COMPILADO DEL SEMESTRE

FORO ALACDE

ALACDE Law & Economics Forum

2025-II

Segundo semestre de 2025

7 artículos · 36 páginas

Este compilado reúne los artículos publicados en el Foro ALACDE durante el Segundo semestre de 2025.

Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía

Documento generado automáticamente · 13 de noviembre de 2026

Contenido

Artículos publicados en el Segundo semestre de 2025.

Análisis económico de la extorsión en Guayaquil y la crisis de la seguridad jurídica 3
Pablo Javier Carrión Carrión

¿La interposición de la demanda genera la interrupción de la prescripción? Análisis del inciso 3) del artículo 1996 del Código Civil y el Pleno Procesal Civil del 2016 8
Abelardo Villanueva Alarcón

Neoconstitucionalismo y análisis económico del derecho de contratos en Colombia 13
Alejandro Linares Cantillo

Tributación óptima concurrencial 18
Oksandro Osdival Gonçalves y Juliana de Mello Brito Ferreira do Amaral

La ley penal en blanco y los tipos abiertos en el análisis económico del derecho 23
Rafael Vega Llapapasca

Retribución justa en la justicia penal militar 28
Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez

La función económica del derecho de marcas 33
Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez

Análisis económico de la extorsión en Guayaquil y la crisis de la seguridad jurídica

Pablo Javier Carrión Carrión
15 de julio de 2025

An Economic Analysis of Extortion in Guayaquil and the Crisis in Legal Certainty

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho; 5.2 Economía y negocios.

Resumen

El artículo analiza la extorsión en Guayaquil desde el enfoque del Análisis Económico del Derecho y sus efectos sobre la actividad productiva, los derechos de propiedad y la seguridad jurídica. Examina cómo las denominadas "vacunas" operan como exacciones ilegales que elevan los costos de transacción, alteran los incentivos económicos y propician la desinversión, la informalidad forzada y el cierre de negocios. Asimismo, estudia la problemática de la tentativa de extorsión conforme al artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal y las dificultades para sancionarla cuando el beneficio económico no llega a concretarse. Desde la perspectiva económica, esta deficiencia reduce el costo esperado del delito, debilita el efecto disuasivo de la pena y desalienta la denuncia por temor a represalias. El trabajo aborda también la vulneración de la seguridad jurídica reconocida en el artículo 82 de la Constitución ecuatoriana, pues la coacción criminal sustituye la previsibilidad normativa por la arbitrariedad. Finalmente, propone reformar el régimen de punibilidad de la tentativa y fortalecer los mecanismos de inteligencia judicial y protección de víctimas y testigos, a fin de elevar los costos de la criminalidad organizada y recuperar condiciones institucionales que favorezcan el desarrollo seguro de la actividad comercial en el ámbito local.

Palabras clave: Extorsión; seguridad jurídica; economía y negocios; criminología; derecho penal.

Abstract

This article analyzes extortion in Guayaquil from the perspective of the Economic Analysis of Law and its effects on productive activity, property rights, and legal certainty. It examines how so-called "vacunas" function as illegal levies that raise transaction costs, distort economic incentives, and lead to disinvestment, forced informality, and business closures. It also examines the issue of attempted extortion under Article 185 of the Comprehensive Organic Criminal Code and the difficulties in punishing it when the economic benefit is not actually realized. From an economic perspective, this shortcoming reduces the expected cost of the crime, weakens the deterrent effect of the penalty, and discourages reporting out of fear of retaliation. The study also addresses the violation of legal certainty recognized in Article 82 of the Ecuadorian Constitution, as criminal coercion replaces regulatory predictability with arbitrariness. Finally, it proposes reforming the legal framework for punishing attempted crimes and strengthening judicial intelligence mechanisms and victim and witness protection measures, in order to increase the costs of organized crime and restore institutional conditions that foster the safe conduct of commercial activity in the local business sector.

Keywords: Extortion, legal certainty, economics and business, criminology, criminal law.

Introducción

En los últimos años, la crisis de seguridad pública en América Latina ha encontrado en Guayaquil un escenario especialmente crítico. En el puerto principal y motor económico del Ecuador, la proliferación del crimen organizado ha transformado las dinámicas sociales y de mercado. En este entorno, el delito de extorsión, popularmente conocido como "vacunas", dejó de ser una infracción marginal contra la propiedad para convertirse en un verdadero sistema paraestatal de extracción ilegítima de rentas. Esta coacción continuada socava la convivencia pacífica y usurpa progresivamente la soberanía del Estado en la regulación del territorio y la economía.

El núcleo del problema reside en la brecha entre una violencia criminal creciente y una respuesta penal ineficaz. En la praxis judicial ecuatoriana, el artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) presenta vacíos estructurales para sancionar con efectividad la tentativa de extorsión. Cuando la amenaza persiste pero el beneficio económico no se concreta, la imprecisión en la tipificación genera impunidad, reduce el costo del fracaso del delincuente y desincentiva la denuncia ciudadana ante el temor a represalias violentas.

Esta investigación se justifica en la necesidad de abordar el fenómeno más allá de la dogmática penal clásica, incorporando el enfoque del Análisis Económico del Derecho (AED). Desde esta perspectiva, las "vacunas" operan como un impuesto ilegal arbitrario que dispara los costos de transacción y asfixia la inversión privada. Asimismo, la impunidad resultante vulnera de forma directa la seguridad jurídica garantizada en el artículo 82 de la Constitución, cuya esencia exige reglas previas, claras y la tutela eficaz de los derechos frente a la arbitrariedad.

Frente a esta realidad, el artículo analiza las repercusiones socioeconómicas y jurídicas de la extorsión en Guayaquil y las falencias en la tipificación de la tentativa dentro del COIP. El estudio se despliega en tres ejes: la extorsión como tributo ilícito que distorsiona el mercado, la dogmática de este delito pluriofensivo y las ineficiencias de su régimen sancionatorio, y las líneas de reforma institucional destinadas a encarecer el costo del delito y restaurar la certidumbre comercial.

1. La extorsión como impuesto ilegal y factor de deterioro económico

Desde la economía neoclásica del crimen formulada por Becker (1968), el delincuente actúa como un agente racional que evalúa los beneficios esperados frente a los costos potenciales de su conducta. Bajo este enfoque, la decisión de delinquir responde a una función de utilidad donde la baja probabilidad de captura y la levedad de las sanciones reducen el costo esperado del delito, maximizando su rentabilidad neta. En Guayaquil, la extorsión sistemática a transportistas, pequeños comerciantes y microempresas, popularmente denominada "vacuna", opera materialmente como un gravamen o impuesto ilegal arbitrario. A diferencia de los tributos legítimos, que financian bienes públicos e infraestructura, esta exacción forzosa transfiere riqueza de forma coercitiva, no genera valor y distorsiona los incentivos de producción e inversión.

La imposición periódica de este tributo ilícito dispara los costos de transacción en el mercado local (Coase, 1960). Los agentes económicos se ven obligados a destinar recursos productivos hacia medidas defensivas imprevistas o, en el peor de los casos, a asumir pagos fijos que asfixian su margen de utilidad. Esta dinámica destruye la viabilidad de los modelos de negocio tradicionales, fomenta el cierre masivo de locales y empuja a los comerciantes hacia la informalidad forzada o el abandono de su actividad productiva.

En términos microeconómicos, la extorsión altera la asignación eficiente de los recursos y quiebra el libre juego de la oferta y la demanda. Cuando el costo de operar formalmente en una zona geográfica se vuelve prohibitivo debido al chantaje criminal, el mercado sufre un proceso de desinversión acelerada. Este deterioro económico no

constituye un mero efecto colateral, sino la consecuencia directa de un entorno institucional defectuoso donde la impunidad reduce el costo esperado del delito a costa de la asfixia del sector comercial (Becker, 1968; Coase, 1960).

2. Diferenciación dogmática y la ineficiencia regulatoria de la tentativa

Para comprender la dimensión del problema en el ordenamiento penal ecuatoriano, es preciso partir de una adecuada delimitación dogmática. La doctrina penal coincide en que la extorsión no debe ser catalogada como un simple delito contra la propiedad, sino como una infracción de carácter pluriofensivo. Su ejecución no solo lesiona el patrimonio del sujeto pasivo, sino que vulnera simultáneamente su libertad de autodeterminación económica y su integridad psicológica, afectando además la tranquilidad pública. Esta complejidad lesiva exige que el diseño normativo sancione con contundencia cada una de sus fases de ejecución; sin embargo, en la práctica legal local se evidencia un severo desacople en la pauta de punibilidad.

El punto crítico reside en la redacción del artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual exhibe vacíos de aplicación respecto a la tentativa (Art. 33 del COIP) en la estructura del delito de extorsión. Cuando el sujeto activo despliega actos ejecutivos idóneos, como amenazas de muerte, amedrentamiento continuado o colocación de artefactos explosivos, pero la ventaja patrimonial o el beneficio económico no se concreta por causas ajenas a su voluntad (por ejemplo, por la intervención policial o la imposibilidad económica de la víctima), la respuesta punitiva tiende a desvanecerse o a ser desestimada procesalmente. El sistema judicial suele experimentar serias dificultades operativas para sancionar la tentativa con la severidad que la entidad del riesgo exige, generando una impunidad de facto cuando la conducta no alcanza la consumación perfecta del pago.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, esta imprecisión regulatoria distorsiona radicalmente la estructura de incentivos del delincuente. Si la tentativa de extorsión no es perseguida ni sancionada de manera idónea, el costo del "fracaso" para la estructura criminal tiende a cero. El extorsionador asume un riesgo mínimo al iniciar la coacción, sabiendo que si la víctima no paga o la operación se interrumpe, la probabilidad de recibir una pena efectiva es insignificante en comparación con la alta rentabilidad esperada si se concreta el cobro. Esta ineficiencia penal abaratadora del delito neutraliza el efecto disuasivo de la norma, desprotege a la víctima en las fases iniciales de la agresión y desincentiva la denuncia ciudadana ante el temor justificado a represalias sin tutela estatal.

3. La destrucción de la seguridad jurídica y la propuesta de reforma institucional

El impacto final de la impunidad en la extorsión no solo desestabiliza el mercado, sino que vulnera la columna vertebral del Estado constitucional de derechos: el principio de seguridad jurídica. Consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador, este derecho garantiza la previsibilidad del ordenamiento jurídico, fundamentado en el respeto a la Carta Magna y en la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes. Cuando el crimen organizado transnacional impone un régimen coactivo en las zonas comerciales de Guayaquil, la certeza de la norma legal estatal es suplantada por la arbitrariedad del chantaje delictivo, quebrando la confianza depositada por los ciudadanos en las instituciones del Estado.

Desde la teoría económica del derecho, la seguridad jurídica constituye el activo institucional indispensable para garantizar los derechos de propiedad y minimizar los costos de transacción. Sin previsibilidad ni tutela estatal efectiva, la actividad empresarial formal entra en una crisis de incentivos: los agentes reducen su capital de trabajo, limitan la apertura de nuevas sucursales o terminan cerrando sus negocios por incapacidad de prever sus riesgos operativos. La falta de respuesta penal ante la tentativa convierte al marco regulatorio en una norma

ineficiente: el Estado falla en garantizar las condiciones mínimas para el comercio legítimo y la libre empresa.

Para corregir esta falla regulatoria y de gobernanza, se vuelve imperioso impulsar una reforma legislativa focalizada al Código Orgánico Integral Penal (COIP). Esta propuesta institucional debe centrarse en dos ejes prioritarios:

Reforma a la punibilidad de la tentativa en delitos pluriofensivos: ajustar el artículo 185 del COIP para tipificar explícitamente y sancionar con penas severas los actos ejecutivos idóneos de la extorsión (amenazas sistemáticas, amedrentamiento continuado y uso de explosivos), independientemente de si se llega a concretar el perjuicio patrimonial.

Realineamiento de incentivos y fortalecimiento procesal: incrementar sustancialmente el costo esperado de la criminalidad encareciendo el "fracaso" del delito, a la par que se fortalecen los mecanismos de inteligencia judicial y la protección de víctimas y testigos para restaurar la densidad de la denuncia.

Solo mediante una técnica legislativa clara y una persecución penal rigurosa será posible encarecer el ejercicio de la delincuencia organizada, devolviendo a los actores económicos las garantías institucionales mínimas necesarias para operar pacíficamente.

Conclusiones

El delito de extorsión en la ciudad de Guayaquil ha trascendido la categoría de una infracción patrimonial ordinaria para convertirse en la manifestación más agresiva del quiebre de la seguridad jurídica en el tejido socioeconómico regional. La aplicación del Análisis Económico del Derecho demuestra que la proliferación de las denominadas "vacunas" responde a una estructura defectuosa de incentivos en el sistema de justicia penal, donde el beneficio esperado de la delincuencia supera holgadamente el costo real asignado a la sanción efectiva y a la probabilidad de persecución estatal. Esta distorsión convierte a la actividad extorsiva en un gravamen ilegal altamente rentable que erosiona la libre empresa, destruye el valor de la propiedad privada y fuerza a los agentes económicos a la informalidad o al cierre definitivo de sus actividades.

Desde la perspectiva de la dogmática penal, la ineficiencia del marco normativo encuentra su punto más crítico en la imprecisión regulatoria que rodea a la tentativa de extorsión bajo el artículo 185 del Código Orgánico Integral Penal. Al tratarse de un delito de naturaleza pluriofensiva, que atenta de forma simultánea contra la libertad, la integridad psicológica y el patrimonio, desestimar la severidad punitiva cuando el beneficio económico no se concreta genera un escenario de impunidad de facto. Esta brecha dogmática abarata drásticamente el costo del "fracaso" para las estructuras delictivas, neutralizando el poder disuasivo de la norma penal y dejando en desamparo a las víctimas en las fases iniciales de la agresión.

La restitución del orden de mercado y la garantía del principio constitucional de seguridad jurídica consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República exigen una reforma institucional urgente y focalizada. Resulta imperativo adecuar la legislación penal para tipificar y sancionar de manera autónoma y rigurosa los actos ejecutivos idóneos de la extorsión, tales como la intimidación continuada y el uso de artefactos explosivos, de modo que el riesgo de la tentativa se aproxime al de la consumación. Solo mediante un incremento sustancial en el costo esperado del delito y el fortalecimiento de la inteligencia procesal para proteger la denuncia ciudadana, el Estado ecuatoriano podrá restaurar la certidumbre normativa indispensable para el desarrollo pacífico de la actividad comercial y la vigencia plena del Estado de derecho.

Bibliografía

Becker, G. S. (1968). Crime and punishment: An economic approach. Journal of Political Economy, 76(2), 169–217. https://doi.org/10.1086/259394

Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. Journal of Law and Economics, 3, 1–44. https://doi.org/10.1086/466560

Código Orgánico Integral Penal (COIP). (2014). Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014. Asamblea Nacional del Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. Asamblea Constituyente del Ecuador.

Gordillo Hidalgo, A. B. (2025). Los delitos de extorsión en Guayaquil y su vulneración del derecho a la seguridad jurídica (Trabajo de titulación, P. J. Carrión Carrión, tutor). Repositorio Digital de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. http://repositorio.ucsg.edu.ec/handle/3317/25536

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: Guayaquil Skyline, de Danielcampoverde99, vía Wikimedia Commons (CC BY-SA 4.0).

¿La interposición de la demanda genera la interrupción de la prescripción? Análisis del inciso 3) del artículo 1996 del Código Civil y el Pleno Procesal Civil del 2016

Abelardo Villanueva Alarcón
5 de agosto de 2025

Does the Filing of a Lawsuit Interrupt the Statute of Limitations? Analysis of Subsection 3 of Article 1996 of the Civil Code and the 2016 Civil Procedural Plenary

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho.

Resumen

El artículo examina si la interposición de una demanda dentro del plazo legal de prescripción extintiva interrumpe el plazo cuando la notificación al demandado se realiza después de su vencimiento. El problema surge de la interpretación del inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil peruano, que vincula la interrupción con la citación de la demanda y puede trasladar al litigante diligente las consecuencias de las demoras del sistema judicial. Mediante un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial, se estudia el debate resuelto por el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2016, así como la evolución de los criterios de la Corte Suprema. Asimismo, se aborda la naturaleza de la prescripción extintiva, el cómputo del plazo y la relevancia de la presentación de la demanda como manifestación inequívoca de la voluntad del titular de ejercer su derecho. El artículo sostiene que dicha interposición rompe la inactividad que fundamenta la prescripción y que condicionar sus efectos a una notificación posterior, sujeta a la actuación judicial, afecta el principio pro actione y la tutela jurisdiccional efectiva. Finalmente, concluye que, pese al avance jurisprudencial, resulta necesaria una reforma legislativa que precise expresamente que la presentación oportuna de la demanda interrumpe la prescripción.

Palabras clave: Prescripción extintiva, demanda judicial, interrupción de la prescripción, procedimiento judicial, jurisprudencia

Abstract

This article examines whether filing a lawsuit within the statutory limitation period interrupts that period when service of process on the defendant occurs after the period has expired. The issue arises from the interpretation of paragraph 3 of Article 1996 of the Peruvian Civil Code, which links the interruption to the service of the complaint and may shift the consequences of delays in the judicial system onto the diligent litigant. Through a normative, doctrinal, and jurisprudential analysis, this article examines the debate resolved by the 2016 National Plenary Session on Civil Jurisdiction and Civil Procedure, as well as the evolution of the Supreme Court's criteria. It also addresses the nature of the statute of limitations, the calculation of the limitation period, and the significance of filing the complaint as an unequivocal expression of the claimant's intent to exercise their right. The article argues that the filing of a complaint breaks the inactivity that forms the basis of the statute of limitations and that conditioning its effects on subsequent notification, which is subject to judicial action, undermines the pro actione principle and the right to effective judicial protection. Finally, it concludes that, despite advances in case law, legislative reform is necessary to expressly stipulate that the timely filing of a

complaint interrupts the statute of limitations.

Keywords: Statute of limitations, legal action, interruption of the statute of limitations, legal proceedings, case law

Introducción

La prescripción extintiva busca dar certeza jurídica al castigar la inactividad del titular de un derecho frente al paso del tiempo. Sin embargo, su aplicación en el Perú desató durante años un dilema constante: el artículo 1996, inciso 3 del Código Civil exige la "citación con la demanda" para interrumpir el plazo prescriptorio. Esta exigencia literal colisiona directamente con la realidad procesal, donde las cargas del Poder Judicial y las demoras administrativas notificando al demandado suelen tomar meses, exponiendo al litigante oportuno a que su acción sea declarada prescrita por causas totalmente ajenas a su control.

Para frenar esta inequidad, el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2016 marcó un hito al establecer que la prescripción no opera si la demanda se interpuso a tiempo, priorizando el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva sobre el formalismo gramatical.

Analizar este viraje interpretativo resulta crucial para determinar si el acuerdo plenario resuelve de forma definitiva el problema o si sigue siendo necesaria una reforma legislativa. En ese sentido, este artículo examina la naturaleza de la prescripción extintiva, la evolución de la jurisprudencia suprema y el alcance del principio pro actione, con el objetivo de sustentar una propuesta lege ferenda que adecúe el Código Civil a la realidad procesal contemporánea.

1. La problemática planteada en el Pleno Jurisdiccional Civil y Procesal Civil

El debate central del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de julio de 2016 se estructuró en torno a una interrogante crítica para la tutela procesal: si la demanda es interpuesta dentro del plazo de prescripción pero se notifica transcurrido el mismo, ¿debe declararse la prescripción de la acción? Esta disyuntiva dividió a la judicatura en dos corrientes interpretativas marcadamente distantes.

Por un lado, una primera postura asumía un criterio estrictamente formalista del artículo 1996, inciso 3 del Código Civil. Bajo dicha premisa, la falta de citación oportuna producía indefectiblemente la prescripción, argumentando que las dilaciones del aparato judicial no podían desplazar la incertidumbre jurídica hacia la esfera del deudor. En contraposición, una postura principialista sostenía que el derecho de acción se perfecciona plenamente con la presentación de la demanda ante la mesa de partes. Desde esta perspectiva, resulta jurídicamente inaceptable atribuir al demandante diligente las consecuencias perjudiciales de la sobrecarga procesal y la ineficiencia burocrática del Poder Judicial.

El Pleno adoptó por mayoría la segunda postura, concluyendo que la interposición oportuna de la demanda impide que se configure la prescripción, aun cuando la citación efectiva se realice tras el vencimiento del plazo sustantivo (Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 2016). Este acuerdo representó un viraje indispensable para supeditar la norma sustantiva civil a las garantías constitucionales de acceso a la justicia y tutela jurisdiccional efectiva.

2. Cuestiones preliminares: el objeto de extinción de la prescripción

Para comprender la trascendencia del acuerdo plenario de 2016, resulta indispensable delimitar con precisión qué es lo que realmente extingue la prescripción. Una lectura literal y acrítica del artículo 1989 del Código Civil insinúa que el transcurso del tiempo destruye la "acción" entendida como pretensión procesal (Morales Godo,

1999). Sin embargo, la dogmática procesal contemporánea ha superado dicha premisa: concebida la acción como el poder abstracto e incondicionado de acudir a los órganos jurisdiccionales, la prescripción jamás puede anular la facultad del sujeto de interponer una demanda y activar el aparato de justicia.

Frente a esta postura, un sector influenciado por la doctrina pandectista sostiene que la prescripción no ataca a la acción abstracta, sino a la pretensión material, es decir, a la exigibilidad de la prestación debida (Vidal Ramírez, 1985). Si bien este enfoque supone un avance al distinguir el plano procesal del sustantivo, la posición más rigurosa señala que el fenómeno prescriptivo priva de tutelabilidad a aquellas situaciones jurídicas subjetivas activas que han permanecido inactivas por el periodo previsto en la ley (Ariano Deho, 2005).

Bajo esta última perspectiva, el paso del tiempo no borra el derecho ni anula la acción, sino que desarma el respaldo coactivo del Estado frente al titular negligente. Al disolverse la coercibilidad que amparaba la posición de ventaja del acreedor, se libera correlativamente al deudor de su situación de desventaja, garantizando así la estabilidad y la certeza en el tráfico jurídico (Ariano Deho, 2001, 2005). De este modo, entender que la prescripción sanciona la inactividad del titular del derecho resulta determinante para evaluar si la sola presentación de la demanda quiebra o no ese estado de inercia.

3. El cómputo y el decurso del plazo prescriptorio

Determinar el momento exacto en que inicia y concluye el plazo prescriptorio resulta indispensable para evaluar si la pretensión mantiene su tutelabilidad jurídica. El artículo 1993 del Código Civil establece la regla general de que la prescripción comienza a correr desde el día en que la acción puede ejercitarse. Como aclara Rubio Correa (1990), este criterio legal no depende del capricho de las partes, sino de un referente conceptual riguroso basado en la exigibilidad efectiva del derecho. En esa línea, Vidal Ramírez (1985) precisa que el inicio del cómputo varía según la naturaleza de la relación jurídica: en los derechos absolutos, como en la responsabilidad extracontractual, el plazo nace con la trasgresión o daño efectivo, mientras que en los derechos relativos la cuenta regresiva inicia a partir del incumplimiento de la prestación pactada.

Ahora bien, para que la prescripción opere plenamente se requiere la concurrencia ininterrumpida del factor tiempo y de la inactividad del titular. Cuando el actor acude al Poder Judicial e interpone una demanda válida, manifiesta formalmente su voluntad inequívoca de conservar y hacer valer su derecho, rompiendo de manera categórica con dicho estado de inercia (Muro Rojo, 1999). Desde ese instante, el titular ha dinamizado su posición jurídica activa dentro del marco temporal que la ley le otorga.

Por ello, resulta manifiestamente contradictorio y jurídicamente frágil sancionar al demandante oportuno adjudicándole el tiempo que transcurre posteriormente en la calificación y notificación procesal (Muro Rojo, 1999). El decurso prescriptorio debe reflejar la falta de interés del acreedor, no la lentitud del aparato estatal; de ahí que una vez ejercitado el derecho de acción mediante la presentación de la demanda, el cómputo del plazo deba entenderse detenido o interrumpido para efectos de la tutela jurisdiccional.

4. Evolución y viraje de los criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema

El tratamiento de la prescripción en la jurisprudencia peruana ha experimentado una profunda transformación, pasando de un formalismo rígido a una interpretación tuitiva del derecho de acción. En un primer momento, las salas civiles de la Corte Suprema aplicaron de manera irrestricta y literal el inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil. Ejemplo emblemático de esta postura fue la Casación N° 2466-2009-Huánuco, en la que se declaró prescrita una pretensión de nulidad de acto jurídico presentada oportunamente, únicamente porque la notificación efectiva al demandado demoró nueve meses debido al trámite judicial. Bajo este criterio formalista, la ineficiencia

de la oficina de notificaciones y la recarga del juzgado se trasladaban directamente como una sanción en contra del demandante.

Este esquema rígido comenzó a ceder ante un viraje jurisprudencial liderado por ejecutorias como la Casación N° 2982-2010-Huaura y la Casación N° 774-2011-Huánuco (Muro Rojo, 2013). En la Casación N° 774-2011-Huánuco, la Corte Suprema estimó el recurso casatorio al advertir que los retrasos procesales y administrativos no pueden menoscabar los plazos fijados por la ley sustantiva para el ejercicio de las acciones. El Supremo Tribunal enfatizó que la sola presentación del escrito de demanda ante la mesa de partes constituye el acto medular que quiebra la inactividad del titular y demuestra su interés en la conservación del derecho (Cárdenas & Villegas, 2013; Muro Rojo, 2013).

Este cambio de rumbo en las ejecutorias de la Corte Suprema sentó las bases para la consolidación de una doctrina jurisprudencial uniforme. Al reconocerse que la inercia del acreedor cesa con el ingreso formal del escrito de demanda, la jurisprudencia desvinculó la efectividad del ejercicio del derecho de los avatares procedimentales del emplazamiento, preparando el camino para el consenso definitivo alcanzado en el Pleno Jurisdiccional de 2016.

5. Interpretación constitucional y sistemática: El Principio Pro Actione

El acuerdo plenario de 2016 se sustenta en una interpretación sistemática y constitucionalizada. En lugar de evaluar la subjetiva "razonabilidad del acreedor" respecto a si debió demandar anticipadamente, el Pleno define la demanda como el acto generador de la función jurisdiccional y el presupuesto del derecho constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva (Art. 139, inc. 3 de la Constitución). Bajo el principio pro actione, el juzgador debe favorecer el acceso a la justicia y evitar formalismos que devuelvan una tutela teórica o de indefensión. Sumarriva Benavente (2013) y Saavedra Dioses (2013) concuerdan en que la funcionalidad de la prescripción exige que los actos de comunicación procesal (notificación) no desautoricen el ejercicio oportuno del derecho sustantivo ante la mesa de partes.

Conclusiones

La prescripción extintiva constituye una institución diseñada para sancionar la inercia del titular de un derecho en salvaguarda de la seguridad jurídica; sin embargo, su aplicación en el Perú estuvo desnaturalizada por una interpretación excesivamente literal del inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil. Al condicionar la interrupción del decurso prescriptorio a la notificación efectiva de la demanda, el ordenamiento trasladaba indebidamente la carga de las ineficiencias del sistema judicial al litigante diligente. Esta distorsión dogmática provocaba que demandas interpuestas en tiempo oportuno terminaran siendo desestimadas por el mero transcurso del trámite procedimental de emplazamiento, una circunstancia ajena al control y a la voluntad del demandante.

El Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil de 2016 representó un paso trascendental al adecuar la hermenéutica civil a los postulados del principio pro actione y al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, 2016). Al consolidar el criterio de que la interposición oportuna de la demanda quiebra la inactividad del titular e interrumpe o detiene el decurso prescriptorio, la jurisprudencia suprema y los plenarios jurisdiccionales restituyeron el equilibrio entre la certidumbre de las relaciones jurídicas y el libre acceso a la justicia (Ariano Deho, 2005; Muro Rojo, 2013). De este modo, la manifestación formal de la voluntad de tutelar un derecho mediante la presentación del escrito de demanda disuelve cualquier presunción de desinterés o inercia.

No obstante el incuestionable avance jurisprudencial, la pervivencia del texto literal del inciso 3 del artículo 1996

del Código Civil continúa generando incertidumbre y discrecionalidad en las instancias judiciales de menor jerarquía. Por ello, resulta imperativo formular una reforma legislativa lege ferenda que positivice de manera expresa que la sola interposición de la demanda interrumpe formalmente la prescripción. Solo a través de una modificación normativa expresa se logrará armonizar plenamente el código sustantivo con las garantías constitucionales del proceso, blindando definitivamente la tutela de los derechos subjetivos frente a los avatares y dilaciones de la administración de justicia.

Bibliografía

Ariano Deho, E. (2001). Prescripción, "cuestiones" declarables de oficio y cosa juzgada. Diálogo con la Jurisprudencia, (36), 45-58.

Ariano Deho, E. (2005). Interrupción de la prescripción. En Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas (Tomo X, pp. 210-224). Gaceta Jurídica.

Cárdenas Rodríguez, L., & Villegas Paiva, E. A. (2013). Prescripción civil y penal: Un enfoque doctrinario y jurisprudencial. Gaceta Jurídica.

Morales Godo, J. (1999). ¿Realmente la prescripción extingue la acción? Diálogo con la Jurisprudencia, 5(13), 115-124.

Muro Rojo, M. (1999). Discrepancias en cuanto al cómputo del plazo en la prescripción extintiva. Diálogo con la Jurisprudencia, 5(13), 131-140.

Muro Rojo, M. (2013). Sobre el cómputo del plazo y la interrupción de la prescripción: Nuevos criterios jurisprudenciales. Diálogo con la Jurisprudencia, (178), 23-38.

Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil. (2016, 8-9 de julio). Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil. Poder Judicial del Perú. Chiclayo, Perú.

Rubio Correa, M. (1990). Prescripción y caducidad: La extinción de acciones y derechos en el Código Civil (3.ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Saavedra Dioses, A. F. (2013). La interrupción de la prescripción: ¿Se configura con la sola interposición de la demanda o con el emplazamiento? Diálogo con la Jurisprudencia, (178), 45-56.

Sumarriva Benavente, O. (2013). La interrupción de la prescripción: Nuevas interpretaciones alrededor del inciso 3 del artículo 1996 del Código Civil. Diálogo con la Jurisprudencia, (178), 57-70.

Vidal Ramírez, F. (1985). La prescripción y la caducidad en el Código Civil peruano con un estudio de la relación obligatoria. Editorial Cuzco.

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: Lima 14 Palacio de Justicia, de Rodolfo pimentel, vía Wikimedia Commons (CC BY-SA 4.0).

Neoconstitucionalismo y análisis económico del derecho de contratos en Colombia

Alejandro Linares Cantillo
2 de septiembre de 2025

Neoconstitutionalism and Economic Analysis of Contract Law in Colombia: Horizontal Effectiveness and Business and Human Rights

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho; 5.2 Economía y negocios.

Resumen

El artículo analiza la relación entre el neoconstitucionalismo y el análisis económico del derecho de contratos en Colombia, a partir de la constitucionalización del derecho privado y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Su objetivo es examinar los límites de la intervención judicial en las relaciones contractuales, considerando la autonomía negocial, la eficiencia económica y la protección de los derechos humanos. Para ello, aborda tres dimensiones: las asimetrías de poder y la distribución del riesgo contractual; la eficacia horizontal de los derechos fundamentales frente a las plataformas digitales y las arquitecturas algorítmicas; y los estándares de empresas y derechos humanos, así como los límites de la acción de tutela en controversias patrimoniales. Mediante un análisis jurídico, jurisprudencial y doctrinal, se sostiene que la constitucionalización no supone la sustitución del derecho privado ni la eliminación de la libertad contractual. Por el contrario, la intervención constitucional debe operar como un mecanismo correctivo ante situaciones acreditadas de vulnerabilidad, indefensión o desequilibrio sustancial. Se concluye que, entre partes contractualmente paritarias, deben preservarse la autonomía de la voluntad, la eficiencia y la libre asignación de riesgos, evitando una hiperconstitucionalización que genere inseguridad jurídica y eleve los costos de transacción.

Palabras clave: Derecho contractual; análisis económico del derecho; derechos humanos; empresas; plataformas digitales

Abstract

This article analyzes the relationship between neoconstitutionalism and the economic analysis of contract law in Colombia, based on the constitutionalization of private law and the horizontal effect of fundamental rights. Its objective is to examine the limits of judicial intervention in contractual relationships, taking into account contractual autonomy, economic efficiency, and the protection of human rights. To this end, it addresses three dimensions: power asymmetries and the distribution of contractual risk; the horizontal effectiveness of fundamental rights in relation to digital platforms and algorithmic architectures; and corporate and human rights standards, as well as the limits of the tutela action in property disputes. Through a legal, jurisprudential, and doctrinal analysis, the paper argues that constitutionalization does not entail the replacement of private law or the elimination of contractual freedom. On the contrary, constitutional intervention must operate as a corrective mechanism in proven situations of vulnerability, defenselessness, or substantial imbalance. It is concluded that, among contractually equal parties, the autonomy of will, efficiency, and the free allocation of risks must be preserved, avoiding hyper-constitutionalization that creates legal uncertainty and increases transaction costs.

Keywords: Keyword: Contract law; economic analysis of law; human rights; businesses; digital platforms

Introducción

La Constitución de 1991 transformó la relación entre el Estado, el mercado y los particulares al consolidar una economía social de mercado e impregnar el ordenamiento de un catálogo garantista de derechos fundamentales. No obstante, este fenómeno de constitucionalización ha abierto un debate crucial: ¿hasta qué punto la intervención judicial en los contratos pone en riesgo la seguridad jurídica y la autonomía negocial? Aunque la Constitución irradia el derecho privado, no lo sustituye ni se convierte en un parámetro automático de validez contractual; la tutela contra particulares opera únicamente bajo los supuestos tasados en el artículo 86 superior.

Frente a la tentación de una "hiper-constitucionalización" que ignore la lógica económica del contrato, este artículo busca analizar la confluencia entre el Neoconstitucionalismo, mediante la eficacia horizontal de los derechos (Drittwirkung) y el Análisis Económico del Derecho. La investigación se justifica en la necesidad de ofrecer un estándar hermenéutico previsible ante fenómenos contemporáneos como la contratación masiva, los servicios financieros, la economía de plataformas y los conflictos entre multinacionales y comunidades. Así, el objetivo central es examinar cómo el control constitucional dialoga con la eficiencia y la asignación del riesgo, abordando la evolución jurisprudencial en asimetrías de poder, el entorno digital y los límites de la intervención judicial en derechos humanos.

La tesis que orienta este trabajo es clara: la constitucionalización del derecho privado no elimina el análisis económico de la convención contractual. El control judicial actúa como una cláusula de corrección que solo se activa ante la prueba de asimetrías sustanciales, vulnerabilidad o indefensión. Entre partes paritarias, la eficiencia, la reducción de costos de transacción y la libertad para asignar riesgos conservan pleno imperio.

Para desarrollar esta postura, el texto se estructura en tres ejes: primero, las asimetrías y el manejo del riesgo en la constitucionalización del contrato; segundo, la eficacia horizontal de los derechos en el entorno digital; y tercero, el estándar de empresas y derechos humanos junto a los límites de la acción de tutela en el ámbito patrimonial.

1. La constitucionalización del derecho privado y las asimetrías

El derecho privado clásico se estructuró sobre las premisas de la autonomía de la voluntad y una presunción abstracta de igualdad formal entre las partes (Diez-Picazo, 2007). Sin embargo, la promulgación de la Constitución Política de 1991 resignificó estos pilares al subordinar la libertad negocial a un orden superior compuesto por los valores de la justicia distributiva y la solidaridad social (Arts. 1, 13 y 333 C.P.). En este marco, la intervención constitucional en la esfera privada no busca suprimir la iniciativa particular, sino corregir aquellas dinámicas de mercado donde la libertad formal enmascara verdaderas situaciones de desequilibrio material.

Esta corrección ha sido moldeada progresivamente por la jurisprudencia y el legislador a través de sectores específicos. En el ámbito financiero, al calificar la actividad bancaria como un servicio público de interés genuinamente colectivo (Art. 335 C.P.), la Corte Constitucional precisó que la autonomía negocial de las entidades crediticias no puede ejercerse de manera desproporcionada en detrimento de los derechos fundamentales de los usuarios (Sentencia C-616, 2001). No obstante, el control a las cláusulas abusivas no nació en la jurisdicción constitucional, sino en la casación civil ordinaria. La Corte Suprema de Justicia delimitó este estándar exigiendo tres presupuestos concurrentes: la ausencia de negociación individualizada (predisposición unilateral), la vulneración del principio de buena fe y la generación de un desequilibrio significativo en los derechos y obligaciones de las partes (Sentencia Exp. 1998-00366, 2001). Este estándar fue acogido y sistematizado posteriormente por el legislador en el Estatuto del Consumidor (Ley 1480, 2011, Art. 42).

La distribución y gestión del riesgo contractual confirma esta postura cautelosa. En las relaciones paritarias, el

instrumento idóneo para restablecer la equivalencia ante desequilibrios sobrevinientes e imprevisibles es la teoría de la imprevisión, cuya aplicación corresponde de forma exclusiva al juez ordinario (Código de Comercio, Art. 868). La intervención constitucional opera bajo una lógica distinta. Durante la crisis de la financiación de vivienda bajo el sistema UPAC, la Corte Constitucional no renegoció individualmente las acreencias; por el contrario, fundamentó su intervención en el derecho a la vivienda digna (Art. 51 C.P.), la reserva de ley en materia bursátil y la posición dominante del sector bancario, censurando mecanismos desproporcionados como la capitalización de intereses en créditos de vivienda (Sentencia C-383, 1999; Sentencia C-700, 1999).

Leída en clave del Análisis Económico del Derecho (AED), esta decisión respondió a la asignación eficiente del riesgo: en presencia de desequilibrios estructurales e inflación desbordada, el riesgo financiero debía ser asumido por el mejor portador del riesgo (cheapest cost avoider) en este caso, la institución financiera por su capacidad de diversificación y previsión y no por el deudor hipotecario (Calabresi, 1970; Posner, 2014). De este modo, topes como el límite a los intereses moratorios y las restricciones a las cláusulas aceleratorias, introducidos posteriormente por el legislador y respaldados por el juzgador constitucional, no constituyen meros actos de altruismo, sino mecanismos para corregir fallas de mercado y mitigar los costos de transacción ex ante y ex post.

2. La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el entorno digital

La eficacia horizontal de los derechos fundamentales (Drittwirkung) postula que las garantías constitucionales no solo obligan al Estado, sino que vinculan directamente a los sujetos privados en sus interacciones recíprocas (Alexy, 2007). En el ordenamiento colombiano, esta eficacia es mediata y subordinada a un régimen procesal tasado (Constitución Política, Art. 86; Decreto 2591, 1991). La procedencia de la tutela contra particulares exige probar subordinación, indefensión, prestación de un servicio público o afectación grave del interés colectivo. En el ámbito contractual, la indefensión es relacional y se prueba caso por caso; la sola existencia de un contrato no convierte a una parte en indefensa ni habilita al juez para juzgar la validez de la convención (Sentencia T-277, 2015).

Este modelo enfrenta su escenario más crítico frente a las grandes plataformas digitales y arquitecturas algorítmicas. En la economía digital, la asimetría no deriva únicamente del músculo financiero, sino del control del código fuente, el manejo masivo de datos y el poder unilateral de moderación de contenidos. Frente al cierre injustificado de cuentas y perfiles comerciales, la Corte Constitucional ha precisado que la moderación no es absoluta, exigiendo debido proceso, reglas transparentes y mecanismos de contradicción (Sentencia T-040, 2020).

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), la exigencia de claridades ex ante reduce los costos de información y transacción para los usuarios (Coase, 1960). Sin embargo, el AED advierte que la intervención judicial desmedida ex post caso a caso genera incertidumbre, encarece la operación digital y desincentiva la innovación. Por ello, la propia jurisprudencia evita convertir a las plataformas en jueces censores o en prestadores de servicios públicos, prefiriendo reglas claras que preserven la dinámica del mercado.

Un matiz similar se observa en las plataformas de reparto o gig economy, donde la regulación legal exige revisión humana y justificación causal para suspender cuentas (Ley 2365, 2024). En suma, la asimetría digital justifica la tutela para proteger derechos fundamentales, pero no autoriza al juzgador a sustituir la autonomía negocial entre partes en aspectos puramente patrimoniales y paritarios.

3. Empresas, derechos humanos y límites de la intervención judicial

La asimetría más compleja en la contratación contemporánea enfrenta a corporaciones transnacionales o grandes empresas con comunidades vulnerables y sujetos de especial protección. En el plano internacional, los Principios

Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos han consolidado un marco de soft law estructurado en tres pilares: proteger, respetar y remediar (Naciones Unidas, 2011). No obstante, estos instrumentos expresan una expectativa de conducta y no obligan de forma directa a los privados a menos que sean incorporados al ordenamiento interno. En Colombia, los avances normativos vinculan primordialmente al Estado y apenas recomiendan esquemas de debida diligencia empresarial. Incluso en escenarios de vanguardia como la Unión Europea, el alcance de la Directiva sobre Debida Diligencia de las Empresas en Materia de Sostenibilidad fue acotado en su aprobación final a grandes corporaciones, con un esquema de aplicación gradual y sin armonizar un régimen estricto de responsabilidad civil (Directiva UE 2024/1760, 2024).

Esta tensión entre desarrollo económico y protección constitucional se evidencia en mecanismos de participación como la consulta previa. Diseñada originariamente como un espacio de diálogo intercultural para mitigar impactos ambientales y sociales, su aplicación ha generado complejos dilemas económicos. Cuando la jurisprudencia constitucional exige el consentimiento previo como requisito indispensable ante afectaciones intensas, la consulta adopta operativamente la función de un derecho de veto (Sentencia SU-123, 2018). Desde la óptica del Análisis Económico del Derecho (AED), la indeterminación procesal y la proliferación de trámites elevan los costos de transacción ex ante y la incertidumbre regulatoria, desincentivando proyectos de inversión sin garantizar necesariamente un remedio efectivo para las comunidades.

Frente a este panorama, la jurisprudencia constitucional ha fijado límites a la intervención del juez de tutela, reafirmando el principio de subsidiariedad (Decreto 2591, 1991). Las disputas de carácter puramente económico, la fijación del precio contractual y las pretensiones indemnizatorias o resarcitorias corresponden a la jurisdicción ordinaria o arbitral, careciendo por regla general de trascendencia constitucional (Sentencia SU-226, 2019). Si bien existen excepciones frente a situaciones de indefensión o amenaza al mínimo vital, la legitimidad de la jurisdicción constitucional radica en respetar la orbita del juez ordinario en asuntos patrimoniales. En síntesis, la protección contra vulneraciones a los derechos humanos por parte de las empresas exige corregir los abusos mediante estándares de debido proceso y debida diligencia, pero sin transformar la acción de tutela en un mecanismo desproporcionado de renegociación de negocios jurídicos paritarios.

Conclusiones

La intervención constitucional no anula el derecho privado ni el análisis económico del contrato. El control judicial actúa únicamente como un mecanismo de corrección frente a asimetrías probadas, indefensión o vulnerabilidad. Entre partes paritarias, la autonomía negocial, la eficiencia y la libre asignación de riesgos conservan su imperio ex ante.

La indeterminación jurisprudencial en el entorno digital y en materia de empresas y derechos humanos representa en sí misma un costo de transacción elevado. Para preservar el equilibrio del sistema es indispensable evitar la inseguridad jurídica derivada de una hiper-constitucionalización del tráfico mercantil.

El juzgador constitucional no está llamado a renegociar las condiciones patrimoniales del negocio jurídicamente atado. Su función es ser una norma de cierre que garantice la equidad y el debido proceso en mercados asimétricos, respetando la autonomía de la voluntad como pilar fundamental de la libertad económica.

Bibliografía

Alexy, R. (2007). Teoría de los derechos fundamentales (2.ª ed., trad. C. Bernal Pulido). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Calabresi, G. (1970). The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. Yale University Press.

Coase, R. H. (1960). The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics, 3, 1-44.

Congreso de la República de Colombia. (1991, 19 de noviembre). Decreto 2591 de 1991: Por el cual se reglamenta la acción de tutela. Diario Oficial No. 40.165.

Congreso de la República de Colombia. (2011, 12 de octubre). Ley 1480 de 2011: Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor. Diario Oficial No. 48.222.

Congreso de la República de Colombia. (2024, 2 de julio). Ley 2365 de 2024: Por medio de la cual se regula el trabajo en plataformas digitales de reparto. Diario Oficial No. 52.805.

Constitución Política de Colombia. (1991). Editorial Legis.

Corte Constitucional de Colombia. (1999, 27 de mayo). Sentencia C-383/99 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

Corte Constitucional de Colombia. (1999, 16 de septiembre). Sentencia C-700/99 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Corte Constitucional de Colombia. (2001, 13 de junio). Sentencia C-616/01 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Corte Constitucional de Colombia. (2015, 12 de mayo). Sentencia T-277/15 (M.P. María Victoria Calle Correa).

Corte Constitucional de Colombia. (2018, 15 de noviembre). Sentencia SU-123/18 (M.P. Alberto Rojas Ríos).

Corte Constitucional de Colombia. (2019, 23 de mayo). Sentencia SU-226/19 (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Corte Constitucional de Colombia. (2020, 3 de febrero). Sentencia T-040/20 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas).

Corte Constitucional de Colombia. (2023, 12 de mayo). Sentencia T-145/23 (M.P. Natalia Ángel Cabo).

Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil. (2001, 2 de febrero). Sentencia Exp. 1998-00366 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Diez-Picazo, L. (2007). Fundamentos del derecho civil patrimonial: Introducción a la teoría del contrato (6.ª ed., Vol. 1). Thomson Civitas.

Naciones Unidas. (2011). Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". HR/PUB/11/04.

Posner, R. A. (2014). Economic Analysis of Law (9.ª ed.). Wolters Kluwer.

Unión Europea. (2024, 13 de junio). Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad. Diario Oficial de la Unión Europea.

Williamson, O. E. (1985). The Economic Institutions of Capitalism. Free Press.

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: Business agreement handshake at coffee shop, de rawpixel.com, vía Wikimedia Commons (CC0).

Tributación óptima concurrencial

Oksandro Osdival Gonçalves y Juliana de Mello Brito Ferreira do Amaral
23 de septiembre de 2025

Optimal Competition-Oriented Taxation: A Law and Economics Approach

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho; 5.2 Economía y negocios.

Resumen

El artículo analiza la tributación como instrumento de intervención preventiva para corregir fallas de mercado y promover la libre competencia, desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho. El estudio se centra en mercados oligopólicos con productos homogéneos y propensión a la colusión tácita, donde la estructura tributaria puede influir en los costos empresariales y en los incentivos competitivos. Para ello, examina el mercado brasileño de combustibles y el marco constitucional establecido en el artículo 146-A de la Constitución Federal de Brasil. Asimismo, analiza el diagnóstico del Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y la transición del régimen de sustitución tributaria del ICMS hacia el sistema monofásico ad rem, introducido por la Ley Complementaria N.º 192/2022. A partir de la teoría de la tributación óptima y del enfoque del Second Best, se identifican las limitaciones de ambos modelos tributarios para garantizar condiciones efectivas de competencia, especialmente por sus efectos sobre las asimetrías de costos y la rivalidad de precios. Finalmente, se sostiene que la tributación extrafiscal puede complementar la actuación de las autoridades de competencia mediante intervenciones ex ante, siempre que respete los principios de igualdad tributaria, capacidad contributiva y no confiscatoriedad, armonizando la eficiencia económica con la justicia fiscal y la seguridad jurídica.

Palabras clave: Defensa de la competencia; Tributación; Análisis Económico del Derecho; Regulación Tributaria; CADE

Abstract

This article analyzes taxation as a preventive policy tool for correcting market failures and promoting free competition, from the perspective of the Economic Analysis of Law. The study focuses on oligopolistic markets with homogeneous products and a propensity for tacit collusion, where the tax structure can influence business costs and competitive incentives. To this end, it examines the Brazilian fuel market and the constitutional framework established in Article 146-A of the Federal Constitution of Brazil. It also analyzes the assessment by the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and the transition from the ICMS tax substitution regime to the single-stage ad rem system, introduced by Complementary Law No. 192/2022. Based on the theory of optimal taxation and the "second-best" approach, the study identifies the limitations of both tax models in ensuring effective conditions of competition, particularly due to their effects on cost asymmetries and price rivalry. Finally, the paper argues that extrafiscal taxation can complement the actions of competition authorities through ex ante interventions, provided that it respects the principles of tax equality, ability to pay, and non-confiscatory taxation, thereby harmonizing economic efficiency with tax justice and legal certainty.

Keywords: Law; Economics; Taxation; Economic Competition; Economic Analysis of Law

Introducción

La intersección entre el Derecho Tributario y la Defensa de la Competencia (Antitrust) representa un punto de

encuentro fascinante para el análisis regulatorio moderno. Durante décadas, los tributos se han entendido casi de forma exclusiva como herramientas de recaudación (fiscandi causa). Sin embargo, la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED) pone al descubierto una realidad distinta: la norma fiscal altera directamente los costos, las barreras de entrada y los incentivos de los competidores, por lo que nunca es completamente neutral.

En sectores con alta concentración y productos homogéneos, como la distribución de combustibles, la competencia suele ahogarse en acuerdos implícitos o colusiones tácitas donde no existe un cartel formal que sancionar ex post. Frente a este dilema, surge la necesidad de explorar cómo el diseño tributario puede funcionar como una herramienta ex ante que quiebre esos equilibrios colusorios mediante asimetrías de costos calculadas, sin transgredir las garantías constitucionales del contribuyente.

La justificación de este estudio reside en la necesidad de cuestionar la idea de que la simple simplificación administrativa de un impuesto genera mercados más competitivos. Tomando a Brasil como laboratorio normativo bajo el amparo del artículo 146-A constitucional y las intervenciones del CADE, resulta crucial evaluar la transición desde el modelo de Sustitución Tributaria del ICMS hacia el régimen monofásico ad rem (Ley Complementaria Nº 192/2022) a la luz de la teoría de la tributación óptima y el Second Best.

Con este horizonte, el objetivo general del artículo es analizar la extrafiscalidad tributaria como un instrumento pro-competitivo de intervención preventiva ante fallas de mercado en sectores oligopólicos. Para lograrlo, el trabajo se despliega en cuatro pasos: examinar el sustento constitucional brasileño de la tributación concurrencial; revisar el diagnóstico empírico del CADE en el sector de combustibles; comparar los efectos microeconómicos del régimen ad rem frente al modelo tradicional; y trazar los límites materiales que imponen los principios de isonomía, capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

1. La Tributación con Fines Concurrenciales en el Plano Constitucional

El encuadre constitucional resulta determinante para legitimar la intervención fiscal con propósitos regulatorios. Tradicionalmente, la dogmática tributaria ha supeditado la extrafiscalidad a fines puramente extraeconómicos o al incentivo de sectores específicos. No obstante, el Análisis Económico del Derecho (AED) demuestra que las normas impositivas reconfiguran constantemente la estructura de incentivos y los costos marginales de las empresas, afectando la dinámica competitiva de los mercados (Cooter & Ulen, 2016; Silveira, 2009).

En el ordenamiento jurídico brasileño, este vínculo adquiere rango normativo directo. El artículo 146-A de la Constitución Federal de 1988 faculta explícitamente al legislador a establecer criterios especiales de tributación con el objetivo de prevenir desequilibrios en la competencia, sin perjuicio de la competencia del Estado para intervenir en el dominio económico (artículo 170, inc. IV). Esta habilitación constitucional trasciende la mera función recaudadora (fiscandi causa) y consolida una función correctora ex ante.

En mercados con alta concentración y paridad de costos, las sanciones ex post de la autoridad de competencia suelen resultar insuficientes para desarticular la colusión tácita o el paralelismo consciente. Frente a este escenario, la norma fiscal se transforma en un instrumento complementario del enforcement antitrust. Bajo el marco del AED, la tributación con fines concurrenciales no busca distorsionar el mercado, sino neutralizar las ineficiencias estructurales existentes, armonizando la neutralidad fiscal con la libre iniciativa y garantizando que el diseño tributario no actúe como un catalizador inintencionado de acuerdos colusorios (Silveira, 2009).

2. El Mercado de Combustibles y el Diagnóstico del CADE

El sector de distribución y venta al por menor de combustibles líquidos constituye un escenario privilegiado para

observar las fallas del diseño tributario sobre la dinámica competitiva. Por sus características estructurales, alta concentración en la refinación y distribución, producto prácticamente homogéneo y una marcada transparencia de precios en estaciones de servicio, este mercado exhibe una propensión natural a la colusión tácita o al paralelismo consciente sin necesidad de un pacto explícito entre competidores (Morganti, 2020).

En Brasil, el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE) y la Agencia Nacional del Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) han diagnosticado de forma reiterada que la paridad de costos y la visibilidad de los precios minoristas facilitan la estabilización de equilibrios colusorios de forma espontánea (CADE, 2018; ANP, 2020). En este entorno, los incrementos o modificaciones impositivas suelen trasladarse casi de manera instantánea al consumidor final, anulando el incentivo de los agentes para competir agresivamente vía precios.

El hallazgo central de los informes del CADE revela que muchas de las distorsiones observadas no provenían de carteles clandestinos tradicionales, sino del propio marco normativo y fiscal aplicado al sector (CADE, 2018). El régimen tributario actuó históricamente como un factor de rigidez que homogeneizó la estructura de costos marginales entre distribuidores y revendedores, eliminando las asimetrías naturales que habrían impulsado la rivalidad de precios en el mercado. Ante esta limitación, la coordinación institucional entre el CADE y la ANP mediante el intercambio constante de datos diarios demostró que el enforcement coercitivo tradicional resulta insuficiente si la arquitectura impositiva continúa incentivando un comportamiento paralelo en el sector.

3. Del Modelo de Sustitución Tributaria al Régimen Ad Rem

La evolución de la fiscalidad de los combustibles en Brasil ofrece un claro ejemplo de cómo el diseño de un impuesto puede generar ineficiencias competitivas no deseadas. Historicamente, la recaudación del Impuesto sobre Circulación de Mercancías y Servicios (ICMS) operó bajo el régimen de sustitución tributaria. Este esquema utilizaba la fijación estatal de un Precio Máximo al Consumidor (PMPF) como base imponible anticipada, buscando facilitar el control fiscal y reducir la evasión en la cadena de distribución.

Sin embargo, desde la perspectiva de la teoría de juegos, el PMPF funcionó en la práctica como un "punto focal público de concertación" en el sentido de Schelling (1960). Al enviar una señal clara y pública sobre el precio de referencia al mercado, la norma tributaria eliminó la incertidumbre entre los agentes económicos, permitiéndoles alinear implícitamente sus márgenes de ganancia y desincentivando la competencia de precios en las estaciones de servicio. Asimismo, la complejidad operativa del sistema y los altos costos de transacción para solicitar la devolución de saldos tributarios desincentivaron aún más cualquier estrategia comercial agresiva por parte de los distribuidores más eficientes.

En respuesta a estas distorsiones, la Ley Complementaria Nº 192/2022 introdujo un cambio sustancial al instaurar la tributación monofásica bajo el formato ad rem, fijando una cuota impositiva específica y uniforme por unidad física de volumen (litro). Si bien este régimen logró eliminar la señalización explícita de precios del PMPF y simplificó la administración fiscal, la teoría de la tributación óptima demuestra que el modelo ad rem engendra sus propias ineficiencias (Atkinson & Stiglitz, 1980).

Al imponer una carga tributaria idéntica independientemente del precio final de venta, el impuesto ad rem penaliza proporcionalmente a las estaciones de servicio y distribuidoras más eficientes que intentan competir ofreciendo precios bajos al consumidor final. Al erosionar el margen relativo de las empresas de menor costo, la tributación fija por volumen puede terminar atenuando la rivalidad de precios en el mercado, advirtiendo que la mera sustitución de un régimen tributario por otro no garantiza per se la plena eficiencia concurrencial.

4. Principios de Tributación Óptima y Límites Materiales

La construcción de un sistema tributario orientado a la libre competencia no puede realizarse de manera desmedida ni al margen de las garantías fundamentales de la tributación. La teoría de la tributación óptima y la doctrina del Second Best demuestran que, ante la imposibilidad práctica de implementar impuestos puros de cuota fija (lump-sum) que no alteren la conducta de los agentes, cualquier intervención fiscal generará distorsiones en la economía (Musgrave & Musgrave, 1989; Smith, 1776). Por ello, el diseño extrafiscal debe calibrar cuidadosamente su impacto para mitigar fallas de mercado sin introducir ineficiencias asignativas aún mayores.

En este escenario, el uso de la tributación como política pro-competitiva encuentra sus fronteras infranqueables en los principios constitucionales tributarios, principalmente en la isonomía, la capacidad contributiva y la prohibición de confiscatoriedad. Desde el Análisis Económico del Derecho, la isonomía fiscal no exige un trato idéntico a situaciones disímiles, sino una diferenciación legítima basada en criterios objetivos (Silveira, 2009). Sin embargo, si la norma fiscal impone asimetrías impositivas arbitrarias para desarticular un supuesto equilibrio colusorio, se corre el riesgo de vulnerar la capacidad contributiva de los agentes y desvirtuar la justicia tributaria.

Por consiguiente, los incentivos o desincentivos fiscales diseñados para estimular la rivalidad de precios deben ser proporcionados y estar directamente vinculados a la neutralización del fallo de mercado detectado. La intervención extrafiscal fundada en el artículo 146-A de la Constitución brasileña debe operar como un modulador de las asimetrías estratégicas del mercado, pero siempre respetando la equidad distributiva y el contenido esencial de las libertades económicas individuales (Silveira, 2009). En última instancia, una política tributaria pro-competitiva solo será sostenible si logra armonizar la eficiencia microeconómica con la seguridad jurídica y la justicia fiscal material.

Conclusiones

Las conclusiones obtenidas a lo largo de este estudio ponen de manifiesto que la política tributaria no puede continuar analizándose desde una perspectiva puramente recaudadora, desconectada de la defensa de la competencia. En mercados fuertemente concentrados y con productos homogéneos, el diseño impositivo actúa como un elemento determinante en la estructura de costos e incentivos de las empresas, con la capacidad de distorsionar la rivalidad comercial o, por el contrario, desarticular tendencias al paralelismo consciente y la colusión tácita.

La experiencia empírica del mercado brasileño de combustibles ilustra la complejidad de este fenómeno. Por un lado, la sustitución tributaria tradicional generó una rigidez tarifaria indeseada al establecer un precio de referencia que funcionó como punto focal de concertación explícita e implícita. Por otro lado, la transición hacia el esquema monofásico ad rem introducido por la Ley Complementaria nº 192/2022 demostró que la simple fijación de montos tributarios por volumen físico tampoco garantiza la plena eficiencia del mercado, al penalizar proporcionalmente a las unidades de negocio de menor margen que buscan competir mediante reducciones agresivas de precios.

Desde el prisma del Análisis Económico del Derecho y la teoría de la tributación óptima (Second Best), la formulación de tributos extrafiscales con orientación concurrencial debe guardar un delicado equilibrio. Si bien la habilitación constitucional del artículo 146-A faculta el uso de mecanismos impositivos diferenciados para corregir ineficiencias de mercado, esta facultad se encuentra delimitada por las garantías tributarias fundamentales, tales como la isonomía, la capacidad contributiva y la no confiscatoriedad.

En definitiva, la intervención estatal preventiva (ex ante) mediante herramientas fiscales constituye un valioso complemento para las autoridades de competencia cuando el control sancionador tradicional (ex post) resulta insuficiente. No obstante, su éxito depende de un diseño técnico riguroso que evalúe previamente las asimetrías de costos y las respuestas estratégicas del sector, asegurando que el remedio tributario promueva de manera efectiva el bienestar del consumidor sin comprometer los principios de justicia y neutralidad fiscal.

Bibliografía

Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis. (2020). Nota Técnica nº 109/2019/SDR-E: Diagnóstico e medidas pró-concorrência no setor de combustíveis. ANP.

Atkinson, A. B., & Stiglitz, J. E. (1980). Lectures on public economics. McGraw-Hill.

Caliendo, P. (2009). Direito tributário e análise econômica do Direito: Uma visão crítica. Campus/Elsevier. (Corregido: figuraba erróneamente bajo el apellido Silveira en el borrador preliminar).

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. (2018). Repensando o setor de combustíveis: Medidas pró-concorrência. CADE.

Cooter, R., & Ulen, T. (2016). Law and economics (6.ª ed.). Berkeley Law Books.

Morganti, P. R. (2020). Price transparency and tacit collusion in the gasoline industry in Mexico. Análisis Económico, 35(90), 221-228.

Musgrave, R. A., & Musgrave, P. B. (1989). Public finance in theory and practice (5.ª ed.). McGraw-Hill.

Schelling, T. C. (1960). The strategy of conflict. Harvard University Press.

Smith, A. (1776). An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations (W. Strahan & T. Cadell, Eds.).

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: Diesel Gas Pump, de Tony Webster, vía Wikimedia Commons (CC BY 2.0).

La ley penal en blanco y los tipos abiertos en el análisis económico del derecho

Rafael Vega Llapapasca
14 de octubre de 2025

Blank Criminal Law and Open Offenses in the Economic Analysis of Law: Challenges to the Principle of Legality in Ecuador and Peru

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho.

Resumen

El presente artículo examina la configuración de las leyes penales en blanco y los tipos abiertos en los ordenamientos jurídicos de Ecuador y Perú, analizando su compatibilidad con el principio de legalidad, particularmente en su exigencia de taxatividad (lex certa). Mediante una revisión dogmática y jurisprudencial, se identifican los límites constitucionales de estas técnicas de tipificación, considerando los riesgos que supone delegar la determinación de conductas punibles a disposiciones administrativas o a la interpretación judicial. Asimismo, se aborda la distinción entre leyes penales en blanco propias e impropias, los criterios de admisibilidad de los tipos abiertos y las principales estructuras de clasificación de los tipos penales. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, se evalúa el equilibrio entre la flexibilidad normativa y la certeza jurídica, considerando que, si bien estas técnicas reducen los costos de actualización legislativa y permiten responder a entornos regulatorios dinámicos, su utilización excesiva incrementa los costos de información, genera incertidumbre para los agentes económicos y puede desincentivar la inversión. Se concluye que la eficiencia del Derecho penal económico exige preservar el núcleo esencial de la prohibición en la ley formal, garantizando previsibilidad normativa, seguridad jurídica y el respeto irrestricto al principio de legalidad.

Palabras clave: Leyes penales en blanco, tipos penales abiertos, principio de legalidad penal, derecho penal económico, análisis económico del derecho

Abstract

This article examines the structure of blank criminal laws and open offenses in the legal systems of Ecuador and Peru, analyzing their compatibility with the principle of legality, particularly with regard to its requirement of specificity (lex certa). Through a review of legal doctrine and case law, this article identifies the constitutional limits of these criminal classification techniques, considering the risks involved in delegating the determination of punishable conduct to administrative provisions or judicial interpretation. It also addresses the distinction between true and false "blank" criminal laws, the criteria for the admissibility of open-ended offenses, and the main classification structures for criminal offenses. From the perspective of the Economic Analysis of Law, the balance between regulatory flexibility and legal certainty is evaluated, considering that, while these techniques reduce the costs of legislative updates and allow for a response to dynamic regulatory environments, their excessive use increases information costs, generates uncertainty for economic agents, and may discourage investment. It is concluded that the efficiency of economic criminal law requires preserving the essential core of the prohibition in formal law, thereby ensuring regulatory predictability, legal certainty, and unrestricted respect for the principle of legality.

Keywords: Blank criminal laws, open-ended criminal offenses, the principle of legality in criminal law, economic criminal law, economic analysis of law

Introducción

En el Derecho penal moderno, el principio de legalidad, en su exigencia de lex certa, actúa como el escudo fundamental del ciudadano frente al poder punitivo del Estado (ius puniendi). Sin embargo, la vorágine de los mercados contemporáneos y la velocidad de los cambios tecnológicos imponen un desafío severo al legislador: la imposibilidad de redactar tipos penales absolutamente exhaustivos para materias complejas como el medio ambiente, los tributos o el sector financiero. Ante esta limitación, el sistema recurre a leyes penales en blanco y tipos abiertos, herramientas que otorgan la flexibilidad necesaria para proteger el orden socioeconómico, pero que abren una inevitable brecha en la certeza jurídica al trasladar la concreción de la conducta prohibida a reglamentos administrativos o a la interpretación del juez.

Este trabajo aborda la tensión entre la exigencia constitucional de taxatividad y la necesidad funcional de emplear tipos penales permeables en Ecuador y Perú. La investigación se justifica por una doble urgencia. Dogmáticamente, busca trazar límites claros a la técnica del reenvío para evitar que la administración configure delitos por la vía reglamentaria. Desde el Análisis Económico del Derecho (AED), evalúa la eficiencia de estas normas: si bien reducen los costos de transacción legislativos evitando actualizar el Código Penal ante cada cambio técnico, su indefinición genera externalidades negativas e incertidumbre, desincentivando la inversión y la actividad económica.

Ubicando el análisis en los marcos normativos y jurisprudenciales de Ecuador y Perú, el objetivo de este artículo es examinar cómo operan las leyes penales en blanco y los tipos abiertos en ambos países, determinando su viabilidad constitucional a la luz de los criterios de eficiencia y certeza jurídica del AED. Para ello, el estudio se despliega en cuatro momentos: la dogmática de la ley penal en blanco, el alcance del arbitrio judicial en los tipos abiertos, la taxonomía estructural de los tipos, y el balance económico entre flexibilidad legislativa y previsibilidad en el mercado.

1. La Ley Penal en Blanco y sus Tensiones Constitucionales

La estructura de la ley penal en blanco, introducida dogmáticamente por Karl Binding, se caracteriza por contemplar con claridad la consecuencia jurídica (la pena), mientras que la descripción del supuesto de hecho queda total o parcialmente indeterminada, remitiéndose a otras disposiciones normativas para su ulterior integración (Binding, 2009; Hurtado Pozo, 2011). Esta técnica responde a la imperiosa necesidad de dotar de dinamismo al sistema punitivo; sin embargo, genera una profunda tensión con el principio de legalidad (nullum crimen sine lege) en su vertiente de lex certa o taxatividad, especialmente cuando el reenvió normativo se dirija a normas administrativas de rango inferior a la ley parlamentaria (Bacigalupo, 1999; Jescheck & Weigend, 2014).

Para resolver este conflicto de jerarquía, la dogmática penal y la jurisprudencia distinguen entre leyes penales en blanco impropias (cuando la remisión se efectúa hacia una norma de igual o superior rango formal) y propias (cuando la integración depende de decretos o reglamentos emanados del Poder Ejecutivo) (García Cavero, 2019; Polaino Navarrete, 2015). Respecto a estas últimas, la jurisprudencia peruana fijó límites precisos en la Casación N.° 1126-2017-Arequipa, estableciendo que la constitucionalidad del reenvío propio exige tres requisitos infranqueables: a) que la remisión sea indispensable por la complejidad técnica de la materia; b) que el reenvío sea explícito y claro; y c) que el núcleo esencial de la prohibición quede reservado estrictamente en la ley formal (Corte Suprema de la República del Perú, 2017).

En el ordenamiento ecuatoriano, la Corte Constitucional ha mantenido una postura consecuente al interpretar los artículos 76.3 y 132 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), enfatizando que la potestad reglamentaria no puede en ningún caso reconfigurar elementos constitutivos de la infracción penal. Como señala la doctrina especializada, si bien el sector público requiere margen regulatorio en áreas como la tributaria o la ambiental, delegar la definición de la conducta medular a instancias administrativas vacía de contenido la garantía democrática de la reserva de ley (Reyna Alfaro, 2000; García Cavero, 2019).

2. Tipos Abiertos y la Concreción Judicial

A diferencia de la ley penal en blanco, los tipos abiertos no reenvían explícitamente a una norma extrapenal complementaria, sino que contienen conceptos valorativos o elementos normativos indeterminados que obligan al juzgador a concretar el supuesto de hecho en el caso concreto (Bacigalupo, 1999; Jescheck & Weigend, 2014). El ejemplo paradigmático se encuentra en los delitos culposos o de imprudencia, donde la conducta prohibida requiere precisar la infracción de un "deber objetivo de cuidado" ajustado a la lex artis o a la praxis de cada sector económico (García Cavero, 2019; Hurtado Pozo, 2011).

Desde la perspectiva constitucional, los tipos abiertos son admisibles siempre que la indeterminación del término sea colmada mediante criterios técnicos, sociales o de la experiencia previsibles para el ciudadano (Polaino Navarrete, 2015). No obstante, el límite infranqueable de esta labor de integración radica en la prohibición de la analogía in malam partem y en el respeto al principio de taxatividad, la labor del juez debe limitarse a la exégesis y precisión del tipo, sin incurrir en la creación ex novo de figuras delictivas o en un activismo judicial que vulnere la separación de poderes (Bacigalupo, 1999; Feuerbach, 2007).

En los ordenamientos de Perú y Ecuador, esta técnica plantea un reto constante en el ámbito del derecho penal económico. Mientras que la Corte Suprema del Perú ha insistido en que la concreción judicial debe apoyarse en estándares normativos preexistentes para salvaguardar la certeza (Corte Suprema de la República del Perú, 2017), la dogmática ecuatoriana coincide en que la vaguedad excesiva en la redacción de los conceptos valorativos traslada indebidamente la función legislativa al fuero judicial, erosionando la seguridad jurídica que los agentes del mercado requieren para el desarrollo de sus actividades (Reyna Alfaro, 2000; García Cavero, 2019).

3. Clasificación Estructural de los Tipos Penales

Para comprender el impacto de las leyes en blanco y los tipos abiertos en el ordenamiento penal, resulta indispensable acudir a la taxonomía que la dogmática penal ha construido sobre las estructuras típicas (García Cavero, 2019; Polaino Navarrete, 2015). Esta clasificación no responde a un mero ejercicio formal, sino que determina el nivel de precisión técnica exigible a la norma y el grado de previsibilidad que se otorga al ciudadano frente a la amenaza de la pena (Jescheck & Weigend, 2014).

Atendiendo a la configuración técnica del comportamiento prohibido, la dogmática distingue las siguientes estructuras clave:

Según la autonomía respecto al tipo básico: Los tipos especiales o autónomos incorporan elementos normativos adicionales que configuran una conducta delictiva independiente con marco punitivo propio; por el contrario, los tipos derivados o subordinados se limitan a prever circunstancias atenuantes o agravantes específicas que modifican la punibilidad de la figura matriz (Hurtado Pozo, 2011; Polaino Navarrete, 2015).

Según la consumación de la conducta: Los tipos de mera conducta o de simple actividad agotan el desvalor de la infracción en la realización misma de la acción prohibida (como en la omisión de deberes tributarios formales),

mientras que los tipos de resultado requieren la verificación de un efecto material de lesión o puesta en peligro sobre el bien jurídico, exigiendo una relación de causalidad e imputación objetiva (García Cavero, 2019; Jescheck & Weigend, 2014).

Según el grado de precisión legislativa: El tipo cerrado representa el ideal del principio de taxatividad, pues describe con minuciosidad todos los elementos de la conducta punible, sin dejar resquicio a la integración reglamentaria ni al arbitrio judicial (Bacigalupo, 1999). En contraste, los tipos abiertos y las leyes penales en blanco constituyen técnicas de tipificación porosas donde el supuesto normativo se encuentra intencionalmente incompleto (Binding, 2009; Hurtado Pozo, 2011).

En el ámbito del Derecho penal económico de Ecuador y Perú, la elección entre una u otra estructura típica no es neutral. Mientras que los tipos cerrados garantizan la máxima certeza jurídica, la dinámica de los delitos financieros y ambientales suele obligar al legislador a recurrir a tipos de mera conducta o a estructuras permeables (Reyna Alfaro, 2000; García Cavero, 2019). El reto del sistema penal radica en impedir que la adopción de tipos subordinados o de formulaciones abiertas desplace al tipo cerrado como regla general, evitando desdibujar las fronteras constitucionales del principio de legalidad (Bacigalupo, 1999; Corte Suprema de la República del Perú, 2017).

4. Eficiencia y Certeza: Perspectiva del Análisis Económico del Derecho

Desde la óptica del Análisis Económico del Derecho (AED), las leyes penales en blanco y los tipos abiertos se analizan bajo la métrica del balance entre la eficiencia institucional y los costos de transacción regulatorios (Reyna Alfaro, 2000; García Cavero, 2019). En mercados dinámicos e hiperregulados, obligar al Poder Legislativo a modificar el Código Penal ante cada innovación tecnológica, ambiental o financiera generaría costos de transacción legislativos prohibitivos para el Estado (García Cavero, 2019). Bajo esta premisa, la remisión a normas administrativas flexibles reduce significativamente el costo de actualización del sistema normativo y permite una respuesta punitiva ágil frente a nuevas modalidades lesivas (Reyna Alfaro, 2000; Hurtado Pozo, 2011).

Sin embargo, esta búsqueda de flexibilidad operativa genera severas externalidades negativas cuando se sacrifica el principio de taxatividad (Bacigalupo, 1999). La falta de precisión normativa eleva la incertidumbre de los agentes económicos al incrementar los costos de información: las empresas deben destinar recursos extraordinarios a asesorías o esquemas de cumplimiento (compliance) para descifrar si sus actividades lindan con lo punible (García Cavero, 2019). Además, la imprevisibilidad del tipo permeable desincentiva la inversión y la innovación por temor a incurrir en sanciones penales involuntarias o en errores de prohibición derivados de regulaciones administrativas cambiantes (Reyna Alfaro, 2000; Bacigalupo, 1999).

En los contextos de Ecuador y Perú, el AED permite concluir que la eficiencia penal no equivale a la mera agilidad regulatoria. Una norma penal solo es social y económicamente eficiente si minimiza tanto los costos de producción legislativa como los costos de la incertidumbre jurídica (García Cavero, 2019). Por ello, preservar la certeza a través de un núcleo esencial reservado a la ley formal resulta indispensable: una norma impredecible destruye la confianza en el mercado y anula el efecto disuasorio preventivo que justifica la propia sanción penal (Jescheck & Weigend, 2014; Polaino Navarrete, 2015).

Conclusiones

La dogmática del Derecho penal económico moderno ha demostrado que las leyes penales en blanco y los tipos abiertos se han convertido en instrumentos legislativos indispensables para hacer frente a la volatilidad de

sectores hiperregulados como el financiero, tributario y ambiental. En los ordenamientos de Ecuador y Perú, estas técnicas otorgan la maleabilidad necesaria para que el sistema punitivo adapte su ámbito de protección frente a nuevas dinámicas lesivas sin paralizar la función estatal. No obstante, su uso incondicionado quebranta la esencia del principio de legalidad en su vertiente de lex certa, trasladando indebidamente la potestad incriminatoria hacia decretos administrativos o la exégesis judicial discrecional.

El límite constitucional infranqueable ante la técnica del reenvío y la indeterminación típica radica en el respeto irrestricto al núcleo esencial de la prohibición, el cual debe permanecer reservado en la ley parlamentaria formal. Tal como ha reafirmado la jurisprudencia constitucional y ordinaria en ambos países, la complementación por norma de rango inferior solo es legítima cuando la complejidad de la materia lo justifique de forma indispensable y el reenvío sea explícito. Delegar los elementos constitutivos de la infracción penal a regulaciones reglamentarias vacía de contenido la garantía de reserva de ley y lesiona la estructura del Estado democrático de derecho.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la eficiencia normativa no debe reducirse al mero ahorro de costos de transacción legislativos que se logra al no reformar el Código Penal de manera constante. El sacrificio del principio de taxatividad genera externalidades negativas gravosas que elevan los costos de información de los agentes del mercado, sumergiendo a las empresas en la incertidumbre jurídica y desincentivando la inversión por el temor al error de prohibición o a la incriminación impredecible. En consecuencia, un ordenamiento penal en Ecuador y Perú solo será social y económicamente eficiente si salvaguarda la certeza de las normas integradoras, garantizando un entorno de mercado predecible y preservando la función disuasiva del sistema punitivo.

Bibliografía

Reyna Alfaro, L. M. (2000). Derecho penal y la ley en blanco. Algunos apuntes sobre la problemática de la técnica del reenvío en las legislaciones penales europeas a propósito de la normativa comunitaria. THÄ'MIS-Revista de Derecho, (41), 325-332.

Bacigalupo, E. (1999). Principios constitucionales de derecho penal. Hammurabi.

Binding, K. (2009). La culpabilidad en derecho penal. B de F.

Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Corte Suprema de la República del Perú. (2017, 11 de diciembre). Casación N.° 1126-2017-Arequipa [M. P. San Martín Castro]. Sala Penal Permanente.

Feuerbach, A. V. (2007). Tratado de Derecho Penal. Hammurabi.

García Cavero, P. (2019). Derecho Penal. Parte General. Ideas Solución Editorial.

Hurtado Pozo, J., & Prado Saldarriaga, V. (2011). Manual de Derecho Penal. Parte General (Tomo I). Idemsa.

Jescheck, H.-H., & Weigend, T. (2014). Tratado de Derecho Penal (Volumen I). Instituto Pacífico.

Polaino Navarrete, M. (2015). Derecho Penal. Parte General. Ara Editores.

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: Close-up of Lady Justice statue holding scales, de DP Singh Bhullar, vía Wikimedia Commons (CC BY-SA 4.0).

Retribución justa en la justicia penal militar

Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez
4 de noviembre de 2025

Fair Retribution in Military Criminal Justice: A Normative Vacuum in Colombia?

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho.

Resumen

Este artículo analiza los efectos teóricos y prácticos derivados de la omisión explícita de la retribución justa como función de la pena en el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) de la justicia penal militar colombiana, regulada por la Ley 1407 de 2010. A través de un riguroso análisis dogmático y conceptual, se examina cómo la ausencia de este principio-garantía compromete gravemente la proporcionalidad de las sanciones castrenses y debilita la legitimidad del ius puniendi estatal. Se demuestra que, al supeditar la imposición de la pena exclusivamente a criterios preventivos e intimidatorios, se corre el riesgo de instrumentalizar al uniformado y deshumanizar el derecho penal militar. Asimismo, el estudio evalúa las implicaciones de este vacío normativo sobre la confianza institucional y la seguridad jurídica del personal de la Fuerza Pública. Finalmente, se proponen alternativas punitivas sostenibles y eficaces, tales como la incorporación de multas, arrestos de fin de semana y mecanismos de justicia restaurativa, orientadas a restablecer el equilibrio entre el mantenimiento de la disciplina y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales, promoviendo una necesaria humanización del marco penal militar en el Estado Social de Derecho.

Palabras clave: Derecho penal, justicia militar, proporcionalidad de la pena, debido proceso, derechos fundamentales

Abstract

This article analyzes the theoretical and practical effects resulting from the explicit omission of just retribution as a function of punishment in the Oral Adversarial Criminal System (SPOA) of the Colombian military criminal justice system, as regulated by Law 1407 of 2010. Through a rigorous dogmatic and conceptual analysis, the study examines how the absence of this principle, which serves as a safeguard, seriously compromises the proportionality of military sanctions and undermines the legitimacy of the state’s right to punish (ius puniendi). It is demonstrated that, by making the imposition of punishment dependent exclusively on preventive and intimidating criteria, there is a risk of instrumentalizing service members and dehumanizing military criminal law. Furthermore, the study evaluates the implications of this regulatory gap on institutional trust and legal certainty among members of the security forces. Finally, the study proposes sustainable and effective punitive alternatives, such as the incorporation of fines, weekend detention, and restorative justice mechanisms, aimed at restoring the balance between maintaining discipline and unrestricted respect for fundamental rights, thereby promoting a necessary humanization of the military criminal framework within the social rule of law.

Keywords: Criminal law, military justice, proportionality of punishment, due process, fundamental rights

Introducción

La justicia penal militar en Colombia dio un paso decisivo hacia la modernización garantista con la Ley 1407 de 2010, al incorporar el Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) a la jurisdicción castrense. Sin embargo, esta

transformación dejó una sombra dogmática en el camino: la omisión explícita de la retribución justa como función de la pena.

Mientras el derecho penal ordinario concibe la retribución justa como un dique de contención que impide imponer penas desproporcionadas, la legislación castrense dejó este principio en el limbo, inclinando la balanza de forma casi exclusiva hacia criterios preventivos e intimidatorios. Esta asimetría plantea una pregunta central: ¿cuáles son las consecuencias teóricas y prácticas de esta omisión sobre la proporcionalidad de las sanciones, la dignidad del uniformado y la propia legitimidad del ius puniendi estatal?

Abordar este vacío es urgente. La especialidad del fuero militar, centrada en preservar la disciplina y el servicio, no puede convertirse en un cheque en blanco para instrumentar al infractor con fines meramente disuasorios. Cuando la pena pierde su anclaje en la proporcionalidad justa, se erosiona la seguridad jurídica del personal de la Fuerza Pública y se desdibuja el sentido humanista de la sanción.

Frente a este escenario, este artículo analiza el impacto teórico-práctico de dicha omisión normativa en el SPOA castrense. Para ello, el texto recorre cuatro ejes clave: primero, la evolución y naturaleza del fuero militar; segundo, el debate doctrinal entre teorías de la pena y el castigo óptimo; tercero, los efectos perversos de la instrumentalización del uniformado; y cuarto, la propuesta de alternativas punitivas eficientes y restaurativas para humanizar el marco penal militar.

1. Evolución del fuero y la especificidad penal militar

La jurisdicción penal militar en Colombia no surge como un privilegio estamental, sino como una respuesta institucional a la necesidad de juzgar conductas que afectan directamente bienes jurídicos de especial tutela: la disciplina, el honor y la eficacia del servicio (Ley 1407 de 2010). La arquitectura constitucional de este fuero especial ha transitado por una progresiva delimitación garantista. Desde los antecedentes del siglo XIX hasta las reformas constitucionales contemporáneas (reflejadas en los Actos Legislativos de 1995 y 2015), la jurisprudencia y la dogmática penal han exigido la concurrencia de dos elementos sustanciales para activar la competencia castrense: un elemento subjetivo, referido a la calidad de miembro activo de la Fuerza Pública, y un elemento funcional, estricto y riguroso, consistente en que el hecho punible guarde relación directa con el servicio (Arias, 2012).

Sin embargo, la especialidad funcional del fuero no implica una escisión del ordenamiento garantista general. La especificidad del derecho penal militar no constituye un régimen de excepción al margen de la Carta Política; por el contrario, está llamada a alinearse armónicamente con los principios del Estado Social de Derecho, el debido proceso y el Derecho Internacional Humanitario (Triana & Amado, 2017). Es en esta frontera dogmática donde la omisión de la retribución justa compromete el equilibrio del sistema. Exigir rigor en la disciplina castrense resulta legítimo, pero desvincular dicho rigor de un marco de proporcionalidad estricta desdibuja la función de la sanción, arriesgando la subordinación de las garantías individuales frente a imperativos institucionales de control (Arias, 2012).

2. El debate teórico: Teorías absolutas, relativas y el castigo óptimo

La fundamentación filosófica y dogmática de la pena ha oscilado históricamente entre las teorías absolutas, las relativas y las formulaciones unificadoras. Las teorías absolutas, de corte esencialmente retributivo, encuentran en Kant y Hegel sus principales exponentes. Desde esta perspectiva, la pena no persigue una utilidad social exterior, sino que constituye una exigencia imperativa de justicia: se castiga porque se ha delinquido (punitur quia peccatum est). Para Kant, concebir la sanción como un mero instrumento de disuasión colectiva implica degradar

la dignidad del individuo, convirtiéndolo en un objeto al servicio de fines estatales. La retribución justa opera, así, como un límite garantista e infranqueable que exige la estricta equivalencia y proporcionalidad entre la gravedad del injusto y la cuantía de la sanción.

En contraposición, las teorías relativas o utilitarias justifican el castigo por su capacidad para prevenir futuros delitos (punitur ne peccetur). Estas se bifurcan en la prevención general, que busca intimidar a la sociedad (negativa) o reafirmar la confianza en la norma (positiva) y la prevención especial, orientada a la resocialización o inocentización del infractor. No obstante, cuando un sistema penal prescinde de la retribución justa como dique conceptual y adopta una postura predominantemente intimidatoria, el modelo sancionador entra en crisis. Como advierte Durán (2016), la prevención general desprovista de un anclaje retributivo corre el riesgo de derivar en el terror penal, legitimando penas draconianas en aras de la eficacia disuasiva.

Esta tensión dogmática cobra una dimensión particular al ser analizada desde el Análisis Económico del Derecho (AED). Autores como Cooter y Gilbert (2025) señalan que la consecución de un "castigo óptimo" exige ponderar la severidad de la sanción con la probabilidad de su efectiva imposición y cumplimiento (enforcement). En el ámbito penal castrense, la omisión de la retribución justa rompe la ecuación de eficiencia: al carecer de un límite de proporcionalidad estricto, el legislador y el juzgador tienden a compensar eventuales fallas en la detección o juzgamiento elevando de forma desmedida la severidad del castigo. Ello distorsiona el equilibrio del sistema, pues la eficiencia punitiva no se logra mediante el exceso punitivo, sino mediante la certeza de una sanción justa, adecuada y proporcional a la falta.

3. Impacto de la omisión: Deshumanización e instrumentalización en el uniforme

La exclusión explícita de la retribución justa en la Ley 1407 de 2010 no representa un mero olvido de técnica legislativa, sino un vacío dogmático que desencadena efectos perversos sobre la condición jurídica y humana del uniformado. Al reducir la función punitiva en el entorno castrense a un esquema predominantemente preventivo e intimidatorio, la sanción pierde su anclaje ético y proporcional, proyectando tres consecuencias críticas en la administración de justicia penal militar:

Instrumentalización del individuo: Al supeditar la pena a la prevención general negativa, el militar infractor deja de ser juzgado en función de la gravedad intrínseca de su conducta y pasa a ser utilizado como un simple medio ejemplarizante para disuadir a la tropa. Esta dinámica quebranta el principio kantiano de dignidad humana, reduciendo al sujeto de derechos a un objeto de coacción institucional.

Deshumanización del derecho penal castrense: Prescindir de la retribución justa como límite garantista abre la puerta a la imposición de sanciones severas y desproporcionadas. Cuando el castigo desatiende la estricta correlación entre el daño ocasionado y la culpa, la justicia penal militar corre el riesgo de asimilarse a una herramienta de control disciplinario ciego o de venganza institucional, alejándose de las garantías del Estado Social de Derecho.

Estigmatización y ruptura de la reintegración: Las penas fijadas bajo criterios meramente ejemplarizantes suelen traducirse en periodos de privación de la libertad desmedidos que fracturan los vínculos institucionales y familiares del sancionado. Ello perpetúa procesos de marginalización secundaria, dificultando cualquier posibilidad real de rehabilitación o reincorporación a la vida civil o militar.

En suma, la ausencia de este principio-garantía degrada la función de la pena, menoscabando la seguridad jurídica del personal de la Fuerza Pública y debilitando la legitimidad misma del ius puniendi estatal.

4. Alternativas punitivas y eficiencia del sistema castrense

Reclamar la retribución justa en la justicia penal militar no equivale a defender una hegemonía de la pena privativa de la libertad ni a demandar mayor severidad en el castigo. Por el contrario, la retribución justa actúa como un marco de proporcionalidad que permite diversificar el catálogo de sanciones para responder de manera adecuada a la gravedad de la conducta, optimizando al mismo tiempo los recursos del Estado. Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), la eficiencia de un sistema penal no se mide por la cantidad de personas encarceladas, sino por su capacidad para desincentivar el delito al menor costo social e institucional posible.

En este contexto, la incorporación de un abanico de penas alternativas, tales como las sanciones pecuniarias (multas graduadas según el rango y capacidad económica), los arrestos de fin de semana o de receso operativo y la prestación de servicios a la comunidad institucional, representa una solución técnicamente viable y retributivamente justa. Estas medidas evitan el hacinamiento y la saturación del sistema penitenciario castrense, reduciendo los costos operativos del aparato judicial sin restar eficacia a la función punitiva ni debilitar la disciplina militar.

Asimismo, la integración de mecanismos de justicia restaurativa adaptados al ámbito militar constituye una vía promisoria para restablecer el tejido institucional lesionado. Permitir la reparación efectiva del daño hacia los bienes jurídicos o las partes afectadas no solo dignifica la sanción penal, sino que devuelve la proporcionalidad y la legitimidad humanitaria a las decisiones de los tribunales militares. En última instancia, un catálogo punitivo diverso y proporcional no disminuye el rigor que exige el servicio armado; por el contrario, equilibra la necesidad de mantener el orden institucional con el respeto irrestricto a las garantías fundamentales.

Conclusiones

La retribución justa no representa una figura obsoleta orientada al castigo puramente expiatorio, sino que se constituye como un límite garantista e infranqueable indispensable en el Estado Social de Derecho. Su ausencia explícita en la regulación del Sistema Penal Oral Acusatorio (SPOA) de la justicia penal militar en Colombia (Ley 1407 de 2010) genera un vacío dogmático que expone al uniformado a la imposición de penas arbitrarias, desproporcionadas y desligadas de la gravedad real del daño ocasionado. Al prescindir de este dique de contención, la administración de justicia en la jurisdicción castrense corre el riesgo constante de inclinar la balanza punitiva hacia excesos disuasorios bajo el pretexto de la disciplina institucional.

Esta omisión legislativa debilita estructuralmente la confianza institucional y erosiona la legitimidad del ius puniendi estatal. Cuando los juzgadores y el personal de la Fuerza Pública perciben que la pena se aplica con un fin meramente utilitario o como un instrumento de coacción y ejemplarización colectiva, el individuo resulta instrumentalizado y despojado de su valor intrínseco como sujeto de derechos. Un sistema penal que basa la eficacia de su control en el rigor desmedido pierde su sentido humanista y compromete la seguridad jurídica de quienes tienen a su cargo la defensa de la Nación.

Desde la óptica del Análisis Económico del Derecho (AED), la eficiencia punitiva no equivale al incremento indisoluble de la privación de la libertad, sino al logro del "castigo óptimo" mediante la certeza de una sanción proporcional. Por ello, resulta indispensable reincorporar explícitamente el principio-garantía de la retribución justa e incorporar un catálogo diversificado de penas alternativas, como multas, arrestos de fin de semana y esquemas de justicia restaurativa. Estas medidas desahogan el sistema carcelario, optimizan los recursos estatales y restauran el equilibrio entre la exigencia de una rigurosa disciplina militar y el respeto irrestricto a los derechos

fundamentales.

Bibliografía

Arias Holguín, D. P. (2012). Proporcionalidad, pena y principio de legalidad. Revista de Derecho (Barranquilla), (38), 142-171.

Cooter, R. D., & Gilbert, M. D. (2025). Análisis económico del Derecho Público (I. Peralta Fierro, Trad.). Universidad Adolfo Ibáñez.

Cordini, N. S. (2014). La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva? Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (43), 671-701.

Durán, M. (2016). La prevención general positiva como límite constitucional de la pena: Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre su función. Revista de Derecho (Valdivia), *29*(1), 275-295.

Ley 1407 de 2010. Por la cual se expide el Código Penal Militar. 17 de agosto de 2010. Diario Oficial No. 47.804.

Cita Triana, R. A., & González Amado, I. (2017). La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana. Grupo Editorial Ibáñez.

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: Ejercito Colombia Sisga, de Petruss, vía Wikimedia Commons (CC BY-SA 3.0).

La función económica del derecho de marcas

Yonni Albeiro Bermúdez-Bermúdez
2 de diciembre de 2025

The Economic Function of Trademark Law: Transparency and Efficiency in the Global Market

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho; 5.2 Economía y negocios.

Resumen

El presente artículo analiza el Derecho de Marcas desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED). Se examina cómo las marcas actúan como herramientas de transparencia en mercados globalizados, mitigando fallas de mercado como la asimetría informativa y el riesgo moral. A través de la revisión de sus funciones esenciales y derivadas, se concluye que el sistema marcario reduce los costos de búsqueda para los consumidores y provee incentivos dinámicos para que las empresas inviertan en la calidad y en la innovación de sus productos.

Palabras clave: Derecho de Marcas, Análisis Económico del Derecho, Asimetría de Información, Eficiencia Económica, Competencia.

Abstract

This article analyzes Trademark Law from the perspective of the Economic Analysis of Law. It examines how trademarks serve as transparency mechanisms in globalized markets, mitigating market failures such as information asymmetry and moral hazard. Through a review of their essential and derived functions, the paper concludes that the trademark system reduces consumer search costs and provides dynamic incentives for firms to invest in product quality and innovation.

Keywords: Trademark Law, Economic Analysis of Law, Information Asymmetry, Economic Efficiency, Competition.

Introducción

En un mercado globalizado y caracterizado por la constante innovación, tomar decisiones eficientes no es tarea sencilla. Los consumidores se enfrentan a diario a una amplia oferta de bienes y servicios cuyos atributos de calidad no siempre pueden verificar antes de la compra. Esta asimetría de información no solo genera desconfianza e eleva drásticamente los costos de búsqueda para los compradores, sino que también penaliza a las empresas que invierten en ofrecer productos de calidad superior, exponiéndolas al riesgo de ser desplazadas por competidores desleales

Frente a esta problemática, el Derecho de Marcas trasciende la simple tutela de un registro formal: se convierte en un mecanismo institucional indispensable para devolverle la certidumbre y la transparencia al tráfico comercial. Analizar este marco normativo a la luz del Análisis Económico del Derecho (AED) resulta fundamental, pues permite entender cómo las leyes de propiedad industrial moldean los incentivos reales de los agentes económicos y promueven una regulación óptima que protege el valor comercial sin asfixiar la innovación (Méndez Reátegui et al., 2027).

Bajo esta premisa, el presente artículo examina la función económica de los signos distintivos como motor de

eficiencia en el mercado. Para ello, se aborda desde la naturaleza jurídica del derecho exclusivo y sus principales funciones comerciales, hasta su rol como solución frente a las fallas de mercado, demostrando cómo la protección marcaria incentiva la inversión sostenida en calidad y fortalece la leal competencia.

1. La Naturaleza Jurídica y la Propiedad de los Signos Distintivos

A diferencia de otras disciplinas de la propiedad intelectual enfocadas en la creación inventiva o artística, el Derecho de Marcas centra su razón de ser en la aptitud distintiva del signo. La marca constituye un bien inmaterial que, si bien carece de existencia corporal, cobra entidad tangible al plasmarse en el tráfico mercantil para identificar productos o servicios en el mercado. Desde el plano estrictamente normativo, la atribución de titularidad concede un derecho de exclusividad articulado en torno al ius prohibendi, el cual faculta a su titular a impedir que terceros utilicen signos idénticos o confusamente similares que vulneren su posición comercial.

Desde una perspectiva económica, esta tutela jurídica trasciende la mera protección registral y se convierte en una herramienta decisiva para delimitar los derechos de propiedad y reducir la incertidumbre en los intercambios, minimizando los costos de transacción que surgen al negociar o defender activos en el mercado (Coase, 1960). Los ordenamientos jurídicos fundamentan el origen de esta prerrogativa mediante el principio de prioridad en el uso o a través del sistema registral atributivo, prevaleciendo este último en la mayoría de las legislaciones internacionales por brindar mayor certeza legal.

Asimismo, la extensión de esta protección ordinaria se encuentra estrictamente acotada por el principio de especialidad, el cual limita la exclusividad a la clase o categoría específica de bienes y servicios para la que fue solicitada. No obstante, el propio sistema económico y legal reconoce excepciones indispensables: las marcas notorias y renombradas. En estos supuestos, la reputación comercial y el valor acumulado del signo justifican una tutela reforzada que trasciende las fronteras registrales tradicionales para prevenir el aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.

2. Las Funciones Marcarias y su Impacto en el Tráfico Comercial

La doctrina y la jurisprudencia internacional han superado la concepción tradicional de la marca como un simple sello de identificación, reconociendo un espectro amplio de funciones que fortalecen la dinámica del mercado. La función matriz o primaria es la función distintiva, cuya finalidad es individualizar los productos o servicios de un agente económico frente a los de sus competidores, permitiendo a la empresa construir, consolidar y mantener una clientela propia en el tráfico mercantil.

A partir de este pilar central se derivan tres funciones con profundo impacto en la eficiencia comercial:

Función de indicación de origen: Informa al consumidor sobre la procedencia empresarial del bien, garantizando que todos los productos comercializados bajo un mismo signo provienen del mismo origen o control de calidad, lo que minimiza el riesgo de confusión directa o indirecta en la decisión de compra.

Función publicitaria: Transforma el signo en un canal informativo y persuasivo clave para las estrategias de marketing. El ordenamiento jurídico tutela este valor atrayente, incluyendo las frases o lemas publicitarios, para proteger el poder de evocación comercial creado por el titular.

Función de inversión y salvaguarda de intangibles: Facilita a las corporaciones la adquisición, defensa y rentabilización de su reputación a lo largo del tiempo. Esta dimensión económica es crucial, pues la marca actúa como el contenedor del capital intelectual y el conocimiento acumulado de la organización, protegiendo las inversiones sostenidas de la empresa frente a conductas desleales de terceros (Nonaka & Takeuchi, 1995).

De este modo, el cumplimiento efectivo de estas funciones trasciende el interés individual del titular, dinamizando la leal competencia y protegiendo las expectativas del consumidor en el tráfico comercial.

3. Análisis Económico del Derecho Marcario y las Fallas de Mercado

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho (AED), el funcionamiento eficiente de los mercados libres presupone escenarios de competencia perfecta que, en la realidad transaccional, se ven distorsionados por la presencia de fallas de mercado. Entre estas distorsiones, la asimetría de información constituye el principal obstáculo para la toma de decisiones racionales por parte de los agentes económicos. En el tráfico mercantil contemporáneo, los consumidores se enfrentan cotidianamente a bienes de experiencia cuya calidad solo puede ser juzgada tras el consumo y a bienes de confianza, cuya calidad difícilmente puede ser evaluada de manera directa. Esta falta de información completa genera incertidumbre y propicia escenarios de riesgo moral y selección adversa, en los cuales los oferentes de productos de baja calidad pueden desplazar a las empresas que invierten en estándares superiores.

Frente a esta falla estructural, la información se erige como un recurso escaso y sumamente valioso cuyo proceso de adquisición genera costos significativos para los agentes económicos (Arrow, 1963). Si el consumidor se viera obligado a inspeccionar detalladamente las características técnicas e insumos de cada producto antes de su compra, los costos de transacción ascenderían a niveles que paralizarían el tráfico mercantil. Es aquí donde la marca actúa como un mecanismo de señalización eficiente y como un condensador informativo. Al consolidar en un símbolo estable la reputación y las expectativas de calidad de un bien o servicio, el signo distintivo funciona como un "atajo cognitivo" que reduce drásticamente los costos de búsqueda para los compradores en el mercado (Stigler, 1961).

La tutela jurídica de la marca no solo genera beneficios estáticos al abaratar la búsqueda de información para el consumidor, sino que proyecta incentivos dinámicos indispensables para la competitividad. Al garantizar mediante el derecho exclusivo que terceros no se apropiarán indebidamente del prestigio comercial construido, el ordenamiento legal asegura que la empresa pueda internalizar los retornos económicos derivados de su inversión. De este modo, la protección marcaria incentiva la continua mejora de la calidad, viabiliza la transparencia y promueve la sostenibilidad de los modelos de negocio, desde grandes corporaciones hasta PYMES, en el mercado globalizado.

Conclusiones

La tutela del Derecho de Marcas trasciende la mera protección de un activo intangible de la propiedad industrial; se consolida como una institución jurídica central para garantizar la certidumbre, la transparencia y la eficiencia en el mercado contemporáneo. Al dotar al titular de un derecho de uso exclusivo respaldado por el ius prohibendi y acotado por los principios de prioridad y especialidad, el sistema normativo establece límites de propiedad claros que minimizan los costos de transacción e impiden el aprovechamiento indebido de la reputación ajena en el tráfico comercial.

Desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho, la marca actúa como un remedio óptimo frente a la asimetría de información y el riesgo moral inherentes a la comercialización de bienes de experiencia y confianza. Al sintetizar en un símbolo estable los atributos de calidad de un producto o servicio, los signos distintivos operan como atajos cognitivos que reducen drásticamente los costos de búsqueda para los consumidores, facilitando la toma de decisiones informadas y mejorando la asignación de recursos en la economía.

Finalmente, el sistema marcario genera incentivos dinámicos indispensables para el desarrollo empresarial y la

leal competencia. Al asegurar que las empresas, desde corporaciones globales hasta pequeñas y medianas empresas, puedan internalizar el rendimiento de sus inversiones en reputación y capital intelectual, el ordenamiento legal promueve la innovación continua, estimula la inversión de calidad a largo plazo y preserva un entorno competitivo equitativo basado en la buena fe mercantil.

Bibliografía

Arrow, K. J. (1963). Uncertainty and the welfare economics of medical care. The American Economic Review, 53(5), 941–973.

Coase, R. H. (1960). The problem of social cost. Journal of Law and Economics, 3, 1–44.

Méndez Reátegui, R., Rojas Dávila, M. A., & Romero Jarrín, F. (2026). The challenge of optimal regulation: Norming without stifling business innovation. International Journal of Public Law and Policy, 13(1), 52–68.

Nonaka, I., & Takeuchi, H. (1995). The knowledge-creating company: How Japanese companies create the dynamics of innovation. Oxford University Press.

Stigler, G. J. (1961). The economics of information. Journal of Political Economy, 69(3), 213–225.

Artículo revisado con el software <Language Tool> , con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofía Safar Díaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolás Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Imagen de portada: HK CWB Times Square mall shop Loewe, de Leitonmahillo, vía Wikimedia Commons (CC BY-SA 3.0).