

**EN BUSCA DE UN CONCEPTO DE COMPETITIVIDAD EN EL DERECHO  
PETROLERO COLOMBIANO QUE GARANTICE EL DESARROLLO HUMANO Y  
SOSTENIBLE**

**JORGE EDUARDO VALDÉS PINILLA**

**Código: 40200117296**

**Universidad de Manizales**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Programa de Derecho**

**Manizales**

**2013**

**EN BUSCA DE UN CONCEPTO DE COMPETITIVIDAD EN EL DERECHO  
PETROLERO COLOMBIANO QUE GARANTICE EL DESARROLLO HUMANO Y  
SOSTENIBLE**

**JORGE EDUARDO VALDÉS PINILLA**

**Trabajo de grado presentado para optar al título de Abogado**

**Director**

**Dr. CLAUDIA MUNEVAR**

**Abogado**

**Universidad de Manizales**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Programa de Derecho**

**Manizales**

**2013**

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>6.</b>
<b>1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA</b>	<b>8.</b>
<b>2. DELIMITACIÓN DEL ÁREA</b>	<b>10.</b>
<b>2.1. Delimitación del tema</b>	<b>10.</b>
<b>3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA</b>	<b>12.</b>
<b>3.1. Preguntas orientadoras</b>	<b>13.</b>
<b>4. JUSTIFICACIÓN</b>	<b>14.</b>
<b>5. OBJETIVO GENERAL</b>	<b>16.</b>
<b>5.1. Objetivos específicos</b>	<b>16.</b>
<b>6. METODOLOGÍA</b>	<b>17.</b>

6.1.	Tipo de investigación	17.
6.2.	Técnica de investigación	17.
6.3.	Fuentes de información primaria y secundaria	18.
6.4.	Técnicas e intr. de recolección de información	19.
6.4.1.	Fases de investigación	19.
6.5.	Sistematización de la información	19.
6.6.	Resultados esperados	20.
7.	CRONOGRAMA	21.
8.	RESULTADOS ALCANZADOS	22.
<b>CAPÍTULO I</b>		
<b>EL DERECHO PETROLERO COLOMBIANO, UNA PERSPECTIVA ECONÓMICO-POLÍTICA</b>		<b>22.</b>
1.1.	El petróleo como objeto de deseo económico-político	22.
1.1.1.	Fundamento político	24.
1.1.2.	Jurisprudencia ¿nula?	26.
1.2.	Marco normativo petrolero	27.
1.2.1.	El petróleo en los documentos CONPES	27.
1.2.2.	El entramado político de las normas	29.

1.2.3. Implicaciones en el ordenamiento jurídico	32.
1.2.4. Análisis del contrato petrolero	33.
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>LA VALIDEZ DEL MUNDO JURÍDICO DEL PETRÓLEO</b>	<b>40.</b>
2.1. El derecho en diálogo con la economía	40.
2.2. La Constitución de 1991 y su relación con la comp.	44.
2.3. Economía, derecho y su relación con la dignidad humana. El desarrollo humano en el campo energético	50.
2.4. Validez jurídica del derecho petrolero	57.
2.4.1. El concepto de competitividad ‘estrecha’	65.
2.5. La tensión y la flexibilidad en el desarrollo económico	66.
2.5.1. La tensión en el desarrollo	76.
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>LA COMPETITIVIDAD SISTÉMICA</b>	
<b>COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PETROLERO</b>	<b>84.</b>
3.1. Competitividad sistémica como alternativa a la ‘estrecha’	84.
3.2. La Constitución petrolera y los Planes de Desarrollo	90.
3.2.1. La competitividad en el negocio petrolero	93.
3.3. El petróleo como un bien económico, político y social	94.

<b>3.3.1. Competitividad sistémica: un concepto forjado en la sociedad civil</b>	<b>96.</b>
<b>3.4. Competencias para la nueva ‘competitividad’</b>	<b>100.</b>
<b>3.5. Desvelando lo político en el derecho petrolero</b>	<b>104.</b>
<b>3.5.1. Un nuevo derecho energético con más participación social</b>	<b>106.</b>
<b>3.6. La realidad de la competitividad</b>	<b>108.</b>
<b>3.6.1. Una competitividad hecha por todos</b>	<b>110.</b>
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>PROPUESTA FINAL</b>	<b>113.</b>
<b>9. CONCLUSIONES</b>	<b>122.</b>
<b>10. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>126.</b>

## RESUMEN

La competitividad es un valor económico y político que se ha gestado con gran dinamismo durante los últimos veinte años, convirtiéndose en un elemento esencial para la formulación y promulgación de las políticas públicas para el desarrollo, en especial, en el campo de la minería y los hidrocarburos. A su vez, el dinamismo de la economía mundial del petróleo, de por sí complejo, añade al desarrollo jurídico de las políticas energéticas un impulso a partir del principio de 'competitividad' desde su concepto más anglosajón, dejando de lado realidades circundantes al negocio petrolero, desconociendo el valor de la competitividad para el desarrollo humano integral de las comunidades por mecanismos como la flexibilización del derecho o la invisibilización. Por tanto, este trabajo se propone aportar una ruta jurídica con el fin de ofrecer un esquema de competitividad, desarrollo y crecimiento económico que sea más favorable a las demandas sociales. Finalmente, nos centramos en la propiedad repartida del subsuelo con el fin de hacer partícipes a cada una de las comunidades de las decisiones sobre los recursos, en este caso: el petróleo, que no sólo tienen connotaciones económicas, sino también políticas, sociales y culturales.

**Palabras clave:** competitividad, derecho petrolero, políticas públicas de desarrollo, sociedad civil, subsuelo.

## **0. INTRODUCCIÓN**

La gran mayoría de los países en vía de desarrollo como India, Indonesia, Malasia y Brasil han adoptado la tecnocracia como medio para acrecentar capitales y capturar nuevos mercados. El petróleo y su mercado no podían ser la excepción, por eso, se encuentra dentro de los derroteros económicos de los grandes competidores mundiales de finales de siglo, ya que el petróleo es el bien que más moviliza tanto a la industria como a una gran variedad de fuerzas políticas, basta ver el caso de la invasión norteamericana a Irak.

Colombia desde el siglo XIX hasta nuestros días, ha decidido mantener el petróleo como un recurso del subsuelo que pertenece al Estado. Por tal motivo, el crudo ha tomado siempre una connotación pública desde los inicios de la república. Esto implica que el Estado mismo debería desde sus posibilidades jurídicas y económicas encargarse de la industria petrolera, más aún si reporta tantas ganancias como lo hace para las empresas extranjeras. Este proceso se denominó ‘modernización del Estado’, el cual se dio como norma superior con la promulgación de la Constitución de 1991<sup>1</sup>. Paralelamente, permitió el fortalecimiento de la actividad privada y un mayor protagonismo en las realidades sociales con el fin de no solo dar un espaldarazo a la economía, sino al papel político de las iniciativas privadas de dicha nueva era.

---

<sup>1</sup>Sin embargo, para Salomón Kalmanovitz: “La constitución de 1991 reflejó un pacto en el que se democratizó la vida política colombiana, al tiempo que se introdujeron reformas liberales que debían conducir a un debilitamiento de los poderes corporativos —de los grupos económicos y de los sindicatos públicos— con la instauración de una mayor competencia a la producción nacional, la privatización de los servicios públicos y de una banca central que renunciaba a la emisión que favoreciera intereses particulares o a la financiación inflacionaria del gobierno” (2001, p. 13-14).

Con base en lo anterior, tanto el derecho como el mismo Estado debieron adecuarse para hacer de Colombia un país más competitivo en materia económica, es decir, un país capaz de generar renta. Hoy en día, medimos los resultados en términos de rentabilidad y son perceptibles en la economía nacional.

Sin embargo, dadas las vastas exigencias de la economía global, esto ha hecho que sean más estrictas las condiciones de los inversionistas para incursionar o mantenerse en determinado país. Concretamente, en ciertos países con problemas de conflicto interno o narcotráfico, por ello, en los últimos años, se ha percibido en nuestro país que en aras de la competitividad y la eficiencia se han flexibilizado al máximo gran cantidad de políticas públicas incluso haciendo negatorios derechos esenciales al ser humano o dañando nuestro propio ambiente –la minería, por ejemplo– todo esto con el afán de motivar la tan anhelada inversión extranjera.

Lo que este proyecto de grado pretende, es presentar como ha sido implementado erróneamente el concepto de competitividad en materia petrolera colombiana, entendiéndose de un modo muy reducido por parte del Estado, tan solo como renta, ya que existe un enfoque más amplio que presenta otros criterios que tienen en cuenta a la dignidad humana y al desarrollo humano y sostenible.

Por tanto, es necesario configurar un concepto de competitividad que sea más participativo e incluyente y que, además, apunte al desarrollo social y del medio ambiente. Para ello, hemos considerado pertinente trazar la siguiente ruta: (i) describir la realidad que hoy circunda el negocio petrolero; (ii) comprobar las posibilidades con las que cuenta el pensamiento político energético colombiano; (iii) analizar las connotaciones socio-económicas de las políticas petroleras. Finalmente, el presente trabajo pretende traer a la realidad muchas de las peticiones de justicia de aquellos que habitan en comunidades que están directamente implicadas en el negocio petrolero.

## **1. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA**

El petróleo es en la práctica el combustible de la vida moderna por ser una de las fuentes energéticas de más fácil extracción y transporte, además de inculturarse como una de las materias primas más utilizadas dentro de las sociedades contemporáneas, por ejemplo, el desarrollo del plástico y sus derivados.

Su uso se inicio en la segunda mitad del siglo XIX y se popularizo en los años 20 del siglo pasado, con el auge de la era del automóvil, desde entonces se ha imbricado en los procesos productivos industriales<sup>2</sup> más importantes.

Hoy en día, el mercado mundial del petróleo reconoce la necesidad de asegurar la oferta y la estabilidad de los precios del crudo debido a que no solo es relevante para la industria petrolera, sino para todos los implicados en los procesos energéticos, pues la primera, sigue capitaneando a la segunda. En Colombia, el petróleo esta jurídicamente sometido al contenido material de la Constitución, la cual contiene en sí misma una doctrina económica determinada que apoya un mercado controlado, en nuestro caso, una economía de libre mercado dentro del marco de desarrollo que el Estado pretende.

---

<sup>2</sup>Así, para autores como Daron Acemoglu y James Robinson, el proceso de industrialización efectuó una revolución en la producción, “utilizando nuevas máquinas accionadas por ruedas de agua, y posteriormente con motores de vapor. La mecanización de la producción de algodón aumentó extraordinariamente la productividad de los trabajadores, primero en el sector textil y más adelante en otros sectores. El motor de los avances tecnológicos en la economía era la innovación” (2012, p. 48).

Por tal motivo, hay diversas posturas teóricas que afirman que existen ciertos elementos culturales que a la hora de producir derecho determinan la eficiencia de la economía, estos movimientos han provocado que las nuevas rutas del derecho económico verifiquen la necesidad de contar con las variables culturales favorables a la eficiencia. Como hemos venido considerando, la economía petrolera es internacional. A este nivel, también se examina la relación derecho y economía. Por lo que se reproduce prácticamente un mismo razonamiento a nivel local en términos de elasticidad y relación con las normas, pero añadiendo un elemento muy importante, a saber: lo 'itinerante' del capital.

Por tanto, la competitividad como se entiende desde la perspectiva de renta, es la más deseada para promover la inversión extranjera, en especial, en el sector petrolero.

## **2. DELIMITACIÓN DEL ÁREA**

El presente proyecto de trabajo de grado presenta un análisis investigativo del concepto de competitividad ligado al desarrollo humano y sostenible, siendo uno de los principios fundamentales para una economía de libre mercado como la nuestra, la cual se encuentra enmarcada dentro de la Constitución Política de 1991.

Asimismo, tenemos que el área de estudio del presente trabajo de grado pertenece al derecho constitucional con elementos del derecho económico e incluso algunos atisbos de derecho ambiental.

### **2.1. Delimitación del tema**

El proyecto desarrollado se enmarcó dentro del ámbito del derecho petrolero y económico debido a que la competitividad es un valor económico y político que ha venido gestándose con gran dinamismo en los últimos veinte años, convirtiéndose en un elemento de juicio central para las diversas políticas públicas de desarrollo.

En primer lugar, se describieron detalladamente los elementos constitutivos del derecho petrolero en Colombia, teniendo en cuenta que antes de entrar a hacer análisis o consideraciones de fondo se debe conocer muy bien la estructura del objeto de estudio.

En segundo lugar, se analizó la relación entre el derecho y la economía, además de su aplicación en un Estado social de derecho.

Y finalmente, estableciendo la estructura del derecho petrolero colombiano se analizó la connotación socio-jurídica, económica y de desarrollo sostenible de la implementación del concepto de competitividad en las políticas petroleras en Colombia.

### **3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El concepto de competitividad esta en boga en materia económica y desarrollo sostenible, Colombia ha incursionado en los últimos años en la globalización del mercado del petróleo y para ello dio pie a un proceso de verificación de las condiciones de desarrollo a partir de las ventajas competitivas. Este proceso de reconocimiento de las competitividades se denomina '*factor driven*', el cual consiste en enlistar los recursos naturales o sectores de experimentación con éxito probado o *clusters* (concentración de empresas, instituciones y universidades que comparten el interés por un sector económico y estratégico concreto).

El anterior concepto ha venido adentrándose cada vez más y con mejores facetas en los últimos años, implicando que los planteamientos de libre competencia y competitividad necesariamente deben ajustarse no solo a tener como sujetos de referencia a los 'productores' y 'consumidores', sino al conglomerado social y al ambiente mismo puesto que estamos hablando de procesos sociales que conjugan aspectos jurídicos, económicos y de desarrollo sostenible, es decir, aspectos que engloban a toda la sociedad.

Esto en términos jurídicos implicaba la posibilidad de ofrecer contratos de exploración y extracción mucho más benéficos para los inversionistas extranjeros dado el costo del montaje de la industria para hacerlo por nuestros propios medios, por ende, so pretexto de que tomar esta decisión era lo más competitivo para la industria petrolera nacional, se posibilitó el ingreso fluido de inversionistas extranjeros (personas naturales y jurídicas) y sus capitales para su inserción en los mercados internos tanto en la producción como en la comercialización o en la extracción de fuentes de riqueza natural –materias primas– como p. e., el agro o la

minería. Con el negocio petrolero la situación fue igual a lo expuesto anteriormente, más bien debido a su importancia económica y política se hizo más acentuado. El petróleo en Colombia con su análisis de eficiencia, comienza a fracturar con mayor fuerza y rapidez la soberanía de los intereses públicos acerca del recurso, justificado por la obtención de un mayor beneficio a los menores costos. No significa que el poder jurídico constitucional sobre el subsuelo desapareciese, sino que solo se ordenaba hacia la consecución de la tan anhelada competitividad. Por tanto, el problema jurídico en torno al cual giró el presente trabajo de grado fue el siguiente:

***¿Cuál es la connotación socio-jurídica, económica y de desarrollo sostenible de la implementación del concepto de competitividad en las políticas petroleras en Colombia con base en la dignidad humana?***

### **3.1. Preguntas orientadoras**

¿Cuáles son los elementos característicos del derecho petrolero colombiano?

¿Qué es competitividad y cómo ha sido su implementación en Colombia?

¿Cuáles son las consideraciones de la Corte Constitucional, respecto al concepto de competitividad en materia de inversión extranjera?

¿Cómo es regulada la extracción de petróleo en Colombia?

¿Cuáles son las relaciones socio-jurídicas entre competitividad y desarrollo sostenible?

#### **4. JUSTIFICACIÓN**

El desarrollo del presente proyecto de trabajo de grado es importante debido a que examinó e interrelacionó diversos aspectos jurídico-económicos y de desarrollo sostenible como son: conectividad con el mundo, participación económica de la región, capacidad de atracción de inversión extranjera, fortalecimiento de la demanda interna y la relación con el medio, entre otras; todo esto con el ánimo de medir la funcionalidad y capacidad de incursión en el mercado petrolero mundial.

Por esto, aunque este mundo parece inhóspito para la persona humana, sigue siendo un lugar común a todos, por tal motivo, se hace necesario exigir un mínimo de derechos y posibilidades de desarrollo *reales* en un mundo complejo y en una nación sumida en una crisis humanitaria y ambiental sin precedentes, pero con posibilidades de cambio, como por ejemplo, una adecuada implementación en las políticas petroleras del concepto de competitividad, llevando a la generación del desarrollo humano y sostenible que todos requerimos con urgencia. Con esta investigación aclararemos los criterios y principios fundamentales en materia de economía y derecho petrolero analizando, a su vez, el elemento que relaciona a ambas disciplinas.

Para la Facultad de Ciencias Jurídicas, siempre será importante un trabajo que como el presente tenga incidencia tanto en el campo del derecho y la economía como en el contexto social. Lo anterior se debe a que con esta investigación queremos abrir el debate académico para enriquecer las perspectivas económico-jurídico-ambientales en el campo del derecho petrolero y ponerlas en un diálogo para apostarle a un sector económico que fortalecido, también sea un aporte al desarrollo humano y sostenible de este país, el cual clama a todos sus integrantes

un compromiso real con la dignidad humana y el ambiente. Por ello, este trabajo de grado es muy pertinente debido a que son pocos los estudios que se han realizado sobre este tema tan apasionante como es el del derecho petrolero y su relación con lo social y lo ambiental, un tema inacabado y en evolución constante.

Finalmente, para el Programa de Derecho debe ser un objetivo principal que en su trabajo final para optar al título de abogado, los estudiantes interrelacionen los distintos contenidos abordados a lo largo de la carrera y además aplicarlos socialmente, siendo una finalidad que se logra gracias al análisis teórico y empírico que pretende este estudio.

## **5. OBJETIVO GENERAL**

- Analizar la connotación socio-jurídica, económica y de desarrollo sostenible de la implementación del concepto de competitividad en las políticas petroleras en Colombia con base en la dignidad humana.

### **5.1. Objetivos específicos**

- Describir la connotación socio-jurídica, económica y de desarrollo sostenible en la implementación de la competitividad en las políticas petroleras del país.
- Describir los elementos que estructuran el derecho petrolero en Colombia.
- Analizar las connotaciones socio-económicas de las políticas petroleras colombianas.
- Analizar la crisis ambiental y humanitaria a la luz de las políticas petroleras en Colombia.
- Establecer un concepto de competitividad más acorde con la realidad social y el desarrollo humano y sostenible.

## **6. METODOLOGÍA**

El trabajo de grado que se desarrolló es de tipo empírico-analítico debido a que va más allá de una simple lectura y descripción de conceptos, por ello, se analizó a fondo cada ley, sentencia o teoría que nos ayudará a encontrar una adecuada relación entre economía y derecho para poder dilucidar en qué momento es más pertinente aplicar el concepto de competitividad a las políticas petroleras, con la finalidad de dar solución a una problemática de la realidad social, como lo es: el no beneficio humano y ambiental de las comunidades y del país por la explotación e inversión extranjera en materia petrolera.

### **6.1. Tipo de investigación**

Esta investigación fue de carácter descriptivo-interpretativa, siendo una aproximación a la investigación en las ciencias humanas, que reconoce el carácter paradigmático de toda la investigación, donde cualquier método de investigación, cualquier aproximación a la investigación sistemática de los fenómenos se basa en la naturaleza del conocimiento y sobre el tipo de entidad que existe.

### **6.2. Técnica de investigación**

La técnica de investigación empleada para el desarrollo de este estudio fue el análisis de contenido de documentos, el cual es una técnica sistemática y objetiva, para hacer inferencias válidas y confiables de los datos con respecto a su contexto, así pues, el análisis de contenido nos permitió identificar las falencias del concepto de competitividad empleado en las políticas petroleras en Colombia

después de 1991, en este orden de ideas, se estableció un concepto de competitividad más acorde con el desarrollo sostenible y la dignidad humana, para realizar esto se codificó la información, lo que posteriormente nos ayudó a realizar su descripción y un análisis más preciso.

### **6.3. Fuentes de información primaria y secundaria**

La recolección bibliográfica se dividió en fuentes primarias y secundarias de tipo documental. Así las cosas, las fuentes primarias fueron: Guillermo Perry Rubio: *La economía en la reforma constitucional*; Richard Posner: *The constitution as an Economic Document*; Ángela Uribe: *Petróleo, economía y cultura*; Adela Cortina: *Ciudadanos del mundo, Ética de la empresa y Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*; César Ferrari: *Competitividad, inversión y crecimiento. Los casos de Colombia, Chile, Perú, Corea y China*; Felipe Fucito: *Sociología del derecho*; Michael Porter: *La ventaja competitiva de las naciones*. En cuanto a la normativa, las fuentes primarias fueron: Ley 97 de 1993, Ley 141 de 1994 y el Decreto 1760 de 2003.

Las fuentes secundarias utilizadas fueron: Salomón Kalmanovitz: *Las instituciones colombianas en el siglo XX*; Daron Acemoglu y James Robinson: *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*; Rodrigo Suescún, Santiago Montenegro y Renata Pardo: “Petróleo vulnerabilidad de la economía colombiana y políticas de estabilización”; Martha Cordero: *Comunidad andina: un estudio de su competitividad exportadora*; Joe Fuller: “Fundamentos de competitividad”; Rafael La Porta: *The quality of government*; Carlos Julio Rojas Bernal: *Empresas competitivas*. En materia de jurisprudencia se tomaron las siguientes sentencias como fuentes secundarias: Corte Constitucional: Sentencia C-006 de 1993, Sentencia C-424 de 1994; Corte Suprema de Justicia: Sentencia de 9 de noviembre de 1989.

A partir de esta recolección bibliográfica y su posterior lectura, se realizó un análisis de contenido de los conceptos básicos y como estos fueron aplicados al tema en cuestión.

#### **6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de información**

La información se recolectó a través de referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales, ya que estas son las fuentes directas que proporcionaron el marco de estudio y la obtención de los fundamentos para el desarrollo del presente trabajo investigativo.

##### **6.4.1. Fases de la investigación**

- Exploración teórica, normativa y jurisprudencial.
- Análisis de la información obtenida en la exploración
- Búsqueda de puntos nodales dentro de la jurisprudencia y la doctrina.
- Sistematización e interpretación de la información dentro del marco del problema planteado.
- Informe final.

#### **6.5. Sistematización de la información**

La información recolectada y analizada en las fases anteriores fue debidamente sistematizada para llegar a las conclusiones respectivas. En la fase interpretativa se analizó y clasificó de acuerdo con su importancia dentro del trabajo de grado los diversos textos y normativas anteriormente referenciados.

## **6.6. Resultados esperados**

Los resultados de la presente investigación, ayudaron a la consolidación y orientación del concepto de competitividad, el cual podrá ser sometido al debate académico para poder enriquecer las perspectivas de cambio en lo que a materia petrolera y desarrollo sostenible se refiere.

## 7. CRONOGRAMA

Con base en el desarrollo metodológico en el que este trabajo de grado se realizó fue necesario establecer una línea de tiempo con la cual se pudo llevar a cabo dicha investigación de una manera adecuada, brindando un real y efectivo entendimiento de la problemática descrita:

		MESES					
		1	2	3	4	5	6
<b>F A S E S</b>	Exploración teórica, normativa y jurisprudencial.						
	Análisis de la información.						
	Búsqueda de puntos nodales dentro de la jurisprudencia y la doctrina.						
	Sistematización e interpretación.						
	Informe final.						

## **8. RESULTADOS ALCANZADOS**

### **CAPÍTULO I**

#### **EL DERECHO PETROLERO COLOMBIANO, UNA PERSPECTIVA ECONÓMICO-POLÍTICA**

##### **1.1. El petróleo como objeto de deseo económico-político**

De antemano, debemos decir que es inútil pensar que el petróleo es solamente un bien económico sometido a escasez. Es al mismo tiempo y en todo escenario, un bien comprendido por factores y dimensiones humanas como la social y la política. Por esto, es necesario apostarle al entendimiento del fenómeno petrolero de una forma más *transversal* que la estrictamente económica, sociológica o política.

Así pues, una de las tantas facetas que representa el petróleo es ser un objeto político. Lo que significa que el petróleo es un factor de poder y además es uno de los más decisivos a cualquier nivel. Al no ser un elemento de poca importancia, la Constitución trató el tema replicando lo que de antaño se había venido diciendo de este recurso, a saber: pertenece a la nación.

El texto constitucional, responde a un acuerdo político que se concreta en un texto normativo sometido a un procedimiento definido previamente. Resaltamos: *acuerdo político*. Efectivamente, lo que sucede en la creación o reforma constitucional es un acuerdo político. Es un acuerdo que está hecho de tal manera que la vida social lo desarrolle.

Uno de los aspectos en los que se centra la Constitución es en lo económico. En ella está ubicada la llamada ‘constitución petrolera’ para Colombia. Estos artículos forman un sistema, ciertamente, ya que el constituyente en definitiva quiso ofrecer a la ciudadanía un mensaje claro y coherente respecto al tema del petróleo que subyace en el territorio colombiano y los negocios concernientes a él. Este acuerdo constitucional en materia petrolera proviene de una *negociación política*, la cual es producto de posiciones políticas. ¿Cuáles fueron las que estuvieron presentes para el momento de la configuración constitucional del petróleo? Esto merece acercarnos a los debates constituyentes acerca del mismo, los cuales desembocaron en dos puntos:

- No se discutió la propiedad del subsuelo, retomándose la formulación de la Constitución de 1886, ratificada por Ley 20 de 1969 y confirmadas jurisprudencialmente.
- La novedad estuvo en la salvedad estipulada acerca de las propiedades privadas ínfimas que hoy en día no tienen cabida: “sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

Este debate enriquece el sentido de la actual norma que otorga al Estado la propiedad<sup>3</sup> del subsuelo, aunque es un recurso demasiado importante, no lo trata *in extenso*, como si sucede en México, Venezuela y de manera dramática en Bolivia, temas que en los años 30 y 40 fueron de especial importancia tanta como

---

<sup>3</sup>Sin embargo, el concepto de propiedad al que se refería el constituyente no es el mismo de la época de la colonia, empero, para autores como Acemoglu y Robinson, se sigue permitiendo la violación de los derechos de propiedad de la población debido a la expropiación de enormes extensiones de tierra, concedida a monopolios y al pago de favores económicos a los sectores empresariales entre ellos la banca. Cfr. Acemoglu, Daron y Robinson, James. (2012). *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Bilbao: Deusto.

lo es en estos países hoy en día.

### 1.1.1. Fundamento político

Como decíamos la regulación está en la *constitución económica*. Esto ya nos dice mucho, la ‘constitución petrolera’<sup>4</sup> parte de la constitución económica del país. Es decir, definir el petróleo como un recurso en la Constitución constituye el orden económico que se pretende para la nación. Esto es muy importante, ahondemos en ello.

La perspectiva constitucional económica en Colombia ha girado en torno a la definición del modelo económico que la Constitución consagró, afincando los temas bases sin perjuicio de los avatares del debate ideológico al interior de la Corte Constitucional en los noventa, en cuanto a la posibilidad económica de realización de los mandatos que se encontraban en sus sentencias. Como vimos anteriormente, los hechos políticos y sociales van marcando el modo de entender dicha constitución económica, la cual sigue siendo la misma, pero lo que cambia son sus perspectivas. Sería un absurdo que una Constitución se atase a la primera interpretación que se haga de ella, desconociendo la realidad en la cual rige.

Ahora si miremos el mandato, artículo 332: “[e]l Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”.

La Constitución, muy parca, tan solo definió quién es el propietario a diferencia de otras latitudes donde en el mismo texto constitucional incluso hay una reglamentación, aprovechando la rigidez propia de las constituciones. No es algo

---

<sup>4</sup>Los artículos son: 44, 332, 333, 334, 339, 360, 361, 357, 334 y 339.

ligero que el constituyente haya definido solo este aspecto. Con esto quería que el desarrollo del derecho petrolero no estuviera atado a directrices constitucionales, más que en lo tocante a la propiedad. Sin embargo, no podemos dejar de decirlo, dicho desarrollo debe estar en coherencia con la constitución económica y esta, a su vez, con la norma fundante del Estado social de derecho: la dignidad humana. ¿La propiedad y nada más? La Corte Constitucional ha entendido dicho mandato de la siguiente manera:

*“Materialmente, la propiedad es un elemento fundamental del sistema social que sirve para “organizar y aplicar la riqueza social para que genere desarrollo económico” y permite satisfacer las necesidades de la obligación. Jurídicamente, la propiedad como concepto se proyecta en variados regímenes según el tipo de bien y las exigencias concretas de la función social y en una pluralidad de titularidades (privada, solidaria, estatal, entre otras)” (Sentencia C-006 de 1993, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz).*

El concepto de propiedad, precisamente, comporta en la nueva Constitución un reconocimiento de la *función social*, lo que implica un reconocimiento del contexto en el cual operaría el derecho. Dicho reconocimiento no es gratuito. Tiene por objetivo darle forma al ejercicio de la propiedad según las coordenadas en que se entiende el Estado, es decir, según la dignidad humana. No podemos entender una propiedad que no tenga referencia a la dignidad humana y, a su vez, a los procesos sociales aunados al desarrollo humano. Surge, por tanto, la siguiente pregunta: ¿la propiedad en manos del Estado favorece el desarrollo humano y con este la dignidad humana? Dejemos la pregunta para que en el transcurso de este trabajo de grado pueda ser resuelta con mejores elementos.

### 1.1.2. Jurisprudencia ¿nula?

La jurisprudencia acerca del petróleo no es muy extensa es más bien reducida. Se caracteriza por centrarse en determinados tópicos generalmente ‘bisagras’, es decir, en dispositivos jurídicos que permiten articular y dar sentido al ordenamiento jurídico petrolero. ¿Cuáles han sido esos tópicos ‘bisagra’ en los que la jurisprudencia se ha centrado? De nuevo, han sido tópicos sobre el uso del subsuelo. Allí, como en la Constitución, se centra en la propiedad del Estado del subsuelo. Reproduce como desde hace dos siglos la reglamentación castellana que dejaba en manos del Rey o, en nuestro caso, en manos del Estado a la propiedad. Si las normas obedecen a la realidad del contexto en el que surgen, ¿qué sentido tiene hasta el día de hoy mantener en manos del Estado la propiedad del subsuelo? La pregunta, precisamente, ocurre con ocasión de comparar la riqueza que se ha generado en los lugares donde la propiedad del subsuelo es del particular, con lugares donde la propiedad es del Estado. La decisión obedece al orden económico que se desea en la Constitución. Así pues, dicho orden económico obedece al esquema de Estado, a la norma que lo funda y de la cual se organiza y se entiende la vida social y política de un país.

Por tanto, el tema empieza a cuestionarse, a revisarse. En el Perú, ha sido puesto a debate a partir de la paradoja de la violencia en los sectores beneficiados por la minería, violencia causada por la indefinición de los derechos de propiedad en el dueño del suelo. Para los diversos actores de este debate es mucho más conveniente que el propietario del subsuelo sea al mismo tiempo el dueño del suelo, reconociéndose que la razón por la cual se ha venido manteniendo en Latinoamérica la propiedad del subsuelo en manos del Estado es porque resulta más conveniente para las empresas inversionistas extranjeras en términos de costos de transacción: es más favorable trabar relaciones con el Estado, el cual reúne toda la información sobre los campos a explorar, en vez de andar por todo un país buscando los campos a ciegas.

Para cerrar este acápite, dejemos subrayado que la propiedad del subsuelo en manos del Estado es posible cuestionarla no es un dogma que necesariamente deba repetirse como ha venido sucediendo desde antaño.

## **1.2. Marco normativo petrolero**

La política petrolera, emergente de la política energética, se encuentra en permanente evolución a sazón de las cambiantes circunstancias económicas como políticas, más aún en un negocio tan fluctuante como el petrolero. Esta política está sujeta a la Constitución y con ella al entendimiento de la competitividad y de la propiedad sobre el subsuelo que la norma superior prescribe.

El modo como se desarrollan las normas es asimilable a los telares artesanales, ya que una misma norma se inserta en un conjunto de hilos, de normas, y, a su vez, se inserta en un entramado de otras normas. Así pues, las preguntas son ¿cómo y por qué se teje de tal forma?, ¿qué hace que se toquen ciertas realidades y otras no? El arbitrio en la creación del derecho se considera que es un fenómeno político, es decir, que está sujeto a ‘posicionamientos’ frente a las distintas realidades. Dichas posturas están contadas, puestas en escena o, mejor dicho, son ‘reconocidas’ comportando un cierto grado de ‘vinculatoriedad socio-política o institucional’ no necesariamente jurídica. Así, en ese entramado encontramos las perspectivas y ambientes en que se entienden las normas petroleras.

### **1.2.1. El petróleo en los documentos CONPES**

El documento por excelencia que ha marcado en los últimos años el derrotero en políticas económicas relativas al petróleo es el CONPES 3245 de septiembre 15 de 2003. Este documento recoge todas las iniciativas que en materia de

competitividad, germinaron en la década anterior en materia petrolera. Parte, centrando la importancia del sector para la economía colombiana en términos de PIB y exportaciones, puntualizando la necesidad de lograr hallazgos significativos para mejorar las dimensiones de la actividad exploratoria.

El camino con el cual quiere partir el documento es la afirmación o profundización del papel regulador del Estado, con el fin de sustraerlo de cualquier tipo de rol que genere una intervención, en el entendido que distorsiona el mercado y genera ineficiencias, ya que parte de un mercado hipotético, perfecto. Al respecto, resalta la necesidad de escindir ECOPETROL, otorgando las funciones de asignación de contratos de exploración a una agencia independiente. Esta es la causa de creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH).

Así pues, se considera durante todo el documento que la orientación del negocio petrolero, desde la perspectiva Estatal, debe orientarse a la autosuficiencia petrolera y al mantenimiento de una política de exportaciones alta. La estrategia que considera el documento es elevar los niveles de producción y mejorar las actividades complementarias para lograr mejores costos, además de precios más 'competitivos'. Sin considerar los factores de inversión, enfilándose en cargos contra el contrato de asociación, haciendo uso de la argumentación y lineamientos del Plan de Desarrollo 2002-2006, los cuales apuntaban a la necesidad de configurar nuevos esquemas contractuales con más y mejores 'incentivos'.

Ahí termina el documento de escasas 8 páginas, pero que son suficientes para reflejar normativamente el nuevo esquema contractual de la ley de 2003. En conclusión, el documento se centra en el aporte del petróleo a la economía colombiana, a la competitividad del sector, al mejoramiento de las condiciones de competencia del mercado petrolero interno y del nuevo esquema contractual.

### **1.2.2. El entramado político de las normas**

El derecho es una realidad humana como tal, que se ubica en las dimensiones en las cuales los humanos nos relacionamos los unos a los otros. Los productos culturales, como el derecho, siguen esta misma condición y forma, por lo cual en este apartado trataremos los lugares de producción de derecho y su relación con el telar de mensajes que perfilan los temas o formas de interpretar las normas petroleras.

Los lugares de mayor importancia en los que se origina el derecho petrolero son la Asamblea Nacional Constituyente, la Constitución y su intérprete autorizado, la Corte Constitucional, además del Congreso y la ANH. ¿Cómo proceden? ¿Qué debates políticos se originan en estos escenarios?

#### ***La Asamblea Nacional Constituyente***

Como anticipamos, en las sesiones de este organismo podemos decir que no se definió, ni se debatió el tema. Era quizás uno de los temas ‘que se daban por contado’, ya que todas las fuerzas políticas presentes en la Constituyente cabalgaron hacia la consagración de la propiedad Estatal del subsuelo. Solo se añadió la defensa de los derechos de los particulares sobre recursos que en su momento fueron legítima y jurídicamente obtenidos desde muchas décadas atrás. La fría consagración de la Constitución nos hace dejar este punto y pasar, más bien, a la interpretación y desarrollo que ha tenido<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup>No obstante, desde la visión de Kalmanovitz: “el pacto político de 1991 implicó una práctica duplicación del tamaño del gasto del gobierno central que tuvo que transferir la mitad de sus ingresos corrientes a municipios y departamentos [...] Lo que quiso ser generosidad para con los pequeños municipios en la Constitución de 1991, al transferirles la mitad de los ingresos corrientes del gobierno central, resultó en un sistema de incentivos perversos. Las transferencias y las regalías crearon instancias de gasto separadas totalmente de las de recaudo. Los departamentos

## ***La Corte Constitucional***

La Corte Constitucional un poco menos tímida que la Constitución ha desarrollado el concepto de propiedad del subsuelo en manos del Estado, sin más avatares que los que la lógica común puede predecir de una norma como esta. Sin embargo, de conformidad con el reglamento de los procesos constitucionales (Decreto 2067 de 1991, basado en el artículos 241 y 242 de la Constitución) ante la Corte y gracias a los espacios de intervención donde los interlocutores más importantes tienen voz y son escuchados por los magistrados, han habido precisamente posturas de los grupos de presión y de organizaciones sociales, aunque sin gran mella en la *ratio decidendi* de la jurisprudencia constitucional.

¿A qué se debe esto? Básicamente, a que la Corte ha sido reacia a tener en cuenta a estas peticiones y socavar su contenido, ya que se quiere evitar una alteración en el proceder de las políticas económicas sobre energía, las cuales son de competencia del ejecutivo, por una parte, y, por otra, pretenden evitar un ‘choque de trenes’ con otros poderes públicos. Sin embargo, podemos decir que los desarrollos sobre Estado social de derecho, dignidad humana, interpretación *pro-homine* traído de los desarrollos en DD.HH. de los tribunales internacionales, nos obligan a pensar al mencionado concepto de propiedad de un modo más sistemático.

En buena parte, precisamente, las intervenciones ciudadanas han apelado a desarrollos de la misma Corte respecto a estos temas, pero quizás en el futuro puedan tener más viabilidad política. Es indudable la aridez en la generación del derecho de petróleos. No es gratis, hay un deseo de no debatir, de no analizar esta rama del derecho, una posición política que pretende petrificar lo consolidado

---

se endeudaron y gastaron irresponsablemente dando como garantía sus futuras transferencias” (2001, p. 13).

hasta el momento y no abrir la puerta a nuevos entendimientos acerca de una comprensión más extensiva de los negocios petroleros. Hay por lo pronto un gran movimiento académico sobre la nueva economía y el desarrollo humano que en el futuro detonaran acontecimientos políticos, económicos y sociales que necesariamente reconocerán la necesidad de percibir el fenómeno petrolero como polivalente y muy tocante al desarrollo humano de las comunidades.

### **Congreso**

En el Congreso han hecho carrera las propuestas políticas en términos de inversión extranjera, competitividad y participación del Estado. Aunque, en menor medida, diversos congresistas han subrayado la necesidad de profundizar el debate petrolero, asumiendo las exigencias de las nuevas realidades que han venido apareciendo. Sin embargo, en el legislativo la apertura del debate no ha sido muy fructífera, ya que la ignorancia de una buena parte de los congresistas respecto a la política energética y la consolidación de bloques políticos acomodados por presiones políticas exógenas al proceder legislativo han impedido ahondar más en el debate y visibilizar tanto agentes como relatos sobre el particular.

### **La ANH**

Aunque es de reciente aparición, la ANH cuenta con una estructura jurídica muy bien organizada. Su configuración la otorgó el Decreto Ley 1760 de 2003 (en desarrollo de las facultades dadas al presidente por la Ley 790 de 2002), específicamente, en los artículos 2° a 22. A partir de dicho decreto y las competencias que se le dieron por la ley, se ha ido posicionando como un organismo avezado en la *administración* de los recursos petroleros del país. Los acuerdos han ido marcando con generosidad, claridad y riqueza interpretativa las tareas encomendadas.

La gestión de hidrocarburos ha estado mayormente dirigida al tratamiento de temas como las áreas de extracción/exploración, contratación, participación del Estado y producción nacional. La toma de decisiones es más técnica que política, salvo el Consejo Directivo que cuenta con la participación de las directivas del Ministerio de Minas y Energía. Por tal motivo, subrayamos el importante papel de esta agencia, en especial, por su talante administrativo, pero no podemos hallar aquí contenidos y debates políticos, los cuales están dentro del interior del Ministerio.

### **1.2.3. Implicaciones en el ordenamiento jurídico**

Estos escenarios están nutridos por medios y agentes que hacen posible el desarrollo no solo político, sino normativo de los negocios petroleros. Asimismo, son de riquísimo aporte conceptual para entender cómo está siendo creado el derecho petrolero, por qué agentes y qué exigencias o retos tenemos frente al desarrollo humano.

Mirando en perspectiva, hemos contado con tres sistemas para la explotación del negocio petrolero:

- Sistema de concesión antigua: hasta el Decreto 2310 de 1974, con un pequeño ajuste de la Ley 10 de 1961 y con un cambio de matiz conceptual en la Ley 20 de 1969.
- Decreto 2310 de 1974, que prohibió el sistema de concesión y pasó al sistema de asociación.
- Decreto 1760 de 2003, que retorna al esquema de concesión modernizada, pero al fin y al cabo una concesión, no obstante, a pesar del cambio de nombre la materialidad del contrato indica que la realidad es la de una

concesión. Los demás cambios que se produjeron del Decreto 2310, son ajustes sobre la renta, pero no llevaron a una transformación radical como la del Decreto 1760.

El tema ha sido visto hasta el momento como *la mayor facilidad para el que explora o extrae* el petróleo. Llamamos la atención, en primer lugar, a una mayor integración de los agentes sociales partícipes del negocio petrolero desde las instancias de creación del derecho, así como la necesidad de abordar desde los nuevos llamados de la economía global, que apuesta por una producción de riqueza y desarrollo superando el esquema entre empresas destinadas al beneficio (*profit*) y organizaciones sin ánimo de lucro, pues es difusa desde hace años esta diferenciación, acercándonos, más bien, a un entendimiento del beneficio como instrumento para objetivos humanos y sociales<sup>6</sup>.

Sin duda alguna el revestimiento de inmenso poder de la empresa petrolera es también un capital social que tiene no solo connotación privada, sino implicaciones públicas. Por tal motivo, es necesario redimensionar el modo de pensar de la empresa petrolera desde una perspectiva de desarrollo y visibilidad, así como reconocer los actores y escenarios de creación del derecho donde se asegure la dignidad humana a partir de su efectiva participación y valoración de sus aportes.

#### **1.2.4. Análisis del contrato petrolero**

Este contrato, hoy en día, está reglamentado por los acuerdos de la ANH y hasta el momento los siguientes son los relativos a este tema:

---

<sup>6</sup>Para Acemoglu y Robinson, la prosperidad que se puede percibir en el mundo y que, a su vez, es la generadora de la gran cantidad de desigualdades, no es inmutable e inalterable, por lo que es posible generar un cambio en las instituciones para que la prosperidad sea alcanzada incluso por los más pobres.

- Acuerdo 08 de 2004. Reglamentación para la contratación en exploración y extracción.
- Acuerdos 03 de 2005; 15 de 2005; 28 de 2005; 31 de 2005; 01 de 2006; 03 de 2006; 35 de 2006; 16 de 2007; 17 de 2007 y 07 de 2008, los cuales modifican el Acuerdo 08.
- Acuerdo 38 de 2005, que modifica el Acuerdo 31 de 2005.
- Acuerdo 12 de 2006, que aclara el Acuerdo 03 de 2006.
- Acuerdo 27 de 2006, que modifica el Acuerdo 38 de 2005.
- Acuerdo 28 de 2006, que aclara el Acuerdo 31 de 2005.

El contrato está expresamente exento del régimen general de la contratación pública (Ley 80 de 1993 y Ley 1150 de 2007), sin perjuicio de ser aplicables los principios de dicha contratación al contrato petrolero.

En términos prácticos el contrato funciona de la siguiente manera. Hay un mapa de tierras que es deber de la ANH tener a disposición de los interesados, los cuales son conscientes de las exigencias de cada área (ambientales o sociales). Si a un proponente le parece interesante alguna área tiene tres alternativas:

1. Contratar exploración y extracción. Esta se hará por alguno de los siguientes mecanismos: *Contratación directa*. El que primero llega, primero se atiende. *Contratación por proceso competitivo*. En este caso se hace un recopilado de propuestas posibles frente a una misma área, respecto de las cuales optará la ANH por la más aceptable e iniciará su negociación con ése proponente. *Solicitud de ofertas*. En este caso la ANH recibe ofertas nada más. Se

diferencia con la anterior, en que esta se aplica para *áreas especiales* y las propuestas se hacen bajo las condiciones previamente comunicadas por la ANH.

2. Contratar evaluación técnica. Se hace por contratación directa.

3. Hacer un contrato que la misma ANH pueda proponer.

¿Cómo se propone? Con el lleno de requisitos de área, identificación del proponente, señalamiento de comunidades indígenas, si las hay, y el *programa exploratorio mínimo*, que es la descripción de actividades de exploración, duración de cada fase y su presupuesto. Es importante anotar que frente a un área, un proponente puede estar solo en una propuesta. Se entrega en las oficinas de la ANH la documentación, con una constancia de recibo, fecha a partir de la cual se dan quince días para el análisis de la aceptación de la propuesta, en cuanto a si está completa o no. Si no, se dan 15 días para subsanar los errores, vencido el término se entenderá que ha desistido de su interés en el área. Finalmente, entregará una admisión de la propuesta, si:

- Hay disponibilidad del área.
- Hay capacidad legal del proponente frente al área.
- La información es correcta y veraz.
- No hay inhabilidad o incompatibilidad.
- Y que no le hubieran terminado unilateralmente cualquier contrato a ése proponente en los 3 años inmediatamente anteriores.

Una vez es admitida del todo se inicia el periodo de *negociación directa*, que por mucho durará 60 días, época en la cual se acuerdan las condiciones y términos del contrato, los cuales están sujetos a aprobación final del Consejo Directivo de la ANH. Por mucho este plazo se puede extender por 15 días más, fecha vencida, hay disponibilidad libre del área. A penas ha sido aprobado se celebra y se perfecciona el contrato en un término no mayor a 60 días, en caso de que no se apruebe, el área queda libre para una nueva negociación.

Las *áreas liberadas* que son las que han sido ya exploradas, extraídas y están en manos de la ANH por vencimiento del tiempo contractual, quedan abiertas para la recepción de propuestas de contratación y se procede del mismo modo como se explicó anteriormente.

¿Cuál es la propuesta más aceptable? Todo está determinado por la capacidad jurídica, técnica y financiera del proponente, la cual se analiza por un modo bastante técnico y sofisticado, así como aparece en los acuerdos que antes se mencionaron.

Una vez es aceptada ¿cómo se negocia? Al respecto no hay mucha normativa, más bien diría que una serie de prácticas tradicionales administrativas que la ANH desde 2003 ha venido acumulando. Lo que si podemos afirmar con seguridad es que el procedimiento ha resultado mucho más atractivo para la contratación, prueba de ello es el sostenido aumento de los procesos, lo que nos deja claro que en comparación con el esquema anterior es un paso más hacia la competitividad, por lo menos en términos económicos. ¿Cuál es su atractivo?

“Porque da plena autonomía y flexibilidad al contratista. Bajo el esquema R/T [riesgos y tributos], el contratista obtiene toda la recompensa por el riesgo de exploración, sin respaldo de ECOPEPETROL ni de la ANH. Más aún, tiene más autonomía para

desarrollar y operar instalaciones y tiene plena titularidad de los activos del proyecto. Exploración extendida, evaluación y períodos de producción. Ahora se concede más tiempo para cada una de las tres fases separadas del contrato: exploración, evaluación y producción, con duraciones para cada una equivalentes o superiores a los estándares de la industria” (Fuentes et al., 2010, p. 67).

Asimismo,

“el nuevo contrato permite la extensión de los períodos de exploración y producción, sujeto a condiciones preestablecidas [...] El contratista define los planes y el programa de trabajo. Previamente, todos los programas y planes de exploración eran revisados y aprobados por un comité ejecutivo con el consentimiento de ECOPETROL. Ahora, el contratista define los planes y programas de trabajo” (Fuentes et al., 2010, p. 67).

Por lo que,

“el rol de la ANH es monitorear y asegurar la ejecución de las obras [...] El nuevo contrato no da participación en la producción a ECOPETROL o a la ANH. El contratista ahora tiene el 100% de la participación y del producto, con derecho a disponer del mismo después del pago de impuestos y regalías. Un eventual pago adicional a la ANH sería una contingencia en el evento de precios elevados y sólo aplicables para el crudo liviano. El Estado percibe este ingreso inesperado, adicional a los impuestos y las regalías, sólo cuando los precios están altos. Lo percibe en una proporción compuesta y justa de 30/70, que el contratista puede tratar como

un costo por propósitos fiscales [...] Eficiencias en costos para el contratista. El nuevo modelo de contrato reconoce al contratista el 100% de cualquier ahorro en costos, antes de impuestos. No hay límites en la recuperación de costos y no requiere control de costos” (Fuentes et al., 2010, p. 67).

En este orden de ideas, se reduce la participación del gobierno.

“El grupo de control de calidad IHS Standards, una conocida firma consultora, estima que la participación del gobierno en los contratos de asociación anteriores era superior al 70%. Los cálculos de la ANH, utilizando el modelo de IHS, arrojan que con el nuevo contrato la participación del gobierno se reduce a casi el 50%. Esto es inferior al promedio mundial del 67% y está por debajo del promedio de 59% para esquemas R/T” (Fuentes et al., 2010, p. 68).

Finalmente, con base en esto, el régimen de regalías ha sido reformado.

“Las regalías han sido cambiadas de una tasa compuesta del 20% de la producción a una escala creciente del 8% al 25%, basada en la producción y que se aplica por campo. La nueva ley de regalías beneficia los proyectos de tamaño pequeño y mediano, las etapas iniciales y avanzadas de proyectos grandes, de gas natural, de producción fuera del territorio y de crudo pesado [...] No hay pago de bonos al Estado por firma de contratos o descubrimiento. La ANH prefiere que estos recursos se inviertan en exploración o trabajos de evaluación” (Fuentes et al., 2010, p. 68).

Así pues, la tarifa del subsuelo está en concordancia con la de diversos países y los valores actuales utilizados para Colombia son el promedio a seguir por muchos otros. Todo este proceso, en conclusión, es muy eficiente, asegurando altos niveles de confianza para el contratista. No obstante, cabe señalar que continúa, precisamente, replicando el discurso de una competitividad de carácter 'estrecho', la cual analizaremos más adelante.

Por tanto, sostenemos la necesidad de adecuar también este proceso de contratación, que registra eficiencias notables como una herramienta de progreso social, más aún cuando las variables sociales son reducidas a los factores bióticos en las licencias ambientales, es decir, las comunidades no hacen parte del paisaje de las regiones petroleras, son sus protagonistas y con ellas las empresas construyen vías de desarrollo para la región y el país. Para cerrar: hay que empezar a revisar, a su vez, la presencia de los intereses de las comunidades en este tipo de contratos, por medio de la validez del derecho, como lo veremos en el II capítulo de esta investigación.

## CAPÍTULO II

### LA VALIDEZ DEL MUNDO JURÍDICO DEL PETRÓLEO

#### 2.1. El derecho en diálogo con la economía

El derecho es vida humana objetivada, el cual en su creación, interpretación y aplicación recoge los fenómenos más relevantes o determinantes para el orden social, que ocurren en la vida humana y los traduce en normas jurídicas —es decir, so pena de sanción— para ordenar la convivencia de conformidad con los principios jurídico-políticos de la Constitución. Esta mirada del derecho sobre la realidad social no es una mirada totalmente objetiva, en esta encontramos un *alto contenido político* tanto en su creación e interpretación, así como en su aplicación, en especial, a medida que la norma comporta mayor importancia y escala dentro del ordenamiento jurídico.

El derecho, incluso, es una manifestación no solo de un Estado, sino también del resultado de los diferentes procesos democráticos que sustentan la legitimidad del Estado moderno, los cuales están compuestos por posiciones políticas que se trazan en la arena de lo político.

A su vez, el derecho y la economía no son extraños en tanto ambos regulan conductas, así:

“el derecho, entendido como un conjunto de normas que demarca los límites del comportamiento humano, también actúan en este

mismo sentido para establecer la economía normativa. No podía ser de otra manera más aún si concebimos la ciencia económica como el estudio de la acción humana que tiende a brindar métodos de actuación para la mejor distribución en una sociedad de los diferentes bienes que se encuentran en ella, sin olvidar que dichos bienes no son infinitos; por el contrario son escasos” (Márquez, 2005, p. 7).

Por lo que el orden económico es sumamente determinante para el Estado, en especial, desde que los Estados comenzaron a comprender que el orden económico está sujeto a las posibilidades de los ciudadanos de satisfacer sus necesidades materiales más básicas, lo cual es de la más esencial importancia para todos, pues de la satisfacción de ellas depende el orden público, situación a la que está comprometido el Estado en cuanto debe ‘garantizar la convivencia de los ciudadanos’. Más aún, si nos centramos en el concepto de Estado social de derecho a pesar de las restricciones de las últimas líneas jurisprudenciales, su concepto y desarrollo básico le exige al Estado el deber de propiciar las mejores condiciones posibles para el desarrollo de una vida humana digna sin distinciones. Esta exigencia no es un cabo suelto dentro del ordenamiento jurídico, pues tiene dos implicaciones claras:

- (i) Las normas son creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que se asegure la dignidad humana en su mejor expresión.
  
- (ii) La dignidad humana no es un solo concepto, tiene un carácter que, además de ser de aplicación directa, exige ser considerado como estructura de los procesos sociales. Es decir, no solo es una ‘medida’ o punto al que hay que llegar, ya que siempre se están creando formas adecuadas para que la vida pueda ser proyectada de la mejor manera, con las condiciones más propicias hacia el futuro. Esto a nivel global ha sido denominado

*desarrollo humano*. Este concepto hace parte integral de nuestro ordenamiento jurídico, precisamente, porque es, por decirlo de alguna manera, la concreción en los procesos sociales en el tiempo y en el espacio de la dignidad humana. Por tanto, no es *soft law*, no es un valor, no es un criterio de análisis de la Organización de las Naciones Unidas para ‘medir’ el grado de atraso de un país respecto a otro. Es el desarrollo normativo de la dignidad humana, ya que es el despliegue de esta en los procesos sociales. Por lo que tiene las siguientes funciones: es creativo, por cuanto genera derecho una vez se comprende la dignidad humana en un proceso social y es *interpretativo*, en el sentido de dar el alcance de las normas para su entendimiento en el contexto social, como lo obliga el esquema de Estado que rige en Colombia.

Así las cosas, son múltiples los procesos sociales que se dan en el país, no es posible hacer un catálogo de todos, pero de lo que si podemos estar seguros es que en todos estos rige como norma la dignidad humana y con ella el concepto de *desarrollo humano*.

Dentro de los procesos sociales aparecen en el entendimiento humano un tipo de ‘clases’, de agrupaciones de procesos sociales que por sus características es posible agruparlos. Por ejemplo, hay procesos políticos, económicos, culturales, entre otros. Este entendimiento es precisamente eso, un ‘acercamiento’ a los procesos sociales, pero de ninguna manera la dignidad humana permite generar exclusas entre unos y otros, pues la dignidad humana, esencialmente, corresponde a lo que es un fenómeno humano, siempre atañe una mezcla heterogénea y no separable de ‘compuestos’ relativos a las distintas dimensiones de la persona humana. Por tal motivo, nunca un proceso humano es netamente de una clase, es decir, nunca es solamente político o solamente cultural, o económico.

Uno de los procesos más relevantes, hoy en día, son los económicos, los cuales son relativos a la producción o transformación de bienes y prestación de servicios para la satisfacción de necesidades, partiendo de la realidad de la escasez de los recursos. Como se dijo anteriormente, estos competen al Estado por razón del orden público y de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

En una presentación histórica podemos decir, que crecida y sostenidamente desde la reforma constitucional de 1910 hasta la Constitución de 1991 los procesos económicos han cobrado cada vez mayor importancia hasta tal punto de consolidar en preceptos constitucionales normas que afectan dichos procesos. A esto, jurídicamente, se le ha denominado como la 'constitucionalización de la economía', que más que una consagración de modelo económico para el país o una forma de intervención frente al derecho es la consolidación de un marco y de unas reglas de juego para dar curso jurídico a las actuaciones de los particulares y los colectivos en los procesos económicos. Sin lugar a dudas esto ha sido el resultado de una evolución de las necesidades y aproximaciones a estos fenómenos, los cuales cada vez señalan acentuadas y profundas inequidades.

Por esta razón, hay una fundición de fenómenos humanos allí mezclados. Dicha amalgama tiene en sí misma una connotación. Por ejemplo, la violencia contra las comunidades indígenas y la creciente acumulación de tierras en pocas manos, son dos fenómenos que en conjunto tienen una connotación. A nivel de procesos económicos, de la evidencia de las desigualdades, se desprende como connotación peticiones de justicia, sí, de justicia social y distributiva. Es decir, las comunidades humanas, todavía a nivel mundial ven como inaceptable e intolerable la acumulación de riquezas y al mismo tiempo el hambre o la escasez de oportunidades.

Un contexto en el cual se presentan estos fenómenos hace surgir a nivel individual y colectivo, especialmente, un deseo de 'justicia social y distributiva'. Justicia en el

sentido más pleno y dialogal del término, que hoy en día no se entiende como una revolución comunista de centralización e igualitarismo ‘a las malas’.

“El colapso de las economías estatizadas y centralmente planificadas no se debió tan sólo a que condujeron a la obsolescencia tecnológica y a la parálisis de la dinámica económica, sino sobre todo, al hecho de que la enorme concentración de poder que permitieron inhibió el desarrollo de los más elementales derechos democráticos. Pero por la libre iniciativa condice a la innovación tecnológica y a la eficiencia económica solamente en la medida en que se desenvuelve en el ámbito de la sana competencia” (Perry Rubio, 1997, p. 127).

La justicia distributiva se comprende como una ampliación en la participación de las decisiones que conciernen a la satisfacción de necesidades, que en atención a la dignidad humana y todas las dimensiones que comporta se concreta en prácticas y derechos que no solo satisfacen a un mínimo de derechos, sino que posibilitan en el contexto un desarrollo humano posible, especialmente, para quienes se encuentran comparativamente en una situación de vulnerabilidad, cualquiera que esta sea. Es decir, no es una ‘lucha con fusil’, es una apuesta al encuentro del uno con el *otro*, por medio del *reconocimiento* de la dignidad de este para la satisfacción de necesidades comunes, porque ambos consideran como valiosas las necesidades del *otro* tanto como las propias y, por ende, se asume como un imperativo que la dignidad humana de los actores en este proceso económico requiere concretarse para hacerse efectiva.

## **2.2. La Constitución de 1991 y su relación con la competitividad**

La Constitución de 1991, si bien continúa con la tradición de libre mercado, innovó con la ‘libre competencia económica’, categorizándola como un derecho para

afirmar así el rompimiento con cualquier idea de retorno al sistema socialista que acababa de caer dos años atrás en el mundo. Su desarrollo y entendimiento implica afirmar que el ejercicio de este nuevo derecho exige lealtad y justicia en el juego de la oferta y la demanda, como un “derecho esencial de los consumidores y usuarios” (Perry Rubio, 1998, p. 127). Es decir, la libre competencia, que se desliga, precisamente, de lo que más adelante veremos cómo competitividad, la cual está en función de los consumidores o usuarios.

En este orden de ideas, esta acepción de libre competencia y competitividad es precisamente la que torna a evolucionar como lo veremos más adelante, por lo pronto mencionemos el estado del debate al momento de la consagración de la norma en 1991. ¿Cuál era el ambiente? A inicios de los noventa hubo un intenso interés del modo en cómo se concebiría el orden económico en la nueva Constitución. No podía ser de otra forma. La globalización económica abría con fuerza sus surcos por todo el mundo sin exceptuar mercado alguno. Implicaba una nueva concepción de *desarrollo*, tendiente a una economía de mercado cada vez más libre de impedimentos generados por la intervención estatal.

Así pues, en el seno de los debates de la constituyente se llamó, en ese entonces, *competitividad*, a una condición en la que ‘la libertad de uno no coarta la de los otros’ y que, a su vez, requiere de otra condición: de una sana política económica, la cual garantice *necesariamente* la inversión desde la cual se construye el concepto puesto que esta le resulta esencial.

“Pero si la competitividad es requisito fundamental para vender cada vez más en un mundo globalizado, la inversión es absolutamente necesaria para lograr mayores niveles de capacidad instalada de producción que permita producir esos bienes y servicios que se pretenden vender en forma creciente. Sin duda, tasas de crecimiento elevadas requieren tasas de

inversión también elevadas. Si América Latina, quieren crecer a tasas asiáticas deberá alcanzar tasas de inversión correspondientes. No existe ningún país latinoamericano que haya igualado las tasas asiáticas, ni de crecimiento ni de inversión” (Ferrari, 2008, p. 17).

Este orden económico, conceptualizado como ‘Constitución económica’ cuenta con la dirección a cargo del Estado, según el artículo 334 de la Constitución, el cual tiene, además, una referencia expresa a los recursos naturales y una finalidad claramente establecida:

*“racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.*

A renglón seguido, en el siguiente inciso trae una referencia a la competitividad como una intervención que debe ser realizada ‘de manera especial’ —para “promover la productividad y competitividad...”— la cual cuenta con desarrollos políticos de suma importancia a pesar de no resultar suficientes en la opinión del sector privado. Este es un concepto sin alcance jurisprudencial constitucional aún, tan solo hay una referencia atada a la intervención del Estado (paradójicamente).

*“En materia de competitividad, es de anotar, solo hay una referencia de alcance conceptual, no más: “La promoción de la competitividad empresarial y el desarrollo empresarial, son dos objetivos expresamente asignados por la Constitución a la intervención del Estado en la economía y para lograrlos es posible recurrir a una política de fomento que consista en reducir los costos financieros que deben asumir las empresas colombianas*

*por encima de los que pagan las empresas que compiten con ellas en el mercado de bienes de capital y servicios técnicos”*  
(Sentencia C-254 de 1996)

Así las cosas, ¿cuál es la innovación que trae esta concepción de la ‘competitividad’? Decir qué es competitividad, suena una tarea difícil, pues es un concepto utilizado por todos y del cual cada quien tiene algo que decir: aún en lecturas especializadas es común encontrar características, pero no elementos definitorios comunes. Sin embargo, podemos decir que viene de *competencia*, la cual parte a la vez del término ‘*ventajas*’. La teoría liberal clásica no solo afirmó esta realidad, sino que la hizo base de su modelo económico de comercio exterior y de economías de escala, a saber: las ventajas competitivas.

La competitividad, por tanto, parte de los beneficios propios de un determinado agente que no tienen los demás o los tiene en menor posición de rentabilidad que el primero. Así que, si la decisión de este es racional debe aprovechar y desarrollar su ventaja en perjuicio de otras cualidades que no son comparativamente ‘su fuerte’. Esto significa, en primer lugar, darle preferencia a las *ventajas* respecto de las *cualidades* y, posteriormente, aventurarse con su *plus* en cualquier lugar del mundo y reflejarlo en los precios mundiales y en la productividad.

“Pero como la historia económica ha demostrado repetidamente, una empresa puede ser muy eficiente y alcanzar una gran productividad y, sin embargo, quedar completamente fuera de competencia o continuar siendo competitiva a pesar de existir una infinidad de productos sustitutos de empresas rivales. En realidad la competitividad es claramente un problema económico por qué tiene que ver con la estructura de precios básicos de la economía. Para ser competitivo el precio al que el productor puede vender el

bien o servicio que produce tiene que ser mayor que el costo de producirlo” (Ferrari, 2008, p. 8).

El Consenso de Washington, que teóricamente retorna a este esquema de pensamiento, actualiza este armazón a las necesidades del momento: incursionar en los mercados del mundo, ya que caído el socialismo se elimina el riesgo de proliferar dicha doctrina adversa a los intereses capitalistas por medio de los mercados.

Por tal motivo, Colombia no se quedó atrás. Esa inserción en el mundo globalizado en términos de procesos económicos se denominó en el gobierno de César Gaviria ‘apertura económica’. ¿Cómo se hizo? Este proceso inició con la verificación de las condiciones de desarrollo a partir de las ventajas competitivas. Es decir, se debió llevar a cabo un proceso de *reconocimiento* de estas.

A dicho proceso se le denominó *factor driven*, el cual consistió en enlistar los recursos naturales o sectores de experimentación con éxito probado (o *clusters*). A continuación, se examinarían aspectos como conectividad con el mundo, participación económica de la región, capacidad de atracción de inversión extranjera, fortalecimiento de la demanda interna, entre otros, para medir la *funcionalidad y capacidad de incursión* en los mercados globales. Después, se debían probar las condiciones de desenvolvimiento de dicho sector y su dependencia con el sector energético. Paso seguido se evalúan las condiciones de inversión para así “entender el costo y la utilización de los activos, las necesidades de nuestros clientes y la de los clientes de ellos para poder ser competitivos” (Fuller, 1994, p. 24), es decir, no solo es la inversión monetaria, sino también inversión tecnológica y de desarrollo de los negocios puesto que toda barrera a cualquier tipo de inversión presupone atraso o poca profundidad en el desarrollo sectorial. Por tanto, lo esencial es desregular la intervención del Estado en materia de inversiones.

¿Cómo le fue al país en este proceso? Colombia partió de un diagnóstico muy interesante: tiene factores positivos básicos muy importantes, pero no utilizados y mejorados correctamente, razón por la cual se dijo que no era una nación favorable a exportaciones sofisticadas. Por ello, se recomendó centrarse en renglones de mayor productividad y declinar toda actitud que contraríe la competitividad. Sin duda la adopción de estas posiciones generó un profundo quiebre, ya que era un fenómeno mundial al cual no había más solución que sumarse.

Concretamente, el Estado en la última década del siglo pasado adoptó prácticas competitivas que continúan hasta hoy, con una línea: la *internacionalización*, ya que el punto de partida es que no hay competitividad sin internacionalización. Juan Manuel Santos, cuando era Ministro de Comercio Exterior marcó los lineamientos de la apertura y puso sobre el camino los criterios de competitividad aplicados en Colombia:

- Disponibilidad y la calidad del recurso humano.
- Fortaleza de la economía doméstica.
- Capacidad científica y tecnológica.
- Infraestructura al servicio de las empresas de negocios.
- Eficiencia de los mercados de capitales y la calidad de los servicios financieros.
- Capacidad de innovación, la responsabilidad y la audacia del sector empresarial.

- Políticas del gobierno orientadas a generar competitividad.
- Grado de internacionalización de la economía, entendido como el nivel de participación del país en los flujos internacionales de comercio e inversión. A esta la resumió en la fórmula aceptada en el Foro Económico Mundial: “la competitividad a escala mundial es el producto de la competitividad de los activos de un país multiplicado por la de sus procesos, y dicho resultado se eleva a una potencia que es el grado de internacionalización de la economía (ACTIVOS x PROCESOS)<sup>l</sup> = C” (Santos, 1994, p. 76).

### **2.3. Economía, derecho y su relación con la dignidad humana. El desarrollo humano en el campo energético**

Ahora bien, lo único absoluto en el ordenamiento jurídico es la dignidad humana. Esta no tiene reservas, simplemente ‘es’. Por tanto, al no ser condicionada y superior a todas puede ser condicionante. Más aún, en un Estado social de derecho que gira en torno a la dignidad humana como la norma fundante del Estado puesto que este se encuentra en función de ella, lo que obliga a que se haga realidad en los contextos en los cuales el Estado se hace presente. Es decir, la dignidad humana es norma en todos los procesos sociales, ajustándolos en su proceder. Como dijimos líneas arriba, dicha norma comporta el desenvolvimiento de estos procesos a través del concepto de ‘*desarrollo humano*’.

Este concepto ha venido adentrándose cada vez más y con mejores facetas en los últimos años. Se origina, precisamente, con ocasión de la debacle de la dignidad humana con las prácticas de guerra y políticas de Estado que dieron fundamento a justificar la erradicación de grupos humanos durante la II Guerra Mundial. Se desenvuelve gracias a la concepción de bienestar en la posguerra convirtiéndose en criterio de análisis para los organismos internacionales en la evaluación de la protección de derechos humanos hasta centrarse, hoy en día, como un

desdoblamiento de la dignidad humana en los procesos humanos incluidos los económicos, naturalmente.

Esto implica que los conceptos de libre competencia y competitividad *necesariamente* deben ajustarse no solo a tener como sujetos de referencia a los 'productores' y 'consumidores', sino al conglomerado social puesto que hablamos de 'procesos sociales', es decir, engloba a toda la sociedad.

Por otra parte, la competitividad debe entenderse no solo en relación con los *clusters*, la conectividad, las relaciones con las fuentes de energía y la fluidez de las inversiones, sino en todo factor aquel que permita el '*desarrollo humano*' de las comunidades humanas. Por tanto, la competitividad se justifica en tanto favorezca las condiciones de dignidad humana en el transcurso del tiempo y en el desenvolvimiento de los procesos sociales. Parcialmente, podemos concluir que prácticas y normas que no incorporen la dignidad humana y el desarrollo humano son inconstitucionales. Esto, como veremos más adelante, quiebra el concepto de competitividad con el cual se ha venido trabajando en Colombia puesto que lo enfila tan solo a la consecución de la renta en proporción a la inversión realizada. ¿Este es el único concepto que hay? No, la perspectiva continental y escandinava europea aporta un contenido distinto, precisamente, ajustado a los lineamientos de la dignidad y del desarrollo humano.

El orden económico que regula el Estado está conformado por mercados, en los que está el 'energético'. Dentro de este mercado encontramos al petróleo el cual comporta actualmente el puesto No. 1 y lo será por lo pronto hasta el mediano plazo. Este recurso tiene un mercado de dimensiones internacionales, que por sus características socio-políticas está determinado por fuerzas no solo económicas, sino también socio-políticas.

El petróleo para el ser humano aparece como un fenómeno que, aunque parece ser simple, como un prisma, se descompone en muchos colores, por lo que nunca es visto solo como un bien de naturaleza económica, sino también como un bien de interés cultural, político, social. Esto lo ha venido catalogando como un objeto de deseo de muchos y por muchas razones. Así como hablábamos de lo indivisible que es la dignidad humana, lo mismo afirmamos del petróleo, en un barril de petróleo no es posible diferenciar donde termina el interés político sobre este y donde comienza el interés económico.

Esto es muy importante de resaltar: el encuentro de lo humano con el petróleo es de *dos indivisibles*, pero *correspondientes*, la significación múltiple del petróleo no es intrínseca a este si no es señalada por el mismo ser humano, en razón a los intereses que parten del sujeto. Es decir, el petróleo no tiene una significación cultural, de no ser porque el propio ser humano cuenta con una dimensión cultural. Evidentemente, para ciertos grupos humanos comportará un significado más económico que político, pero para otros será diferente. La inmediata consecuencia de esto es que, la suerte del petróleo carga con la suerte de la relación de los grupos sociales con este y con ella la satisfacción o frustración de los intereses que hay sobre él. No es algo descabellado es, precisamente, por esta realidad, por la que genera tanto escozor en los grupos humanos el destino del petróleo o sus recursos (que es su equivalente).

Es decir, si para un grupo humano indígena comporta un interés cultural notable, hacer uso del petróleo significará hacer uso de los intereses culturales de dicha comunidad étnica. Es un fenómeno que más allá de ser entendido desde la sociología y la antropología, comporta un interés superlativo para sociedades como las nuestras, en las que el petróleo es el protagonista de las formas de energía actual.

¿Qué hacer con tantas miradas acerca del petróleo? No solo sucede con el petróleo, sino con muchos otros bienes, actividades y necesidades de las comunidades humanas de nuestro tiempo que se debaten en el *pluralismo*.

Como se tratará al comienzo del III capítulo, no nos resta más que optar por las vías del diálogo para conciliar los intereses del petróleo que es más que un solo 'bien de deseo económico'.

Así como se puede observar el *orden económico energético* es sumamente relevante. De su regulación ha dependido en gran parte el desarrollo de las actividades extractivas y exploratorias. ¿Qué derecho cuenta Colombia en materia de petróleos? Es el que se encuentra en las instancias de creación, interpretación y aplicación del derecho.

En la creación del *derecho petrolero* nos encontramos con dos escenarios, a saber: el debate político público, que es el debate en el Congreso y el debate político hecho por el gobierno. La realidad de estas dos instancias es que ambas se encuentran en una estrecha relación con los agentes directos del negocio petrolero y otras fuerzas colindantes a estos: inversionistas, gremio trabajador, academia especializada e influencias internacionales del mismo negocio.

“Reconocer el carácter creativo del conocimiento respecto de la realidad social no lleva a ningún pacto con las perspectivas metafísicas, sino simplemente a la aceptación de que el sentido de la acción social de los sujetos es también un factor relevante desde el punto de vista de su concreta interacción. Bajo estos argumentos no se puede reconocer que el *sollen* de tipo kelseniano —es decir, concebido como ámbito prescriptivo— pueda quedar totalmente marginado de los avatares del *ser*. Aún como espacio prescriptivo, el *deber ser* mantiene conexiones

concretas con el mundo de los hechos, las cuales se expresan en cauces recursivos que no permiten el distanciamiento total con el derecho, ni siquiera en el ámbito del análisis. Los fenómenos jurídicos deben concebirse, entonces, como órdenes de normas lógicamente ligados, pero también como producto y como móvil de la interacción de los sujetos sociales” (Díaz y Díaz, 1998, p. 126).

En la *interpretación y aplicación del derecho* se encuentran todos los ‘operadores jurídicos’, principiando con los jueces o árbitros a causa de un proceso judicial. En este escenario se caracteriza por tener una estrecha comunión con la realidad de los asuntos petroleros por medio de dos procedimientos: subsunción de las reglas y ponderación de principios. Es tan ajetreado este ambiente que es el lugar donde hay más creación de derecho y se permite gracias a la textura abierta de las normas insertar nuevos criterios. Así fue como la competitividad inició su carrera en el ordenamiento jurídico colombiano.

Ahora bien, el derecho está inmerso en esquemas político administrativos de gobierno de alcance nacional, los planes nacionales de desarrollo, los cuales se expresan o refrendan dadas las circunstancias o eventos que los convocan, en Consejos Nacionales que van dando los lineamientos político-administrativos para el desenvolvimiento de los intereses de desarrollo nacional. Aunque el ‘modelo de planeación’ de la reforma de 1968 caducó en la Constitución de 1991:

“se abre en un concepto distinto de planeación, compatible con un papel moderno del Estado, con un sistema económico de libre empresa, basado en la competitividad y en el mercado, con el protagonismo de las regiones como agentes de su propio progreso” (Vallejo Mejía, 1997, p. 216).

Así las cosas, entender que la planeación aporta constitucionalmente a la dignidad humana y afianza el desarrollo humano como base para la construcción de país, también marca un aporte fundamental. Por ello, en nuestro país se ha asimilado con gran fuerza el concepto de desarrollo como el de planeación, aún contra “la opinión frecuente de que la planeación debe desaparecer como responsabilidad del Estado y ceder su ficción a las reglas de mercado” (Vallejo Mejía, 1997, p. 216), ya que,

“es necesaria la intervención del Estado para que el mercado despliegue su virtualidad positiva en la asignación de recursos. En oposición a un sesgo economicista del desarrollo, la Constitución señala la necesidad de subordinar los resultados económicos al logro del mayor bienestar para todos los ciudadanos. De esta manera la planeación no se opone a la competencia y a las reglas del mercado sino que se convierte en su principal soporte” (Vallejo Mejía, 1997, p. 216).

Por otra parte, Colombia no planea sola su futuro, lo hace en un espectro internacional y en los últimos años ha venido recogiendo todos los avances de las políticas de desarrollo neoliberal o de simple regulación como actividad directiva de la economía<sup>7</sup> y de carácter estatal con una relativa baja participación de poder social representativo y que en últimas mantiene la centralización. Al respecto el tratadista Vallejo Mejía opina que esto se debe a una “falsa aplicación de la teoría económica del crecimiento que le da a la inversión un papel determinante” (1997, p. 234), sin perjuicio de que en nuestra opinión no se puede olvidar la carga política con que se adoptaron las disposiciones constitucionales que asumen al

---

<sup>7</sup>“Los procesos de planeación han sabido recoger y proyectar tendencias del desarrollo capitalista, expresadas en el replanteamiento neoliberal de la ley y función del Estado y se han “conectado” con los procesos de privatización u descentralización, reforma de las finanzas públicas y la misma “Modernización” político administrativa del Estado” (Estrada Álvarez, 1992, p. 50).

neoliberalismo en nuestra constitución.

“Si bien sus planteamientos guardan importantes diferencias entre sí [entre los distintos enfoques de neoliberalismo], coinciden por lo menos dos puntos: la reivindicación del poder del mercado y de su papel en el desarrollo económico y social, y la prevalencia del sector privado sobre el público con lo que abogan por la eliminación de la función en dicho desarrollo. Las fuentes principales del pensamiento neoliberal son el monetarismo de la Escuela de Chicago; la teoría de la elección pública, la Escuela de Austria; los llamados “Minimalistas” o libertarios y los anarco-libertarios.

[...] Las políticas que se desprenden de las premisas neoliberales emergen de cuatro principios teóricos centrales: el papel positivo de la desigualdad; la eliminación de la función económica y social del Estado y, por tanto de cualquier acción redistributiva por parte de éste; la operación del mercado en todas las esferas de la actividad humana, y, por último la validación del subjetivismo como criterio de verdad, y en consecuencia, como fuente de explicación de los fenómenos económicos, políticos y sociales” (Ahumada, 2000, p. 115-116).

En conclusión, para nadie es mentira que el enfoque de la Constitución es de libre mercado, pero asimismo, es un mercado con base en el Estado social de derecho, lo que implica que las normas que lo rigen están sujetas a la realización efectiva de la dignidad humana, que como postulamos en este trabajo de grado, está necesariamente ligado a que en los procesos económicos se asuma el desarrollo humano como despliegue de esta última.

## 2.4. Validez jurídica del derecho petrolero

Partamos primero de, ¿qué es la validez jurídica? Es un concepto del derecho como ciencia en el cual se determina que una norma es 'válida', es decir, que 'existe' dentro del ordenamiento en la medida en que haya sido producida de conformidad con las formalidades que el derecho exige —validez formal— y que, a su vez, no contraríe los preceptos normativos superiores —validez material—. En términos de la filosofía del derecho, este concepto se afilia a la escuela del derecho positivo puesto que se parte de que dicha validez es 'científica', ya que requiere de la convalidación de otra disciplina como puede ser la ética o la sociología. Se dice, por esto, que es 'pura' como diría Kelsen, quien apoyándose de la racionalidad instrumental de Weber hace del derecho algo extraído de las relaciones sociales e independientes.

En el contexto de un Estado social de derecho se agrega que es válida la norma en tanto satisface el fin de la norma en un contexto determinado. Este postulado es sumamente importante, pues en nuestro país, además de adoptar un criterio de validez positiva, según el artículo 4° de la Constitución, jurisprudencialmente, también ha hecho carrera el hacer valer la necesidad de resaltar la funcionalidad de la norma en un contexto determinado.

Estos desarrollos no son para nada fruto del capricho de los magistrados, ya que el Estado social de derecho legitima su existencia no solo por virtud de la ley, sino por la satisfacción de las necesidades sociales, las cuales están dadas para ser leídas en clave de contextos. A nivel de sentencias de tutela, la Corte Constitucional resalta esta funcionalidad del derecho en el esquema adoptado por la constituyente en 1991, haciendo hincapié, precisamente, en que tan solo así la dignidad humana se realiza a partir de *derechos en contextos*<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup>Sus desarrollos han estado en las sentencias C-424 de 1994, C-216 de 1993, C-346 de 1995.

Por tanto, podemos desligar que los procesos sociales, siguiendo lo que hemos afirmado en este trabajo de grado, desenvuelven la dignidad humana por medio del desarrollo humano, lo que se traduce en una garantía de derechos en un proceso social determinado. Ahora bien, entrando en materia, al hablar de la validez del derecho petrolero no significa que este tenga unos criterios de validez distintos a los del resto del ordenamiento jurídico, ya que estos deben ser los mismos para todas las normativas. Las normas petroleras no cuentan con un procedimiento cualificado para que les sea otorgada la validez formal, de por sí, cuentan con el mismo procedimiento de una norma cualquiera; y la validez material cuenta con las mismas exigencias. Lo que si tiene, necesariamente, un contenido *axiológico*, son las implicaciones del contexto petrolero.

Acerquémonos, así pues, a la realidad petrolera. Esta jurídicamente está sometida al contenido material de la Constitución, la cual obligatoriamente contiene en sí una doctrina económica determinada tal como lo descubrió Posner, la cual apoya un mercado controlado. En nuestro caso, es una economía de libre mercado dentro del marco de desarrollo que el Estado pretende.

Los hechos económicos petroleros como cualquier otro, operan en un ordenamiento jurídico, el cual rige sobre estos demarcando el terreno y reglas del juego. El dinamismo propio de los hechos económicos petroleros escapa con seguridad a la clase de *contención* que pretende brindar el derecho, por lo cual afirmamos que funciona como una *rejilla*, dejando pasar tan solo lo que las condiciones de la validez permiten dentro de las márgenes establecidas. Es importante anotar respecto a esto, que la libertad es la regla y solo está prohibido lo que las leyes establecen; ya que el contexto es cambiante y es, por decirlo de alguna manera, vinculante a las prácticas sujetas a normas que regulan estos hechos económicos de la regulación jurídica.

Para la realidad económica el derecho ¿qué es? ¿Cómo se le ve, tan solo como una limitante? Sí, indudablemente resulta unas veces una limitante, ya que ajusta determinados hechos y conductas a los cauces que él indique, algunas veces a favor de la eficiencia otras veces no necesariamente a favor de esta.

“Los analistas económicos del Derecho discrepan sobre si las normas jurídicas pueden ser mejor entendidas o valoradas en términos de eficiencia paretiana o riqueza. En general, los libros de texto utilizan la noción de eficiencia como riqueza. Generalmente se recurre al juez para que zanje una cuestión de asignación de derechos cuando el mercado no puede solucionarla. Puesto que en tales circunstancias hay perdedores, es más simple presentar los beneficios y costos de las partes en términos de maximización de la riqueza. Richard Posner ha ido aún más lejos al sostener que la maximización de la riqueza es el único objetivo que puede guiar la administración de justicia en el ámbito del Derecho Privado” (Specto, 2003, p. 13).

Así pues, es una realidad que hay normas que limitan la eficiencia y no debe por qué intranquilizarnos, ya que estas actividades económicas están sujetas y no son determinadoras de otras realidades. Es quizás en el *arte* de la combinación de los factores donde se puede buscar la eficiencia sin comprometer la violación de una norma o incluso cumpliéndola.

Frente a esta situación podemos tomar dos posturas: o el derecho es al mismo tiempo tanto un factor positivo como negativo para la empresa, o el derecho asumido desde la perspectiva de la dignidad y desarrollo humano me compromete como agente de cambio u obstrucción, en un país que busca salidas no solo al conflicto armado y al narcotráfico, sino alternativas de vida legal y digna para todos los colombianos. Por ejemplo, el pago de dos semanas de licencia me resta

competitividad, pues implica un gasto para la empresa o también puedo ver que con dicha licencia apoyo el fortalecimiento de una familia ofreciéndole un tiempo para la adecuación de las circunstancias familiares a la llegada de un nuevo hijo.

Esta última opción que parte de la ética civil, la cual no solo se acerca a las obligaciones éticas a las que nos convoca la razón por el hecho de ser seres humanos, también reacomoda las instituciones, como el derecho, para que estas, asimismo, sean desenvueltas con un criterio más constructivo que impositivo. En esta postura se busca, antes que crear una cultura de incentivos, generar una cultura de conciencia y responsabilidad puesto que parte de una antropología mucho más elevada, alejándose de concepciones utilitaristas para acercarse a una visión del hombre que es movido no solo por intereses egoístas, sino por una conciencia de sí y de su entorno.

Sin embargo, no todo es color de rosa. Frente a este movimiento académico de origen continental han nacido teorías en contra que afirman que hay ciertos elementos culturales que a la hora de producir derecho determinan la eficiencia en la economía, sosteniendo que países como el nuestro debido a nuestra cultura 'ecuatorial', 'católica', con orígenes en la tradición jurídico-francesa del derecho privado, en sí misma, es ineficiente, es decir, somos *culturalmente ineficientes*. Se afirma, sin temor, que las eficiencias que genera el derecho para la economía están en estricta relación con "la influencia de las circunstancias históricas, así como por la heterogeneidad etnolingüística, orígenes de las tradiciones jurídicas y religión" (Laporta, López de Silanes, Shleifer, Vishny, 2004, p. 461).

Además de reproducir señalamientos colonialistas, de por sí ya obsoletos en la cultura posmoderna y pluralista, fortalecen el enfoque de la eficiencia como renta. Estos movimientos de origen norteamericano han provocado que las nuevas rutas del derecho económico verifiquen la necesidad de contar con las variables culturales favorables a la eficiencia, por cuanto solo estas pueden ser 'actividades

socialmente'. Es por esto que se hace hincapié en la necesidad de ofrecer 'incentivos' para conducir el camino de la eficiencia en términos económicos.

Como hemos venido considerando, en los antecedentes, la economía petrolera es internacional. A este nivel, también se examina la relación derecho y economía. Por lo que se reproduce prácticamente un mismo razonamiento a nivel local en términos de elasticidad, relación con las normas, entre otros, pero se añade un elemento muy importante: lo 'itinerante' del capital. Al respecto, se ha afirmado y con razón, que las compañías petroleras son clientes y los países vendedores, los cuales ofrecen las mejores condiciones y tratan de atraer a la mayor cantidad posible de estos. La racionalidad del 'cliente' está medida por las dimensiones de la 'inversión', es decir, en relación con las tasas de riesgo y retorno. Es por esto que agencias internacionales especializadas, como International Energy Network, realizan esta tarea para reducir los costos de transacción, evaluando como factores de decisión los siguientes, en cuanto a la localización del país:

- un país política y económicamente estable.
- Un área donde haya considerable infraestructura industrial, un lugar con ductos, compañías de servicios, y demás.
- Un área donde haya una demanda local fuerte de productos derivados del petróleo y gas.
- Un ambiente tributario amigable.
- Un área de conocido éxito en taladraje petrolero y de gas.
- Un área donde haya consistente y justos grados predecibles de producción y servicios de la actividad de taladro.

Las anteriores 'condiciones' en su mayoría están mediadas por el derecho, por lo que estas situaciones, de hecho, que quieren tener las empresas están medidas y entendidas como condiciones de orden macroeconómico y de orden público, todas en un marco constitucional. Más aún, por la importancia que revisten están desarrolladas por el derecho. Y ¿cómo sucede esto en Colombia? Nuestro país ofrece unas de las mejores condiciones en Latinoamérica para realizar negocios petroleros.

La *competitividad*, como se entiende hoy en día desde la perspectiva de renta, es la más deseada. Ahora bien, ¿es también la más deseada por los colombianos? No, y es allí, por tanto, donde queremos hacer referencia al concepto de desarrollo humano y sostenible.

Las actividades petroleras usualmente están de sumo respaldadas por poderosos grupos económicos que han ido poco a poco dando forma a que los desarrollos legislativos tomen este camino de competitividad que, como más adelante se dirá, está restringido a una sola ganancia social: la del empresario. Concretamente, respecto de los pedidos que el gremio va pidiendo poco a poco al derecho estos se han ido concediendo. ¿Por qué ha habido 'tanta generosidad'? En buena parte ha sido por la situación en la que se encuentran 'los clientes', ya que están al frente de una góndola de supermercado, conociendo las opciones para saber cuál de todas les es más rentable. Por lo que se ha creado globalmente que el concepto rentable tan solo es un contenido de corte monetario. No obstante, esto es una visión muy corta de la realidad y del desarrollo.

Por esta razón, como consecuencia de esto es menester generar un nuevo pensamiento de competitividad, también en las condiciones de exploración y extracción, y acercar la visión de un mercado más incluyente en consideración de la comunidad política. Por tanto, las inversiones no solo deben estar medidas por una competitividad limitada a la renta, la cual llamaremos 'competitividad

estrecha', sino por una competitividad en la generación de riqueza con conciencia, estableciendo que el mercado no soluciona todos los problemas sociales, por lo que debe estar en función del desarrollo humano, favoreciendo desarrollos legislativos que no solo apunten a la participación de la empresa como un negocio netamente lucrativo, sino como agente constructor de las comunidades en donde sus actividades participa. En pocas palabras una nueva competitividad no se deja atrapar por una lógica conmutativa, fincada solo en términos contractuales, buscando soluciones más solidarias y participativas, en red, con mayor articulación, atenuando las diferencias entre lo público y lo privado.

Esto hace que las inversiones no solo se midan en razón a las 'condiciones', favorables o desfavorables para el inversionista. Es decir, las inversiones por más que no estén atadas a ningún Estado deben *participar y no solo a incursionar* en el desarrollo, en la planeación y posibilidades de construcción conjunta y no de 'amarre' o 'sostenimiento público' como se ha venido haciendo hasta cierto punto<sup>9</sup>.

Por ende, es muy importante y notable poder llegar a darle una perspectiva de solidaridad a las relaciones entre el capital, el Estado y la comunidad, pues esto libera de presiones a todos los partícipes, en especial, al Estado, que no tiene por qué asegurar su vigencia y viabilidad, sino tan solo invitar a participar y construir en colectivo.

---

<sup>9</sup>"Si bien es cierto que la capacidad instalada es un factor de 'amarre', frente a condiciones políticas adversas la volatilidad se hace real. Sin embargo hay una volatilidad mayor: la de la estabilidad macroeconómica. Ésta en Colombia ha estado mayormente protegida, sin embargo el petróleo en la economía es sustancial de tal forma que cualquier cambio en el renglón determina un cambio brusco en el PIB o en las exportaciones. Por ésta razón se creó el Fondo de Ahorro y Estabilización petrolera con la ley 209 de 1995, el cual a opinión de Suescún, Montenegro y Pardo, no ha generado los resultados esperados en tanto su labor ha estado apalancada por gasto público" (Suescún, Montenegro, Pardo, 2002, p. 341).

En cuanto a lo que al derecho nacional se refiere, ¿es competitivo internacionalmente? La competitividad del derecho petrolero está dada en el marco de la inversión extranjera directa, la cual se mide en función de los incentivos para mantener control sobre los procesos productivos dentro de los cuales se encuentran como determinantes las siguientes:

- “La geografía es un determinante relevante de los flujos de IED, pero no tanto como lo es para los flujos de comercio de bienes.
- El desarrollo de distintos tipos de infraestructura no ha sido encontrado como significativo, una vez se controla por otras variables.
- Aunque los APCs pueden generar IED interna, parte de ese aumento puede ser explicado por desviación de IED. En términos generales, diferentes APCs pueden tener diferentes efectos sobre los flujos de IED, tal y como lo sugiere la teoría. Por tanto, vale la pena analizar cada acuerdo separadamente y no como si los APCs fueran un grupo homogéneo.
- No se debe olvidar que atraer IED no es lo único —y se podría argumentar que no es el principal— objetivo de un APC, o de tener buenas instituciones. En ese sentido, investigaciones posteriores podrían concentrarse en estudiar con mayor profundidad y mejores *proxies*, los impactos de las variables que determinan el clima de inversión de un país, su ambiente tributario y su régimen cambiario.
- También valdría la pena hacer un estudio más detallado de los diferentes acuerdos de IEDB y en general, de las reglas de juego que se aplican a la inversión extranjera directa.

- De otro lado, un estudio sobre la dilución de IED podría aportar un mejor entendimiento sobre los impactos de los APCs sobre este tipo de inversiones” (Vallejo, Aguilar, 2003, p. 13).

De conformidad con estos parámetros, podemos decir que Colombia es competitiva según el esquema que hoy nos rige. Ya que en el ranking latinoamericano, Colombia reporta un muy buen lugar. Ahora bien, ¿podremos dar el paso a la nueva competitividad de la nueva economía global? Por lo pronto, detengámonos en la ‘competitividad estrecha’.

#### **2.4.1. El concepto de competitividad ‘estrecha’**

Hacia mediados de los 90, el director del gremio de la producción privada de petróleo, respecto a las perspectivas que la globalización y la competencia traían, afirmaba que, en primer lugar, el paso a considerar era la necesidad de atraer a la inversión extranjera y que para ello era necesario dar un vuelco a las condiciones para mejorar la rentabilidad que, en últimas, es la que atrae al inversionista. Estas palabras tuvieron eco y las reformas no se hicieron esperar con el transcurso de los años.

En este orden de ideas, podemos decir que somos competitivos en materia petrolera. No cabe duda que algo que ayudó en gran medida fue la política de desregulación. La competitividad en esta materia ha dado sus mejores frutos en los últimos 15 años dado que se empezó a aplicar un enfoque regulatorio a partir del esquema de Estado que partía de la Constitución de 1991 y los resultados son notables. Como bien se dice en esta investigación, en buena parte ha sido por la nueva tipología del contrato. Este, para mayor precisión, responde a las necesidades que se percataron a partir de una experiencia que marcó un hito en el entendimiento del esquema contractual petrolero: Cusiana.

Así pues, bajo las nuevas perspectivas de la economía del momento nos debemos preguntar ¿debemos seguir con el mismo esquema de competitividad o debemos adoptar otro con el que puedan ganar también las comunidades y construir más un 'colectivo'? ¿Las empresas petroleras hoy en día son conscientes de que estamos inmersos en una nueva economía global donde al tiempo que son valorados los incentivos se va generando una conciencia más cercana a la solidaridad que a la lógica conmutativa mercantil tradicional?

En este momento no podemos responder a estas preguntas, tan solo están siendo formuladas y por lo pronto afirmamos la necesidad de darle cauce a esta nueva forma de ver los procesos sociales económicos, en el cual hay una valoración mucho más generosa en la conciencia del sujeto, más que en la astucia de la renta, sin que haya exclusión entre el uno y el otro, pues es tan legítima la toma de responsabilidad como los deseos de lucro.

## **2.5. La tensión y la flexibilidad en el desarrollo económico**

Habiendo visto cómo la validez alcanza no solo la esfera de lo estrictamente jurídico, tocando lo económico, las valoraciones respecto del ejercicio ético de la aplicación de las normas en los procesos sociales económicos y cómo la economía envía un mensaje a los agentes del derecho para provocar un derecho competitivo en su primer entendimiento, también se hace evidente que entre la validez del derecho y la competitividad de la economía hay una tensión: petición-respuesta.

¿Quién inició la tensión? ¿El derecho presionó a la economía? O ¿la economía al derecho? Sin duda afirmar lo uno es afirmar al mismo tiempo lo otro, como el huevo o la gallina. Establecer una *relación dialéctica* es algo sumamente complicado como arbitrario, por tanto, partiremos del fenómeno como una 'tensión' y nada más.

Una de las paradojas del desarrollo industrial de los últimos siglos ha sido que las materias primas para la producción en los países desarrollados están ubicadas en países en desarrollo. Estos últimos, a su vez, en el ciclo económico nunca perciben en consecuencia el valor agregado de la transformación y antes bien el precio de sus bienes son regateados, ya que en el encuentro de las dos necesidades, de producir y de vender materia prima, dicho desequilibrio de poder se ve reflejado en el precio. Esta realidad ha hecho que las últimas prácticas comerciales en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC) estén relacionadas con una especie de cartel de los países en vía de desarrollo y así mejorar su posición en la relación comercial.

En nuestro país, la apertura económica fue un hecho y la inversión se abrió camino. Colombia hacía parte de la tendencia de los 90 en América Latina de convertir a estos países en un objetivo de inversión por medio de la 'liberalización' y la 'privatización' aunado a la desregulación y los avances en la integración económica de la región y las mejoras fundamentales de la economía para lograr ser 'más atractivos' que los otros objetivos de inversión como Asia, África y Europa del Este, los cuales tenían un punto en contra: se encontraban en situaciones económicas o políticas poco estables.

El inversionista se percató claramente de esta gran oportunidad y procuró mantener la atención con miras a lograr un marco regulatorio internacional de comercio para la inversión extranjera directa en América Latina. De allí nació la idea del Área del Libre Comercio para las Américas (ALCA), comandado sobre todo por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, que, sin embargo, detuvo su creciente interés en el tema por causa del 'terrorismo', fenómeno con el cual este país centró su mirada en sus víctimas y el denominado 'eje del mal'. Esta situación generó preocupación en las relaciones diplomáticas, pero no en las comerciales.

Una vez más la OMC se probaba como un ente que mantenía a salvo las relaciones comerciales de los intrínquilos políticos internacionales. Esa pausa hizo reflexionar al departamento en mención, así fue que se pensó que era más prudente el desenvolvimiento de las relaciones de libre comercio país por país, por medio de 'Tratados de Libre Comercio' o 'TLC's'.

El diseño que se venía fraguando en el ALCA no se desechó y continuó con los TLC's:

- “garantías fundamentales, como protección al inversionista, tratamiento nacional y recurso de arbitraje.
- Disciplinas de “alta integración” tales como reglas sobre tributación, competencia, apoyo a la investigación y desarrollo, subsidios e incentivos, y
- reglas sobre temas generados políticamente como estándares laborales y cultura” (OECD, 1999, p. 16).

Las exigencias se plasmaron en los diferentes tratados y fueron de una vez perfilándose como 'condiciones' para contratar. Así las cosas, se hace evidente el escaso margen de diálogo con que se desarrolló este tema, el cual es un ejercicio más de esa competitividad a ultranza donde el poder económico, además de mundializante es un imán de capital, avasallador del poder político y mecenas del poder financiero, que termina siendo el poder que favorece la mundialización del poder económico, haciendo dar pasos atrás al poder del Estado como reflejo de la comunidad política organizada.

“El poder tradicional que concentraba el Estado ya no es suficiente para mantener el orden interior y mucho menos para pretender frenar, o rechazar las fuerzas de todo tipo que sobrepasan hoy las

tradicionales fronteras, desvertebrando el concepto de soberanía y colocando en el tablero del juego del poder a unos Estados que difícilmente podrán asegurar su viabilidad de manera independiente y a quienes corresponde competir con armas desiguales.

[...] Lo anterior ha permitido la aparición de un nuevo modelo de Estado, el Estado Regulador, que reduce el papel del agente como responsable del desarrollo institucional en aras de un desarrollo favorable del crecimiento productivo. Su función se reduce a garantizar un ambiente adecuado basado en la ley, el orden, la propiedad y la estabilidad. EL objetivo es el repliegue inmediato a sus actividades mínimas haciendo énfasis en el sector privado y estructurando una sociedad de mercado, reduciendo el papel de agente y desarrollando una coordinación institucional donde se enmarcan los agentes privados y el mercado” (González Carvajal, 2003, p. 194).

La preparación del terreno en Colombia se dio con el Informe MONITOR a comienzos de los 90, en el cual se propuso el nuevo esquema de Estado que se ha ido desarrollando con el Plan Nacional de Desarrollo de los distintos gobiernos, en especial en el del presidente Uribe, administración que con más ahínco adoptó con seriedad la necesidad de condiciones de inversión y renta según la ‘competitividad estrecha’. En términos geopolíticos la ‘competitividad’ es cuando un actor “tiene características o ha desarrollado factores que son reconocidos por los otros y que lo hacen objeto de selección constante” (González Carvajal, 2003, p. 203).

Indudablemente, es un concepto muy propio de las tesis del Consenso de Washington y de la economía neoliberal. Como vimos anteriormente, la filosofía

económica en esta perspectiva parte de las ventajas competitivas. Una de las desventajas de las que se han percatado es la mutua dependencia entre todas las naciones, ya que según esta teoría, y se ha visto en la práctica, no todas producen todos los productos que una sociedad requiere para llevar su vida normalmente. Esto puede ser una espada de doble filo, ya que en caso de que las reglas de comercio favorezcan a todos y ningún Estado busque ser el productor exclusivo de los bienes de más alta demanda todos los países se podrán sentar a la mesa, pero si la comunión política empieza a debilitarse se rompen los cimientos de las relaciones comerciales, como ha venido sucediendo con Ecuador y Venezuela.

Asimismo, se ha visto como desventaja de este esquema que las fronteras de los Estados son políticas, por lo que habrá territorios con altísimas posibilidades de producción de bienes de primera necesidad, otros solo de lujo y algunos con productos exóticos. Con esto queremos decir que el comercio internacional no puede someter a los Estados a ser competitivos solo en 'lo que haya', pues no necesariamente estos productos se comercializarán de un modo fácil, como puede ser el caso de tecnología sofisticada o frutas exóticas.

Estas dos realidades de las ventajas competitivas nos reafirman que el mercado no es algo dado, sino que es construido, por lo que cabe, entonces, hablar de responsabilidad y poder político en la conformación de las fuerzas del mercado. El desarrollo humano se puede ver truncado totalmente, cuando se hace del mercado un hecho y no una decisión. Las comunidades políticas de los Estados exigen ahora más que nunca un mayor protagonismo para la definición de las rutas de los procesos sociales-económicos y no simplemente que les sean notificados.

En gran parte esta responsabilidad reposa en los hombros de los grupos económicos, quienes no solo pueden condicionar el acceso a los recursos financieros a la previsibilidad de un retorno monetario solamente. La nueva

economía que se avecina nos llama a ver que la colocación de activos en productos financieros supere la clásica confianza en que el cliente financiero se empeñará juiciosamente en cubrir sus obligaciones financieras. Mejor aún, el cliente financiero, en nuestro caso, una compañía exploradora, seguramente busca también la participación en los demás procesos sociales de las comunidades y Estados con los que comercia.

En conclusión, tanto el sector real como el de capital, en una visión mucho más participativa en la economía y regida más por la solidaridad que por la conmutatividad que asume la dignidad humana como un proceso que se construye y se ratifica con el desarrollo humano, además requiere ver en todos los sujetos una capacidad para la creación de condiciones de vida humana posible y con oportunidades. Esto implica el reconocimiento de la claridad en la asimetría de poder en cualquier relación humana y proceso social, concretamente poniendo énfasis en el reconocer que esta situación sucede entre las empresas y los Estados, las empresas y las poblaciones. Por ello, la vía nueva que permite construir una inversión y crecimiento humano que favorezca a las comunidades, al Estado y a las empresas es el desarrollo humano. Este desde su concepción y aplicación por organismos internacionales ha ido midiendo y aportando elementos que permitan corresponder el crecimiento económico con el desarrollo económico, es decir, un estado de cosas en el cual todos crecen.

Esto no necesariamente ha sucedido en los últimos años, Colombia ha dado inmensos pasos en crecimiento económico, el Producto Interno Bruto registró un aumento sostenido muy considerable, sin embargo, los informes locales y nacionales de Desarrollo Humano de la Organización de las Naciones Unidas no tuvieron el mismo grado de suerte. Colombia sigue siendo uno de los países más desiguales en el continente y en el mundo. Comparando los siguientes índices: PIB, Índice de Desarrollo Humano y el Coeficiente de Desigualdad (GINI) nos permite concluir que la riqueza del país y su crecimiento no está en directa

proporción para el mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos.

La economía nacional a partir de los 70 ha venido diversificándose y concentrándose en *clusters* desde comienzos de los 90. El empresariado colombiano es uno de los más hábiles y cuenta con un reconocimiento internacional notable. Las buenas prácticas empresariales en materia de negocios y comercio internacional se han visto reflejadas en la participación en exportaciones, las cuales han venido en un aumento constante.

Históricamente, los países en desarrollo conservaban, por lo menos, en América Latina, un modelo proteccionista llamado 'cepalino' dado que fue el Centro de Estudios Económicos para América Latina (CEPAL), de las Naciones Unidas, quien recomendó este modelo con el objetivo de equiparar los niveles de desarrollo entre las diversas naciones del mundo apoyando a este hemisferio. El modelo, independientemente de las críticas políticas, se agotó necesariamente con las doctrinas neoliberales, las cuales lanzaron su posición en el lugar opuesto al que se venía ejerciendo. Esto obligó a que en los últimos años haya operado una 'mudanza', en el ordenamiento jurídico, de principios de intervención del Estado en la economía, los cuales indudablemente han jugado a favor de los inversionistas.

Esto sucedió no porque sean incapaces, sino porque políticamente los grupos económicos más poderosos han logrado la generación de normas de conformidad con los intereses económicos de estos. La *mudanza* estuvo fortalecida por una élite política cercana a las políticas neoliberales, que en los noventa estuvo en manos del liberalismo, luego por el pastranismo y más actualmente, con creces, gracias al uribismo-santismo.

Esta mudanza se llevó a cabo por medio de la participación activa de gremios, agencias internacionales y la academia misma. Muchas de las normas que se

fueron desboronando, sin embargo, eran muy valoradas por la sociedad, como p.e. las laborales. Se habla incluso del desbaratamiento de las 'conquistas sociales' de más de tres décadas de luchas sindicales.

¿Cómo sucede la flexibilización? La flexibilización opera por medio de una tensión. Concretamente, y habida cuenta de, la 'competitividad estrecha' ha venido solicitando una menor rigidez, con una menor intervención en asuntos en los cuales el Estado hacía presencia y que le costaban a las empresas. Esto ha sucedido, también en otros países, en Colombia se logró por medio de una gradual y consciente liberalización de las fuerzas del mercado, reduciéndose la presencia del Estado a sectores o aspectos muy puntuales. Indudablemente, en los procesos sociales los agentes de mercado cobraron una importancia aún mayor, acentuando la asimetría de poder en las relaciones con los particulares, las comunidades y el Estado mismo.

Esto dio mayor ligereza a los empresarios para mejorar sus inversiones y atraer la inversión extranjera. Sin duda alguna, las rentas se hicieron realidad incluso el esquema de libre mercado superó la prueba de la crisis hipotecaria de finales de los 90, con un gran aprendizaje: hay que poner en cintura también al mercado.

Al paso que esto sucedía, las comunidades continuaron rezagadas, la pobreza aumentó y la desigualdad se hacía más patente. Empero, la respuesta está en la nueva economía en la que precisamente, además de confirmar que el mercado no soluciona los problemas sociales, se entiende que el mercado no es bueno o malo en sí mismo, sino dependiendo del uso que los agentes hagan de él.

Así las cosas, debemos preguntarnos ¿quiénes son los agentes del mercado en el nuevo esquema de competitividad? Sobrepasa necesariamente el esquema oferta-demanda, productor-consumidor, ya que también son agentes de mercado las comunidades donde se produce, las comunidades donde se consume y el

ambiente donde se desarrollan.

Ahora bien, la pregunta que nos hacemos es, ¿es posible ‘flexibilizar’ más, desmontar más? Ningún sector de la economía se quedó por fuera. En materia petrolera los dos grandes virajes que se dieron en los dos esquemas de contratación, respectivamente, abrieron el paso a un mayor atractivo para los inversionistas. Así las cosas, los temas en los que más se acentuó la ‘flexibilización’ han sido:

- Laboral. Hubo un desmonte gradual de beneficios en el derecho laboral individual, colectivo, especialmente, en términos prestacionales. En este aspecto se ha visto una relación entre la ‘competitividad estrecha’ y la renta, tan honda como el costo social que implicó. Hoy en día, se ha llegado al punto deseado, la última reforma de 2003 logró completar la que inició en 1990. El gran riesgo está en que los ciclos económicos obligan siempre a mejorar las condiciones de renta, por lo que la tensión se hará más intensa en la medida en que se requiera fortalecer el capital de la empresa. Innegablemente, es una fractura al derecho mismo del trabajo, pues relativiza la condición de debilidad de la parte del trabajador.
- Fiscal. Por fiscal debemos entender no solo lo tributario, sino también los beneficios que presta el Estado a las inversiones e incluso los mismos bienes de propiedad pública. En concreto, a nivel tributario se estableció sobre el ingreso (especiales para el sector petrolero): las regalías, el timbre, la contribución especial o sobre los costos de operación: timbre, IVA, aranceles, transporte por oleoducto, contribuciones parafiscales o sobre las inversiones: IVA específico al sector, remesa o sobre la gasolina.

Las preguntas que quedan por hacerse son: ¿éste desmonte favorece un desarrollo humano y gubernamental de calidad?, ¿el derecho es un convidado de

piedra a la espera de un configurador o piloto político? Esto lo podemos responder a partir de determinar cuáles son las fuerzas que han halado hacia la flexibilización. Estas fuerzas son las que protegen o favorecen los temas cardinales de la política petrolera: conservación de los recursos, el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, en un marco de nación, Estado y soberanía. Estas fuerzas no han logrado la *plena* materialización de las políticas energéticas que han surgido en la historia petrolera de Colombia (1951: Reversión de la Concesión de Mares y creación de Ecopetrol; 1969: Ley 20 de legislación minera; 1970: Plan Decenal; 1977: Plan Decenal Exploratorio; 1983: Plan 35 años; 1985: Plan 2000; 1990: Plan de Ajuste Dinámico; 1993: Plan Energético nacional). Esto se debe a que, más que todo, se ha desarrollado 'políticas de ajuste' por presiones del mercado internacional. Siendo un elemento muy importante puesto que las fuerzas que determinan la política y legislación petrolera están muy a tono con el orden internacional y sus horizontes.

Por tal motivo, para la salvaguarda de la compleja realidad que asume como importante todas las realidades, obliga a los nuevos agentes sociales en el paradigma de la solidaridad, afirmar que la flexibilización tiene necesariamente límites. Empezar por esta necesidad, es detener las pequeñas crisis y la violencia que se han venido generando.

En términos jurídicos, el desarrollo humano como norma, evalúa, integra, interpreta la realidad y todo fenómeno relativo al derecho desde una perspectiva que ensalza la dignidad humana por encima de todo proceso en el cual los sistemas productivos no reemplazan al hombre.

El problema está en que la flexibilización es una tendencia mundial que ha ido poco a poco arrinconando la posibilidad de condiciones dignas al ser humano. Es escandaloso afirmar aún más la flexibilización laboral. En países asiáticos con el fin de asegurar la renta, la cual ha sido un deseo que incluso ha sobrepasado los

derechos humanos, por ejemplo, caso Vietnam por la contratación de menores de edad a bajo costo para trabajar en las fabricas de las multinacionales, por lo cual debemos empezar a hablar de estándares éticos de inversión, los cuales aunque no son materia de este trabajo deberían sin lugar a duda reglar los mercados *internacionales*.

En Colombia los últimos Planes de Desarrollo han tendido hacia un favorecimiento de estos intereses que en la materia que nos ocupa se concentró en la reforma petrolera de 2003. Veamos, por tanto, cómo se incursiona el tema de la tensión de la que hemos venido hablando en el 'desarrollo'.

### **2.5.1. La tensión en el desarrollo**

Al hablar de desarrollo nacional, necesariamente, tenemos que hablar de un punto de partida y de un modo de proceder. El punto de partida, es la dignidad humana, la cual se asegura con el cumplimiento de los derechos y la garantía de su ejercicio. Un derecho es una tonalidad de la dignidad humana respecto una arista de la vida humana. Un derecho me habla de la misma dignidad humana de la que me habla el otro. Por ende, todo derecho me refiere a la dignidad. Dentro de estos derechos están los de contenido económico, los cuales son la representación de la dignidad humana en los procesos económicos, estos nos hablan sobre la persona humana en la economía. Con esto afirmamos que, la centralidad de los derechos no es en sí la libertad, quizás ese fue el modelo del Estado de derecho, sin embargo, en un Estado social de derecho hablamos de dignidad humana, la cual justifica la autoridad estatal.

La libertad es una expresión de la dignidad humana, pero no la agota, antes bien su comprensión está dada por las dimensiones del modo como entendamos a la dignidad humana. Los derechos económicos, entonces, están entendidos en razón de la dignidad humana, por lo que la libertad ofrece cauces de acción a esta.

Necesariamente, nos pone esta concepción en una perspectiva de entender al ser humano en el derecho como un ser integrado en una red social, no como un individuo que ejerce su libertad aún a costa de los demás.

¿Por qué hablamos de un Plan de Desarrollo? Respecto a las necesidades humanas, los seres humanos se organizan de múltiples formas para darle sentido a su vida desde las necesidades más básicas hasta las más sofisticadas y trascendentes. En cuanto a las necesidades económicas, los seres humanos *crearon* el mercado para tranzar en él bienes y valores monetarios. Cuando aparece el Estado se ve la necesidad de coordinar estos esfuerzos para la satisfacción de todos los ciudadanos, de tal manera que ‘no solo participen todos, sino que ganen todos’. Por esto, sin temor a equivocarnos, el origen del concepto de desarrollo está atado a la solidaridad.

¿Qué tipo de desarrollo? La solidaridad no es ideológica es ética. Es racionalmente necesario, admisible y exigible subrayar que la comunidad humana está compuesta por seres humanos que ven necesario la *coordinación* y *armonización* de sus fuerzas e intereses. Sin lugar a dudas, esto implica un papel activo por parte del Estado para conocer, reconocer y facilitar la participación de los distintos sectores de la sociedad.

¿Cuál ha sido la tendencia de las políticas de desarrollo en Colombia? A partir de la era neoliberal de los años 90 se ha concentrado en la *competitividad*. El último pronunciamiento sobre dicho tema se dio en el CONPES 3227 de 2008. Sin perder de vista la construcción de lo público, la competitividad, entonces, debe desarrollar la dignidad humana, que como decíamos sería el desenvolvimiento de los derechos en los procesos económicos, por lo que implica abanderar la coordinación de procesos sociales que siguiendo los lineamientos de desarrollo del Estado, aseguran los derechos de todos los ciudadanos en su persona, familia y comunidad, es decir, “puedan desarrollarse en forma cooperativa” (Perry Rubio,

1997, p. 139).

Asimismo, la competitividad según el mencionado CONPES, ha tomado un direccionamiento claro: los *clusters* de desarrollo. Es decir, los temas cardinales de competitividad colombiana se entienden en temas de *clusters* ‘de clase mundial’. Es decir, Colombia apuesta a que con estos renglones, en los que el país identifica como ventaja competitiva, alcanza a ofrecerles una vida digna a todos los colombianos. ¿De ‘qué’ competitividad se habla? De una relativa a la renta en relación con la inversión, según se puede extraer del documento en mención.

El petróleo, sin lugar a dudas, es un *cluster* de clase mundial, el cual según el Estado requiere para que este construya país, infraestructura y planes de acción concretos (CONPES, 2008) en materia de competitividad<sup>10</sup>, ¿cómo se ve el petróleo en el desarrollo nacional en el escenario de la competitividad? Así:

“El sector de minas y energía es importante para la competitividad del país tanto por su papel en la provisión de la energía eléctrica y de los combustibles que requieren las actividades productivas, como por las oportunidades de negocios derivadas de las riquezas mineras y los hidrocarburos. Los pilares estratégicos identificados son:

1. Mantener el abastecimiento energético a precios eficientes consolidando el sector como foco de inversión nacional y extranjera.

---

<sup>10</sup>Para Kalmanovitz, lo que esto quiere decir es que “la mayor competencia, asociada a un gobierno de tamaño óptimo, conduce a precios más bajos que son capturados por los consumidores y no sólo por los productores en la forma de rentas excesivas que surgen de la restricción de la competencia” (2001, p. 19).

2. Aumentar la cobertura de los servicios de energía eléctrica y gas combustible a precios eficientes y con operaciones ambientalmente sostenibles.
3. Ubicar en los mercados internacionales mayores cantidades de minerales y productos con valor agregado provenientes de la actividad minera colombiana” (CONPES, 2008).

Evidentemente, se refiere a la ‘competitividad estrecha’, es decir, no incluye el entendimiento de los *clusters* desde una perspectiva de desarrollo humano y sostenible puesto que desenvolver estos pilares estratégicos sería por lo pronto favorecer, en primer lugar, a los inversionistas, comercializadores y exportadores. Si efectivamente hay un apoyo a las comunidades, pero de modo indirecto, a saber, ‘por rebote’. Con esto queremos llamar la atención en la necesidad de favorecer las aproximaciones que nos permiten ver en un solo plano todos los agentes y sus aportes para la construcción de realidad<sup>11</sup>. Tanto la industria, las comunidades como el Estado están presentes en un contexto y todos son destinatarios del desarrollo, ¿por qué solo los inversionistas?

Esto ha venido creando una clase de cultura a base de mensajes que fortalecen el concepto de competitividad por planos, distinguiendo claramente los destinatarios,

---

<sup>11</sup>Realidad, que es descrita por Kalmanovitz de la siguiente manera: “la realidad ha sido un estado históricamente débil, pobremente financiado y apoyado en las redes de clientes de los políticos profesionales a quienes los poderes dominantes delegan el oficio de la política. Eso les otorga el derecho a usufructuar personalmente de los recursos públicos, tal como lo hicieron antes los que consideraron al Estado como su patrimonio particular. Las instituciones de vigilancia se tornan en peajes para los que roban y para los que no lo hacen pero requieren de su visto bueno. El sistema político clientelista es anti-meritocrático y anti-competitivo. Predomina el conflicto para capturar rentas y está ausente la cooperación para lograr que el gasto público sea un elemento de desarrollo económico y de equidad social. Gana el ventajismo, el que no respeta las reglas ni la ley y el que recurre a la movilización vociferante. Impera la mediocridad en el sistema educativo. Domina el parroquianismo” (2001, p. 23).

sin valorizar las posibilidades con que los agentes sociales y escenarios públicos pueden aportar al tema.

Así las cosas, aparecen dos *clases* de mensajes:

(i) institucionales (no necesariamente son derecho): los debates del Congreso al momento de configurar las leyes; las sentencias judiciales y laudos arbitrales: la elaboración de decretos por la autoridad administrativa correspondiente —en especial, por las oficinas jurídicas— que en nuestro caso sería la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH; los documentos CONPES; los programas de gobierno de las administraciones de los presidentes de la república; toda providencia judicial, arbitral o actuación administrativa que se encamine para la aplicación de leyes y decretos; los contratos de exploración-extracción con el Estado.

(ii) No institucionales: el lobby de las fuerzas de poder relativas al tema, como p.e. los gremios, los sindicatos; los estudios gremiales y académicos respecto al tema.

Esto nos hace pensar, entonces, que el desarrollo a partir de la competitividad basado en el *cluster* del petróleo cuenta con solo unos agentes:

En el Estado, que más que todo es regulador: senadores y representantes a la Cámara en el Congreso de la república; director y consejeros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos; consejeros del CONPES; presidente de la república; ministro de Minas y Energía; jueces y árbitros.

En la industria del petróleo, que más que todo es regulado, empresas petroleras, empresas de servicios petroleros.

En el ‘observador’, aquellos que observan, es decir, ven la regulación, ni regulando, ni siendo regulados: representantes de los gremios; investigadores y

docentes de la academia.

En la voluntad de estos agentes parece reposar, entonces, el desarrollo del petróleo y, con este, el derecho petrolero. Como lo señala el nombre de esta investigación, la competitividad 'estrecha' que es la que rige en el momento, cuenta con actores determinados dentro de los cuales no hay una mayor participación de sectores sociales, ambientales y demás.

La creación de derecho implica la consideración de los actores en una realidad determinada. Así las cosas, el derecho está conformado por estos tres estamentos, los cuales están mediados por lo que dice el uno del otro, en los medios de comunicación. Por lo que compete a estos grupos de personas el centro de las inquietudes al respecto del petróleo está mayormente dado en términos de renta e inversiones.

Ahora bien, conociendo escenarios, mensajes, actores ¿cómo se toma una decisión a la hora de la creación, interpretación o aplicación del derecho petrolero? Lo que se pone en juego en un momento de decisión en el derecho es en la creación ¿qué es lo *más importante* respecto de la materia que afectaría la norma?, en la interpretación más honesta ¿cuál es el *sentido* de la norma?, y, en la aplicación ¿cuál es el *resultado-fenómeno* con el cual se consuma la eficacia entendida en la interpretación? Estamos, entonces, ante un esquema de valores frente a la toma de decisión. Si tomamos en cuenta que estos tres grupos sociales son los que ofrecen el contenido al derecho, sus valores están dados en base, precisamente, al interés sobre la renta.

¿Cuál es el valor predominante? Hoy en día, el valor que marca la toma de decisiones en la producción, interpretación y aplicación del derecho petrolero es la *competitividad según la renta*, principio a partir del cual se sujeta el resto de valores. ¿Qué hace el derecho frente a esto? No es un convidado de piedra, ya

que el derecho es un mensaje político con una característica especial, la de validez.

“Las normas generales del Derecho no pueden representar por sí mismas todos los diversos conflictivos e irreducibles intereses de los individuos y los grupos dentro de la sociedad. Es por ello que el Derecho se convierte en un campo de batalla, en el que, gracias a la indefinición del lenguaje, a la infinita posibilidad de resignificación de las palabras y la construcción de nuevos discursos, se pueden expresar intereses contradictorios. Las decisiones políticas que se expresan en el derecho legislado entrarían a formar parte de una perspectiva particular, cuyo dominio sobre el campo jurídico general está garantizado provisionalmente, y se ven expuestas a múltiples contradicciones con nuevos discursos jurídicos emergentes que persiguen la hegemonía sobre el espacio político estatal y nacional. El Derecho no está en la capacidad de representar las diferencias entre los actores sociales, sino que trata de reducirlas a unos conceptos universales y abstractos” (Vidal López, 2008, p. 235).

Lo anterior, hace evidente un mensaje para la competitividad ‘estrecha’. La dignidad humana no puede ser un añadido, ni una pretensión para optimizar, es una condición en las relaciones sociales, sin ella no es legítimo ningún interés, sea lucrativo o no.

Así las cosas, por una parte, creemos que la sola exclusión de sectores de la sociedad apunta a un entendimiento de la competitividad sesgado y, por otra, afirmamos que aproximarse a la competitividad como renta es afirmar que los derechos económicos están en función de la libertad, lo cual invierte la lógica, pues están en función de la dignidad, que, como lo hemos dicho hasta la

sociedad, se llama *desarrollo humano* en los procesos sociales económicos.

El derecho no crea la política, precisamente, bebe de ella. La política no inició en los últimos gobiernos esta se ha venido desarrollando y el derecho frente a ella lo que hace es tomar el decantado y opciones políticas frente al tema del que se trate.

Sin embargo, más allá de las opciones políticas, no se puede subyugar principios que constituyen la sociedad colombiana como la dignidad humana, por lo que es pertinente llamar la atención en crear un entendimiento de dignidad humana en el desarrollo humano que opere en los contextos del negocio petrolero. Este, necesariamente, debe partir del derecho y desenvolverse a través del diálogo en condiciones de desarrollo que permitan la viabilidad de las comunidades a futuro, considerando en primer plano a todos los agentes a la hora de construir región.

## **CAPÍTULO III**

### **LA COMPETITIVIDAD SISTÉMICA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO PETROLERO**

#### **3.1. La competitividad sistémica como alternativa a la ‘estrecha’**

Hoy en día, la competitividad sigue siendo un importante criterio que determina las decisiones empresariales. Innegablemente, es un principio rector del quehacer de los negocios. Esto se puede verificar por la percepción misma que tienen tanto los empresarios como el Estado, no hay sombra de duda. Más aún, para las agencias que favorecen a la inversión, el criterio determinante es la competitividad del país frente a otros. En Colombia el orden público es la principal preocupación, por ello, para nadie es mentira que en la administración Uribe el trasfondo de la denominada Seguridad Democrática era el de mejorar la ‘confianza inversionista’; política continuada por el gobierno de Santos, la cual no solo se refiere en términos de orden público para la ciudadanía en general, sino también en amplios beneficios para el inversionista.

Sin embargo, el contenido del discurso es monopólico, cuenta solamente con un direccionamiento o visión, lo que le resta legitimidad para hacerlo vinculante siquiera desde el punto de vista moral. Al leerse los distintos documentos del Plan Nacional de Desarrollo y los que ofrece la Comisión Nacional de Competitividad, así como de las Comisiones Regionales, estos obedecen al esquema ofrecido por Michael Porter, en el cual se evalúa según su criterio: los índices de productividad, en relación producto-costo-precio, quizás allegándose más a la realidad

microeconómica de la relación productor-consumidor. Este esquema evidentemente profiere como los valores más apreciados, los relacionados con la generación de renta y en la satisfacción que el consumidor pueda adquirir.

Sin embargo, ¿hay una sola competitividad? No, la competitividad no es una sola, puede entenderse de diversas maneras. El Instituto Alemán para el desarrollo ha creado el concepto de la 'competitividad sistémica', la cual se centra más en la competitividad como un desarrollo de habilidades del conjunto de la población incluyendo como criterios de valoración no solo la relación productor-consumidor, sino el conjunto social puesto que,

“la competitividad de las empresas se basa finalmente en una organización social, en cuyo seno se generan ventajas competitivas en función de la interacción de múltiples parámetros de relevancia en el sistema” (Esser, Hillebrand, 1996, p. 14).

Este es un enfoque que no es anglosajón, sino europeo, desplegado sobre todo por agencias del desarrollo como la CEPAL, el cual busca que no opere la competitividad y la responsabilidad tan solo en las empresas y en el Estado, sino en los demás sectores de tal manera que se pueda armonizar tanto las necesidades microeconómicas como las macroeconómicas. Para lo que cuenta con cuatro sectores (macro, meta, meso y micro) que funcionan así:

“En el nivel macro se encuentran propiamente las políticas como la monetaria, presupuestaria, fiscal, comercial, y otras, que hacen posible una asignación eficaz de los recursos y al mismo tiempo exigen una mayor eficacia de las empresas. En el nivel meso se localizan todas las políticas de apoyo específico que fomentan la formación de estructuras, también denominadas políticas horizontales, como la infraestructura física, la política educacional,

tecnológica, ambiental, entre otras. En el nivel meta se ubican las estructuras básicas de organización jurídica, política y económica, como los factores socioculturales, la escala de valores, la capacidad estratégica y política, entre otras. Por último, en el nivel micro se coloca la capacidad de gestión de una empresa, sus estrategias empresariales, la gestión de innovación, entre otros elementos que diferencian una empresa de otra. La factibilidad de que una empresa alcance y mantenga sus niveles de competitividad deseables recae en el mejor desempeño y balance de todos los niveles antes descritos” (Esser, Hillebrand, 1996, p. 32).

Asimismo,

“Desde esta perspectiva, los niveles se entienden como piezas necesarias para el funcionamiento de un determinado mecanismo o sistema, por lo que cualquier falla en alguno de ellos atentaría contra el buen funcionamiento del mecanismo en su totalidad. Lo deseable, por tanto, es que todos los niveles avancen a un mismo paso y en conjunto” (Esser, Hillebrand, 1996, p. 32).

El papel del derecho en ambos enfoques cambia, aunque el concepto de validez se mantenga inerte (ambos modelos cuentan con esta concepción). En el primer enfoque, el derecho es visto como intervención del Estado sobre la economía como una maniobra que debe reducir las fallas del mercado (externalidades, asimetría de información, poder de mercado) y ‘los cuatro factores’, absteniéndose de una intervención más allá de eso.

Por tanto, el papel del derecho en este segundo enfoque es más que todo un fortalecimiento de tres derechos:

(i) El derecho privado en tanto facilita las transacciones a un menor costo y se asignen los derechos de propiedad, intelectuales, con una mayor definición y claridad.

(ii) Del derecho antimonopólico (derecho de los mercados, de la competencia) que controle todo exceso de poder en el mercado que genere ineficiencias de conformidad con la hipótesis del mercado de competencia perfecta.

(iii) Del derecho de los consumidores en tanto se otorgue un reconocimiento de poder hacer efectiva la lealtad en las cantidades, precios y bondades de los bienes y servicios.

Frente a este espectro del derecho el Estado es netamente regulador y garantista de los derechos de los particulares, quizás desarrollando un concepto más de libertad al estilo de Hayeck. Así que el mismo Porter afirma:

“Las empresas tienen un importante papel que desempeñar para moldear la política del gobierno [la cual se termina traduciendo en derecho ese es uno de sus fines prácticos] y a la hora de presar su apoyo a los programas constructivos del Gobierno. Lamentablemente hay ocasiones en que las empresas no perciben claramente sus intereses a largo plazo cuando se trata de una política del Gobierno. De hecho, ellas mismas son sus peores enemigos, a veces. Con frecuencia, las empresas buscan mediante el politiquero remedios rápidos que van en detrimento de las oportunidades de conseguir la ventaja competitiva a largo plazo [...] Las empresas deberían abogar por políticas gubernamentales que mejorasen el “diamante” nacional en su sector, tales como las inversiones en creación de factores y la

ayuda para conseguir acceso a los mercados internacionales. El error más grave es apoyar políticas que minarán la verdadera ventaja competitiva, reducirán el ímpetu por mejorar e innovar y crearán una actitud de dependencia en el Gobierno” (Porter, 1991, p. 742).

Mientras que en otro apartado enfatiza:

“El objetivo primordial de la política gubernamental en cuanto a la economía consiste en *desplegar los recursos de un país (trabajo y capital) con unos altos y crecientes niveles de productividad*. Como he indicado anteriormente, la productividad es la causa primordial del nivel de vida de un país. Para conseguir un aumento del nivel de productividad, la economía debe estar superándose constantemente. Esto exige unas incesantes mejoras e innovaciones en los sectores y la capacidad de competir con éxito en nuevos sectores [...]

La actuación idónea de un Gobierno hacia la industria de un país es la de estimular ése dinamismo y esa mejora. El objetivo del Gobierno debe radicar en crear un entorno en el que las empresas puedan mejorar las ventajas competitivas de los sectores establecidos mediante la introducción de una tecnología y unos métodos más avanzados y mediante la penetración en segmentos más avanzados”.

En el segundo enfoque de competitividad se mira al derecho de una manera renovada, en el cual tiene un papel activo el Estado. No por esto se habla de un intervencionismo estatal como se venía realizando en los años anteriores a los de la Constitución de 1991, para nada, tan solo es un Estado como lugar de

construcción de lo social, un Estado que parte de sus decisiones en la democracia y en la formación de la plataforma de 'lo público', ya que para este enfoque lo principal es armonizar los sectores y actores sociales para desarrollar las ventajas competitivas. Esto lo justifican en razón a la relación directamente positiva que tiene la red social en la cual está la economía y el desarrollo de las ventajas competitivas.

Volviendo a la pregunta que más nos puede inquietar: ¿este esquema es un retorno al intervencionismo? No, precisamente, la piedra de toque es el 'diálogo y la articulación' de los *factores determinantes de la competitividad sistémica, según los grupos de actores*. El papel del Estado se enriquece totalmente haciendo posible la creación de la competitividad como un valor cultural donde muchos participan. Precisamente, se aleja intencionalmente de la planificación y el neocorporativismo. Según los niveles del modelo, el papel del Estado es proveer de una política e instrumento jurídico que faciliten el encuentro y diálogo entre los siguientes sectores:

A nivel meta: todos los sectores sociales.

A nivel macro: parlamento, gobierno nacional, instituciones estatales nacionales, banca Central, órganos judiciales.

A nivel meso (en un nivel central, regional y comunal): gobiernos, asociaciones empresariales, sindicatos, organizaciones de consumidores, otras organizaciones privadas, instituciones de investigación y desarrollo, ya sean públicas o privadas, financieras, educativas.

A nivel micro: productores, servicios al productor, comercio, consumidores.

*El derecho en este esquema se hace herramienta de comunicación* puesto que no

solo es un derecho para actividades económicas, sino para la promoción de sectores sociales y su diálogo para la creación común del valor de la competitividad y así hacer real en el derecho la decantación de poder público, sin ser para nada un instrumento de 'alteración' del ritmo propio de la economía y sin perjuicio de la regulación de la misma para encauzarla hacia la satisfacción de la demanda social de bienestar como lo ordena la propia Constitución. En el fondo, no es tan difícil.

El derecho se está transformando y la competitividad construyendo. Esta no es una época de cambios, sino un cambio de época, de allí la importancia de ofrecer un principio de competitividad en el que la economía esté al servicio del ser humano.

### **3.2. La Constitución petrolera y los Planes de Desarrollo**

Los esquemas de desarrollo en los últimos 20 años han colocado al petróleo en un puesto privilegiado. Este recurso cuenta en estos esquemas con un papel no solo energético, sino político. Sin embargo, en los planes de desarrollo se ha entendido al petróleo como un recurso natural muy valioso a partir del cual se puede crear riqueza. A su vez, los planes de por sí han contado con baja capacidad de concertación real. Son siempre formulaciones de Estado como instrumentos de desarrollo de este. Por tanto, reflejan, indirectamente, por representación los intereses de los gobernados.

Estos son los planes y lo que traen respecto al tema que nos interesa:

*Salto Social:* incrementar la actividad petrolera (exploración, autosuficiencia, abastecimiento de combustibles, exportaciones), pasando en producción de 378 a 615 miles de barriles de petróleo diario. Evidentemente, esta cifra no se cumplió.

*Cambio para construir la paz:* apoyo a la competitividad, indica la necesidad de nuevas reservas y la posibilidad de pasar a ser importador, proponiendo como solución la inversión privada, además se avizora cambios contractuales y a pesar de la urgencia de la exploración propone concentrarse en la extracción y la primera actividad es potencializarla a diez años. Hacer de ECOPETROL poco a poco un agente con autonomía y capacidad de competencia como otro.

*Hacia un Estado Comunitario:* mejoramiento de la competitividad, evidencia cada vez más la reducción de actividad exploratoria, afirma la existencia de 47.000 millones de barriles.

*Estado Comunitario:* desarrollo para todos y el fortalecimiento de la inversión extranjera.

A su vez, estos son los resultados:

En la era Gaviria se concentró en la participación de ECOPETROL en las secuelas del boom de los finales de los 80, en general, en el mercado.

En la administración Samper, aparece el contrato con factor  $-R$  que mejoró las condiciones de poder de mercado de las multinacionales.

Pastrana en sus cuatro años de gobierno se refirió a las regalías y a la enfatización de la recuperación de la inversión por parte del inversionista en los contratos de asociación.

En la era Uribe se reformó la política nacional de hidrocarburos con la creación de la ANH, la capitalización de ECOPETROL y, por otra parte, ofreció un nuevo esquema contractual para la solución de la principal

preocupación: el índice de reservas.

La Constitución de 1991 contó con una particularidad, a saber: el querer ser un instrumento jurídico de alcance popular con el cual se asegurasen las garantías que más atañen al 'ser ciudadano', lo que implica necesariamente pasar por el 'ser humano' y el perfilamiento de unas condiciones democráticas de vida digna. Esto significa afianzar la centralidad de los derechos fundamentales y de los mecanismos de participación democrática en las decisiones públicas. Ya que no solo son unos dispositivos dentro del ordenamiento.

Que la Constitución haya querido expresamente dar como ruta de desarrollo los derechos y la democracia es el modo de hacer la apuesta hacia un orden político, económico y social justo como se afirma en el preámbulo. Es decir, la Constitución tiene un proyecto político muy importante y valioso que no se debe desconocer: las realidades que están sometidas bajo el imperio de la Constitución de 1991 deben encarrilarse en el respeto a los derechos fundamentales y a la participación democrática dirigiéndose a un orden social 'justo', que es lo que los ciudadanos esperan y consideran como tal, a esto se le llama legitimación.

¿Legitimación? Si, la 'aceptación' o 'convalidación' de las prácticas estatales y jurídicas que hace la sociedad. Esto lo hace la sociedad cada vez que se reconoce a sí misma como *sociedad civil*, es decir, no como un objeto, sino como sujeto de su futuro. Esto parte del reconocimiento de que el ser humano está por encima del Estado gracias a los derechos humanos. En ellos reposan los mínimos a partir de los cuales se establece el accionar del Estado. Sin embargo, esto no es posible sin dos condiciones: (i) consideración de las personas como ciudadanos. Es decir, como personas capaces de ejercer los derechos, de participar efectivamente y construir nación, sin condición o exclusión alguna. Esto es una apuesta a la confianza y no al miedo, al diálogo y no a la guerra. (ii) La garantía del ejercicio del desarrollo de los pueblos. Esto significa que además del compromiso político de

los movimientos y partidos políticos, del gobierno y de las instancias internacionales por un verdadero desarrollo también implica el reconocimiento de que el desarrollo es la dignidad humana hecha carne.

En conclusión, nos encontramos ante mecanismos de participación ciudadana que no se reflejan en el desarrollo de la política energética del país, no solo por la escasez de cultura ciudadana en la participación, sino también en la concepción y gestión de las políticas públicas.

### **3.2.1. La competitividad en el negocio petrolero**

La competitividad, como en cualquier otro negocio, sigue siendo la regla de medir el comportamiento de las actividades petroleras. Pero ¿de qué modo se manifiesta la competitividad especialmente en temas petroleros?

Si bien las reservas aumentan tímidamente no son suficientes como para asegurar a mediano plazo el abastecimiento interno del petróleo. Y allí viene la presión: ¿más competitividad?, ¿desde el criterio del aboyo laboral o fiscal? Esto es reventar la economía y reventar al derecho, de nuevo, un llamado a la consideración de las variables mundiales para la inversión en países como Colombia, en el cual en virtud de la *solidaridad internacional* no puede llevarse de calle el bien común, ni menos aún las pretensiones de construcción conjunta. La *rectitud* en las inversiones se hace un imperativo no negociable, la *cooperación para el desarrollo* no es solo una 'agencia', sino verdaderos instrumentos de construcción social que igualan las condiciones de bienestar entre los países más y menos desarrollados.

### **3.3. El petróleo como un bien económico, político y social**

Retornando al entendimiento del petróleo no como un bien económico, podemos

ver que este recurso por su relevancia tiene una importancia social y política. Esto hace, entonces, que el fenómeno del petróleo desde la perspectiva de los inversionistas y del Estado se note en su calibre social y político. Implica hablar de transdisciplinariedad y diálogo entre conocimientos.

Es una riqueza que no es tan solo económica para las comunidades indígenas es también una riqueza cultural y religiosa, discurso que no puede ser invisibilizado y debe reflejarse en la toma de decisiones de la política energética, en especial, por supuesto en la de hidrocarburos. Esto conlleva a creer que la riqueza no solo es la verificación del recurso (reservas) en cuanto lo que su renta puede darle al país en regalías o al inversionista en dólares. También es riqueza las demás percepciones que hay acerca del petróleo para una nación.

Como ejemplo de este caso están las consideraciones que se han hecho con ocasión de las poblaciones indígenas U'wa, los cuales reclaman una significación al petróleo de carácter ambiental y religioso. Así las cosas, el caso U'wa trae los mejores elementos de la discusión. Así pues, la obra de Ángela Uribe *Petróleo, economía y cultura* examina con gran agudeza el debate presentado entre la comunidad indígena, el Estado y las empresas petroleras, además de la necesidad del reconocimiento del otro como interlocutor y la necesidad de la apuesta, y de la fe en la posibilidad de un consenso.

“Lo que habría que rescatar de éste debate sobre los bienes de diferente naturaleza —económicos y culturales— es que la justicia distributiva que significó un gran avance en el devenir de las sociedades, que sirvió de fundamento para legitimar derechos económicos y sociales, que amplió de manera significativa la condición ciudadana y la inclusión de muchos actores sociales a la esfera pública, termina por quedarse sin respuesta para comunidades y colectivos que decidieron vivir al margen del

capitalismo, por fuera de los mercados, de espaldas a los intercambios y a la riqueza medida en la posesión individual de objetos materiales; para ellos, los U'wa la riqueza y el bienestar dependen de poder conservar su mundo dentro de los parámetros del mito fundacional y preservar el equilibrio precario del universo que se pone en peligro por las pretensiones de progreso y desarrollo enunciadas desde la sociedad mayor” (Uribe, 2005, p. 20).

Es en definitiva una propuesta por construir una serie de agregados de justicia colectivos y participativos, haciendo de la memoria colectiva materia prima para la construcción de la justicia como algo que ‘nos satisface’ y ‘nos deja en paz’.

“Reconocer el valor de la memoria colectiva para una teoría de la justicia, reconstruir con esos fragmentos una historia nacional más incluyente, aceptar con humildad que pueden subsistir memoriales rivales sobre los mismos temas, convertir el sufrimiento en memorias ejemplares orientadas a evitar que se repitan las condiciones que hicieron posibles la barbarie, la injusticia y la opresión, puede reconstituir una estrategia para el reconocimiento de derechos colectivos y para una mejor distribución pluralista de bienes” (Uribe, 2005, p. 20).

Por ello, hemos dicho que el petróleo es una riqueza, sin lugar a dudas, con una capacidad enorme de convertirse en una riqueza monetaria. Hablar del petróleo como un bien que no solo es riqueza monetaria, sino ambiental, cultural y política, y, que respecto a los deseos de los habitantes locales, regionales y nacionales están no solo en verificación de la eficiente exploración/extracción del recurso, sino también en la satisfacción de sus deseos respecto del petróleo y de allí la necesidad de poner sobre la arena del diálogo tantas concepciones y

racionalidades que hay acerca de este y así poder tomar decisiones que beneficien a las comunidades y no solo al inversionista.

Por tanto, los esquemas de desarrollo están puestos para ser debatidos, para ser colocados sobre la mesa y ser pensados en la arena de lo público. Es una necesidad imperativa abrir el debate acerca del enfoque de desarrollo que el país desea, ya que este, por lo general, es concertado entre el Estado y los empresarios, determinando la legislación a expedir. Pero por sobre todo, se debe centrar el enfoque de desarrollo en los derechos humanos y la democracia hacia un 'orden social justo'.

### **3.3.1. Competitividad sistémica: un concepto forjado en la sociedad civil**

Habida cuenta del valor del petróleo como un valor intercultural es necesario hacer de la toma de decisiones sobre este, también interculturales, más participativas. Es necesario crear nuevas categorías. Para ello, vemos fundamental el aporte de la 'competitividad sistémica' puesto que parte precisamente de la mejora del entorno de las ventajas competitivas, con concertación, diálogo e inclusión. ¿Cómo? Los parámetros del índice de desarrollo humano para un país como Colombia nos pueden dar luces para poder ubicar el punto al que queremos llegar.

No es lejano hablar de una gestión de industria, de negocios (como la del petróleo) con mínimos éticos básicos y hablar de desarrollo humano puesto que los primeros están precisamente indicando el imperativo ético de responsabilidad con el contexto (las comunidades en todos los niveles). ¿Por qué no apostar por una participación y capacidad de decisión acerca del petróleo? Veamos la primera parte de la propuesta: no hay verdadera participación, ni es un incentivo real hacerse parte de una concertación sin capacidad de decisión final.

Los conceptos son creados y como tales pueden ser vaciados. Por esto, nuestro concepto de competitividad requiere someterse a una prueba, ser pasada por el derecho más esencial de todos: los derechos humanos. El papel de los derechos humanos también es fundante, en ningún momento se presupone, existen sin que se realicen, pero son condición para la realización de cualquier actividad humana y jurídica, así como moralmente válida y legítima.

La cruzada de los derechos humanos de los últimos años debe cada vez más permear los ámbitos y redes sociales petroleras de tal manera que no solo sean vistos como una limitante para la incursión en nuevos territorios y comunidades, sino como una necesidad imperiosa para la guarda no solo del orden público, sino incluso de los reclamos de justicia y democracia que frecuentemente realizan estos territorios y dichas comunidades. La empresa está incursa en una sociedad y esta es la consideración esencial:

“Cualquier organización —y en este caso, la empresa— ha de obtener una legitimidad social, y para conseguirlo ha de lograr a la vez producir los bienes que de ella se esperan y respetar los derechos reconocidos por la sociedad en la que vive y los valores que esa sociedad comparte” (Cortina, 2000, p. 51).

La competitividad, por tanto, debe ceñirse a los derechos de la sociedad y actuar conforme al ‘orden justo’ que los ciudadanos esperan. ¿Cómo democratizar un concepto? Pues, además de ser uno de los más importantes retos también es una tarea que para el tema que nos ocupa es de la más alta importancia, ya que ofrecer ‘la competitividad como regla’, con un contenido ‘amigable’ a los derechos y al esquema de desarrollo del país que los ciudadanos solicitan no es más que la realización del diálogo para la creación de la ‘competitividad en el caso concreto’, es decir, el *ofrecer qué es competitividad, en qué momento*, y, por tanto, no hay tablas rasas.

En pocas palabras, hablar de una competitividad creada por todos es hacer de ella no una orden imperiosa, excluyente de todo tipo de reflexión en torno a ella, sino es, precisamente, hacer de la competitividad un lugar de diálogo en el cual quepa la transdisciplinariedad y la temporalidad, ¿para qué? Para hacer de los bienes, negocios y prácticas empresariales no solo lugares de exclusiva renta monetaria, sino también social.

Las prácticas empresariales en contexto no deben desarticular la red social en la que viven, sino que deben reconocer los procesos democráticos como prácticas de construcción social y reconocerse la empresa como un actor más del desarrollo social en un lugar y tiempo determinado.

Estamos hablando de la riqueza sostenible. Es decir, de la riqueza que se hace posible en respeto, construcción, aporte a la red social en que las prácticas empresariales se ubican. La competitividad no solo debe ser medida en renta monetaria, sino en renta social, renta política, entre otros. Sostenibilidad y desarrollo no pueden ir separados.

“La sustentabilidad se ha convertido en parte importante de la decisión sobre el desarrollo. Es cada vez más claro, de igual forma, para profesionales u académicos que nuestra opinión sobre las estrategias de desarrollo debe cambiar; a menos que a los deferentes enfoques se les permita crecer, la estrategia de integración económica internacional prevaleciente destruirá nuestra capacidad de emprender esta tarea” (Barkin, 1999, p. 14).

Y no se habla de sostenibilidad tan solo como el discurso verde ambientalista, sino también como el *discurso del reconocimiento de la viabilidad de las riquezas sociales, económicas, políticas y el modo de hacerlas vivir hacia el futuro*, es decir, una *‘mejor calidad de vida’*. El mismo Barkin termina enfatizando: “una estrategia

para promover la sustentabilidad debe enfocarse en la importancia de la participación local y en la revisión de la forma en que la gente vive y trabaja” (Barkin, 1999, p. 17).

En los tiempos de nuestra sociedad civil donde la representatividad comienza a dar pasos atrás para abrirle espacio a la participación directa,

“[h]ay un acuerdo generalizado [...] las políticas de desarrollo sustentable no pueden ser diseñadas o instrumentadas desde arriba. Para tener éxito requieren de la participación directa de los beneficiarios y de otros que puedan ser impactados. Pero hay un acuerdo general de que su participación debe implicar más que un papel meramente de consulta. Para que tal enfoque funcione, se requiere que quienes detentan el poder se den cuenta de la necesidad de integrar a la gente dentro de sus estructuras *reales* de poder con el fin de confrontar los problemas principales de nuestro tiempo; eso implica a una redistribución del poder, tanto político como económico” (Barkin, 1999, p. 20).

¿Por qué hacer este cambio? Los objetivos del milenio de las Naciones Unidas nos indican un camino a seguir. Si bien son un *soft law*, en derecho internacional, de su apropiación en nuestros proyectos sociales, empresariales y políticos depende un país que está en vía de desarrollo. Parte del inicio del cambio está en coordinar estrategias, una de ellas para que el desarrollo sustentable sea real, es decir, una participación social, política y económica que genere niveles de satisfacción a las demandas plurivalentes de la sociedad para lograr el *desarrollo autónomo* de las regiones y las comunidades, de tal manera que cada vez se fortalezcan más tanto las individualidades como colectividades dentro de las redes sociales. No es posible un ambiente natural, social y económico nuevo si la base social no cuenta con un reconocimiento y un fortalecimiento, en especial, de los

grupos marginales que poco cuentan en los esquemas actuales de desarrollo. En pocas palabras: que todos nos sentemos a la mesa con capacidad de hablar y decidir el futuro común.

No es novedoso, pero políticamente difícil de integrar a las prácticas políticas estatales, partidistas y gubernamentales. Muchas veces el prejuicio de que el 'desarrollo sostenible' es 'agenda verde' aleja del debate público que es una plataforma si bien ambiental, también es intersectorial tanto social como política puesto que se parte de la idea de hacer de la cultura el punto de referencia.

Es solo verificar las conclusiones que se extraen del debate en sí, y ver, además, que muchas de las normas constitucionales que consagran el concepto traen a la mente no solo temas ambientales, sino del desarrollo mismo. Asimismo, una de las evidencias que se puede sumar al contenido conceptual de desarrollo sostenible es el enfoque de la responsabilidad social, la cual es interdisciplinaria e intersectorial.

### **3.4. Competencias para la nueva 'competitividad'**

Sumergirnos en la 'identidad' de los agentes de mercado como Estado y empresarios del petróleo es proponer la *concepción y formación* de los agentes petroleros en el país. Es decir, es saber quién es el agente y cuáles son las cualidades con que actúa. Por tanto, proponemos la generación de competencias para el mundo globalizado en el que vivimos en materia energética. Es decir, una propuesta necesariamente pedagógica y hecha a 'cuatro manos': Estado, gremios, academia e instancias internacionales. ¿Educar? Si, es enseñar el 'cómo hacer', nos referimos con esto a las habilidades que debe tener un agente en el mercado energético para que rinda tanto en sus negocios como frente a la sociedad en la que está inserto. Uniendo con lo dicho anteriormente, *aprender a generar riquezas monetarias y sociales*, las unas sin el desmedro de las otras.

El término de 'competencias' se refiere a habilidades en el sentido más íntegro de la palabra, que en concreto frente al tema del que se ocupa este trabajo, es la necesidad de contar con las habilidades necesarias para competir no solo para concurrir, sino para ser preferencia en la toma de decisiones de los agentes de mercado a la hora de ofrecer el crudo y los servicios petroleros. En pocas palabras, es aprender a ser *competitivo en materia petrolera*, generando riquezas para todos los sectores, ya que todos son responsables.

Es empezar a sospechar que el modelo que busca la riqueza monetaria cuenta con lagunas y que es tiempo de apostar a un modelo mucho más participativo en las riquezas y de todo tipo. Así pues, para este nuevo mundo, nuevas competencias.

Efectivamente, como se dijo anteriormente, es hablar de una cultura empresarial nueva enfocada en la construcción y responsabilidad común. ¿Una nueva cultura empresarial? No es algo 'caído del cielo', es un camino frente al cual el derecho necesita estar preparado, pues es el rumbo de las empresas que en el siglo XXI se está incorporando, lo que es aún más interesante si tomamos en cuenta que,

“es indispensable la reducción de brechas entre 'lo público' y 'lo privado', sugiriendo una armonización de visiones articuladas que permitan la reconstrucción de escenarios y alternativas con intereses compartidos con cualidad integradora” (Benavidez, 2004, p. 4).

Ahora bien, una de las competencias que se debe fomentar es la cercanía de los proyectos empresariales con los proyectos nación y regionales de desarrollo:

“la globalización invita a una nueva exigencia, una nueva actitud o disposición de ampliar la percepción de las mentes productivas u

de la gestión pública de manera sincronizada e integral que fundamente y garantice las condiciones mutuas para un desarrollo económico y social armonioso” (Benavidez, 2004, p. 4).

*Así las cosas, la competitividad tiene que nacer de ése diálogo con la relación con el contexto, es decir, en lograr mejores resultados en el balance de la globalización, con mejores niveles de necesidades básicas insatisfechas, menos pobreza y exclusión. El Estado no puede estar al margen, en la berma de la carretera de la globalización, dejando que las empresas y comunidades luchen por si solas, a su vez, debe ofrecerse como plataforma de diálogo para solucionar hacia el futuro esta nueva realidad que no escogimos y debemos afrontar en pos de la viabilidad de la ‘nación’ y del bienestar de las comunidades.*

Paradójicamente, la visibilización y concreción de la sociedad civil en países en vía de desarrollo, que es donde más se necesita, es una de las debilidades, mientras que en los países en desarrollo es más bien la regla.

“[E]s el momento de gestar nuevas idiosincrasias orientadoras de la integración de las instancias regulatorias y productivas, capaces de estrechar sus manos en busca de posiciones conjuntas para afrontar las amenazas de la economía global y nutrirse de sus oportunidades generales del contexto mundial...” es “comprender los verdaderos desafíos y no equivocarse de época” (Benavidez, 2004, p. 12).

¿Cómo aprender? Tarea de la sociedad civil, del Estado y de la Empresa y mejor aún, en estrategia conjunta:

“[s]e ratifica que las condiciones de competitividad no son posibles sin una coordinación y una coherencia adecuadas entre las

dimensiones estatal y empresarial, razón por la cual se insiste en la responsabilidad del Estado como ente poseedor de la información de las decisiones y los riesgos, entendido no como factor inhibitor del desarrollo, sino como regulador de los requisitos indispensables para el crecimiento productivo, con su capacidad de convocatoria a las fuerzas vivas de la sociedad, que orientan la formulación de las políticas públicas que garantizan un engranaje en armonía con los sistemas financieros, social, normativo, educativo, de infraestructura, monetario u del mercado interno para afrontar las condiciones fluctuantes del mercado internacional en el marco de la integración y la competencia” (Benavidez, 2004, p. 14).

En materia petrolera, en el seno de los gremios, con ayuda de la academia se ha venido gestando una fuerte ola de conocimientos acerca del manejo del negocio petrolero para hacerlo cada vez más capaz de los retos de la globalización. La actividad gremial es relativamente intensa y cuenta con numerosas actividades, así como con nutrida participación de agentes petroleros. Este es el capital de base que proponemos, la *capacidad asociativa de los gremios*, allí se gestarán las nuevas competencias, por más que su formulación nazca en la academia.

Sería de suma utilidad que los gremios se apersonaran con más decisión en el aporte de experiencia para la competitividad a las estrategias en el seno de las decisiones y debate público. Con esto de nuevo afirmamos que el mejor modo de llevar a cabo una competitividad dialogal es la competitividad sistémica. De allí que nuestra propuesta se centre en abrir las vías para trasvasar, en la medida en que la dignidad humana y el consenso social lo permita al contenido de la ‘competitividad sistémica’. Para ello hay que revitalizar el papel del Estado y la sociedad para materializar un efectivo desarrollo:

“El modelo de la competitividad sistémica tiene mayores probabilidades de materializarse cuando “mercado” (racionalidad intencional) y “organización” (orientación a la sociedad) se mueven en una misma dirección y están estrechamente acoplados entre sí, permitiendo movilizar potenciales sinérgicos, así como potenciales de corrección y ajuste. Al Estado le incumbe la tarea de impulsar un proceso sistemático de búsqueda y aprendizaje para, en diálogo con la industria y otros grupos de actores sociales, coordinar la relación entre orientación competitiva/fortalecimiento de la localización industrial, desarrollo social (con vista a la dimensión social y política) y sustentabilidad ecológica, creando así las condiciones para materializar un concepto de cambio económico, social y ambiental adecuadamente conducido” (Esser, Hillebrand, 1996, p. 194).

### **3.5. Desvelando lo político en el derecho petrolero**

El temor al color político en Colombia es una realidad que evoca en la memoria y la imaginación miedos, guerras civiles y campañas políticas. Esto ha generado que a la hora de hablar de petróleo las posiciones políticas se escabullan en posiciones aisladas o supuestamente ‘neutrales’. Más allá del escapismo al señalamiento de los interlocutores políticos que ha generado dicha situación es necesario visibilizar el color político desde el cual cada interlocutor se sitúa y abrir tanto espacios como canales para el debate y la reflexión acerca de ‘lo petrolero’. Incluso, se hace necesario dada la relevancia económica que en nuestra cultura tiene el petróleo, es conveniente dejar ver el color político de las percepciones económicas a partir de las cuales se fórmula el posicionamiento del petróleo en las políticas energéticas.

Si bien es cierto que esto es hablar de una reforma de la cultura política dado que los ámbitos en los cuales se abre el espacio político para el petróleo son contados, por lo que debe ser un interés de los interlocutores de estos ambientes en moldear su actitud en el debate, develando su interés político y correr así el velo político para poder ver lo que hay en el fondo. Si, efectivamente, es apelar a la lealtad en el debate político y desmitificar las posiciones políticas ‘neutras’.

No temer en hacer un ‘link’ dialógico por el desarrollo entre el mercado, la sociedad y la política como punto final de la violencia. Las alternativas de paz se construyen viendo en las instituciones humanas un interés polivalente. Es empezar a partir no solo de los instrumentos macroeconómicos, sino de los microeconómicos y hacer corresponder el crecimiento económico con el ingreso real de las personas; en el mismo sentido, empezar a pensar (por qué no) que el desarrollo humano es un ‘buen negocio’, y, que la real estabilidad de la economía está más en el desarrollo humano con crecimiento económico que en una política de precios estables, comenzando a derrumbar el fetiche del déficit y de la deuda, así como de la austeridad, jugando tal vez a ‘cortas estabilizaciones’ en el sentido de que una “política de estabilizaciones no puede estar separada de una política de crecimiento” (Siglitz, Ocampo, 2006, p. 233).

No nos queda la menor duda que es una alternativa al Consenso de Washington, una alternativa más dialógica e incluyente, que pueda responder a las continuas exigencias de la comunidad global y así la economía pueda ser un factor a favor de los objetivos del milenio. Desde las autorizadas opiniones de estos economistas, indudablemente, nos encontramos en el dintel de la nueva economía mundial.

En cuanto al petróleo, en el estudio de la CEPAL sobre el futuro de este se habla de dos factores a incidir en la industria internacional de hidrocarburos: *los factores geopolíticos y los factores especulativos*. Sobre los primeros, el Estado podría

aprovechar las herramientas de la integración regional y hacer del petróleo no solo un recurso que se negocia con el Estado, sino también con la región, es decir, verificar el petróleo como un bien regional, por lo que se pueda llegar a afirmar una política regional del petróleo. Tanto nacional como regionalmente estamos en una posición privilegiada.

Sobre los factores especulativos, el Estado no tiene mayor margen de maniobra, es parte de la irracionalidad del precio, el cual refleja más tensiones políticas de alto nivel y de exclusividad en regiones netamente petroleras. Es por esto, que afirmamos la necesidad de centrarnos en la búsqueda de que el precio refleje más realidades que las que son tenidas en cuenta por la economía. Por esto, por el momento, debe concentrarse más el Estado colombiano en la formación regional de la política de energía y poder posicionarse ante el mundo del petróleo internacional en bloque para poder ejercer mayor presión en las condiciones de producción (en especial, en la lealtad en los costos y el cumplimiento de los DD.HH.) y de regulación en regiones tradicionalmente intervenidas por correrías políticas en oriente medio.

### **3.5.1. Un nuevo derecho energético con más participación social**

La toma de decisiones jurídicas requiere estar incardinada en las necesidades del contexto. Ante una cultura política poco dialogal en Colombia se requiere un derecho más dialogante y participativo. En materia energética se abre paso cada vez más que en su fase sobretodo de formación, se cuente con una amplia participación de los actores afectados positiva y negativamente por las actividades energéticas.

¿Por qué este diálogo? La concertación comunitaria, regional y nacional sobre el tema toma toda la relevancia si se piensa en la distribución de beneficios de una actividad rentable como la de los hidrocarburos. Esto implica sobrepasar la

concepción de 'destino' de la incapacidad de extracción de petróleo por parte de las comunidades y, por ende, su arrinconamiento frente a las decisiones que tome la empresa y el Estado.

La evidencia de la violencia en los lugares de extracción energética no debe ser ajena a la política energética y ser un tema de orden público, exclusivamente; ya que nos debe generar más dudas que prejuicios e interrogantes de la causa de estas insatisfacciones. Asimismo, la visibilización y el reconocimiento de las comunidades como sociedad civil en el proceso de negociación y exploración de hidrocarburos debe ser una prioridad en la formación del derecho central de la extracción económica petrolera: el contrato de exploración-extracción.

Paradójicamente hay más presión por factores ambientales que por los sociales, los cuales determinan una mayor problemática a nivel social. En conclusión: el derecho debe reflejar una mayor participación y asegurarla para poder conducir en esta sola vía las pretensiones y solución de necesidades de los afectados de las comunidades humanas inmersas en el negocio del petróleo.

Proponemos que como metodología se aplique un estilo de licencia 'social', así como existen las licencias 'ambientales', que podrían en inicio reflejar las condiciones sociales y demandas de las comunidades directamente afectadas, asimismo un seguimiento de la realización de las necesidades sociales. Si bien parte del proceso de licencias ambientales cuenta con la consideración de factores abióticos y bióticos que incluyen variables sociales, consideramos en razón de la dignidad humana que las comunidades de personas no pueden ser equiparadas con las comunidades de una especie animal y más en su territorio. El grado de diferenciación es evidente, pero sobretodo porque *solo las personas tienen desarrollo humano con base en su dignidad*, independientemente del derecho, los grupos humanos no son parte de un paisaje biótico, de un ecosistema; tienen identidad, cultura, sentido y sobretodo dignidad por lo que esta condición nos hace

necesariamente pensar en la posibilidad de un licenciamiento social como una concertación social previa, con el municipio, el departamento y la región, más allá de lo que pueda entenderse como un 'permiso', sino más bien como la definición del modo de construir desarrollo de región con dicha exploración petrolera.

### **3.6. La realidad de la competitividad**

Corresponde a la economía a través de los gremios de producción, fomentar una cultura empresarial mucho más tocante con la realidad social y ecológica en materia petrolera. Es decir, ampliar el espectro de entendimiento del petróleo, más allá de un negocio sobre un bien, como una materia también sujeta a decisiones políticas por la incidencia que tiene en las comunidades del país, en especial, las relativas al lugar donde se desarrollen las actividades petroleras.

Por supuesto, 'la mejor renta al mejor costo' es una premisa indudable dentro de la economía, más aún cuando los deseos económicos internacionales toman como regla, ya no como principio a la competitividad, es decir, exclusión de cualquier razón. La lógica de la economía no se elimina de ningún modo, pero si se pone en diálogo.

Muchas veces en la historia económica mundial, la ceguera frente a otras realidades sociales y políticas ha traído consigo problemas de magnitudes de alto calibre, como p.e. la situación laboral en las décadas anteriores a la I Guerra Mundial, frente a la cual el Tratado de Versalles estipuló en su capítulo XIII la centralidad del reconocimiento de los derechos laborales para poblaciones en ascenso y desarrollo.

En este orden de ideas, la armonización del desarrollo empresarial en el entorno en que se desenvuelven sus negocios es un principio que, además de ser la raíz de la responsabilidad social empresarial, es ya una toma de conciencia que si bien

está en las buenas prácticas que la empresa lleva a cabo, ha ido marcando la identidad de las empresas.

Por tanto, *no es frenar la competitividad, es darle cauce* de conformidad con el contexto en el que se encuentra, es decir, en interrelación del negocio petrolero con las necesidades sociales, políticas y ecológicas de las comunidades del país. Flexibilizar el derecho, acercándose al máximo de elasticidad de la validez, es no solo una forma desafiante de hacerse imponer los intereses del capital sobre los demás, sino también es hacer uso del derecho, de una herramienta que se supone de creación social al servicio de intereses de unos pocos.

Por ello, la pregunta es ¿qué hacer con los ánimos de renta? Los deseos de captar renta en primer lugar deben dejar de ser solo los monetarios, de nuevo: hay otra clase de riquezas que deben ser valoradas tanto por el que las capta como por los terceros. Inclusive, como lo hizo el premio nobel de economía Muhammad Yunus, *es inventar nuevas formas donde la renta quepa y al mismo tiempo las necesidades satisfechas para el desarrollo*, también.

Ser competitivo, a su vez, es fijarse en necesidades básicas como el contrato laboral, el cual da certeza de los derechos y según la misma economía liberal clásica, disminuye los conflictos. La certidumbre como valor también debe ser en materia colectiva, ya que da un plano de negociación mucho más sólido a los trabajadores que en la relación desigual con el capital requieren un mejoramiento de su posición.

Un buen cúmulo de las pretensiones económicas novedosas las trae Amartya Sen en su obra *Desarrollo y libertad*, a lo que podemos decir que cuando estos dos conceptos no son comprendidos en su dimensión social, política y económica, conllevan a una mala interpretación o mala práctica del entendimiento y proyección de la realidad.

### **3.6.1. Una competitividad hecha por todos**

Partir desde las consecuencias que genera una competitividad a ultranza, es decir, desde el aporte a sus vías de solución es la herramienta pedagógica para los actores del negocio del petróleo y para el reconocimiento de la realidad que afecta un negocio de tal envergadura como el que nos ocupa. Hay que examinar la relación que tienen las empresas petroleras con la destinación en gastos de las regalías petroleras en las regiones, ya que es el fenómeno más inmediato a partir del cual se puede aprender de la experiencia de la relación de competitividad en la región como oportunidad para todos no solo para la industria.

El fundamento jurídico de las regalías no debe exceptuar de participación a las empresas petroleras en el destino de los recursos que le son transferidos a la entidad territorial donde desarrollan sus actividades. Así como la competitividad es imperante para los negocios debe ser del mismo modo imperante para el destino y los logros que se obtengan con las regalías. Es decir, aplicar la misma racionalidad de gasto y deseo de provecho en el negocio petrolero, también al destino de las regalías, ya que están más presas de vericuetos políticos localistas y no están en función del desarrollo social, en unos buenos casos.

¿Es competitivo ser participativo? Es el modo como podría reformularse en una dimensión macro el dilema empresarial: ¿ser ético es ser competitivo? Quisiéramos hacer un reflejo en extensión de esta pregunta para poder afirmar que a nivel micro “las únicas empresas que sobreviven y que incluso prosperan son las éticas. Y, casi por definición, las empresas que no se comportan éticamente son precisamente las que desaparecen” (Cortina, 2000, p. 26), también poder decir que los países que no tienen la concertación como política económica son los que fracasan, en el entendido que solamente el país responsable que cuida su nación es aquel que cuida también a la gente que vive en ella.

De nuevo, vayamos al reflejo del cual no nos resulta nada lejano de la realidad macro. Solamente las empresas éticas sobrevivieron y se hizo más evidente dicha realidad debido a los escándalos financieros, según cuentan Cortina y Conell, en la época de los 30 y podemos traer a colación, también el colapso de ENRON a comienzos de siglo y las serias averías que trajo consigo empresas que hoy en día están en crisis y que creían que el capitalismo para serlo tenía que ser 'salvaje'. A su turno, podemos ver que los países que son más 'éticos', participativos e incluyentes son los países que cuentan hoy con los niveles de bienestar más altos del mundo, como son los escandinavos.

Ahora bien, si decimos que "las empresas que se conducen éticamente son las que terminan siendo competitivas" (Cortina, 2000, p. 27), podemos decirlo también de los Estados: aquellos que sean más participativos terminan siendo más competitivos. Y no es sazón de casualidad, es una realidad que la sociología puede evidenciar: la violencia es consecuencia de las insivilizaciones, de los discursos callados, de búsqueda de modos de vida alternativos a los que en el mundo legal no existe.

¿Por qué este reflejo se aplica? Por las mismas dos razones por las cuales una empresa es competitiva: porque merece credibilidad y genera confianza.

"No se trata de salir de la lógica de la empresa para ir a la ética (como si la ética fuera una cosa distinta) sino que sin salir de la lógica empresarial, la empresa necesita ser creíble, necesita ser innovadora y el factor ético es un factor de credibilidad y de innovación. Entonces, es desde donde se puede entender la ética de la empresa" (Cortina, 2000, p. 29).

En el mismo sentido para el Estado: no se trata de salir de la competitividad del deseo de un mejor y mayor beneficio económico, sino que la participación y el

consenso sean un factor de credibilidad y de innovación.

No cabe la menor duda de que un país en paz es más creíble y confiable respecto del modo en cómo el Estado trata con sus ciudadanos, mientras que uno violento genera inmediatamente dudas al inversionista sobre el estado de cosas, por tanto, el Estado debe de reconocer a sus ciudadanos y los reconoce por medio de la participación en las decisiones que afectan a todos, en especial las económicas.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROPUESTA FINAL**

Hemos querido a lo largo de esta investigación y con una dosis de interdisciplinariedad e intersectorialidad, tratar de dar respuesta a la pregunta problema a través de un componente común, a saber: el reconocimiento del pluralismo y del otro, como un interlocutor válido, para la construcción de un concepto de competitividad en las políticas petroleras, capaz de solventar todas las demandas sociales y que, además, sea compatible con el desarrollo humano y sostenible.

Queremos, por tanto, ofrecer una propuesta final que está sujeta al debate y a la construcción conjunta entre los diferentes actores del negocio del petróleo y del desarrollo humano que a todos nos compete. En este orden de ideas, el desarrollo de la región pensado desde ella misma es una necesidad para asegurarnos que las comunidades de referencia están en condiciones de vida digna.

Muchos de los puntos de análisis, como veremos a continuación, requieren de ser armonizados por los municipios, las industrias, los sectores económicos para lograr mejores resultados. Hasta el momento ganan todos —específicamente los sectores económicos y aquellos que ostentan el poder— menos las comunidades, en especial, las personas en situación de vulnerabilidad que las habitan, es decir, la población flotante, que es objeto más fácilmente de problemas de: salud, abusos en materia laboral, educación, alimentación, seguridad y vivienda.

Apostamos, entonces, a la creación de mecanismos de diálogo porque es un imperativo lograr el crecimiento de las regiones petroleras, ya que el desorden en la producción de riqueza nubla los desequilibrios y favorece las asimetrías de poder impidiendo la concertación.

Por ende, los siguientes son los antemencionados puntos centrales del debate y de nuestra propuesta:

*Socialización:* es indispensable la creación de políticas de integración y actividades culturales que permitan la socialización entre los miembros de las comunidades.

*Sobre el papel de la administración municipal a nivel de proyectos:* es importante que la administración municipal preste especial atención a la importancia de generar y propiciar proyectos sociales y económicos que generen redes de cohesión social y alternativas laborales de desarrollo sostenible, las cuales permitan analizar una viabilidad a futuro en las regiones, no dependiente de la actividad petrolera.

*Sobre el papel de la administración municipal a nivel de Juntas de Acción Comunal (JAC):* se requiere de una mayor veeduría por parte de la administración distrital a las JAC, sus manejos y el uso de los recursos. De la misma manera, una comunicación clara y precisa de los representantes, presidentes y miembros de las JAC con los grupos humanos que representan, lo anterior, permite evitar malentendidos y aclarar procedimientos y situaciones con la comunidad.

*Políticas de precios:* para solucionar esta situación es necesario que las administraciones municipales creen políticas de control de precios, con el fin de que los comerciantes no abusen de su condición ligados a la excusa

del auge de la región.

*Diversificar la economía:* resulta fundamental generar políticas de desarrollo que apoyen actividades económicas tradicionales y el fomento a las mismas, teniendo en cuenta que la importancia de la diversidad de actividades fortalece la economía a diferencia del detrimento de la misma.

*Sobre el método de contratación laboral:* este método ha generado desunión y recelo entre los habitantes de las regiones petroleras debido a las desigualdades que genera.

*Migraciones:* existen migraciones de personas que provienen de diversas regiones del territorio nacional que son causadas por distintos fenómenos y si bien es cierto que la actividad petrolera es una fuente de estímulo para los mismos, no es la única causa.

*Manejo ambiental:* es indispensable un mayor control por parte de la empresa petrolera sobre el manejo ambiental, la creación y puesta en marcha por parte del gobierno municipal de políticas de desarrollo sostenible que permitan la viabilidad laboral con alternativas de vida diferente, lo cual constituye la base de un mejoramiento real de las condiciones de vida de la población vulnerable.

*Desarrollo sostenible en manos de la comunidad:* la posible formulación de proyectos o redes sociales de sustento sostenible, creadas a partir de propuestas de la comunidad para establecer condiciones de vida digna.

*El descalabro de la ilusión:* dadas las expectativas sociales que se generan alrededor del negocio del petróleo, existe una percepción social ilusoria acerca de las condiciones reales salariales de esta actividad.

Estos puntos de desarrollo deben ser resaltados en orden a la prefiguración de escenarios en los cuales las comunidades, los sectores industriales y las autoridades públicas puedan generar acuerdos que favorezcan las condiciones de vida digna mínimas de los habitantes de las regiones petroleras.

Con base en lo anterior, cabe resaltar que la ‘petrolización’ de la economía, así como las grandes rentas que se generan pueden verse reflejadas en una distribución equitativa entre los habitantes. Con esto nos referimos a la creación de proyectos sociales y económicos que cada vez menos sean dependientes de la presencia de intensos capitales, como los petroleros.

Asimismo, es interesante ver cómo los campesinos a medida que reconocen su derecho a las regalías empiezan a sentir un malestar e inconformismo, pues no ven reflejada la riqueza de los lugares de donde se extrae, en necesidades personales o colectivas, por ejemplo, la educación, la salud o el mal estado de las vías, entre muchos otros.

Así las cosas, si las regalías no ‘llegan’ y ‘no se ven’. ¿Es un problema solo de corrupción? Mejor aún, considerando con que llegasen, ¿también se satisfacen las demandas sociales? La proporción de las regalías en comparación con los ingresos de las petroleras no es realmente alto, por lo que de entrada diríamos que no. Ahora bien, si empezamos a hablar de *sentarnos a dialogar*, la asimetría de poder entre la empresa y la comunidad es total.

Por esta razón, en una concepción jurídica contemporánea de ‘población’ estamos contando con una sociedad que no solo busca la viabilidad económica. Esta realidad, en este inicio de siglo, está marcada por una característica esencial: la renovación del concepto de ciudadano. Un ciudadano con ‘conciencia’, con capacidad de actuar, decidir, reconocer y ser reconocido, con más medios de visibilizarse y de asociarse, además de percatarse de la propia capacidad para

formar juicios morales y regirse por ellos.

Así pues, va surgiendo la sociedad civil. La cual empieza a sustraer esa fatal costumbre de dejar en manos del Estado, la definición de lo que nos sirve y de lo que no, permitiendo ahora que la misma sociedad las defina. Sin embargo, el entorno de los enfoques de desarrollo y el derecho mismo han sido poco permeables a esta realidad porque incluso la cláusula del Estado social de derecho no ha sido desarrollada a cabalidad, por lo que es necesario cederle el paso a la responsabilidad comunitaria.

Así las cosas, estamos hablando de sujetos con capacidad de proyectarse donde el paternalismo del Estado puede empezar a retroceder, insistiendo en la necesidad de dispositivos culturales y pedagógicos que inserten cada vez más el valor del diálogo para la construcción de realidades satisfactorias para todos a esto se le llama *paz*, competitividad, desarrollo sostenible, entre otros.

Así pues, consideramos como una propuesta válida, académicamente sugestiva y abierta a la discusión despojar de las manos del Estado la totalidad de la propiedad del subsuelo como complemento del concepto de competitividad que hemos desarrollado a lo largo de estas páginas. Por tanto, proponemos que la propiedad del subsuelo sea en cuotas proporcionales, a saber: 15% el municipio; 25% el departamento; 35% la región (Caribe, Orinoquía, Andina, Pacífica, Amazonía) —representada por los departamentos que las integran—; y, por último, 25% para el Estado central.

Con esto buscamos que la suerte del petróleo sea definida en relación a las necesidades de cada nivel y en participación. No es lo mismo participar de las regalías que participar de la propiedad. Las primeras te dan renta, la segunda te da derecho a decidir. Creemos que apoyar la creación de círculos de concertación acerca del desarrollo de cada uno de estos niveles es generar espacios de

inclusión. Es decir, es *poner a la misma comunidad a decidir, vigilar y pensar qué hacer con una riqueza para volverla instrumento de desarrollo para el municipio, el departamento, la región y el Estado central.*

En aras de una sociedad civil mucho más activa nos hace repensar las razones por las cuales el Estado tiene que ser el dueño del subsuelo. No es nada descabellado, por ejemplo, en el 2010 surgió la idea de no entregar a manos de particulares, sino en manos 'públicas' a nivel departamental y municipal un 10% de una nueva capitalización de ECOPETROL.

Consideramos que una mayor cercanía de las comunidades con el petróleo mismo, mejora las posibilidades de negociación a la hora de iniciar una tanda de contratación. Por otra parte, genera una mayor censura, como vigilancia, de lo que suceda con las ganancias y el petróleo. Ahora bien, ¿qué hacer con la renta? Esta sería proporcional a la propiedad y, a su vez, sería decidida por cada nivel, sin tener que pasar por un 'fondo', como sucede hoy en día. En lo que si vemos necesidad es en la exigente presencia de órganos del ministerio público y del control fiscal para conocer el destino de los recursos provenientes de negocios petroleros. Si bien la propiedad es el incentivo que puede proveer mejores soluciones, también tiene un costo como lo hemos visto a lo largo de esta investigación.

Pensamos, por una parte, que definir la competitividad en cada nivel y con recursos es mucho más real, especialmente, cuando ha habido participación ciudadana en la creación del concepto, como lo anunciamos en el capítulo precedente aunado a la capacidad de destinar los recursos que genera el crudo.

Por otra, tendrá la gran ventaja de dar mayor identidad, pertenencia y estabilidad para las comunidades el saber que cuentan con un porcentaje en la propiedad. Esto podría detener las migraciones y mejorar la posición de poder en relación con

las empresas para exigir mejores condiciones laborales y ambientales.

Con base en lo anterior, vale la pena preguntarnos ¿se afecta el bien común? Consideramos que no, por el contrario, se ve favorecido, pues en concreto se permite que la realidad de la riqueza del recurso pase a manos de los colectivos más inmediatamente relacionados con el tema. Sin embargo, para una realidad como la colombiana es necesario precisamente reducir las posibilidades de más brechas sociales.

Por tal motivo, adoptar una medida como la anterior, en tanto se verifique la autosuficiencia petrolera, la consideramos viable. Es decir, creemos que la alternativa que presentamos puede ser practicable si permite mejorar cada vez más el índice de reservas. En nada impide que la ‘propiedad pública repartida’, como la denominaremos, genere un desmedro en las actividades exploratorias, creemos más bien que en escenarios de diálogo abierto y franco se pueden establecer mejores soluciones que a las que se pueden llegar con los instrumentos con los que cuenta el derecho y la economía nacional hoy en día.

A su vez, ¿hay un desmedro en la soberanía? Tampoco, la soberanía nacional no radica en parte en el petróleo, como sucede en Venezuela, la propiedad sigue siendo pública, pero afecta a los niveles antemencionados, los cuales tienen un cierto porcentaje de interés en el recurso. Creemos que las regalías son una metodología colonial que se basa en que no se pierda la ‘soberanía’ del rey sobre el recurso. Por tanto, el tema de soberanía no nos debe afectar tanto como cuánto beneficio en realidad percibimos, asunto que se logra por medio de la propiedad. No obstante, una condición: nadie puede vender su parte, ya que esta es a la vez de la comunidad y en orden a ella recibe un porcentaje.

El recurso entendido de esta manera generaría por efecto una participación en la parte contractual frente al inversionista, el cual, acostumbrado a negociar con uno

solo, se encuentra ahora ante un comité (puesto que el 100% estaría representado, es decir, cada uno de los 4 sectores), comité que propenderá de ofrecer alternativas, ya que solo con el consenso se efectuaría el contrato generando mayores ganancias por la transacción.

Finalmente, es necesario establecer una serie de factores clave para el funcionamiento de la presente alternativa, estos son la información, la verificación y el control:

- Información del Estado. Este debe presentar a la hora de negociación toda la información económica y geológica del área en cuestión.
- Verificación de la Procuraduría. Rendirá informe sobre las demandas sociales y su satisfacción en derechos con relación al contexto en que se encuentre.
- Verificación de la Contraloría. Rendirá informe sobre el valor del recurso hallado y la percepción del recurso a cada nivel.
- Veeduría ciudadana cualificada. Rendirá informe sobre el grado de conformidad a diferentes niveles (dimensiones humanas) con los recursos, las necesidades y expectativas bajo asesoría técnica de entidades internacionales no gubernamentales.
- Control ambiental. Se continuaría con el Plan de Manejo Ambiental de la legislación vigente.

En este orden de ideas, cada uno de los 4 propietarios, aseguraría una renta y siempre de la mejor manera, que será necesariamente la que los 4 convengan, ya que la riqueza se hace cultural, no solo económica.

Así pues, concluyendo, solo hay participación real y conocimiento real con un incentivo del tamaño de un derecho de propiedad. Gracias a este derecho se abre paso a la participación y toma de decisiones sobre la suerte del recurso, asimismo, anima a los otros a que con el fin de mejorar la posición se coordine a nivel, local, regional y nacional las estrategias para la mejor posición de tal manera que resulten satisfechas las necesidades con base en la justicia social.

## **9. CONCLUSIONES**

El desarrollo humano en nuestro país es una de las tareas más pendientes y que está aún en ciernes en las generaciones actuales y futuras. Este desarrollo no es más que la dignidad humana puesta en acción en procesos sociales, es decir, la dignidad humana como postulado, porque cuando se desarrolla en el tejido social le llamamos desarrollo humano.

Los procesos sociales cuando están impregnados de la dignidad humana están siendo desarrollo humano para la cultura en donde están ubicados. La dignidad humana es fundante y legitimadora del Estado, por lo que podemos decir, en consecuencia, que el desarrollo humano funda y legitima al Estado. A su vez, porque el Estado no es fin en sí mismo, es la persona misma, de ella viene y hacia ella va el Estado, la dignidad y el desarrollo humano.

Este imperativo jurídico no es extraño a la realidad humana alguna. Entre estas encontramos los procesos petroleros, que no son solo procesos económicos, sino también procesos culturales, sociales y políticos muy sensibles a las comunidades que resultan afectadas tanto positiva como negativamente en estos procesos.

En los últimos 20 años tras el avènement del neoliberalismo, jurídicamente, se ha percibido un fenómeno que se ha llamado 'feligibilización', que es una disminución en la rigurosidad en las cargas, obligaciones y deberes con los que las normas jurídicas impactan a las empresas asociadas al sector petrolero. Este fenómeno ha sido creciente y cada vez más generoso a los intereses de dichas empresas.

Esta flexibilización opera bajo un principio ordenador de estas reformas jurídicas: la renta. Se considera como valor (algo susceptible de legítimo deseo) exclusivamente la renta monetaria de las empresas puesto que los conceptos de desarrollo que el Estado y las empresas manejan se basan en que de la fortaleza en términos de renta depende el desarrollo económico.

La situación de violencia, de deslaborización y atraso de las comunidades más cercanas a las actividades extractiva y explotadora del sector petrolero no son ajenas a la flexibilización, ni a la hiper-valorización de la renta. Como se estudió a lo largo del trabajo, se ha hecho evidente la relación que tiene la situación social de las comunidades en referencia al negocio petrolero, que reportan más pérdidas (a nivel cultural, social, económico y político), mientras que las empresas petroleras reportan más ganancias (monetarias, que es lo que parece ser su interés más central).

Este trabajo de investigación confía en que las empresas mismas pueden ser agentes en procesos sociales que favorezcan el desarrollo humano integral para hacer real la dignidad humana en estos escenarios. Para ello, se examinó, bajo la luz de la economía y el derecho petrolero (dentro del marco de lo fáctico de lo normativo y lo normativo de lo fáctico) el conjunto de planes de desarrollo que develan la consagración de un molde de competitividad —por el hecho mismo de la globalización y de la economía petrolera misma que se expresan en estos términos— que hemos llamado como ‘competitividad estrecha’ al hacer exclusivo el valor de la renta monetaria.

En esta competitividad propia del neoliberalismo se ha ‘cocinado’ toda la flexibilización y programación política del desarrollo al interior del Estado. Hallamos en dicha competitividad el corazón del problema, en el que se invisibiliza la complejidad social que subyace en los procesos sociales atinentes al negocio petrolero.

Como respuesta a lo anterior, proponemos el asumir la competitividad como un concepto 'sistémico', en aras a la inclusión de todos los valores sociales para que las ganancias que se reporten no sean tan solo de las empresas del sector petrolero, sino también de las comunidades; y que dichas ganancias no solo sean monetarias, sino también políticas, culturales, ambientales, es decir, que reúnan los valores de todas las dimensiones humanas no solo las materiales o económicas.

Indudablemente, es un viraje de 180°. Para esto, hemos propuesto una solución definitiva, puesto que como dijimos el objetivo de este trabajo de grado es el de abrir el debate académico. Tan solo hemos colocado un conjunto de proposiciones que desembocan en una propuesta final: la diversificación de la propiedad pública del subsuelo.

La lógica interna de la proposición anterior es la apropiación de toda la realidad humana para hacer notar el conjunto de valores humanos que atraviesan todos los procesos sociales, para afirmar que el desarrollo humano para los procesos sociales relativos a la actividad petrolera puede incluir toda la realidad humana, bajo los principios de la nueva economía que empieza a configurarse por el momento en escenarios académicos a partir de la Crisis Económica Mundial de 2009, sin medro alguno en la autosuficiencia petrolera a partir del rescate del valor de la conciencia ciudadana como principio articulador de la realidad humana en un mundo globalizado, pluralista y democrático como lo desea la misma Constitución y los estándares de ética civil de comienzos de este siglo.

Ahora bien, afirmar que la propiedad pública repartida del subsuelo (no la privatización del subsuelo) es para nosotros una propuesta que se somete a debate, pero que puede aportar un paso a la definición de un desarrollo social serio y atractivo, ya que se recurre al incentivo de la propiedad pública local, departamental, regional y nacional, haciendo converger los índices de

convergencia de interés por el recurso y los intereses que emergen de las actividades petroleras mismas. Ello no hace nugatorio el papel del Estado en la orientación de la economía, como la Constitución lo afirma —y así debe ser, pues así queda a salvaguardia del dominio eminente y de la autosuficiencia petrolera—; por ello, lo que se pretende es hacer participativo y más incluyente la definición de la suerte del petróleo y sus negocios por parte de las comunidades beneficiadas.

Por el momento la negociación del recurso cuenta con una participación de la nación por vía indirecta a nivel nacional, nosotros proponemos, para una mayor cercanía correlativa a la conciencia ciudadana acerca de lo público, la participación de la comunidad local, departamental o regional, indirecta a cada uno de estos niveles y así poder visibilizar los intereses que suceden en cada nivel, que no son los mismos para todo el país.

La participación entre más cercana a las particularidades de cada región, de cada departamento, de cada municipio, sin lugar a dudas afirma la soberanía del país, que no se construye como *tabula rasa* para todos, sino también conforme a las particularidades de cada nivel y lugar. Es decir, el reconocimiento de las características de cada nivel y lugar no resta en nada la soberanía del Estado colombiano, incluirlas, por el contrario, la reafirma, pues las enriquece en el negocio que define el rumbo de las economías nacional y mundial.

## 10. BIBLIOGRAFÍA

Acemoglu, Daron y Robinson, James. (2012). *Por qué fracasan los países: los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Bilbao: Deusto.

Ahumada, Consuelo. (2000). *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá: El Áncora Editores.

Alexy, Robert. (1994). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

Barkin, David. (1999). "Superando el paradigma neoliberal: desarrollo popular sustentable". En: *Cuadernos de Desarrollo Rural*, No. 43. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Benavides espíndola, Beatriz. (2004). *Competencias y competitividad*. Bogotá: McGraw-Hill.

Cabrera Gómez, Juan Gabriel; Flechas Salcedo, Luis Guillermo y Roncancio Martínez, Jorge Hernán. (2006). *Las obligaciones en el nuevo contrato de exploración y explotación de hidrocarburos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Cordero, Martha. (2005). *Comunidad andina: un estudio de su competitividad exportadora*. México: CEPAL.

Cortina, Adela. (1998). *Ciudadanos del mundo*. Madrid: Alianza Editorial.

Cortina, Adela. (2000). *Ética de la empresa*. Madrid: Trotta.

Cortina, Adela y Conill, Jesús. (1998). *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Cuervo Pontón, Luis. (2001). *Introducción al derecho y política de petróleos*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Díaz y Díaz, Martín. (1998). *Derecho y orden*. México: Fontamara.

Esser, Klaus, Hillbrand, Wolfgang, Messner, Dirk y Meyer-Stamer, Jörg. (1996). "Competitividad sistémica: nuevo desafío para las empresas y la política". En: *Revista de la CEPAL*, No. 59. Santiago de Chile: CEPAL.

Ferrari, César. (2008). *Competitividad, inversión y crecimiento. Los casos de Colombia, Chile, Perú, Corea y China*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Fairbanks, Michael. (1994). "Colombia: una economía sin nivel intermedio". En: *El desafío de la competitividad*. Bogotá: Ministerio de Desarrollo Económico.

Fucito, Felipe. (1999). *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universidad de Buenos Aires.

Fuller, Joe. (1994). "Fundamentos de competitividad". En: *El desafío de la competitividad. Cuadernos del Ministerio de Desarrollo Económico*. Bogotá: Ministerio de Desarrollo Económico.

Gala Gómez, Minujín. (2005). *Competitividad y complejos productivos: teoría y lecciones de política*. Buenos Aires: CEPAL.

Hart, Herbert. (1998). *El Concepto de derecho*. Buenos Aires: Porrúa, Abeledo-Perrot.

Kalmanovitz, Salomón. (2001). *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Bogotá: Alfaomega.

La Porta, Rafael; López de Silanes, Florencia; Shleifer, Andrei y Vishny, Robert. (2004). *The quality of government*. Northampton: International library of critical writings in economics.

Márquez Robledo, Felipe. (2005). *Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Noreng, Oystein. (2003). *El poder del petróleo*. Buenos Aires: El Ateneo.

Perry Rubio, Guillermo. (1991). *La economía en la reforma constitucional*. Cali: ANIF.

Perry Rubio, Guillermo. (1997). "Estado y sector privado en la Constitución de 1991". En: *Constitución económica colombiana*. Bogotá: Navegante editores.

Porter, Michael. (1991). *La ventaja competitiva de las naciones*. Buenos Aires: Editorial Vergara.

Posner, Richard. (2001). *The constitution as an Economic Document*. Northampton: Edward Elgar Pub.

Requiejo, Jaime. (2001). *Economía mundial*. Madrid: McGraw Hill.

Rojas Bernal, Carlos Julio. (1992). *Empresas competitivas*. Bogotá: Ediciones RAM.

Samuelson, Paul A. y Nordhaus, William. (2002). *Economía*. Madrid: McGraw-Hill.

Silva, Germán. (2001). *EL mundo real de los abogados y de la justicia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Spector, Horacio. (2003). *Elementos de análisis económico del derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Siglitz, Joseph, Ocampo, Jose Antonio et. al. (2006). *Stability with Grow*. New York: Oxford University Press.

Suescún, Rodrigo; Montenegro, Santiago y Pardo, Renata. (2002). “Petróleo vulnerabilidad de la economía colombiana y políticas de estabilización”. En: *Propuestas para una Colombia competitiva*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Uribe Botero, Ángela. (2005). *Petróleo, economía y cultura*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Vallejo, Hernán y Aguilar, Camila. (2003). *Integración regional y atracción de inversión extranjera directa: el caso de América Latina*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Vengoa, Hugo Fazio. (1995). “Globalización, relaciones laborales y desigualdades”. En: *Nómadas*, No. 12. Bogotá: Universidad Central.

Vidal López, Roberto Carlos. (2008). *Derecho global y desplazamiento interno*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Yergin, Daniel. (1991). *The prize: The epic quest for Oil, money and power*. London: Simon and Schuster.

### **Jurisprudencia**

Corte Constitucional. Sentencia C-006 de 1993. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C-424 de 1994. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 9 de noviembre de 1989. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.