y entre las categorías mismas. Finalmente, también es seductor porque sugiere la posibilidad de encontrar respuestas correctas *siempre*, y que además sean coherentes con el resto de disposiciones que componen un campo particular del derecho como el derecho administrativo. El gran sueño del conceptualismo formalista es poder acomodar las normas en diferentes conceptos y categorías para evitar contradicciones internas, que de lo contrario terminarían destruyendo el edificio del derecho por adentro.¹⁰ La labor de la doctrina y de la enseñanza del derecho se convierte entonces en encontrar aquella fórmula que permite acomodar todo con todo y revelar que, en el fondo, el derecho es coherente.¹¹ El resultado de este proceso es concebir la doctrina del derecho administrativo como una serie de comentarios a las normas, seguidos o antecedidos por largas transcripciones de estas, que poco o nada dejan al lector – usualmente un estudiante que no conoce nada diferente – sobre las circunstancias sociales creadas por dichas normas, o que llevaron a la creación de éstas en primer lugar.

5 Ob.cit. LÓPEZ MEDINA, *Infra*, Nota 2, p. 5.

6 Ver al respecto FARBER, Daniel A. & FRICKEY, Philip P. (1991) "Law and Public Choice: A Critical Introduction". Editorial University of Chicago Press, Primera Edición. Estados Unidos de América.

7 Ob.cit. LÓPEZ MEDINA, *Infra*, Nota 2, p. 5.

8 Ob.cit. LÓPEZ MEDINA, *Infra*, Nota 2, p. 6.

9 Christopher Columbus Langdell, uno de los más importantes exponentes del formalismo-normativismo norteamericano, señala lo siguiente con respecto al derecho de con-

tratos: "Law, considered as a science, consists of certain principles or doctrines. To have such a mastery of these as to be able to apply them with constant facility and certainty to the ever-tangled skein of human affairs, is what constitutes a true lawyer; and hence to acquire that mastery should be the business of every earnest student of law." En: LANGDELL, Christopher Columbus. (1879). Selection of cases on the Law of Contracts. Primera Edición. Archivo en formato .pdf en manos del autor.

10 Ob.cit. Langdell. "If these doctrines could be so Classified and arranged that each, should be found in its proper place, and nowhere else, they would cease to be formidable from their number."

11 Con respecto al derecho privado y su estructura mítica, ver: MORALES DE SATIÉN RAVINA, Carlos. (2006). "Estudio Preliminar". En: MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. (2006). La Invención del Derecho Privado. Editado por Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, y Siglo del Hombre Editores. Primera Edición. Colombia, pp.15-95.

Estas tres promesas del normativismo – su presunta imparcialidad, el salto hacia la abstracción, y la promesa de coherencia – son, en realidad, falsas. La imparcialidad es solo presunta, ya que las normas suelen tener consecuencias sociales importantes que terminan beneficiando a unas personas sobre otras.¹² La lectura a-contextual de las normas termina convirtiendo al intérprete de estas, sin advertirlo, en una correa de transmisión de los juicios que la entidad que hizo la norma plasmó en ésta. Los resultados pueden no solo ser abiertamente injustos, sino también ineficientes, y por lo tanto contraproducentes a la luz de los propósitos que se buscan con la norma. El salto hacia la abstracción también representa una promesa falsa, en el sentido en el que la utilidad de los conceptos se ve siempre amenazada por el cambio social. Al abstraerse de la realidad social, el conceptualismo ignora que las relaciones jurídicas cambian rápidamente. Por ello, las abstracciones conceptuales están siempre dos pasos atrás de la realidad social, y resultan de poca utilidad para los intérpretes de las normas, que tienen que encontrar soluciones a los problemas jurídicos del presente, no del pasado. Finalmente, la promesa de la coherencia resulta también ser falsa, y las razones de ello son cercanas a las mencionadas anteriormente. Para que las abstracciones conceptuales resulten útiles, necesitan encajarse unas con res-

pecto a las otras en categorías y sub-categorías para evitar incoherencias y producir respuestas correctas. Este ejercicio, sin embargo, ésta plagado de juicios de valor por parte de los intérpretes, ya que decidir entre dos principios cuál va a constituir la regla y cuál la excepción es una cuestión fundamentalmente valorativa.¹³ Debido a este elemento de elección que se encuentra en la organización constante de normas jurídicas, el conceptualismo no es una actividad políticamente neutral. Al mismo tiempo, la construcción de un derecho coherente, a los ojos de sus comentaristas e intérpretes, es un ejercicio que implica dejar en un distante segundo plano las relaciones sociales que dichas categorías están llamadas a regular. La coherencia obedece más al afán de pureza que a regular actividades particulares a partir de una serie de objetivos trazados. Por ello, la coherencia, a pesar de su belleza, resulta de poca utilidad para los intérpretes de las normas jurídicas, que tienen que solucionar casos que se dan en contextos sociales que se resisten a ser nítidamente organizados.

El análisis económico del derecho administrativo presupone también una serie de abstracciones conceptuales útiles, pero que muchas veces tampoco se adaptan a las realidades sociales que se busca regular. La búsqueda de la abstracción es inevitable; el nivel en el que se analiza el derecho no lo es. A diferencia del análisis que se ha venido criticando, el análisis económico del derecho se centra la realidad social, así sea para representarla en modelos sencillos que dejan a un lado muchas de sus características. Los modelos que incorpora el análisis económico del derecho tienen una capacidad para describir y predecir el comportamiento de las personas que es importante, y que se han refinado mucho desde que se han introducido conceptos como la racionalidad

12 Ver SUNSTEIN, Cass R. (2002) *State Action is Always Present*. En: *Chicago Journal of International Law*. (3 Chi. J. Int'l L. 465). Esta idea, que puede parecer demasiado obvia como para mencionarla, es sin embargo de mucha importancia si se tiene en cuenta que uno de los propósitos de las normas jurídicas en general es mejorar las condiciones de todas las personas. En el campo del derecho administrativo, sin embargo, los "trade-offs" son inevitables. Muchas veces las normas que crean beneficios para unas personas lo hacen a costa de imponerle costos a otras. (Las normas tributarias que se promulgan para financiar planes de atención de necesidades básicas insatisfechas son un ejemplo explícito de ello.) Ello es problemático cuando no hay una justificación al respecto, en el sentido en el que representa un cambio en la asignación de recursos a nivel social que puede hacer más difícil la situación particular de las personas afectadas.

13 BALKIN, Jack. (1986) "The Crystalline Structure of Legal Thought". En: *Rutgers Law Review* (36. Rut. L. Rev. 1) pp. 13-20.

limitada.¹⁴ Dicha capacidad para describir y predecir el comportamiento de las personas hace alusión, de cierta manera, al "diálogo social" que menciona López Medina; las dinámicas sociales pueden describirse a partir de modelos que dan cuenta de muchos aspectos del comportamiento de los actores involucrados. A partir de dichos modelos puede predecirse como van a responder dichos actores cuando las normas jurídicas que afectan sus intereses se modifiquen o se reemplacen por otras.¹⁵ El solo hecho de que permita explicar el origen de las normas, que pueda predecir cómo van a ser interpretadas y cómo van a reaccionar las personas afectadas por éstas, le da una ventaja sobre otras formas de concebir el derecho administrativo.

¿INTERPRETACIÓN SIN INSTITUCIONES?

El problema de cómo interpretar las normas jurídicas es muy importante para el derecho administrativo. La Constitución y las leyes le atribuyen ciertas funciones a los jueces y a las entidades administrativas por medio de normas jurídicas, y cómo interpreten dichas normas determina cómo van a llevar a cabo sus funciones. A pesar de ello, uno de los problemas de las teorías jurídicas contemporáneas es que no le dan fuerza suficiente, en sus planteamientos, al contexto institucional de los intérpretes. De la misma manera que la interpretación no puede hacerse de manera a-contextual, tampoco puede suponerse que el rol institucional del intérprete – juez, legislador, o funcionario administrativo – sea una consideración menor para entender cómo adelanta su labor. Sin embargo, la teoría jurídica contemporánea sobre interpretación no le ha puesto a este aspecto la atención que me-

rece.¹⁶ En lo que respecta al derecho, pasar de premisas abstractas, como la idea de justicia, a conclusiones particulares, como que X debe indemnizar a Y, sólo es válido en la medida en la que el intérprete pueda realizar correctamente esta operación. Ideas generales como el constitucionalismo, el Estado Social de Derecho, la democracia, entre otras, no pueden traducirse en reglas particulares sobre cómo resolver casos sin tener en cuenta cómo funcionan las entidades y personas que están llamadas a ejercer esta labor. La consecuencia de ignorar esto puede producir efectos de segundo orden (*second best effects*): intérpretes que se encuentran en determinadas instituciones cometerán errores al deducir de ideas generales formas particulares de resolver las controversias que tienen ante sí, y el número y la frecuencia de estos depende de la estructura de los procesos que usen para tomar decisiones, así como de los costos implícitos en estos procesos.¹⁷ Por lo tanto, una mejor interpretación depende de que quien lleva a cabo esta labor tenga en cuenta la estructura del proceso mediante el cual adelanta su labor, bien sea resolviendo disputas particulares, o promulgando normas de carácter general a manera de reglamentos.¹⁸

De acuerdo con estas ideas, los procesos que siguen los intérpretes dependen de diferentes

14 Ver SUNSTEIN, Cass R. et.al. (1998) "A Behavioral Approach to Law and Economics". En: Stanford Law Review. (50 Stan. L. Rev. 1471)

15 KERKMEESTER, Heico. (1999) "Methodology: General." En: Encyclopedia of Law and Economics (<http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>) p. 2

16 En la tradición jurídica norteamericana, sí han existido diversas corrientes que se inclinan por este tipo de análisis, como por ejemplo, la escuela post-realista del Legal Process, encabezada por los profesores Henry Hart y Albert Sacks. Sin embargo, sus caracterizaciones del funcionamiento de las diferentes entidades ha sido criticada por ser muy románticas. Tanto las críticas como una reconstrucción de este tipo de análisis puede verse en: VERMEULE, Adrian. (2004) *Judging under Uncertainty*. Editorial Harvard University Press. Estados Unidos de America. Primera Edición pp. 15-40.

17 Ob.cit.VERMEULE. Infra, Nota 17, p. 2

18 Ob.cit.VERMEULE, Infra, Nota 17, pp. 2-3. Para este autor las consecuencias que las interpretaciones producen a lo largo de todo el sistema jurídico son el otro factor que determina el éxito de una teoría de la interpretación jurídica. Sin embargo, omití esta mención porque escapa al propósito de este trabajo hablar de interpretación y consecuencialismo, aunque reconozco que es un tema muy importante para a esta discusión.

factores. Un grupo de factores, al que denominaré cognitivos, incluyen su racionalidad limitada, distorsiones cognitivas, e ideología. Estos están interrelacionados con un segundo grupo de factores, al que denominaré institucionales. Estos comprenden las formas, métodos o procedimientos por medio de los cuales realizan sus funciones (por ejemplo, analizar casos particulares en la medida en la que estos van presentando, o emitir normas generales de acuerdo a diagnósticos profundos de una actividad), el rol institucional que ocupan frente a otras instituciones, el control que se ejerce sobre sus decisiones, la carga de casos, y la naturaleza de las situaciones que tienen que conocer, entre otros. Tanto los factores cognitivos como los institucionales hacen parte del contexto en el que los intérpretes toman decisiones, y por ello resultan fundamentales para entender tanto el diseño de las instituciones del Estado, como el tipo de decisiones que sus integrantes toman.¹⁹

Estas consideraciones sugieren la importancia que tiene la elección de quien crea, interpreta e implementa las normas jurídicas. Si las teorías jurídicas que aceptemos no dicen mucho sobre ello,²⁰ presuponen que los métodos de interpretación son igualmente adecuados para todos los intérpretes, lo cual es erróneo dado que diferentes intérpretes se aproximan a su labor de diferente manera. Esto es particularmente importante para el derecho administrativo, porque éste trata sobre las relaciones entre la rama legislativa, la ejecutiva y la judicial. Sin embargo, no hay criterios funcionales para determinar cómo atribuir, delegar o desconcentrar funciones para cumplir los objetivos constitucionales según los contextos de cada una de estas ramas, más allá

19 Ob.cit. VERMEULE, *Infra*, Nota 17., pp. 3-4.

20 Hay muchas teorías jurídicas en boga que pueden utilizarse para determinar cómo interpretar las normas jurídicas, pero solo algunas de ellas tendrán en cuenta las reflexiones arriba presentadas. Lo importante es que cualquier teoría que escojamos – deontológica o consecuencialista, conservadora, liberal o de izquierda, etc. – que las omite incurre en el mismo error.

de señalar que las entidades deben implementar los mandatos que están en la Constitución y las leyes, y que el rol de los jueces, en la jurisdicción administrativa, consiste en controlar dicha implementación bajo el principio de legalidad. Pero al interior de la rama ejecutiva, por ejemplo, hay muchas instituciones diferentes – ministerios, superintendencias, comisiones de regulación, establecimientos públicos – y no hay un criterio que permita determinar cómo evaluar sus actuaciones desde su contexto.

Estas ideas generales sugieren la necesidad de unir teorías sobre la interpretación con teorías sobre el contexto, y en particular, sobre los procedimientos que cada intérprete tiene que asumir al llevar a cabo su labor. La unión entre estas dos teorías puede sugerir un grupo de consideraciones puntuales que nos sirvan para pensar de una mejor manera el derecho administrativo colombiano.

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

ASPECTOS GENERALES DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La propuesta que presenta este artículo es que el análisis económico del derecho, y en especial, algunos de sus desarrollos posteriores que se basan en el estudio de la racionalidad de las personas, puede ayudar a superar los problemas señalados en la primera parte. A pesar de que resulta difícil determinar cuál es el objeto de estudio del análisis económico del derecho, existe cierto consenso sobre su metodología. El método, dominante hasta hace relativamente poco,²¹ consistía en analizar las normas jurídicas (leyes, decretos, constituciones y decisiones judiciales)

21 Ver Ob.cit. SUNSTEIN, *Infra*, nota 17.

desde la teoría de la elección racional.²² Esta teoría se puede aplicar, con limitaciones, a cualquier campo de estudio donde los actores, individuales o colectivos, tengan que tomar decisiones. En particular, tres conceptos son muy importantes. Primero, los actores buscan maximizar sus utilidades, y por lo tanto van a tomar decisiones que les traigan mayores beneficios a menores costos. Segundo, en mercados competitivos el precio eficiente resulta de uno (o varios equilibrios) entre la oferta y la demanda en los que no se puede alterar la situación de uno de los actores (p.ej. vendedor) sin afectar la situación del otro actor (p.ej. comprador). Esta idea de equilibrio presupone que cuando disminuye el precio de un producto aumenta su demanda, cuando aumenta la demanda de un producto también aumenta su precio, y viceversa, y por lo tanto el mercado tenderá a estabilizarse en un precio en el que la oferta iguale a la demanda. Tercero, las preferencias de cada uno de los actores son estables a lo largo del tiempo.²³ Si bien cada una de estas premisas ha sido objeto de múltiples controversias, siguen siendo el punto de referencia de los fundamentos básicos del análisis económico del derecho.²⁴

Las ramas judicial, legislativa y ejecutiva toman decisiones cuya implementación depende de una gran variedad de entidades administrativas, como lo son los ministerios, las superintendencias y comisiones reguladoras. El derecho administrativo impone ciertas limitaciones con respecto a las funciones que se le pueden atribuir o delegar a estas entidades administrativas, otorgándoles en muchos casos a los jueces la competencia para monitorear el cumplimiento de estas limitaciones. Es de esperarse que al

llevar a cabo las funciones que les son asignadas y delegadas, las entidades administrativas lo hagan de la mejor manera posible, buscando la obtención de fines preestablecidos por medio de actuaciones adecuadas. Sin embargo, todos días advertimos actuaciones administrativas que están lejos de cumplir este propósito. Por ello, analizar cómo opera la asignación, delegación o desconcentración de funciones, así como su misma ejecución, es particularmente relevante para el derecho, y para el análisis económico del derecho. En la medida en la que distintos agentes estén evaluando qué decisión tomar con respecto a las limitaciones que enfrentan y a los costos que pueden asumir con respecto a los beneficios que puedan recibir, se abre la puerta para pensar en términos de oferta, demanda, equilibrios, estrategias, y costos de transacción.²⁵

UNA PROPUESTA GENERAL DE ANÁLISIS DESDE LA TEORÍA DE JUEGOS

El análisis económico del derecho administrativo busca por un lado, sugerir las formas más adecuadas en las que se pueden cumplir los fines del Estado, y por el otro, evaluar en la práctica cómo se han venido desarrollando. Los actores en este análisis pueden ser muchos o muy pocos, según la amplitud del fenómeno que se estudie. En general, los actores suelen ser la entidad que crea y asigna funciones, y la entidad que recibe dichas funciones y que tiene como propósito desarro-

22 En este sentido, se sigue la idea de elección racional postulada por Gary Becker en su libro de 1976 titulado "The Economic Approach to Human Behavior" (Editorial University of Chicago Press.)

23 Ob.cit. KERKMEESTER, *Infra*, Nota 16.

24 ULLEN. Thomas S.(1999) "Rational Choice Theory in Law & Economics". En: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>)

25 Un lector podrá sugerir que este tipo de análisis también abre la puerta para pensar en términos de clientelismo y corrupción, y tendría razón. El análisis económico del derecho administrativo podría también encaminarse a estudiar la estructura de costos y beneficios de aquellos empleados y funcionarios que atribuyen o delegan funciones, o que reciben funciones que les han sido delegadas y atribuidas por otros, teniendo en cuenta prácticas sociales que fomentan o disuaden el clientelismo o la corrupción, y que hacen parte del contexto institucional en el que adelantan sus labores. Pero pensar en términos de costos y beneficios en sí mismo no representa una proclividad a dichas prácticas, sino que representa un aspecto del pensamiento racional instrumental característico de la burocracia.

llarlas. Así mismo, las relaciones que se suelen dar se pueden presentar por medio de distintos modelos, siendo el modelo principal – agente el más común de ellos.²⁶ En la medida en la que se analizan más aspectos de la relación entre entidades administrativas, y entre estas y las personas, los modelos se vuelven más complejos. Por ejemplo, las entidades delegadas pueden no llevar a cabo las funciones que se le han atribuido o delegado por diferentes razones, como, por ejemplo, su personalidad, su comportamiento, su aversión al riesgo, la capacidad de la entidad delegante de vigilar a la entidad delegada, y la posibilidad de que entablen relaciones frecuentes o esporádicas.²⁷ De igual manera, en la medida en la que se incorporan otros agentes que intervienen en el control de las actuaciones administrativas como los jueces, los modelos incorporan más de una instancia en la que se toman decisiones.

El análisis económico del derecho administrativo sirve, por ejemplo, para explicar la diferencia entre delegación y desconcentración, dos figuras claves en nuestro derecho administrativo. Así mismo, ofrece un criterio interesante para escoger entre una figura u otra. Desde la perspectiva

de los servidores públicos, las razones que pueden llevar a asignarle a alguien más el desarrollo de sus funciones pueden ser muchas; en este caso, tanto la delegación como la desconcentración le permiten a un funcionario establecer prioridades y descongestionar su "agenda", de tal manera que le pueda dedicar una mayor parte de su tiempo a aquellas situaciones que realmente le interesan. De acuerdo con el artículo 8º de la ley 489 de 1998, la desconcentración es "(...) la radicación de competencias y funciones en dependencias ubicadas fuera de la sede principal del organismo o entidad administrativa, sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción que corresponde ejercer a los jefes superiores de la administración."²⁸ De acuerdo con el profesor Libardo Rodríguez, la desconcentración representa una forma de "centralización atenuada", en el sentido en el que la entidad administrativa determina como llevar a cabo sus funciones, a pesar de que quien lo haga no sea la dependencia central de dicha entidad.²⁹ Un ejemplo de ello podría ser la creación de oficinas por fuera de Bogotá de entidades como las superintendencias, precisamente para que en dichas oficinas adelanten trámites que de lo contrario tendrían que adelantarse en la capital. A su vez, la delegación es definida por el artículo 9º de la norma ya mencionada, de acuerdo con la cual esta figura consiste en "(...) transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias".³⁰ Es decir, en la delegación un funcionario, que es titular de una

26 Los términos "principal" y "agente" son poco claros desde la perspectiva jurídica para definir este tipo de relaciones, a pesar de ser comunes en los trabajos de análisis económico del derecho en español. (Ver, por ejemplo, PORTO, Alberto & URBIZTONDO, Santiago. "Regulación económica: un enfoque "principal-agente" de la relación entre el estado, el regulador y la empresa regulada" En: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/c4a21a84-d151-4b1a-88ff-c68c888f477b.pdf>. Dichos términos se usan de manera general para denotar relaciones en las que una persona confía el desarrollo de actividades determinadas en otra, como se puede apreciar, por ejemplo, en el caso del contrato de agencia, del cual parece derivar su nombre, o del contrato de mandato. Esta terminología aparece también en Wikipedia lo cual denota su popularidad (aunque no su corrección). Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Problema_del_agente-principal.

27 COOTER, Robert D. (1996) "Administrative Law and Economics" En: John M. Olin Working Papers in Law, Economics, and Institutions 96/97-5. En: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=robert_cooter. Visitado el 14 de Diciembre del 2008. Pg. 6. Obviamente, el análisis económico del derecho no es un campo nuevo en otros países.

28 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 489 de 1998 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.". En: Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998.

29 RODRIGUEZ R., Libardo. (2008) Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, decimosexta edición, Bogotá. Pg. 61.

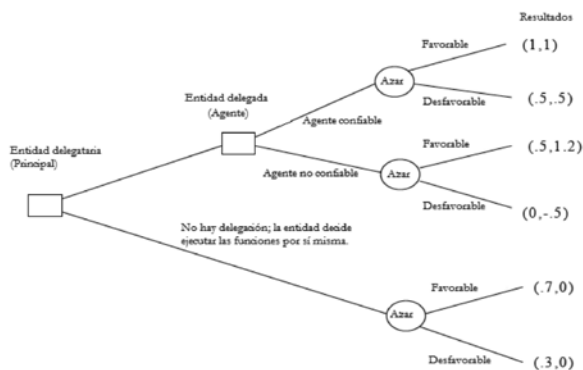
30 Ob.cit. Ley 489 de 1998, Artículo 9o.

función (delegante), le traslada ésta a otra entidad (delegatario) para que la ejerza en nombre suyo, pero bajo la responsabilidad del que recibe dicha función.³¹ Sin embargo, esta figura también es caracterizada como una forma para atenuar la centralización.³²

Siguiendo la teoría de juegos,³³ Robert D. Cooter presenta el siguiente diagrama basado en un modelo sencillo que permite comparar las relaciones entre un principal y su agente en el caso de una delegación de funciones, frente a que la entidad misma las lleve a cabo (lo cual incluye una desconcentración de las mismas).³⁴ Con respecto al primer grupo de ramas, la entidad delegante decide si delega o no en la entidad delegante. El segundo grupo de ramas corresponde al comportamiento que puede exhibir la entidad delegada frente a su delegante; puede ser confiable o no. En el caso en el que la entidad delegada sea confiable, ésta va a imple-

mentar las funciones que se la han otorgado tal y como lo espera la entidad delegante. De lo contrario, la entidad delegada va a implementar las funciones que se le han asignado de manera distinta, y probablemente a su favor. Así mismo, este diagrama también representa a la entidad llevando a cabo sus funciones directamente (lo cual incluye también la posibilidad de una desconcentración). Debido a que en muchos casos hay situaciones que son imprevistas para ambas partes, el tercer grupo de ramas simboliza el azar; éste puede determinar que la regulación termine produciendo lo que las partes esperan, o una serie de resultados diferentes – es decir, que les sea favorable o desfavorable. Finalmente, al extremo de la figura aparecen los resultados de todo el proceso, que representan magnitudes relativas y no valores absolutos.³⁵

Diagrama 1³⁶



31 Ob.cit. RODRIGUEZ R. Libardo. *Infra*, Nota 30, p. 61. Vale la pena señalar, sin embargo, que el delegante tiene la obligación de vigilar que el ejercicio de las funciones delegadas sea adecuada, so pena de incurrir el mismo en una violación de sus deberes. Así mismo, puede, de acuerdo con el artículo 211 de la Constitución, asumir de nuevo dichas funciones en cualquier momento.

32 Ob.cit. RODRIGUEZ R. Libardo. *Infra*, Nota 30, p. 63

33 Para una introducción accequible a la teoría de juegos, ver COOTER, Robert D. y ULEN, Thomas S. (2004) *Law and Economics*. Editorial Pearson Publishing Co. Estados Unidos de América. Cuarta Edición pp. 38-42.

34 Ob.cit. Cooter. *Infra* Nota 28, pp. 6 y 7. Es importante advertir que la literatura anglosajona sobre derecho administrativo suele usar la expresión "delegación", y no otras expresiones como asignación o atribución, porque la Constitución de los Estados Unidos de América, no incluye provisiones con respecto a la rama administrativa más allá de la figura del Presidente. Para que se pudiera crear un derecho administrativo como lo entendemos hoy, ha sido necesario determinar hasta qué punto la rama legislativa podía delegar parte de sus funciones en otras entidades que ella misma creara. Por ello es que en el contexto de este país cuando se habla de "delegación" se alude a la asignación de funciones por parte de la rama legislativa a entidades administrativas. Al respecto ver: STEPHENSON, Matthew C. (2006) "Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, And the Choice between Agencies and Courts". En: *Harvard Law Review*. (119 *Harv. L. Rev.* 1035).

Como bien lo señala Cooter, este diagrama señala lo que las partes hacen, pero no la información con la que cuentan. Tanto la entidad delegante como la delegada conocen de manera general las relaciones ilustradas en este diagrama, pero pueden no conocer detalles particulares. La entidad delegante, por ejemplo, tiene menos control sobre los resultados finales que la entidad que no delega y lleva a cabo las funciones que podría delegar directamente. Esto se aprecia en

35 Ob.cit. COOTER, *Infra*, Nota 28, p. 7

36 Tomado y ligeramente modificado de Ob.cit. COOTER, *Infra*, Nota 28, p. 7

la rama en la que la entidad que puede delegar y no lo hace, ya que ella enfrenta directamente las consecuencias del azar, mientras que la entidad que delega no enfrenta éstas consecuencias, ni las decisiones que toma la entidad delegada hasta que se conocen los resultados finales. Estas consideraciones se aprecian en los resultados, que son los números que están entre paréntesis en el extremo derecho de la figura, en donde cada rama termina. En total, la figura muestra seis pares de resultados, que muestran todas las posibles combinaciones. Dentro de cada paréntesis, el resultado para la entidad delegante aparece primero que el resultado para la entidad delegada. (De nuevo, dichos resultados no son valores absolutos sino magnitudes relativas.)³⁷

Consideremos primero los resultados que Cooter presenta para los escenarios en los que hay delegación. Después de que la entidad delegante delega, ésta no conoce las acciones tomadas por la entidad delegada o el resultado del azar. Si los resultados para la entidad delegante son muy altos, como lo sugiere el primer paréntesis, entonces puede inferirse que la entidad delegada fue confiable y contó con suerte. En cambio, si los resultados para la entidad delegante son muy bajos, como lo sugiere el cuarto paréntesis, entonces puede inferir que la entidad delegada no era de confianza, y además contó con poca suerte. Finalmente, si los resultados para la entidad delegante son modestos, como lo sugieren los paréntesis segundo y tercero, no puede determinar si la entidad delegada no era de confianza y contó con suerte, o si era de confiar pero contó con mala suerte.³⁸

37 Ob.cit. COOTER, *Infra*, Nota 28. p. 8

38 Ob.cit. COOTER, *Infra*, Nota 28. p. 8. La estructura de pagos o resultados del principal cuando delega dado el azar con el que cuenta puede resumirse en el siguiente cuadro:

	Agente (Entidad delegada)		
	Confiable	No confiable	
Azar	Favorable	1	0.5
	Desfavorable	0.5	0

Como sugiere este diagrama, la utilidad de la delegación y la centralización no radica en que permiten atenuar la centralización y los costos que su exceso puede producir. La necesidad de descentralizar las funciones no explica bajo qué circunstancias acudir a una figura o a la otra, y por lo tanto determinar si una entidad fue diligente cuando delegó ciertas funciones, o si por el contrario debió mantenerlas pero desconcentrarlas en otras dependencias, resulta particularmente difícil. De hecho, lo que sí puede justificar acudir a una figura y no a otra es la información que tenga la entidad delegante sobre el comportamiento de las entidades en las que pueda delegar. Como ya se mencionó, acudir a la delegación puede ser útil si se sabe que la entidad en la que se delegan ciertas funciones es confiable, mientras que si no lo es sería preferible mantener dichas funciones, y ejercerlas directamente por medio de la desconcentración. En el diagrama anterior, las ramas muestran los resultados – hipotéticos – de todos los escenarios posibles; según éstos, un funcionario puede justificar por qué escoge un figura y no la otra.³⁹

Un ejemplo típico de delegación de funciones lo podemos apreciar en la relación entre el Presi-

Nótese que los resultados de la delegación, cuando el azar es desfavorable y el agente es confiable son iguales a los resultados cuando el azar es favorable y el agente no es confiable. Ello se debe a que en estos dos escenarios el principal no puede distinguir entre una causa o la otra para explicar los resultados obtenidos. Ello se debe a que la interacción entre azar y la confianza le dificulta al principal entender qué pasó después de la delegación. (Tomado de Ob.cit. COOTER, *Infra*, Nota 28. p. 9.)

En cambio, la estructura de pagos del agente puede resumirse en el siguiente cuadro:

	Agente (Entidad delegada)		
	Confiable	No Confiable	
Azar	Favorable	1	1.2
	Desfavorable	0.5	-0.5

(Tomado de Ob.cit. COOTER, *Infra*, Nota 28. p. 10.)

39 Lo anterior supone que la relación entre la entidad delegante y la delegataria no es esporádica, sino permanente, y que por lo tanto existe información sobre el comportamiento de ésta última en el pasado.

dente de la República y la Superintendencia Financiera. De acuerdo con el numeral 24 del artículo 189 de la Constitución, le corresponde al Presidente de la Nación la vigilancia y control de las instituciones financieras y bancarias.⁴⁰ Las entidades delegatarias encargadas de adelantar dichas funciones eran dos – la Superintendencia Bancaria y la Superintendencia de Valores – hasta que en el año 2005, debido a problemas de coordinación y flexibilidad, se consideró necesario integrar ambas entidades en una sola, creando así la Superintendencia Financiera.⁴¹ Debido a que el Presidente tiene otras veintisiete funciones que atender, así como al carácter técnico de la regulación bancaria y financiera, todo parece indicar que la delegación es la figura adecuada para que entidades delegatarias adelanten estas funciones. Sin embargo, la crisis financiera que se destapó a finales del año 2008 por las pirámides – captadoras fraudulentas de recursos del público – sugiere que la Superintendencia Financiera no era un delegatario confiable, debido a que no actuó cuando pudo hacerlo para evitar las consecuencias que se produjeron.⁴² Ello pue-

de ser un indicio de que es necesario replantear los términos en los cuales el Presidente ejerce su deber de vigilancia y su control sobre el ejercicio de las funciones delegadas.

ANÁLISIS ECONÓMICO NORMATIVO Y POSITIVO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como ya se mencionó, el análisis económico del derecho administrativo busca, por un lado, sugerir las formas más adecuadas en las que se pueden cumplir estos fines, y por el otro, evaluar en la práctica cómo se han venido desarrollando. Estos dos campos utilizan, en diferente medida, un análisis como el que sugiere el Robert Cooter en el artículo ya mencionado.

El primero de estos campos es el del análisis económico y normativo del derecho administrativo. Este campo trata de determinar el diseño óptimo del Estado desde la perspectiva de las decisiones, los costos, y los beneficios que pueden tomar las distintas entidades que se encuentran en el interior de éste. Desde esta perspectiva, el objeto de estudio consiste en determinar aspectos como el grado de discreción que se le debe dar a las entidades administrativas cuando se les atribuyen o delegan ciertas funciones, así como el tipo de control adecuado que debe ejercerse para garantizar que dicha discreción se use adecuadamente.⁴³ Entre los elementos que hacen parte de este campo de estudio dos aspectos son vitales: los procedimientos por medio de los cuales las entidades administrativas cumplen sus propósitos, y la presencia de grupos de interés

40 COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. El numeral señalado dice: "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...) 24. Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos captados del público. Así mismo, sobre las entidades cooperativas y las sociedades mercantiles."

41 El decreto por medio del cual se creó esta entidad es el decreto 4327 de 2005. Un resumen breve y un diagnóstico de los problemas que llevaron a la creación de esta entidad se puede encontrar en: <http://www.superfinanciera.gov.co/NuestraSuperintendencia/historia.doc>.

42 Para muchos es debatible que la Superintendencia Financiera sea responsable de estos eventos, a pesar de el decreto 4327 del 2005, que es el que crea la Superintendencia Financiera, señala en su artículo 8° que su función consiste en vigilar, inspeccionar y controlar actividades por parte de personas, sin calificarlas de naturales o jurídicas, vigiladas o no. Las "pirámides" caben dentro de estas categorías, y desde hace cierto tiempo los medios de comunicación habían llamado la atención sobre sus actividades. Una explicación plausible de la demora de la Superintendencia para hacerle frente a este fenó-

meno puede verse en: "Bancos: ¿Los malos del Paseo? Revista Cambio. Noviembre 26 del 2008. http://www.cambio.com.co/economicambio/804/ARTICULO-PRINTER_FRIENDLY-PRINTER_FRIENDLY_CAMBIO-4689463.html. Visitado el 2 de Febrero del 2009.

43 VON WAGENHEIM, George. (1999) "Production of legal rules by Agencies and Bureaucracies" En: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/9300book.pdf>). Ppp. 561-565.

que tratan de influenciar la actividad de la entidad a su favor.

Las entidades administrativas contemporáneas no tienen una sola forma particular de cumplir sus propósitos, y de hecho, suelen presentar una combinación de dos formas de adelantar éstos – un ejemplo de ello es la Superintendencia de Industria y Comercio Colombiana. Una forma consiste en aproximarse al sector que se va a regular un caso a la vez, como lo hacen los jueces. En este escenario, las entidades administrativas siguen procesos que son propiamente jurisdiccionales o muy parecidos a estos, y producen normas relativas al caso específico que han venido estudiando. Otra forma consiste en aproximarse al sector que se va a regular emitiendo reglamentos o normas más o menos detalladas para que los conflictos que surjan a la luz de estos sean dirimidos por otras entidades, pero especialmente, por los jueces.⁴⁴ En este segundo escenario, la actuación de las entidades administrativas se parece mucho a la actividad del legislador, en el sentido en el que emiten normas para todas las personas y empresas que hacen parte de la actividad o sector regulado, y que resultan de sus consideraciones sobre sus aspectos subyacentes.

De la misma manera, el tipo de relaciones que las entidades administrativas tengan con los grupos de interés también define el contexto de estas y por ende es muy importante para tener en cuenta cuando se estudia su diseño. Dichos grupos de interés están constituidos por las personas y empresas que están sujetas a su regulación. En particular, estas relaciones definen aspectos tan importantes como los costos de información que las entidades tienen que asumir así como su independencia. Ambos elementos – información e independencia – están íntimamente ligados. Entre más independiente sea la entidad administrativa, va a tener que asumir mayores cos-

tos por la información que necesita para regular adecuadamente las personas y empresas que están sujetas a su regulación. Ello se debe a que dichas personas y empresas conocen mejor el mercado en el que funcionan que la entidad administrativa, ya que de su conocimiento de este depende su permanencia. Por ello, entre menos contacto tenga la entidad administrativa con los sujetos que regula, la información que tiene a su disposición para regular dicho sector le resulta más costosa. Por otro lado, entre más contactos tenga dicha entidad con los sujetos que están al alcance de su regulación, podrá tener información valiosa sobre el mercado en el que éstos operan a menor precio. Sin embargo, corre el riesgo de ser "capturada" por dichos sujetos, en el sentido en el que estos terminan determinando la agenda de la entidad administrativa, logrando así que esta actúe de manera que les sea muy favorables y en detrimento de los intereses de otras personas y empresas que pueden verse afectadas por sus actuaciones.⁴⁵

El análisis económico y positivo (o descriptivo) del derecho administrativo se centra en determinar si los modelos y las ideas que inspiran la actuación de las entidades administrativas realmente concuerdan con la práctica. Por ello, éste campo de estudio suele ser más episódico e incluye una gran variedad de temas relacionados. De manera general, en éste campo se busca determinar si aspectos como el grado de discrecionalidad que se les otorga a las entidades administrativas les permite actuar de acuerdo con las ideas de las personas y entidades que les atribuyeron o asignaron funciones, o si por el contrario les ha permitido actuar como los directores de las entidades han querido. También buscan establecer si los controles establecidos para vigilar cómo funcionan estas entidades han sido eficaces, o si por el contrario las entidades han podido burlarlos.⁴⁶

44 Ob.cit. VON WAGENHEIM, *Infra*, Nota 44. p. 560.

45 Ver SUNSTEIN, Cass R. (1986) "Interest Groups in American Public Law". En: *Stanford Law Review*. (38 *Stan. L. Rev.* 29.)

46 Ob.cit. VON WAGENHEIM, *Infra*, Nota 44. Ppp. 567-573.

Finalmente, y aquí empata con otros campos de estudio cercanos, busca establecer si las normas que ha producido e implementado realmente mejoran o afectan las condiciones en las que se encuentran las personas y empresas que están al alcance de su regulación, o si por el contrario se deben a influencias indebidas por parte de los sujetos que están al alcance de su regulación. Tomando estos tres grandes sub-campos de estudio en conjunto, el análisis económico y positivo del derecho administrativo busca determinar si i) las actuaciones de las entidades estudiadas mejoran o empeoran las condiciones de los sujetos que están al alcance de su regulación, ii) si ello sugiere que dichas entidades han sido "capturadas", iii) si tanto la "captura" como la naturaleza de las regulaciones expedidas es coherente con el modelo a partir del cual se concibió la entidad, o si fallaron los mecanismos del control establecidos, y iv) si ello no sugiere la inadecuación del modelo como tal.⁴⁷

ADJUDICACIÓN VS. REGLAMENTACIÓN: INTRODUCCIÓN A DOS FORMAS DIFERENTES DE REGULACIÓN

A diferencia de las partes anteriores, donde se analizó la asignación de funciones, en esta parte se quiere describir de manera general las formas o procedimientos por medio de las cuales las entidades administrativas desarrollan las funciones que tienen a su cargo. Éstas son principalmente dos: por medio de la expedición de normas generales, o por medio de decisiones concernientes a casos particulares. Cada una de estas formas tiene implicaciones particulares que lleva a que la implementación de los mandatos se haga de diferente manera. El sistema administrativo colombiano está compuesto principalmente por entidades administrativas que promulgan normas más o menos generales destinadas a perso-

nas y empresas determinables, así como por la rama contenciosa administrativa, que, de manera general, toma decisiones concernientes a casos particulares en la medida en la que estos se van presentando. (Sin embargo, y de manera excepcional, hay entidades como la Superintendencia de Industria y Comercio y la Superintendencia Financiera que conjugan ambos procedimientos.) Debido a que ambas formas caracterizan el funcionamiento del sistema administrativo colombiano, su estudio es particularmente importante para poder determinar cómo debe proceder dicha asignación o delegación.

De manera general, las entidades administrativas pueden regular los sectores que tienen bajo su alcance emitiendo normas generales destinadas a todas las personas y empresas que hacen parte de dicho sector. Este es el caso del típico reglamento administrativo. Dichas normas son mandatos que, con más o menos detalle, están orientadas a regular distintos aspectos subyacentes de la actividad o sector que se regula.⁴⁸ Cuando las entidades administrativas regulan de esta manera, lo hacen siguiendo un diagnóstico, tratando de regular aspectos estructurales de dicho sector, y sin fijarse en la identidad o en la situación particular de las personas o empresas que se ven afectadas por dicha regulación. Por ello, este tipo de regulación suele ser ambiciosa y con vocación de permanencia, en el sentido en el que trata de abarcar distintas situaciones y a todos los actores posibles con un solo grupo de normas.⁴⁹

A diferencia de la reglamentación, la adjudicación consiste en regular un sector por medio del adelanto de procesos contra personas y empre-

47 Ob.cit. VON WAGENHEIM, *Infra*, Nota 44. pp. 574-576.

48 RACHLINSKI, Jeffrey J.(2005) "Rulemaking versus adjudication: A Psychological Perspective". En: Florida State University Law Review. (35 Fla. St. U. L. Rev. 529). Pg. 531. Ver también: MAGILL, Elizabeth. (2005) "Agency Choice of Policymaking Form" En: University of Virginia Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series. (http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art33).

49 Ob.cit RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 530-531

sas determinadas y, a raíz de éste, emitir decisiones particulares en las que las sanciones o absoluciones se basan en la clarificación de aspectos puntuales de normas preestablecidas. Por ello, más que definir aspectos estructurales subyacentes en el sector regulado, ésta forma de regulación asigna responsabilidades en escenarios particulares.⁵⁰ Este es el típico caso de las decisiones que emiten los jueces, así como el de las decisiones que emiten entidades administrativas con funciones jurisdiccionales, o que adelantan procesos administrativos con estructuras similares al de un juicio sin ser propiamente judiciales. En este caso, la regulación de un sector o una actividad va creciendo de manera gradualmente en la medida en la que la entidad que tiene a su cargo regular dicho sector va decidiendo casos. A diferencia de la reglamentación, la adjudicación no tiene la vocación de permanencia, ni la ambición de abarcar todas las situaciones posibles. Es, por el contrario, una forma de regulación que se basa en la situación particular de los litigantes que acuden ante la entidad mencionada para que resuelva una controversia que tienen entre ellos.⁵¹

Ambas formas de regulación tienen ventajas y desventajas cuando se les compara entre sí. Por ejemplo, la reglamentación brinda, en principio, mayor certidumbre a las empresas y personas al alcance de la regulación sobre que tipo de prácticas y actividades pueden o no desarrollar. Ello se debe, en principio, a que las normas que deben determinar su conducta son promulgadas

con anterioridad a las conductas investigadas y pretenden cubrir un campo relativamente amplio de conductas. Sin embargo, la adecuación de la regulación promulgada presupone la capacidad de la entidad reguladora de anticiparse a todos los casos que puedan surgir, lo cual es un supuesto difícil de mantener, y que puede llevar a la presencia de vacíos en la regulación que les permiten a las personas o empresas reguladas escapar el control de la entidad administrativa. Frente al problema de información imperfecta, puede ser que la mejor alternativa sea regular por medio de la adjudicación. Por otro lado, la adjudicación permite superar el problema de falta de información sobre el contexto a la hora de tomar decisiones, pero al mismo tiempo las decisiones que resultan de los procesos son poco definitivas y se aplican sólo a las partes, lo cual dificulta que los demás destinatarios de la regulación ajusten su comportamiento.⁵²

En realidad, las diferencias entre una forma y otra son más o menos marcadas según la práctica que cada entidad administrativa lleve a cabo. Es frecuente ver reglamentos dirigidos a unas pocas personas o empresas reguladas que surgen como resultado de diagnósticos sobre cómo estas se han venido comportando. Así mismo, también es frecuente ver decisiones particulares que han sido formuladas para tener un alcance mayor que el de la controversia que se analizó (como cuando se enfatiza que el *obiter dicta* de una decisión judicial también es vinculante). La distinción es importante, sin embargo, porque cada forma puede producir sesgos en la entidad que toma las decisiones, sean jueces o entidades administrativas, y que por lo tanto pueden llevar a reglas sustantivas distintas.

Cada una de estas formas de regulación crea un contexto cognitivo diferente, es decir, implica una forma de diferente de analizar las situaciones que se quieren regular. Así, la regulación vía adjudica-

50 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 545.

51 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 529. Es importante tener en cuenta que el Consejo de Estado colombiano también tiene la capacidad para revisar la constitucionalidad de actos administrativos generales, generando así un efecto abstracto. Ver al respecto los artículos 82 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984). Sin embargo, este tipo de actuaciones surge por petición de una persona o entidad y en escenarios en los que se tiene que comprobar, de manera precisa, la vulneración de la Constitución. Esto es más claro aun en los casos en los que la violación se da con respecto a derechos fundamentales.

52 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 531.

ción, que implica regular un caso a la vez, puede distraer al regulador de aspectos estructurales subyacentes que son muy importantes, y resaltar en cambio aspectos particulares del caso que tiene ante sí que pueden no ser importantes. En cambio, la regulación vía reglamentación puede ignorar dichas circunstancias, mientras enfatiza los aspectos subyacentes. Mientras la primera forma puede llevar a ignorar aspectos fundamentales del sector o actividad que se quiere regular, la segunda lleva a perder de vista distinciones que pueden ser útiles para lograr los propósitos que se buscan con la regulación.⁵³ Pero la regulación vía adjudicación tiene otros problemas, además del de llevar al regulador a ignorar aspectos subyacentes. Hay (otros) tres que son particularmente relevantes. Primero, puede llevar a que aspectos que son importantes en los patrones fácticos que se presentan en los procesos, pero irrelevantes con respecto a los propósitos que se quieren lograr, distraigan al regulador y lleven a que éste les de más importancia de la debida. Los casos que un regulador tiene ante sí tienen muchos hechos, algunos de los cuales son relevantes, y otros que no lo son. Por razones como la impresión que le causan al regulador ciertos hechos, éste puede distraerse y llegar a una decisión particular que no esté justificada a la luz de los propósitos que se quieren alcanzar sino en razón de consideraciones ajenas a éstos.⁵⁴ En segundo lugar, el regulador puede también concentrarse más en los sentimientos de simpatía o aversión que le despiertan las partes en el proceso y tomar decisiones a partir de dichas decisiones, dejando de lado los aspectos sustanciales del caso que tiene ante sí. Si bien no puede esperarse que ciertas controversias no generen reacciones en las personas que deben resolverlas, éste problema de la adjudicación lleva a que, como en los problemas anteriores, las normas resultantes no obedezcan a los propósitos que deberían seguir.⁵⁵ En tercer lugar,

la regulación vía adjudicación puede llevar a que el regulador se concentre más en asignar responsabilidades y culpas en los individuos que en las fuerzas sociales que llevaron a la producción de los daños y perjuicios objeto del proceso. Debido a que el proceso de adjudicación se concentra en la conducta de las partes, tiende a obviar cómo llegaron estas a tener relaciones jurídicas dentro del contexto de la actividad que se busca regular. Al obviar las relaciones sociales que llevaron a que las partes se encontraran y tuvieran un conflicto, la regulación por adjudicación puede perder de vista los objetivos que tiene a nivel social, concentrándose demasiado en episodios particulares. El resultado es, de nuevo, que la regulación que va emergiendo no obedece a los propósitos que ésta debería cumplir.⁵⁶

Por su parte, la regulación vía implementación tampoco esta libre de problemas. El contexto cognitivo a partir del cual se crean reglas detalladas y destinadas a todas las personas y empresas que hacen parte del sector a regular también presenta problemas similares a los que presenta la regulación vía adjudicación. Primero, el desarrollo de la reglamentación le da menos oportunidades al regulador de aproximarse a los detalles del sector que está regulando. Dos consecuencias surgen de esta falta de experiencia. En primer lugar, se generan asimetrías de información entre la entidad reguladora y la empresa regulada. Ello lleva a que las normas resultantes no se adapten a las circunstancias particulares que el sector a regular presenta, lo cual es problemático porque sugiere que la regulación estará varios pasos atrás de los cambios que se presenten en el sector. En segundo lugar, este proceso de regulación no le permite a las entidades reguladas manejar distintos puntos de vista sobre cómo abordar los aspectos del sector a regular, sino que facilita la aceptación de un marco conceptual construido a partir de un punto de vista único. Ello es particularmente

53 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 546 - 547.

54 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 539 - 542.

55 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 542 - 545.

56 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 545 - 546.

problemático cuando se advierte que dicho marco obedece, en primera instancia, a la asignación de derechos y deberes desde la perspectiva del *status quo*.⁵⁷ A diferencia del proceso de adjudicación, donde diferentes jueces pueden aproximarse a situaciones particulares bajo perspectivas distintas, la reglamentación presupone una perspectiva única desde la que se analizan los aspectos a regular. Como consecuencia de ello, el regulador pierde de vista la información que perspectivas distintas le ofrecen y que le pueden ser de mucha utilidad.⁵⁸

Al igual que la falta de oportunidades de entrar en contacto con el sector regulado genera problemas, también lo es la ambición de la reglamentación como proyecto normativo. La reglamentación como forma de regulación presupone que el regulador tiene toda la información necesaria para expedir normas que estén orientadas de acuerdo con los propósitos que busca la regulación. Esto difícilmente es así, y el regulador puede caer en la tentación de considerar que tiene la información suficiente como para expedir normas tan complejas que su implementación lleve a ignorar aspectos importantes que se encuentran subyacentes.⁵⁹ Esto, además, puede agravarse cuando el regulador responde a episodios particulares a los que los medios les han dado mucha importancia pero que no son representativos de todos los episodios que pueden tener lugar. El resultado de esto es que la regulación resultante es difícil de implementar, y trata a una gran mayoría de las situaciones que están a su alcance como si fueran parecidas, cuando en realidad no lo son.⁶⁰

Otros dos problemas que presenta la reglamentación como forma de regulación tienen que ver con el desarrollo de categorías útiles para analizar circunstancias específicas, e ignorar la im-

portancia que tienen las emociones para resolver disputas complejas. El primero de estos problemas está relacionado con la falta de contacto entre el regulador y su entorno. Entre más contactos existan, el regulador podrá adecuar mejor las categorías jurídicas que usa para expedir normas destinadas a cumplir con los propósitos que busca. El refinamiento de estas categorías es particularmente útil, porque le permite al regulador distinguir con mayor precisión situaciones que son parecidas de aquellas que no lo son, logrando así su tarea con mayor precisión.⁶¹ De igual manera, ignorar la importancia que tienen las emociones en la toma de decisiones puede ser erróneo, precisamente porque puede llevar al regulador a no distinguir situaciones relevantes de aquellas que no lo son. Los sentimientos le permiten a todas las personas distinguir entre situaciones, sugiriendo en qué casos actuar tiene sentido. Al no tener en cuenta las emociones que surgen cuando la regulación se implementa, la regulación vía reglamentación no distingue entre causas relevantes y aquellas que no lo son.⁶² Tal vez un ejemplo clarifique este argumento. Si un grupo de niños entra en el lote de un tercero a jugar fútbol, ello no amerita que contra ellos se inicie un proceso civil alegando que éstos quieren apropiarse del terreno. Las razones por las que iniciar tal proceso parece irrelevante para las normas de propiedad radican precisamente en que se trata de niños, que carecen del pleno uso de su razón, y de que la "invasión" se da sin la intención de apropiarse del terreno. Ambas razones están ligadas a las emociones y sentimientos que despierta el niño como actor, y sugieren la irrelevancia de tomar medidas legales frente a episodios como el descrito en este ejemplo.

Esta exposición de ambas formas de regulación sugiere que no hay una que sea superior a la otra en todos los escenarios. La regulación vía adjudi-

57 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 546.

58 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 546 – 547.

59 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 547

60 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 547 – 549.

61 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 549.

62 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 550.

cación crea una especie de "miopía" que lleva al regulador a distraerse con detalles poco relevantes en relación con los aspectos importantes que subyacen en el sector a regular, a pesar de que lo induce a ser menos ambicioso en lo que respecta cómo llevar a cabo esta labor. En cambio, la regulación vía reglamentación lleva a que el regulador sea demasiado ambicioso en lo que respecta a su capacidad para emprender su tarea y promulgue normas cuya implementación sea problemática, así dichas normas regulen los aspectos importantes que subyacen en el sector a regular.⁶³ Pareciese como si las ventajas de cada una de estas formas fueran anuladas por sus defectos, lo cual sugiere que la escogencia, en abstracto, entre una forma y otra es arbitraria.

Cuando una entidad administrativa delega, desconcentra o asume directamente sus funciones, ¿Cómo debe valorar las formas o procedimientos por medio de las cuales desarrolla ella, o la entidad delegada, dichas funciones? Ésta es una pregunta fundamental en la literatura contemporánea sobre análisis económico del derecho administrativo. En principio, la forma de regulación debe obedecer a los propósitos de acuerdo con los cuales se pretende regular un sector. Así, por ejemplo, un sector en el que la asignación de culpas y responsabilidades es muy importante (desde la perspectiva de los actores) para su funcionamiento debe regularse vía adjudicación, mientras que otros en los que las controversias dependen de conceptos técnicos deben regularse vía reglamentación.⁶⁴ Si bien esta propuesta parece razonable, resulta difícil distinguir qué campos *no* representan ambos elementos. Así, el derecho laboral, en el que la conducta de las partes es tan importante para asignar culpas y responsabilidades, está fuertemente influenciado por conceptos técnicos provenientes de la administración de empresas (como el de competitividad) que determinan las actuaciones de las

partes. En cambio, otros campos en los que los conceptos técnicos juegan una especial importancia, como el derecho ambiental, también tienen una tendencia a incluir consideraciones de responsabilidad y culpa por parte de los diferentes actores involucrados. Por lo tanto, no resulta claro cómo distinguir entre sectores, actividades, o empresas que sean más susceptibles de ser regulados por una forma y no por la otra.

63 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. p. 550.

64 Ob.cit. RACHLINSKI, *Infra*, Nota 49. pp. 550-553.

CONCLUSIONES: PROBLEMAS Y NUEVAS HIPÓTESIS

En el caso del derecho colombiano, las consideraciones presentadas en la sección anterior podrían parecer irrelevantes. El derecho administrativo, de cierta manera, escogió ambas formas de regulación al crear entidades administrativas que en su mayoría regulan vía reglamentación y jueces especializados en materia administrativa. Por lo tanto, la respuesta del derecho colombiano a las inquietudes sugeridas es que *ambas* formas de regulación son válidas, y el caso de este país muestra que ambas pueden coordinarse de manera más o menos adecuada. Más aun, la escogencia del derecho colombiano podría dar lugar a una tesis interesante (aunque por corroborar): al implementar ambas formas de regulación, las virtudes de ambas se complementan mientras que los defectos se anulan entre ellos. De esta manera, la especialización de funciones lleva a una complementación, más que a un antagonismo, de las funciones del Estado. El resultado: el modelo colombiano, junto a otros similares, puede ser el mejor modelo para controlar las actuaciones de la administración.

De nuevo, una tesis en apariencia razonable. En efecto el derecho colombiano escogió implementar ambas formas de regulación, pero luego se han escogido otras formas distintas. Una excepción importante es la ya mencionada Superintendencia de Industria y Comercio, la cual, además de expedir normas generales o reglamentos, también tiene algunas funciones jurisdiccionales gracias a la ley 446 de 1998. Si bien estas funciones son excepcionales, representan una importante desviación del modelo colombiano debido a que en el momento hay propuestas para su extensión.⁶⁵ Dicha ley – que fue

expedida para descongestionar los despachos judiciales⁶⁶ – le concede a la Superintendencia facultades jurisdiccionales para resolver controversias en materias relacionadas con la protección a los consumidores,⁶⁷ y, además, determina que dicha competencia es exclusiva una vez conozca de causas particulares.⁶⁸ Sin embargo, no deroga las normas civiles que les permiten a los jueces hacer lo mismo por la vía ordinaria, y por lo tanto nuestro sistema cuenta con un sistema doble de protección a los consumidores.

Si bien resulta difícil cuestionar la necesidad de descongestionar los despachos judiciales, tanto para los jueces y funcionarios judiciales como para los litigantes, esta “competencia de competencias” entre jueces y entidades administrativas con respecto a temas como la protección del consumidor no deja de ser un dilema. Hay varias razones para ello; la primera y más importante de ellas tiene que ver con la igualdad en el trato a demandantes y demandados por parte de jueces y entidades administrativas. Puede ser que tanto la doctrina civilista y la estructura del proceso judicial en este campo particular sea más o menos favorable para alguna de las partes, o que la doctrina administrativa y la estructura del proceso administrativo sancionador sea más o menos favorable para litigantes frecuentes que para los esporádicos. Cualquiera de estos escenarios sugiere que los derechos de las partes pueden verse protegidos o vulnerados de diferentes formas, sin que medie justificación alguna. Ello es problemático porque podría violar nuestros preceptos constitucionales sobre la igualdad, y

65 En el momento se encuentra en trámite un proyecto de ley que busca darle a la Superintendencia de Industria y Comercio la competencia única sobre temas de competencia, el cual es uno de los campos en los que dicha entidad adelanta procesos sancionatorios. Al respecto ver

el “Proyecto de ley por medio de la cual se dictan normas en materia de integraciones y prácticas restrictivas de la competencia.” No. 195 – 2007 Senado y 333 – 2008 Cámara, que cursa en la Comisión Tercera de la Cámara del Congreso colombiano. (<http://www.camara.gov.co/>)

66 Ver el Concepto 02022348 del 30 de Abril de 2002 emitido por esta entidad. (<http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/2002/Abril/02022348.php>).

67 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. Ley 446 de 1998. Diario Oficial No. 43.335. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998. Artículo 145.

68 Ob.cit. Ley 446 de 1998, Artículo 147.

abriría la puerta para comportamientos estratégicos que pueden llevar a la promoción de reglas jurídicas ineficientes. Los costos y beneficios de este doble sistema de responsabilidad ante consumidores perjudicados representan un objeto de estudio muy relevante para el análisis económico del derecho colombiano, además de ser un tema de estudio que no ha encontrado eco en la academia jurídica colombiana.⁶⁹

Hay, sin embargo, otra razón importante por la que las inquietudes arriba mencionadas son particularmente importantes para el desarrollo del derecho administrativo colombiano. Dado que éste carece de consideraciones sobre el contexto en el que se implementan las funciones atribuidas o delegadas, o ambas, no hay doctrina ni jurisprudencia que le permita a los jueces anular un acto administrativo tomando como criterio el rol institucional de la entidad que lo emite más allá de señalar si se excedió en sus facultades. Esta consideración es de vital importancia, ya que le permitiría a los jueces de la rama contencioso-administrativa tener criterios para determinar si la interpretación que ha hecho una entidad demandada dentro del ámbito de sus facultades es razonable o no. Tanto la discreción con la que se atribuyen, desconcentran o delegan normas, como la interpretación e implementación de éstas depende del rol institucional de las entidades administrativas, y no tenerlo en cuenta presupone que dicho rol no importa. En últimas, tener en mente las consideraciones aquí señaladas permitiría un mejor entendimiento de cómo funciona la administración y le permitiría a los jueces ser mejores árbitros de la administración.

De tenerse en cuenta estas consideraciones, hay un problema posterior que surge y que, de nue-

vo, la doctrina de nuestro derecho administrativo no aborda. Dicho problema consiste en delimitar el grado adecuado de discreción que le debe reconocer un juez a una entidad administrativa cuando se cuestiona la interpretación que ha hecho de una norma de acuerdo las facultades y funciones que le han sido delegadas o atribuidas.⁷⁰ ¿Deben los jueces tomar una actitud pasiva, reconociendo la mayor pericia que tienen las entidades administrativas en lo que respecta a la regulación técnica de ciertos sectores, empresas o actividades? O, por el contrario, ¿Deben asumir una actitud agresiva, analizando si la forma por medio de la cual han llegado a una decisión (sea un reglamento, sea una sanción de carácter "cuasi-judicial") ha contribuido indebidamente en su juicio, produciendo a una decisión injustificable? Si se quisiera llevar al campo positivo, esta cuestión podría presentarse de la siguiente manera: ¿Ha sido el Consejo de Estado particularmente deferente frente a entidades administrativas que, actuando dentro del marco de sus funciones, han tomado decisiones que han sido demandadas, argumentado la especialidad y el carácter técnico de dichas instituciones?

Todas estas preguntas invitan a la formulación de hipótesis sobre cómo estructurar las relaciones que presenta el derecho administrativo. El análisis económico del derecho tiene muchos elementos para adelantar esta tarea. Una hipótesis, de corte normativo, podría ser la siguiente: el rol del Consejo de Estado, como última autoridad de la rama contencioso-administrativa, debería ser la de un árbitro que se encarga de vigilar que las relaciones entre entidades administrativas cumplan con un mínimo de requisitos, y que no se vean influenciadas de manera desmedida por los grupos de presión. De esta manera, al ejercer el control de legalidad, debería centrarse en que las decisiones que tomen

69 Una notable excepción puede ser el texto del Dr. Fernando Hinestrosa sobre responsabilidad por productos defectuosos. Ver: HINESTROSA, Fernando (2003) "Responsabilidad por productos defectuosos". En: Derecho Económico, Colección Enrique Low Murtra, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. t. IV. Pg. 349.

70 Este es, precisamente, el tipo de preguntas que aparecen cuando se adelanta el control de legalidad de los actos administrativos previsto en los artículos 82 y siguientes del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

las entidades administrativas demandadas – que pueden ser diferentes, según la discreción con la que cuenten – cumplan con los requisitos legales y constitucionales, al mismo tiempo que analice, de forma explícita, los costos y beneficios de las medidas demandadas. Su intervención debería entenderse como una forma de revisar y corregir aquellos procesos que no cumplan con determinados requisitos, y no como una forma de “controlar” las actuaciones en sí mismas. De esta manera, el Consejo de Estado podría eliminar los costos de transacción que toda entidad enfrenta cuando trata de adelantar sus funciones con la colaboración de otras entidades, además de determinar la legalidad de dichas actuaciones estableciendo si los costos y beneficios generados, así como su distribución, son razonables.⁷¹

Otra hipótesis, de corte positivo (o descriptivo) podría ser la siguiente: muchos servidores públicos tienen a su cargo muchas funciones muy diferentes y complejas. Para poder dedicarse a unas, necesitan poder desconcentrar o delegar algunas de ellas. Contrario a lo que señala la doctrina prevalente, los servidores públicos no escogen delegar o desconcentrar sus funciones de acuerdo a criterios técnicos y políticamente neutrales, sino que por el contrario lo hacen siguiendo una función que les permita mostrar resultados entre la población electoral y adquirir renombre político. De hecho, dichos servidores delegan aquellas funciones que consideran poco atractivas, mientras que desconcentran al interior de las entidades que presiden aquellas funciones que consideran políticamente rentables. Ello les permite seguir de manera constante el desarrollo de políticas públicas que pue-

den capitalizar en resultados políticos, al mismo tiempo que sólo fijarían su atención en políticas públicas cuando éstas entran en crisis, y reasumir su dirección sólo en estos momentos álgidos, que son políticamente sensibles. En últimas, lo que esta hipótesis sugiere es que la decisión de desconcentrar o delegar funciones es política y egoísta, y depende del potencial electoral del ejercicio de dichas funciones. La corroboración de una hipótesis como esta sería un primer paso para determinar cómo el derecho administrativo condiciona las decisiones e incentivos que tienen los servidores públicos para llevar a cabo las funciones que les han sido encargadas.

A lo largo de este artículo, se ha sugerido que el análisis económico del derecho contiene una serie de postulados y herramientas que resultan útiles para analizar mejor el derecho administrativo como un fenómeno social que otras formas de entenderlo, enfatizando la importancia del contexto institucional de sus diferentes componentes. Por supuesto que esta forma particular de análisis tiene limitaciones y problemas; aún así, para saber si en efecto es mejor que otras formas de analizar el derecho administrativo es comprobando los errores que puede producir con los errores que las otras formas producen. La debilidad de las formas actuales, caracterizadas por su “normativismo”, es evidente, y todavía no se han propuesto formas nuevas y diferentes de análisis. Por ello, hay que seguir explorando, pero sobre todo, seguir arriesgándose a ver las cosas de otra manera.

71 De hecho, esta hipótesis es muy similar a la que planteó John Hart Ely con respecto al rol de la Corte Suprema de Justicia en el contexto del control de constitucionalidad en Estados Unidos de América. Así mismo, sigue de cerca los planteamientos de la teoría deliberativa de la democracia. Un buen resumen de la obra de Ely, así como de la teoría deliberativa de la democracia, puede encontrarse en GARGARELA, Roberto. (1996) *La Justicia Frente al Gobierno*. Editorial Ariel, primera edición, Barcelona.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVIAR, Helena. (2007) "Una mirada distinta a las transformaciones del Derecho Administrativo" En: Revista de Derecho Público No. 19. (<http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?numero=19&tipos=Articulos>)
- BALKIN, Jack. (1986) "The Crystalline Structure of Legal Thought". En: Rutgers Law Review (36. Rut. L. Rev. 1)
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA. LEY 446 DE 1998. Diario Oficial No. 43.335. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998.
- _____. Ley 489 de 1998 Diario Oficial No. 43.464, de 30 de diciembre de 1998. Bogotá: Imprenta Nacional, 1998.
- COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.
- COOTER, Robert D. (1996) "Administrative Law and Economics" En: John M. Olin Working Papers in Law, Economics, and Institutions 96/97-5. En: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1064&context=robert_cooter
- _____. y ULEN, Thomas S. (2004) Law and Economics. Editorial Pearson Publishing Co. Estados Unidos de América. Cuarta Edición. 533 Pgs.
- CULP DAVIS, Kenneth. (1972) Administrative Law Text. Editorial West Publishing Co. Estados Unidos de America. Tercera Edición. p. 617.
- ESKRIDGE, William N. Jr. & SCWARTZ, Kevin S. (2006), "Chevron and Agency Norm-Entrepreneurship". En: Yale Law Journal. (115 Yale L. J. 2623).
- FARBER, Daniel A. & FRICKEY, Philip P. (1991) "Law and Public Choice: A Critical Introduction". Editorial University of Chicago Press, Primera Edición. Estados Unidos de América.
- FULLER, L.L & WINSTON, Kenneth I. (1978) "The Forms and Limits of Adjudication", En: Harvard Law Review. (92 Harv. L. Rev. 353).
- GARGARELA, Roberto. (1996) La Justicia Frente al Gobierno. Editorial Ariel, primera edición, Barcelona.
- HINESTROSA, Fernando (2003) "Responsabilidad por productos defectuosos". En: Derecho Económico, Colección Enrique Low Murtra, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá. t. IV.
- KERKMEESTER, Heico. (1999) "Methodology: General." En: Encyclopedia of Law and Economics (<http://encyclo.findlaw.com/0400book.pdf>).
- LANGDELL, Christopher Columbus. (1879). Selection of cases on the Law of Contracts. Primera Edición. Archivo en formato pdf en manos del autor.
- LÓPEZ MEDINA, Diego. (2007) "El sueño Weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del Estado Colombiano." En: Revista de Derecho Público No. 19. (<http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?numero=19&tipos=Articulos>)
- LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. (2006) El Derecho de los Jueces. Editorial Legis – Universidad de Los Andes. Bogotá, Colombia. Segunda Edición. 366 Pgs.
- MAGILL, Elizabeth. (2005) "Agency Choice of Rule-making" En: University of Virginia Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series No. 33. (http://law.bepress.com/uvalwps/uva_publiclaw/art33)
- MORALES DE SATIÉN RAVINA, Carlos. (2006). "Estudio Preliminar". En: MONATERI, P.G. y SAMUEL, Geoffrey. (2006). La Invención del Derecho Privado. Editado por Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, y Siglo del Hombre Editores. Primera Edición. p. 266.
- PORTO, Alberto & URBIZTONDO, Santiago. (1993). "Regulación económica: un enfoque "principal-agente" de la relación entre el estado, el regulador y la empresa regulada" En: <http://econ.uchile.cl/public/Archivos/pub/c4a21a84-d151-4b1a-88ff-c68c888f477b.pdf>
- RODRIGUEZ R., Libardo. (2002) Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis. Bogotá, D.C., Colombia. Decimotercera Edición. 544 Pgs.
- SCHAUER, Frederick. (2006) "Do Cases Make Bad Law?" En: University of Chicago Press. (73 U Chi. L. Rev. 883).
- STEPHENSON, Matthew C. (2006) "Legislative Allocation of Delegated Power: Uncertainty, Risk, And the Choice between Agencies and Courts". En: Harvard Law Review. (119 Harv. L. Rev. 1035).

- SUNSTEIN, Cass R. et. al. (1998) "A Behavioral Approach to Law and Economics". En: Stanford Law Review. (50 Stan. L. Rev. 1471)
- _____. (1986) "Interest Groups in American Public Law". En: Stanford Law Review. (38 Stan. L. Rev. 29.)
- _____. (1982). "Public Programs and Private Rights" En: Harvard Law Review. (95 Harv. L. Rev. 1193).
- _____. (2002) "State Action is Always Present". En: Chicago Journal of International Law. (3 Chi. J. Int'l L. 465).
- ULEN, Thomas S. (1999) "Rational Choice Theory in Law & Economics". En: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>).
- RACHLINSKI, Jeffrey J. (2005) "Rulemaking versus adjudication: A Psychological Perspective". En: Florida State University Law Review. (35 Fla. St. U. L. Rev. 529).
- RODRIGUEZ R., Libardo. (2008) Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, decimosexta edición, Bogota.
- VERMEULE, Adrian. (2004) Judging under Uncertainty. Editorial Harvard University Press. Estados Unidos de America. Primera Edición., p. 333.
- VON WAGENHEIM, George. (1999) "Production of legal rules by Agencies and Bureaucracies" En: Encyclopedia of Law and Economics. (<http://encyclo.findlaw.com/9300book.pdf>).