COMPILADO DEL SEMESTRE

FORO ALACDE

ALACDE Law & Economics Forum

2026-I

Primer semestre de 2026

8 artículos · 25 páginas

Este compilado reúne los artículos publicados en el Foro ALACDE durante el Primer semestre de 2026.

Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía

Documento generado automáticamente · 13 de noviembre de 2026

Contenido

Artículos publicados en el Primer semestre de 2026.

Reflexiones sobre elecciones judiciales: de México a los Estados Unidos 3
Moin A. Yahya y Rubén Méndez

Asimetría de información y el problema de agencia en la contratación pública para entender la corrupción 6
Mónica Sofía Safar Díaz

Criptolitigación en los Estados Unidos: un panorama empírico de las disputas legales en el ecosistema cripto 9
Moin A. Yahya y Nicole Pecharsky

Eficiencias en la ejecución de acuerdos de arbitraje: lecciones desde los Estados Unidos 12
Tamar Mishel

La ruta de mejora normativa: hacia la transformación regulatoria en Colombia 14
María Alexandra Ortiz Cabrera

Regulación y competencia en Chile: una breve reseña a partir de las funciones del TDLC 17
Nicolás Carrasco Delgado

La evaluación ex post y la calidad regulatoria 20
Sandra Milena Ortiz Laverde

¿Constitución o Estado de legalidad formal? El Rule of Law ante la encrucijada institucional chilena 23
Rubén Méndez Reátegui

Reflexiones sobre elecciones judiciales: de México a los Estados Unidos

Moin A. Yahya y Rubén Méndez
28 de febrero de 2026

Reflections on Judicial Elections: From Mexico to the United States

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho; 5.6 Ciencias políticas.

Resumen

El artículo analiza las primeras elecciones judiciales celebradas en México en 2025 a la luz de la experiencia estadounidense, donde la elección popular de jueces se extendió desde la era jacksoniana y convive hoy con cinco métodos de selección distintos. Esa diversidad convierte a los estados en un laboratorio natural para evaluar los efectos de cada diseño institucional. El estudio repasa los riesgos documentados de los jueces electos, entre ellos la dependencia del financiamiento de campaña, la presión sobre la independencia decisoria y los incentivos a resolver en función de la reelección. A partir de esa evidencia plantea qué puede esperar México de su reforma y sostiene que el resultado dependerá menos del mecanismo en abstracto que de los incentivos concretos que rodean al juez una vez electo: remuneración, carga de trabajo, independencia procesal y cultura jurídica. Concluye que el sistema probablemente se refinará con el tiempo, como ocurrió en los estados americanos.

Palabras clave: elecciones judiciales; independencia judicial; selección de jueces; México; análisis económico del derecho

Abstract

The article analyzes the first judicial elections held in Mexico in 2025 in light of the US experience, where popular election of judges spread from the Jacksonian era and now coexists with five different selection methods. That diversity turns the states into a natural laboratory for evaluating the effects of each institutional design. The study reviews the documented risks of elected judges, including dependence on campaign financing, pressure on decisional independence and incentives to rule with an eye on reelection. On that evidence it asks what Mexico can expect from its reform and argues that the outcome will depend less on the mechanism in the abstract than on the concrete incentives surrounding judges once elected: remuneration, workload, procedural independence and legal culture. It concludes that the system will probably be refined over time, as happened in the American states.

Keywords: Judicial elections; judicial independence; judicial selection; Mexico; law and economics.

En junio de 2025, México celebro sus primeras elecciones judiciales en la historia moderna del país. Las reformas constitucionales que las hicieron posibles --impulsadas por el entonces presidente Andrés Manuel López Obrador y continuadas por Claudia Sheinbaum-- ordenan la elección popular de jueces desde los tribunales de primera instancia hasta la Suprema Corte. La medida generó alarma internacional: jueces mexicanos, el embajador estadounidense, académicos y hasta Moody's --que rebajo la deuda soberana mexicana-- expresaron preocupación por la incertidumbre que podría introducir en el sistema jurídico y su efecto sobre la inversión extranjera. ¿Pero es tan evidente que un poder judicial elegido produce peores resultados que uno designado? La experiencia estadounidense ofrece respuestas más matizadas de lo que podría esperarse.

1. El camino histórico de las elecciones judiciales en EE. UU.

México no es el primer país en transitar de un poder judicial designado a uno elegido. En el siglo XIX, muchos estados estadounidenses hicieron exactamente lo mismo, también impulsados por un movimiento populista --el Jackson ismo-- que desconfiaba de jueces percibidos como corruptos y serviles a las elites que los nombraban. Para finales del siglo XIX, la mayoría de los estados elegían a sus jueces por voto directo. A inicios del siglo XX, los progresistas comenzaron a cuestionar ese modelo y surgieron variantes hibridas.

Hoy existen cinco métodos de selección judicial en los estados de EE. UU.: designación por el gobernador, designación legislativa, elección partidista, elección no partidista y el llamado Plan de Missouri, que combina designación por comité con una posterior elección de ratificación. Esta diversidad convierte a los estados americanos en un laboratorio natural para evaluar empíricamente los efectos de cada sistema.

2. Los riesgos documentados de los jueces electos

La principal preocupación con los jueces electos es que sus decisiones se vean influidas por la búsqueda de votos o por los donantes de sus campañas. Los casos emblemáticos son ilustrativos. En Texaco v. Pensil, los abogados de la parte ganadora habían contribuido a la campana del juez del juicio; el tribunal de apelaciones de Texas desestimo el argumento de parcialidad señalando que en Texas los abogados son la principal fuente de financiamiento de las campanas judiciales. En Loewe Grupo v. Mississippi, una empresa canadiense recibió un veredicto desproporcionado en un tribunal presidido por un juez electo, lo que llevo a la compañía a invocar el mecanismo de arbitraje del NAFTA contra el sistema judicial estadounidense.

La investigación empírica confirma varios sesgos sistemáticos: los jueces electos tienden a imponer penas más severas en causas penales para aparecer "duros con el crimen"; quienes reciben donaciones de abogados de demandantes son más propensos a fallar contra acuerdos arbitrales; y los jueces que enfrentan una elección próxima tienden a dedicar más esfuerzo a casos civiles --donde están los donantes-- que a causas penales.

3. Los riesgos documentados de los jueces electos

Sin embargo, la evidencia empírica no permite una condena categórica del modelo electivo. Los jueces electos de principios del siglo XIX en EE. UU. fueron, curiosamente, más fieles al derecho y produjeron decisiones de mejor calidad que sus predecesores designados. Estudios modernos encuentran que los jueces no partidistas electos producen decisiones de calidad comparable a los designados por méritos. Los jueces electos también producen más decisiones --lo que puede interpretarse como mayor disposición al servicio público-- y en algunos sistemas las elecciones permiten a los ciudadanos identificar y remover a jueces de baja calidad. Hanssen (1999) encontró incluso que los estados con jueces de apelación designados registran más litigios que los estados con jueces electos, pues la mayor imprevisibilidad de las decisiones de los primeros incentiva a llevar más casos a los tribunales.

4. ¿Qué puede esperar México?

El sistema mexicano tiene particularidades que moderan algunos de los riesgos más conocidos del modelo americano: los candidatos deben superar filtros mínimos de calificación ante un comité evaluador, y una selección por sorteo entre los aprobados limita la influencia directa del proceso político. Sin embargo, la ausencia de restricciones claras sobre financiamiento y campana judicial podría replicar los problemas de captura por donantes que se documentan en EE. UU.

La experiencia americana sugiere que el resultado final dependerá menos del mecanismo de selección en

abstracto y más de los incentivos concretos que rodeen a los jueces una vez electos: calidad de la remuneración, independencia procesal, carga de trabajo y cultura jurídica. México tendrá que aprender de su propia experiencia, y probablemente refinar el sistema con el tiempo, como lo hicieron los estados americanos a lo largo de dos siglos. Si persiste en el camino, Bolivia y otros países latinoamericanos podrían seguir su ejemplo.

Basado en: Yahya, M. A., & Mendez, R. (2026). Thoughts on Elections and the Judiciary: From Mexico to United States. Law & Economices: Contemporary Debates, 1(1). Artículo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofia Safar Diaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolas Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapan).

Asimetría de información y el problema de agencia en la contratación pública para entender la corrupción

Mónica Sofía Safar Díaz
1 de marzo de 2026

Information Asymmetry and the Agency Problem in Public Procurement: Understanding Corruption

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

Resumen

El artículo analiza la corrupción en la contratación pública a partir de dos conceptos de la economía: el problema de agencia y la asimetría de información. Frente a las explicaciones centradas en la ética o en el tejido social, sostiene que esas lecturas no explican por qué la corrupción persiste después de décadas de reformas y sanciones. La estructura principal-agente opera en dos niveles simultáneos: los ciudadanos frente a los representantes y administradores, y estos frente a los contratistas que ejecutan los contratos. El contratista aparece como un tercer actor capaz de capturar al agente mediante información privilegiada y discrecionalidad. El estudio advierte que el enfoque sancionatorio solo altera el cálculo del corrupto si la probabilidad de detección es alta, lo que rara vez ocurre en sistemas con baja capacidad de auditoría. Por eso propone invertir en la planificación estratégica de las compras, reducir la asimetría antes de contratar y diseñar estructuras con incentivos alineados.

Palabras clave: contratación pública; corrupción; problema de agencia; asimetría de información; incentivos

Abstract

The article analyzes corruption in public procurement through two economic concepts: the agency problem and information asymmetry. Against explanations centred on ethics or the social fabric, it argues that those readings do not explain why corruption persists after decades of reforms and sanctions. The principal-agent structure operates at two levels simultaneously: citizens vis-à-vis representatives and public administrators, and those administrators vis-à-vis the contractors who perform the contracts. The contractor appears as a third actor able to capture the agent through privileged information and discretion. The study warns that the sanctioning approach only alters the corrupt actor's calculus when the probability of detection is high, which rarely happens in systems with weak audit capacity. It therefore proposes investing in strategic procurement planning, reducing asymmetry before contracting and designing structures with aligned incentives.

Keywords: Public procurement; corruption; agency problem; information asymmetry; incentives.

La corrupción en la contratación pública se suele explicar como un problema estructural del tejido social o como un déficit de ética pública. Estas explicaciones no son incorrectas, pero son insuficientes: no nos dicen por que la corrupción persiste a pesar de décadas de reformas legales y sanciones cada vez más severas. Para entender verdaderamente el fenómeno --y diseñar respuestas que funcionen-- es necesario acudir a las herramientas de la economía y del análisis económico del derecho, especialmente a dos conceptos: la asimetría de información y el problema de agencia.

1. La contratación pública como relación principal-agente

El problema de agencia se configura cuando quien ejecuta una tarea (el agente) tiene intereses que no están alineados con los de quien la encarga (el principal), y además dispone de información y poderes discrecionales que el principal no puede controlar fácilmente. En la contratación pública, esta estructura aparece en dos niveles simultáneos.

En el primer nivel, los ciudadanos-contribuyentes son los principales: son los dueños del Estado y quienes financian el gasto público. Sus agentes son los representantes políticos y los administradores públicos, elegidos o designados para gestionar esos recursos en nombre del colectivo. En el segundo nivel, esos mismos administradores actúan como principales frente a los contratistas privados que ejecutan los contratos. Cuando los intereses del administrador-agente divergen de los del ciudadano-principal --sea por ambición personal, captura política o simple desidia-- el escenario está servido para el comportamiento oportunista.

2. El contratista como tercer actor: la captura del agente

Lo que distingue la corrupción en contratación pública de otros problemas de agencia es la presencia de un tercer actor: el proveedor contratista. Este actor tiene sus propios incentivos bien definidos: maximizar la probabilidad de obtener el contrato y minimizar el costo de conseguirlo. Bajo las reglas generales de la licitación pública, a mayor número de oferentes, menor probabilidad de ganar. Ante ese cálculo, el proveedor racional puede encontrar que "comprar" la adjudicación resulta más rentable que competir limpiamente, especialmente si la probabilidad de ser descubierto es baja en relación con el beneficio esperado.

El resultado es la captura del agente por el contratista: el administrador público que debería representar los intereses de los ciudadanos termina representando los intereses del proveedor. Esta captura no siempre requiere soborno explicito; puede manifestarse como información sesgada que el proveedor suministra al funcionario, como dependencia técnica que impide una evaluación independiente de las propuestas, o como relaciones de largo plazo que crean lealtades informales más fuertes que las obligaciones formales.

3. La asimetría de información como condición estructural

Todo este mecanismo descansa sobre una condicion estructural: la asimetría de información. El proveedor conoce mejor que el Estado el valor real de lo que ofrece, los costos de producción, la calidad de los materiales y las condiciones del mercado. El administrador público, que carece de presiones de mercado para invertir en información --porque su organización no compite, no genera utilidades y su continuidad no depende de la eficiencia de sus compras-- tiene escasos incentivos para reducir esa brecha informacional. Esta falta de inversión en información es al mismo tiempo causa y consecuencia de la corrupción: causa porque amplia el espacio de maniobra del proveedor oportunista; consecuencia porque el administrador capturado no tiene interés en conocer mejor el mercado.

4. Hacia un enfoque basado en incentivos, no en sanciones

La principal implicación de este análisis es que el enfoque sancionatorio --más leyes, más penas, más controles formales-- no ataca el problema en su raíz. Las sanciones modifican el cálculo costo-beneficio del agente corrupto solo si la probabilidad de detección es suficientemente alta, lo que raramente ocurre en sistemas con baja capacidad de auditoría y supervisión.

La alternativa más prometedora es el fortalecimiento de la planificación estratégica de las compras públicas: invertir en reducir la asimetría de información antes de que el contrato se celebre, capacitar a los funcionarios

para actuar como compradores inteligentes en el mercado, y diseñar estructuras contractuales con incentivos alineados entre el Estado y sus proveedores. Un Estado que sabe lo que necesita, conoce el mercado y puede evaluar de forma independiente las propuestas es un Estado mucho más difícil de capturar.

5. Conclusiones

La corrupción en la contratación pública no es un problema de malas personas: es un problema de malos incentivos y mala información. Comprenderlo así no exime de responsabilidad a quienes corrompen o son corrompidos, pero si nos orienta hacia las reformas que pueden tener impacto real: menos énfasis en el castigo ex post y más inversión en el diseño ex ante de compras públicas que minimicen las oportunidades de conducta oportunista.

Basado en: Safar Diaz, M. S. (2026). Asimetría de información y el problema de agencia en la contratación pública para entender la corrupción. Law & Economics: Contemporary Debates, 1(1). Universidad Externado de Colombia. Articulo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofia Safar Diaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolas Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

Criptolitigación en los Estados Unidos: un panorama empírico de las disputas legales en el ecosistema cripto

Moin A. Yahya y Nicole Pecharsky
1 de marzo de 2026

Crypto-Litigation in the United States: An Empirical Overview of Legal Disputes in the Crypto Ecosystem

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

Resumen

El artículo revisa el estudio empírico de Pecharsky y Yahya sobre el litigio cripto en los Estados Unidos entre 2020 y mediados de 2022, construido a partir de 299 casos identificados en Westlaw. La tendencia es ascendente y se anticipa que los colapsos de plataformas como Terra, Luna y Celsius generen nuevas oleadas de demandas. El 94% de los casos se tramitó en tribunales federales, con el Distrito Sur de Nueva York y el Distrito Norte de California a la cabeza, lo que refleja la concentración de actores tecnológicos y financieros. El trabajo clasifica las causas de acción más frecuentes, examina el papel de la SEC en materia de valores y distingue los litigios por fraude y por incumplimiento contractual de aquellos originados en hackeos y vulnerabilidades técnicas. Para América Latina, donde la adopción crece más rápido que la regulación, el estudio ofrece una hoja de ruta: las categorías de riesgo legal son universales y permiten anticipar conflictos.

Palabras clave: criptoactivos; litigio; regulación financiera; SEC; análisis empírico

Abstract

The article reviews the empirical study by Pecharsky and Yahya on crypto litigation in the United States between 2020 and mid-2022, built from 299 cases identified in Westlaw. The trend is upward, and the collapses of platforms such as Terra, Luna and Celsius are expected to generate new waves of claims. 94% of the cases were heard in federal courts, led by the Southern District of New York and the Northern District of California, reflecting the concentration of technological and financial actors. The paper classifies the most frequent causes of action, examines the role of the SEC on securities matters and distinguishes fraud and breach-of-contract litigation from disputes arising from hacks and technical vulnerabilities. For Latin America, where adoption grows faster than regulation, the study offers a roadmap: the categories of legal risk are universal and allow conflicts to be anticipated.

Keywords: Cryptoassets; litigation; financial regulation; SEC; empirical analysis.

El auge y caída de las criptomonedas no solo ha generado fortunas y pérdidas financieras, sino también una ola creciente de litigios que los tribunales estadounidenses han tenido que absorber con rapidez. Un estudio empírico de Pecharsky y Yahya titulado Crypto-Litigation: An Empirical Overview for 2020-present ofrece una radiografía detallada de este fenómeno, analizando casi 300 casos judiciales entre 2020 y mediados de 2022. Los hallazgos revelan como el derecho tradicional se adapta --o lucha por adaptarse-- a los desafíos que plantea la economía digital descentralizada.

1. El volumen y la geografía del litigio cripto

Usando la plataforma Westlaw, los autores identificaron 299 casos distribuidos entre 2020 (92 casos), 2021 (117 casos) y los primeros meses de 2022 (90 casos). La tendencia ascendente es clara, y se espera que se acelere conforme los colapsos recientes de plataformas como Luna, Terra y Celsius Network generen nuevas oleadas de demandas.

Geográficamente, el 94% de los casos se tramito en tribunales federales, con el Distrito Sur de Nueva York liderando con 41 casos (14% del total), seguido por el Distrito Norte de California con 31 casos (10%). A nivel estatal, California concentro el 23% de los litigios y Nueva York el 18%, lo que refleja la densidad de actores tecnológicos y financieros en ambas jurisdicciones.

2. Las causas de acción más frecuentes

El estudio identifico 573 causas de acción distintas en los 299 casos analizados, lo que evidencia que muchos litigios son multidimensionales. El fraude encabeza la lista con 73 casos (13%), seguido de violaciones a la Securities Exchange Act con 42 casos (7%) y el incumplimiento de contrato con 40 casos (7%). Le siguen la conversión, la representación fraudulenta, la conspiración y el robo de moneda digital, cada uno en el rango del 4-5%.

Esta distribución no sorprende. La ausencia de regulación clara durante el periodo de expansión cripto creo un ambiente propicio para conductas fraudulentas. Casos como Lagemann v. Spence ilustran esquemas Ponzi clásicos en los que el demandado prometía retornos garantizados a través de redes sociales, sin que el vehículo de inversión estuviera registrado ante ninguna autoridad reguladora.

3. Regulación, fraude y el rol de la SEC

La Comisión de Bolsa y Valores (SEC) ha sido especialmente activa. En SEC v. Kik Interactive Inc. (492 F.Supp.3d 169, S.D.N.Y. 2020), la agencia demando exitosamente a una empresa de mensajería que vendió tokens digitales sin cumplir con los requisitos de registro de valores. El caso Ripple, aun en curso al momento del estudio, representa otro hito en la definición de que constituye un "valor" en el ecosistema cripto.

La Commodity Futures Trading Commission (CFTC), por su parte, ha ejercido jurisdicción sobre criptomonedas clasificadas como commodities, generando tensión regulatoria sobre como categorizar estos activos. Como señalan los autores, "todavía no existe un punto de vista legal consolidado sobre como clasificar las criptomonedas", lo que convierte cada nuevo litigio en una oportunidad de definición jurídica con alcance potencialmente sistémico.

4. Hacking, robo digital y vulnerabilidades tecnológicas

Un área de crecimiento notable es la relacionada con delitos informáticos. El estudio documenta casos de SIM swapping, donde hackers accedían a cuentas cripto mediante el secuestro del número de teléfono de la víctima, como ocurrió en Terpin v. AT&T Mobility, LLC (2020). Asimismo, proliferaron demandas bajo la Computer Fraud and Abuse Act por uso de programa maligno (malware) y acceso no autorizado a servidores para minar criptomonedas sin consentimiento del propietario.

5. Implicaciones para el futuro del derecho cripto

Los autores concluyen que los tribunales ya han construido una jurisprudencia considerable sobre fraude, valores no registrados y contratos en el ecosistema cripto. Sin embargo, identifican un área emergente casi sin precedente

judicial: los Non-Fungible Tokens (NFTs). Solo uno de los 299 casos involucro directamente NFTs, lo que sugiere que esta será la próxima frontera litigiosa, con preguntas abiertas sobre propiedad intelectual, autenticidad digital y derechos contractuales.

Para abogados y reguladores en América Latina, donde la adopción cripto crece rápidamente, pero los marcos legales son todavía incipientes, este estudio ofrece una hoja de ruta valiosa. Las categorías de riesgo legal identificadas --fraude, incumplimiento contractual, violaciones a normativas de valores-- son universales y ofrecen una base para anticipar los conflictos que emergerán en nuestros propios sistemas judiciales. Regular primero, litigar después: esa es la lección que el experimento estadounidense nos deja.

Basado en: Pecharsky, N., & Yahya, M. A. (2022). Crypto-Litigation: An Empirical Overview for 2020-present. SMU Science & Technology Law Review. Disponible en: https://ssrn.com/abstract=4205930 Articulo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofia Safar Diaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolas Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapan).

Eficiencias en la ejecución de acuerdos de arbitraje: lecciones desde los Estados Unidos

Tamar Mishel
1 de marzo de 2026

Efficiency in the Enforcement of Arbitration Agreements: Lessons from the United States

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

Resumen

El artículo examina el arbitraje de consumo y de trabajo en los Estados Unidos, régimen en el que las cláusulas arbitrales de los contratos de adhesión bloquean las acciones colectivas y obligan a reclamar individualmente. La Ley Federal de Arbitraje y la interpretación de la Corte Suprema produjeron ese resultado, cuyo efecto práctico es que la mayoría de los reclamos no se presenta. El estudio analiza la grieta que abrieron los abogados demandantes al presentar miles de demandas individuales simultáneas, gestionadas por una misma institución arbitral cuyas reglas obligan a la empresa a cubrir buena parte de los costos administrativos. El caso Wallrich v. Samsung ilustra el error conceptual y sus consecuencias sistémicas, y revela cómo el diseño institucional y las reglas de reparto de costos determinan el comportamiento de las partes. Se concluye que el arbitraje puede ser eficiente, pero que la eficiencia sin equidad no es un valor jurídico, sino una ventaja, y que requiere supervisión judicial y transparencia.

Palabras clave: arbitraje; cláusulas de adhesión; acciones colectivas; costos de transacción; equidad

Abstract

The article examines consumer and employment arbitration in the United States, a regime in which arbitration clauses in contracts of adhesion block class actions and force individual claims. The Federal Arbitration Act and the Supreme Court's interpretation produced that outcome, whose practical effect is that most claims are never filed. The study analyzes the opening that plaintiffs' lawyers exploited by filing thousands of simultaneous individual claims, managed by a single arbitration institution whose rules require the company to cover much of the administrative cost. Wallrich v. Samsung illustrates the conceptual error and its systemic consequences, and reveals how institutional design and cost-allocation rules shape the behaviour of the parties. It concludes that arbitration can be efficient, but that efficiency without fairness is not a legal value but an advantage, and that it requires judicial oversight and transparency.

Keywords: Arbitration; contracts of adhesion; class actions; transaction costs; fairness.

El arbitraje de consumidores y trabajadores en los Estados Unidos se ha convertido en uno de los temas más controvertidos del derecho procesal contemporáneo. La Ley Federal de Arbitraje (FAA) y la interpretación que la Corte Suprema ha hecho de ella han producido un régimen en que las cláusulas arbitrales en contratos de adhesión bloquean las acciones colectivas y obligan a consumidores y trabajadores a reclamar de forma individual. El resultado práctico es que la mayoría no reclama: los montos individuales no justifican el costo del proceso.

1. El arbitraje masivo: cuando el juego se invierte

En los últimos anos, los abogados demandantes encontraron una grieta en el sistema. Si las empresas insisten en el arbitraje individual, que sea en serio: presentaron miles de demandas individuales simultaneas contra los mismos demandados, todas gestionadas por la misma institución arbitral. Las normas de protección al consumidor de algunas instituciones arbitrales exigen que la empresa pague la mayor parte de los gastos administrativos. Con 50.000 demandas, eso puede sumar millones de dólares antes de que se designe un solo arbitro. DoorDash y Amazon son los ejemplos más citados. Amazon opto por la respuesta más drástica: eliminar la cláusula de arbitraje de sus contratos. Esta decisión habla por sí sola: cuando el costo se invierte, el entusiasmo corporativo por el mecanismo desaparece.

2. El caso Wallrich v. Samsung: un error conceptual con consecuencias sistémicas

El reciente caso Wallrich v. Samsung (Séptimo Circuito, 2024) ilustra los problemas jurídicos que genera el arbitraje masivo cuando las empresas se niegan a pagar las tarifas. Unos 50.000 usuarios de Samsung presentaron arbitrajes ante la AAA alegando violaciones a la ley de privacidad biométrica de Illinois. Los demandantes pagaron su parte (2,5 millones de dólares); Samsung rechazo pagar los 4 millones que le correspondían. La AAA cerro los casos administrativamente. El tribunal de distrito ordeno a Samsung pagar y proceder; el Séptimo Circuito revirtió esa decisión.

El error conceptual es claro: el tribunal equipo el cierre administrativo de un caso por falta de pago --una decisión puramente procedimental-- con una determinación sustantiva sobre la existencia o ejecutabilidad del acuerdo arbitral. Una cosa es que un árbitro o tribunal determine que no existe acuerdo valido; otra muy distinta es que una institución arbitral cierre un archivo por impago de tarifas. El incentivo que crea esta decisión es perverso: las empresas pueden escapar de sus propias clausulas arbitrales simplemente negándose a pagar.

3. Lo que el caso revela sobre las instituciones arbitrales

El fallo del Séptimo Circuito convierte a algunas instituciones arbitrales en un “superregulador” con poderes cuasi judiciales que no tienen. Las instituciones arbitrales son organismos administrativos privados: reciben demandas, gestionan pagos, supervisan el cumplimiento de sus propias reglas. No determinan la validez de los acuerdos arbitrales. Cuando los tribunales defieren a decisiones administrativas de instituciones privadas para resolver si el arbitraje debe proceder, elevan el riesgo de captura regulatoria por los intereses corporativos que son los principales clientes de esas instituciones.

4. La lección central

El arbitraje puede ser un mecanismo eficiente de resolución de disputas. Pero la eficiencia sin equidad no es un valor jurídico: es simplemente ventaja. El diseño cuidadoso, la supervisión judicial efectiva y la transparencia institucional son condiciones indispensables para que el arbitraje cumpla genuinamente su promesa.

La autora es Profesora Asociada de Comercio Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alberta, Edmonton, Canadá. Artículo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, 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).

La ruta de mejora normativa: hacia la transformación regulatoria en Colombia

María Alexandra Ortiz Cabrera
1 de marzo de 2026

The Path of Regulatory Improvement: Towards Regulatory Transformation in Colombia

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

Resumen

El artículo revisa la política de mejora normativa en Colombia: su origen, sus logros y su agenda pendiente. Parte de una constatación: la proliferación de leyes no equivale a calidad regulatoria y, cuando las normas se producen sin diagnóstico ni evaluación de impacto, el resultado es más caos y no más orden. La hiperregulación genera barreras de acceso, desalienta el cumplimiento y produce ineficiencias que recaen sobre ciudadanos y empresas. El estudio sitúa el punto de inflexión en la adhesión de Colombia a la OCDE y evalúa una década de avances y límites en análisis de impacto, consulta pública y simplificación administrativa. La agenda pendiente incluye institucionalidad estable, evaluación ex post y uso sistemático de evidencia. Se concluye que la mejora normativa no es un fin en sí misma, sino un medio para que el Estado produzca reglas que orienten conductas hacia fines democráticos, con rigor, evidencia y perspectiva ciudadana.

Palabras clave: mejora normativa; calidad regulatoria; OCDE; análisis de impacto; Colombia

Abstract

The article reviews Colombia's regulatory improvement policy: its origins, achievements and pending agenda. It starts from a finding: a proliferation of laws does not equal regulatory quality, and when rules are produced without diagnosis or impact assessment the result is more chaos, not more order. Over-regulation creates barriers to access, discourages compliance and produces inefficiencies that fall on citizens and firms. The study places the turning point in Colombia's accession to the OECD and assesses a decade of progress and limits in impact analysis, public consultation and administrative simplification. The pending agenda includes stable institutions, ex post evaluation and the systematic use of evidence. It concludes that regulatory improvement is not an end in itself but a means for the State to produce rules that steer behaviour towards democratic ends, with rigour, evidence and a citizen perspective.

Keywords: Regulatory improvement; regulatory quality; OECD; impact assessment; Colombia.

¿Cuántas veces hemos escuchado que “en Colombia hay una ley para todo, pero nada funciona”? La proliferación normativa no equivale a calidad regulatoria, y la expedición de una norma por si sola no garantiza el cambio social que se pretende producir. Este articulo revisa la política de mejora normativa en Colombia: de donde viene, que ha logrado y hacia donde debe ir.

1. El problema de fondo

Los países con tradición de derecho continental comparten una inclinación casi cultural hacia la codificación si existe un problema, la respuesta es crear una norma que lo resuelva. La cuestión es que cuando las normas se producen en exceso, sin diagnóstico previo ni evaluación de impacto, el resultado no es mayor orden sino mayor

caos. La hiper-regulación genera sus propias barreras de acceso a bienes y servicios, desalienta el cumplimiento y termina siendo ineficiente precisamente en aquello que pretendía ordenar.

2. Qué es la mejora normativa

La mejora normativa es una política pública orientada a garantizar que las intervenciones regulatorias del Estado sean necesarias, proporcionales, eficaces y eficientes. No se trata de regular menos, sino de regular mejor. Su instrumento central es el Análisis de Impacto Normativo (AIN): antes de regular, preguntarse si realmente existe un problema que requiere intervención estatal, cuáles son los costos y beneficios de las opciones disponibles, y como se evaluaran los resultados. Este proceso cambia la lógica de producción normativa: en lugar de partir de la solución (la norma), se parte del problema.

3. Colombia y la OCDE: el punto de inflexión

El punto de arranque formal es el Conpes 3816 de 2014, que introdujo el AIN como metodología para la producción normativa en Colombia, Este instrumento de política contiene cinco estrategias para su implementación: institucionalidad, capacitación, pilotos de nivel ejecutivo nacional, guías metodológicas y racionalización del inventario normativo. El proceso de adhesión a la OCDE, completado en 2020, anclo estos compromisos en un marco internacional verificable que le da continuidad a la política más allá de los cambios de gobierno.

4. Una década después: avances y límites

El DNP ha ejercido un liderazgo técnico reconocible. Ha desarrollado el ciclo regulatorio de siete etapas y además ha implementado instrumentos como el SUCOP (plataforma de consulta pública), lanzado el Concurso de Buenas Prácticas Regulatorias --ya en su quinta edición-- y promovido la simplificación de trámites mediante la Ley 2052 de 2020. Sin embargo, la brecha entre la mejora normativa como política declarada y como practica institucionalizada sigue siendo significativa. Falta anclaje legislativo: a diferencia de México, Colombia no tiene una ley de mejora regulatoria. El Congreso no está sujeto a los mismos estándares que el ejecutivo. La brecha digital limita la participación en herramientas como SUCOP, especialmente en zonas rurales donde el 40% de los hogares no tiene internet. Y la formación de funcionarios en el nivel territorial sigue siendo insuficiente.

5. La agenda pendiente

El nuevo Conpes de mejora normativa que prepara el DNP debería abordar al menos cinco frentes: anclar la política en el CPACA o en una ley específica; extender los estándares de análisis de impacto al Congreso; fortalecer la capacidad territorial con estrategias diferenciadas; diseñar un marco específico para la regulación digital, incluyendo sandbox regulatorios; e incorporar mecanismos anti-captura que aseguren que las voces menos organizadas tengan espacio efectivo en los procesos de consulta.

6. Conclusión

La mejora normativa no es un fin en sí misma. Es un medio para alcanzar un Estado que sirva efectivamente a sus ciudadanos y que produzca normas que orienten los comportamientos hacia los fines que una sociedad democrática se propone. En una era de transformación digital acelerada, regular bien --no más ni menos, sino con rigor, evidencia y perspectiva ciudadana-- es más urgente que nunca.

Este artículo fue preparado en el marco de las actividades de investigación desarrolladas en el Departamento de Derecho, Comunicaciones y Tecnologías de la Información de la Facultad de Derecho de la Universidad

Externado de Colombia y de ALACDE. Artículo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, 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).

Regulación y competencia en Chile: una breve reseña a partir de las funciones del TDLC

Nicolás Carrasco Delgado
3 de mayo de 2026

Regulation and Competition in Chile: A Brief Review from the Functions of the TDLC

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

Resumen

El artículo examina la relación entre regulación económica y libre competencia a partir de las funciones del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile. La discusión conceptual admite dos lecturas: una que entiende la libre competencia como parte de un concepto amplio de regulación y otra que las considera categorías distintas, con soluciones mixtas conocidas como antitrust regulation. El estudio compara diseños orgánicos en los que una misma autoridad concentra atribuciones regulatorias y de competencia, como ocurre en Inglaterra, España o Perú, con modelos de control difuso. En Chile la situación es peculiar, porque diversas leyes sectoriales crean reguladores con atribuciones normativas, tarifarias, de infraestructura y de acceso que conviven con el control del Tribunal. El artículo explica por qué el legislador reservó esas potestades al TDLC: privilegió el menor riesgo de arbitrariedad y la búsqueda de certidumbre y transparencia. Concluye que su rol en estas materias es siempre jurisdiccional, dada su calidad de tercero especializado.

Palabras clave: libre competencia; regulación económica; TDLC; Chile; diseño institucional

Abstract

The article examines the relationship between economic regulation and free competition through the functions of Chile's Tribunal for the Defence of Free Competition. The conceptual debate admits two readings: one that treats competition as part of a broad concept of regulation, and another that regards them as distinct categories, with mixed solutions known as antitrust regulation. The study compares institutional designs in which a single authority concentrates regulatory and competition powers, as in England, Spain or Peru, with models of diffuse control. Chile's situation is peculiar, because several sectoral laws create regulators with normative, tariff, infrastructure and access powers that coexist with the Tribunal's control. The article explains why the legislature reserved those powers for the TDLC: it privileged the lower risk of arbitrariness and the pursuit of certainty and transparency. It concludes that its role in these matters is always jurisdictional, given its status as a specialized third party.

Keywords: Free competition; economic regulation; TDLC; Chile; institutional design.

En diversos sistemas la regulación económica convive de manera zigzagueante con la libre competencia. A nivel conceptual, algunos han entendido que la libre competencia se comprende dentro de un entendimiento amplio de regulación, mientras que otros señalan que se trata de conceptos diversos, para finalmente promueven una mezcla entre ambos en la llamada “Antitrust Regulation”i.

Las legislaciones nacionales abordan de diversa manera estos dos conceptos. Para tal efecto se contemplan diversos diseños orgánicos donde una misma autoridad concentra atribuciones tanto regulatorias como de libre

competencia como sucede, en mayor o menor medida, en Inglaterra, España o Perú. Mientras que, en otros países, se contempla un control, fiscalización y potestades difusas sobre estos tópicos.

En Chile la situación es peculiar porque diversas legislaciones sectoriales disponen órganos reguladores con atribuciones múltiples de tipo normativas, tarifarias, de infraestructura, accesos, y de formulación de políticas públicas. Esos órganos son parte de la Administración del Estado y, por tanto, persiguen objetivos de primer orden asociados a los fines incluidos en cada uno de tales estatutos.

Sin embargo, dada la multiplicidad de atribuciones y potestades del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia ("TDLC"), también se contempla un control jurisdiccional de libre competencia de la regulación y de los actos regulados que, convive o concurre con procedimientos administrativos en cada uno de los sectores regulados, fiscalizaciones por o ante la autoridad que verifica la legalidad de los actos administrativos en Chile que es la Contraloría General de la República, e incluso, con recursos ante los tribunales ordinarios de justicia.

En este sentido, el rol del TDLC es singular porque permite examinar bajo lógica de libre competencia actos que, a la vez, son materia de regulación económica y, además, a pesar de ser un tribunal de libre competencia desarrolla atribuciones que, en otros contextos, competen a la Administración. Ambos temas serán esbozados en las secciones siguientes.

1. El control de los actos regulados desde la óptica de la libre competencia

El TDLC ha conocido de diversos procesos contenciosos donde el objeto que vulnera la normativa de libre competencia, a la vez, se encuentra afecto a una intensa regulación. Es decir, concurren competencias concurrentes. Al respecto, la atribución del TDLC para juzgar aquello que ya es materia de regulación emana del artículo 3 inciso 1° del DL 211 que permite juzgar "cualquier" hecho, acto o convención. Así, en caso de concurrir tales competencias concurrentes el TDLC ha entendido que puede pronunciarse sobre tales conflictos en tanto las conductas se configuren como una práctica anticompetitiva que tenga efectos reales o potenciales sancionables a la luz del DL 211ii.

2. Jurisdicción y funciones regulatorias en el TDLC

El TDLC es un tribunal que ejerce jurisdicción porque es siempre un tercero, ya sea que conozca de un procedimiento sancionatorio civil, o de un procedimiento preventivo en materia de consultas (determinando la antijuridicidad o no de un hecho, acto o convención), instrucciones de carácter general, y proposiciones normativas. Que el legislador haya decidido entregar al TDLC competencias que habitualmente han sido desarrolladas por el regulador o por la Administración no obsta a que estemos frente a un tribunal que conoce y resuelve como un tercero imparcial.

La razón por la cual esas potestades fueron asignadas al TDLC se debe a que el legislador privilegió el menor riesgo de arbitrariedad y la persecución de objetivos certidumbre y transparencia en la elaboración de la regulación, toda vez que, tales fines son más fácilmente alcanzables por decisiones de un tribunal, máxime si en los procedimientos que conoce el TDLC pueden intervenir todos los interesados que lo estimen pertinente.

3. Conclusiones

En estas breves palabras he pretendido explicar cómo un tribunal puede o no conocer de asuntos que ya son materia de control por el regulador, a la vez que, ejerce funciones que, en otros escenarios, serían parte de la Administración. La conclusión es que el rol que cumple el TDLC en esas materias es siempre jurisdiccional dada su calidad de tercero especializado.

i Sokol, Daniel y Zhou, Bo, “Antitrust Regulation”, Journal of Law & Innovation, Vol. 7, N° 1, 2004, pp. 1-26. ii Resolución de fecha 31 de marzo de 2021, dictada en causa Rol C-417-2021.

Articulo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofia Safar Diaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolas Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán)

La evaluación ex post y la calidad regulatoria

Sandra Milena Ortiz Laverde
3 de mayo de 2026

Ex Post Evaluation and Regulatory Quality

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

Resumen

El artículo analiza la evaluación ex post como condición de la calidad regulatoria. Durante décadas los Estados concentraron sus esfuerzos en la fase previa: diseñar la regla, calcular costos y proyectar beneficios. Una vez que la norma entra en vigor, en cambio, comienza su verdadera prueba, y la calidad regulatoria deja de ser un hito estático para convertirse en un proceso dinámico. El estudio examina el ciclo regulatorio completo, la necesidad de datos y rigor científico para medir efectos reales y el modo en que la evidencia permite corregir, mantener o derogar normas. Recoge las recomendaciones de la OCDE sobre consultas públicas posteriores, análisis de costo-beneficio ex post y revisión del stock regulatorio para evitar la obsolescencia. Sostiene que evaluar lo vigente es el único camino para que el ordenamiento responda a realidades cambiantes y que la evaluación no es una carga administrativa, sino la garantía de utilidad y proporcionalidad.

Palabras clave: evaluación ex post; calidad regulatoria; evidencia; política pública; Colombia

Abstract

The article analyzes ex post evaluation as a condition of regulatory quality. For decades States concentrated their efforts on the prior stage: designing the rule, calculating costs and projecting benefits. Once a rule enters into force, however, its real test begins, and regulatory quality stops being a static milestone to become a dynamic process. The study examines the full regulatory cycle, the need for data and scientific rigour to measure real effects, and the way evidence allows rules to be corrected, maintained or repealed. It takes up OECD recommendations on subsequent public consultations, ex post cost-benefit analysis and review of the regulatory stock to avoid obsolescence. It argues that evaluating what is in force is the only way for the legal order to respond to changing realities, and that evaluation is not an administrative burden but the guarantee of usefulness and proportionality.

Keywords: Ex post evaluation; regulatory quality; evidence; public policy; Colombia.

¿Qué pasa el día después de que se publica una norma?. Durante décadas, los esfuerzos de los Estados se han concentrado en la fase previa de la producción normativa: diseñar la regla, calcular sus costos y proyectar sus beneficios. Sin embargo, una vez que la ley entra en vigor, el reloj no se detiene; al contrario, es ahí donde empieza su verdadera prueba de fuego. La calidad regulatoria no es un hito estático que se alcanza en el momento de la firma, sino un proceso dinámico y continuo. En este contexto, la evaluación ex post emerge no como un ejercicio de auditoría o fiscalización, sino como una herramienta indispensable de aprendizaje institucional y mejora continua de la regulación, en cuanto a su revisión, modificación o simplificación.

Este artículo analiza por qué evaluar lo que ya está vigente es el único camino para garantizar que nuestro ordenamiento jurídico responda con eficacia a las realidades sociales y económicas cambiantes

1. El ciclo y la calidad regulatoria

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), desde la década de los noventa ha sido enfática: la política regulatoria debe cubrir el ciclo de vida completo de las normas. Esto es, la normas o regulación que se expida, debe responder a una planificación por parte de los organismos reguladores, que se materializa en una agenda regulatoria, donde se relacionan los proyectos o temáticas que son susceptibles de intervención y que requerirán de la participación de los agentes para su diseño. De allí que el concepto de Análisis de Impacto Normativo (AIN) ex ante como la metodología diseñada para la creación de las normas, sus costos e impactos antes de su expedición y de la evaluación ex post, que permite verificar con datos duros y evidencia empírica los efectos derivados de la apropiación, resultados de la norma y niveles de apropiación.

Lo que se busca con las evaluaciones ex post, es contar con la evidencia necesaria para saber si las regulaciones cumplieron con su finalidad, su impacto real y la percepción general del sector regulado, lo que le permite a las autoridades regulatorios contar la evidencia para dar inició un nuevo ciclo regulatorio donde la medida producto de los resultados obtenidos de su implementación deba mantenerse porque el problema identificado no ha sido solucionado, o que la norma requiere una modificación, en cuanto a un nuevo problema o mecanismos de intervención, esto es escenarios de corregulación o autorregulación o que se debe eliminar del ordenamiento jurídico porque la falla del mercado fue solventado o la norma es obsoleta.

Abordar la evaluación posterior al cumplimiento no es un simple trámite burocrático, sino una apuesta decidida por la seguridad jurídica y la competitividad económica al contar con marcos regulatorios simplificados y acordes a las necesidades del mercado.

2. El enfoque de la evidencia y los datos: el rigor científico

La importancia que tiene la evaluación ex post es que les permite a las entidades regulatorias contar con información sobre los impactos sobre las medidas regulatorias, siendo en insumo fundamental para un nuevo ciclo regulatorio, donde se podrán adoptar decisiones técnicas respaldadas en evidencias.

Es por ello por lo que la evaluación ex post analiza dos aspectos a saber los Indicadores de cumplimiento y el impacto real de la medida. Todo análisis de una medida debe responder a cuál a la eficacia jurídica, esto es si la norma se cumple formalmente con los supuestos que dieron origen a su expedición y la eficacia social o económica, si la norma resolvió el problema que la originó. Mientras que el cumplimiento mide procesos, el impacto mide resultados tangibles en el bienestar ciudadano o la eficiencia del mercado. Evaluar ex post permite identificar si una norma es "exitosa" solo en el papel o si realmente está generando valor, soportado en indicadores y modelos de medición.

Y finalmente, la evaluación ex post, permite que los regulados entiendan el "porqué" de las intervenciones y que el regulador asuma la responsabilidad de ajustar o eliminar lo que no funciona.

Ha sido la OCDE, en su ejercicio de definir e identificar las mejores prácticas regulatorias y de gobernanza, quien ha sugerido la adopción de este tipo de evaluaciones, que deben ir a acompañados uso de consultas públicas posteriores, el análisis de costo-beneficio ex post y la revisión de "stock" regulatorio para evitar la obsolescencia y depuración de las normas debido a su eficiencia y nivel de cumplimiento.

3. Conclusiones

A modo de cierre, es fundamental reconocer que la calidad regulatoria es un proceso dinámico de aprendizaje y que no solo se limita a un proceso asociado con la metodología diseñado para la expedición de las normas, esto es

el Análisis de Impacto Normativo, sino de instrumentos de valoración posterior una vez la norma se expida y es apropiada por los agentes, lo que implica que las entidades deban contar con mediciones, datos y análisis de datos con la flexibilidad que exigen los sectores tecnológicos permite transitar de un modelo de "vigilancia estática" a uno de "gobernanza inteligente", con equipos capacitados para el diseño de estas mediciones y capaces de interpretar esta información para la toma de decisiones.

En última instancia, la evaluación ex post no debe percibirse como una carga administrativa adicional, sino como la garantía de que nuestras normas siguen siendo útiles, proporcionales y capaces de responder a los retos de un entorno en constante transformación. Solo evaluando el impacto de lo que se ha construido, respondiendo a estándares y prácticas internacionales y con datos para futuras modificaciones regulatorias y su evolución de cara a los mercados, a las necesidades de los agentes y la satisfacción del interés general.

Articulo revisado con el software <<Language Tool>> https://languagetool.org/es, con la asistencia del equipo del Grupo de Investigación CONVERGENCIA (liderado por Miguel Ángel Vela Hugo, Mónica Sofia Safar Diaz, Tatiana Dangond Aguancha, Nicolas Silva Cueva, Ronald Thaler Toro Huilcapán).

¿Constitución o Estado de legalidad formal? El Rule of Law ante la encrucijada institucional chilena

Rubén Méndez Reátegui
5 de junio de 2026

Constitution or Formal Legality? The Rule of Law before the Chilean Institutional Crossroads

Clasificación OCDE (Fields of Science and Technology): 5.5 Derecho; 5.6 Ciencias políticas.

Resumen

El artículo analiza por qué los consensos constitucionales no se consolidan en Chile después de dos propuestas rechazadas y dos plebiscitos. Frente a las lecturas formalistas, propone una explicación de economía política sustentada en la teoría de la elección pública de James Buchanan: políticos, burócratas y electores actúan conforme a intereses propios y maximizan su beneficio dentro del marco vigente. Cuando las reglas constitucionales no canalizan esa racionalidad, el resultado previsible es un Estado de legalidad formal, un ordenamiento que no limita el poder público y que reproduce la discrecionalidad. El estudio distingue el gobierno conforme al derecho del simple legalismo, examina los incentivos que sostienen el equilibrio institucional y evalúa las condiciones bajo las cuales una constitución opera como restricción creíble. Concluye que el problema no es de buenas intenciones, sino de diseño de incentivos, y que la viabilidad del Rule of Law depende de reglas que hagan costoso su incumplimiento.

Palabras clave: Rule of Law; economía política; elección pública; diseño constitucional; Chile

Abstract

The article analyzes why constitutional consensus has not consolidated in Chile after two rejected proposals and two plebiscites. Against formalist readings, it offers a political-economy explanation grounded in James Buchanan's public choice theory: politicians, bureaucrats and voters act on their own interests and maximize their benefit within the existing framework. When constitutional rules fail to channel that rationality, the predictable outcome is a state of formal legality, a legal order that does not limit public power and reproduces discretion. The study distinguishes government according to law from mere legalism, examines the incentives that sustain the institutional equilibrium and assesses the conditions under which a constitution operates as a credible constraint. It concludes that the problem is not one of good intentions but of incentive design, and that the viability of the Rule of Law depends on rules that make non-compliance costly.

Keywords: Rule of Law; political economy; public choice; constitutional design; Chile.

Introducción

Durante más de diez años, Chile ha intentado reformar su contrato social. Tras dos propuestas fallidas y dos plebiscitos de rechazo, la gran interrogante persiste: ¿por qué los consensos constitucionales no se consolidan a pesar de la demanda ciudadana? Frente al análisis formalista, la economía política ofrece una lectura incómoda: el problema real no es de buenas intenciones, sino de diseño de incentivos.

Esta perspectiva, sustentada en la Teoría de la Elección Pública de James Buchanan, parte de una premisa real: políticos, burócratas y electores actúan bajo intereses propios. No son agentes altruistas; maximizan su beneficio

dentro del marco legal vigente. Cuando las reglas constitucionales fallan en canalizar esa racionalidad, el resultado predecible es un Soft Rule of Law o mero Estado de legalidad formal, un ordenamiento artificial que, en lugar de limitar el poder público o la discrecionalidad del gobernante, termina protegiendo y formalizando sus privilegios (Méndez Reátegui et al. 2020).

1. Las fallas estructurales del diseño constitucional

Al aplicar este instrumental analítico al escenario chileno, emergen fallas estructurales invisibles para el dogmatismo tradicional. Por ejemplo, la iniciativa exclusiva del Ejecutivo en gasto público busca contener el populismo legislativo. Los parlamentarios afrontan la presión electoral promoviendo beneficios directos sin asumir el costo fiscal; así, la regla no es un dogma tecnocrático, sino un candado institucional indispensable para imponer disciplina fiscal y corregir un sesgo oportunista sistémico.

Del mismo modo, los quórums elevados de dos tercios no actúan como muros antidemocráticos. Operan como un mecanismo de señalización de orden que encarece los costos de transacción para imponer visiones de facción. Al forzar la negociación y la cooperación entre agentes, protegen la estabilidad de largo plazo. Reducirlos sin equilibrios institucionales abre paso a que mayorías circunstanciales redacten normas a su medida, disparando la incertidumbre en las interacciones sociales y la desobediencia normativa.

2. La captura institucional y el constitucionalismo aspiracional

Los fracasos de 2022 y 2023 ilustran esta captura institucional. Ambas convenciones fueron cooptadas por agendas identitarias o conservadoras que antepusieron su agenda a un texto de adhesión general. No hubo una degradación moral colectiva, sino un incentivo perverso: las reglas del juego subsidiaron la intransigencia y la transferencia asimétrica de costos sociales hacia el ciudadano común.

Otro desafío crítico es el constitucionalismo aspiracional: la oferta de amplios catálogos de derechos sociales (salud, pensiones, vivienda) desprovistos de viabilidad financiera. Lejos de reflejar justicia redistributiva, esto configura una externalidad negativa institucional. Genera expectativas incumplibles, destruye la previsibilidad del sistema legal y debilita la confianza institucional, perjudicando justamente a los sectores vulnerables que dependen del aparato público. Una Constitución sólida debe operar como un freno técnico frente al incentivo político de prometer sin rendir cuentas.

3. Conclusiones

La encrucijada de Chile y América Latina no es una disputa ideológica de izquierda contra derecha; radica en la calidad de sus instituciones. El objetivo es estructurar reglas del juego que subordinen el poder de turno a principios generales de conducta, minimizando la discrecionalidad. Un texto sensato debe elevar el costo de los privilegios corporativos, garantizar la seguridad jurídica y disciplinar la caja fiscal.

El reto de la región no se resuelve con retórica mítica. Exige abandonar el diseño constructivista que concibe la Constitución como un manifiesto ideológico o una herramienta de planificación centralizada. Debe asumirse como un marco de gobernanza técnica, un sistema de candados sociales destinados a regular el poder del Estado y asegurar la rendición de cuentas. Si la ley no limita de forma efectiva el ejercicio del poder, la Constitución se vacía de contenido transformándose en una simple estructura de dominación legal. Chile lo está comprobando en la práctica.

Bibliografía

Méndez Reátegui, R., & Sumar Albujar, O. (2020). 'Gobierno conforme al Derecho' versus Estado de Legalidad. Revista de

Derecho Político, 1(109), 373 - 400. https://doi.org/10.5944/rdp.109.2020.29065

Declaración de apoyo editorial tecnológico: Se utilizó la herramienta LanguageTool de forma exclusiva para optimizar la redacción, ortografía y estilo gramatical del manuscrito. La totalidad de las ideas, el desarrollo argumentativo y el análisis normativo y económico son de autoría exclusiva del investigador.