

# Del neoinstitucionalismo y su discurso sobre la *seguridad jurídica* al estado de excepción para la confianza extorsionista en Colombia

**César Guauque Torres**

Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia

Politólogo Universidad Nacional de Colombia

Doctorante en Ciencias Sociales

Universidad Nacional de La Plata (Argentina)

**E**l nuevo institucionalismo no es propiamente un enfoque de política económica; en estricto sentido es más un acercamiento en perspectiva multidisciplinar al desarrollo de las instituciones y su importancia para el conjunto de la sociedad. No obstante y debido a la importancia que en los Estados Unidos ha tenido la denominada “economía institucional”, que tiene como fuentes los aportes de Thorstein Veblen, John R. Commons, Wesley Mitchel y Clarence Ayres (economía institucional original), la cual es ampliada y complementada por la “nueva economía institucional” de autores como Ronald Coase, Oliver Williamson y Douglass North<sup>1</sup>, hoy en día tiene una mayor presencia la connotación económico-política de esta escuela.

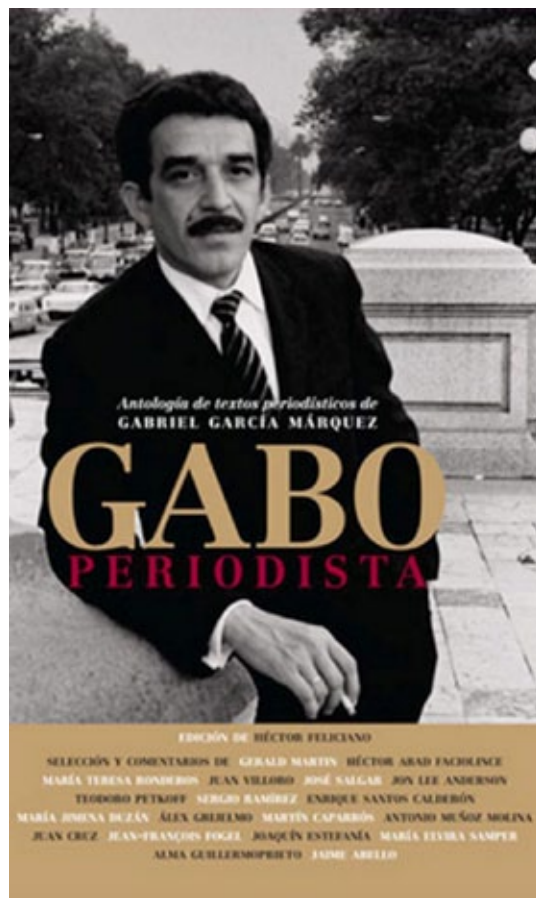
La perspectiva neoinstitucionalista puede ser vista como un planteamiento alternativo a la teoría neoliberal por cuanto, al poner en evidencia

<sup>1</sup> Malcolm Rutherford, “La economía institucional Antes y ahora”, publicado originalmente en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No 3, 2001.


el reduccionismo en que esta incurre al establecer al mercado como única instancia de regulación, nos muestra la importancia de las instituciones para las interacciones y el comportamiento de las personas. Las instituciones son definidas como aquellas reglas de juego formales e informales que estructuran las relaciones sociales, dándole un marco de referencia a las interacciones humanas. Para North y otros economistas institucionales uno de los conjuntos de reglas más cruciales que definen la institución del mercado es el régimen de los derechos de propiedad desarrollado dentro de un sistema político. Sin la capacidad del gobierno de crear y poner en práctica esas regulaciones, el mercado no podría funcionar. Para ellos, este simple hecho es desconocido por los políticos “*de la derecha*” que suponen que el “mercado libre” es la solución para todos los problemas de la sociedad.

Es por ello que el Estado debe proveer los diseños institucionales que resulten más convenientes para el desempeño de la economía *de mercado*. La calidad de las instituciones y la percepción pública respecto de estas pueden generar un entorno favorable para la inversión y el crecimiento, el propósito fundamental es fortalecer la capacidad de desarrollar reglas de juego que permitan la reducción de los costos para el acceso, tenencia y transferencia de los derechos de propiedad (costos de transacción). La seguridad jurídica se convierte en principio fundamental del ordenamiento normativo, los estados buscan reducir la complejidad de los inversionistas y ofrecer garantías de estabilidad en las reglas,

Como señala Evans: “En el mundo real, los inversores transnacionales que intentan integrar sus operaciones en una variedad cambiante de entornos nacionales necesitan sectores públicos predecibles y competentes, todavía más de lo que las necesitan los inversores domésticos tradicionales, que pueden concentrar su tiempo y energía en establecer relaciones con una estructura individual y concreta de gobierno” (Evans, 2007, p. 99).



<http://www.revistaarcadia.com/impresalibros/articulo/gabo-periodista/34821>



En el mundo real, los inversores trasnacionales que intentan integrar sus operaciones en una variedad cambiante de entornos nacionales necesitan sectores públicos predecibles y competentes, todavía más de lo que las necesitan los inversores domésticos tradicionales, que pueden concentrar su tiempo y energía en establecer relaciones con una estructura individual y concreta de gobierno” (Peter Evans).

En el marco de la implementación de las políticas neoliberales, el Banco Mundial denunciaría que la *captura del Estado* por parte de sectores tradicionales conducía a la distorsión del marco legal y regulatorio, generando inseguridad jurídica para los inversionistas. Se imponían, entonces, como necesarias las reformas normativas que en Colombia van desde la modificación, bajo el gobierno de Pastrana, del potencialmente peligroso artículo 58 de la Constitución de 1991, pasando por la política de la confianza inversionista de Uribe, que hoy se mantiene incólume (salvo la derogación de la oprobiosa ley 963 de 2005), en las locomotoras de la *prosperidad* para los inversionistas del gobierno de Santos.

### Adaptación y distorsión: El enfoque neoinstitucional en un contexto de excepcionalidad (paralegalidad e ilegalidad)

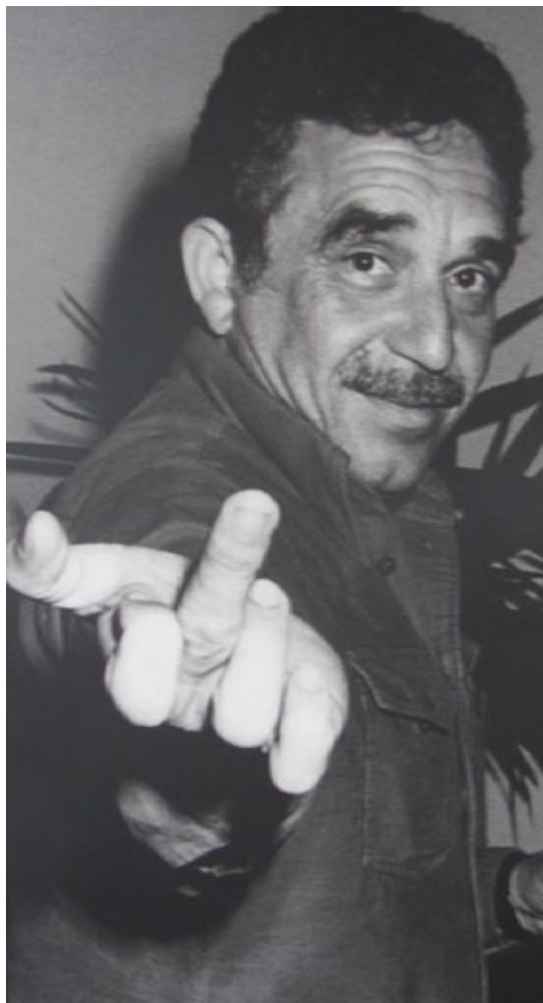
Ubicándonos ya en el contexto de la incorporación-implantación normativa en el caso colombiano, vemos como se presenta una clara distorsión en el proceso de trasplante de la doctrina jurídico-política neoinstitucionalista que está acompañado de una serie de implantaciones normativas que, aun cuando invocan como fundamento de legitimación la introducción de unas reglas de juego estables para estimular las condiciones de eficiencia de los mercados, lo que en realidad consagran es un marco de paralegalidad o de franca ilegalidad para el favorecimiento ilegítimo de los intereses de las empresas de capital trasnacional.


La implementación de la figura de los contratos de estabilidad jurídica (ley 963 de 2005), así como la proliferación de las zonas francas, el retorno al contrato de concesión en materia petrolera y la multiplicación de los títulos de concesión para la explotación y explotación minera en Colombia son, entre otros, los tipos de reglas que el Estado colombiano ha establecido para promover la inversión extranjera por cualquier medio y a cualquier precio, dando

continuidad de esta manera a la forma de capitalismo parasitario, depredador y mercenario del que han hecho gala históricamente nuestras elites criollas, desplegando sin ambages un *estado de excepción normal* que se observa en la fragmentación del ordenamiento jurídico (por cuanto se ha establecido un *derecho a la carta*, es decir a la medida de los intereses de cada inversionista), en la fragmentación del territorio (como quiera que se han legalizado las formas que asume su reestructuración feudal-corporativa) y en la regresividad tributaria por el tratamiento diferencial que envilece aún más la distribución de la renta en el país y además debilita el Estado (Restrepo, 2010; Azuero, 2010; Kalmanovitz, 2012 ).

Como si esto fuera poco, durante el anterior gobierno se desarrollaron actuaciones dentro del plano de la abierta ilegalidad para favorecer, en contra de la Constitución y la ley, a los agentes-inversores del capital trasnacional. En casos como la prórroga del contrato de asociación a las empresas Texas para que siguiera explotando el gas en La Guajira, y Occidental para que continuara explotando el yacimiento de Caño Limón en Arauca, hasta su agotamiento, así como en el otorgamiento de licencias ambientales sin la observancia de los requisitos a empresas como Anglo Gold Ashanti para la explotación de oro en el departamento del Tolima, lo que se observa es una clara, manifiesta y decidida voluntad de atentar legalmente (pues siempre se afirma que se actúa “en derecho”) contra la Constitución, las leyes y la soberanía del pueblo colombiano.

Este fenómeno ha sido explicado en buena medida a partir de la tesis de Garay (2004) sobre el paso de la captura a la reconfiguración cooptada del Estado en el caso colombiano. Sin embargo, y en discusión con esa tesis, podemos señalar desde otra perspectiva que más allá de la posibilidad de incidir en la distorsión del ordenamiento jurídico que tienen ciertos actores (legales o ilegales) en función de sus intereses, es en la capacidad de autoestructuración, constitución





La reestructuración contemporánea del modo de producción capitalista lleva a los inversores trasnacionales a convertirse en un poderoso sector que a partir de su propia construcción jurídico-política de la realidad al margen del factor territorial produce parámetros, organizaciones, procedimientos y prácticas que terminan por concretarse en la generación de políticas normativas de estímulo y protección de la inversión privada, las cuales se encuentran acompañadas de fuertes presiones e imposiciones sobre los Estados-nación.

normativa y reproducción de su racionalidad como sector globalizado (a través de la generación de formas de articulación, parámetros, estándares, procedimientos e incluso instituciones y mecanismos de coerción) en donde radica la capacidad extorsiva de los inversores trasnacionales sobre los Estados-nación.

### Los procesos de autoestructuración global como base de la capacidad extorsiva de los inversores trasnacionales sobre los Estados-nación

La reestructuración contemporánea del modo de producción capitalista lleva a los inversores trasnacionales a convertirse en un poderoso sector que a partir de su propia construcción jurídico-política de la realidad al margen del factor territorial produce parámetros, organizaciones, procedimientos y prácticas que terminan por concretarse en la generación de políticas normativas de estímulo y protección de la inversión privada, las cuales se encuentran acompañadas de fuertes presiones e imposiciones sobre los Estados-nación.

Tomando como fundamento la sociología jurídica de Gunther Teubner a partir de su noción de derecho reflexivo (2000), pasando por la caracterización del pluralismo jurídico con base en la fragmentación de formas de racionalidad en un sistema global (2005) hasta la idea del derecho como *un sujeto epistémico*, es posible señalar cómo la racionalidad de este sector social global está dada por su particular modo de construcción jurídica de la realidad acorde con su interés y posición dentro del campo, produciendo su propio discurso a partir de su comprensión de términos como seguridad jurídica, flexibilización, estandarización de reglas, incentivos, exenciones, calificación del riesgo, eficiencia, costos de transacción, deslocalización, contrato y arbitramento, entre otros.

Como normas generadas a partir de la mecánica de autoreproducción de los inversores trasnacionales como sector social global, tenemos entre otras los

acuerdos comerciales multilaterales como los de la OMC, los acuerdos regionales de libre comercio con capítulos sobre inversiones, así como los TPPI (Tratados de protección de las inversiones) y las disposiciones y reglas concernientes a las inversiones, incluyendo el reconocimiento de la jurisdicción del CIADI (Centro internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones).

La capacidad de influencia y penetración que sobre la estructuración del derecho interno de los Estados-nación tienen estos sectores, se puede observar en la presión ejercida a través de las firmas calificadoras de riesgo, las cuales actúan como un verdadero aparato coercitivo del sector, al ser una forma de medición y evaluación de los factores que condicionan la seguridad jurídica de las inversiones de acuerdo a unos estándares de medición del riesgo-país definidos autocráticamente por ellas, como por ejemplo la eficacia de la administración de justicia. Los muy cuestionados instrumentos y estándares de medición utilizados por estas firmas<sup>2</sup> operan realmente como un instrumento de coacción sobre los países que desarrollan prácticas no acordes con el interés y la racionalidad del sector en



<http://unmundodeinfusiones.pharmadus.com/wp-content/uploads/2014/04/gabriel-garc%C3%ADa-m%C3%A1rquez-gabo.jpg>

---

<sup>2</sup> En el año 2008, días antes de la quiebra del banco de inversión Lehmann Brothers, las firmas calificadoras de riesgo le habían otorgado una calificación triple A a la deuda adquirida por esta compañía. La crisis provocada por la expansión irresponsable del mercado de derivados financieros carentes de respaldo real llevó al sistema capitalista global a una de sus peores crisis en este año. "Tiembra calificadora Moody's, llega Wikirating", *El Espectador Colombia*, <http://www.elespectador.com/economia/articulo-323496-tiembra-calificadora-moodys-llega-wikirating>, recuperado el 28 de enero de 2012.



términos de reducción de las rentas del Estado sobre las áreas en las cuales incursionan (*state take*), los costos de transacción, la flexibilidad, los incentivos y exenciones para sus actividades.

Estas formas de racionalidad normativa, convertidas en verdaderas fuentes de producción del derecho, convergen finalmente en el ordenamiento jurídico estatal, pero no se traducen en los criterios de generalidad, abstracción e impersonalidad propios del derecho en su forma estado-nacional moderna sino en la validación-legitimación general de la manera como esos sectores capturan el espacio estatal y consagran campos parciales de regulación, campos sociales semiautónomos, de paralegalidad o dan lugar a procesos de refeudalización.

El carácter imperativo que en la sociedad global adquieren los mecanismos de integración económica hace que los Estados traten de acoplarse a lo que se asume como un estado de hecho preexistente, naturalizado por la fuerza discursiva de los actores dominantes del sistema global. La guerra de lugares para el desarrollo de inversiones en función de la rentabilidad de las corporaciones e inversores transnacionales lleva a los gobiernos a modificar las normas y fragmentar el Estado de derecho estableciendo un trato diferencial y preferente que permita atraer la inversión a sus países.

En un taller de periodismo en la Fundación Gabriel García Márquez para el Nuevo Periodismo Iberoamericano (FNPI), Cartagena



## Referencias

- » Azuero, Francisco (2010). "Los contratos de estabilidad jurídica: nuevos absurdos", publicado en *Economía y políticas públicas*, [http://franciscoazuero.blogspot.com.ar/2010\\_08\\_01\\_archive.html](http://franciscoazuero.blogspot.com.ar/2010_08_01_archive.html), recuperado el 04 de abril de 2012.
- » Bourdieu, P. & Teubner, G. (2000), *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre editores.
- » Evans, Peter (2007). *Instituciones y desarrollo en la era de la globalización neoliberal*, Bogotá, ILSA.
- » Garay, Luis Jorge (dirección académica), Salcedo-Albarán Eduardo, Isaac de León-Beltrán, Guerrero Bernardo (s.f.). <http://www.transparenciacolombia.org.co/Portals/0/descargas/publicaciones/Resumen%20estudio%20captura%20del%20Estado%20-%20art.pdf>
- » Kalmanovitz, Salomón (2012). "Temas tributarios". *El Espectador*, recuperado el 04 de Abril de 2012 de la base de datos <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-335829-temas-tributarios>.
- » Restrepo, Juan Camilo, Cepeda Iván *et al* (2010). *Las perlas uribistas*, Bogotá, Editorial Debate.
- » Rutherford, Malcolm (2001). "La economía institucional: Antes y ahora", publicado originalmente en *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No 3.
- » Teubner, Gunther (2005). *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, Bogotá Universidad Externado de Colombia.

