

CICAJ
PUCP

Departamento
Académico de Derecho

Maestría en
Derecho de la Empresa



PUCP

NUEVAS FRONTERAS METODOLÓGICAS EN EL DERECHO EMPRESARIAL

EDITORES

Guillermo Martín Boza Pró
Bruno Edoardo Debenedetti Luján
José Enrique Sotomayor Trelles

**NUEVAS
FRONTERAS
METODOLÓGICAS
EN EL DERECHO
EMPRESARIAL**

NUEVAS FRONTERAS METODOLÓGICAS EN EL DERECHO EMPRESARIAL

EDITORES

GUILLERMO MARTIN BOZA PRÓ
BRUNO EDOARDO DEBENEDETTI LUJÁN
JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES

CICAJ
PUCP

Departamento
Académico de Derecho

Maestría en
Derecho de la Empresa



Nuevas fronteras metodológicas en el derecho empresarial

Editores: Guillermo Martín Boza Pró, Bruno Edoardo Debenedetti Luján y José Enrique Sotomayor Trelles

Imagen de cubierta y contracubierta: Mariya/Pexels.com
Primera edición digital: Julio de 2025

© De los autores de los trabajos publicados

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Escuela de Posgrado
Maestría en Derecho de la Empresa
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/cicaj/>
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoyempresa/>

Diseño: Lorena Patricia Bullón Capcha
Junio 2025



Esta obra está bajo una licencia Creative Commons de tipo Reconocimiento-No-Comercial-SinDerivados 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2025-07468
ISBN: 978-612-49809-4-7

Los textos de esta publicación han pasado satisfactoriamente por un proceso de arbitraje doble ciego por pares externos internacionales.

CONTENIDOS

PRÓLOGO	11
La jurisprudencia como herramienta de investigación en el derecho empresarial: una experiencia colombiana <i>Marcela Castro Ruiz</i>	15
El precedente jurisprudencial de la tributación internacional en Colombia <i>Eleonora Lozano Rodríguez</i>	37
El potencial del enfoque cualitativo para la investigación en derecho empresarial: algunos apuntes preliminares <i>José Enrique Sotomayor Trelles y Nelly Aracely Díaz Ruiz</i>	59

PRÓLOGO

La investigación jurídica contemporánea experimenta, de manera progresiva, un proceso de apertura metodológica que responde a la creciente complejidad de los fenómenos sociales, económicos y regulatorios. Especialmente en el campo del derecho empresarial, caracterizado por la intersección entre prácticas de mercado, innovación tecnológica y dinámicas organizacionales, se hace indispensable superar los límites tradicionales de la dogmática normativa y adoptar herramientas analíticas que permitan una comprensión más profunda y crítica del campo jurídico y del funcionamiento del sistema legal.

El presente volumen reúne tres contribuciones académicas que, desde perspectivas complementarias, abordan esta aproximación metodológica en el derecho en general y en el derecho empresarial en particular: (i) el análisis del precedente jurisprudencial como fuente de evolución normativa y herramienta de investigación, (ii) la propuesta del enfoque cualitativo como método de indagación empírica para analizar problemas relevantes entre las empresas, los ciudadanos y las agencias públicas, y (iii) la reflexión sobre la investigación jurisprudencial como puente entre teoría y práctica. Cada uno de estos textos ofrece aportes sustantivos no solo para ampliar los horizontes de la investigación jurídica, sino también para enriquecer la formación académica de estudiantes de pregrado y posgrado en lo concerniente al análisis integral de problemas relevantes para el derecho.

En “El precedente jurisprudencial de la tributación internacional en Colombia”, Eleonora Lozano Rodríguez desarrolla un riguroso análisis sobre la manera en que la jurisprudencia constitucional colombiana ha incidido en la configuración del derecho tributario internacional en Colombia, especialmente en temas como el soft law de la OCDE, la doble imposición, el intercambio de información tributaria y la subcapitalización.

Su principal aporte radica en mostrar que la jurisprudencia no debe ser entendida simplemente como un criterio auxiliar de interpretación, sino como una fuente dinámica de construcción normativa que revela la mutua influencia entre el derecho interno e internacional. A través de una metodología sistemática de análisis jurisprudencial y del precedente constitucional, Lozano no solo analiza casos concretos, sino que construye líneas jurisprudenciales y patrones de decisión que permiten observar la evolución y transformación de las instituciones tributarias colombianas en el contexto de la tributación internacional, pero a la luz de los principios constitucionales internos.

El enfoque propuesto trasciende el análisis descriptivo de las fuentes del derecho para ofrecer una herramienta crítica de investigación jurídica: estudiar la jurisprudencia como sistema de conocimiento en constante construcción. Esta perspectiva resulta especialmente relevante para los estudiantes de derecho empresarial y tributario, quienes encuentran aquí un modelo sólido para abordar temas complejos combinando la teoría de los principios constitucionales, el estudio de casos en el contexto de la tributación internacional y el análisis crítico del precedente.

En “La jurisprudencia como herramienta de investigación en el derecho empresarial: una experiencia colombiana”, Marcela Castro Ruiz complementa el aporte anterior al centrar su análisis en la metodología de investigación basada en el estudio sistemático de decisiones judiciales.

Castro propone que el análisis jurisprudencial —más allá de su papel en la argumentación judicial— constituye una herramienta potente de investigación para la comprensión de fenómenos jurídicos dinámicos que abarcan diversos aspectos de la actividad económica. A través de casos concretos, como la evolución de la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas y el desarrollo del régimen de actividades peligrosas, muestra cómo las cortes colombianas han interpretado y adaptado marcos jurídicos antiguos a nuevos contextos sociales y económicos.

Su propuesta metodológica, basada en la construcción de líneas jurisprudenciales, brinda a los investigadores una guía práctica para abordar fenómenos jurídicos complejos. En este sentido, el texto de Castro complementa el trabajo de Lozano al ofrecer una herramienta pedagógica para operacionalizar el análisis de precedentes en el campo del derecho empresarial.

El capítulo “El potencial del enfoque cualitativo para la investigación en derecho empresarial”, elaborado por José Enrique Sotomayor Trelles y Nelly Aracely Díaz Ruiz, propone un cambio de perspectiva más profundo: invita a incorporar la investigación cualitativa como herramienta para el análisis del derecho empresarial.

El texto ofrece una sistematización exhaustiva de los principales enfoques cualitativos —teoría fundamentada, análisis temático, fenomenología, estudio de caso, análisis narrativo, entre otros— y explica cómo estos pueden ser aplicados al estudio de fenómenos empresariales de relevancia jurídica, como la cultura de la corrupción corporativa, los permisos parentales desde la perspectiva de los empleadores y el soborno en los negocios.

Su principal aporte consiste en mostrar que el campo jurídico empresarial no puede comprenderse cabalmente solo desde el análisis de la doctrina

o jurisprudencia, sino que requiere explorar las relaciones culturales, organizacionales y sociales que lo atraviesan y caracterizan. A través de ejemplos concretos, los autores demuestran cómo el enfoque cualitativo permite acceder a discursos, prácticas y racionalidades subyacentes que resultan invisibles a los métodos doctrinales tradicionales.

Esta propuesta de apertura metodológica resulta crucial tanto para la formación de investigadores en pregrado —al abrir el abanico de posibilidades de investigación— como para proyectos de posgrado —al permitir el diseño de estudios empíricos sofisticados y contextualizados.

Como podemos apreciar, los tres capítulos aquí reunidos ofrecen aportes que, aunque distintos en su enfoque, son complementarios. En conjunto, representan una propuesta metodológica integrada que permite a los investigadores en derecho empresarial analizar las transformaciones del campo jurídico al comprender el derecho como un fenómeno dinámico que se construye y transforma a través de la jurisprudencia y no exclusivamente a través de la legislación escrita. También al adoptar una perspectiva crítica y sistemática para el análisis de decisiones judiciales, superando la mera referencia anecdótica a sentencias aisladas. Y especialmente, al explorar y aplicar modelos de investigación cualitativa al derecho, con la finalidad de captar las complejidades de los fenómenos empresariales contemporáneos y brindar contexto a la interpretación y aplicación del derecho de parte de los operadores jurídicos.

Desde un punto de vista pedagógico, el volumen constituye un instrumento valioso tanto para programas de pregrado, donde pueden fomentar la iniciación en la investigación jurídica crítica y empírica; así como para programas de posgrado, donde permiten profundizar en metodologías avanzadas de estudio del derecho empresarial. Además, estas obras invitan a repensar el papel de quienes investigan fenómenos empresariales desde la perspectiva del derecho: la de superar el punto de vista del mero intérprete formalista de del derecho, sino como un analista crítico de prácticas, discursos, instituciones y fenómenos, tanto económicos como sociales, que atraviesan y moldean las relaciones en el mercado.

Con este espíritu, invitamos a los lectores a sumergirse en las propuestas que aquí se presentan, convencidos de que encontrarán en ellas no solo valiosos instrumentos de trabajo, sino también una renovada inspiración para el desarrollo de una investigación jurídica más abierta, crítica y comprometida con los desafíos de nuestro tiempo.

LA JURISPRUDENCIA COMO HERRAMIENTA DE INVESTIGACIÓN EN EL DERECHO EMPRESARIAL: UNA EXPERIENCIA COLOMBIANA

CASE LAW AS A RESEARCH TOOL IN BUSINESS LAW: A COLOMBIAN EXPERIENCE

Marcela Castro Ruiz¹

Resumen

El derecho empresarial -en sentido amplio, pero no exhaustivo- comprende un conjunto de saberes jurídicos que regulan diversos aspectos de la actividad económica, como son el derecho comercial, el régimen jurídico de la contratación privada, la responsabilidad civil, la competencia, el derecho societario, el derecho financiero, las relaciones laborales y la tributación, entre otros. Los estudios de esta materia deben propiciar un conocimiento robusto de las instituciones jurídicas involucradas y, a la vez, incorporar información del entorno y de la realidad que rodea la práctica de los negocios en el mundo real. Por ello, para quienes desean fortalecer sus conocimientos en esta apasionante y compleja disciplina, deben estar familiarizados con las decisiones judiciales que se profieren en torno a los temas centrales del derecho de la empresa. La investigación de la jurisprudencia es una herramienta pertinente para estos estudiosos tanto en la academia como en la práctica profesional. En el presente trabajo se presentan algunas reflexiones metodológicas al respecto y se trae como caso de estudio la investigación de líneas jurisprudencias relativas a la responsabilidad civil en Colombia.

Palabras clave: Derecho empresarial, investigación jurídica, jurisprudencia.

Abstract

Business law - in a broad but not exhaustive sense - comprises a set of legal concepts which relate to various aspects of economic activity, including commercial law, contracts, civil liability, competition law, corporate law, financial law, labor relations and taxation, among others. Business law studies require a robust knowledge of the legal institutions involved and, at the same time, provide information about the business environment and the actual problems found in the real world. Therefore, those who wish to strengthen

¹ Profesora Titular, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. macastro@uniandes.edu.co. Docente e investigadora en temas de obligaciones, contratos, derecho comercial, responsabilidad civil, arbitraje e historia del derecho de los negocios.

their knowledge of this exciting and complex discipline must be familiar with the judicial decisions regarding the central issues of business law. Case law research is a relevant tool both for scholars and for those involved in professional practice. This article contains some methodological reflections in this regard and features a case study about research of court decisions related to civil liability in Colombia.

Keywords: *Business law, legal research, case law.*

Introducción

El derecho empresarial es una disciplina de contornos amplios y, a su vez, de contenido dinámico. Algunas de sus normas corresponden a un marco jurídico más bien estable que define la estructura general del sistema jurídico al que pertenece, como es el caso de las reglas constitucionales que consagran y tutelan la libertad económica, y el rol de Estado en ese gran escenario de la economía. Otras son de estirpe legal y se encargan de sentar los principios orientadores de la actividad empresarial, como son las atinentes a las obligaciones y los contratos en los que intervienen los particulares para ofrecer y demandar bienes y servicios, normas que constituyen un marco general para dichas operaciones por más complejas y novedosas que estas sean. Y finalmente, pueden mencionarse ciertas disposiciones de carácter procedimental que establecen las reglas a seguir cuando los empresarios buscan la protección de sus derechos sustanciales en eventos en los que ha habido alguna transgresión o anomalía, como son los perjuicios patrimoniales por el incumplimiento de un contrato, el abuso de un accionista mayoritario o la insolvencia de un comerciante que ha cesado en el pago de sus obligaciones.

Al lado de las anteriores, hay múltiples normas cuyo contenido es esencialmente coyuntural y variable, que se transforma rápidamente al ritmo de los cambios económicos, sociales, tecnológicos y del entorno internacional. La necesidad de proteger los datos personales, los desafíos que plantea la inteligencia artificial y los problemas derivados de las crisis políticas globales son ejemplos del dinamismo que caracteriza y las dificultades que enfrenta el derecho de los negocios en el mundo contemporáneo.

En este complejo escenario, los estudiosos del derecho empresarial tienen el reto de mantenerse al día en su especialidad, conocer y comprender las fuentes jurídicas aplicables y responder con suficiencia ante las necesidades cambiantes de los negocios. Los conflictos que surgen en este ámbito deben resolverse de la forma más ágil posible, de suerte que los jueces y árbitros tienen la responsabilidad de solucionar las controversias aplicando la ley a los casos concretos. La interpretación razonada de las normas aporta certeza, seguridad y predictibilidad al sistema.

En este escrito propongo que el conocimiento y el análisis de la jurisprudencia es una herramienta efectiva para la investigación en el campo del derecho empresarial, puesto que una metodología analítica de fallos judiciales y laudos arbitrales propicia el conocimiento de las normas que los jueces y los árbitros aplican a los casos reales.

Las Tradiciones Jurídicas y su Influencia en los Métodos de Investigación

Las dos grandes familias jurídicas del derecho continental y del *common law*, que agrupan un número considerable de sistemas del mundo, suelen diferenciarse en la forma de aproximarse al derecho. Más allá del estilo de cada una, su enfoque tiene que ver con los procesos históricos de formación del derecho.

En el *civil law*, extendido por la Europa continental y Latinoamérica, y basado en gran medida en el derecho romano, las normas escritas promulgadas por los legisladores tienen primacía como fuente, las cuales deben aplicarse en un orden jerárquico donde la Constitución se encuentra en la cúspide y las demás normas (leyes, actos administrativos, etc.) han de sujetarse a los principios de la Carta superior. Los jueces, se dice, aplican las normas a casos concretos, pero no tienen la autoridad para “decir” derecho ni modificar el derecho escrito.

Por su parte, en el *common law*, que predomina en los países anglosajones, las reglas jurídicas se originan en las soluciones que dan los jueces al resolver las controversias, que se aplicarán como precedentes a casos futuros que exhiban hechos similares, de manera que los magistrados tienen la autoridad para crear derecho con carácter vinculante.

Así las cosas, el método de aproximación al derecho en los sistemas de *common law* es en forma preponderante el estudio y comprensión de las decisiones judiciales para extraer de ellas las reglas que paulatinamente han construido el ordenamiento jurídico (*case law*). Los textos legales y las opiniones de los juristas son entonces criterios complementarios que orientan los estudios legales, pero el derecho es creado por los magistrados.

El célebre “método del caso”, utilizado de manera extendida en las escuelas de leyes anglosajonas aún hoy día, ha impuesto una forma muy peculiar de enseñar el derecho en general y el derecho de los negocios en particular, a partir del estudio de los precedentes judiciales por encima de los principios legales de carácter más general. Desde 1870, con los planteamientos del académico Christopher Langdell de la Universidad de Harvard, los estudiantes y futuros juristas deben acudir a los casos decididos por las cortes como fuente primaria para aprehender las reglas de derecho por encima de normas escritas y libros de texto que juegan un rol secundario (Landman, 1927, pp. 139-160).

Mientras tanto, en el *civil law* el conocimiento del sistema jurídico y su enseñanza se apoya principalmente en los textos legales como fuente formal primaria y se sirve de la literatura jurídica que contribuye a interpretar y sistematizar los principios que nutren el ordenamiento. En las lecciones, tradicionalmente magistrales, los catedráticos exponen los temas de manera ordenada y progresiva con sus desarrollos conceptuales -de lo general a lo particular- con menciones solo tangenciales a las sentencias judiciales². Esto parecería indicar, a primera vista, que en los sistemas de derecho civil, como el colombiano y el peruano, la experticia del abogado equivale necesariamente al conocimiento de las fuentes formales, especialmente las leyes escritas, relegando la doctrina y la jurisprudencia a un papel secundario, simplemente auxiliar.

Podemos ilustrar cómo que el derecho anglosajón y el derecho continental tienen enfoques distintos para analizar los fenómenos jurídicos. He aquí dos ejemplos del derecho de los negocios.

En el campo de la interpretación contractual, el objetivo de los jueces y de los abogados en ambos sistemas es conocer la intención de las partes. El *common law* emplea como criterio fundamental la *parol evidence rule*, también conocida como *four corners of the contract rule* para significar que esa intención debe indagarse exclusivamente en el texto contractual para excluir cualquier manifestación de las partes realizada en forma oral o escrita previamente o luego de su suscripción y que contradiga o ponga en duda el contenido del documento. Sólo bajo circunstancias excepcionales podrá admitirse algún elemento ajeno al texto del contrato³.

En cambio, la ley colombiana, como parte del “derecho civil”, ha adoptado reglas de interpretación de los contratos que siguen lineamientos claramente distintos. El criterio rector es el de la intencionalidad, puesto que debe buscarse en primer lugar desentrañar la intención de las partes más allá de lo literal de las palabras.

En auxilio a la función hermenéutica acude el principio de especificidad, en virtud del cual la labor de interpretación debe circunscribirse al contenido del negocio jurídico en cuestión. Otras reglas son la del efecto útil, que prefiere darle efecto a las estipulaciones del contrato a no dárselo, la que se funda en la naturaleza propia del negocio, la de interpretación sistemática y no aislada de las

2 Véase también Weaver (1991) y Garner (2000). El método del caso se popularizó también para la enseñanza universitaria en el Harvard Business School en el siglo XX. Véase Toller (2006).

3 La Sección 2-202 del Uniform Commercial Code dispone: “Final Written Expression: Parol or Extrinsic Evidence. Terms with respect to which the confirmatory memoranda of the parties agree or which are otherwise set forth in a writing intended by the parties as a final expression of their agreement with respect to such terms as are included therein may not be contradicted by evidence of any prior agreement or of a contemporaneous oral agreement but may be explained or supplemented” (Uniform Commercial Code, s.f., Sección 2-202). Véase también al respecto de Rowley (1999).

cláusulas, la que revisa la conducta práctica de las partes y, finalmente, la interpretación de las cláusulas ambiguas en favor del deudor y en contra de quien redactó y extendió la cláusula (contra proferentem) (Código Civil [C.C.], 1887, arts. 1618-1624)⁴.

El segundo ejemplo se refiere a la fuerza mayor como eximente en la responsabilidad civil contractual. Al principio *pacta sunt servanda* se opone el enunciado como *ad impossibilia nemo tenetur*, en virtud del cual "nadie está obligado a lo imposible" que inspira la solución en el derecho colombiano. Por un lado, frente a la causa extraña que impide al deudor cumplir con su prestación, la ley provee una definición de lo que es la fuerza mayor o caso fortuito que, si bien resulta incompleta, provee un marco en el cual, caso por caso, el juez determinará si un evento constituye o no fuerza mayor (C.C., 1887, art. 64)⁵. En este contexto, el juez apreciará los hechos para determinar si en efecto el evento invocado es imprevisto, irresistible y ajeno al deudor. El rol del juez al aplicar los conceptos legales de fuerza mayor y caso fortuito resulta trascendental, máxime cuando la Corte Suprema se pronuncia sobre ellos en varias oportunidades adjudicando un sentido uniforme, creando doctrina probable, como se explicará más adelante.

En cambio, en el common law no existe, como tal, el principio de la fuerza mayor como causal que exonera de responsabilidad ni hay una norma que la defina. En este sistema las partes pueden quedar liberadas de sus obligaciones por el advenimiento de circunstancias imprevistas, pero estas reglas se han forjado mediante precedentes judiciales que desarrollaron los conceptos de "*frustration of purpose*" y "*commercial impracticability*" que no se identifican de manera precisa con la fuerza mayor y el caso fortuito, pero que permiten arribar a conclusiones similares. En el derecho anglosajón, la posibilidad de invocar la fuerza mayor solo proviene de un pacto expreso que se incorpora al contrato, puesto que, se reitera, no hay un principio general que así lo disponga (Castro, 2015).

Con todo, explicar de manera binaria la distinción entre las dos familias jurídicas (i.e. método deductivo vs. inductivo; derecho escrito vs. derecho consuetudinario de creación judicial) constituye una simplificación antitécnica⁶. Si bien

4 Véase al respecto: Jaramillo (2016).

5 Artículo 64 del Código Civil: "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc" (C.C., 1887, art. 64). Por su parte, el artículo 1604 prevé que el deudor no es responsable de caso fortuito y el 1616 complementa los efectos de la causa extraña al prescribir que la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios (C.C., 1887).

6 En esa dirección, Merryman y Pérez-Perdomo (2019) enfatizan en que estos sistemas -que más bien denominan tradiciones jurídicas- no tienen que ver tanto con el conjunto de reglas específicas que rigen sobre contratos, delitos, etc., sino se refieren en realidad a las actitudes profundamente arraigadas e históricamente condicionadas sobre el rol del derecho en la sociedad, con la organización y operatividad del sistema, sobre la manera como debe crearse,

persisten diferencias muy profundas en esas dos miradas de lo que es y significa el derecho, la cuestión debe ser objeto de un análisis más matizado puesto en los países anglosajones se ha presentado un aumento exponencial del derecho escrito, de leyes y “*statutes*”⁷ y la consolidación de principios a través de los “*Restatements*”. A su turno, es notable el poder incremental que los jueces han ganado en los sistemas de derecho civil o continental⁸.

En línea con las distinciones mencionadas, la investigación jurídica en los sistemas del *common law* debería hacer énfasis en la profundización de las reglas extraídas por los jueces en la decisión de las controversias, mientras que la investigación en los países del *civil law* debería concentrarse en precisar los conceptos y los principios clave del sistema jurídico, con primacía del derecho positivo. Sin embargo, como veremos, hoy día la investigación jurisprudencial constituye en estos últimos una herramienta poderosa para acercar las problemáticas sociales a la práctica jurídica, así como para robustecer el conocimiento de las reglas de derecho y su interpretación reconociendo el rol trascendental que cumplen los jueces en la sociedad como encargados de impartir justicia (López, 2006).

Las reflexiones que preceden confirman que la jurisprudencia se aprecia con una intensidad diferencial en el sistema de fuentes formales dependiendo de si se trata de precedentes (*common law*) o aplicación de principios legales (*civil law*), pero en ambos casos el trabajo analítico de los jueces otorga mayor certeza y predictibilidad al sistema jurídico.⁹

La Doctrina Probable

En Colombia, el artículo 230 de la Constitución Política dispone:

Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios au-

aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse. Es decir, la tradición legal sitúa al sistema legal en perspectiva cultural.

- 7 Por ejemplo, el Código de Comercio Uniforme (UCC por sus siglas en inglés) (Uniform Commercial Code (s.f.).
- 8 También es del caso señalar que en la actualidad los sistemas de enseñanza e investigación del derecho continental han evolucionado para incorporar metodologías activas que van mucho más allá del conocimiento de los textos legales para estudiar la jurisprudencia como una fuente valiosa de información jurídica.
- 9 Los negocios internacionales constituyen un escenario ideal para comprender cómo los dos sistemas entran en contacto e interactúan creando interesantes contrastes, encuentros y desencuentros. El arbitraje internacional, los instrumentos de armonización como la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG) (Organización de las Naciones Unidas, 1980) y Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 2016), son manifestaciones del contacto permanente de los dos sistemas y la necesidad de su coexistencia pacífica para el desarrollo armonioso de los contratos entre empresarios de diferentes jurisdicciones.

xiliares de la actividad judicial. (Constitución Política de la República de Colombia, 1991, art. 230)

Esta norma, que se refiere al deber de los jueces de basarse en el derecho escrito para la toma de sus decisiones, sitúa la ley en el lugar privilegiado que le corresponde en los sistemas de derecho continental de suerte que la jurisprudencia conserva un carácter subordinado.

No obstante, las prácticas jurídicas en Colombia evidencian el peso que tiene la jurisprudencia hoy día en el ordenamiento jurídico colombiano. Pero, como se verá, esta tendencia no es de creación reciente. A este respecto, desde finales del siglo XIX, existe en Colombia una norma que sigue hoy día en vigor. Se trata del artículo 4º de la Ley 169 de 1896 que consagró la figura de la doctrina probable en los siguientes términos:

Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable y los jueces podrán aplicarlas en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores. (Congreso de la República de Colombia, 1896, art. 4)

Con todo, en el siglo XX la jurisprudencia colombiana continuaba siendo un criterio auxiliar de interpretación del derecho. Esta antigua norma recibió un segundo aire bajo la Constitución Política de 1991: mediante la sentencia C-836 de 2001, la Corte Constitucional declaró ajustada a la Carta la disposición transcrita y declaró que, en aras de la seguridad jurídica, la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia debe ser acatada por ella misma y por los jueces inferiores pertenecientes a la jurisdicción ordinaria¹⁰ en lo que tiene que ver con la argumentación jurídica o *ratio decidendi*. Al apartarse de la doctrina probable dictada por la Corte, esta y los jueces están obligados a exponer clara y razonadamente los fundamentos jurídicos que justifican su decisión (Corte Constitucional, 2001a).

En fallos más recientes, la Corte Constitucional ha elevado a la categoría de precedente judicial predicable de las Altas Cortes (no sólo la Corte Suprema de Justicia) “la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo” (Corte Constitucional, 2017, PRECEDENTE JUDICIAL-Definición).

Sobre la diferencia entre doctrina probable y el precedente judicial se ha afirmado que

[...] son dos vías distintas para darle fortaleza a la decisión judicial y con ello contribuir a la seguridad jurídica y al respeto por el principio de igualdad. Mientras

10 Civil y comercial, penal y laboral.

la doctrina probable establece una regla de interpretación de las normas vigentes, que afecta la parte considerativa de la decisión judicial, el precedente judicial establece reglas sobre la aplicación de las normas en casos precisos, afecta por lo tanto aquellos casos cuyos hechos se subsuman en la hipótesis y están dirigidos a la parte resolutive de la decisión. (Corte Constitucional, 2015, 3.10.5.)

En fin, en Colombia la doctrina probable no es ni precedente ni criterio auxiliar. Es una interpretación autorizada de leyes vigentes, autorizada por la propia ley, que los jueces siempre deben considerar y de la que, excepcionalmente, pueden apartarse (Lozada, 2018). Dicha doctrina se mantiene para tres o más decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia sobre un mismo punto de derecho y tiene como función unificar la interpretación de la ley¹¹.

A lo anterior debe añadirse que, en la tradición colombiana, de acuerdo con el artículo 17 del Código Civil, vigente desde 1887, las sentencias tienen un efecto relativo circunscrito a la controversia que se resuelve mediante ellas y solo son vinculantes *inter partes*:

Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria. (CC, 1887, art. 17)

Sin embargo, bajo la Carta Política de 1991, mediante la sentencia C-461 de 2013, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del artículo 17, “bajo el entendido de que no impide la existencia de efectos *erga omnes* y extensivos en las sentencias que deciden las acciones constitucionales” (Corte Constitucional, 2013, Conclusión), algunas de las cuales pueden referirse a temas de derecho empresarial.

Todo lo expuesto demuestra la importancia de la jurisprudencia como una fuente pertinente y valiosa en Colombia para los investigadores en el campo del derecho empresarial, puesto que les permite conocer de primera mano los problemas jurídicos que en el día a día afrontan los empresarios y la manera como los jueces abordan, analizan y deciden esas controversias¹².

11 Véase, por ejemplo, la doctrina probable en la jurisprudencia civil colombiana (Corte Suprema de Justicia, s.f.). El artículo 4o de la Ley 169 de 1896 fue derogado por el artículo 92 de la Ley 2430 de 2024, promulgada cuando este escrito se encontraba en proceso editorial. En todo caso, las reflexiones sobre la relevancia de la jurisprudencia reiterada de las Altas Cortes, continúan vigentes en Colombia.

12 Para mejor comprensión de esta problemática en Colombia, la Corte Constitucional ha declarado que la *ratio decidendi* de las sentencias proferidas por ella tiene fuerza y valor de precedente para todos los jueces en sus decisiones por lo que puede ser considerada una fuente de derecho que integra la norma constitucional y forma el denominado “bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional, 2001b).

El Análisis de Jurisprudencia y las Líneas Jurisprudenciales. Estudio de Caso: La Responsabilidad Civil en Colombia

En esta sección, con base en mi propia experiencia como docente e investigadora en el derecho empresarial colombiano, presentaré una propuesta metodológica para utilizar el análisis de la jurisprudencia como herramienta de investigación en este campo, que es el propósito central de este trabajo.

Para ello, mostraré cómo las reglas de la responsabilidad civil, que se hallan consagradas en el Código Civil que tiene más de 135 años en vigor y que fue el primer Código de esta materia que acogió la República de Colombia, han sido interpretadas por la Sala Civil de la Corte Suprema de manera progresiva para salir al paso de nuevas realidades del siglo XX y XXI, como lo son (a) la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por hechos de sus dependientes, y (b) la multiplicación de daños como consecuencia de la industrialización y los avances de la tecnología, mediante las denominadas ‘actividades peligrosas’.

La Responsabilidad Civil Extracontractual de las Personas Jurídicas

La evolución de la jurisprudencia en torno a la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas por hechos de sus dependientes es uno de los mejores ejemplos de cómo las decisiones de los jueces marcan la trayectoria de las instituciones jurídicas, incluso cuando no hay cambios normativos formales.

Un estudio dedicado al análisis de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia, realizado con estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, identificó y analizó un acervo documental entre 1896 y 2016, es decir 120 años de jurisprudencia, en el cual se seleccionaron treinta y nueve fallos relevantes (Castro de Cifuentes, et al., 2019).

El trabajo siguió el recorrido de las posturas de la Sala Civil partiendo de pocas normas existentes en el Código Civil¹³ y rastreó las distintas tesis que se han elaborado al respecto: (a) la responsabilidad indirecta de las personas jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado, la transición de la responsabilidad por las fallas del servicio en las personas jurídicas de derecho público a las discusiones propiamente referidas a los entes de derecho privado; (b) la teoría organicista como tesis de responsabilidad directa moderada de las personas jurídicas; (c) la tesis actual de responsabilidad directa que inició con la sentencia hito del año 1962, según la cual los entes morales deben reparar los perjuicios causados por sus empleados o dependientes que se encuentran en ejercicio de sus funciones. Esta tesis se amplió incluso a los casos en los que los dependientes incurren en conductas ilícitas que causan daños a terceros si

13 Artículos 2341, 2347, 2348 y 2349 (C.C., 1887).

ellas ocurren “con ocasión de” las funciones encomendadas. La tesis de la responsabilidad directa se mantiene, pero la jurisprudencia ha introducido nuevos conceptos como la responsabilidad corporativa para casos especiales.

Las Actividades Peligrosas y su Guardián

La “actividad peligrosa” es una categoría que surgió de la interpretación de una vieja norma del Código Civil colombiano que reza lo siguiente:

Art. 2356: Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación:

1. El que dispara imprudentemente una arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
3. El que obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino. (C.C., 1887, art. 2356)

Aunque la norma no incluye la expresión “actividad peligrosa”, ha sido el fundamento de un régimen especial que ha dado lugar a una larga línea de decisiones con incesantes debates en la jurisprudencia, hasta la actualidad.

El siglo XX se caracterizó por progresos tecnológicos sin precedentes, reflejo de una sociedad mayoritariamente urbana en proceso de industrialización. Los automóviles, los ferrocarriles, las aeronaves, la construcción de vías públicas, viviendas y complejos comerciales, y el uso de la energía eléctrica, para citar unos ejemplos, representaron avances importantes para los hombres y mujeres que podían tener al alcance mayores comodidades y realizar sus actividades cotidianas con eficiencia.

A este nuevo estado de cosas, siguió la producción de daños también sin precedentes por su naturaleza y magnitud. Accidentes de tránsito, incendios generados por cortos circuitos, lesiones y muerte causados a personas por construcciones en progreso, por ejemplo, debían encontrar en el sistema jurídico una respuesta para la reparación integral de esta nueva generación de daños. Esta realidad dio origen a una alta litigiosidad en que las víctimas buscaban las indemnizaciones correspondientes, pero las categorías jurídicas tradicionales eran insuficientes.

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a partir del año 1938, profirió un número importante de fallos en los que desarrolló un régimen especial sobre actividades peligrosas, que pueden definirse de la siguiente manera:

Son actividades lícitas;

Son, en sí mismas, creadoras de riesgos, por lo cual tienen un potencial mayor que otras actividades para causar daños a terceros, en su persona o en sus bienes;

Son desplegadas con el empleo de cosas, instrumentos, sustancias o fuerzas de las cuales quien las realiza no tiene absoluto control;

Debido a sus características, su desarrollo exige especial precaución y cuidado, y

Colocan a los terceros en una posición de inferioridad o indefensión frente a quien las despliega, generando desequilibrio en las relaciones de convivencia (Castro, 2017).

La jurisprudencia empezó a perfilar este subsistema de las actividades peligrosas en el que, para favorecer a la víctima, se modificó la regla conocida como *onus probandi incumbit actori*: la carga de la prueba que corresponde al demandante. Bajo el régimen tradicional, la víctima debe probar (a) el perjuicio, (b) la conducta dolosa o culposa del agresor, y (c) el vínculo de causalidad entre el perjuicio y la conducta realizada con dolo o culpa. Desde 1938, la Sala Civil de la Corte Suprema entendió que el artículo 2356 del Código Civil incorpora una presunción de culpa del demandado, por lo que la víctima se excusaba de probar el elemento subjetivo de la responsabilidad. A su vez, se invirtió la carga de la prueba de suerte que el demandado, para exonerarse, debe demostrar causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima) para fracturar el nexo causal entre su conducta y el daño, pero no se le admite prueba de su propia diligencia y prudencia (Castro, 2017).

Al lado de esta importante evolución, surgieron importantes debates sobre el factor de atribución (riesgo creado en lugar de la culpa) y sobre a quién debe considerarse el presunto responsable, para consagrar jurisprudencialmente la noción de “guardián” de la actividad peligrosa. Por guardián se entiende la persona natural o jurídica que tiene el poder efectivo de uso, control o aprovechamiento del artefacto o del elemento con el que se realice la actividad, que es útil para determinar quién es el obligado a indemnizar (Castro, 2017).

En época más reciente, varios fallos de la Corte han considerado que no hay culpa presunta en las actividades peligrosas, sino que la responsabilidad es objetiva, por lo cual se prescinde del elemento culpa. Esta postura ha provocado fuertes reacciones que han llevado de nuevo al sistema de responsabilidad presunta y de esta a la objetiva, que es la que se aplica hoy, pero nada impide regresar a esos debates en el futuro. Sin embargo, estas discusiones no han puesto en duda la noción y el régimen del guardián, desarrollado desde los años 70 del siglo pasado (Castro, 2017)¹⁴.

14 En el estudio jurisprudencial realizado en 2017 sobre el guardián de la actividad peligrosa con

El Método. Análisis y Líneas Jurisprudenciales

Los dos estudios reseñados ilustran cómo seguir el rastro de las decisiones jurisprudenciales en cuestiones de la mayor importancia en la responsabilidad civil, como disciplina integrante del derecho de los negocios, es vital para la comprensión no solo de sus preguntas medulares, sino de las reglas aplicables a las controversias que, en concreto, surgen en el ejercicio del derecho de los negocios.

Para este tipo de investigación, deben surtirse varias etapas:

- Identificación de un tema problemático. Estos temas son usualmente mencionados por la doctrina en los debates teóricos, por lo cual debe hacerse una pesquisa previa de la literatura jurídica relevante. Por supuesto, es muy importante tener un alto interés personal, académico y/o profesional en el campo y estar familiarizado con los debates correspondientes para delimitar correctamente el tema.
- Selección del material jurisprudencial relevante en las gacetas oficiales o bases de datos. En dicha selección debe tenerse presente el período a examinar que debería abarcar un intervalo significativo de años en los que haya sentencias suficientes que muestren alguna evolución con debates que ameriten el análisis y la construcción de una línea.
- Lectura del material.
- Análisis de cada fallo en fichas diseñadas para el efecto. La ficha no es un simple resumen de la sentencia, sino un documento que extracta de manera analítica sus aspectos relevantes. En estas fichas debe registrarse la información básica del fallo con todos sus datos identificadores, en los campos siguientes:
 - (a) Corporación que emite la sentencia, fecha, radicación o número de expediente, fuente o base de datos para consulta del documento completo;
 - (b) Temas tratados en la sentencia en forma de descriptores;
 - (c) Hechos relevantes que dieron lugar a la controversia, presentados de manera breve. El último hecho debe responder la siguiente pregunta ¿quién demandó a quién y qué pretende? Esto permite delimitar adecuadamente el litigio;
 - (d) Problema jurídico: es la pregunta formulada en abstracto que contiene el punto problemático debatido en el proceso y tratado en la sentencia y que refleja los hechos relevantes del caso. Puede formularse para responder sí o no;
 - (e) Consideraciones de la Corte o Tribunal: es la argumentación de la autoridad judicial para responder el problema jurídico presentada en forma breve;
 - (f) Norma(s) específica(s) que se analiza(n) o que sirven de sustento para la motivación de la sentencia;

motivo de los 130 años de la Gaceta Judicial, se incluyeron 64 sentencias relevantes, fechadas entre 1938 y 2015 (Castro, 2017).

- (g) Decisión: ¿prosperan o fracasan las pretensiones? ¿se casa la sentencia?,
- (h) Regla jurídica aplicable: es la respuesta de la Corte o Tribunal a la pregunta que formuló como problema jurídico, es decir, debe ser congruente con este;
- (i) Jurisprudencia citada: son las decisiones citadas en el fallo como apoyo a la argumentación. Esta lista es la base para construir líneas jurisprudenciales;
- (j) Observaciones: campo que puede recoger comentarios sobre cambios en la jurisprudencia, salvamentos de voto, temas procesales y reflexiones éticas, entre otros.

Luego de realizar el trabajo analítico, si se identifican múltiples sentencias relevantes sobre un mismo tema y que contengan debates importantes, puede construirse una línea jurisprudencial y de allí dar el paso a la escritura un ensayo académico que contextualice los hallazgos de manera crítica y no simplemente descriptiva. Es posible emplear en forma exclusiva las sentencias como fuentes primarias, pero también puede hacerse un estudio doctrinal más amplio e incluso el resultado puede ser un trabajo de derecho comparado si se tiene acceso a la jurisprudencia pertinente.

Por último, me permito formular algunas recomendaciones prácticas para la realización de este tipo de investigaciones en el campo del derecho empresarial:

- 1° Verificar previamente y en la mayor medida posible la existencia de información suficiente y confiable como insumos de la investigación jurisprudencial;
- 2° Definir una metodología para recolección y selección de información;
- 3° Escoger un tema pertinente en el contexto académico que tenga repercusiones en la realidad empresarial;
- 4° En lo posible, el tema debe tener proyección para desarrollos posteriores a mayor profundidad en artículos, libros, conferencias, etc. con una visión analítica y propositiva más allá del inventario descriptivo;
- 5° En lo posible, realizar la investigación con trabajo en equipo. Los estudiantes disfrutan aprender derecho con los casos reales de la mano de un mentor y pueden entrenarse muy bien en la tarea de analizar jurisprudencia. Esta es una competencia muy relevante para la vida académica en las facultades de derecho y para el ejercicio profesional.

Conclusiones

Dada la significación de los precedentes en el *common law*, los abogados en los países anglosajones están habituados a estudiar e investigar el derecho a partir de los fallos judiciales con el auge del método del caso a finales del siglo XIX.

En los sistemas de derecho civil continental como Perú y Colombia, el derecho escrito y positivizado es la fuente jurídica por excelencia y a ella debe acudir para examinar los conceptos y deducir los principios de derecho que guían la actividad económica de los sujetos privados. Pero hoy día, más allá de esta tradición, han ganado protagonismo los jueces y sus decisiones alrededor del derecho de los negocios, cuyo conocimiento permite a los estudiantes, los juristas y los académicos ver con mayor claridad cuáles son los conflictos que se suscitan en el mundo real y cómo las decisiones jurisprudenciales se convierten en una fuente de estudio muy provechosa.

El derecho empresarial requiere herramientas de investigación para su estudio y comprensión en profundidad. En este trabajo he planteado que el análisis de los fallos judiciales y arbitrales, así como la elaboración de líneas jurisprudenciales con carácter crítico y propositivo, es una herramienta idónea para fortalecer el conocimiento del derecho de los negocios.

En el caso colombiano, las sentencias reiteradas de la Corte Suprema de Justicia constituyen “doctrina probable” y son en efecto criterios que, además de desatar controversias puntuales entre los litigantes, sin constituir precedentes en estricto sentido, proveen reglas jurídicas que son vinculantes para casos similares que se debatan con posterioridad.

Estas investigaciones han sido empleadas en Colombia para el derecho empresarial, como lo evidencian los casos presentados en el presente capítulo a título ilustrativo, relativos a la responsabilidad civil. El empleo del método propuesto incorpora fases de pesquisa, selección, lectura y análisis con el empleo de fichas que contienen campos para recoger los datos de la sentencia. Pero lo más valioso es la identificación de los problemas jurídicos y cómo los tribunales los abordan y resuelven con apoyo en las fuentes normativas, con citación de fallos relevantes que permiten construir líneas jurisprudenciales. Estas son el insumo fundamental de productos académicos más elaborados para construir otros productos, especialmente ponencias, artículos y libros que muestran la evolución de las instituciones propias del derecho de la empresa.

Ya se encuentran disponibles herramientas de inteligencia artificial que pueden facilitar estos ejercicios, como es el caso de Humata, y con seguridad habrá aplicativos más robustos en el futuro. Sin embargo, la lectura juiciosa y el análisis del experto son y serán siempre elementos insustituibles para una buena investigación jurisprudencial. Esta, a su vez, se constituye como una herramienta muy valiosa y con enorme proyección para los estudiosos del derecho empresarial.

Tabla 1
Ejemplo de ficha jurisprudencial analítica – Sentencia Corte Suprema de Justicia

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional
Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y magistrado ponente:
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- Sala de Casación Civil. • Número de sentencia o radicación: Expediente No. 5993 • Fecha: trece (13) de agosto de dos mil uno (2001) • Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo • Gaceta Judicial o Base de datos: https://cortesuprema.gov.co/sala-civil-relatoria/
Tema:
Responsabilidad civil extracontractual -Vínculo causal
Subtema (s):
Responsabilidad por actividades peligrosas.
Hechos relevantes
<p>El señor José Alejandro Arango Vélez, según los términos de la escritura pública N° 847 del 20 de marzo de 1992, era usufructuario de la finca denominada “Oro Negro”, ubicada en jurisdicción del municipio de Barrancabermeja.</p> <p>La finca en mención sufrió graves perjuicios por contaminación con hidrocarburos en razón de la explotación petrolera realizada por ECOPETROL, lo que impidió que el demandante pudiera desarrollar un cultivo de arroz de cien hectáreas. Además, como consecuencia de la intoxicación por los desechos de los hidrocarburos, se produjo la muerte de 77 cabezas de ganado entre el 10 de abril y el 10 de agosto de 1992.</p> <p>Jose Alejandro Arango Vélez pide se declare responsable a Empresa Colombiana de Petróleos “ECOPETROL” por el daño inferido en las tierras y ganados de la hacienda “Oro Negro” y que se le condene a pagar el daño emergente y el lucro cesante, con los correspondientes intereses.</p> <p>En primera instancia, el Juez del circuito de Barrancabermeja negó las pretensiones de la demanda. Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Bucaramanga revocó el fallo y ordenó pagar la indemnización con corrección monetaria.</p>

Problema (s) jurídico (s):
¿Una empresa petrolera es civilmente responsable de los daños ocasionados a predios vecinos por la conducción de hidrocarburos? ¿Es esta una actividad peligrosa?
Consideraciones de la Corte:
<p>“El transporte y la conducción de petróleo, considerada –no sin razón- como peligrosa, por el riesgo inherente a la naturaleza misma de las sustancias y la potencialidad para dañar que se les reconoce con independencia de las precauciones que se adopten en el desarrollo del proceso de producción y consumo todo sin perjuicio, claro está, de la exitosa alegación de la presencia –o concurrencia- de una típica causa extraña llamada a interrumpir el nexo causal y, por contera, a impedir que se materialice una condena de carácter pecuniario, según el caso, por ausencia jurídica de responsabilidad”.</p> <p>“El artículo 2356 del Código Civil impone de manera especial la obligación de reparar el daño por quien asume el riesgo de ejercitar una específica y calificada conducta o de manipular bienes que, per se, involucran un riesgo que el común de las personas no debe soportar.”</p> <p>En este orden y dada la peligrosidad mencionada, es preciso que el demandante demuestre que la causa directa del percance refiere al hecho adelantado por el demandado, así como el nexo causal ente el hecho y el daño, descartando, otras causas que pudieran mermar o extinguir la responsabilidad del mismo.</p> <p>Para el presente caso, se demostró que la pérdida de ganado se ocasionó directamente por la ingesta de hidrocarburos.</p>
Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:
Arts. 2341, 2342 y 2356 del Código Civil
Decisión:
En mérito de lo expuesto, la Corte suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil CASA la sentencia del 11 de diciembre de 1995, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Civil, en el proceso ordinario promovido por Jose Alejandro Arango Vélez contra la Empresa Colombiana de Petróleos- “ECOPETROL”.
Regla jurídica aplicable:
Si. La conducción de petróleo es una actividad peligrosa y quien causa daño con ella debe indemnizar perjuicios. En lo que concierne a la responsabilidad civil extracontractual por estas actividades, para exonerarse el demandado debe romper el nexo causal probando una causa extraña.
Jurisprudencia citada:

Cas. civ. de 25 de octubre de 1999; exp: 5012
Observaciones:
La Corte casó la sentencia y dictó fallo sustitutivo en el que condenó a la demandada al pago de perjuicios por la muerte y afectación del ganado como había decidido el Tribunal. Sin embargo, la Corte acogió el argumento del recurrente: el Tribunal de 2ª instancia ordenó corrección monetaria que no había sido solicitada en la demanda y así violó el principio de congruencia de las sentencias establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil vigente entonces.
Diligenciado por:
Fecha:

Fuente: Elaboración propia

Tabla 2
Ejemplo de ficha jurisprudencial analítica Laudo arbitral

Formato de Análisis de Jurisprudencia Nacional
Corporación, número de sentencia o radicación, fecha y árbitros ponentes:
<ul style="list-style-type: none"> • Corporación: Tribunal de Arbitramento de Lloreda S.A. contra Segurexpo de Colombia S.A. • Número de sentencia o radicación: • Fecha: 24 de febrero de 2005 • Arbitro: Hernando Tapias Rocha, Antonio De Irisarri, Jose Pablo Navas. • Base de datos: Multilegis - Laudos Arbitrales
Tema:
Contrato de Seguro
Subtema (s):
Carga de la prueba
Hechos relevantes:
<p>Lloreda S.A. tomó con Segurexpo de Colombia S.A. un seguro de crédito de exportación.</p> <p>Segurexpo aprobó como deudor a la sociedad Arrocerá Maracaibo S.A. La deuda de la sociedad Arrocerá Maracaibo S.A. sobrepasaba los dos millones de dólares que era el cupo otorgado.</p> <p>Segurexpo de Colombia S.A. dejó de pagar el siniestro por el incumplimiento de la sociedad Arrocerá Maracaibo S.A.</p> <p>Lloreda S.A. presentó reclamación ante la aseguradora quien la objetó.</p> <p>Lloreda S.A. inició proceso arbitral en contra de la aseguradora solicitando la correspondiente indemnización.</p>

Problema (s) jurídico (s):
¿Puede el asegurador indicar al asegurado cómo debe probar el siniestro y cuándo debe hacerlo?
Consideraciones del Tribunal:
<p>La obligación del asegurador es de condición suspensiva ya que es necesario que ocurra la condición acordada, que es el siniestro.</p> <p>Hay dos tipos de seguros: el seguro de daños y el de personas. El de daños se subdivide en seguros patrimoniales y reales. Los reales son los que están relacionados con las pérdidas de bienes muebles o inmuebles, el conjunto de bienes que integran el patrimonio de una persona. El de personas es el que está dirigido a proteger su integridad corporal, salud y vida.</p> <p>Los seguros de daños están regidos por el principio indemnizatorio, tiene la finalidad de reparar la pérdida o daño que pueda sufrir el asegurado sin que éste se enriquezca. El asegurador tiene la obligación, una vez ocurrido el siniestro, de pagar la indemnización debida de acuerdo con el contrato.</p> <p>La reclamación es la petición que hace el asegurado con el objetivo de obtener la prestación asegurada, que puede hacerse judicial o extrajudicialmente. El asegurado tiene la obligación de probar la ocurrencia del siniestro y en el seguro de daño es necesario también probar el valor de la pérdida. Demostrados los dos elementos la aseguradora pasa a pagar el siniestro. Pero si esta prueba no es aportada el asegurador no tiene ninguna obligación. La aseguradora no puede imponer otros elementos de prueba diferentes al asegurado o beneficiario, ni tampoco decir cuándo y cómo deben probar.</p> <p>Si no se demuestran estos elementos la aseguradora no tiene ninguna obligación. Pero al momento en que se demuestre el siniestro y el valor de los daños ocurridos, la aseguradora, si no objetó la reclamación, tiene un mes para pagar la indemnización del siniestro; de lo contrario, se generan intereses moratorios o los perjuicios que el retardo haya ocasionado al asegurado.</p>
Norma (s) específica (s) que se analiza (n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia:
Código de Comercio: artículos 1072, 1077, 1085, 1080, 1088, Código Civil: artículos 1542, 1494
Decisión:
Condena a Segurexpo de Colombia S.A. al pago del seguro de crédito de exportación.
Regla jurídica aplicable:
No, los requisitos exigidos para reclamar el seguro están establecidos por el Código de Comercio, a saber, el valor del daño y la ocurrencia del siniestro.

Jurisprudencia citada:
Corte Suprema de Justicia sentencia del 28 de junio de 1993 Corte Suprema de Justicia Sentencia 12 de junio de 1918, G. J. XXVI, página 356. Corte Suprema de Justicia Sentencia 15 de diciembre de 1938, G J. número 1943, páginas 403 y siguientes
Observaciones:
Diligenciado por: Fecha:

Fuente: Elaboración propia

REFERENCIAS

- Castro, M. (2015). Cómo afrontar lo inesperado. La fuerza mayor en la contratación internacional: ¿principio o cláusula? *Derecho PUCP*, (74), 441-484.
- Castro, M. (2017). El guardián de la actividad peligrosa: una solución jurisprudencial diseñada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia. En M. Castro de Sifuentes, *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana (1887-2017)* (pp. 125-161). Temis.
- Castro de Cifuentes, M., Figueredo, Y. F., Vargas, S. T. (2019). La evolución jurisprudencial de la responsabilidad civil extracontractual de las personas jurídicas en Colombia. *Anuario de Derecho Privado*, (1), 305-322.
https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/09-Castro-_Figueredo-_Vargas.pdf
- Código Civil colombiano [C.C.]. (1887). (15ª. ed.) Legis.
- Código General del Proceso colombiano [C.G.P.]. (2012). (14ª. ed.) Legis.
- Congreso de la República de Colombia. (1896), Ley 169 de 1896 Congreso de la República de Colombia.
- Constitución Política de la República de Colombia (1991).
- Corte Constitucional de Colombia. (9 de agosto de 2001a). Sentencia C- 836. [M.P: Escobar, R.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-836-01.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de noviembre de 2001b). Sentencia SU-1219. [M.P: Cepeda, M.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/SU1219-01.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. (17 de julio de 2013). Sentencia C-461 de 2013 [M.P. Pinilla, N.] <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-461-13.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (30 de septiembre de 2015). Sentencia C-621. [M.P: Pretelt, J.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (25 de mayo de 2017). Sentencia SU- 354. [M.P: Escruce, I.]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/SU354-17.htm>
- Corte Suprema de Justicia, (s.f.). Doctrina Probable: Civil. <https://cortesuprema.gov.co/corte/index.php/doctrina-probable-civil/>
- Garner, D. (2000). The Continuing Vitality of the Case Method in the Twenty-First Century. *B.Y.U Education and Law Journal*, 2000(2), 307- 345.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. (2016). Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.
- Jaramillo, C. (2016). *Principios rectores y reglas de interpretación de los contratos*. Universidad Javeriana; Università degli Studi di Perugia; Ibáñez.
- Landman, J. (1927). Anent the Case Method of Studying Law. *New York University Law Review*, 4(2), 139-160.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. (2^a ed.). Editorial Legis.
- Lozada, N. (11 de diciembre de 2018). La doctrina probable: ¿criterio auxiliar o legislación judicial? *Ámbito Jurídico*. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/la-doctrina-probable-criterio-auxiliar-o>

Merryman, J. y Pérez-Perdomo, R. (2019). *The civil law tradition*. (4^a ed.) Stanford University Press.

Organización de las Naciones Unidas. (1980). Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

Rowley, K. (1999). Contract Construction and Interpretation: from the Four Corners to Parol Evidence (and everything in between). *Mississippi Law Journal*, 69, 73- 344.

Uniform Commercial Code (s.f.). Uniform Commercial Code. <https://www.law.cornell.edu/ucc>

Toller, F. (2006). Orígenes históricos de la educación jurídica con el método del caso. *E. mail educativo*, 1(1), 13-31. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/email/article/view/1276>

Weaver, R. (1991). Langdell's legacy: living with the case method. *Vilanova Law Review*, 36(2), 517-596.

EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL EN COLOMBIA*

CASE LAW PRECEDENT ON INTERNATIONAL TAXATION IN COLOMBIA

Eleonora Lozano Rodríguez¹

Resumen

El capítulo presenta los más recientes desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de tributación internacional y sus grandes temáticas (*soft law* de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, doble imposición internacional, subcapitalización e intercambio de información tributaria), a partir de modelo de análisis de la jurisprudencia tributaria.

Palabras clave: Precedente jurisprudencial, tributación internacional, doble imposición internacional, *soft law*, subcapitalización, intercambio de información tributaria.

Abstract

This chapter presents the most recent precedent developments of the Constitutional Court in the field of international taxation and its major themes (soft law from the Organization for Economic Co-operation and Development, international double taxation, thin capitalization, and exchange of tax information), using a model of analysis of tax jurisprudence.

Keywords: Precedent, international taxation, international double taxation, soft law, thin capitalization, tax information exchange.

1 Abogada, economista y magíster en economía de la Universidad de los Andes. Doctora en Derecho de la Universidad de los Andes. Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.

* Agradezco enormemente el apoyo investigativo de los miembros del Semillero de Estudios Interdisciplinarios de la Tributación de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en especial, a mis exalumnos Santiago Archila y Simón Otalora. Un agradecimiento muy especial para David Orlando Niño Muñoz, profesional de proyectos académicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, por su decidido apoyo en la fase final de edición de este capítulo.

Introducción

A raíz de mis investigaciones sobre metodología jurídica, he tenido el honor de haber sido invitada en varias oportunidades por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y, en especial, a través de su Escuela de Posgrado, a compartir experiencias investigativas en el área de derecho empresarial.

En esta oportunidad junto con los colegas de la PUCP y otros miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes queremos ofrecer a la comunidad académica algunas de nuestras reflexiones y vivencias en esta temática, pues la mejor forma de aprender metodología es a través de la experimentación propia.

En diversas ocasiones compartí con los alumnos de la PUCP mis análisis jurisprudenciales de la tributación en Colombia, en esencia de aquella proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado. En esta obra colectiva he querido enfocarme en los más recientes desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en materia de tributación internacional y sus grandes temáticas (*soft law* de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, doble imposición internacional, subcapitalización e intercambio de información tributaria). En una primera parte abordaré la definición de un modelo de análisis de la jurisprudencia tributaria; y, en la segunda, lo aplicaré a las grandes tensiones de la tributación internacional.

La Definición de un Modelo de Análisis de la Jurisprudencia Tributaria

En la monografía de mi autoría “Justicia Tributaria” (2017) realicé una propuesta metodológica para el análisis jurisprudencial de fallos tributarios. Esta se construyó tomando en consideración elementos de las metodologías para el análisis del precedente jurisprudencial de Eduardo Álvarez-Correa (Álvarez-Correa, 1988, pp. 21-55), Jaime Giraldo Ángel y Oswaldo Giraldo López (Giraldo Ángel y Giraldo López, 2002, pp. 48-50), Diego López (López, 2009, pp. 140-168) y Eduardo Cifuentes Muñoz (Cifuentes Muñoz, 2009, pp. 8-10).

Para Álvarez-Correa, los casos jurídicos son aquellas situaciones de hecho en las cuales dos o más individuos se encuentran en desacuerdo respecto a sus derechos y obligaciones y para su análisis deben seguirse los siguientes elementos (Álvarez-Correa, 1988, pp. 21 y 22):

Los hechos. Un caso jurídico incluye un gran número de hechos, muchos de los cuales nada tienen que ver con el conflicto entre las partes. Por lo anterior es importante determinar los hechos pertinentes para la solución del caso, lo que depende de haberse dado cuenta de lo importante, mediante la técnica de la “calificación”. Calificar significa dar a un hecho un nombre jurídico,

es decir, “calificarlos” de jurídico². La previa calificación de los elementos (técnicamente denominados instituciones jurídicas) facilita la determinación del problema³.

El problema jurídico. Es el conflicto que los litigantes someten al juez para su solución. Representa, por lo tanto, un conflicto de intereses. El problema jurídico tiene tres características generales: encierra un juicio de valor⁴, contiene un elemento de conflicto y determina el proceso.

La mayor dificultad del análisis de casos es ubicar el problema jurídico por cuanto esto exige que se identifique el elemento sobre el cual las partes no están de acuerdo. Este es, por lo tanto, el “elemento de conflicto” y la razón verdadera de un litigio. Este siempre se redacta en el sentido de lo que debe hacer una de las dos partes (o de lo que puede hacer). La finalidad de la demanda es que el demandado haga o pague algo; por lo tanto, el problema jurídico va en ese sentido. Un problema mal plantado tiene como consecuencia una falsa solución, porque no corresponde al conflicto⁵.

La naturaleza del conflicto varía según el tipo de problema, que pueden clasificarse, según Álvarez-Correa, en tres categorías: 1. Conflicto sobre los hechos o problema fáctico. Recae sobre la existencia o la ausencia de un hecho pertinente. El problema fáctico puro y simple supone que las partes discuten la presencia o la ausencia de la institución jurídica y no su aplicación. Es fáctico o de hecho porque no se trata de interpretar una norma o de definir una institución jurídica; 2. Conflicto sobre los hechos o problema fáctico combinado con problema jurídico. No se trata de determinar la ausencia o presencia de un hecho sino, existiendo determinado hecho, se discute si este corresponde o no a una institución jurídica. La naturaleza del conflicto es la definición de la institución jurídica para el caso, lo cual implica elementos fácticos y jurídicos; 3. Conflicto sobre los efectos de las instituciones jurídicas o problema jurídico. El problema jurídico puro supone que los hechos no son objeto de discusión sino el sentido de la institución jurídica en cuanto a sus efectos. La solución de un problema jurídico puro requiere acudir a los principios

2 La solución de un caso requiere para Álvarez-Correa de dos etapas. En la primera se determina las instituciones jurídicas de conjunto, configurando el marco de referencia general del problema jurídico. En la segunda se determina la institución jurídica central, el elemento esencial crítico de conflicto. La serie de conjuntos establecidos en la primera etapa desciende a la extensión de su aplicación hasta el punto de conflicto y ese podrá encontrarse a cualquier nivel (1988, p. 52).

3 Por lo tanto, para Álvarez-Correa, “[u]na institución jurídica es un vocablo (forma) cuyo sentido (fondo) según el ordenamiento jurídico implica un efecto jurídico. Todo vocablo jurídico es una institución jurídica en ese sentido: delito, contrato, propiedad, posesión, capacidad, etc.” (1988, p. 36).

4 El problema jurídico es una confrontación de dos razones jurídicas y, de esta manera, existe un claro conflicto de valores e interpretaciones distintas de un mismo hecho. Aunado a lo anterior, el juez deberá escoger según su criterio de justicia y de valores. No existe una escala de valores, de esta manera, al escoger el juez una regla ética es porque considera la otra de menor importancia.

5 Para profundizar en la elaboración de problemas jurídicos, véase “Lección 5. Análisis de casos jurídicos: El problema jurídico” (Álvarez-Correa, 1998, pp. 23-25).

jurídicos, es decir, a las reglas de conducta, al deber ser del ordenamiento jurídico. El ordenamiento fija, entonces, principios para que sus efectos hagan justicia y pongan orden (Álvarez-Correa, 1988, pp. 53 y 54).

Los motivos. Son las razones por las cuales el juez (o el analista) fallaría a favor del demandante o del demandado. Éstas deben ser jurídicas y su exposición corresponde también a una técnica. El desarrollo de los motivos dependerá de lo que indique el orden jurídico aplicable⁶. Los motivos y los principios jurídicos se encuentran íntimamente relacionados por lo que antes de redactar los motivos, el jurista debe decidir cuáles principios rigen el caso y por qué, interrogante último que determina los motivos (Álvarez-Correa, 1988, p. 55).

La regla jurídica. Es el principio aplicado por el juez para resolver el caso. Es diferente de la noción de “principio jurídico” (general y abstracto, y aplicable a varios casos: “quien promete debe cumplir”). Es la aplicación de un principio a un caso en particular, es decir, demuestra cómo se aplica el principio al caso. Para Álvarez-Correa, “[...] al estudiar la jurisprudencia colombiana advertirá que los artículos de los códigos son aplicados por los jueces a los casos de distintas maneras, y cada una de esas maneras es una regla jurídica” (Álvarez-Correa, 1988, p. 28). La regla jurídica responde concretamente a la pregunta del problema jurídico, por cuanto indica los elementos del caso y fija la jurisprudencia⁷.

Muy en línea con el anterior planteamiento, Giraldo Ángel y Giraldo López (2002) proponen analizar la jurisprudencia siguiendo tres etapas: (a) Determinación del problema jurídico planteado; (b) Análisis estructural de las tesis sustentadas con relación al problema; y, (c) Crítica jurídica.

En relación con la definición del problema jurídico, consideran Giraldo Ángel y Giraldo López que está integrado por dos elementos: el aspecto jurídico considerado y los hechos que son relevantes para éste. El primero es el punto de derecho que se quiere dilucidar, el aspecto sobre el cual recae la controversia entre las partes, “[...]es la consecuencia, o la connotación jurídica, que el Derecho establece para unos hechos”. El segundo son los fenómenos jurídicos (no empíricos) para los cuales el ordenamiento jurídico prevé alguna consecuencia. Así las cosas, el hecho jurídico es de carácter abstracto, mientras que el empírico es de carácter concreto⁸ (2002, pp. 48-50).

6 Para profundizar se recomienda la lectura de “Lección 6. Análisis de casos jurídicos: los motivos y la regla jurídica” (Álvarez-Correa, 1988, p. 26).

7 “Son precisamente estas extensiones de los principios jurídicos las que explican el desarrollo de la jurisprudencia. En efecto, las decisiones de los tribunales (en un sistema moderno) [...] extienden las posibilidades de los principios jurídicos, frecuente y estrechamente concebidos en sus inicios” (Álvarez-Correa, 1988, p. 57).

8 Para Giraldo Ángel y Giraldo López, por ejemplo, la institución “bien mueble” es hecho jurídico, pero “carro” es hecho empírico (2002, pp. 48-50).

Las “tesis” son las respuestas dadas a los distintos problemas jurídicos planteados en una providencia⁹, y, para terminar, la “crítica jurídica” permite al analista asumir una posición crítica con relación al punto de derecho, para lo cual es necesario establecer cuáles son los hechos relevantes y probados para cada una de las partes y cuál es su connotación jurídica.

Por su parte, la propuesta metodológica de López (2009) se centra en la elaboración de “líneas jurisprudenciales”, es decir, en el análisis dinámico de los precedentes, método que para el autor reviste enormes ventajas en comparación con el estudio estático de sentencias, según es posible concluir del siguiente aparte de su obra:

La interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia y esto resulta crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial a todas las ramas del derecho [...]. La lectura de sentencias individuales, sin sentido de orientación o agrupación, puede llevar al analista a una dispersión radical, con la consecuente incompreensión de los mensajes normativos emanados del derecho judicial. La determinación de la subregla jurisprudencial solo será posible, entonces, si el intérprete construye, para cada línea, una teoría jurídica integral (una narración) de las interrelaciones de varios pronunciamientos judiciales relevantes.

Los problemas que esta exigencia plantea son variados: por una parte es necesario (1) acotar el patrón fáctico concreto (con el correlativo conflicto de intereses y derechos que le sea propio) que la jurisprudencia ha venido definiendo como “escenario constitucional” relevante; (2) identificar las sentencias más relevantes (que más adelante denominaremos “sentencias hito”) dentro de la línea jurisprudencial; (3) finalmente es necesario construir teorías estructurales (i. e. narraciones jurídicas sólidas y comprensivas) que permitan establecer la relación entre esos varios pronunciamientos jurisprudenciales. Esta última tarea es en propiedad la misión del jurista cuando analiza el derecho de los jueces [...].

El desenlace de la narración ha tratado de definir la existencia de un “balance constitucional”, esto es, de una doctrina jurisprudencial vigente más o menos definida que sirva como regla de conducta y estándar de crítica a la actividad de los jueces, funcionarios y litigantes interesados en aplicar el derecho jurisprudencial a casos futuros. Sin dicho trabajo de racionalización de la línea, el derecho moderno (tanto jurisprudencial como legislado) tendería, literalmente, a la incompreensibilidad (2009, p. 140).

De manera resumida, se considera relevante referirse a los siguientes conceptos que articulados nos llevan a comprender su teoría:

- Concepto de línea jurisprudencial. López entiende la línea jurisprudencial como una idea abstracta, que se puede dibujar en una gráfica¹⁰,

9 Para profundizar en su análisis se recomienda la lectura del capítulo 4, “La formulación del problema jurídico” (2002, pp. 209-243).

10 Véanse ejemplos de gráficos en las páginas 142 a 147 de su obra (López, 2009).

que consiste en una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio de posibles respuestas, y que permite analizar si existe un patrón de desarrollo “decisorio” en las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema (2009, p. 141).

- Concepto de problema jurídico. El problema jurídico “es la pregunta que encabeza la línea jurisprudencial y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámica de varios pronunciamientos jurisprudenciales, además de la relación de estos con otros materiales normativos (tales como textos constitucionales y legales)” (2009, p. 147).

López hace énfasis en la dificultad de redacción de los problemas jurídicos dada la corriente conceptualista¹¹ que domina el análisis jurisprudencial y nos propone formularlos mencionado algún elemento normativo (v. g. derecho o texto constitucional), vinculado con patrones fácticos que reflejen los hechos materiales del caso, ya que este ejercicio lleva a una “correcta identificación” de la *ratio decidendi* de los fallos (2009, pp. 150 y 151). Nos plantea ejemplos de problemas jurídicos inadecuadamente planteados, como “¿En qué consiste el derecho al buen nombre?”, mostrándonos que “mejor resulta tratar de identificar el patrón fáctico fundamental y relacionarlo con el texto o norma constitucional controlante” de la siguiente manera: “¿Hay violación del derecho al buen nombre (artículo 15 C. P.) de un deudor cuando existe un reporte de una base de datos crediticia acerca de una obligación a su cargo, vencida, pero judicialmente declarada prescrita?” (2009, p. 151).

- Sombra “decisional”¹². Este concepto para López sirve para corregir una idea errada y estricta del precedente como aquel en virtud del cual “el siguiente fallo de un caso análogo dentro de una línea precedencial bien definida tendría que caer en el mismo sitio”, por cuanto, “por regla general basta, para cumplir con el deber de

11 Al respecto manifiesta: “Es importante enfatizar que la utilización de la técnica de la línea y, como se verá más adelante, la identificación de la *ratio decidendi* del fallo con fundamento en los hechos materiales de la sentencia, muestran una importante diferencia, con respecto a la manera usualmente conceptualista como se analiza la jurisprudencia en Colombia. El *conceptualismo* aún dominante en el análisis jurisprudencial se inclina a creer que los problemas constitucionales están situados al nivel de los derechos abstractos o de los conceptos jurídicos abstractos: así, por ejemplo, se pregunta el significado y desarrollo jurisprudencial de entidades conceptuales tan abstractas como el ‘derecho al debido proceso’ (art. 19 C. P.) o el ‘derecho al libre desarrollo de la personalidad’. Estos conceptos, sin embargo, son excesivamente generales como para encabezar adecuadamente líneas jurisprudenciales inteligibles. La jurisprudencia *no interpreta* un artículo de la Constitución o un derecho fundamental en general”, y más adelante, “es preciso insistir en la correcta formulación del problema jurídico que encabeza la línea: de entrada resulta desaconsejable formular problemas del tipo ¿cómo se ha interpretado la garantía del debido proceso? Casi siempre estas preguntas serán meramente conceptuales y de una amplitud inmanejable” (2009, pp. 147-148 y 150).

12 Se adopta en esta obra el término sombra “decisional” del profesor López (2009). Sin embargo, consultado el Diccionario de la Real Academia Española, la expresión correcta es “decisoria”. Disponible en: <<https://dle.rae.es/decisorio>>, consultado el 25 de noviembre de 2024.

seguir el precedente, con ‘ubica’ el caso dentro de un subsegmento (más o menos amplio) del espacio abierto”. Esta noción permite comprender que la mayoría de las decisiones de la Corte no son cambios jurisprudenciales profundos y sí el uso “de los extremos de la *sombra decisional*” (2009, pp. 144 y 145).

- Clases de sentencias de una línea jurisprudencial. Para elaborar líneas jurisprudenciales es indispensable la identificación de los principales fallos que sobre un tema o materia han sido promulgados. López se refiere concretamente al “peso estructural fundamental” de las sentencias, por oposición a aquellas de menor importancia doctrinal, y sin confundirse con la conveniencia del mismo para fines específicos del operador jurídico. De esta manera, “una sentencia no deja de tener peso estructural en la línea por el solo hecho que desfavorezca, en contexto de litigio, las pretensiones o intereses del analista”, pues, en todo caso, para elegir las sentencias, “[l]os litigantes deben [...] hacer presentaciones fidedignas del derecho vigente dentro de la obligación general de lealtad argumentativa que le deben a jueces y contrapartes. La noción de lealtad argumentativa es aún más exigente cuando se escribe con propósitos académicos e investigativos. En ambos casos, el analista tiene la tarea de identificar las sentencias más importantes de la línea para poder componer la narrativa más poderosa y creíble que dé cuenta de la jurisprudencia en su conjunto” (2009, p. 161).

Bajo los anteriores parámetros, López clasifica los fallos en: (a) importantes y (b) no importantes. En la primera categoría se entiende que las sentencias son importantes¹³ o son “sentencias hito” cuando “los operadores jurídicos consideran que [en éstas] se anuncia la respuesta correcta y vigente para un problema determinado” (2009, p. 162). Sin embargo, el concepto “sentencia hito” es genérico, y existen especies como las sentencias fundadoras de línea¹⁴, consolidadoras de línea¹⁵, reconceptualizadoras de línea¹⁶ y dominantes¹⁷. En la segunda categoría, o sentencias no importantes, se encuentran aquellas solamente confirmadoras de principios o sentencias de reiteración¹⁸,

13 En la tradición angloamericana se denominan *leading case* y en la francesa *grand arrêt* (López, 2009).

14 Fallos proferidos en el período inicial de actividad de la Corte, que según López son importantes pero, no tienen “en la mayoría de los casos, balances constitucionales vigentes”. Para el caso de la Corte Constitucional es raro que hoy en día una sentencia fundadora de línea sea dominante o principal (2009, pp. 164 y 165).

15 En ellas “la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho [...] que en un comienzo fue planteada por las sentencias fundadoras de línea (López, 2009, pp. 164 y 165).

16 “[Redefine] la *ratio decidendi* de fallos anteriores” (López, 2009, p. 165).

17 “[A]quella sentencia que, según el analista, contiene criterios vigentes y dominantes por medio de los cuales la Corte Constitucional resuelve un conflicto de intereses dentro de un determinado escenario constitucional” (López, 2009, pp. 165). Son el *leading case* para las tradiciones angloamericanas (López, 2009, pp. 162).

18 “[A]quellas que se ven a sí mismas como puras y simples aplicaciones a un caso nuevo del principio o *ratio*, contenido en una sentencia anterior” (López, 2009, pp. 166-167).

las sentencias argumentativamente confusas o inconcluyentes¹⁹, y las sentencias en exceso abstractas²⁰ (López, 2009).

A partir de esta tipología de sentencias es que López sugiere la estructuración de la línea jurisprudencial a través de la identificación de las “sentencias hito”; sin embargo, reconoce que dicha labor no está exenta de dificultades (López, 2009).

Finalmente, y de manera complementaria, el hipertexto es para Eduardo Cifuentes Muñoz “una herramienta de procesamiento de información que selecciona los contenidos importantes, los relaciona, a través de oraciones de enlace y los concreta con ejemplos cercanos a las experiencias y a los conocimientos previos del aprendiz”, y, para el caso concreto del derecho “responde a la investigación documental que se obtiene a partir de la doctrina, jurisprudencia y normas” (Cifuentes Muñoz, 2009, p. 8)²¹.

Esta metodología fue aplicada en varias áreas del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, siguiendo las siguientes fases: (a) Fase de construcción de mapas conceptuales y de bases de datos (búsqueda, selección y análisis de la información documental)²²; y (b) Fase de construcción de un texto virtual, que es el “resultado del análisis previo y está constituido por narrativas, problemas jurídicos y fuentes formales y materiales que se relacionan entre sí y pueden ser articuladas por quien está haciendo uso de la información” (Cifuentes Muñoz, 2009, p. 9).

Los productos académicos de los hipertextos jurídicos son de diversa índole, como resúmenes de jurisprudencia y doctrina, base de datos, libros, manuales de clase, artículos, informes de investigación,

19 Presentan “baja calidad de argumentación o dificultades de identificación de la *ratio decidendi* [...] Esta constatación lleva a un corolario importante: cuando los jueces realizan análisis jurídico claro tiene mayores probabilidades de fijar jurisprudencia durable e influyente” (López, 2009, p. 167).

20 Con numerosos *obiter dicta* y poca relación con los hechos materiales del escenario constitucional, lo cual reduce “la fuerza gravitacional del precedente” (López, 2009, p. 167).

21 Para mayor profundidad véase la obra completa de Luis Álvarez Pérez, como Álvarez Pérez (2001), Álvarez et al. (2001) y Álvarez Pérez y Soler Vásquez (2001); así como aquella de Landaw (1995 y 1997).

22 Las fases se desarrollan a través de formatos de investigación que son plantillas creadas para facilitar el proceso de investigación. Estas plantillas comprenden campos predeterminados, de tal forma que todos los investigadores resuman la doctrina, la jurisprudencia y los demás documentos bajos los mismos parámetros. Para el caso de la “jurisprudencia”, objeto del presente estudio, se proponen los siguientes “campos”: Corporación, número de sentencia o radicación, fecha, magistrado ponente, base de datos o Gaceta Judicial, tema del hipertexto, subtema(s), hechos de la sentencia, problema(s) jurídico(s), consideraciones de la Corte, decisión y subregla, norma(s) específica(s) que se analiza(n) o sirven de sustento para la motivación de la sentencia, precedentes citados en la sentencia, hipervínculos, observaciones, entre otros (Cifuentes Muñoz, 2009, p. 15). En las páginas 20 a 22 se define el contenido de todos los campos (Cifuentes Muñoz, 2009, pp. 20-22).

documentos de casos, líneas jurisprudenciales²³, materiales de enseñanza y programas en multimedia o virtuales.

Con base en las anteriores propuestas metodológicas, se define la que se aplicará a la jurisprudencia constitucional de la tributación internacional en Colombia, la cual contiene los siguientes elementos:

- **Problema jurídico.** Es el conflicto presentado al juez para su solución. Se formula mediante una pregunta que envuelve tanto los aspectos jurídicos y fácticos relevantes en tensión. Persigue la correcta definición de la *ratio decidendi*, así como evitar una mala redacción que siga las corrientes conceptualistas atrás referidas²⁴.
- **Regla jurídica.** Es la aplicación por el juez del (los) principio(s) jurídico(s) para resolver el problema jurídico²⁵.
- **Sombra “decisional”.** Segmento “precedencial” con amplitud media donde es posible ubicar un caso que será objeto de decisión judicial²⁶.
- **Crítica jurídica.** Posición crítica del investigador respecto al fallo del juez²⁷.
- **Tipo de sentencia.** Importante y no importante, y subespecies, siguiendo la clasificación de López (2009).
- **Interpretación del precedente.** Positiva o negativa, donde en la primera se sigue el precedente judicial y en la segunda no²⁸.

Las Principales Tensiones Jurisprudenciales de la Corte Constitucional Colombiana en Materia de Tributación Internacional²⁹

El *Soft Law* de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico³⁰

En materia de *soft law* de la OCDE se encontraron dos problemas jurídicos abordados por la Corte Constitucional. En primer lugar, ¿es la remisión que hacen

23 Para su construcción se recomienda seguir las obras de López sobre la materia, cómo López (2009).

24 Véase Álvarez-Correa (1988), Giraldo Ángel y Giraldo López(2002), López (2009) y Cifuentes Muñoz (2009).

25 Véase Álvarez-Correa (1988), López (2009) y Cifuentes Muñoz (2009). Giraldo Ángel (2002) se refiere a las mismas como “tesis”.

26 Véase López (2009).

27 Véase Giraldo Ángel (2002).

28 Se sigue en este aspecto análisis propuesto por Hansford y Spriggs II (2006).

29 Para efectos de este capítulo he escogido cuatro grandes temáticas de la tributación internacional: *soft law*, doble imposición internacional, intercambios de información tributaria y subcapitalización. Sin embargo, habría espacio para analizar hacia futuro otras instituciones de la tributación internacional como, por ejemplo, los establecimientos permanentes, los regímenes de entidades controladas en el exterior, entre otros, que inciden en la fiscalidad de los negocios internacionales.

30 Se revisó la siguiente jurisprudencia sobre *soft law* de la OCDE en materia de paraísos fiscales y precios de transferencia: Corte Constitucional (2003a y 2019).

a la OCDE los artículos 82 y 83 de la Ley 788 de 2002 (Congreso de la República de Colombia, 2002), relacionada con el listado de paraísos fiscales, contraria a la Constitución (Constitución Política de la República Colombiana, 1991)³¹; y, en segundo, ¿es la remisión que hace el artículo 260-9 del Estatuto Tributario (Congreso de la República de Colombia, 2022) a las Guías sobre Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Fiscales de la OCDE, contraria al principio de legalidad en materia tributaria, porque la aplicación de tales guías en Colombia podría dar lugar con base en ellas se modifiquen elementos esenciales de la obligación tributaria³²?

En relación con el primer problema jurídico define la Corte que “es contrario a la Constitución deferir al señalamiento de un ente internacional la determinación de asuntos en los cuales existe un amplio margen de discrecionalidad y que tienen directa incidencia en la política de comercio exterior del país” (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.1.). Enuncia la Corte que

podría resultar que por consideraciones de distinta índole, entre ellas la existencia de un significativo volumen de operaciones reales entre Colombia y un Estado particular, o el propósito de impulsar la integración económica iberoamericana, el interés de Colombia fuese, no obstante que dicho Estado satisfaga los criterios que permitirían calificarlo como un paraíso fiscal, el de no incluirlo en una lista de paraísos fiscales para efectos de las medidas defensivas previstas en la Ley. Pero podría ocurrir que en ese evento, la OCDE, según sus propias consideraciones, decidiese incluir a ese Estado en sus listados. En la medida en que la remisión que hace la ley tiene carácter vinculante inmediato, *la política de comercio exterior colombiana e incluso sus relaciones internacionales se verían comprometidas por la decisión adoptada por ese organismo internacional* [énfasis añadido]. (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.1)

Enfatiza, sin embargo, que lo anterior no “quiere decir que no sea posible [...] que la ley haga remisiones a la actividad de un organismo internacional que, como la OCDE, ha desarrollado amplios estudios sobre determinada materia” (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.1.). Precisa, eso sí, que “tales remisiones no pueden comprometer la autonomía del Estado colombiano en el manejo de su política fiscal, de comercio exterior o de relaciones internacionales” (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.1.).

En conclusión, no resulta admisible desde la perspectiva constitucional que, para la elaboración gubernamental de listados sobre paraísos fiscales, se tomen como referencia los listados elaborados por la OCDE. Podrían realizarse, sin embargo, remisiones en materias técnicas que no comprometan la política exterior del Estado.

31 Corte Constitucional (2003a).

32 Corte Constitucional (2003a).

El último caso es precisamente el desarrollado por la Corte en el segundo problema jurídico. Esta corporación encuentra que la disposición demandada remite a unas guías sobre precios de transferencia únicamente para la interpretación de lo dispuesto en el capítulo de la ley que los regula. Pero, precisa la Corte que dicha normativa define distintos aspectos del sistema que pueden incidir en los elementos esenciales del impuesto de renta, vulnerando así el principio de legalidad en materia tributaria, por el cual, “sólo la ley puede ser fuente de tributos, y a ella corresponde definir los elementos esenciales de la obligación tributaria” (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.2.).

Por lo anterior,

[...] las Guías de la OCDE, no son normas jurídicas de un tratado internacional aprobado por Colombia, -en realidad son una especie de derecho derivado y programático en el seno de la propia OCDE- y *no han sido incorporadas al ordenamiento interno colombiano, por tal razón no pueden tener fuerza vinculante, ni la ley puede dársela por la vía indirecta de establecerlas como pautas interpretativas obligatorias* [énfasis añadido]. Tales disposiciones no serían susceptibles de control judicial en Colombia y sobre ellas no se habría ejercido el previo control de constitucionalidad, que la Constitución ha establecido como requisito sin el cual, un tratado regularmente acordado por Colombia, no puede entrar a regir en el ordenamiento interno. (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.2.)

Así, y siguiendo la línea jurisprudencial de la Corte, “la norma interpretativa debe tener la misma jerarquía y está sujeta a las mismas condiciones que la norma interpretada” (Corte Constitucional, 2003a, 5.1.2.)³³.

La anterior sentencia se constituye en una sentencia hito donde se demuestra la prevalencia de principios constitucionales internos, en especial el de legalidad, sobre aquellos internacionales como podrían ser los de solidaridad o reciprocidad. Una pregunta interesante para abordar en el futuro es si cambiarían este tipo de interpretaciones con el ingreso de Colombia a la OCDE en el año 2020.

La Doble Imposición Internacional³⁴

Desde el año 2005 Colombia inició, tardíamente en relación con el contexto internacional, la suscripción de convenios para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y el patrimonio siguiendo el modelo OCDE. Frente a los mismos el análisis de constitucionalidad se ha limitado a resolver, en esencia, dos problemas jurídicos: (a) ¿Vulnera la Constitución (Constitución Política de la República de Colombia, 1991) el “Convenio entre (el país) y la República de Colombia para evitar la doble imposición y

³³ Ver Corte Constitucional (2003a, 2003b, , 2015c y 2018).

³⁴ Fueron analizadas los siguientes fallos en materia de doble imposición internacional: Corte Constitucional (2009, 2010, 2012; 2013, 2014c; 2015a; 2021b 2022a y 2022b).

para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio, y el Protocolo del Convenio entre (el país³⁵) y la República de Colombia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio”, hechos y firmados en Bogotá el (fecha), así como de la Ley (número de la ley y año), mediante la cual fueron aprobados?; y, (b) ¿Constituyen los tratados de integración y de derecho comunitario y el derecho comunitario derivado parámetros para el control de constitucionalidad?

En relación con el primer problema jurídico, los diferentes tratados han superado el control de constitucionalidad. Para esto se ha realizado el control formal³⁶ apuntando

a analizar (i) la validez de la representación del Estado; (ii) la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, de ser procedente, al igual que (iii) el acatamiento al trámite de una ley ordinaria, con dos particularidades: (i) la iniciación del debate en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (Art. 154 C.N.); y (ii) la remisión del tratado internacional, al que su correspondiente ley aprobatoria a la Corte Constitucional, por parte del Gobierno, para efectos de su revisión definitiva (Art. 241-10 C.N.). (Corte Constitucional, 2012, 2.)

Asimismo, se estudia la satisfacción de etapas del trámite ordinario de la ley (Corte Constitucional, 2012, 2.).

De esta manera, “[e]n cuanto al elemento material del control de constitucionalidad, la labor de la Corte consiste en confrontar las disposiciones del instrumento internacional y, a su vez, aquellas de la ley aprobatoria con la totalidad de los preceptos constitucionales, a fin de determinar si se ajustan o no al Texto Fundamental” (Corte Constitucional, 2012, 2.).

En líneas generales los objetivos principales de dichos convenios han sido: “(i) prevenir de manera efectiva conflictos de sobreimposición, los cuales afectan a personas que, simultáneamente, mantienen vínculos personales, laborales o de otro tipo con dos Estados diferentes; y, a su vez, (ii) pretende reforzar la colaboración entre las autoridades tributarias competentes de ambos países, reconciliando sistemas tributarios entre los Estados Contratantes, con el fin de asegurar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y, en consecuencia, el fortalecimiento de los instrumentos para evitar la evasión y la elusión en el tráfico internacional” (Corte Constitucional, 2012, 9.1.)³⁷.

35 Países con los que actualmente ha suscrito CDIS: Reino de España (2005), República de Chile (2009), Confederación Suiza (2012), Canadá (2012), Estados Unidos Mexicanos (2013), República de Corea (2014), República Portuguesa (2014), República Checa (2015), Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2019), República Italiana (2021), República Francesa (2021), Japón (2022) (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales [DIAN], 2023).

36 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional (2012).

37 Ver, por ejemplo, Corte Constitucional (2012).

Con el devenir de los análisis, el estudio de fondo de la doble imposición internacional se ha sofisticado, ofreciendo una amplia información sobre el contenido y alcance del convenio; sus objetivos y alcances; el concepto y elementos de la doble imposición; y, los mecanismos creados por los Estados para evitar conflictos. También se analizan los conceptos de crédito fiscal extranjero y desgravación fiscal; y, los procedimientos de acuerdo mutuo en caso de doble imposición. Es el caso del CDI Colombia-México³⁸ donde la Corte hace referencia a “a la clasificación realizada por la doctrina respecto de las formas en que puede manifestarse el conflicto de la doble imposición” (Corte Constitucional, 2013, 5.1.), precisando que:

La doctrina especializada ha reconocido al menos *tres formas de doble imposición [énfasis añadido]*, a saber: (i) conflicto fuente – fuente; (ii) conflicto residencia – residencia; (iii) conflicto fuente – residencia. El **conflicto fuente – fuente** surge cuando dos jurisdicciones tributarias, de conformidad con sus normas fiscales internas, consideran que el ingreso se generó dentro de su territorio. De esta forma, ambos países aducen ser la fuente generadora de dicha renta. El **conflicto residencia – residencia**, por otro lado, ocurre cuando dos jurisdicciones tributarias afirman ser del país de la residencia del sujeto generador del ingreso gravable. Y finalmente, el **conflicto fuente – residencia** se suscita cuando una jurisdicción tributaria grava determinado ingreso por haber sido percibido por uno de sus sujetos residentes, mientras que otra lo somete a un impuesto porque la renta se generó dentro de sus fronteras. (Corte Constitucional, 2013, 5.1., citando a Corte Constitucional, 2010)

Así, “[p]ara solucionar los conflictos mencionados los Estados acuden a diferentes *métodos [énfasis añadido]* a través de su legislación interna” (Corte Constitucional, 2013, 5.1.).

En cuanto al segundo problema jurídico relacionado a si los tratados de integración y de derecho comunitario y el derecho comunitario derivado constituyen parámetros para el control de constitucionalidad la respuesta (regla jurídica) ha sido negativa, salvo que regulen derechos humanos.

Así las cosas, para el caso de la doble imposición internacional se observa una línea jurisprudencial constante y evolutiva. Se han realizado interesantes análisis sobre los propósitos de los CDIs (el reparto concertado de las materias imponibles; la colaboración entre administraciones y control evasión/elusión; la atracción de la inversión, y la solución de controversias); así como mayor análisis sobre conflictos de doble imposición que pueden presentarse (fuente-fuente/ residencia-residencia/residencia-fuente), sus instrumentos de solución (exención total / foreign tax credit / tax sparing y CDIs) y su constitucionalidad. Así mismo se han excluido los tratados de integración y de derecho comunitario y el derecho comunitario derivado como parámetros para el control de constitucionalidad.

38 Corte Constitucional (2013).

Siguiendo la anterior línea jurisprudencial, y en caso particular de derecho tributario supranacional, la Corte aplicó similar análisis constitucional (Corte Constitucional, 2022b) al resolver el siguiente problema jurídico: ¿Es constitucional un convenio y su ley de aprobación relacionados con la homologación del tratamiento tributario previsto en los tratados para evitar la doble tributación de la Alianza del Pacífico?

Después de examinar el proceso de aprobación del tratado, la Corte concluyó que la igualdad de tratamiento para los fondos de pensiones en comparación con otros actores del sistema financiero en lo que respecta a la aplicación de acuerdos para prevenir la doble imposición o la implementación de medidas de compensación es razonable y no arbitraria. Este enfoque tiene como objetivo la protección de la rentabilidad de los fondos de pensiones y el fomento de la inversión en Colombia. Además, se destacó que el fortalecimiento de la seguridad social a través de acuerdos internacionales se ajusta a los objetivos y fines del Estado. Así, la Corte determinó que este tratado es conforme a la Constitución y promueve los principios de reciprocidad, soberanía nacional, justicia, así como de equidad en el sistema tributario (Corte Constitucional, 2022b).

El Intercambio de Información Tributaria³⁹

El intercambio de información tributaria ha sido recurrentemente analizado por la Corte Constitucional. El primer problema jurídico analizado es el siguiente: ¿Vulnera la Constitución la ‘Convención sobre Asistencia Administrativa Mutua en Materia Fiscal’, hecha por los depositarios, el 1o de junio de 2011 y aprobada por el Consejo de Europa y los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁴⁰’. Al respecto, la Corte estudia la Convención y concluye que se ajusta a la Constitución al pretender “la asistencia administrativa entre los Estados” y analiza ampliamente los “tres mecanismos básicos de asistencia [contemplados]: el intercambio de información, la asistencia para el cobro de créditos fiscales y el traslado y notificación de documentos”. Todo lo anterior, sustentado constitucionalmente en el “deber de las personas de contribuir al financiamiento de los gastos del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad, tal como lo preceptúa el numeral 9 del artículo 95” de la Constitución Política (C.P). (Corte Constitucional, 2014a, Síntesis del fallo).

Encontró así mismo “que el Convenio Internacional incorpora cláusulas que preservan los derechos de las personas y respetan el principio de soberanía en el marco de las relaciones internacionales, establecido en el artículo 9 de la Constitución” (Corte Constitucional, 2014a, Síntesis del fallo). También encontró ajustado

39 En materia de intercambio de información tributaria fueron analizadas las siguientes dos jurisprudencias: Corte Constitucional (2014a y 2014b).

40 Corte Constitucional (2014a).

a la Constitución el respeto por el mismo al principio de reciprocidad estipulado en el artículo 226 (Corte Constitucional, 2014a, Síntesis del fallo).

Finalmente precisó que el intercambio de información “[debe] atender los principios del manejo de datos personales”, siguiendo la línea jurisprudencial sobre la materia⁴¹ (Corte Constitucional, 2014a, Síntesis del fallo). Al respecto señala la Corte que debe mantenerse la constitucionalidad tanto de la ley como del acuerdo, con la advertencia de que se debe respetar la obligación de cumplir con el marco de Colombia sobre privacidad de datos y las regulaciones y principios de protección de datos. Así, las autoridades que intercambian información están sujetas a una vigilancia que garantice un acceso justo, proporcionado y controlado a la información personal (Corte Constitucional, 2014a).

En igual línea argumentativa, un segundo análisis gira en torno a este problema: ¿Vulnera la Constitución la Ley 1666 de 2013 por la cual se aprueba “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de los Estados Unidos de América para el intercambio de información tributaria”, suscrito en Bogotá DC, el 30 de marzo de 2001⁴²? Al respecto, la Corte manifestó que “(...) el intercambio de información tributaria se orienta al logro de un objetivo que resulta compatible con la Constitución, como lo es prevenir y combatir dentro de sus respectivas jurisdicciones la evasión y la elusión fiscal. Este objetivo, como se expuso a lo largo de esta sentencia, contribuye al fortalecimiento de las arcas del Estado, a la eficiencia del sistema tributario y a la realización del deber de contribuir dentro de los conceptos justicia y equidad, en los términos previstos en los artículos 95.9 y 189.20 del Texto Superior. En lo referente al intercambio de información y a las formas previstas para tal efecto (información general, espontánea y específica), la Corte encontró que el Acuerdo es respetuoso de los derechos a la intimidad y al hábeas data, en un contexto acorde con el ejercicio de las facultades de fiscalización y vigilancia a cargo de las autoridades competentes en materia tributaria. Por lo demás, también observó que el Acuerdo preserva la soberanía nacional (CP art. 9), en tanto somete el cumplimiento de su objeto a la observancia plena de las reglas del derecho interno del Estado requerido (...)” (Corte Constitucional, 2014b, Síntesis).

Del anterior análisis se desprende que ha prevalecido el deber constitucional de contribuir a las cargas públicas en términos de equidad y justicia, así como buscando la eficiencia. También el respeto a intimidad y al habeas data. Ha existido, por lo tanto, una línea jurisprudencial constante y una interpretación positiva del precedente en esta materia.

41 Ver Corte Constitucional (2014a, 2021a, 2021b y 2022a).

42 Corte Constitucional (2014b).

La Subcapitalización⁴³

En materia de subcapitalización, la Corte ha tenido la oportunidad de revisar dos normas que la han regulado tomando en consideración los principios de igualdad, debido proceso, equidad, progresividad, presunción de buena fe, irretroactividad y confianza legítima (artículos 109 de la Ley 1607 de 2012 [Congreso de la República de Colombia, 2012]⁴⁴ y 55 de la Ley 1943 de 2018 [Congreso de la República de Colombia, 2018])⁴⁵. Los problemas jurídicos fueron planteados de la

43 Ver Corte Constitucional (2014d, 2015b y 2020).

44 "Artículo 118-1. Subcapitalización. Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción de los gastos por concepto de intereses, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable no exceda el resultado de multiplicar por tres (3) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, no será deducible la proporción de los gastos por concepto de intereses que exceda el límite a que se refiere este artículo.

Parágrafo 1º. Las deudas que se tendrán en cuenta para efectos del cálculo de la proporción a la que se refiere este artículo son las deudas que generen intereses.

Parágrafo 2º. Los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que se constituyan como sociedades, entidades o vehículos de propósito especial para la construcción de proyectos de vivienda a los que se refiere la Ley 1537 de 2012 sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de deudas, cuyo monto total promedio durante el correspondiente año gravable no exceda el resultado de multiplicar por cuatro (4) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

Parágrafo 3º. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Parágrafo 4º. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial."

45 "Artículo 118-1. *Subcapitalización.* Son deducibles, siempre y cuando cumplan con los requisitos previstos en la ley, los intereses por deudas durante el respectivo período gravable.

Sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones consagrados en este Estatuto para la procedencia de la deducción, cuando las deudas que generan intereses sean contraídas, directa o indirectamente, a favor de vinculados económicos nacionales o extranjeros, los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios sólo podrán deducir los intereses generados con ocasión de tales deudas en cuanto el monto total promedio de las mismas, durante el correspondiente año gravable, no exceda el resultado de multiplicar por dos (2) el patrimonio líquido del contribuyente determinado a 31 de diciembre del año gravable inmediatamente anterior.

En virtud de lo dispuesto en el inciso anterior, no será deducible la proporción de los intereses que exceda el límite a que se refiere este artículo.

Parágrafo 1º. En los demás casos, para efectos de la deducción de los intereses, el contribuyente deberá estar en capacidad de demostrar a la DIAN, mediante certificación de la entidad residente

siguiente manera: (a) ¿Vulneran la norma de subcapitalización, introducida mediante el artículo 109 de la L. 1607 de 2012 (Congreso de la República de Colombia, 2012), los principios de igualdad, debido proceso, equidad y progresividad; la presunción de buena fe; y, la libertad de empresa?; y, (b) ¿Vulneran los principios de irretroactividad de las leyes tributarias y de confianza legítima, el artículo 55 de la Ley 1943 de 2018 (Congreso de la República de Colombia, 2018)?

En relación con el primero, la Corte (Corte Constitucional, 2014d) concluye que no se viola el principio de igualdad pues la norma es aplicable a todos, sin distinguir entre evasores y no evasores. Tampoco se vulnera el debido proceso por cuanto la norma toma en consideración aspectos que atienden la realidad de los hechos y aplica a todos sus destinatarios, con independencia de su nivel de endeudamiento y sin permitir que los contribuyentes cuestionen las razones del legislador en casos individuales. No se “desconoce la presunción de buena fe, ya que el precepto no busca sancionar a los evasores ni somete injustificadamente al límite en ella previsto a no evasores”; además, “el artículo 83 de la Carta no es barrera que impida al legislador modificar la legislación tributaria, procurar correctivos a prácticas abusivas o enfrentar la evasión, para lo cual no tiene por qué

o no residente que obre como acreedora, que se entenderá prestada bajo la gravedad de juramento, que el crédito o los créditos no corresponden a operaciones de endeudamiento con entidades vinculadas mediante un aval, back-to-back, o cualquier otra operación en la que sustancialmente dichas vinculadas actúen como acreedoras. Las entidades del exterior o que se encuentren en el país que cohonesten cualquier operación que pretenda encubrir el acreedor real serán responsables solidarias con el deudor de la operación de crédito en relación con los mayores impuestos, sanciones e intereses a los que haya lugar con motivo del desconocimiento de la operación, sin perjuicio de las sanciones penales a que pueda haber lugar.

Parágrafo 2°. Las deudas que se tendrán en cuenta para efectos del cálculo de la proporción a la que se refiere el inciso segundo son las deudas que generen intereses e incluyen aquellas que se hayan contraído con vinculados económicos por conducto de intermediarios no vinculados del exterior o que se encuentren en el país.

Parágrafo 3°. Lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo y en los párrafos primero y segundo no se aplicará a los contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios que estén sometidos a inspección y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, ni a los que realicen actividades de factoring, en los términos del Decreto 2669 de 2012, y siempre y cuando las actividades de la compañía de factoring no sean prestadas en más de un 50% a compañías con vinculación económica, en los términos del artículo 260-1 del Estatuto Tributario.

Parágrafo 4°. Lo dispuesto en el inciso segundo de este artículo y en los párrafos primero y segundo no se aplicará a las personas naturales o jurídicas, contribuyentes del impuesto sobre la renta y complementarios, que desarrollen empresas en periodo improductivo. Para estos efectos, se tendrán en cuenta las disposiciones consagradas en los artículos 1.2.1.19.6 al 1.2.1.19.14 del Decreto 1625 de 2016 o las disposiciones que los modifiquen o sustituyan.

Parágrafo 5°. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los casos de financiación de proyectos de infraestructura de transporte, ni a la financiación de proyectos de infraestructura de servicios públicos, siempre que dichos proyectos se encuentren a cargo de sociedades, entidades o vehículos de propósito especial.”

presumir la mala fe de los contribuyentes” (Corte Constitucional, 2014d, Síntesis de la providencia).

Finalmente, considera que no se vulnera la libertad de empresa por cuanto “al fijar un límite al endeudamiento para efectos de que los intereses pagados en razón de créditos que excedan ese límite no sean deducibles”, “el legislador no prohíbe el endeudamiento ni le fija topes que no deban superarse, aunque interviene para incentivar la capitalización de las empresas y desestimular la financiación mediante deudas, *lo cual se enmarca dentro del bien común que sirve de límite a la iniciativa privada y a la actividad económica* [énfasis añadido], para cuya regulación el legislador cuenta con un amplio margen configurativo, que encuentra su razón de ser en que las libertades de contenido económico no son preferentes, imponiéndose en relación con ellas el criterio de inconstitucionalidad manifiesta” (Corte Constitucional, 2014d, Síntesis de la providencia).

Así,

también precisó la Corte que la argumentación vertida en la demanda no logra demostrar la alegada violación de los principios de equidad y progresividad tributaria, porque sostener que por obra de la disposición demandada las personas que trabajan con crédito pagan más impuestos y que se empeora la situación de las personas de menores recursos, favoreciéndose a los más solventes que no necesitan financiarse con deuda, pasa por alto que los intereses no son el único rubro que puede ser gravado, puesto que también los recursos propios deben ser declarados, ignora que la deducción de los gastos por intereses es permitida cuando el nivel de endeudamiento se ubica por debajo del límite fijado y que la regla fijada por el legislador tiene como destinatarios a las personas que se endeuden, de quienes se espera que, responsablemente, examinen sus posibilidades de endeudamiento y ajusten su conducta a lo preceptuado en un artículo previamente conocido. (Corte Constitucional, 2014d, Síntesis de la providencia)

Conclusiones

Al ritmo del desarrollo tardío en Colombia de los grandes temas de la tributación internacional, incluyendo aquellos tanto de consagración convencional (convenios para evitar la doble imposición y de intercambio de información), como en el derecho positivo interno (p.e. norma de subcapitalización), se concluye la jurisprudencia ha venido con altura dando los debates constitucionales pese a la especialidad de la materia.

En algunos casos ya es posible definir líneas jurisprudenciales —con análisis cada vez más sofisticados— y, por lo tanto, seguimiento al precedente, sobre todo en los análisis de tratados (CDIs y de intercambio de información). En otros, cuya evolución normativa es limitada (subcapitalización), los análisis jurisprudenciales sólo pueden ser estáticos.

Finalmente, el análisis del *soft law*, como fuente o no de, en nuestro ordenamiento jurídico, demuestra las dificultades que enfrenta nuestro derecho tributario internacional para responder a las nuevas tendencias globales; y, en especial, a las directrices de organismos que, como la OCDE, tienen mayor presencia en el escenario global de la tributación internacional.

REFERENCIAS

- Álvarez-Correa, E. (1988). *Cursos de Metodología Jurídica I y II*. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Álvarez Pérez, L. (2001). *Hipertexto. Una estrategia para comprender*. CEPE, Ciencias de la Educación Preescolar y Especial.
- Álvarez, L., González-Castro, P., Soler, E. y Tamargo, J. (2001). *Hyper. Herramienta para la creación de Hipertextos*. CEPE.
- Álvarez Pérez, L. y Soler Vásquez, E. (2001). *¡Ya entiendo!... con Hipertextos*. CEPE, Ciencias de la Educación Preescolar y Especial.
- Cifuentes Muñoz, E. (director del proyecto). (2009). *Manual de Hipertextos Jurídicos*. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). Ley N° 788/2002 - Normas en materia tributaria y penal del orden nacional y territorial.
- Congreso de la República de Colombia. (2012). Ley N° 1607 Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones.
- Congreso de la República de Colombia. (2018). Ley N° 1943 Por la cual se dictan algunas disposiciones de carácter económico y se dan unas autorizaciones al Gobierno.
- Constitución Política de la República de Colombia (1991).
- Corte Constitucional. (12 de agosto de 2003a). Sentencia C-690/03. M.P. R. Escobar G.
- Corte Constitucional. (19 de agosto de 2003b). Sentencia C-715/03. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. (26 de agosto de 2009). Sentencia C-577/09. M.P. H. Sierra P.
- Corte Constitucional. (16 de junio de 2010). Sentencia C-460/10. M.P. J. I. Palacio P.
- Corte Constitucional. (18 de abril de 2012). Sentencia C-295/12. M.P. J.C. Henao P.

- Corte Constitucional. (17 de abril de 2013). Sentencia C-221/13. M.P.J. I. Palacio P.
- Corte Constitucional. (29 de enero de 2014a). Sentencia C-032/14. M.P. G.E. Mendoza.
- Corte Constitucional. (2 de abril de 2014b). Sentencia C-225/14. M.P. L. G Guerrero P.
- Corte Constitucional. (10 de septiembre de 2014c). Sentencia C-260/14. M.P. L.E. Vargas S.
- Corte Constitucional. (10 de septiembre de 2014d). Sentencia C-665/14. M.P. G.E. Mendoza.
- Corte Constitucional. (10 de septiembre de 2014e). Sentencia C-667/14. M.P. G.E. Mendoza.
- Corte Constitucional. (11 de febrero de 2015a). Sentencia C-049/15. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.
- Corte Constitucional. (7 de abril de 2015b). Auto A-112/15. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza M.
- Corte Constitucional. (8 de septiembre de 2015c). Sentencia C-585/15. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional. (31 de enero de 2018). Sentencia C-002/18. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Constitucional. (22 de octubre de 2019). Sentencia C-491/19. M.P. Carlos Bernal Patiño.
- Corte Constitucional. (30 de septiembre de 2020). Sentencia C-428/20. M.P. Alejandro Linares Cantillo.
- Corte Constitucional. (14 de abril de 2021a). Sentencia C-091/121. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

- Corte Constitucional. (7 de diciembre de 2021b). Sentencia C-433/14. M.P. Paola Andrea Meneses M.
- Corte Constitucional. (1 de junio de 2022a). Sentencia C-187/22. M.P. Paola Andrea Meneses M.
- Corte Constitucional. (7 de septiembre de 2022b). Sentencia C-316/22. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. (2023). Acuerdos para Eliminar la Doble Tributación en Materia de Impuestos sobre la Renta. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. <https://www.dian.gov.co/normatividad/convenios/Paginas/ConveniosTributariosInternacionales.aspx>
- Giraldo Ángel, J. y Giraldo López, O. (2002). *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. (9ª ed.) Librería del Profesional.
- Hansford, Th. G. y Spriggs II, J. F. (2006). *The politics of precedent of the U.S. Supreme Court*. Princeton University Press.
- Landow, G. (1995). *Hypertexto: la convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología*. Editorial Paidós.
- Landow, G. P. (1997). *La teoría del hipertexto*. Editorial Paidós.
- López, D. (2009). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. (2ª ed.). Editorial Legis.
- Lozano, E. (2017). *Justicia Tributaria. Jurisprudencia Tributaria del Consejo de Estado, 2005-2016*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes.

**EL POTENCIAL DEL ENFOQUE CUALITATIVO PARA
LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO EMPRESARIAL:
ALGUNOS APUNTES PRELIMINARES**

***THE POTENTIAL OF THE QUALITATIVE APPROACH
TO BUSINESS LAW RESEARCH: SOME PRELIMINARY
NOTES***

*José Enrique Sotomayor Trelles¹
Nelly Aracely Díaz Ruiz²*

Resumen

El presente capítulo explora el potencial del enfoque cualitativo en la investigación en derecho empresarial. Para ello, se ubica el lugar de este tipo de enfoque dentro de los principales diseños metodológicos empleados por las investigaciones jurídicas y se explora la relación entre la investigación doctrinaria y la cualitativa. Dada su diversidad, se presentan los principales diseños de investigación cualitativa, agrupados según sus características, de modo tal que el lector tenga una aproximación sobre las bases y aplicación de cada uno de estos. Luego, para demostrar la utilidad de este enfoque en el derecho empresarial, se analiza tres estudios que han aplicado distintos diseños cualitativos, cada uno con objetivos específicos, destacando su metodología, hallazgos y contribuciones al campo. Finalmente, se presenta una serie de reflexiones que sintetizan los aportes del enfoque cualitativo en la investigación jurídica y su relevancia para el derecho empresarial.

Palabras clave: Investigación cualitativa, investigación jurídica, investigación doctrinal, derecho empresarial.

Abstract

This chapter explores the potential of the qualitative approach in business law research. To this end, it locates the place of this type of approach within the main

-
- 1 Abogado, magíster y candidato a doctor en Filosofía por la PUCP. Profesor de cursos de metodología de la investigación en la Maestría en Derecho de la Empresa y en el pregrado en Derecho de la PUCP. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1155-0249>. Dirección de email: enrique.sotomayor@pucp.pe
 - 2 Abogada por la PUCP y pre-docente de la Facultad de Derecho de la misma casa de estudios. Diploma en Investigación Cualitativa por la Universidad Antonio Ruiz de Montoya de Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0940-205X>. Dirección de email: aracely.diazr@pucp.pe.

methodological designs used by legal research and explores the relationship between doctrinal and qualitative research. Given their diversity, the main qualitative research designs are presented, grouped according to their characteristics, so that the reader has an approximation of the bases and application of each of them. Then, to demonstrate the usefulness of this approach in business law, three studies that have applied different qualitative designs, each with specific objectives, are analyzed, highlighting their methodology, findings and contributions to the field. Finally, a series of reflections are presented that synthesize the contributions of the qualitative approach in legal research and its relevance to business law.

Keywords: *Qualitative research, legal research, doctrinal research, business law.*

Introducción

En la actualidad asistimos a la gesta de una suerte de apertura metodológica en el campo de los estudios jurídicos. Estos han pasado de ser mayoritariamente doctrinarios, a exhibir nuevos enfoques y modelos, y a suponer la intervención de otras disciplinas como la economía, sociología, filosofía o literatura. En parte ello puede explicar la explosión de los enfoques del tipo “derecho y...”, tales como “derecho y literatura” o “derecho y economía” (*vid.* Van Gestel y Poiares Maduro, 2012). Ahora bien, la forma en que estas investigaciones se conducen puede o no incluir un componente empírico. Es importante clarificar este asunto desde el inicio, ya que no toda investigación interdisciplinaria incluye una fase de recolección de datos empíricos.

A fin de ilustrar el punto antes señalado, consideremos un ejemplo sencillo: una investigación jurídica podría analizar un cuerpo regulatorio cualquiera empleando elementos de teoría económica y conceptos tales como “externalidades”, “costos de transacción” o “riesgo moral”. No obstante, el análisis premunido de tales nociones podría limitarse a una serie de aserciones teóricas planteadas como nuevas teorías o predicciones, o bien podría incluir un trabajo de campo sustentado en un enfoque cualitativo, cuantitativo o mixto. Así, en el primer caso estaremos ante una investigación interdisciplinaria sin componente empírico, mientras que en el segundo caso la interdisciplinaria estará acompañada de un componente empírico. Y, en el caso de la investigación cualitativa, dicha interdisciplinaria estará centrada en la comprensión profunda de determinados fenómenos sociales, institucionales, humanos, entre otros.

Estas complejas relaciones entre estos niveles, y los distintos tipos de intersección a los que dan lugar han sido explorados en un trabajo anterior (*vid.* Sotomayor, 2024), donde se sistematizan diversos enfoques metodológicos para la investigación jurídica, se analizan las diferencias entre la investigación doctrinaria y empírica, y se exploran las formas de incorporar la interdisciplinaria en el estudio del derecho empresarial. En atención a lo expuesto, a continuación,

situaremos a la investigación cualitativa dentro de esta tipología metodológica, que abarca los enfoques jurídicos doctrinarios, empíricos e interdisciplinarios. Posteriormente, sistematizaremos los principales diseños de investigación y, finalmente, concluir con una serie de reflexiones sobre el potencial de la investigación cualitativa en el ámbito del derecho empresarial.

Sobre la Investigación Doctrinaria, Interdisciplinaria y Empírica en el Derecho³

Una distinción preliminar, y aún bastante tosca, es la que se puede trazar entre la investigación jurídica doctrinaria o dogmática y la investigación jurídica empírica.

En primer término, podríamos decir que la dogmática jurídica tiene como objeto de estudio a las normas positivas, a las instituciones y conceptos jurídicos que emanan de diversas fuentes del derecho (*vid.* Fernández Flecha et al., 2015). Para el logro de esta finalidad, la dogmática emplea técnicas de análisis documental no empírico. Asimismo, en uno de los abordajes más conocidos sobre la investigación jurídica en el Perú, Ramos Núñez (2007) traza una distinción más precisa entre investigación basada en el método exegético e investigación basada en el método dogmático que resulta de utilidad repasar.

El método exegético se caracterizaría por un estudio ordenado de un cuerpo normativo, enarbolando la figura del comentarista de cuerpos legales, encargado de explicar y comentar artículos de códigos y leyes. Los defectos de una comprensión tan restringida saltan a la vista. Entre otros “el método exegético es incapaz de explicar una serie de elementos no legislativos involucrados en la trama del fenómeno: ideologías, tendencias culturales, instituciones en movimiento, biografías que no podrían describirse ni analizarse sin recurrir a metodologías más sustanciosas” (Ramos Núñez, 2007, p. 110). Precisamente, parte del suplemento de sustancia aparecería en la investigación dogmática o conceptualista (Ramos Núñez, 2007). En esta, prosigue Ramos Núñez, la figura central es la de “institución jurídica”, entre las que se encuentran figuras como la posesión, el matrimonio, el impuesto a la renta, entre otras. La premisa del análisis parece ser la siguiente: las normas concretas de un país o región son instancias de instituciones abstractas, basadas en ciertos principios o sistemática ideal que es encarnada por el legislador local con grados variables de éxito (Ramos Núñez, 2007).

Recientemente, Arce (2022) ha propuesto una caracterización en la misma línea de los autores precedentes, y ha argumentado que un rasgo distintivo de la dogmática es que su objeto consiste en “[...] la comprensión interpretativa de un

3 La presente sección reproduce una versión resumida de Sotomayor (2024) sobre la tripartición entre investigación jurídica doctrinaria, empírica e interdisciplinaria. Remitimos al lector a este texto para un desarrollo más amplio.

ordenamiento jurídico concreto” (p. 65). Se trata, en suma, de una investigación de tipo hermenéutico, encargada de dotar de sentido de unidad a sectores del ordenamiento jurídico. Lo anterior está encaminado a la sistematización de una institución jurídica, y si bien ello se realiza tomando en cuenta doctrina, normas y jurisprudencia comparadas, siempre se dirige en última instancia a comprender un sector de un ordenamiento jurídico especificado.

Por contraposición a los elementos propios de la investigación doctrinaria, la investigación jurídica empírica plantea problemas y objetivos que requieren de la recolección, sistematización y análisis de otro tipo de datos, tales como encuestas, entrevistas o grupos focales. Epstein y Martin (2014, pp. 3-4) adoptan la misma línea de razonamiento, al sostener que la investigación jurídica empírica está basada en la observación del mundo, esto es, en data, que puede ser numérica o no numérica, es decir, cuantitativa o cualitativa.

La investigación jurídica empírica tiene raíces diversas, tanto en el mundo eurocontinental como anglosajón. La premisa común, sin embargo, es que el derecho no se agota en el estudio de las normas y jurisprudencia, sino que requiere una evaluación de las circunstancias sociales, políticas y económicas que hacen posible el funcionamiento de un sistema jurídico, así como un análisis sobre los efectos que los ordenamientos jurídicos (o áreas de estos) producen sobre diversos planos de lo social.

Así, si bien la investigación jurídica empírica tiene como rasgo distintivo la apertura al mundo para la recolección de datos, ello se realiza luego a partir de los dos paradigmas dominantes en las ciencias sociales contemporáneas: el cualitativo y el cuantitativo. A estos se suman las metodologías mixtas, que combinan elementos de investigaciones tanto cualitativas como cuantitativas. Las diferencias entre los enfoques cuantitativos y cualitativos han sido sintetizadas y muchas veces hasta caricaturizadas por numerosos autores. Por ejemplo, tanto Hong Chui (2007) como Hernández Sampieri et al. (2014) enfatizan en la precisión, secuencialidad y dureza de la investigación cuantitativa, frente a la flexibilidad, carácter iterativo y apertura de la cualitativa.

Partiendo de esta bipartición de paradigmas en la investigación empírica, la siguiente sección propone una síntesis de algunos de los diseños más importantes de investigación cualitativa. A partir de ello podremos explorar su potencial para la investigación en derecho empresarial.

Una Síntesis de los Principales Diseños de Investigación Cualitativa

La investigación cualitativa está encaminada a la comprensión profunda de los fenómenos humanos, sociales y culturales. Para ello, requiere de un ejercicio interpretativo por parte del investigador, donde la perspectiva y la intervención de los participantes involucrados en el fenómeno social adopta una posición central

(Vasilachis, 2006). Ahora bien, dada la complejidad de estos fenómenos, no existe una forma única de hacer investigación cualitativa. En su lugar, en la actualidad existen diversos diseños de investigación agrupados en diversos paradigmas de investigación. Una enumeración preliminar de estos paradigmas incluye al positivismo, pospositivismo, constructivismo, teorías críticas y enfoques transformativos, enfoques decoloniales y poscoloniales, y hasta un enfoque pragmatista. Los rasgos distintivos y diferencias entre estos enfoques son tema de arduo debate entre la comunidad experta, por lo que aquí nos centraremos más bien en la multiplicidad de diseños de investigación que se derivan de esta matriz paradigmática (para los paradigmas *vid.* Barker y Pistrang, 2021; Guba y Lincoln, 2002).

El paradigma bajo el que se desea investigar, entendiendo dicha noción como “un conjunto básico de creencias que guían la acción”, influye en la planificación del diseño de la investigación (Guba, 1990, p. 17). Así, por ejemplo, mientras que el paradigma constructivista se centra en “el estudio de los significados de las acciones humanas y de la vida social” como una realidad co-construida entre el participante y el investigador a través del diálogo y la interacción entre estos, un paradigma socio-crítico resalta el mismo rol interpretativo del paradigma constructivista, pero añade la vinculación de la teoría con la práctica dirigida a una “transformación social fundamentada en la crítica social, con el obligado aporte de la reflexión” (Walker, 2022, pp. 22-25). En esa línea, bajo el paradigma sociocrítico, tanto el participante —visto como agente de cambio— como el investigador tienen un rol activo en el proceso de reflexión, la construcción de conocimiento y la búsqueda de cambios significativos sociales.

Al mismo tiempo, la investigación cualitativa, que, como hemos señalado, no tiene una metodología única o predeterminada, se delimita en función del fenómeno a investigar y de lo que se desea investigar sobre el fenómeno. A su vez, dictamina el diseño de investigación a adoptar y el método a emplear. De ahí que la investigación cualitativa se caracteriza por ser flexible, pero articulada y coherente entre los diferentes aspectos centrales de la investigación en función de la pregunta de investigación, tales como el propósito de investigación, el contexto conceptual, los fundamentos epistemológicos, los métodos y los criterios de calidad (Mendizábal, 2006).

Debido a las características propias de la investigación cualitativa, su calidad es frecuentemente objeto de cuestionamiento, bajo el supuesto de que la investigación cualitativa presenta, principalmente, dos problemas: “[e]l problema de la ‘evidencia’” —referente a la generación de evidencia sólida y objetiva—; y “[e]l problema de la obtención de un conocimiento ‘verdadero’” —en tanto hay múltiples interpretaciones de un mismo fenómeno—. Así, las críticas se centran, entre otros, en la flexibilidad de la metodología y, por ende, su replicabilidad; el rol interpretativo del investigador e, inclusive, en las limitaciones en la generalización de los resultados de la investigación (Moral, 2016, pp. 160-170).

Frente a estas críticas, el rigor metodológico se convierte en un elemento clave para la generación de conocimiento significativo y la auditoría por pares. Para garantizarlo, los investigadores deben adoptar y hacer explícitos los criterios que aseguren tanto la calidad⁴ como la ética⁵ de sus estudios, los cuales deben ser aplicados de manera transversal a todas las fases del proceso, sin importar el diseño metodológico utilizado. Esto es, desde el planteamiento del diseño de investigación, el tratamiento y procesamiento de los datos hasta la presentación y discusión de los resultados.

En cuanto a los diseños de investigación, existen múltiples criterios y formas de agruparlos. Una estrategia que nos parece fructífera divide a estos diseños en seis grandes grupos: análisis temático, diseños fenomenológicos, enfoques narrativos, enfoques basados en el lenguaje, diseños etnográficos y diseños participativos o de investigación-acción. Ahora bien, una vez que descomponemos a estos grupos en sus componentes, encontraremos un aproximado de 15 diseños distintos. Aunque la siguiente enumeración no se limita a un conjunto específico y fijo, Pristrang y Barker (2012) y Hernández Sampieri et al. (2014) proporcionan un acercamiento sobre algunos de ellos.

Tabla 1

Algunos diseños de investigación cualitativa

	Diseños temáticos	Diseños fenomenológicos	Diseños narrativos	Diseños basados en el lenguaje	Diseños etnográficos	Diseños de investigación acción
Característica	“Comparten el objetivo de identificar y describir las ideas centrales (normalmente denominadas temas o categorías) que aparecen en los datos” (Pristrang y Barker, 2012).	“Exploran, describen y comprenden las experiencias de las personas con respecto a un fenómeno” (Hernández Sampieri et al., 2014).	“Prestan especial atención al desarrollo de acontecimientos o experiencias a lo largo del tiempo” (Pristrang y Barker, 2012).	“Prestan especial atención al desarrollo a las normas sociales subyacentes que rigen el lenguaje y a cómo éste funciona para alcanzar determinados fines para el hablante o el escritor” (Pristrang y Barker, 2012).	“Se caracterizan por una amplia recopilación de datos sobre el terreno, que suele incluir la observación participante” (Pristrang y Barker, 2012).	“Se basa en las fases cíclicas o en espiral de actuar, pensar y observar” (Hernández Sampieri et al., 2014)

4 Para la investigación cualitativa, Lincoln y Guba (1985; 2007) proponen la implementación de criterios propios, tales como el criterio de credibilidad, el criterio de transferibilidad, el criterio de dependencia y confirmación, así como el criterio de autenticidad y justicia.

5 Dentro de la lista de criterios éticos, la investigación cualitativa debería contemplar, como mínimo y en función del objeto de investigación, el principio de valor social y científico (González, 2002), el principio de selección equitativa, el principio de consentimiento informado y el principio de respeto a los participantes (Miranda-Novales y Villasís-Keever, 2019).

Diseños	<ul style="list-style-type: none"> - Teoría fundamentada: sistemática, emergente o constructivista - Análisis temático: reflexivo, híbrido o framework corundamentada: sistemática, emergente o constructivista 	<ul style="list-style-type: none"> - Fenomenología: hermenéutica o empírica - Estudio de caso 	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis narrativo - Historia de vida - Historia oral temática o relato de vida 	<ul style="list-style-type: none"> - Análisis del discurso - Análisis crítico del discurso - Análisis conversacional 	<ul style="list-style-type: none"> - Etnografía "realista" o mixtos, críticos, clásicos. - Estudios de casos culturales 	<ul style="list-style-type: none"> - Investigación acción - Investigación acción participante
----------------	---	---	---	---	---	---

Fuente: Elaboración propia, sobre la base de Pristrangy Barker (2012) y Hernández Sampier et al. (2014).
 Nota. Es importante tener en cuenta que la clasificación de los diseños puede variar en función de diversas características. Por lo tanto, la división aquí expuesta no debe ser interpretada como definitiva.

En lo que resta de la sección pasaremos revista a algunos de estos diseños, en función de su potencial para ser empleados en investigaciones jurídicas cualitativas en el campo del derecho empresarial. Es importante precisar que en nuestra presentación y análisis hemos omitido a los enfoques basados en investigación acción, pues no hemos identificado investigaciones en el campo empresarial que empleen este tipo de diseño.

Comenzaremos por la teoría fundamentada, también conocida como *grounded theory*. Esta corresponde a un diseño de investigación cualitativa desarrollado inicialmente por Barney Glaser y Anselm Strauss en la década de 1960. Este diseño destaca por rechazar el uso de preconcepciones teóricas en la búsqueda de la generación inductiva de una teoría a partir de los datos recopilados por los investigadores; teoría que debe ser capaz de ser aplicable a los datos estudiados y explicar de manera significativa el comportamiento estudiado (Glaser y Strauss, 1967/2006). Con posterioridad, en la década de 1990, fueron Strauss y Corbin (2002) quienes, bajo un enfoque estructurado en la aplicación de la teoría fundamentada, establecieron un procedimiento para el análisis de los datos cualitativos. De ahí que, dentro de la teoría fundamentada, existan diferentes variantes: la teoría fundamentada emergente de Glaser (1978), la teoría fundamentada sistemática de Strauss y Corbin (1998), a la que además se suma la teoría fundamentada constructivista desarrollada por Kathy Charmaz (2008). Esta última, sobre la base de la teoría fundamentada de Glaser y Strauss, enfatiza en la construcción interpretativa de la realidad social por parte de los participantes y los investigadores, los primeros cuando interpretan y dan sentido a sus experiencias y los segundos como observadores no neutrales con influencia en el proceso de investigación (Charmaz, 2008).

A diferencia de la teoría fundamentada, el análisis temático no busca generar una teoría, sino que más bien se limita a identificar temas o patrones culturales

a partir de un análisis inductivo o deductivo de los datos cualitativos (Pistrang y Barker, 2012). Ello con el fin de comprender e interpretar las percepciones y experiencias de los sujetos, así como explorar cómo las construcciones sociales influyen en los significados de estas vivencias (Mieles-Barrera et al., 2012). Dentro de este diseño existen diferentes variantes: el análisis temático reflexivo de Braun y Clarke (2021), el *thematic framework* (Ritchie y Spencer, 2002) y el análisis temático híbrido (Swain, 2018). En cuanto al primero, Braun y Clarke (2021), sobre la base de un análisis inductivo, resaltan el rol reflexivo del investigador y su subjetividad en el tratamiento y análisis de los datos. Así, proponen seis fases no lineales de análisis: “familiarización con los datos; codificación; generación de temas iniciales; revisión y desarrollo de temas; refinamiento, definición y denominación de temas; y elaboración del informe” (Braun y Clarke, 2021, p. 3). La segunda variante precitada, *thematic framework*, parte de un análisis deductivo que sigue un proceso lineal, pero flexible, que puede retroalimentarse en cualquiera de sus fases, que se inicia con la familiarización de los datos y continúa con la identificación de un marco teórico caracterizado por un “proceso de abstracción y conceptualización” y la posterior indexación –aplicación del marco temático a los datos– para finalizar con el *charting* –extracción y reorganización de los datos de acuerdo con la referencia temática adecuada– y vinculación “e interpretación de los datos en su conjunto” (Ritchie y Spencer, 2002, pp. 177-186, traducción propia). Finalmente, el análisis temático híbrido combina operaciones inductivas y deductivas de los datos, por lo que es propicio cuando se cuenta con una guía temática previa y se requiere de temas emergentes durante el análisis de los datos cualitativos. Asimismo, cuenta con tres fases, caracterizadas por la preparación inicial y exploración temática, codificación e incorporación continua de la data a los temas y la agrupación en familias temáticas (Swain, 2018).

Moviéndonos desde los diseños temáticos hacia los fenomenológicos, vemos que estos se basan en la contextualización de la experiencia interna individual y compartida sobre un determinado fenómeno, con el objetivo de descubrir el significado o esencia que los sujetos le otorgan para lograr una representación universal (Creswell y Poth, 2018; Pistrang y Barker, 2012; Van Manen, 2015). De ahí que el objetivo de las investigaciones, usualmente, responda a la pregunta central de “¿Cuál es el significado, estructura y esencia de una experiencia vivida por una persona (individual), grupo (grupal) o comunidad (colectiva) respecto de un fenómeno?” (Hernandez et al., 2014, p. 493). Dentro de este tipo de diseño hay también algunas variantes: el estudio fenomenológico empírico y el estudio fenomenológico interpretativo. La fenomenología empírica, también conocida como trascendental o psicológica, utiliza métodos estructurados con el objetivo de describir la experiencia sobre determinado fenómeno; mientras que la fenomenología hermenéutica, resalta la labor del investigador en su rol de intérprete de las vivencias de los sujetos en torno a un fenómeno. De esta última perspectiva, “la fenomenología comienza cuando no contentos con vivir interrumpimos la vivencia para significarla, la hermenéutica comienza cuando no contentos con pertenecer a la tradición transmitida interrumpimos la relación de pertenencia

para significarla” (Domingo Moratalla, 2001, p. 296). De acuerdo con Creswell y Poth, siguiendo a Moustakas, el estudio fenomenológico hermenéutico consta de, al menos, ocho fases que se inician con la evaluación del diseño para el fenómeno de interés, la recopilación de datos, la realización de descripciones y finaliza con la elaboración de la “descripción compuesta” de su “esencia” (Moustakas, 1994, como se cita en Creswell y Poth, 2018, *Procedures for Conducting Phenomenological Research*, traducción propia).

El estudio de caso, cuyo autor representativo es Robert K. Yin, se enfoca en la comprensión profunda de un “caso” o “casos”; entendido como un fenómeno social y contemporáneo definido y delimitado por preguntas y objetivos de estudio, y que ocurren en su entorno real, sobre todo cuando el contexto y el fenómeno bajo estudio no son fácilmente diferenciables entre sí (Yin, 2014). El caso puede versar sobre una persona o un conjunto de personas, organizaciones, eventos sociales o políticos, entre otros (Yin, 2018). Usualmente, en el estudio de caso se emplea un marco teórico o “proposiciones teóricas”, así como múltiples fuentes de datos. Además, la investigación puede tener fines exploratorios, descriptivos o explicativos —también llamados causales—. El proceso de análisis cuenta con diversas fases que, al menos, incluyen el diseño, que abarca la identificación y delimitación del caso o casos, así como la vinculación con teorías o proposiciones previas; la recopilación de datos, que puede ejecutarse desde un plano realista y/o relativista; el análisis de los datos, caracterizado por la organización de los datos, la búsqueda de patrones, el desarrollo de la estrategia de análisis, la aplicación de técnicas de análisis, entre otros; y el reporte de los resultados del estudio de caso (Yin, 2014; 2018).

En tercer término, los análisis narrativos se encaminan a estudiar la narración en sí misma, esto es, se enfocan en el sentido de las experiencias y eventos narrados por medio de entrevistas o análisis de documentos, antes que en el sujeto protagonista de la historia (Pistrang y Barker, 2012). El enfoque de análisis puede variar entre el análisis narrativo temático, el análisis narrativo estructural, el análisis narrativo dialógico/performativo y el análisis narrativo visual. El primero, se centra en el material escrito; el segundo, en la estructura de la narrativa; el tercero, en el “proceso dialógico entre el narrador y el oyente”; y el cuarto, en la narración que incluye texto e imágenes (Butina, 2015, pp. 190 y 193). Aunque no hay un único método de análisis, pues este varía en función del objetivo de la investigación y del enfoque de investigación, hay pautas determinadas a seguir (Butina, 2015). En esa línea, por ejemplo, Josselson (2011) destaca los siguientes puntos: reflexionar los sesgos propios del investigador, estudiar el material que contiene los datos de análisis a fin de identificar temas y desarrollar el significado profundo de cada uno de ellos hasta integrarlos y evidenciar similitudes y contradicciones, para luego vincular los temas con la teoría, en caso la hubiera.

Por su parte, la historia de vida se basa en la experiencia de vida de uno o más sujetos (Mallimaci y Giménez, 2006), bajo una narrativa que se caracteriza por

ser profunda y estar condicionada por una cronología que permita al investigador contextualizar de manera adecuada las experiencias abordadas (Monje, 2011). Todo ello con el propósito de representar fenómenos de mayor alcance (Pistrang y Barker, 2012). La historia de vida, al igual que el relato de vida, no se limita a “contar historias”, sino a construirlas, lo que implica un esfuerzo de repensar la historia por parte del narrador y comprender esa misma historia por parte del investigador (Cornejo et al., 2008). En cuanto a la metodología, no existe una vía única; sin embargo, existe un consenso en que esta involucra la elección del sujeto de estudio y el compromiso del investigador en la construcción de la historia, que incluye la inmersión de este en el contexto en el que se desarrolla el sujeto y el fenómeno a abordar (Vidanovic y Osorio, 2018). Además, dado el rol activo del investigador en función de la metodología interpretativa, la recolección y análisis de los datos no solo incluye procedimientos comunes de aplicación de técnicas para el recojo de información, sino también un “proceso de diálogo” para “impulsar las reflexiones” en el sujeto con el fin de obtener “la esencia de las realidades” (Vidanovic y Osorio, 2018, pp. 175-178).

Por otro lado, respecto al relato de vida, este parte de la narración de un grupo de sujetos sobre su experiencia de vida, pero condicionado a una temática y a un periodo de tiempo. Al igual que la historia de vida, el relato de vida implica subjetividad, pero difiere en la profundidad del relato. Con relación a la metodología, Cornejo et al. (2008) sugiere tener en cuenta las siguientes consideraciones: incorporar una reflexión del investigador al momento de definir la pregunta de investigación y las bases conceptuales y teorías que servirán de guía para desarrollar la investigación; las implicancias éticas al contactar a los participantes; el número de participantes; el número de entrevistas por participante que contemple al menos tres encuentros; el tratamiento y almacenamiento de los datos; la naturaleza del relato de vida como el resultado de la construcción entre el sujeto participante y el investigador que se basa en una relación de confianza y la incorporación de los “dispositivos de interanálisis” (Cornejo et al., 2008).

Por último, el análisis de conversación encuentra sus raíces en los trabajos colaborativos realizados entre 1960 y 1992 por Harvey Sacks, Emanuel Schegloff y Gail Jefferson (Wesley y Olguín, 2022). Este tiene por objeto el estudio de la conversación por ser “fuente de datos interaccionales”, al contener expresiones y coordinaciones de comportamientos sociales a nivel verbal y no verbal en tiempo real durante las interacciones sociales que evidencian “acciones” y “actividades” (Wesley y Olguín, 2022, pp. 2-4). En cuanto a la metodología, no existe una única manera de realizar análisis de la conversación. En esa línea, por ejemplo, autores como Palloti (2007), Wesley y Olguín (2022) coinciden en resaltar el proceso de selección y transcripción de la data bajo las convenciones de Gail Jefferson, así como evitar la aplicación de conceptos macrosociales y apearse a la perspectiva de los participantes al momento de dar lectura a las transcripciones para identificar los temas, además del análisis de la organización conversacional que incluye el estudio de la toma de turnos, las secuencias de acciones en la conversación, la

preferencia interaccional y la reparación o enmienda en la conversación cuando se presentan desafíos en la conversación. Por su parte, otros autores como Antaki y Díaz (2006) proponen un análisis de conversación bajo un modelo “híbrido” que combina la exploración pura y la aplicada. Bajo el primero, el análisis se centra en la manera en que las personas utilizan el lenguaje para comprenderse mutuamente y dar forma a la vida cotidiana tal y como la experimentan. Esto es, el desarrollo de la comprensión general de cómo las personas utilizan el lenguaje en la conversación. Bajo el segundo, se sistematiza lo obtenido a través de la exploración pura, para luego aplicar ese conocimiento a datos reales, observar patrones, interpretar significados y extraer información específica de una situación o contexto particular.

Pasando a los diseños basados en el lenguaje, el análisis del discurso tiene por objeto el estudio de un objeto esquivo como es el discurso. Ello pues, como apunta Iñiguez (2006), no existe una única definición de lo que se entiende por discurso. Iñiguez y Antaki (1994) definen al discurso como “un conjunto de prácticas lingüísticas que mantienen y promueven ciertas relaciones sociales”, por lo que el análisis estará dirigido a entender cómo determinadas formas de comunicación, expresadas a través del lenguaje, influyen en la construcción y regulación de las interacciones sociales (p. 63). Como pasos para el análisis, Iñiguez (2006) sugiere, primero, delimitar la relación social afectada y controlada por el lenguaje; segundo, elegir el material discursivo (*corpus*) caracterizado por ser representativo de la relación social bajo estudio y tener efectos discursivos de escala social; tercero, realizar el análisis que consiste en “relacionar las estructuras del lenguaje con las estructuras sociales” y que variará según el recurso a usar (actos del habla, pragmática, retórica, repertorios argumentativos, polaridades y deconstrucción) (Iñiguez, 2006, p. 117).

Por su parte, en el campo del análisis crítico del discurso (ACD), tenemos a la propuesta de Teun A. Van Dijk como una de las más difundidas y consolidadas. Como método de investigación multidisciplinar, este enfoque se centra en la relación del discurso –como evento comunicativo–, la cognición –personal y social– y la sociedad –que incluye las micro y macro estructuras sociales– bajo un enfoque crítico con las estructuras sociales que “producen” y “reproducen” el abuso de poder y la dominación de los menos favorecidos (Van Dijk, 1999, pp. 23-26). Aunque no tiene un método de investigación establecido, Van Dijk considera una serie de requisitos básicos para realizar ACD que contempla, al menos, los fundamentos lingüísticos y la selección de las estructuras discursivas, las formas de cognición social vinculadas al objeto de estudio caracterizados en contextos locales y globales (1999). A pesar de ello, autores como Meyer (2001/2003) han construido una propuesta de metodología de obtención de datos y una metodología de operacionalización y de análisis. El primero incluye el reconocimiento y delimitación de los participantes, así como los instrumentos de recolección de datos; el segundo, supone un ciclo no lineal del “análisis de las macroestructuras semánticas”, “el análisis de los significados locales”, “el análisis de las estructuras

formales ‘sutiles’”, el análisis de los discursos globales y locales, el análisis de la base lingüística y “el análisis del contexto” (pp. 52-53).

En cuanto a la etnografía, esta se centra en explorar las prácticas sociales de un grupo de personas, así como el significado que este mismo grupo le atribuye a estas prácticas con la finalidad de obtener una descripción profunda del fenómeno (Restrepo, 2016). De este modo, en la etnografía el investigador se presenta como un “observador” y un “participante subjetivo” que, en todo el proceso de investigación, se encuentra en constante reflexión (Angrosino, 2007/2012, p. 35). En este marco, para Restrepo (2016), por ejemplo, el etnógrafo debe saber “observar” y “escuchar”, así como tener habilidades de “contar” y “escribir”, además de tener “capacidad de asombro” incluso ante aquello que es cotidiano (pp. 30-36). En cuanto a la metodología, esta se puede resumir en las siguientes consideraciones: identificación del entorno y objeto de la investigación, registro y recogida de datos, análisis de los datos orientada al reconocimiento de patrones y presentación de los resultados (Hammersley y Atkinson, 1983/1994; Angrosino, 2007/2012).

Como síntesis de esta sección, podemos enfatizar la enorme diversidad y riqueza que exhibe el campo de la investigación cualitativa en la actualidad. Como se ha desarrollado, cada diseño de investigación posee particularidades y procedimientos propios que influyen directamente en la calidad de los estudios. Por ello, es esencial que cada fase del proceso esté guiada por criterios rigurosos de calidad y ética. No obstante, la flexibilidad inherente a la investigación cualitativa, junto con la posibilidad de ajustar los procedimientos según las necesidades del estudio, convierte a este enfoque en un espacio idóneo para nuevas investigaciones jurídicas, capaces de renovar y enriquecer el campo de estudio.

Usos de la Investigación Cualitativa con Utilidad para el Derecho Empresarial

Esta sección final tiene por objetivo ilustrar la utilidad de la investigación cualitativa en el derecho empresarial, a través de una revisión de tres estudios que abordan múltiples problemáticas relacionadas al derecho empresarial desde los diseños cualitativos del análisis temático, el estudio de caso y la fenomenología.

Primer Ejemplo: Un Estudio Cualitativo sobre la Perspectiva de Empleadores con Relación a los Permisos Parentales

Nuestro primer ejemplo corresponde a un estudio realizado por Nordberg (2019), en el que se entrevistó a 34 directivos relacionados al sector jurídico y a la policía, con referencia a sus perspectivas sobre los descansos parentales. La forma en que se diseñó el estudio permite hacer importantes comparaciones entre el sector público y privado, dado que se incluye tanto a abogados de estudios jurídicos como a los que se desempeñan en dependencias públicas. Este estudio tiene potencial para el derecho laboral empresarial, dado que contribuye a comprender los problemas, perspectivas y opinión general que se tiene sobre un

gran avance en los derechos laborales principalmente de mujeres en el ámbito empresarial.

Con relación al instrumento de recojo de información, se recurrió a entrevistas semiestructuradas con una duración aproximada de una hora. Las preguntas cubrían tres ejes centrales: experiencias de los directivos con relación a los permisos parentales, desafíos potenciales y cómo se maneja la temática desde una perspectiva práctica (del día a día). Asimismo, con referencia al diseño cualitativo de la investigación, en este caso se optó por un análisis temático híbrido pues, como señala la autora, se combinaron temas y códigos obtenidos de forma deductiva (a partir del marco teórico) con otros que fueron apareciendo de forma emergente (Nordberg, 2019).

Tres de los temas interesantes que aparecieron en las entrevistas son los siguientes: (a) la idea de que en el sector privado el descanso parental resta competitividad en un mercado laboral exigente; (b) la existencia de expectativas distintas sobre hombres y mujeres, con relación a la extensión del descanso parental — así, se espera que los hombres tomen licencias más cortas que las mujeres, y que estén de vuelta al trabajo antes, de forma tal que su posición no se vea tan afectada—; y, (c) también la lógica institucional (privada o pública y de diverso tipo) tiene una repercusión central sobre los valores, consecuencias y rol del empleador con referencia al descanso parental. Esto muestra que los incentivos que guían a estos sectores ejercen presión sobre la efectivización del derecho legal al descanso (Nordberg, 2019). Reseñamos estos tres temas, entre varios otros que discute el artículo, porque evidencian una relación directa con el diseño legal de la institución del descanso parental, a la vez que hacen explícitas las dinámicas estratégicas con las que los empleadores efectivizan derechos ganados en el papel de la ley.

Segundo Ejemplo: Cultura Organizacional y Corrupción en Organizaciones

Nuestro segundo artículo reseñado tiene relevancia en los campos de compliance y cultura organizacional. Se trata del estudio realizado por Campbell y Göritz (2014) en el que se estudió, desde un enfoque cualitativo, la cultura organizacional de organizaciones corruptas en diferentes campos, tales como comercio internacional, farmacia y construcción. Es importante notar que los autores hacen explícitas las razones por las que seleccionaron un enfoque cualitativo para su estudio: porque permitía una comprensión más profunda sobre un tema poco investigado, así como una mejor comprensión de la noción de “cultura organizacional” y porque permitía evadir el problema de organizaciones reacias a que se les aplique instrumentos cuantitativos tales como encuestas.

El estudio está basado en 14 entrevistas semiestructuradas de entre 45 minutos y 2 horas con 50 minutos hechas a expertos de Alemania, Austria y Estados Unidos, con relación a su experiencia trabajando en/para organizaciones corruptas. Asimismo, con relación al diseño cualitativo, nuevamente nos encontramos con un análisis temático, aunque esta vez más cercano al análisis temático deductivo

(sin que ello implique no haber generado nuevos códigos inductivos en respuesta a temas emergentes) (Campbell y Göritz, 2014).

Los hallazgos de este estudio se agrupan en función de las dos preguntas de investigación: cuáles son las características propias de la cultura de una organización corrupta y cuáles son las percepciones de directivos y trabajadores de organizaciones corruptas sobre su cultura organizacional. Dentro de lo primero, resalta que las organizaciones corruptas perciben su campo de acción como una suerte de guerra constante contra competidores, consumidores y otros grupos de interés (una suerte de juego de suma cero). Dado que en un contexto de guerra todo vale, los trabajadores de organizaciones corruptas no restringen su panoplia de opciones a aquellas permitidas por la ley. A ello se suma que en estas organizaciones el éxito y la seguridad son valores rectores, por encima de restricciones morales o juicio y evaluación ética. Por otro lado, en las organizaciones corruptas se produce un alineamiento de intereses, mediante el cual la supervivencia de la organización redundará en el éxito profesional y financiero de sus trabajadores. Finalmente, todo ello fomenta una cultura profesional en la que los fines justifican los medios (Campbell y Göritz, 2014).

Por otra parte, con relación a las percepciones de los directivos, encontramos una actitud disociada y hasta cínica frente a códigos de conducta y otros instrumentos análogos. Estos son letra muerta ante la realidad de la organización y sirven simplemente para instaurar una fachada. A ello se suma una cultura orientada a la exigencia de resultados para sus trabajadores, por encima de indicadores de proceso de desempeño o restricciones morales para conseguir objetivos. Actitudes análogas las podemos hallar en los trabajadores de estas organizaciones (Campbell y Göritz, 2014).

El estudio reseñado es de mucha utilidad para el campo del cumplimiento normativo y puede tener incluso repercusiones para el diseño de normas de derecho penal empresarial, o para el empleo de otras estrategias regulatorias blandas. Lo interesante es poder articular estas perspectivas para ofrecer mejores respuestas jurídicas cuando nos enfrentamos a culturas organizacionales que tienden hacia la corrupción.

Tercer Ejemplo: Un Estudio Cualitativo Basado en el Enfoque Fenomenológico sobre los Sobornos en el Mundo Empresarial

Nuestro tercer ejemplo corresponde a un estudio realizado por Salama y Chikudate (2022), en el que de manera novedosa se emplea un diseño de tipo fenomenológico para estudiar las experiencias vividas y el sentido común de personas de negocios en Indonesia con relación a los sobornos. Como mencionan los investigadores, un enfoque cualitativo es valioso porque nos brinda un acceso más en profundidad con relación a la cultura del soborno que lo que nos puede dar una investigación cuantitativa. A ello se suma que un estudio cualitativo de estas características requiere de una inmersión más profunda y una interacción

prolongada en el tiempo con los sujetos de estudio (Salama y Chikudate, 2022). En el contexto de la investigación cualitativa, ello permite un rapport más eficaz, esto es, permite construir una relación más estable y basada en la confianza, lo que redundará en mayor apertura y la provisión de información más rica y valiosa (Hecker y Kalpokas, 2023).

Con relación al diseño, se eligió la fenomenología porque esta permite revelar un sistema de pensamiento y razonamiento en las personas de negocios vinculado a cómo explican y racionalizan las prácticas corporativas de soborno. La herramienta de recojo de información fue a través de 10 entrevistas a profundidad con personas que tenían experiencia ofreciendo sobornos, algunas de las cuales incluso se encontraban en prisión (Salama y Chikudate, 2022).

En concreto, los resultados se agruparon en tres ejes: razones para los sobornos, racionalización de estos y efectos. Con relación a las razones, estas eran principalmente las siguientes: asegurar el éxito en acuerdos de negocios en un contexto competitivo; que se trataba de una suerte de sentido común compartido por todo el sector empresarial, algo que hace todo el mundo; y, finalmente, la conformación de una suerte simbiosis o reciprocidad entre quienes dan y quienes reciben los sobornos, es decir, la idea de que se genera un entorno de beneficio mutuo (Salama y Chikudate, 2022).

Pasando al eje de racionalización, la práctica de los sobornos se justificaba a través de tres estrategias: su contractualización, es decir, la construcción del soborno como una suerte de acuerdo; la idea de que el soborno no daña a terceros; y la idea de que se trataba de un cálculo racional que aseguraba mejores ingresos en el largo plazo. A pesar de ello, los participantes del estudio eran conscientes de los efectos negativos del soborno sobre el principio de equidad en la participación en el mercado, además de tener un impacto negativo mayor sobre negocios pequeños y medianos, ya sea porque no podían ofrecer sobornos o porque estos suponen una reducción porcentualmente mayor sobre las ganancias de negocios más pequeños. La conciencia de estos problemas llevó a algunos participantes a sentirse alienados en el trabajo e incluso los llevó a querer abandonar estas prácticas o renunciar a sus empleos (Salama y Chikudate, 2022).

Un estudio de estas características es valioso por razones que ya habíamos visto en el caso anterior, en la medida que nos permite un acercamiento a la forma en que una cultura organizacional y un sentido común social pueden repercutir sobre el diseño legal de figuras propias del derecho penal empresarial. Pero, a la vez, una mejor comprensión de este sentido común corporativo puede llevar a un mejor diseño del marco regulatorio, de cara a un mejor control de prácticas asociadas a la corrupción y el soborno corporativo.

Reflexiones Finales

En este capítulo nos hemos propuesto explorar de forma inicial el potencial de la investigación cualitativa aplicada al derecho empresarial. Dado que se trata de un enfoque sin mucha aplicación en este campo, hemos partido de secciones más didácticas en las que expusimos las diferencias entre la investigación jurídica doctrinaria y las investigaciones interdisciplinarias y empíricas. Así, después de presentar algunos rasgos generales de la investigación empírica, pasamos a abordar los diseños más utilizados en la literatura especializada con relación a la metodología cualitativa, no sin antes hacer un énfasis en los paradigmas empleados y la necesidad de emplear y explicitar los criterios éticos y de calidad de la investigación. A partir de ello, reseñamos tres estudios valiosos que abordan problemáticas que guardan relación con el derecho empresarial, en campos tales como compliance, calidad regulatoria, derecho laboral empresarial y derecho penal de la empresa. Esperamos que con ello hayamos contribuido a la apertura metodológica de la investigación jurídica, y a la generación de un nuevo campo de estudios empírico-cualitativos en derecho empresarial.

REFERENCIAS

- Angrosino, M. (2012). *Etnografía y observación participante en Investigación Cualitativa* (Trad. T. del Amo y C. Blanco). Morata. (Trabajo original publicado en 2007)
- Antaki, Ch. y Díaz, F. (2006). El análisis de la conversación y el estudio de la interacción social. En L. Íñiguez (Ed.) *Análisis del discurso. Manual para las ciencias sociales* (2ª ed., pp. 125-139). Editorial UOC.
- Arce, E. (2022). *El Derecho como objeto de investigación. Enfoques metodológicos y técnicas de recolección de datos*. Palestra.
- Barker, C., y Pistrang, N. (2021). Choosing a qualitative method: A pragmatic, pluralistic perspective. En P. M. Camic (Ed.), *Qualitative research in psychology: Expanding perspectives in methodology and design* (2ª ed., pp. 27–49). American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/0000252-002>
- Braun V. y Clarke V. (2021). Can I use TA? Should I use TA? Should I not use TA? Comparing reflexive thematic analysis and other pattern-based qualitative analytic approaches. *Counselling & Psychotherapy Research*, 21(1), 37-47. <https://doi.org/10.1002/capr.12360>
- Butina, M. (2015). A narrative approach to Qualitative Inquiry. *Clinical Laboratory Science*, 28(3), 190-196.
- Campbell, J-L. y Göritz, A. (2014). Culture corrupts! A qualitative study of organizational culture in corrupt organizations. *Journal of Business Ethics*, 120, 291–311. <https://doi.org/10.1007/s10551-013-1665-7>
- Charmaz, K. (2008). Constructionism and the Grounded Theory. En J. A. Holstein y J. F. Gubrium (Eds.), *Handbook of Constructuionist Research* (pp. 397-412). The Guilford Press.

- Cornejo, M., Mendoza, F. y Rojas, R. (2008). La investigación con relatos de vida: pistas y opciones del diseño metodológico. *Psikhe*, 17(1), 29-39. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=96717104>
- Creswell, J. W. y Poth, Ch. N. (2018). *Qualitative Inquiry & Research Design. Choosing Among Five Approaches* (4ª ed.). Sage.
- Domingo Moratalla, T. (2001). La fenomenología hermenéutica de Paul Ricoeur, mundo de la vida e imaginación. *Investigaciones fenomenológicas: Anuario de la Sociedad Española de Fenomenología*, (3), 291-302. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=230513>
- Epstein, L. y Martin, A. (2014). *An introduction to empirical legal research*. Oxford University Press.
- Fernández Flecha, M.; Urteaga, P. y Verona, A. (2015). *Guía de investigación en Derecho*. Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://cdn02.pucp.education/investigacion/2016/06/16192021/Guia-de-Investigacion-en-Derecho.pdf>
- Glaser, B. G. (1978). *Theoretical sensitivity: Advances in the methodology of grounded theory*. Sociology Press.
- Glaser, B. y Strauss, A. (2006). *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research*. Aldine Transaction. (Trabajo original publicado en 1967)
- González, M. (2002). Aspectos éticos de la investigación cualitativa. *Revista Iberoamericana de Educación*, (29), 85- 103. <https://www.redalyc.org/pdf/800/80002905.pdf>
- Guba, E. (1990). The Alternative paradigm dialog. En E. G. Guba (Ed.), *The paradigm dialog* (pp. 17-30). Sage.
- Guba, E. y Lincoln, Y. (2002). Paradigmas en competencia en la investigación cualitativa. En C. Denman y J. A. Haro (Comps.), *Por los rincones. Antología de métodos cualitativos en la investigación social* (pp. 113-145). El Colegio de Sonora.

- Hammersley, M. y Atkinson, P. (1994). *Etnografía. Métodos de investigación* (Trad. M. Aramburu). Ediciones Paidós. (Trabajo original publicado en 1983)
- Hecker, J., y Kalpokas, N. (2023). *Rapport en las entrevistas. La guía del análisis de entrevistas*. ATLAS.ti. <https://atlasti.com/es/guias/guia-del-analisis-de-entrevistas/rapport-en-las-entrevistas>
- Hernández Sampieri, R.; Fernández Collado, C. y Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). McGraw Hill.
- Hong Chui, W. (2007). Quantitative legal research. En M. McConville y W. Hong Chui (Eds.), *Research methods for law* (pp. 46-68). Edinburgh University Press.
- Íñiguez, L. (2006). El análisis del discurso en las ciencias sociales: variedades, tradiciones y prácticas. En L. Íñiguez (Ed.) *Análisis del discurso. Manual para las ciencias sociales* (2ª ed., pp. 83-124). Editorial UOC.
- Íñiguez, L. y Antaki, Ch. (1994). El análisis del discurso en psicología social. *Boletín de Psicología*, (44), 57-75.
- Josselson, R. (2011). Narrative Research: Constructing, deconstructing, and reconstructing story. En F. J. Wertz, K. Charmaz, L. M. McMullen, R. Josselson, R. Anderson y E. McSpadden (Autores), *Five ways of doing qualitative analysis: Phenomenological psychology, grounded theory, discourse analysis, narrative research, and intuitive inquiry* (pp. 224-242). Guilford Press.
- Lincoln, Y. y Guba, E.G. (1985). *Naturalistic Inquiry*. Sage.
- Lincoln, Y. & Guba, E.G. (2007). But is it rigorous? Trustworthiness and authenticity in naturalistic evaluation. *New directions for evaluation*, 114, 15-25. <https://doi.org/10.1002/ev.223>
- Mallimaci, F. y Giménez, V. (2006). Historia de vida y métodos biográficos. En I. Vasilachis de Gialdino (Coord.), *Estrategias de investigación cualitativa* (pp. 175-212). Gedisa editorial.

- Mendizábal, N. (2006). Los componentes del diseño flexible en la investigación cualitativa. En I. Vasilachis de Gialdino (Coord.), *Estrategias de investigación cualitativa* (pp. 65-206). Gedisa editorial.
- Meyer, M. (2003). Entre la teoría, el método y la política: la ubicación de los enfoques relacionados con el ACD. En R. Wodak y M. Meyer (Comp.) *Métodos de análisis crítico del discurso* (Trad. T. Fernández Aúz y B. Eguiabar, pp. 35-60). Gedisa editorial. (Trabajo original publicado en 2001)
- Mieles-Barrera, M.; Tonon de Toscano, G. y Alvarado, S. (2012). Investigación cualitativa, el análisis temático para el tratamiento de la información desde el enfoque de la fenomenología social. *Universitas humanísticas*, (74), 195-226. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4411518>
- Miranda-Novales, M. y Villasís-Keever, M. (2019). El protocolo de investigación VIII. La ética de la investigación en seres humanos. *Revista Alergia México*, 66(1), 115-122. <https://doi.org/10.29262/ram.v66i1.594>
- Monje, C. (2011). *Metodología de la Investigación Cuantitativa y Cualitativa. Guía didáctica*. Universidad Surcolombiana.
- Moral, C. (2016). Estrategias para ressitir a la crisis de confianza en la investigación cualitativa actual. *Educación XX1*, 19(1), 159-177. Doi:10.5944/educXX1.15582
- Nordberg, T. (2019). Managers' views on employees' parental leave. *Acta Sociologica*, 62(1), 81-95. <https://www.jstor.org/stable/48589195>
- Palloti, G. (2007). Conversation Analysis: Methodology, machinery and application to specific settings". En H. Bowles y P. Seedhouse (Eds.) *Conversation Analysis and Language for Specific Purposes*. Peter Lang.
- Pristrang, N. y Barker C. (2012). Varieties of qualitative research: a pragmatic approach to selecting methods. En H. Cooper, P. M., D. Long, A. T. Panter, D. Rindskopf y K. J. Sher (Eds.) *APA Handbook of research methods in psychology, Vol. 2: Research designs: Quantitative, qualitative,*

neuropsychological, and biological (pp. 5-18). American Psychological Association. <https://doi.org/10.1037/13620-000>

Ramos Núñez, C. (2007). *Cómo hacer una tesis en derecho y no envejecer en el intento* (4ª ed.). Gaceta Jurídica.

Restrepo, E. (2016). *Etnografía: alcances, técnicas y éticas*. Envión editores.

Ritchie, J. y Spencer, L. (2002). Qualitative data analysis for applied policy research. En A. Bryman y R. Burgess (Eds.), *Analyzing Qualitative Data* (pp. 173-194). Routledge.

Salama, N. y Chikudate, N. (2023). Unpacking the lived experiences of corporate bribery: a phenomenological analysis of the common sense in the Indonesian business world. *Social Responsibility Journal*, 19(3), 446-459. <https://doi.org/10.1108/SRJ-06-2021-0232>

Sotomayor, J. E. (2024). La investigación en derecho empresarial: una propuesta basada en enfoques teórico-metodológicos. En G. Boza, J. E. Sotomayor y B. Debenedetti (Eds.), *Derecho y empresa en el Perú contemporáneo. Volumen* (pp. 159-194). CICAJ PUCP y Maestría en Derecho de la Empresa PUCP.

Strauss, A. y Corbin, J. (1998). *Basics of qualitative research: Techniques and procedures for developing grounded theory*. (2ª ed.). Sage.

Strauss, A. y Corbin, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar teoría fundamentada*. Contus; Editorial Universidad de Antioquia; Facultad de Enfermería de la Universidad de Antioquia.

Swain, J. (2018). A Hybrid Approach to Thematic Analysis in Qualitative Research: Using a Practical example. En *SAGE Research Methods Cases Part 2*. SAGE Publications, Ltd. <https://doi.org/10.4135/9781526435477>

Van Dijk, T. (1999). El análisis Crítico del Discurso. *Revista Anthropos: huellas del conocimiento*, (186), 23-36.

- Van Gestel, H-W. y Poiares Maduro, M. (2012). *Methodology in the new legal world (EUI Working Papers 2012/13)*. European University Institute. https://www.researchgate.net/publication/256020569_Methodology_in_the_New_Legal_World
- Van Manen, M. (2015). *Researching Lived Experiences: Human Science for an Action Sensitive Pedagogy*. Routledge.
- Vasilachis, I. (2006). La investigación cualitativa. En I. Vasilachis, I. (Coord.), *Estrategias de investigación cualitativa* (pp. 23-64). Gedisa.
- Vidanovic, A. y Osorio, L. A. (2018). Epistemología de la Historia de Vida en la Investigación Cualitativa. *INNOVA Research Journal*, 3(5), 167-180.
- Walker, W. (2022). Una síntesis crítica mínima de las portaciones de los paradigmas interpretativo y sociocrítico a la investigación educacional. *Enfoques*, XXXIV(2), 13-33.
- Wesley, C. y Olgúin, L. (2022). *Análisis de la conversación: fundamentos, metodología y alcances*. Routledge.
- Yin, R. K. (2014). *Case study research. Design and methods* (4ª ed.). Sage.
- Yin, R. K. (2018). *Case study research and applications. Design and methods* (6ª ed.). Sage.

DIAGRAMACIÓN
LORENA PATRICIA BULLÓN CAPCHA
CORREO E.: lorena.bullonc@gmail.com
JULIO 2025 LIMA - PERÚ

El presente libro recoge aportes de diversas expertas y un experto, de Perú y de Colombia, en torno a las nuevas aproximaciones a las que hoy en día los investigadores en el ámbito del derecho empresarial pueden recurrir en su labor.

Los distintos textos que lo componen abordan la importancia y las posibilidades que la jurisprudencia y del enfoque cualitativo como parte de estas nuevas metodologías. Así, amplían los horizontes de las posibilidades de investigación en derecho empresarial.

Esta obra, copublicada por el Centro de Investigación Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) y la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, busca ser una herramienta que permita a los investigadores e investigadoras acercarse a estas nuevas formas de investigar en el marco del derecho empresarial, de una manera crítica.

ISBN: 978-612-49809-4-7



9 786124 980947