

# Calidad Institucional

Fundamento del desarrollo  
económico y el progreso social

---

Alejandro Barrera

Lorena Garnica

Andrés Molano-Rojas

Juan Guillermo Moncada

Jaime Moya

Ángela Penagos

Germán Puentes

Germán Zarama

---

Editor

Andrés Molano-Rojas

# Calidad Institucional

Fundamento del desarrollo  
económico y el progreso social

Editor  
Andrés Molano-Rojas

Calidad institucional : fundamento del desarrollo económico y el progreso social / autor editor

Andrés Molano-Rojas y otros. --

Bogotá : Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga :

Fundación Konrad Adenauer, 2018.

168 páginas : gráficos, tablas, mapas ; 24 cm. -- (En perspectiva)

Incluye índice de contenido.

ISBN 978-958-56536-4-1

1. Desarrollo social - Colombia 2. Desarrollo económico - Colombia 3. Administración pública  
- Control de calidad - Colombia 4. Problemas políticos y poder judicial 5. Colombia - Política  
económica 6. Colombia - Política social I. Molano-Rojas, Andrés, autor II. Serie.

338.986 cd 22 ed.

A1617160

CEP-Banco de la República-Biblioteca Luis Ángel Arango

© Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga - ICP

[www.icpcolombia.org](http://www.icpcolombia.org)

2018

© Fundación Konrad Adenauer en Colombia - KAS

[www.kas.de/kolumbien](http://www.kas.de/kolumbien)

2018

ISBN 978-958-56536-4-1

Editor:

Andrés Molano-Rojas

Coordinación editorial:

Juan Guillermo Moncada y Alejandro Barrera López

Diagramación:

Paula Iriarte

Impresión, pre prensa y acabados:

Dupligráficas

La opinión contenida en los capítulos de este libro es de entera responsabilidad de los autores y no compromete en modo alguno al Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga ni a la Fundación Konrad Adenauer en Colombia. Prohibida la reproducción, la comunicación pública total o parcial y la distribución sin la autorización previa y expresa de los titulares.

**Impreso y hecho en Colombia**

## Editor

### **Andrés Molano-Rojas**

Director Académico del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. Catedrático de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Profesor Principal de la Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario.

## Comité evaluador

### **Camilo García Duque**

Abogado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y Magister en Análisis Político, Económico e Internacional de la Universidad Externado de Colombia, y en Estudios de Globalización y Desarrollo en la Universidad de Maastricht. Fue catedrático de Relaciones Internacionales en la Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario y en la Escuela de Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Sergio Arboleda.

### **Juan Carlos Ruiz Vásquez**

Profesor titular de carrera en la Facultad de Ciencia Política, Gobierno, y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario. Politólogo y Magister en Ciencia Política de la Universidad de Los Andes, Doctor en ciencia política (*Dphil Politics*) de la Universidad de Oxford (Reino Unido), magister en administración pública de la E.N.A. (*École Nationale d'Administration*) en Francia, y en administración de empresas de la Universidad Laval en Canadá. Fue asesor del Ministerio de Defensa de Colombia. Ha sido profesor de planta de las universidades colombianas Rosario, Andes y Javeriana.

## Los autores

### **Andrés Molano-Rojas**

Director Académico del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. Catedrático de la Academia Diplomática Augusto Ramírez Ocampo del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Colombia. Profesor principal de la Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario.

### **Juan Guillermo Moncada Solórzano**

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. Politólogo de la Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario.

### **Alejandro Barrera López**

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga. Estudiante de Ciencia Política y Gobierno (en proceso de grado) en la Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad del Rosario.

### **Germán Puentes González**

Es profesional en Administración Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP); Magíster en Administración de Organismos Internacionales de la Universidad de París XI. Fue profesor de Función y Hacienda Pública en la Facultad de Ciencia Política, Gobierno y Relaciones Internacional de la Universidad del Rosario. Ha publicado varios artículos y libros sobre administración pública en Colombia a lo largo de su carrera.

### **Ángela María Penagos Concha**

Representante en Colombia del Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural (RIMISP). Es economista de la Universidad del Valle y tiene una maestría en Economía Ambiental y Recursos Naturales de la *University of Maryland Joint Programa in Environmental and Natural Resource Economics*-Universidad de Los Andes. Como Directora de Desarrollo Rural del Departamento Nacional de Planeación (DNP) fue responsable de la coordinación técnica de la Misión para la Transformación del Campo colombiano, de la elaboración de la Estrategia Transformación del Campo-Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 y de la coordinación técnica de la reforma institucional del sector agropecuario y de desarrollo rural bajo el enfoque de nueva ruralidad.

### **Lorena Garnica De la Espriella**

Gerente Senior en la firma EY (*Ernst & Young*) Law Colombia. Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, con Especialización en Derecho Comercial de la misma Universidad, y Magíster en Derecho de los Negocios de la Universidad Francisco de Vitoria, Madrid. Fue Socia de la firma GGZ & Asociados (2001 – 2017), Secretaria General del Banco Agrario de Colombia (2008 – 2010) y Asesora del Despacho del Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural (2005 – 2008).

### **Germán Zarama Santacruz**

Investigador Senior en el Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer). Es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana (Colombia) con Maestría en Relaciones Internacionales de la Universidad de Bologna (Italia). Estudios complementarios en acción sin daño (Universidad Nacional de Colombia), Gestión Pública para el Desarrollo (BID) y Empresas y Derechos Humanos (ONU – Global Compact). Se desempeña como consultor internacional e investigador para la formulación y ejecución de políticas, programas y proyectos con énfasis en Derechos Humanos y Empresas, desarrollo sostenible, justicia y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

# Índice

- 1. Presentación** 7  
*Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga*  
*Hubert Gehring*, Representante en Colombia de la Fundación Konrad Adenauer
  
- 2. Algunas reflexiones a propósito de la calidad institucional en Colombia** 13  
*Andrés Molano-Rojas*, Director Académico del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga  
*Juan Guillermo Moncada Solórzano*, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga  
*Alejandro Barrera López*, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
  
- 3. Exceso, contradicciones y dispersión regulatoria en Colombia** 35  
*Andrés Molano-Rojas*, Director Académico del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga  
*Juan Guillermo Moncada Solórzano*, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
  
- 4. Activismo judicial: la intervención judicial en la economía** 59  
*Jaime Moya Suárez*, Socio a cargo de la práctica de Derecho Corporativo de la firma Godoy & Hoyos Abogados
  
- 5. El sistema de función pública y la eficiencia del Estado en Colombia** 81  
*Germán Puentes González*, Experto en Función y Hacienda Pública

- 6. El ordenamiento territorial y la articulación**  
**Nación-territorio: muchos intereses y un solo territorio** 105  
*Ángela María Penagos Concha*, Representante en Colombia del Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural (RIMISP)
- 7. Instituciones, conflicto y paz: impactos sobre el Estado de Derecho y la democracia en la Colombia del Post-acuerdo** 123  
*Andrés Molano-Rojas*, Director Académico del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga  
*Juan Guillermo Moncada Solórzano*, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga  
*Alejandro Barrera López*, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- 8. ¿Existe una compatibilidad de incentivos para implementar los compromisos asumidos para el Post-acuerdo en Colombia? Análisis de contexto y necesidades** 145  
*Lorena Garnica De la Espriella*, Gerente Senior de la firma EY (Ernst & Young)  
*Germán Zarama Santacruz*, Investigador Senior del Centro Regional de Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer)

# 1. Presentación

## La relación entre calidad institucional, desarrollo y progreso social

Existe una profunda relación entre la calidad de las instituciones, el desarrollo económico y el progreso social. Para que esa relación sea positiva, es necesario que se configure como un “triángulo virtuoso”, en el que el avance de cada uno de sus vértices repercuta en los demás e impulse un proceso de perfeccionamiento y expansión continuo. En efecto: factores como el marco normativo y la seguridad jurídica, la estabilidad política, la transparencia, la libertad económica y la generación de capacidades gubernamentales, son determinantes para un entorno económico que facilite la iniciativa empresarial, la creación de nueva riqueza y el ejercicio de una buena ciudadanía corporativa. Lo anterior repercute positivamente en la población, cuyas condiciones materiales de vida se ven significativamente mejoradas y, a su vez, motiva un ejercicio responsable de la ciudadanía y consolida el capital social.

Con la llegada de un nuevo Gobierno y los enormes desafíos que supone la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, suscrito por el Gobierno de Juan Manuel Santos y la guerrilla de las FARC, es vital para Colombia fortalecer sus instituciones en el marco de la democracia pluralista y el Estado de Derecho. De lo anterior depende significativamente la generación de condiciones propicias para el crecimiento económico del país y las perspectivas del progreso social en Colombia, especialmente en la ruralidad.

Las reflexiones recogidas en el presente volumen son el resultado del proyecto “*Calidad institucional: Fundamento del desarrollo económico y el progreso social*”, desarro-

llado a lo largo de 2018 por el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Fundación Konrad Adenauer. Dicho proyecto convocó una serie de mesas de expertos con el fin de profundizar en la reflexión colectiva para identificar problemas, anticipar riesgos y proponer líneas de acción en materia de mejoramiento de la calidad de las instituciones como condición para el desarrollo económico y el progreso social sostenible.

El proyecto contempló tres grandes componentes temáticos: (i) la calidad normativa y la seguridad jurídica, (ii) la calidad de la acción gubernamental, y (iii) las implicaciones y desafíos políticos y económicos del post-acuerdo. A lo largo de seis mesas de expertos, en las que participaron funcionarios y servidores públicos, líderes políticos y sociales, empresarios y representantes gremiales, académicos e investigadores, y formadores de opinión, se identificaron diversos temas y asuntos en los que se hizo evidente la necesidad de una mayor calidad en las instituciones de Colombia.

Algunas de las principales conclusiones de este ejercicio están dirigidas a señalar la hipertrofia normativa que padece actualmente el ordenamiento jurídico. En ausencia de una verdadera cultura de la legalidad, en Colombia se ha extendido la práctica de expedir normas sin considerar, de manera suficiente, su necesidad y pertinencia respecto a los problemas que se buscan abordar y la existencia de otras normas vigentes. La creencia de que cualquier problema se puede solucionar con la expedición de una norma no ha traído soluciones. Por el contrario, ha creado un entorno jurídico opaco y confuso para los ciudadanos y las empresas, aumentando el margen de incertidumbre jurídica y los costos de transacción, enrareciendo el terreno para la iniciativa privada y el emprendimiento. Pero la expedición indiscriminada de normas no es el único factor que contribuye a la generación de un clima de inseguridad jurídica, también lo es el activismo judicial, por tratarse de un fenómeno de invasión por parte de la judicatura a las competencias de otras ramas del poder público y que, por esa vía, interviene directamente sobre asuntos económicos. El resultado de dicha intervención suele tener efectos negativos para la competitividad de algunos sectores, el entorno de inversión y la estabilidad fiscal del Estado.

De igual importancia fueron las discusiones sostenidas en relación con la necesidad de contar con funcionarios más competentes en la administración pública, tanto en el nivel central como en el de las entidades territoriales. Esto último supone, naturalmente, una articulación entre la Nación y los territorios que armonice la transferencia de capacidades y competencias, fomente la competitividad de los segundos y aclare el papel que tienen las entidades subnacionales, como los departamentos y las regiones, y figuras asociativas, como las áreas metropolitanas. Quizá algunas de las propuestas formuladas sobre esta materia sirvan para reconsiderar los alcances de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (1454 de 2011), cuya expedición todavía genera enormes dudas en torno a la eficiencia y pertinencia del ordenamiento territorial en el marco de un proceso de descentralización hasta el momento disfuncional.

Finalmente, el proyecto abordó algunas inquietudes y anticipó algunos riesgos en torno a la implementación del Acuerdo Final, especialmente sobre su impacto en el Estado de Derecho y la democracia colombiana, y sobre cómo puede afectar el entorno económico para el desarrollo y las perspectivas de progreso social.

El ICP agradece el apoyo de la Fundación Konrad Adenauer, con la cual hemos venido trabajando en una asociación fructífera desde hace ya seis años. Así mismo, se permite hacer un explícito reconocimiento a los expertos que acompañaron esta iniciativa y enriquecieron las deliberaciones con su experiencia, su conocimiento y sus ideas. Y, por supuesto, a los autores de este libro.

*Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga*

## La calidad institucional como fuente de desarrollo y progreso social

A lo largo de varias décadas, el trabajo de la Fundación Konrad Adenauer (KAS) en Colombia ha estado encaminado a promover el fortalecimiento de la democracia en el país; para ello hemos trabajado en conjunto con expertos y diversas organizaciones con el propósito de acompañar los procesos democráticos en sus diferentes dimensiones.

Uno de los ejes transversales para este fin ha sido impulsar el diálogo abierto y plural alrededor de temas coyunturales de impacto para Colombia tanto a nivel nacional como internacional. En este sentido, propiciar discusiones sobre el funcionamiento de las instituciones y el rol del Estado junto con otros actores para favorecer mayores niveles de desarrollo, ha sido fundamental en nuestra labor.

En consecuencia, y durante los últimos años, la KAS en Colombia ha concentrado esfuerzos en generar insumos para que tomadores de decisión, autoridades y multiplicados cuenten con reflexiones aterrizadas sobre cómo incorporar principios básicos que garanticen el bienestar social y el desarrollo en Colombia.

Más aun, y en el marco de nuestra cooperación con el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP), desde el año 2016 hemos facilitado espacios de discusión en los que es posible abordar, investigar y generar recomendaciones en torno al rol que deberían asumir el Estado, la sociedad y el sector económico-empresarial de cara al desarrollo del país.

En esta oportunidad, consideramos pertinente desarrollar el proyecto “*Calidad institucional: fundamento del desarrollo económico y el progreso social*”; una iniciativa pensada con el objetivo de contribuir al análisis de los desafíos que enfrenta Colombia en materia de calidad institucional y que pueden afectar el desarrollo económico y las perspectivas de progreso social.

A través de la realización de seis mesas de trabajo con la participación de expertos, intercambiamos ideas y discutimos asuntos claves alrededor de tres temas

centrales: (i) calidad normativa y seguridad jurídica; (ii) calidad de la acción gubernamental y (iii) implicaciones y desafíos políticos y económicos derivados de la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto firmado por el Gobierno Nacional y la guerrilla de las FARC en noviembre de 2016.

El resultado de este ejercicio es la publicación que aquí presentamos y que recoge los principales aportes de varios expertos en estos temas. A lo largo de siete capítulos, se abordan temáticas relevantes como la hipertrofia normativa o el exceso y la dispersión regulatoria; los efectos económicos que tienen las decisiones judiciales sobre la integridad institucional, el gasto público, la actividad económica y la productividad; la manera en que la calidad de la administración pública afecta la capacidad del Estado para cumplir con sus fines esenciales; los impactos que tiene la articulación entre la Nación y los territorios sobre la competitividad y la gobernanza; y la influencia que ha tenido la implementación del Acuerdo Final en el Estado de Derecho y la democracia pluralista en Colombia; entre otros.

Todos estos son asuntos que desde la KAS consideramos relevantes para impulsar cambios relacionados con la calidad de las instituciones, el desarrollo económico y el progreso social en Colombia. Sin embargo, es importante resaltar que, sabemos que existen muchos temas más por abordar en este campo que exceden el alcance de este documento.

Agradecemos a los autores de la publicación por sus aportes, esfuerzo y compromiso, y a todo el equipo del ICP por su gestión y acompañamiento en la coordinación de este proyecto; especialmente a Juan Guillermo Moncada y Sandra Mantilla.

También quiero incluir en este reconocimiento a quienes ya no hacen parte del Instituto, pero fueron fundamentales desde la concepción hasta la materialización de esta iniciativa: Adriana Mejía Hernández y Andrés Molano-Rojas. Gracias por su liderazgo, cooperación y confianza no solo durante el último año sino a lo largo de su trabajo en el ICP.

Finalmente, esperamos que los lectores, académicos y tomadores de decisiones encuentren en este texto un instrumento útil con aportes significativos al debate sobre los retos que afronta el país en materia de calidad institucional y frente a los elementos que son necesarios para garantizar un verdadero desarrollo económico y progreso social en Colombia.

*Dr. Hubert Gehring,*  
Representante de la  
Fundación Konrad Adenauer en Colombia

## 2. Algunas reflexiones a propósito de la calidad institucional en Colombia

*Andrés Molano-Rojas,*

Director Académico del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Juan Guillermo Moncada Solórzano,*

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Alejandro Barrera López,*

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Existe una profunda relación entre la calidad de las instituciones (marco normativo y seguridad jurídica, estabilidad política, capacidades gubernamentales, transparencia, libertad económica), el desarrollo económico (iniciativa empresarial, generación de nueva riqueza, buena ciudadanía corporativa, generación de valor compartido) y el progreso social (ejercicio responsable de la ciudadanía, mejoramiento de las condiciones materiales de vida de las personas y consolidación del capital social). El presente artículo presenta un panorama con las principales oportunidades y desafíos que enfrenta Colombia en materia de calidad institucional, ofrece una reflexión breve sobre el concepto y su relación con el desarrollo económico y el progreso social y señala algunos problemas en torno a tres ejes críticos para el Estado colombiano: i) la calidad normativa y la seguridad jurídica, ii) la calidad de la acción gubernamental, y iii), las implicaciones y desafíos políticos y económicos del Post-acuerdo.*

## Contexto

Si bien la calidad de las instituciones no es la única precondition necesaria para el crecimiento económico y mejorar las perspectivas de progreso social, sí resulta de vital importancia para asegurar un clima de inversión seguro y propicio para la iniciativa privada y para garantizar la provisión suficiente y racional de bienes y servicios públicos. Además, la calidad institucional está íntimamente ligada con la funcionalidad del Estado y la eficacia de la acción gubernamental en todos los niveles de la administración pública y también repercute en la legitimidad y en la estabilidad del sistema político.

En ese sentido, la importancia del constante perfeccionamiento de las instituciones debe dimensionarse teniendo en cuenta que...

Las instituciones son las reglas del juego de una sociedad. Son las que marcan las diversas restricciones, formales e informales, que orientan las interacciones de todo tipo que se producen entre los componentes de la sociedad. Sin instituciones adecuadas, la convivencia, la cohesión y la paz social se ven amenazadas, frenando así el desarrollo de las personas y las sociedades. Además, y desde un punto de vista estrictamente económico, un marco institucional empobrecido resulta letal para la competitividad (Círculo de Empresarios, 2008, p. 5).

Además de afectar la competitividad de la economía, el marco institucional sirve para articular eficientemente la vida en sociedad:

Se entiende que las instituciones definen el cuadro de incentivos que modula el comportamiento social y articula la acción colectiva. En un mundo incierto en el que operan agentes independientes, las instituciones contribuyen a reducir la incertidumbre, aminorar los costes de transacción y facilitar la coordinación social (Alonso & Garcimartín, 2011, p. 5).

La calidad institucional como potencial factor explicativo del desarrollo económico a largo plazo ha adquirido un papel protagónico en diversos estudios sobre desarrollo. El creciente interés por dicha relación no sólo se ha manifestado en el sector académico (Alonso & Garcimartín, 2011, p. 6), sino también en múltiples gobiernos que, en mayor o menor medida, han puesto en marcha

planes y políticas públicas en áreas cruciales como la política regulatoria, la actividad judicial, la función pública y el ordenamiento territorial. También en organizaciones internacionales como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), entre otras.

En efecto, muchas de las entidades mencionadas se dedican a medir factores institucionales en todos los países con el fin de construir y ofrecer al público en general indicadores precisos sobre el desempeño de dichos países. En algunos casos, como en el de la OCDE, por ejemplo, se emiten recomendaciones puntuales a los gobiernos para mejorar su desempeño institucional. Recientemente han surgido iniciativas que buscan construir un único índice de calidad institucional agregando, a su vez, otros índices que miden el desempeño de múltiples factores determinantes (como la calidad regulatoria o el clima de negocios para la inversión) que elaboran distintas organizaciones.

El Índice de Calidad Institucional (ICI), que elabora anualmente desde 2007 la Red Liberal de América Latina, constituye uno de los más completos estudios con los que se cuenta actualmente. Éste agrega de manera sistematizada varios indicadores contruidos por distintas organizaciones internacionales con el fin de ponderarlos y presentar un único índice de desempeño institucional general. La última entrega de este documento (2018), elaborada por el economista y profesor argentino Martín Krause, revela un panorama para el continente americano que registra avances importantes en materia de calidad institucional, pero también varios estancamientos y deterioros. Como lo sintetiza Javier Fernández-Lasquetty usando como referencia el ICI,

Panamá ha pasado del 18 al 11, Perú ha subido del puesto 21 al 13, mientras que Colombia lo ha hecho del 26 al 17. Canadá y Estados Unidos siguen en lo alto de la tabla. México y Argentina siguen donde estaban (19 y 27, respectivamente). Brasil ha perdido posiciones, del 23 al 26. Y Venezuela ha caído ya al último lugar, por detrás incluso de Cuba y Haití (Krause, 2018, p. 4).

El significativo avance de Colombia en su desempeño institucional que el ICI ha registrado en los últimos años no significa que el país no tenga aún enormes desafíos por superar en materia institucional. Estos desafíos se han hecho más visibles a partir del proceso de ingreso de Colombia a la OCDE y algunos problemas de conocimiento público (el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en la economía y las dificultades que presenta el ordenamiento territorial en Colombia, entre otros). El Gobierno Nacional en cabeza del Departamento Nacional de Planeación ha dado ya unos primeros pasos para atenderlos con base en algunas recomendaciones de la misma OCDE.

A continuación, se señalan 4 problemas pertinentes al desempeño institucional en Colombia sobre los cuales el presente capítulo quiere llamar la atención del lector:

- ***La hipertrofia normativa<sup>1</sup> del ordenamiento jurídico colombiano:*** En ausencia de una verdadera cultura de la legalidad, en las entidades reguladoras y legislativas del Estado colombiano se ha enquistado la práctica, acaso demagógica<sup>2</sup>, de emitir normas indiscriminadamente e implementar trámites innecesarios y confusos que elevan enormemente los costos de transacción para los ciudadanos y las empresas. Esto contribuye a generar un entorno de confusión que afecta y deteriora la seguridad jurídica.
- ***En el marco del “nuevo constitucionalismo” se ha intensificado el activismo judicial:*** Ciertamente, ese activismo ha contribuido a darle mayor efectividad a la garantía y protección de los derechos. Pero su abuso ha conducido a la invasión, por parte de la Rama Judicial, de las competencias de otras ramas del Poder Público. Así mismo, ha introducido nuevos factores

---

1. Fenómeno que se produce cuando la superabundancia de normas y regulaciones acaba formando poco a poco “una masa, cada vez menos inteligible, dentro de la cual los aplicadores de las normas no pueden desenvolverse con facilidad ni discernir sin esfuerzo cuál es el derecho aplicable a un hecho, relación o situación jurídica determinada” (Muñoz Machado, 1986, p. 16).

2. Inspirada en la idea de que emitir una ley, decreto o circular es la solución más adecuada a problemas de diversa naturaleza o legitimar decisiones administrativas o ejecutivas.

de incertidumbre jurídica y presiones sobre el gasto público en aras de la aplicación abstracta de principios sin tener en cuenta sus consecuencias materiales e implicaciones de política pública.

- ***Debilidades en la administración pública que comprometen la eficacia y eficiencia del Estado:*** En el marco del sistema de carrera administrativa, se observa el anquilosamiento y envejecimiento de la nómina pública (causado, entre otras razones, por el evidente abuso en muchos casos del principio de estabilidad laboral relativa), la politización de la nómina pública y la consecuente existencia de cuotas de participación burocrática, los alarmantes índices de corrupción y la asimetría enorme entre la distribución de capacidades y competencias entre el nivel central y las entidades territoriales en el marco de un proceso de descentralización disfuncional.
- ***La disfuncionalidad del ordenamiento territorial colombiano:*** La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1453 de 2011), adoptada luego de 20 años de la expedición de la Constitución de 1991, no ha terminado de aclarar el panorama del ordenamiento territorial en Colombia. Dicha Ley no desarrolló suficientemente el principio de cooperación entre la Nación y los territorios. El marco normativo que ofrece se queda corto a la hora de abordar figuras asociativas como las áreas metropolitanas, no considera suficientemente los mecanismos de financiación vertical de las entidades territoriales y no existe una articulación adecuada entre la Nación y los municipios (los departamentos siguen siendo entidades territoriales que siguen en búsqueda de perfil y sentido). Además, existe una brecha significativa entre el nivel nacional y el de las entidades territoriales en términos de capacidades, lo cual afecta las perspectivas de desarrollo económico y progreso social en los municipios.

Además de estos 4 problemas puntuales, se quiere llamar la atención sobre los desafíos y riesgos que supone para el Estado de Derecho, la integridad institucional y las perspectivas de desarrollo económico y progreso social, la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Específicamente, se enfatiza sobre la ausencia de legitimidad del Acuerdo mismo, el papel desestabilizador que pue-

den tener algunas de las disposiciones que introdujo, y la creación de un régimen transitorio especial de participación política para el nuevo partido FARC. Además, se invita a evaluar cuidadosamente las implicaciones que tienen los ajustes institucionales introducidos por el Acuerdo, especialmente en materia de tierras, sustitución de cultivos y el régimen de la propiedad privada, para la seguridad jurídica en la ruralidad. También la sostenibilidad del Acuerdo, teniendo en cuenta todos los compromisos que adquirió el Estado y la situación fiscal del país.

## **Un breve recorrido por el concepto de calidad institucional y sus componentes**

Antes de analizar los problemas y preocupaciones señalados, este capítulo se aproxima a la noción de calidad institucional y sus componentes principales. Esto con el fin de proporcionar una mejor comprensión del concepto y un dimensionamiento más adecuado del proceso de perfeccionamiento institucional en general, y en particular para Colombia.

Desde el punto de vista económico, la calidad institucional puede definirse como la capacidad con la que cuentan las instituciones para establecer un sistema de incentivos que reduzca el margen de incertidumbre para los actores comprometidos y los costos de transacción promoviendo la eficiencia y facilitando mejores resultados económicos (North, 1991). Podría decirse que cualquier institución que cuente con la capacidad de promover la eficiencia, reducir el margen de incertidumbre, reduzca los costos de transacción para los actores sociales y económicos y permita un mejor desempeño económico es una institución de calidad (Círculo de Empresarios, 2008, p. 10).

Teniendo como punto de partida la definición económica básica de calidad institucional, se pueden identificar en la literatura académica criterios o factores para caracterizar más ampliamente el concepto. Alonso y Garcimartín en 2011 identificaron algunos criterios básicos que definen la calidad de las instituciones (Alonso & Garcimartín, 2011, p. 11):

- **La credibilidad (o legitimidad):** medida por la capacidad de la institución para trazar contratos intertemporales creíbles; es decir, para generar marcos normativos que sean asumidos y condicionen, efectivamente, la conducta de los agentes.
- **La seguridad (o predictibilidad):** medida por la capacidad para reducir la incertidumbre asociada a la interacción humana; es decir, para otorgar seguridad y estabilidad a las relaciones sociales, disminuyendo así los costes de transacción.
- **La adaptabilidad (o eficiencia dinámica):** es decir, la capacidad de las instituciones para anticiparse a los cambios de la realidad social; o, cuando menos, para generar los incentivos que facilitan la adaptación de los agentes sociales a esos cambios.

Además de estos criterios, y a propósito de la relación entre la calidad institucional y el desarrollo económico y el progreso social en el marco de una economía de mercado, identifican una serie de variables que determinan la calidad de las instituciones entre las cuales destacan (Alonso & Garcimartín, 2011, pp. 12-13):

- **el nivel de desarrollo** de los países, que opera sobre la calidad de las instituciones a través tanto de la oferta como de la demanda. En el primer caso, porque condiciona la disposición de recursos para la generación de instituciones de calidad; en el segundo, porque da lugar a una demanda más exigente de instituciones de calidad.
- **La apertura económica** y la existencia de una densa relación de intercambios con otros países es el tercer factor que puede favorecer la calidad de las instituciones, en este caso, por su efecto sobre la eficiencia dinámica.
- **el nivel educativo de la población**, que incide muy directamente sobre la calidad de las instituciones a través del criterio de eficiencia dinámica. La mayor formación de las personas permite la conformación de instituciones de mayor calidad y preparadas para el cambio.

- **la dimensión y el origen de los recursos del Estado.** La disposición de recursos suficientes por parte del Estado facilita la generación y consolidación en el país de instituciones de calidad...

Teniendo en cuenta estas variables, se puede afirmar que la relación entre calidad institucional y desarrollo económico no es unidireccional. El desarrollo económico y el progreso social contribuyen también al perfeccionamiento de las instituciones. Esto puede verse en la manera cómo las instituciones formales abren espacios para la economía de mercado proporcionando marcos normativos y garantías a los agentes económicos. Y también se ve en cómo la economía de mercado abre espacios para las instituciones formales demandando más y mejores bienes y servicios públicos, pero además proporcionando recursos.

Un corolario de este principio de reciprocidad entre la calidad institucional y el desarrollo económico sería que dicha reciprocidad no puede contar únicamente con la acción gubernamental y/o estatal, necesita de otros actores. Es necesario que se articule un relacionamiento virtuoso entre el Estado y sus instituciones (garantes de los derechos adquiridos, proveedor de bienes y servicios públicos y entes reguladores), las empresas (principales agentes de crecimiento económico, proveedores de empleo formal y grandes contribuyentes fiscales), y la ciudadanía (beneficiaria de la oferta institucional y el progreso que trae el crecimiento económico y veedora de la acción estatal y de la actividad empresarial).

## **Algunos diagnósticos específicos sobre la calidad institucional en Colombia**

Como se señaló anteriormente, se quiere llamar especialmente la atención sobre 4 temas críticos para el desempeño institucional en Colombia y los riesgos que supone la implementación del Acuerdo Final para el Estado de Derecho, la integridad institucional y las perspectivas de desarrollo económico y progreso social. A continuación, se presentan unos diagnósticos muy breves enmarcados en tres variables fundamentales para la calidad de las instituciones colombianas.

## *La calidad normativa y la seguridad jurídica*

Este tema en particular es uno de los de mayor desarrollo técnico en los procesos de perfeccionamiento institucional. En las últimas décadas, varios países han implementado distintos modelos de política regulatoria con el fin de racionalizar su ordenamiento jurídico, pero, sobre todo, mejorar significativamente la eficiencia de sus instituciones y su competitividad. Entre los modelos existentes, destacan el norteamericano, de corte experimental, el de la Unión Europea basado en la administración de riesgos (Cafaggi & Renda, 2012), e iniciativas muy valiosas en América Latina de depuración normativa.

El Gobierno colombiano, en el marco del ingreso a la OCDE, dio los primeros pasos para empezar a consolidar una política regulatoria: Se dio paso a la creación del Comité Técnico de Mejora Normativa en el marco del Sistema Nacional de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación. También se expidió el Documento CONPES 3816 de 2014 que plantea una estrategia para implementar el análisis de impacto normativo en las entidades públicas. Se realizó el inventario de las normas que se han emitido en la Rama Ejecutiva, desde el año 2000 hasta 2016. Y adicionalmente se han desarrollado algunas iniciativas de depuración normativa como el Proyecto de Ley 199 de 2018 Senado -166 de 2018 Cámara<sup>3</sup> presentado por el Ministerio de Justicia y del Derecho. Además, también se han implementado varias leyes y estrategias anti-trámites<sup>4</sup> con el fin de reducir los costos transaccionales de las empresas y los ciudadanos.

A pesar del avance que suponen las iniciativas mencionadas, Colombia continúa padeciendo de una importante hipertrofia normativa manifestada en el excesivo número de normas de distinta naturaleza y origen que regulan la misma materia, la existencia de contradicciones, el choque o solapamiento de competencias entre distintas autoridades y agencias, y entre los distintos niveles

---

3. Puede consultarse en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/textos-radicados-senado/p-ley-2017-2018/1088-proyecto-de-ley-199-de-2018>.

4. Decreto Ley 2150 de 1995, la Ley 190 de 1995, la Ley 489 de 1998, la Ley 962 de 2005 y el Decreto Ley 019 de 2012. Además, se expidió el documento CONPES 3292 de 2004.

territoriales de la administración pública, y la dispersión normativa agravada por la opacidad con la que operan algunas autoridades<sup>5</sup>. A pesar de las múltiples normas anti-trámites, Colombia continúa siendo un país que exige gran cantidad de trámites para iniciar un negocio o emprendimiento en el mundo (Foro Económico Mundial, 2015).

Además de elevar los costos transaccionales de los actores del mercado y afectar la competitividad de la economía colombiana, la hipertrofia del ordenamiento jurídico es una de las más grandes fuentes de inseguridad jurídica en Colombia. Recordando que, según la definición planteada anteriormente, una institución no es de calidad cuando fracasa en reducir el margen de incertidumbre para los actores involucrados. Las normas y entes reguladores en Colombia son de muy baja calidad, precisamente porque hacen todo lo contrario: aumentan el margen de incertidumbre. Dicha inseguridad jurídica, se ve enormemente agravada por otro problema ya identificado: el creciente activismo judicial.

En Colombia el activismo judicial ha venido operando mediante el abuso de distintos mecanismos: a acción pública de inconstitucionalidad, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, entre otras. Sin duda, su centro de gravedad ha estado en la Corte Constitucional y en su jurisprudencia, por medio de la cual este tribunal se ha pronunciado sobre asuntos como extensiones pensionales, regímenes de vivienda y arriendo, subsidios y prestación de servicios públicos. La creciente constitucionalización del derecho y la extensión del poder del juez constitucional (Franco & Medrano, 2010), así como la prevalencia, al interior de la judicatura, de criterios deontologistas<sup>6</sup> para orientar la toma de decisiones

---

5. Por lo general, la ciudadanía y las empresas no son informadas adecuadamente sobre la agenda normativa de las entidades reguladoras. Muestra de ello es que Colombia tiene una calificación de 1,5 sobre 4 puntos en un indicador compuesto de la OCDE que mide la participación de actores interesados en el desarrollo de regulaciones (OCDE, 2016).

6. El deontologismo o principalismo es una escuela que privilegia los principios legales y constitucionales a la hora de la toma de decisiones en defensa del concepto de “plenitud hermética del ordenamiento jurídico”.

(por oposición a criterios consecuencialistas<sup>7</sup>), han allanado el camino para el activismo judicial.

El activismo judicial opera a partir del ensanchamiento del campo de intervención de jueces y tribunales en los asuntos públicos. Este ensanchamiento muchas veces puede conducir al desbordamiento de las competencias propias de la Rama Judicial, que acaba invadiendo la órbita de las otras ramas del Poder Público, cuyas funciones de alguna manera reemplaza o subroga (Castaño Peña, 2013). En consecuencia, los jueces empiezan a definir políticas públicas, e incluso a establecer nuevas normas y reglas que de ordinario serían del fuero del Legislativo. Así, sustraen del debate político la discusión de diversos asuntos al desplazarlos del espacio de la política al espacio, mucho más inflexible, de lo jurídico, por vía de sus providencias, algunas de ellas revestidas con un valor normativo superior, por ejemplo, las sentencias de control de constitucionalidad.

A juicio de algunos analistas, el involucramiento de la judicatura en algunos asuntos ha resultado en el establecimiento de erogaciones permanentes<sup>8</sup> con cargo a los presupuestos públicos, que amenazan la estabilidad fiscal e incluso tienen efectos socialmente regresivos (Clavijo S. , 2004, p. 1). Además, en lo que toca con el aprovechamiento de los recursos naturales, la Corte Constitucional ha tomado varias decisiones que, basadas en la consideración de los derechos de las comunidades y la preservación del medio ambiente, terminaron por vetar, en la práctica, actividades como la minería y la explotación de petróleo, ahuyentando tanto la inversión nacional como extranjera.

Otra debilidad que puede observarse es que muchos de los fallos no están sustentados en investigaciones científicas concluyentes o se emiten sin consideraciones técnicas. Esto ha incentivado, por ejemplo, el abuso del recurso de tutela por parte de los usuarios del sistema de salud. A tal punto ha llegado esta prác-

---

7. El consecuencialismo es una escuela que incorpora el análisis de los efectos políticos, sociales y económicos de las decisiones judiciales como parte del proceso de argumentación de estas.

8. Así ocurre, especialmente, cuando las providencias judiciales establecen criterios de entrada a determinadas prestaciones, pero no criterios de salida.

tica que se han exigido ,y en algunos casos concedido, por vía de tutela cosas tan insólitas como la atención médica a animales de compañía, muñecas inflables con su respectivo repuesto para la consolación de pacientes adictos al sexo o el cambio de una montura para lentes de una marca específica aduciendo “favorabilidad ergonómica” (El Espectador, 2017).

### ***La calidad de la acción gubernamental***

Existe una relación directa entre la calidad de la administración pública, en su dimensión burocrática, y la capacidad efectiva del Estado para promover las condiciones adecuadas para el pleno ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, para el desarrollo económico y para la generación del progreso social. Un conjunto suficiente de funcionarios preparados, dotado de los recursos necesarios para el ejercicio de sus competencias, respaldado en un marco normativo inteligente y estable, en una arquitectura institucional adecuadamente articulada y con sentido de responsabilidad por lo público, tiene la capacidad de impulsar eficazmente la acción gubernamental y tomar decisiones pertinentes y efectivas. Todo ello refuerza la confianza y la credibilidad de las instituciones, aumenta su legitimidad y consolida el Estado de Derecho.

Colombia tiene todavía una importante tarea por hacer en esta materia. Los desafíos abarcan el fortalecimiento del capital humano y de la carrera administrativa, la optimización de la coordinación inter-agencial y de la articulación Nación-territorios, el mejoramiento de la calidad normativa y la racionalización de la distribución de recursos y de competencias, así como la implementación de acciones integrales de lucha contra la corrupción. Además, debe atender con prioridad algunos problemas puntuales que deterioran la función pública.

El sistema de carrera administrativa en Colombia busca proteger la nómina del Estado de potenciales abusos y prácticas clientelistas, a través de la adopción del principio de la estabilidad laboral relativa. Sin embargo, este principio “[se] confundió con la inamovilidad absoluta, representada en una suerte de escrituración del cargo de los empleados públicos” (Puentes, 2004, p. 68). La perversión de dicho principio es una de las principales causas de anquilosamiento de

los funcionarios y, por ende, el envejecimiento de la nómina pública: el 33% de los funcionarios en Colombia tiene entre 50 y 62 años (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018). Otro factor que genera anquilosamiento y deteriora la calidad de la administración pública se deriva de las fallas en los procesos de evaluación de desempeño de los funcionarios, que en muchos casos no pasan de ser una formalidad y no se alinean fácilmente con la gestión estratégica de las organizaciones (Sanabria, Telch, Rodas, Estrada, & Astudillo, 2015, p. 113).

Otro factor que deteriora significativamente la calidad del servicio público son las prácticas corruptas y clientelistas que derivan de la politización de la nómina pública desincentivando no sólo el mejoramiento de las funciones y el trabajo de los funcionarios, sino también el ingreso a la carrera administrativa, que se reflejan en algunas falencias en procesos de selección (Sanabria, Telch, Rodas, Estrada, & Astudillo, 2015, p. 39). Este problema requiere de especial atención, teniendo en cuenta que las entidades públicas y los funcionarios en Colombia no gozan de una buena reputación entre la población y existe una enorme desconfianza. Alrededor del 60% de la población no confía o confía muy poco en el gobierno (World Value Survey, 2014), y las proporciones que ha alcanzado en términos generales el fenómeno de la corrupción que refuerza esta percepción<sup>9</sup>.

Sumado a lo anterior, la “descentralización disfuncional” — es decir, la falta de proporcionalidad y congruencia entre la transferencia de competencias y responsabilidades y la disponibilidad de recursos y capacidades para su adecuado ejercicio por parte de las entidades territoriales— constituye otra debilidad de la administración pública en Colombia. Con alguna frecuencia, las entidades territoriales deben asumir responsabilidades sin disponer de personal debidamente capacitado, ni de las herramientas técnicas requeridas para ejercerlas, ni de los recursos necesarios para sufragarlas. Lo anterior puede traducirse en una excesiva concentración de funciones que desbordan las capacidades de los des-

---

9. El índice de percepción de la corrupción para Colombia de Transparencia Internacional de 2017 ubica al país en el puesto 96 entre 180 países con una calificación de 37 sobre 100 (Transparencia Internacional, 2017).

pachos públicos, son deficientemente desempeñadas, y se convierten en fuente de riesgos y vulnerabilidades para la administración.

En el marco de la descentralización disfuncional se hace evidente otro problema sobre el cual este capítulo quiere llamar la atención: la disfuncional articulación Nación-territorios del ordenamiento territorial colombiano.

La Constitución Política de 1991 define a Colombia como “un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales [...]” (Art. 1)<sup>10</sup>. Ese principio fundamental supone un enorme desafío en términos de diseño, desarrollo y funcionalidad institucional. En efecto, resulta difícil armonizar todas esas características, definir sus alcances e implicaciones, y hacerlas operativas.

La Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial desarrolla los principios clásicos de complementariedad, subsidiariedad y concurrencia, pero esto resulta insuficiente frente a los desafíos que actualmente supone la articulación territorial, sobre todo por la ausencia del desarrollo de un principio de cooperación. El marco normativo que ofrece se queda corto a la hora de abordar figuras asociativas como las áreas metropolitanas (orientados sobre todo en la dirección de la inter-municipalidad y no en la de la supra-municipalidad) y entidades como los distritos. Asuntos cruciales, como los mecanismos de financiación vertical, no han sido suficientemente considerados, a pesar de ser uno de los centros de gravedad del ordenamiento territorial. Los departamentos siguen siendo, de algún modo, entidades territoriales en busca de perfil y sentido, y su potencial como bisagras de la relación entre el nivel central y los niveles subnacionales está aún por aprovecharse. De hecho, en el plano puramente normativo persisten deficiencias que distorsionan la relación Nación-territorios.

---

10. Aparte de las entidades territoriales por defecto (Departamentos, Distritos, Municipios y Territorios Indígenas), el artículo 286 de la Constitución Política señala también que “La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

Estas deficiencias ralentizan y distorsionan la acción gubernamental, alimentan conflictos de competencia, afectan la seguridad jurídica y son fuente de litigios, entre otros. El diseño existente, además, está lejos de permitir una distribución racional de las competencias y tampoco favorece la armonización de la distribución con las capacidades de las entidades territoriales y el acceso a los recursos requeridos para su ejercicio efectivo.

Como es de esperarse, estas fallas de diseño institucional tienen efectos negativos sobre las perspectivas de desarrollo territorial y el progreso social de las poblaciones rurales. Esto implica un desafío importante para el Estado en materia de políticas públicas y gobernanza territorial, sobre todo, si se tiene en cuenta que Colombia es uno de los países con mayor índice de inequidad territorial en América Latina (Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural - RIMISP, 2017).

### ***Las implicaciones y desafíos políticos y económicos del Post-acuerdo***

La implementación del Acuerdo Final trae implicaciones y desafíos desde un punto de vista político y económico. En primer lugar, porque ha introducido nuevos órganos, instancias y reglas para el funcionamiento del Estado y el régimen de participación política. En segundo lugar, porque para la implementación se ha emitido un amplio catálogo de normas de distinta naturaleza y jerarquía que genera el riesgo de hiperinflación normativa y, por lo tanto, confusión para los operadores jurídicos e intensificar la inseguridad jurídica. En tercer lugar, porque el proceso de reincorporación de los miembros de las FARC a la vida civil (contemplado en el punto 3 del Acuerdo) está sujeto a un muy alto riesgo de reincidencia en el narcotráfico y la violencia, precisamente por la emergencia de nuevos desafíos en materia de seguridad pública, propios de todo escenario de post-acuerdo, pero con las características particulares de Colombia. Y en cuarto lugar, porque las ambiciosas metas establecidas sin priorización y sin evaluación de su sostenibilidad, suponen importantes cargas fiscales para el Estado.

Entre los nuevos órganos e instancias introducidos por el Acuerdo con innegable impacto institucional y político, cabe señalar la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final (CSIVI) y la vocación casi gubernativa que le otorga el Acuerdo<sup>11</sup>; y la creación de un régimen excepcional para la participación política del partido FARC<sup>12</sup>. También es preciso señalar la instalación de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), una instancia cuyo funcionamiento ha generado dudas en la ciudadanía sobre su eficacia, y ha generado tensiones con la justicia ordinaria sobre conflictos de competencia (El Tiempo, 2018). Sin agotar el inventario, se han configurado nuevos instrumentos e instancias de participación, planeación y toma de decisiones al margen de las existentes, en muy diversos ámbitos de la política pública, y sin claridad suficiente sobre su alcance, articulación y sostenibilidad, como en el caso de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial – PDETs.

Por otro lado, la masiva expedición de normas que ha requerido la implementación del Acuerdo Final ha generado una gravosa situación de hiperinflación normativa y regulatoria. Esta situación amenaza con banalizar el proceso mismo porque reduce la implementación a la estructuración y promulgación de un determinado andamiaje regulatorio, y también induce una creciente confusión entre los operadores jurídicos, autoridades administrativas, partes interesadas y ciudadanía en general. Del acervo normativo relacionado con la implementación del Acuerdo Final forman parte Actos Legislativos, Leyes, Decretos con fuerza de Ley, Decretos Reglamentarios y un número plural de sentencias de la Corte Constitucional, que fueron anticipadas sólo por vía de comunicados de prensa a la espera de la divulgación de su texto integral (Ospina, 2018).

---

11. Instancia prevista en el Acuerdo Final y creada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1995 del 7 de diciembre de 2016. La Comisión está integrada paritariamente por tres miembros de las FARC y tres miembros del Gobierno.

12. Según el Acto Legislativo 03 de 2017, las FARC no sólo contarán con 10 curules asignadas por defecto en el Senado y la Cámara de Representantes, sino la financiación de su organización política hasta 2026, con base en el promedio de lo que reciban todos los demás partidos y movimientos políticos, pero sin sujeción a ningún otro criterio como el número de votos o curules obtenidas.

Teniendo en cuenta que en el territorio nacional persisten grupos armados como el Ejército de Liberación Nacional (ELN), disidencias de las mismas FARC, bandas criminales, y que, Según la Oficina de Política Nacional para el Control de Drogas de la Casa Blanca, los cultivos ilícitos aumentaron un 11% en 2017 hasta alcanzar la cifra récord de 209.000 hectáreas (El Espectador, 2018), se debe evaluar cuidadosamente el proceso de reincorporación de desmovilizados de las FARC.

El proceso de formulación y radicación de proyectos productivos para excombatientes ante la Mesa Técnica del Consejo Nacional de Reincorporación avanza muy lentamente. Según el Informe Técnico de Acompañamiento a la Implementación del Acuerdo Final del Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos (CAEL) y la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), se han registrado 214 iniciativas productivas en los Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, de las cuales 35 se encuentran en fase de formulación. Para finalizar este inventario, sólo 5 de estos últimos han sido ya radicados ante la Mesa Técnica (Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos y Organización de Estados Iberoamericanos, 2018).

Finalmente, se debe considerar que la implementación del Acuerdo Final supone el empleo de una gran cantidad de recursos. Según un análisis prospectivo presupuestal, elaborado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), el costo presupuestal del post-acuerdo estaría entre el 2,23% y el 5,23% del PIB por año en el período 2017-2022 (Clavijo, Vera, & Ríos, 2017). Los costos de una etapa de post-acuerdo suponen un enorme desafío para el Gobierno Nacional en términos de priorización, recaudo y estabilidad fiscal.

## Conclusiones

Este capítulo ha subrayado la importancia de la relación recíproca que existe entre la calidad institucional y el desarrollo económico, así como la importancia del involucramiento del Estado, el sector empresarial y la ciudadanía para lograr mejores instituciones. Se señaló también la importancia de dimensionar

adecuadamente los factores y variables determinantes para lograr instituciones de calidad (como el crecimiento económico, la disponibilidad de recursos y el mejoramiento de las condiciones de la población), y aquellos criterios que permiten determinar el grado de calidad de las instituciones (su capacidad para reducir los costos transaccionales, reducir el margen de incertidumbre para los actores, la eficiencia y el desempeño económico de estas).

Los diagnósticos ofrecidos en materia de calidad normativa y seguridad jurídica, calidad de la acción gubernamental y los desafíos políticos y económicos del post-acuerdo, evidencian que Colombia tiene todavía que recorrer un largo camino en la búsqueda por consolidar el Estado de Derecho y el perfeccionamiento institucional. De igual manera, cuenta con experiencias exitosas en otros países similares de las cuales puede valerse para implementar más y mejores políticas en torno a la regulación, la actividad judicial, el servicio público y el ordenamiento territorial. Además, ahora que ingresó a la OCDE, Colombia tiene acceso a información y asesoría privilegiadas para mejorar sus instituciones, aumentar su crecimiento económico y ampliar las perspectivas de progreso social para su población.

Se debe insistir también en que el nuevo gobierno atienda de manera eficaz y oportuna los desafíos políticos y económicos que supone la implementación del Acuerdo Final con las FARC. Siempre salvaguardando la integridad institucional y la seguridad jurídica de la que dependen en gran medida la inversión y el desarrollo territorial, pero también optimizar y priorizar la inversión de recursos en el marco de una situación fiscal compleja.

El libro que este capítulo introduce compila una serie de reflexiones en torno a los problemas aquí esbozados brevemente y propone líneas de acción en materia de política pública para atenderlos. Su lectura está recomendada para comprender integralmente los principales desafíos que enfrentan las instituciones colombianas y proyectar posibles soluciones a estos.

## Referencias

- Agencia de Renovación del Territorio. (21 de agosto de 2018). *Obras por impuestos*. Obtenido de Presidencia de la República: [http://www.renovacionterritorio.gov.co/Publicaciones/obras\\_por\\_impuestos](http://www.renovacionterritorio.gov.co/Publicaciones/obras_por_impuestos)
- Alonso, J. A., & Garcimartín, C. (2011). Criterios y factores de calidad institucional: un estudio empírico. *Revista de Economía Aplicada*, 19 (55), 5-32.
- Cafaggi, F., & Renda, A. (2012). *CEPS Working Document. Public and Private Regulation. Mapping the Labyrinth*. CEPS.
- Castaño Peña, J. A. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la corte constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado, Nueva Serie* (31), 119-160.
- Castro Castro, J., & Molano-Rojas, A. (2018). Colombia en el Fast Track: Primer Balance. En A. Molano-Rojas (Ed.), *Colombia en contexto: Inquietudes, oportunidades y tareas pendientes* (pp. 249-283). Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y Fundación Konrad Adenauer.
- Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos y Organización de Estados Iberoamericanos. (2018). *Informe Técnico de Acompañamiento a la Implementación del Acuerdo Final*. Bogotá: Centro de Investigaciones y Altos Estudios Legislativos y Organización de Estados Iberoamericanos.
- Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural (RIMISP). (2017). *Pobreza y desigualdad. Informe Latinoamericano 2017*. Santiago de Chile: RIMISP. Obtenido de [//rimisp.org/Informe\\_Rimisp\\_2017\\_Fin\\_Completo.pdf](http://rimisp.org/Informe_Rimisp_2017_Fin_Completo.pdf)
- Círculo de Empresarios. (2008). *La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: sistema judicial y organismos reguladores*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- Clavijo, S. (2004). *Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: El caso de la “Mesada Pensional 14” y de las Regulaciones en Vivienda*. Bogotá: Banco de la República.
- Clavijo, S., Vera, A., & Ríos, A. (2017). Dividendos, beneficios y costos del proceso de paz en Colombia. *Revista Fasecolda* (165), 52-63.
- Consejo Privado de Competitividad. (2017). *Informe Nacional de competitividad 2017 - 2018*. Bogotá: Consejo Privado de Competitividad.

- Departamento Administrativo de la Función Pública. (21 de mayo de 2018). *Caracterización sociodemográfica de los Servidores Públicos del Estado colombiano*. Obtenido de Departamento Administrativo de la Función Pública: <http://www.funcionpublica.gov.co/caracterizacion-del-empleo-publico>
- Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Documento CONPES 3816. Mejora Normativa: Análisis de Impacto*. Bogotá: DNP.
- Departamento Nacional de Planeación. (2017). *Reporte: Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio*. DNP.
- Edelman. (2018). *2018 Edelman Trust Barometer*. Edelman.
- Edison, H. (2003). ¿Vínculos sólidos? ¿Cómo es la relación entre la calidad institucional y el desempeño económico? *Finanzas y Desarrollo*, 35-37.
- El Espectador. (octubre de 2017). “El ranking de las tutelas más insólitas en Colombia”. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/el-ranking-de-las-tutelas-mas-insolitas-en-colombia-articulo-717851>
- El Espectador. (25 de junio de 2018). “EE. UU.: Colombia alcanzó récord histórico de cultivos de coca en 2017”. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/ee-uu-colombia-alcanzo-record-historico-de-cultivos-de-coca-en-2017-articulo-796434>
- El Tiempo. (30 de Octubre de 2018). En desayuno para bajar tensión, Fiscal entrega a JEP nuevos informes. *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/fiscalia-entrega-a-la-jep-informes-sobre-desaparicion-forzada-287502>
- Foro Económico Mundial. (2015). *Networked Readiness Index - 2.05.No. of procedures to start a business*. Recuperado el 20 de marzo de 2018, de World Economic Forum: <http://reports.weforum.org/global-information-technology-report-2016/networked-readiness-index/>
- Franco, J., & Medrano, P. (2010). Tribunales constitucionales y políticas económicas. Caso colombiano. *Prolegómenos*, 13 (26), 201-2013.
- Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz. (2018). *Segundo Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia diciembre 2016 - mayo de 2018*. Universidad de Notre Dame. Obtenido de [http://krocnd.edu/assets/284864/informe\\_2\\_instituto\\_kroc\\_final\\_with\\_logos.pdf](http://krocnd.edu/assets/284864/informe_2_instituto_kroc_final_with_logos.pdf)

- Krause, M. (2018). *Índice de Calidad Institucional 2018*. Ciudad de México: Red Liberal de América Latina (RELIAL), Fundación Libertad y Progreso y Fundación Friedrich Nauman para la Libertad.
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (2018). *Boletín No. 058. "Aprobados 23 proyectos en 'Obras por Impuestos por más de \$220 mil millones'"*. Recuperado el 22 de agosto de 2018 de [http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP\\_MHCP\\_WCC-115655%2F%2FidPrimaryFile&revision=latestreleased](http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=%2FOCS%2FP_MHCP_WCC-115655%2F%2FidPrimaryFile&revision=latestreleased)
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (marzo de 2018). *"Minjusticia radicó Proyecto de Ley de Depuración Normativa, que busca simplificar y racionalizar el ordenamiento jurídico colombiano"*. Recuperado de <http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/3675/Minjusticia-radic243-Proyecto-de-Ley-de-Depuraci243n-Normativa-que-busca-simplificar-y-racionalizar-el-ordenamiento-jur237dico-colombiano.aspx>.
- Muñoz Machado, S. (1986). *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. Madrid: Civitas.
- North, D. C. (1991). Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, 5 (1), 97-112.
- OCDE. (2014). *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- OCDE. (2014). *OECD Territorial Reviews Colombia. Policy Brief*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- OCDE. (2015). *Recommendation of the Council on Principles of Corporate Governance*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
- OCDE. (2016). *Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG) for Latin America*. Organización para la Cooperación el Desarrollo Económicos.
- OCDE. (2017). *Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública*. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
- Ospina, J. (3 de Diciembre de 2018). ¿Y las sentencias? *La Silla Vacía*. Obtenido de <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-paz/historia/y-las-sentencias-63767>
- Puentes González, G. (2004). La carrera administrativa: ¿Anhelo o realidad? *Desafíos* (11), 60-105.

Sanabria, P., Telch, F., Rodas, A., Estrada, S., & Astudillo, M. (2015). *Lineamientos Básicos para una Política de Gestión del Recurso Humano para el Contexto del Sector Público Colombiano. Para Servir Mejor al País: ¿Cómo Hacer Estratégica la Gestión del Talento Humano en las Organizaciones Públicas Colombianas?* Bogotá: Universidad de los Andes.

Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal mexicano. (13 de junio de 2012). *Tala Regulatoria*. Recuperado el 7 de abril de 2018, de Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal mexicano: <http://2006-2012.funcionpublica.gob.mx/index.php/unidades-administrativas/ssfp/mejor-gobierno/tala.html>

Transparencia Internacional. (2017). *Índice de Percepción de la Corrupción 2017*. Transparencia Internacional. Obtenido de [https://transparencia.orges/wp-content/uploads/2018/02/tabla\\_sintetica\\_ipc-2017.pdfjsp](https://transparencia.orges/wp-content/uploads/2018/02/tabla_sintetica_ipc-2017.pdfjsp)

World Justice Project. (2018). *Rule of Law Index 2017-2018*. Recuperado el 12 de febrero de 2018, de World Justice Project: <http://data.worldjusticeproject.org/>

World Value Survey. (2014). *Confidence: The government*. Obtenido de World Value Survey Wave 6: 2010-2014: <http://www.worldvaluessurvey.org/WVSONline.jsp>

Yamit Amat. (2 de julio de 2016). Rafael Pardo, entrevista por Yamit Amat, “Habrá estímulos fiscales para inversionistas en zonas de conflicto”. *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16635685>

solidaridad colectiva”<sup>7</sup>.

---

7. Velásquez, Fabio y González, Esperanza. ¿Qué ha pasado con la participación ciudadana en Colombia? Bogotá: Fundación Corona. 2003. P. 363.

### 3. Exceso, contradicciones y dispersión regulatoria en Colombia

*Andrés Molano-Rojas,*

Director Académico del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Juan Guillermo Moncada Solórzano,*

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Alejandro Barrera López,*

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*El ordenamiento jurídico colombiano padece actualmente una hipertrofia regulatoria que se manifiesta en: i) una excesiva cantidad de normas de distinta naturaleza y origen que regulan la misma materia; ii) la existencia de contradicciones (antinomias) que afectan el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, son fuente de litigios, y comprometen la eficacia de la acción gubernamental y iii) una enorme dispersión normativa, agravada con frecuencia por la opacidad con la que operan algunas autoridades. El fenómeno de la hipertrofia normativa genera inseguridad jurídica para las empresas y los ciudadanos, además eleva enormemente los costos de transacción para la iniciativa empresarial y el emprendimiento, afectando la competitividad y eficiencia de la economía.*

#### **El creciente fenómeno de la hipertrofia normativa y sus causas**

**E**l funcionamiento adecuado de las sociedades modernas supone un conjunto de instituciones y reglas de juego claras, estables, eficaces y coheren-

tes. De estas condiciones dependen en gran medida la estabilidad y legitimidad del sistema político y la competitividad de la economía. En virtud de estos principios fundamentales para el desarrollo democrático de dichas sociedades, la articulación de políticas públicas encaminadas al perfeccionamiento institucional, tanto a nivel de gobierno, como de Estado, es necesaria e indispensable para generar las condiciones básicas para un adecuado funcionamiento del mercado y la generación de capacidades productivas que a su vez hacen más competitiva la economía.

El camino del perfeccionamiento institucional contempla, entre otros aspectos, la calidad de las normas, la racionalidad de los criterios de su producción, y el impacto que estas tienen sobre el funcionamiento del mercado y el comportamiento de sus agentes. Un conjunto de normas poco claras, redundantes y dispersas generan confusión e inseguridad entre los miembros de la sociedad, incluyendo sus ciudadanos corporativos, las empresas. Generan también costos transaccionales que impactan negativamente el funcionamiento del mercado, la competitividad del sector privado y el clima de negocios para la iniciativa privada y el emprendimiento. Frente a los problemas que genera la baja calidad normativa, es preciso desarrollar capacidades, especialmente en las democracias en proceso de consolidación y las economías en vías de desarrollo, para mejorar sus instituciones y sus normas, factores fundamentales para su realización más completa.

Es preciso señalar que, en el caso del Estado colombiano, la proliferación excesiva de normas, en muchos casos contradictorias (antinomias) y una significativa opacidad en los procesos de construcción y publicación de las agendas normativas por parte de algunas entidades, generan y estimulan desde hace varias décadas una creciente *hipertrofia normativa*. Este fenómeno se produce cuando la superabundancia de normas y regulaciones acaba “formando poco a poco una masa, cada vez menos inteligible, dentro de la cual los aplicadores de las normas no pueden desenvolverse con facilidad ni discernir sin esfuerzo cuál es el derecho aplicable a un hecho, relación o situación jurídica determinados” (Muñoz Machado, 1986, p. 16). Sus consecuencias son, entre otras, el deterioro de la eficacia del ordenamiento jurídico, costos innecesarios para los ciudada-

nos y las empresas, y también la generación de un clima institucional opaco y desordenado donde la corrupción encuentra un campo fértil.

Como se señaló anteriormente, entre las causas principales de la creciente hipertrofia normativa se encuentran debilidades institucionales en la producción de normas presentes desde el nivel jerárquico más alto (leyes expedidas por el Congreso de la República), hasta las normas que entran dentro del concepto del derecho blando (resoluciones, circulares, etc.). En primer lugar, la cantidad de estas normas es irracional: El reporte *Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio* publicado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en 2017, estudió la producción normativa de la Rama Ejecutiva en Colombia desde el año 2000 hasta 2016 y encontró que en este período se emitieron 94.748 normas (68.698 resoluciones, 17.168 decretos, 2.376 circulares, 2.057 acuerdos, y 4.440 normas de otras categorías) (Departamento Nacional de Planeación, 2017, p. 5). En segundo lugar, la asignación irracional y poco sistematizada de competencias en los entes reguladores constituye una debilidad institucional que erosiona la jerarquía normativa y da lugar al ya señalado solapamiento y choque de normas que regulan de manera indiscriminada distintas áreas de la vida social y sectores de la economía.

Como es de esperarse, estas condiciones son una fuente importante de inseguridad jurídica y costos de transacción no sólo para los actores económicos, sino para la sociedad en su conjunto. Además, la cantidad excesiva de normas y la proclividad que tienen las autoridades colombianas para emitir las no son garantía del cumplimiento de estas. De hecho, la confusión que la hipertrofia normativa genera y la ausencia de mecanismos eficaces para hacer efectiva la regulación pueden ser en gran medida responsables del incumplimiento. La calificación del país en cuanto al cumplimiento y aplicación de las normas es un reflejo claro de la inoperancia e ineficacia que genera dicha hipertrofia: el *Rule of Law Index*, elaborado por el *World Justice Project* ubica a Colombia en el puesto 72 de un total de 113 países evaluados, y en el 19 de 30 en América Latina (World Justice Project, 2017).

Como resultado de las debilidades señaladas anteriormente y los vacíos y controversias que inevitablemente producen, en tercer lugar, es preciso señalar que en Colombia una parte de la actividad regulatoria termina siendo producida por medio de providencias judiciales. A parte de los efectos negativos que este fenómeno produce en materia de seguridad jurídica y congestión de la Rama Judicial, constituye también un incentivo para el activismo judicial<sup>1</sup>.

A estas causas se suma otra debilidad institucional importante, que es la ausencia de una verdadera cultura de la legalidad, que alienta muchas veces a las autoridades a emplear la multiplicación de normas y regulaciones como receta demagógica para “resolver” los problemas públicos y atender las demandas de la sociedad o para “compensar” el incumplimiento de las ya existentes.

Considerando la necesidad de empezar a formular una política regulatoria en Colombia, el Departamento Nacional de Planeación (DNP) presentó el 2 de octubre de 2014 el documento CONPES 3816, titulado *Mejora Normativa: Análisis de Impacto*. Con éste, trazó una hoja de ruta para la formulación, implementación y evaluación de una política pública que busca mejorar la calidad normativa en Colombia. Para ello, se requiere la elaboración de un inventario normativo útil, racionalizar el ordenamiento jurídico, mejorar los procesos de consulta, divulgación y acceso a la información relacionada con la agenda normativa de las entidades públicas, e implementar programas de análisis de impacto normativo (Departamento Nacional de Planeación, 2014). En el marco de esta iniciativa, se creó también el Comité Técnico de Mejora Normativa en el marco del Sistema Nacional de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, y del cual forman parte el Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Presidencia de la República. A este comité pueden concu-

---

1. Para una introducción al fenómeno ver: Molano-Rojas, A; Moncada, J y Barrera, A. (2018). La importancia del dimensionamiento económico de las decisiones judiciales. *En Breve*. Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría & Fundación Konrad Adenauer Colombia. Disponible en: [http://www.icpcolombia.org/dev/wp-content/uploads/2018/05/2-EN-BREVE.abril-2018\\_-ECONOMIA-DECISIONES-JUDICIALES.pdf](http://www.icpcolombia.org/dev/wp-content/uploads/2018/05/2-EN-BREVE.abril-2018_-ECONOMIA-DECISIONES-JUDICIALES.pdf)

rrir otras entidades invitadas cuando su presencia sea requerida en función de los temas a tratar.

Es preciso evaluar estas estrategias, sus avances actuales y su eficacia a la luz de las necesidades aquí planteadas. Lo anterior en una perspectiva acorde con el ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y las recomendaciones que el Comité de Política Regulatoria de esta ha emitido en general para América Latina y en particular para Colombia. En ese orden de ideas, este documento propone una serie de propuestas de política pública orientadas a complementar las iniciativas existentes a partir de un relacionamiento virtuoso entre el Estado, las empresas y la ciudadanía y un breve repaso por las estrategias particulares de algunos referentes internacionales y casos exitosos que vale la pena rescatar para el caso colombiano.

## **Una noción adecuada de regulación como base para una política pública integral de mejora regulatoria y sus principios básicos**

En ausencia de un consenso acerca de lo que es la regulación (Zárate, 2012, p. 3), uno de los desafíos principales que enfrenta el diseño e implementación de una política regulatoria es el de definir y adoptar una noción de este concepto que acoja los principios de la eficiencia y eficacia de la acción estatal, la libre competencia del mercado, y la competitividad de la economía. Aunque no se cuente con una definición única aceptada ampliamente, los elementos propios de cada etapa de desarrollo del concepto permiten una breve descripción que ilustra la naturaleza de su actividad, su razón de ser y el lugar que ocupa en la sociedad moderna.

En un primer momento, la regulación fue concebida en su dimensión más instrumental, como una función o facultad de las autoridades administrativas independientes del Estado. Luego adquirió un papel determinante en la intervención sobre el mercado con el fin de corregir sus fallas y garantizar la libre competen-

cia (Zárate, 2012, p. 4). En la actualidad, se concibe la regulación como una “función general del Estado en la economía” (Nicinski, 210, p. 11), que busca además, conciliar imperativos económicos y no económicos (Zárate, 2012, p. 5).

De la definición anterior, es preciso rescatar la idea de que la intervención del Estado en la economía se justifica en la necesidad de proveer las condiciones para la libre competencia donde no las hay naturalmente. Un corolario de este principio señala que donde el mercado funciona en condiciones normales, no es necesaria la intervención del Estado. Un segundo corolario implica que, una vez alcanzado un estado de competencia en algún sector o actividad económica, la intervención del Estado debe suspenderse dándose por cumplida su función. Finalmente, un tercer corolario de este principio indicaría que la intervención del Estado, en caso de no ser necesaria, podría entorpecer la libre competencia y generar costos innecesarios para los actores económicos.

En ese orden de ideas, en el marco del derecho administrativo colombiano de la regulación (especialmente la regulación económica), el debate y estudio de la materia giran en torno a dos preguntas: “¿qué es la regulación económica?” y “¿quién debe regular?” (Carvajal Sánchez, 2013, p. 42). Pero esta aproximación tradicional de los juristas ignora la pregunta sobre “¿cómo se debe regular?”, o más específicamente “¿cómo garantizar una regulación de calidad?”, preguntas que, según el profesor de derecho administrativo Bernardo Carvajal, de la Universidad Externado de Colombia, merecen la mayor atención posible (Carvajal Sánchez, 2013, p. 42).

Según Carvajal, existen dos buenas razones, una jurídico-normativa y otra político-económica, para atender la problemática sobre la calidad de la regulación. La primera es que...

Desde el punto de vista jurídico-normativo, insertar la calidad como un criterio que debe orientar al regulador durante el ejercicio de su actividad administrativa de regulación y como un objetivo a alcanzar en cada regulación, puede fundarse en los principios de eficacia, economía y celeridad. Estos tres principios de las actuaciones y procedimientos administrativos, reconocidos tanto en la Constitución como en los numerales 11, 12 y 13 del artículo 3 del CPACA [Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo], abandonan definitivamente su rol de principios de segunda clase y salen fortalecidos bajo el prisma de la calidad regulatoria. (Carvajal Sánchez, 2013, p. 42)

La segunda es que...

Desde el punto de vista político-económico, la globalización ha puesto a competir a los estados para atraer recursos e inversiones extranjeros, de modo que su competitividad y seriedad en el manejo de los asuntos transnacionales pasan en cierta medida al día de hoy por la calidad de sus procesos regulatorios y de sus medidas regulatorias, o por su pertenencia a grupos de países con estándares y buenas prácticas regulatorias. (Carvajal Sánchez, 2013, p. 43)

En virtud de estas razones, Carvajal compila una serie de principios de orden material e instrumental a partir de los cuales se puede generar una regulación más eficiente, eficaz y coherente. Estos principios se muestran más detalladamente en la tabla 1.

**Tabla 1. Principios de la Regulación.**

Tipo de Principio	Principio	Descripción
<b>Principios materiales</b>	Principio de necesidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El Estado debe adoptar y conservar regulaciones únicamente para aquellos asuntos y situaciones donde se demuestre que la intervención es necesaria.</li> <li>• El Estado debe justificar de manera suficiente su intención de regular antes de adoptar la regulación.</li> </ul>

<b>Principios materiales</b>	Principio del efecto económico y conductista	<ul style="list-style-type: none"><li>• La regulación siempre tiene un efecto económico.</li><li>• El diseño de medidas regulatorias necesita de fundamentos técnicos y científicos que dimensionen los efectos económicos que toda regulación supone.</li><li>• El dimensionamiento económico de la regulación debe tener en cuenta los costos de transacción y externalidades que pueda generar.</li></ul>
	Principio de coherencia jurídico-normativa	<ul style="list-style-type: none"><li>• Según este principio, el regulador y regulación deben minimizar los riesgos propiamente jurídicos al formalizar alguna medida regulatoria.</li><li>• Se debe movilizar la idea de razonabilidad jurídica de la regulación, lo que supone que esta última se ajusta al bloque de legalidad-constitucionalidad y respeto al debido proceso.</li><li>• Este principio garantiza la seguridad jurídica y el respeto al Estado de Derecho.</li><li>• Este principio supone una relativa coordinación entre los ámbitos internacional-nacional-territorial.</li><li>• Este principio propone una proporcionalidad de la regulación, lo que supone que todo proyecto regulatorio debe tener en consideración el entorno normativo dentro del cual deberá ser aplicada la regulación y debe consultar las posibilidades de aplicación materialización y exigibilidad desde el punto de vista fáctico, social o económico.</li></ul>

<p><b>Principios materiales</b></p>	<p>Principio de coherencia jurídico-normativa</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Este principio también requiere tener siempre presente cuáles son el régimen político, el contexto institucional y la cultura jurídica nacional relativos al asunto que será objeto de regulación.</li> </ul>
<p><b>Principios instrumentales</b></p>	<p>Principio de coordinación</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Este principio supone la necesidad de asegurar el carácter interinstitucional a lo largo de toda la actividad regulatoria de la administración.</li> <li>• La coordinación necesita de un mapeo de actores que no se restringe a órganos especializados en regulación sectorial, pues necesariamente deberá incluir al legislador y a los entes -nacionales y territoriales- que tienen potestad reglamentaria, que determinan las políticas y aquellos que tienen carácter consultivo, obligatorio o facultativo.</li> <li>• Se debe actuar de manera coordinada y armónica con los agentes de la regulación que se han detectado en el mapeo.</li> </ul>
	<p>Principio de transparencia</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Los procedimientos que cubren las etapas de iniciativa, discusión, adopción, implementación, seguimiento y reforma deben ser claros.</li> <li>• Las medidas regulatorias deben ser inteligibles ya que, de no serlo, se llenan de opacidad confusión y ambigüedad.</li> <li>• Se le debe garantizar a los sujetos directamente regulados como al público en general su derecho a la participación en los procesos de regulación.</li> </ul>

<p><b>Principios instrumentales</b></p>	<p>Principio de progresividad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• De acuerdo con este principio, no se puede retroceder cuando la regulación ha conseguido los objetivos que se ha propuesto alcanzar.</li> <li>• La gestión de la reforma regulatoria debe pretender la mejora y el avance o, cuando menos, la conservación de los avances realizados.</li> <li>• La progresividad en la gestión de los ciclos regulatorios implica entonces la prohibición de la regresión en cuanto a los resultados reales de las medidas regulatorias de cara a su impacto jurídico y económico, pero también en la vida social y política.</li> <li>• La progresividad exige a la administración el uso constante y permanente de esquemas de seguimiento y monitoreo a la regulación en marcha, los cuales se erigen en requisito sine qua non de una mejora regulatoria gradual y progresiva.</li> </ul>
---	-----------------------------------	---

**Fuente:** Elaboración propia con base en Carvajal Sánchez, B. (2013). ¿Cómo asegurar calidad regulatoria? (A. Zárate, Ed.) *Revista Digital de Derecho Administrativo* (9), pp. 41-62.

Además de la adopción de los principios recopilados por el profesor Carvajal, la articulación de una política pública de mejora regulatoria exitosa requiere 2 elementos fundamentales: en primer lugar, un mecanismo ordenado de análisis de impacto normativo que reúna a todos los reguladores y los obligue a medir los costos que sus regulaciones generan para sus sectores correspondientes. En segundo lugar, la creación de un único órgano o sistema encargado de diseñar, implementar y evaluar la política regulatoria, y que centralice y coordine los planes y estrategias a los que deben estar sometidas las autoridades reguladoras (OCDE, 2014, p. 16).

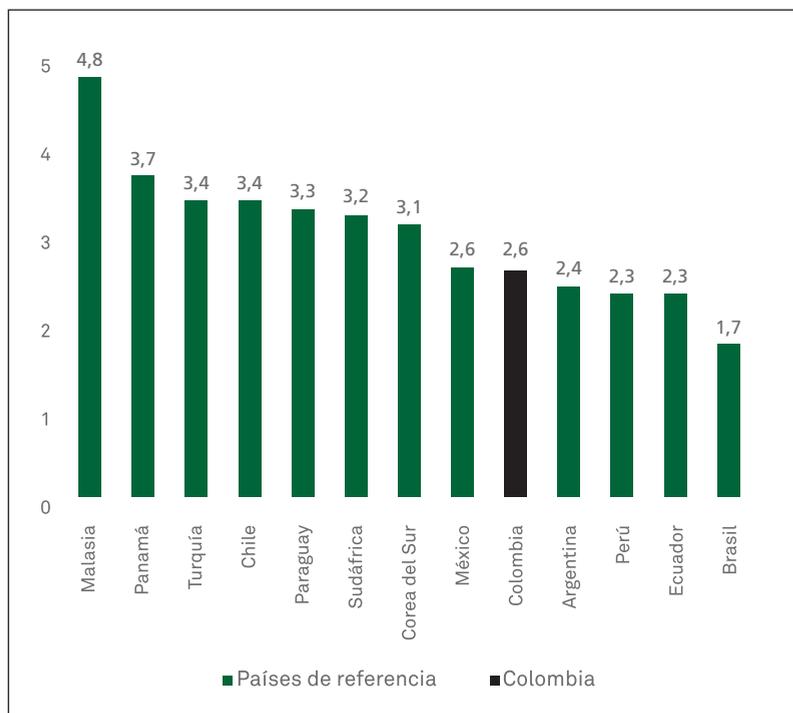
## El impacto de la hipertrofia normativa en Colombia

Como se introdujo previamente, el fenómeno de la hipertrofia normativa ha generado una serie de problemas para el Estado, la sociedad y el sector privado en Colombia condensados en un ordenamiento jurídico opaco, disperso y muy difícil de comprender y navegar. En términos generales, la calificación que otorga el Banco Mundial a Colombia en su índice de Calidad Regulatoria es de 0,40 en un rango que va desde -2,5 (débil) a 2,5 (fuerte), estando en el puesto 61 de 193 países (Banco Mundial, 2016). A continuación, se analizan los principales problemas que ha generado dicha hipertrofia:

### *Elevados costos de transacción y trámites innecesarios*

Desde 2005, el Gobierno Nacional ha advertido sobre la baja calidad regulatoria en Colombia. Se ha señalado, entre otras dificultades, la dispersión de criterios y la falta de coherencia que presentan las agencias autónomas independientes del Estado para reglamentar temas transversales, los costos de transacción adicionales de la regulación sobre empresas multiservicios y la heterogeneidad en el número y perfil de los expertos para cada una de las Comisiones de Regulación (Departamento Nacional de Planeación, 2005, p. 328). De igual manera, los ciudadanos y las empresas se someten a un sinnúmero de encrucijadas legales que representan costos en materia de retrasos al cumplimiento de sus actividades y, en algunos casos, en materia de representación y asesoría legal frente a posibles litigios. De hecho, según el Foro Económico Mundial, los costos de la regulación en Colombia son muy altos, ya que le otorga una calificación de 2,6 sobre 7, donde 7 representa el menor costo (Foro Económico Mundial, 2017) (ver gráfico 1).

**Gráfico 1. Costo de la regulación del Gobierno. Colombia y países de referencia, 2017**



**Fuente:** Consejo Privado de Competitividad. (2017). Eficiencia del Estado. En Consejo Privado de Competitividad, *Informe de Competitividad Colombia 2017-2018*, pp. 378-401. Bogotá D.C.: Consejo Privado de Competitividad.

La imposición de trámites y requisitos –que no generan valor agregado, o son simplemente inocuos– entran en conflicto con principios de orden constitucional, como los artículos 83 (principio de la buena fe), 84 (prohibición de exigir permisos, licencias o requisitos para el ejercicio de derechos o actividades que hayan sido reglamentados de manera general) y el 333 (que protege la libertad de la actividad económica y la libre iniciativa privada). Frente a este problema, el Estado colombiano ha expedido las siguientes normas generales anti-trámite, cuya proliferación da testimonio –acaso paradójico– de su ineficacia: el Decreto Ley 2150 de 1995, la Ley 190 de 1995, la Ley 489 de 1998, la Ley 962 de 2005 y el Decreto Ley 019 de 2012. Además, se expidió el documento CONPES 3292 de 2004.

Otra muestra de la ineficacia de dichas normas es el impacto que tiene la proliferación de trámites sobre el emprendimiento y la iniciativa privada. En el

marco del *Networked Readiness Index*, que mide la calidad de la infraestructura digital y la capacidad de utilizar las TIC de los países para generar crecimiento económico, fomentar la innovación y mejorar el bienestar de sus ciudadanos, el componente correspondiente a la cantidad de trámites necesarios para iniciar un negocio o emprendimiento posiciona a Colombia en el puesto 92 de 139. El país tiene una calificación de 8,0 donde 1,0 corresponde a la menor cantidad de trámites (Macedonia y Nueva Zelanda) y 17,0 la mayor cantidad de trámites (Venezuela) (Foro Económico Mundial, 2015).

### ***Inseguridad jurídica***

La hipertrofia normativa es también una fuente importante de inseguridad jurídica para los actores económicos y la ciudadanía. Entre los trámites, resoluciones y circulares que emiten los reguladores se genera una gran incertidumbre sobre las reglas de juego, no sólo para llevar a cabo algunas actividades económicas, sino para la prestación de servicios por parte de las entidades públicas a la ciudadanía. Esta incertidumbre es fuente de confusión e insatisfacción social, y en el caso de las empresas, especialmente las que están en proceso de formación y legalización, constituye un incentivo negativo para la inversión.

Esta incertidumbre regulatoria afecta especialmente algunos sectores de la economía. Por ejemplo, para el sector de las telecomunicaciones concurren múltiples autoridades reguladoras que generan confusión e interferencias entre ellas: Autoridad Nacional de Televisión (ANTV), la Comisión Reguladora de las Comunicaciones (CRC) con funciones regulatorias para los servicios de comunicaciones y los audiovisuales, y al mismo tiempo interviene la Agencia Nacional del Espectro (ANE) que regula el espectro radioeléctrico (Cremades & Calvo-Sotelo Abogados, 2017, p. 62). En el caso del sector minero energético ocurre algo similar, debido a la interferencia excesiva que realizan las autoridades ambientales nacionales y regionales para la exploración y explotación minera, aun habiéndose otorgado por parte de la autoridad minera (Agencia Nacional de Minería) la concesión a las empresas extranjeras para dichas actividades (Cremades & Calvo-Sotelo Abogados, 2017, p. 62). En síntesis, la dispersión y confusión que se manifiestan entre los múltiples reguladores generan costos

adicionales para las empresas en términos de retrasos a su actividad, posibles litigios y en el peor de los casos, la suspensión de su actividad.

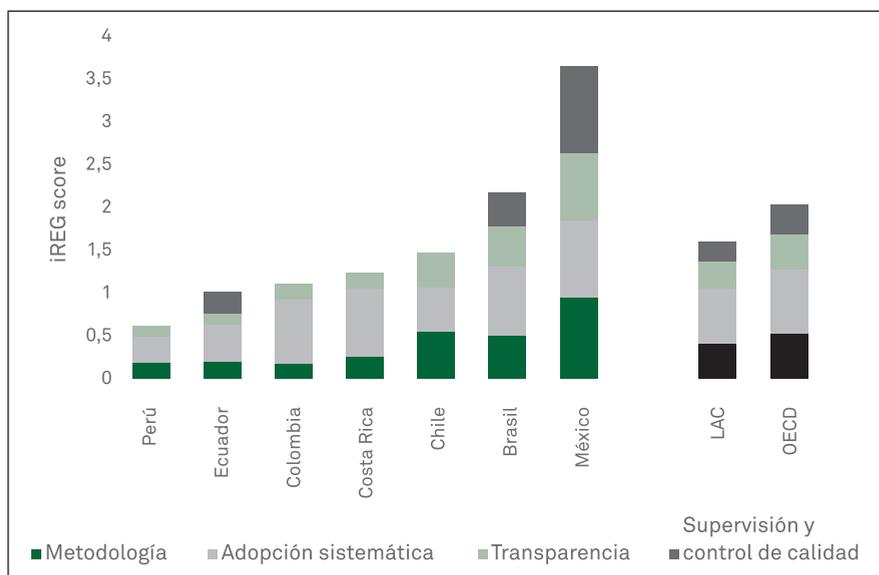
### ***Opacidad en los procesos de publicación de la actividad regulatoria***

Como se señaló anteriormente, la producción indiscriminada de normas no genera un mayor cumplimiento de estas o un entorno y cultura de legalidad. Pero sí puede generar un entorno opaco y confuso en el que los actores interesados y afectados por la regulación no pueden acceder de manera oportuna a la información necesaria sobre la normatividad que adelantan los reguladores. Por lo tanto, su involucramiento en el proceso de producción normativa termina siendo anulado.

La OCDE construyó un indicador compuesto para evaluar la participación de actores interesados en el desarrollo de regulaciones subordinadas que contempla 4 componentes: metodología, adopción sistemática, supervisión y control de calidad, y transparencia. Para el caso de Colombia, el indicador compuesto no alcanza a llegar a 1,5 siendo 4 el mejor resultado posible, y de todos sus componentes, la transparencia es el más bajo de todos (ver gráfico 2) (OCDE, 2016).

La falta de transparencia por parte de los reguladores en el proceso de publicación de sus agendas normativas supone una violación al derecho que tienen los ciudadanos y las empresas a participar en la producción normativa, y también los obliga a tomar decisiones de manera apresurada que les representan costos adicionales para los que pueden no estar preparados.

**Gráfico 2. Indicador compuesto: Participación de actores interesados en el desarrollo de regulaciones subordinadas<sup>2</sup>.**



**Fuente:** OCDE (2016). Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG) for Latin America 2016. OCDE.

## Los avances de la política de mejora regulatoria en Colombia y sus tareas pendientes

Con la creación del Comité Técnico de Mejora Normativa en el marco del Sistema Nacional de Competitividad, Ciencia, Tecnología e Innovación, y la implementación del documento CONPES 3816 de 2014, el Gobierno Nacional ha adelantado una serie de iniciativas y esfuerzos por diseñar y consolidar una política de mejora regulatoria en el marco de su ingreso a la OCDE. De esta política destacan 5 avances fundamentales:

2. El gráfico muestra el puntaje agregado total en las cuatro categorías separadas del indicador compuesto. El puntaje máximo para cada categoría es 1 y el máximo puntaje para el indicador agregado es 4.

- Se empieza a implementar el Análisis de Impacto Normativo con el fin de que los beneficios derivados de la regulación sean mayores que sus costos (Departamento Nacional de Planeación, 2018).
- El Decreto 1081 de 2015 estableció que Los proyectos específicos de regulación elaborados para la firma del presidente de la República deberán publicarse por lo menos durante quince (15) días calendario, antes de ser remitidos a la Secretaría Jurídica de la Presidencia la República.
- Creación del Grupo de Mejora Regulatoria en el DNP que apoya la generación de capacidades y la implementación de la política pública.
- El Ministerio de Justicia radicó en marzo de 2018 un Proyecto de Ley de Depuración Normativa, que busca simplificar y racionalizar el ordenamiento jurídico y propone eliminar 11.819 normas depurables luego de un estudio desarrollado desde 2014 que identificó 15.772 normas (10.686 leyes, 1.355 decretos leyes y 3.731 decretos legislativos) (Ministerio de Justicia y del Derecho, 2018).
- Se han capacitado cerca de 865 funcionarios en temas de mejora regulatoria a través de talleres, diplomados y conferencias (Departamento Nacional de Planeación, 2018).

Adicionalmente, el DNP diseñó y está implementando el Sistema Único de Consulta Pública (SUCOP) que centraliza los procesos de consulta pública de los proyectos de norma para garantizar la participación ciudadana en estos, incluyendo, por supuesto, a los ciudadanos corporativos (las empresas) (Departamento Nacional de Planeación, 2018). Este sistema propone un proceso de revisión transparente de las agendas normativas de las entidades regulatorias con unas fechas tentativas para cada etapa del proceso. El proyecto de Agenda Normativa de las entidades debe publicarse con la lista de temas que posiblemente se deban regular en la siguiente vigencia a más tardar el 31 de octubre de cada año. Luego, la etapa de consulta pública en la que interviene la ciudadanía tiene en todos los casos al menos 30 días, de tal forma que antes del final

de año se puedan responder las inquietudes y propuestas y realizarse los ajustes correspondientes. La Agenda Normativa final sería publicada los primeros 5 días del año.

De igual manera, el SUCOP incluye dentro del proceso de formulación, publicación y consulta de las normas, mecanismos de revisión que garantizan la transparencia y calidad a lo largo del proceso. Entre ellos la coordinación con todas las entidades vinculadas a la propuesta regulatoria con el fin de no producir normas repetidas o contradictorias. También la revisión y emisión del concepto sobre la norma de parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, Función Pública, DNP, Ministerio de Hacienda, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y en una instancia final, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

En septiembre de 2018 el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo lanzó una estrategia llamada “Estado Simple, Colombia Ágil”. En este se pretende eliminar trámites, barreras y trabas que dificultan la relación de los ciudadanos con las instituciones<sup>3</sup>. A través del portal web colombiaagil.com.co, los usuarios pueden identificar y reportar trámites que encarecen innecesariamente sus actividades.

Estas normas, sistemas e instrumentos de política pública constituyen un primer paso fundamental para recorrer el camino hacia la calidad regulatoria dentro de los estándares de la OCDE y contribuir al perfeccionamiento de las instituciones del Estado colombiano, al desarrollo económico y al progreso social. Sin embargo, aunque Colombia haya sido aceptado como miembro de la OCDE, sus estándares en materia de política regulatoria están lejos de acercarse si quiera a los del promedio de países de dicha organización, lo que supone que los esfuerzos en la materia deben multiplicarse. Contar con el apoyo de la OCDE para la implementación de buenas prácticas regulatorias deberá, en principio,

---

3. Ver: [http://www.mincit.gov.co/publicaciones/41572/gobierno\\_lanza\\_la\\_estrategia\\_estado\\_simple\\_colombia\\_agil\\_por\\_un\\_estado\\_aliado\\_con\\_la\\_gente](http://www.mincit.gov.co/publicaciones/41572/gobierno_lanza_la_estrategia_estado_simple_colombia_agil_por_un_estado_aliado_con_la_gente)

acelerar la llegada de mejores resultados, lo que supone una reducción dramática de los costos de la regulación en Colombia y también un incremento en la competitividad, la inversión y el emprendimiento. Algunos países dentro del marco de la OCDE ofrecen lecciones muy valiosas para Colombia de sus procesos de mejora regulatoria y vale la pena revisarlos.

En la actualidad, México se ha convertido en un referente de una política eficaz de mejora regulatoria por haber logrado en poco tiempo resultados positivos liderando actualmente la materia en América Latina (ver gráfico 2). La Secretaría de la Función Pública del Gobierno mexicano implementó en el 2012 un sistema de depuración normativa llamado “Tala Regulatoria” que buscaba reducir los costos transaccionales de los ciudadanos y las empresas y también optimizar la inversión de recursos públicos.

El proceso de “tala” elimina las normas duplicadas, los procesos y actividades ineficientes y los trámites burocráticos innecesarios que generan costos al ciudadano y a las empresas. El sistema funcionó a partir de un cuidadoso inventario de normas vigentes sometido a una “Tala Administrativa” que consiste en estandarizar procesos para ahorrar recursos en el Gobierno Federal eliminando un gran volumen de normas procedimentales reemplazándolas con unos pocos manuales de aplicación general. También es sometido a una “Tala Sustantiva”, proceso que consiste en la derogación de normas y trámites innecesarios. Al final del proceso, el Gobierno mexicano depuró 16.261 normas de 35.584, logrando una optimización del 45,6% de su ordenamiento jurídico (Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal mexicano, 2012).

Otros países que han conquistado avances significativos en política regulatoria y desarrollo económico han propuesto enfoques muy eficaces para promover una cultura de la calidad regulatoria. Por ejemplo, Estados Unidos en cabeza de la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA por sus siglas en inglés) de la Casa Blanca ha estructurado una serie de principios y procedimientos para revisar retrospectivamente la regulación, reducir los trámites y mejorar la cooperación regulatoria con sus socios comerciales incluyendo a México y Canadá. Entre los principios que orientan la actividad de la OIRA se encuen-

tran el de la intervención mínima del Estado en la economía y el de exclusiva necesidad: su cultura legal no se pregunta sobre el cómo regular sin antes haber respondido la pregunta sobre si es necesario regular o no. Además, emplean desde hace varios años regulaciones experimentales que buscan optimizar la competitividad en algunos sectores específicos.

Estos son ejemplos que ofrecen instrumentos valiosos para el proceso de mejora regulatoria colombiano y también principios que podrían transformar la cultura legal y regulatoria en Colombia, que se ha sumido en un legalismo y deontologismo dañinos para el ordenamiento jurídico y la competitividad. A continuación, se presentan unas recomendaciones de política pública pensadas desde la gobernanza tripartita (Estado-empresas-ciudadanía), con la seguridad de que el proceso de mejora regulatoria no sólo compete al Estado, sino que la ciudadanía -en especial la ciudadanía corporativa- tiene un lugar fundamental en la formulación, evaluación y racionalización de la producción normativa, y porque es precisamente la ciudadanía la principal beneficiaria o perjudicada.

### ***El Estado***

La política regulatoria actual liderada por el DNP es un paso en la dirección correcta, y el fortalecimiento y consolidación de esta requieren esfuerzos adicionales y ajustes institucionales:

- En primer lugar, es importante implementar la recomendación que la OCDE le ha hecho al gobierno colombiano desde 2014: la creación de un único órgano encargado de diseñar, coordinar y evaluar la política de mejora regulatoria (OCDE, 2014, p. 16). Esto permite también coordinar de manera más adecuada los esfuerzos que actualmente adelantan el DNP, el Ministerio de Justicia, el de Tecnologías de la Información y la Comunicaciones y el de Comercio, Industria y Turismo, y Función Pública.
- Se debe fortalecer la práctica del análisis de impacto normativo en todas las entidades competentes. La mejora normativa es un proceso mucho más fácil

de implementar cuando todos los reguladores conocen los costos de su producción normativa.

- El proceso de racionalización del ordenamiento jurídico debe continuar consolidando los inventarios normativos actuales incluyendo las leyes que emite el Congreso de la República. También los decretos, resoluciones, circulares y demás normas de la Rama Ejecutiva. Esto permite y facilita la depuración de normas y la optimización del ordenamiento jurídico.
- La depuración normativa debe ser medible con el fin de que el grado de optimización del ordenamiento jurídico pueda expresarse fácilmente y ser objeto de seguimiento y control.
- La política pública de mejora normativa debe imponer a los reguladores unas metas concretas y periódicas de reducción de costos de la regulación y mecanismos que involucren a las entidades públicas en el proceso de depuración de sus propias normas.
- La autoridad regulatoria, a través de los mecanismos o instrumentos pertinentes (SUCOP por ejemplo) debe garantizar la transparencia de la producción de normas, su publicación oportuna y la participación de la ciudadanía.
- Es indispensable transformar la cultura legalista tan proclive a la producción indiscriminada de normas para resolver todo tipo de problemas, por una cultura de la legalidad, que se preocupa más por la calidad de las normas y su aplicación efectiva. Tal mentalidad incorpora los principios básicos de una buena regulación y antes de ocuparse del problema sobre cómo regular, considera la posibilidad de que hay asuntos que no necesitan regulación del todo. Esta transformación cultural supone un mejor equilibrio entre los imperativos económicos y no económicos de la sociedad sin vulnerar los principios de libertad económica y de la iniciativa privada.
- Estimulando una cultura de la legalidad y con ajustes institucionales pertinentes, la lucha contra la corrupción dejaría de estar anclada en la prolife-

ración de normas inoperantes e ineficaces, y generaría cambios reales en las prácticas de funcionarios, empresas y ciudadanos. Es necesario racionalizar las políticas anticorrupción, ya que la reiterada presunción de deshonor por parte de los órganos de control reduce el margen de discrecionalidad de los funcionarios y entidades públicos, obligándolos a producir más normas para sustentar legalmente sus decisiones.

### ***Las empresas***

- En el ejercicio de su ciudadanía corporativa, las empresas deben comprometerse a participar de manera efectiva en los procesos de producción normativa y exigir su derecho a ser informados oportuna y suficientemente sobre las agendas normativas pertinentes a su sector económico.
- Las empresas están en la capacidad de recopilar y publicar información pertinente sobre los costos de la regulación y contribuir así a optimizar el ordenamiento jurídico.
- Es fundamental que las empresas se comprometan a emplear buenas prácticas corporativas en materia de transparencia y legalidad. Esto contribuiría enormemente a la transición de una cultura legalista a la de legalidad.

### ***La ciudadanía***

- Al igual que las empresas, la sociedad organizada en grupos de interés tiene el derecho y deber de involucrarse en el proceso de producción normativa y acceder a los canales de información a través de los cuales se publican las agendas normativas de las entidades públicas.
- La ciudadanía tiene un papel fundamental en el proceso de transformación cultural que reemplazaría el legalismo por la legalidad. Los ciudadanos deben comprender las normas como un instrumento para perfeccionar las condiciones que permiten el desarrollo, el progreso y la convivencia, en lugar de considerarlos simplemente obstáculos para sus actividades.

- Al mismo tiempo que los ciudadanos exigen al Estado la reducción de los costos que representan los trámites legales innecesarios, deben comprometerse con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones. Mejores normas son un incentivo al cumplimiento.

## Referencias

- Banco Mundial. (2016). *Doing Business 2016. Midiendo la calidad y eficiencia regulatoria*. Banco Mundial. Recuperado de [http://espanol.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf](http://espanol.doingbusiness.org/~/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf)
- Carvajal Sánchez, B. (2013). ¿Cómo asegurar calidad regulatoria? (A. Zárate, Ed.) *Revista digital de Derecho Administrativo* (9), 41-62.
- Consejo Privado de Competitividad. (2017). Eficiencia del Estado. En Consejo Privado de Competitividad, *Informe Nacional de Competitividad 2017-2018* (pp. 378-401). Bogotá D.C.: Consejo Privado de Competitividad.
- Cremades & Calvo-Sotelo Abogados. (2017). *Informe sobre la seguridad jurídica y la protección a la inversión en Iberoamérica*. Madrid: Cremades & Calvo-Sotelo Abogados y Asociación Española de Accionistas Minoritarios de Empresas Cotizadas. Obtenido de [https://www.cremadescalvosotelo.com/sites/default/files/pdf\\_informe\\_final\\_en\\_espanol\\_13\\_03\\_16\\_.pdf](https://www.cremadescalvosotelo.com/sites/default/files/pdf_informe_final_en_espanol_13_03_16_.pdf)
- de la Torre Vargas, D. (2014). Fallos del mercado y regulación económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas. (A. Zárate, Ed.) *Revista digital de Derecho Administrativo* (12), 45-62.
- Departamento Nacional de Planeación. (2005). *Visión Colombia II Centenario: 2019 Propuesta para discusión*. Departamento Nacional de Planeación. Obtenido de [http://archivo.cepal.org/pdfs/GuiaProspectiva/visionColombiaI-Icentenario\\_2019comple.pdf](http://archivo.cepal.org/pdfs/GuiaProspectiva/visionColombiaI-Icentenario_2019comple.pdf)
- Departamento Nacional de Planeación. (2014). *Documento CONPES 3816: Mejora Normativa: Análisis de Impacto*. Bogotá D.C.: Departamento Nacional de Planeación.

- Departamento Nacional de Planeación. (2015). *Guía Metodológica de Análisis de Impacto Normativo*. Departamento Nacional de Planeación, Bogotá: DNP & OCDE.
- Departamento Nacional de Planeación. (15 de marzo de 2017). *El DNP reunirá expertos de América Latina y el Caribe, y países de la OCDE para evaluar mejoras regulatorias*. Obtenido de Departamento Nacional de Planeación: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/El-DNP-reunir%C3%A1-expertos-de-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe,-y-pa%C3%ADses-de-la-OCDE-para-evaluar-mejoras-regulatorias.aspx>
- Departamento Nacional de Planeación. (2017). *Reporte: Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio*. Departamento Nacional de Planeación, Bogotá D.C.
- Departamento Nacional de Planeación. (9 de mayo de 2018). *Colombia da los primeros pasos hacia una regulación inteligente basada en la participación de los ciudadanos*. Obtenido de Departamento Nacional de Planeación: <https://www.dnp.gov.co/Paginas/Colombia-da-los-primeros-pasos-hacia-una-regulaci%C3%B3n-inteligente-basada-en-la-participaci%C3%B3n-de-los-ciudadanos.aspx>
- Foro Económico Mundial. (2015). *Networked Readiness Index - 2.05 No. of procedures to start a business*. Recuperado el 20 de marzo de 2018, de World Economic Forum: <http://reports.weforum.org/global-information-technology-report-2016/networked-readiness-index/>
- Foro Económico Mundial. (2017). *Reporte de Competitividad Global*. Foro Económico Global.
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (21 de marzo de 2018). *Minjusticia radicó Proyecto de Ley de Depuración Normativa, que busca simplificar y racionalizar el ordenamiento jurídico colombiano*. Obtenido de Ministerio de Justicia y del Derecho: [www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/3675/Minjusticia-radica-Proyecto-de-Ley-de-Depuraci%C3%B3n-Normativa-que-busca-simplificar-y-racionalizar-el-ordenamiento-jur%C3%ADdico-colombiano.aspx](http://www.minjusticia.gov.co/Noticias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/3675/Minjusticia-radica-Proyecto-de-Ley-de-Depuraci%C3%B3n-Normativa-que-busca-simplificar-y-racionalizar-el-ordenamiento-jur%C3%ADdico-colombiano.aspx)
- Misterio de Justicia y del Derecho. (28 de Noviembre de 2017). *Dirección del Desarrollo del Derecho y Ordenamiento Jurídico de Minjusticia rindió cuentas sobre su proyecto de depuración normativa*. Recuperado el 30 de marzo de 2018, de Misterio de Justicia y del Derecho: <http://www.minjusticia.gov.co/Noti>

- cias/TabId/157/ArtMID/1271/ArticleID/3435/Direcci243n-del-Desarrollo-del-Derecho-y-Ordenamiento-Jur237dico-de-Minjusticia-rindi243-cuentas-sobre-su-proyecto-de-depuraci243n-normativa.aspx
- Montero Pascual, J. J. (2014). La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico. (A. Zárata, Ed.) *Revista digital de Derecho Administrativo*(12), 23-44.
- Muñoz Machado, S. (1986). *Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar*. España: Civitas.
- Nicinski, S. (210). *Droit public des affaires* (Seguna ed.). París: Montcherstien.
- OCDE. (2014). *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia: Más allá de la simplificación*. OECD Publishing. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.1787/9789264201965-es>
- OCDE. (2016). *Indicators of Regulatory Policy and Governance (iREG) for Latin America 2016*. OCDE.
- Portafolio. (15 de marzo de 2017). *Colombia debe consolidar la política regulatoria en una sola agencia*. Obtenido de Portafolio: <http://www.portafolio.co/internacional/colombia-frente-a-la-politica-de-la-ocde-504174>
- Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal mexicano. (13 de junio de 2012). *Secretaría de la Función Pública del Gobierno Federal mexicano*. Recuperado el 7 de abril de 2018, de Tala Regulatoria: <http://2006-2012.funcionpublica.gob.mx/index.php/unidades-administrativas/ssfp/mejor-gobierno/tala.html>
- The White House*. (s.f.). Recuperado el 29 de marzo de 2018, de Information and Regulatory Affairs: <https://www.whitehouse.gov/omb/information-regulatory-affairs/>
- TMF Group. (2018). *The Financial Complexity Index 2018*. TMF Group. Obtenido de <https://www.tmf-group.com/en/news-insights/publications/2018/financial-complexity-index/#cta-reveal-anchor>
- Transparency International. (2015). *Transparency International*. Recuperado el 29 de Junio de 2016, de <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>
- World Justice Project. (2017). *Rule of Law Index 2017-2018*. Recuperado el 12 de febrero de 2018, de World Justice Project: <http://data.worldjusticeproject.org/>
- Zárata, A. (2012). Nota editorial. (A. Zárata, Ed.) *Revista digital de Derecho Administrativo*(12), 3-8

## 4. Activismo judicial: la intervención judicial en la economía

*Jaime Moya Suárez,*

Socio a cargo de la Práctica de Derecho Corporativo,  
Financiación e Inversiones en la firma  
Godoy & Hoyos Abogados

*Este artículo hace una aproximación al fenómeno del activismo judicial en Colombia, específicamente relacionado con algunas decisiones tomadas por la Corte Constitucional que exhiben dos tipos de problemas: (i) un déficit de legitimidad democrática, por tratarse de medidas adoptadas sin haber mediado un proceso decisorio que considere expresamente los intereses de los sujetos que van a ser afectados por ellas, lo cual es consecuencia necesaria de no respetar el principio de reserva legal en materia de intervención económica que expresamente establece la Constitución; y (ii) un déficit de suficiencia técnica, pues se trata de medidas adoptadas con información escasa o inexistente acerca de sus posibles efectos en los mercados intervenidos, y a través de un proceso decisorio que no está específicamente diseñado para cumplir una función de intervención o regulación de la economía. Luego plantea una serie de propuestas para racionalizar la actividad judicial en Colombia que consisten en acoger un principio de auto-restricción judicial en asuntos de intervención económica, integrar el análisis costo-beneficio y otras herramientas de evaluación empírica respecto de las medidas de intervención judicial. Además, se propone incorporar expresamente una regla de revisión para las medidas de intervención económica.*

### Introducción

Uno de los aspectos más polémicos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido el concerniente a los efectos de las medidas de intervención directa en la economía adoptadas al amparo de una lectura amplia de los derechos fundamentales y otras normas constitucionales. A pesar de que el artículo 334 de la Constitución Política establece que la intervención en la eco-

nomía debe ocurrir siempre “por mandato de la ley”, la Corte Constitucional no solamente ha declarado como inconstitucionales medidas legislativas que, a su juicio, eran contrarias a ciertas normas constitucionales, sino que también ha aprovechado sus pronunciamientos para imponer, mediante la figura de la exequibilidad condicionada, medidas de su exclusivo cuño, arrogándose la función de intervenir y dirigir actividades económicas so pretexto de proteger la supremacía de la Constitución.

Son muchos los pronunciamientos que contienen medidas de esta naturaleza, pero por su importancia y efectos demostrados en la actividad económica, en este artículo se usarán como ejemplo algunas de las decisiones adoptadas por dicha corporación con ocasión de la crisis financiera de los años 1998 a 2000, particularmente las relativas a la regulación de los créditos de largo plazo para la adquisición de vivienda, mediante las cuales, entre otras, se modificaron las reglas de derecho privado aplicables a los mismos para permitir prepagarlos en cualquier momento (Corte Constitucional, Sala Plena, C-252, 1998), se prohibió el uso de las cláusulas de capitalización de intereses (Corte Constitucional, Sala Plena, C-747, 1999), y se ordenó al Banco de la República establecer una tasa máxima que tendría que ser la más baja entre las aplicables a cualquier tipo de crédito (Corte Constitucional, Sala Plena, C-995, 2000). Estos ejemplos resultan de especial interés, por cuanto desde su adopción, hace 20 años, gremios y tratadistas se han detenido a estudiar su justificación y efectos en el mercado de los créditos para la adquisición de vivienda, lo cual nos brinda una perspectiva informada y con suficiente sustento<sup>1</sup>.

En general, se entiende que tales decisiones de intervención judicial en la economía exhiben dos tipos de problemas: (i) un déficit de legitimidad democrática, por tratarse de medidas adoptadas sin haber mediado un proceso decisorio que considere expresamente los intereses de los sujetos que van a ser afectados por ellas, lo cual es consecuencia necesaria de no respetar el principio de reser-

---

1. Parte del análisis de las sentencias de la Corte Constitucional citadas proviene del artículo “La Intervención Económica Judicial del Crédito Hipotecario en Colombia”, en proceso de publicación como parte una obra colectiva que será editada por la Universidad del Rosario.

va legal en materia de intervención económica que expresamente establece la Constitución; y (ii) un déficit de suficiencia técnica, pues se trata de medidas adoptadas con información escasa o inexistente acerca de sus posibles efectos en los mercados intervenidos, y a través de un proceso decisorio que no está específicamente diseñado para cumplir una función de intervención o regulación de la economía.

Luego de examinar estos problemas, se presentan de manera sucinta, algunas sugerencias sobre el abordaje que podría ser considerado por los jueces constitucionales para mitigar las consecuencias adversas de los mismos.

## **Déficit de legitimidad democrática de las medidas de intervención judicial de la economía**

La cuestión central en relación con la legitimidad democrática de estas decisiones tiene que ver con la naturaleza del principio de reserva legal establecido en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política: ¿Se trata simplemente de una norma habilitante para que el Estado, a través de cualquiera de sus ramas, pueda intervenir en la economía? ¿O se trata de una verdadera garantía constitucional que limita la forma en que tales medidas pueden ser discutidas y adoptadas en el seno de un Estado de Derecho?

Aunque sea desconcertante, en ninguno de los pronunciamientos de la Corte Constitucional mediante los cuales se adoptaron medidas de intervención económica en el crédito hipotecario se aborda esta cuestión. La Corte simplemente asume que, dentro de su labor de guardián de la Constitución, en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, está plenamente habilitada para tomar cualquier medida de intervención, al punto de que en la Sentencia C-955 de 2000 se permitió darle al Banco de la República, una entidad cuya autonomía técnica es uno de los principios centrales de nuestra Constitución económica, la orden de que adoptara una medida de intervención específica, como fue la fijación de una tasa de interés máxima para los créditos hipoteca-

rios, llegando incluso a señalar los criterios específicos que habrían de tenerse en cuenta para su determinación<sup>2</sup>.

Los artículos 333 y 334 no pueden ser entendidos como simples normas habilitantes para que cualquier rama del poder público intervenga en la economía, tal como parece hacerlo implícitamente la Corte Constitucional en sus decisiones.

Es claro que nuestra Constitución Política hizo una elección en cuanto al modelo económico que habría que aplicarse para la asignación de recursos, al señalar que en su artículo 333 que “La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley”.

Esta norma contiene dos principios fundamentales de la Constitución económica. El primero es el reconocimiento, basado en el principio más elemental de las ciencias económicas, de que los recursos disponibles para satisfacer las necesidades de la población son necesariamente limitados, razón por la cual el mecanismo usado para la asignación de los mismos cobra especial relevancia política y constitucional, pues tal limitación implícitamente significa que siempre será necesario privilegiar la satisfacción de ciertas necesidades sobre otras. El segundo es una garantía de orden institucional, consistente en el principio de reserva legal, en virtud del cual las restricciones impuestas al mecanismo de asignación de recursos a través del mercado necesariamente deben ser adoptadas por decisión del legislador. Adicionalmente, como lo mencionaremos en detalle más adelante, en el entronque de los dos principios se encuentran com-

---

2. La parte resolutive de la sentencia dice en lo pertinente: “Declárase EXEQUIBLE el parágrafo del artículo 28 de la Ley 546 de 1999, en el entendido de que de la tasa prevista deberá deducirse la inflación y, en lo sucesivo, cuando ya el tope señalado pierda vigencia, será la Junta Directiva del Banco de la República, de conformidad con sus facultades constitucionales y legales, la autoridad competente para los efectos de fijar las condiciones de financiación de créditos de vivienda de interés social, las cuales deben ser las más adecuadas y favorables, a fin de que consulten la capacidad de pago de los deudores y protejan su patrimonio familiar, también bajo el entendido de que la tasa real de interés remuneratorio no comprenderá la inflación y será inferior a la vigente para los demás créditos de vivienda” (Corte Constitucional, Sala Plana, C-995, 2000).

prometidas las nociones más fundamentales de la democracia representativa, en especial frente a la legitimidad de las medidas de intervención económica.

En relación con los mecanismos de asignación de recursos para la satisfacción de necesidades, puede decirse, de manera muy general, que existen dos tipos de modelos constitucionales. Unos, de naturaleza dirigista, en los cuales se le reconoce a una autoridad pública la facultad de determinar el destino de los recursos, incluso aquellos que están en manos de particulares, y otros de índole liberal, en los que se entiende que la asignación de recursos debe depender de las decisiones libres de los asociados acerca de lo que más les conviene, confiando en los mercados como sistema espontáneo de asignación. En cualquiera de los dos modelos, se entendería que un valor fundamental es la eficiencia del mecanismo de asignación, pues ante la inevitable escasez de los recursos, debería suponerse que el interés común demanda usarlos de la manera en que, con el menor costo posible, se obtenga el máximo resultado en materia de satisfacción de necesidades.

Los artículos 333 y 334 de la Constitución Política claramente eligen el segundo modelo, al garantizar las libertades económicas de los asociados y establecer que las mismas podrán ser disfrutadas salvo cuando la ley establece permisos o requisitos previos. Se trata de una elección que no es únicamente política, sino que también tiene fundamento en las ventajas comparativas que tienen los mercados como mecanismo de agregación de informaciones ampliamente diseminadas entre innumerables agentes económicos, frente a las necesarias limitaciones informativas de un regulador que, más allá de sus intenciones, nunca estará en capacidad de anticipar todos los efectos de cualquier decisión de intervención o regulación<sup>3</sup>.

---

3. Al respecto dice Hayek: Si estamos de acuerdo en que el problema económico de la sociedad es principalmente uno de rápida adaptación a cambios particulares en las circunstancias de tiempo y espacio, parecería ser lógico que las decisiones últimas deban ser confiadas a aquellas personas que están familiarizadas con dichas circunstancias, quienes conocen directamente los cambios relevantes y los recursos inmediatamente disponibles para afrontarlos. No podemos esperar que este problema sea resuelto mediante una primera comunicación de todo este conocimiento a una junta central que, luego de haber integrado “todo” el conocimiento, emita sus órdenes (Hayek, 1945) (Traducción libre del autor).

También debe destacarse que, como lo señala la propia disposición constitucional citada, dichas libertades económicas no son absolutas, pues están necesariamente sujetas a las medidas que se adopten en función del “bien común”. Este último aspecto es enfatizado y desarrollado por el mismo artículo 333, cuando dispone que “La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación” y por el ya mencionado artículo 334, cuando señala que la intervención del Estado deberá buscar “racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, 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”, así como “dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones”.

La Constitución establece, entonces, lo que podríamos calificar como un sistema “mixto” que tiene elementos tanto liberales como dirigistas, muchas veces denominado “social de derecho” para diferenciarlo de regímenes anteriores de corte más liberal, en el cual se establece que, en principio, la asignación de recursos debe resultar del libre juego de la oferta y la demanda en los mercados y, excepcionalmente, de medidas tomadas por el Estado, mediante decisión del legislador, y con el fin de satisfacer, de manera progresiva, los diferentes objetivos políticos allí establecidos.

Cabe preguntarse cuál es la función constitucional que cumple el principio de reserva legal respecto de las restricciones a la libertad económica, pues esta es, evidentemente, la garantía más vulnerada por las decisiones de intervención económica judicial. ¿Es legítima la intervención de los jueces en la economía? ¿Es suficiente apelar a la protección o promoción de derechos fundamentales para justificar cualquier medida de intervención que, a juicio del juez constitucional, sea necesaria? O, dicho en otras palabras ¿Es genuinamente democrática la intervención económica de los jueces?

En el centro de esta discusión se enfrentan dos nociones de democracia, caracterizadas por Richard Posner en su obra *Liberalismo, Democracia y Pragmatismo* (2003). Según Posner, en la discusión política contemporánea en Estados Unidos (y, en la opinión del autor, también en Colombia) es posible identificar una concepción idealista y deliberativa de la democracia, que él llama el Concepto 1 de democracia, a la luz del cual los asociados tienen el deber de participar, como ciudadanos informados, en las decisiones democráticas, siempre en búsqueda del interés o del bien común, independientemente de cuáles sean sus intereses frente a una cierta decisión, por lo cual los argumentos morales ocupan un lugar central en el proceso deliberativo. La otra concepción, denominada Concepto 2 de democracia, que Posner caracteriza como elitista y pragmática, entiende el proceso democrático como una competencia entre políticos profesionales interesados, quienes actúan en un mercado electoral en respuesta a las preferencias de sus electores, las cuales están determinadas por sus intereses, antes que por cualquier consideración moral acerca del bien común (Posner, 2003, pp. 130-150). El asunto más importante para legitimar la acción de los políticos en esta concepción de la democracia, consiste en la posibilidad de que los electores los cambien cuando sus decisiones no correspondan con sus intereses, por lo cual el hecho de que las políticas económicas sean determinadas por funcionarios elegidos resulta esencial.

Esas nociones son útiles para el análisis de la evolución de nuestra jurisprudencia constitucional, por cuanto muchas de las medidas de intervención económica judicial han sido justificadas en la “ausencia acción del legislador” frente a un percibido déficit de protección legal de derechos constitucionales, al menos a la luz de la interpretación de la Corte Constitucional acerca del alcance de los mismos.

Esta posición refleja una percepción del proceso legislativo como inefectivo, bien sea por no obtener los resultados que se consideran deseables desde una perspectiva constitucional, o bien sea por entenderlo como no suficientemente representativo, al atribuir la falta de obtención de tales resultados deseables a la exclusión histórica de algunos ciudadanos o comunidades como votantes en las elecciones del Congreso. Sea cual fuere el motivo, se trata de un argumento

basado en una percepción de que la democracia que tenemos es insuficiente, y en la idea de que la labor del juez constitucional consiste en perfeccionarla. Esta idea ha calado profundamente en la jurisprudencia y la doctrina constitucionales colombianas, las cuales con frecuencia se refieren al activismo judicial como una forma de alcanzar una “utopía constitucional” (García Lozano & Fajardo Sánchez, 2011).

Como lo afirma Posner en la obra citada, esta posición supone dejar de “concebir a la democracia como el proceso democrático real a concebirla como el resultado de un proceso hipotético ideal; fomenta la sustitución de la deliberación real por la hipotética” (Posner, 2003, p. 160) (Traducción libre del autor). Las implicaciones de este cambio de paradigma sobre la idea de democracia son más profundas de lo que a primera vista podría pensarse, pues conduce a un déficit de legitimidad democrática de las medidas de intervención económica, descrito por Posner así:

esta posición, que puede ser concebida como una forma de convertir a la democracia en su opuesto, invita a los jueces a interpretar la Constitución en el sentido de imponer aquellos resultados que ellos consideran que el pueblo habría elegido si la democracia funcionara de conformidad con el Concepto 1 (Posner, 2003, p. 160) (Traducción libre del autor).

Un ejemplo de este tipo de razonamiento puede encontrarse en la sentencia C-955 de 2000, mediante la cual se ordenó al Banco de la República imponer tasas máximas a los créditos de vivienda de largo plazo. La necesidad de una medida de esta naturaleza (que, además, fue aplicada con carácter retroactivo respecto de contratos válidamente celebrados con anterioridad) fue justificada por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

...por ser el del acceso a la vivienda digna un derecho de rango constitucional que el Estado debe hacer efectivo, y por haberse establecido como objetivo prevalente en la Constitución de 1991 la democratización del crédito, según los lineamientos del Estado Social de Derecho, las tasas de interés aplicables a los créditos de vivienda deben ser intervenidas por el Estado; no pueden ser pactadas por los contratantes en un plano de absoluta autonomía por cuanto su determinación

según las fluctuaciones del mercado hace posible que las instituciones financieras, prevalidas de su posición dominante, impongan a sus deudores tasas y márgenes de intermediación excesivamente altos, haciendo nugatorios sus derechos constitucionales a la vivienda y al crédito, y que se produzca un traslado patrimonial a favor de tales entidades que implique la ruptura del equilibrio que debe existir en esas relaciones contractuales, y por el cual deben velar las autoridades competentes (Corte Constitucional, Sala Plena, C-995, 2000)

El argumento parte de suponer que en los casos en los cuales una actividad económica tiene una relación funcional con un derecho fundamental (como ocurre con la financiación de la adquisición de vivienda respecto del derecho a la vivienda digna), la misma debe ser sometida a la intervención del Estado, no por la existencia de una falla del mercado ni por mandato de la ley (es decir por decisión del Congreso) sino por una aparente e intrínseca ineptitud del mercado para que sus agentes establezcan reglas “justas” para tales efectos (al menos a la luz de la versión de “justicia” prohijada por los magistrados). En ausencia de la intervención judicialmente ordenada, continúa el argumento, los agentes operarían en un plano de desigualdad, que necesariamente resultaría en una conducta abusiva y en la vulneración de un derecho fundamental. No sobra advertir que este razonamiento resultó de encadenar una serie de suposiciones o presunciones judiciales, pues en ninguna parte del fallo se demuestra ni la existencia de una falla en el mercado del crédito hipotecario (que hasta la crisis había funcionado bajo las mismas reglas por muchos años) ni la existencia de una conducta de abuso de posición dominante.

El resultado es la sustitución de reglas libremente acordadas por los agentes de un mercado al amparo de normas legales cuya validez, hasta entonces al menos, nadie había puesto en entredicho, por las preferencias personales de un grupo de magistrados (que no cuentan con un mandato de representación política ni son políticamente responsables por sus decisiones), acerca del contenido que dichas reglas “deberían tener” si fueran “intrínsecamente justas” a la luz de una cierta interpretación de la Constitución. Es, en síntesis, la sustitución de un modelo constitucional de libre mercado por otro jurisprudencial de dirigismo

estatal mediante la fijación de precios máximos, sin que hubiere existido norma legal alguna que así lo hubiera ordenado.

El principio de reserva de ley pretende precisamente que no ocurra una sustitución de esta naturaleza sin que previamente se haya agotado un procedimiento legislativo, establecido por la Constitución y la ley, que tiene como propósito, aunque sea de manera imperfecta, consultar los intereses de los afectados, representados por legisladores democráticamente elegidos y asegurar de tal manera la legitimidad de la respectiva decisión. El control constitucional en Colombia pasó así de ser un límite a la actividad del legislador para convertirse en un sucedáneo de la misma en aquellos casos en los cuales los jueces constitucionales discrepan de sus resultados, pero sin que en el proceso de adoptar tal decisión hubieren participado representantes democráticamente elegidos y sin que hubiere sido necesario, ni siquiera de la manera más somera, tener en cuenta los intereses de quienes resultaron afectados por la respectiva decisión.

En *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* (1945), Karl Popper sostiene que el problema fundamental de la política consiste en responder la pregunta “¿Cómo deberíamos organizar las instituciones políticas de tal manera que pueda prevenirse que gobernantes malos o incompetentes ocasionen demasiados daños?”. Su respuesta en relación con la cuestión de cuál debería ser el método de intervención estatal en la economía revela la magnitud del problema:

Arribamos entonces a una distinción entre dos métodos enteramente diferentes por los cuales la intervención económica del Estado puede proceder. El primero es el diseño de un “marco legal” de instituciones protectoras (leyes que restrinjan los poderes del propietario de un animal o de tierras, por ejemplo). El segundo consiste en atribuir a órganos del Estado el poder para actuar -dentro de ciertos límites- tal como ellos consideren necesario para alcanzar los objetivos establecidos por los gobernantes de turno. Podemos describir el primer procedimiento como “institucional” o de “intervención indirecta”, y el segundo como “personal” o “intervención directa” (por supuesto, existen casos intermedios) (Popper, 1945) (Traducción libre del autor).

Pasa Popper a señalar que “no cabe duda alguna, desde el punto de vista del control democrático, cuál de estos dos métodos es preferible” (Popper, 1945) (Traducción libre del autor). Esta es justamente la cuestión constitucional que plantean las decisiones judiciales de intervención económica, las cuales, más allá de sus aparentes buenas intenciones, de facto sustituyen un método institucional y reglado de creación de normas por otro personal y discrecional, generando un enorme riesgo de arbitrariedad y erosionando la legitimidad democrática de las medidas de intervención. En este sentido, lo que se percibe como un avance constitucional (saludado por muchos como un “nuevo derecho”) en realidad es un retroceso en el proceso central de la civilización, que es el de someter los poderes políticos a controles institucionales y democráticos.

Adicionalmente, esta actitud de los jueces constitucionales crea una suerte de “trampa idealista” que incrementa el déficit de legitimidad democrática de las decisiones del juez constitucional en la medida en que sus concepciones utópicas son más ambiciosas. Posner describe este fenómeno de la siguiente manera:

Entre más exigentes sean los criterios para una democracia efectiva impuestos por el teórico, menos democrático le parecerá nuestro sistema político y mayor será su disposición a aprobar intervenciones judiciales frecuentes y drásticas. Es un ejemplo de lo mejor siendo enemigo de lo bueno (Posner, 2003, p. 161) (Traducción libre del autor).

El resultado es que la profundización de este proceso, es decir, el incremento progresivo de las expectativas utópicas constitucionales, conlleva a que cada vez con mayor frecuencia decisiones fundamentales para el funcionamiento de la economía queden en manos de un reducido grupo de funcionarios no elegidos. El resultado es paradójico desde el punto de vista de lo que, al menos teóricamente, debería ser el origen democrático de estas decisiones.

Por último, no puede perderse de vista que la posibilidad de controlar decisiones judiciales desacertadas en asuntos de intervención económica está limitada a los recursos extremos de promover una reforma constitucional o provocar un cambio de jurisprudencia constitucional, dado que la Corte Constitucional ha

sostenido que sus decisiones son “pétreas”, al pasar a hacer parte de la Constitución. En ambos casos se trata de procedimientos sumamente costosos o difíciles de lograr, que introducen un enorme grado de rigidez normativa en asuntos que de suyo son dinámicos.

La flexibilidad de las medidas de intervención no solo es deseable, sino que es indispensable para que la respuesta estatal a los problemas económicos sea efectiva. Al respecto Hayek señala que

(...) vale la pena destacar que los problemas económicos únicamente y siempre resultan del cambio. Si las cosas se mantienen como antes, o al menos como espera que fueran, no habrá nuevos problemas que requieran una decisión, no hay necesidad de elaborar un nuevo plan. La creencia de que los cambios, al menos los ajustes cotidianos, se han vuelto menos importantes en tiempos modernos implica que la afirmación de los problemas económicos se ha convertido en menos importantes (Hayek, 1945) (Traducción libre del autor).

Esta es precisamente la actitud de los jueces constitucionales, quienes sistemáticamente se niegan a considerar los efectos económicos de sus decisiones, por considerarlos un asunto menor frente a la urgencia de proteger derechos fundamentales o, al menos, su interpretación de lo que los mismos significan.

Cabe observar que la importancia de mantener un régimen de intervención económica flexible fue un punto central en el diseño constitucional de los mecanismos de intervención, particularmente en relación con las actividades relacionadas con la inversión del ahorro público que, en virtud de los artículos 189-25 y 150-19 superiores, fueron sometidas a un sistema de intervención “mixta”, habilitada por ley marco y desarrollada mediante regulación gubernamental, precisamente por considerar, de acuerdo con la doctrina del *fine tuning* ante cambios económicos frecuentes e inesperados, que era iluso pensar que todas las medidas de intervención tuvieran origen legislativo.

La rigidez de las medidas de intervención judicial en la economía también sacrifica otra ventaja fundamental de mantener la regulación de la actividad económica en un nivel normativo inferior a la Constitución, como es la posibilidad

de experimentar mediante el método de la “prueba y el error” hasta encontrar la regla que mejor se acomode a las dinámicas circunstancias de los mercados. Como lo señala Popper en la obra antes citada, únicamente el método institucional de intervención en la economía “hace posible aplicar el método de la prueba y el error a nuestras acciones políticas” (Popper, 1945).

## **Déficit de suficiencia técnica o ausencia de consideración sobre los efectos de las medidas de intervención**

El segundo problema de la intervención judicial en la economía tiene que ver con la falta de aptitud del proceso judicial, particularmente en el contexto de una acción pública de constitucionalidad o de una acción de tutela, para tomar decisiones de intervención económica, lo cual, en algunos casos, ha resultado en efectos indeseados y contraproducentes en los mercados intervenidos.

Uno de los mayores desafíos de la regulación de las actividades económicas tiene que ver con los efectos indeseados o no anticipados de las medidas adoptadas. Todas las decisiones de regulación económica se establecen en un estado de incertidumbre relativa, pues es imposible anticipar todas las consecuencias de una medida de intervención, problema que, como hemos mencionado, es particularmente agudo en el caso de un regulador que no tiene acceso a información dispersa entre la miríada de agentes que intervienen en un mercado. Lo que es indiscutible es que tales consecuencias no anticipadas siempre se van a presentar y que, por ende, un enfoque de intervención económica responsable no debería prescindir de las mejores herramientas con que contamos para anticipar y prevenir, hasta donde sea posible a la luz de la información disponible, las posibles consecuencias de las medidas adoptadas y para permitir, cuando sea necesario, adaptar la regulación a las circunstancias necesariamente cambiantes de la economía.

En esta cuestión se manifiestan con mayor dramatismo los efectos del enfoque de interpretación principalista que ha privilegiado nuestra jurisprudencia cons-

tucional, presumiblemente por influencia de algunas escuelas filosóficas que conciben la actividad de los jueces como una “resolución conforme a principios”, que no puede tener fundamento en la ponderación de las consecuencias objetivas de las decisiones judiciales sino en sus méritos morales como el “mejor derecho posible”. Ha sido particularmente útil para sustentar este enfoque la obra filosófica de Ronald Dworkin, quien ha sido un ardiente defensor del activismo judicial (Brubaker, 1984).

En relación con la influencia de Dworkin sobre la fundamentación filosófica del activismo judicial, Tom Campbell señala lo siguiente:

Con este tipo de análisis Dworkin ha convencido a varias cohortes de estudiantes y por ende a generaciones de jueces presentes y futuros, que el deber jurisprudencial de los jueces consiste en hacer de la ley “la mejor que puede ser” y por la “mejor que puede ser” quiere decir la forma en que ella mejor se acomoda a las opiniones morales del juez individual. Es cierto que él aplica esto para los casos constitucionales más importantes, y es igualmente cierto que lo hace como una forma de interpretar fuentes legales preexistentes y no como una manera de crear ley de la nada. Sin embargo, en el fondo, su teoría es que la ley (y no solo el derecho constitucional) contiene principios morales fundamentales cuya aplicación involucra el ejercicio de que lo que llamare juicios morales de primer orden del juez, esto es juicios morales acerca de lo que es sustancialmente bueno o malo, justicia o injusticia moral (Campbell, 2002, p. 4) (Traducción libre del autor).

Es evidente que las decisiones judiciales, particularmente en asuntos constitucionales, no pueden adoptarse con abstracción de los principios que informan al sistema jurídico, especialmente si consideramos que derechos constitucionales tales como el de “acceso a una vivienda digna”, tienen carácter programático y necesariamente requieren de la intervención e interpretación judicial para concretarse en la realidad. El punto que resulta interesante es si, al acometer dicha labor, los jueces pueden limitarse a racionalizar la coherencia de la decisión adoptada con su lectura de los principios morales embebidos en la Constitución o si, además, necesariamente deben tomar en cuenta los efectos anticipables de la decisión, principalmente frente a la eficacia misma del derecho que pretenden proteger.

Volviendo al caso de las decisiones de la Corte Constitucional sobre el régimen de los créditos de vivienda de largo plazo, cabe destacar que ninguna de las decisiones está fundamentada en una contradicción abierta y aparente entre una norma constitucional y las normas de inferior jerarquía que fueron declaradas inexecutable o cuya exequibilidad fue condicionada a una determinada interpretación judicial de la Constitución. La Constitución no prohíbe pactar que el plazo establecido en interés del acreedor no pueda ser renunciado por el deudor ni prohíbe la capitalización de intereses como técnica financiera ni impone al Banco de la República el deber de establecer una tasa máxima para créditos hipotecarios que sea la más baja de cualquier otro crédito bancario.

Ninguna de las normas que fueron objeto de pronunciamiento en esta materia era abiertamente contraria al texto de la Constitución. Su contradicción con la Constitución fue inferida por los jueces constitucionales con base en la consideración de los efectos de dichas normas sobre el derecho al acceso a una vivienda digna. Es decir, tales decisiones parten de un principio de interpretación constitucional, de conformidad con el cual, una norma de inferior jerarquía puede devenir en inconstitucional no solo cuando su texto es contrario a una norma constitucional, sino también cuando sus efectos frustran la realización de un mandato constitucional.

Cabe entonces preguntarse: ¿Es posible juzgar la constitucionalidad de los efectos de una norma sin referirse a los mismos? La respuesta parece obvia, pues no resulta lógico que un argumento de inconstitucionalidad de una norma fundado en sus efectos pueda construirse sin hacer referencia a los mismos, lo cual supone no solo una labor probatoria particularmente exigente en cabeza del juez constitucional sino también un método de fundamentación que no puede quedarse en el análisis de la coherencia de la regla con los principios constitucionales implicados en la decisión.

Sin embargo, ninguna de las citadas decisiones se detiene en analizar y demostrar las supuestas consecuencias adversas de las normas objeto de estudio ni, lo que es aún más llamativo, en ponderar los efectos esperables de la regla con la cual cada una de ellas fue reemplazada. Para mencionar un ejemplo, en el fallo

que prohibió pactar la capitalización de intereses en los créditos de vivienda de largo plazo, no existe consideración alguna sobre los méritos de esta técnica ni sobre el hecho de que sea de aplicación prácticamente universal en otros sistemas financieros. Tampoco sobre su importancia para permitirle a deudores con ingresos relativamente bajos (es decir, a los sectores más vulnerables de la población) confiar en el futuro incremento de los mismos para acceder a la adquisición de un activo valioso que, de otra manera, solo podrían empezar a pagar cuando presumiblemente ya sería “demasiado tarde” para tener acceso a un crédito de largo plazo.

Las decisiones de la Corte Constitucional alrededor de la regulación del crédito de largo plazo para la adquisición de vivienda son interesantes porque han suscitado análisis de expertos acerca de su impacto, el cual puede ser claramente establecido luego de haber transcurrido casi 20 años desde que las respectivas sentencias fueron proferidas. En el documento “El Crédito Hipotecario en Colombia: Evaluación del Impacto Regulatorio Post-Crisis” (2011), preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF) para el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) se evalúa el impacto de las decisiones de la Corte Constitucional en la dinámica del mercado hipotecario.

En términos generales, la ANIF encontró que, si bien algunas de las decisiones de la Corte Constitucional ayudaron a corregir defectos en la regulación del crédito hipotecario e incluso a incrementar la competencia entre los proveedores de dicho servicio, el efecto consolidado fue nocivo, particularmente en términos del dinamismo del crédito de vivienda. Así, como resultado tangible de la intervención regulatoria de la Corte Constitucional, la ANIF encontró que la relación cartera hipotecaria/PIB, que había fluctuado en porcentajes entre el 6%-12% en el periodo anterior a la crisis (1991-1997) se redujo a un promedio del 2% al 3,2% en el periodo posterior a 2003 y hasta la fecha del estudio (2011). También encontró que la participación de la cartera hipotecaria en el endeudamiento total de los hogares en Colombia pasó del 12,5% al 4,3% entre 2001 y 2010 (lo cual probablemente se deriva de una restricción en la oferta ocasionada por el menor atractivo para las entidades financieras de este tipo de crédito intervenido) y que las tasas de interés de tales créditos se incrementaron

marginalmente como resultado de la mayor incertidumbre generada por la inseguridad jurídica y por la dificultad de acomodar mecanismos de fondeo de largo plazo, en especial las titularizaciones hipotecarias, a la regla según la cual el deudor no está obligado a respetar el plazo acordado en los créditos hipotecarios (Asociación Nacional de Instituciones Financieras, 2011).

En síntesis, de acuerdo con los estudios citados, los efectos de la intervención de la Corte Constitucional mediante los fallos comentados han sido adversos al acceso y profundización del crédito hipotecario en Colombia; es decir, han resultado contrarios al objetivo declarado de dichas decisiones, que era proteger el derecho constitucional a una vivienda digna, especialmente para los sectores más vulnerables de la población.

Esta paradoja es presumiblemente el resultado de adoptar políticas regulatorias mediante un proceso judicial que no está institucionalmente diseñado para considerar ni los intereses de los sujetos afectados con la regulación ni los efectos esperables de la misma. Mientras una de las iniciativas más importantes de mejora regulatoria de nuestro tiempo es la denominada “regulación basada en la evidencia” (Parkhust, 2016), el amplio espacio de discrecionalidad regulatoria generado por las decisiones de la Corte Constitucional crea la oportunidad para que se adopten decisiones fundadas en prejuicios morales de los jueces, sin ningún tipo de consideración empírica sobre la efectividad de las reglas introducidas para corregir o subsanar la actividad legislativa.

Esta realidad ha sido reconocida incluso por algunos magistrados de la Corte Constitucional, como queda claro en el siguiente salvamento de voto a la sentencia C-747 de 1999, que prohibió el uso del sistema de capitalización de intereses en los créditos de vivienda:

Pareciera que el tema de la capitalización de intereses en los créditos de vivienda se hubiese convertido en tabú para la Corte, que sólo atina a rechazarla en el plano del prejuicio y en el nivel de lo irracional o emocional, sin intentar siquiera describir el problema constitucional que potencialmente podría suscitar, salvo que por ello se tengan las vagas y no probadas afirmaciones que se contienen en la sentencia (Corte Constitucional, Sala Plena, C-747, 1999).

En conclusión, nos encontramos con que, al igual que con cualquier otra política regulatoria, los méritos de las decisiones judiciales de intervención en la economía deben ser juzgados por sus efectos y no simplemente por las intenciones declaradas en el respectivo fallo.

## Consideraciones sobre el futuro de la intervención judicial en la economía

Aunque algunas decisiones recientes de la Corte Constitucional arrojan una luz de esperanza sobre una corrección de la tendencia a una intervención judicial exagerada en asuntos económicos (Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión, T-733, 2017), es poco probable que la misma se revierta hasta el punto de que, en materia de intervención estatal en la economía se observe, en toda su amplitud, el principio de reserva de ley establecido en la Constitución. Esto quiere decir que en el futuro será necesario convivir con algún grado de intervención judicial en la economía, por lo cual deberían considerarse propuestas que modularan los escenarios en los cuales la misma puede tener lugar y buscaran mejorar su impacto en los mercados.

Las propuestas que aquí se plantean parten del respeto al principio de autonomía de la rama judicial, por lo cual están concebidas desde una perspectiva del buen gobierno judicial, antes que en función de una intervención normativa respecto de la actividad de los jueces constitucionales.

Las propuestas a cuya discusión aquí se invita, son las siguientes:

- Acoger un principio de auto restricción judicial en asuntos de intervención económica. La Constitución debería volver a ser concebida como *ultima ratio decidendi*, al menos en relación con asuntos que conciernen a la regulación de los mercados. Los jueces constitucionales deberían reconocer que, en principio, corresponde a normas de rango inferior, adoptadas por el legislador o por el gobierno, adoptar políticas regulatorias para la intervención en la economía.

Únicamente en aquellos casos en los cuales no sea posible decidir un asunto sin resolver una cuestión constitucional, debiera contemplarse un escenario en el cual pueda ser necesario adoptar una medida judicial de intervención para garantizar la prevalencia de la Constitución. De esta manera, se preservaría la legitimidad democrática de las medidas de intervención y la flexibilidad necesaria para modificarlas cuando sus resultados no sean los anticipados o resulten siendo contraproducentes.

- Integrar el análisis costo-beneficio y otras herramientas de evaluación empírica respecto de las medidas de intervención judicial. La idea no es abandonar el método de decisión principialista, propio de nuestra jurisprudencia constitucional, pues tal expectativa no sería razonable y sería además ajena a la forma en que la actividad de interpretación judicial es concebida en la mayor parte de las jurisdicciones. Sin embargo, es posible complementar dicho enfoque con la consideración expresa de la eficacia de las medidas propuestas para reemplazar o subvenir la actividad del legislador, de modo que los efectos anticipables de las medidas propuestas y, en particular, su posible impacto sobre las normas o derechos constitucionales en discusión, sean ponderados como parte de la motivación de la respectiva decisión.

Es posible que un procedimiento constitucional que garantice de mejor manera la integración expresa de análisis consecuencialistas para la fundamentación de las decisiones en los casos de acciones públicas de inconstitucionalidad pudiera requerir modificar reglas legales para establecer las instancias procesales correspondientes y, además, ampliar y modificar los equipos que ayudan a los magistrados a sustanciar sus decisiones, los cuales no podrían estar integrados exclusivamente por abogados, como sucede hasta ahora.

Sin embargo, dentro de la autonomía con la que el juez constitucional puede dirigir su proceso de decisión, cabe la oportunidad de enriquecer los fundamentos de la misma, invitando a la presentación de opiniones de expertos o *amicus curiae* preparados desde perspectivas adicionales a la estrictamente jurídica e incluyendo la consideración de los mismos como una etapa indispensable dentro del proceso de decisión.

- Incorporar expresamente una regla de revisión para las medidas de intervención económica. Esta iniciativa puede resultar, al menos en apariencia, más problemática, si se considera que puede reñir con el principio de la cosa juzgada constitucional. Sin embargo, si la Corte Constitucional asume el papel de regulador para establecer directamente medidas de intervención en la economía, debiera, en un acto de humildad y coherencia política, reconocer las limitaciones que todo regulador padece frente a la necesidad de actuar con información incompleta en el contexto de la dinámica propia de los mercados, para establecer formalmente que tales decisiones pueden ser revisadas periódicamente, bien sea de oficio o por solicitud de alguno de los interesados.

La propia Corte Constitucional ha interpretado con gran laxitud el alcance de sus atribuciones para modular los efectos de sus sentencias, al punto de sostener que ella puede, en atención a los intereses constitucionales en juego, definir si la respectiva decisión debe tener efectos retroactivos o exclusivamente profuturo<sup>4</sup>, para solo mencionar uno de los ejemplos más dramáticos.

Dentro de este amplísimo margen de modulación por la Corte Constitucional de los efectos de sus propias decisiones, no sería inusitado reconocer que ciertas decisiones de intervención económica, en particular aquellas que se producen para subsanar la ausencia de actividad legislativa, puedan, por decisión de la propia Corte Constitucional, ser revisadas en algún momento, sin necesidad de que dicha revisión resulte de un cambio provocado en la jurisprudencia constitucional o de una reforma a la Constitución.

Igualmente, en los casos en los que se arguye la ausencia de actividad legislativa para adoptar una decisión de intervención económica, se debería establecer la posibilidad de que el legislador, en cualquier momento futuro,

---

4. Ver, por ejemplo, la Sentencia C-619/03 de la Corte Constitucional, en la cual se afirma: (...) el juez constitucional cuenta con varias alternativas al momento de adoptar una determinación, ya que su deber es pronunciarse de la forma que mejor permita asegurar la integridad del texto constitucional, para lo cual puede modular los efectos de sus sentencias ya sea desde el punto de vista del contenido de la decisión, ya sea desde el punto de vista de sus efectos temporales (Corte Constitucional, Sala Plena, C-619, 2003).

intervenga en el asunto sin quedar necesariamente atado al precedente establecido por la Corte Constitucional, de manera que se reconozca tanto la legitimidad de la intervención legislativa, como la necesaria flexibilidad para acomodar las medidas originalmente adoptadas a las circunstancias cambiantes de la economía.

## Referencias

- Asociación Nacional de Instituciones Financieras. (2011). *El Crédito Hipotecario en Colombia: Evaluación del Impacto Regulatorio Post-Crisis*. Bogotá: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Brubaker, S. C. (1984). Reconsidering Dworkin's Case for Judicial Activism. *The Journal of Politics*, 46 (2), 503-219.
- Campbell, T. (2002). *Judicial Activism - Justice or Treason?* Melbourne: Centre for Applied Philosophy and Public Ethics.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de mayo de 1998) Sentencia C-252 [MP Carmenza Isaza de Gomez] Expediente D-1870.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de octubre de 1999) Sentencia C-747 [MP Alfredo Beltrán Sierra] Expediente D-2421.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de julio de 2000) Sentencia C-955 [MP José Gregorio Hernández Galindo] Expediente D-2823 y D-2828.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de julio de 2003) Sentencia C-619 [MP Clara Inés Vargas Hernández] Expediente RE-131
- Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión (15 de diciembre de 2017) Sentencia T-733 [MP Alberto Rojas Ríos] Expedientes T-4.126.294 y T-4.298.584.
- García Lozano, L. F., & Fajardo Sánchez, L. A. (2011). *Utopía y jurisprudencia constitucional. Un enfoque progresista de la Corte Constitucional colombiana (1991-2000)*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Hayek, F. A. (1945). The Use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, 25 (4), 519-530.
- Parkhurst, J. (2016). *The Politics of Evidence*. Londres: George Routledge & Sons LTD.

Popper, K. (1945). The Principle of Leadership. In K. Popper, *The Open Society and its Enemies* (pp. 106-120). Londres: George Routledge & Sons Ttd.

Posner, R. A. (2003). *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press.

## 5. El sistema de función pública y la eficiencia del Estado en Colombia

Germán Puentes González,  
Experto en Función y Hacienda Pública

*En este artículo se presenta una visión muy sucinta de, al menos, cinco elementos que se hallan presentes en el gobierno de las organizaciones, centrando la atención en el factor humano. El texto tiene dos partes cuya línea divisoria es casi imperceptible. La primera es de carácter general donde se resaltan las características de los modelos burocráticos, abiertos y cerrados, más sobresalientes acerca de la gestión de los Recursos Humanos al servicio del Estado. La segunda parte se refiere al complejo caso colombiano donde se hacen algunas consideraciones sobre las carreras administrativas en el marco de la función pública. Se destacan los valores que presiden el ejercicio de las funciones públicas, se identifican y analizan algunos factores que inciden en el desempeño de la función administrativa con sus consecuencias en el bienestar general de la población.*

### Introducción

**E**l gobierno de las organizaciones requiere para su funcionamiento al menos de los siguientes elementos: “unas instituciones, una organización, unos programas o políticas públicas, unos recursos financieros y unas personas que le imprimen el dinamismo a las entidades y organizaciones” (Rose, 1998, p. 68). Veamos cómo están sincronizados los anteriores elementos en el ámbito de la administración pública.

- Las instituciones están contenidas, fundamentalmente, por la Constitución y las leyes. El Estado y la administración pública, como macro organizaciones que son, nacen y funcionan por autorización expresa de la Constitución o la Ley respectiva.

- El gobierno está conformado por un conjunto de organizaciones que corresponden a la Rama Ejecutiva (Rodríguez, 2015, p. 75), con todos sus organismos y entidades, descentralizadas territorialmente y por servicios. Vale precisar que, en las otras ramas del Poder Público, sin ser gobierno, también existe la dimensión administrativa, es decir la parte administrativa del Congreso, de la Rama Judicial o de los órganos de control.
- Las políticas públicas, desarrolladas por una o varias entidades, constituyen la razón de ser del Estado y la Administración Pública. Las políticas públicas pueden significar varias cosas: como un problema que preocupa al gobierno y afecta a la sociedad como por ejemplo la inflación. O la intención de hacer algo frente a una situación declarada problemática, como el porcentaje de analfabetismo o la desnutrición infantil.
- Los recursos financieros representan los medios necesarios e indispensables para el sostenimiento del Estado y para la ejecución de las políticas públicas. Estos provienen de los impuestos, tasas, multas, contribuciones y utilidades obtenidas de las inversiones y empresas del Estado y de la deuda pública.
- Las personas conforman el elemento imprescindible en la vida de las organizaciones. Entonces, los funcionarios y empleados con su imaginación, entusiasmo, creatividad y liderazgo imprimen la energía al andamiaje organizacional para que, dentro de un marco jurídico y con unos recursos, desarrollen e implementen las políticas públicas. El Estado, que es también un empleador, dedica especial atención a la manera como debe gestionarse el sistema de la función pública, con el fin de obtener los mejores resultados a cambio de destinar significativos volúmenes de presupuesto público para su retribución.

### ***Preguntas que orientan el trabajo y metodología***

La atención del presente trabajo está centrada en el quinto elemento de los ya mencionados: los Recursos Humanos al servicio del Estado y de la administración pública. Este colectivo es lo que técnicamente se conoce como función

pública, que de acuerdo con Parada (1995, p. 371) es “el conjunto de personas que tienen asignadas unas funciones públicas para la prestación de un servicio público y el marco jurídico que las encuadra”. Ahora bien, las reflexiones que se hacen al respecto están orientadas por las siguientes preguntas: 1. ¿La configuración y funcionamiento de la función pública garantiza un desempeño eficaz de la Administración?; 2. ¿El sistema de carrera administrativa abarca la mayoría de los empleos públicos y está soportado en la idoneidad y vocación de servicio público?; 3. ¿El sistema de carrera administrativa potencia la competitividad del Estado en los distintos niveles de la Administración?

La metodología usada es de carácter descriptivo, trayendo a colación los grandes paradigmas de la función pública y resaltando sus características para compararlos con el “modelo” colombiano, en el ánimo de obtener algunas conclusiones y sugerencias que pueden resultar interesantes para ahondar en el estudio del tema.

## **Distintas maneras de entender la Función Pública y los criterios que la soportan**

La literatura existente sobre este tema es amplia, compleja y, a veces, contradictoria entre la teoría y la praxis. Las tendencias para la selección, vinculación y desvinculación de las personas que trabajan para la Administración Pública se pueden agrupar en dos grandes concepciones., entre ellas se puede encontrar una amplia gama de matices, entre los cuales se puede ubicar a Colombia.

En un extremo se puede ubicar a Estados Unidos (EE.UU.) y los países que siguen su modelo, también conocido como *Spoil System*. La pregunta es, ¿quién selecciona al servidor público, con qué criterios de idoneidad y cuál es la estabilidad de ese personal en el ejercicio de las funciones públicas? Durante un buen tramo de la historia de (EE.UU.), se practicó la siguiente directriz impulsada por el presidente Jackson: “los trabajos confiados a los agentes del Estado son tan fáciles que todo hombre inteligente puede adaptarse a ellos sin demora” (Parada 1985, p. 385-387). Esta afirmación implicaba que el sistema educati-

vo convencional forma e ilustra a las personas a ser reclutadas para colaborar en el servicio público. Adicionalmente, afirma Parada que, en (EE.UU.) había prevención contra la estabilidad en los cargos públicos por creer que existía el riesgo de que los funcionarios permanentes pudieran originar una suerte de propiedad antidemocrática de la función pública. Este panorama permitía, y así se aceptaba, que los cargos públicos fueran parte del botín que se ganaba en la contienda política electoral, donde el ganador se hacía con los empleos, el presupuesto público y la potestad para gastarlo según su visión. Este estado de cosas generó una rotación alucinante de los funcionarios y crisis en el Estado. El asunto estaba tan arraigado en el alma de los estadounidenses que, cuando el General Grant, una vez finalizada la guerra de secesión, intentó la selección del personal con la aplicación de exámenes, no tuvo éxito. Esta situación cambió después del asesinato del presidente Garfield (1881) por un aspirante rechazado para un cargo subalterno. El Senado se ocupó del tema y en 1883 expidió la *Pendleton Act* que crea la *Civil Service Commission*, responsable de apreciar la aptitud de los candidatos a ocupar empleos públicos. Esta institución fue modificada durante el gobierno de Carter (1977-1981), con la aprobación en 1978 de la *Civil Service Reform Act*, que crea unos órganos encargados, entre otros temas, de defender los derechos de los funcionarios frente a la anterior arbitrariedad en cuanto el retiro discrecional por motivos políticos.

Este modelo de función pública es típico de un sistema abierto que se basa en el registro o listados de los empleos a proveer, sin ninguna jerarquización, baja preparación para el ingreso al servicio público, precaria estabilidad en el cargo y un sector privado con empresas eficientes que posibiliten el intercambio de personal con la administración pública, como si no hubiera diferencia entre lo público y lo privado. Este intercambio es lo que se llama la puerta giratoria, fuertemente utilizada en EE.UU.

La antípoda del modelo americano es el modelo francés. Este modelo de función pública es un sistema cerrado y parte del supuesto que el servicio a la administración pública exige una preparación complementaria, específica y diversa de la recibida en el sistema educativo convencional. También, que se requiere un conocimiento a profundidad sobre la naturaleza del Estado y su adminis-

tración, con una sensibilidad especial para atender el servicio público. De igual forma se trabaja para los intereses colectivos, independientemente del color del partido político que ostente el poder; en algunos casos se les restringe la actividad proselitista a los empleados de alto nivel (Puentes, 2004, p. 103).

En síntesis, se ingresa para un servicio y no para un cargo previo examen o concurso. Los cargos están jerarquizados y normalmente se ingresa por la base; se requiere formación previa y a profundidad sobre el servicio público impartida por escuelas o centros especializados de formación como la Escuela Nacional de Administración (ENA) en Francia y el Instituto de Administración Pública (INAP) en España. O también por el mismo servicio, como sucede en Colombia con las Fuerzas Militares y la escuela José María Córdoba o en la Policía Nacional con la escuela General Santander, u otras como en el sector de los impuestos y los custodios del sistema carcelario. Durante el ejercicio de las funciones en los cargos existe permanente capacitación. Hay estabilidad en el servicio y por lo mismo posibilidad de ascender en función de la antigüedad y la aprobación de los cursos para ascender. El grado que se ostenta es de la persona y le pertenece al funcionario hasta inclusive después del retiro del servicio (Puentes, 2004, p. 103).

Según Parada (1995, p. 375) los elementos fundamentales de este modelo son el estatuto, el cuerpo y la carrera. El estatuto impone a los funcionarios mayores deberes y responsabilidades que en el sector privado, la ética es distinta y restringe más la voluntad del funcionario dado que está manejando recursos públicos cuya naturaleza y uso son distintos al sector privado. El cuerpo es el conjunto de empleos debidamente jerarquizados que tiene como misión la prestación de un servicio en específico. A título de ejemplo se puede mencionar el servicio militar, policial, diplomático y consular, el magisterio o la justicia. La carrera como tercer elemento, consiste en que el ingreso al servicio no se hace para un cargo o puesto en particular sino para un servicio como los arriba mencionados, lo que posibilita que haya un recorrido de abajo hacia arriba, escalando mayores niveles de responsabilidad, importancia y remuneración, en función de la antigüedad en el cargo anterior y la aprobación de los cursos de ascenso. Para ello se requiere estabilidad relativa guiada por la vocación de servicio público y la profesionalización del empleo.

Por supuesto, estos modelos no existen en estado puro, ni en EE.UU. ni en Francia, sino que existe más bien una mixtura donde conviven modelos de función pública abiertos y cerrados. En Colombia tenemos una combinación entre los modelos anteriores. Por ejemplo, hay servicios públicos cuya naturaleza se acomoda más a un sistema cerrado como la fuerza pública, la educación, la diplomática y consular; y hay también sectores que se acomodan más al sistema abierto, como la carrera administrativa general, los sistemas especiales y carreras como las de los organismos de control y los centros de investigación.

## **En ese contexto: ¿Cómo puede caracterizarse la Función Pública colombiana?**

Antes de 1991, hubo varios intentos de carácter legal para afincar el sistema de mérito para ingresar a la función pública, pero con la expedición de la Constitución Política de ese año, se nota la gran importancia que la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) le otorga al tema, al dedicarle el capítulo II dentro del Título V de la Constitución.

Allí se establecen los principios que rigen el empleo en lo referente a la creación y a las funciones, las previsiones para su retribución, las condiciones y protocolos que se deben cumplir al momento de iniciar el desempeño de los empleos públicos, las restricciones para acceder al desempeño de los mismos, las sanciones que se pueden derivar por el ejercicio ilegítimo o ilegal de las funciones que comprometan al Estado y la administración pública. Se defiere a la Ley la tarea de establecer la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

Seguramente inspirados por el pensamiento alemán se introduce, por primera vez con mucha fuerza en la Constitución, la noción de servidor público<sup>1</sup>. Se precisa

---

1. Los alemanes, de acuerdo con Von Stein (2016, p. 117), consideran que los gobernantes son propiamente los servidores de los gobernados, haciendo una paráfrasis de la frase de Federico II como primer servidor del Estado.

que las personas que trabajan para el Estado son servidores públicos como gran género. En Colombia este género está dividido en tres especies así: miembros de las corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Las reflexiones que se hacen en el presente trabajo se refieren, exclusivamente, al colectivo de los empleados públicos quienes de manera colectiva prestan los servicios inherentes a la naturaleza del Estado dentro del marco de Estado Social de Derecho.

La Asamblea Nacional Constituyente decidió (Constitución Política de 1991, artículo 25) que: “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”. Pero, introdujo algunas excepciones para el caso de empleos de elección popular y algunos de libre nombramiento y remoción determinados por la Ley. Se prohíbe que la variable política sea tenida en cuenta para el ingreso, ascenso o remoción en los cargos de la función pública. Se le otorga al Congreso la competencia para establecer los requisitos y procedimientos conducentes a la verificación del mérito e idoneidad de los candidatos para ocupar cargos públicos. El retiro del servicio se hará por rendimiento deficiente previa evaluación del desempeño y por las demás que establezca la Ley. Igualmente, se estableció (Constitución Política de 1991, artículo 30) que habrá una Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) responsable de administrar y vigilar las carreras administrativas excepto las que tengan carácter especial, las cuales tienen sus propios órganos de administración y vigilancia. Por ejemplo, se mencionan la Fuerza Pública, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la Nación, la Rama Judicial.

Entonces, ¿cuál es la configuración de la función pública y de la carrera administrativa en Colombia? La función pública está conformada por la totalidad de empleos públicos de los distintos niveles de la Administración pública, y está segmentada en cinco niveles: directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial. Al interior de la función pública se encuentran las carreras administrativas.

En primera instancia, está la carrera administrativa general (Ley 909, 2004), o sea la que se aplica en la mayoría de entidades nacionales y territoriales, con

pequeñas variantes. También están los sistemas específicos de administración de personal, como la DIAN, el INPEC, las superintendencias, la Presidencia de la República. Existen igualmente carreras que constituyen verdaderas carreras administrativas (sistemas verdaderamente cerrados de carrera administrativa), por ejemplo, las FF.MM., la diplomática y consular y la docente. Las demás, llamadas carreras administrativas especiales, se aplican en la Contraloría, la Procuraduría, la Organización Electoral y en la Rama Judicial. Estas son sistemas abiertos, es decir, son un listado de empleos clasificados en los niveles ya mencionados, a los cuales se ingresa para un cargo en particular, no hay preparación especial y previa para el ingreso, no hay derecho de ascender el grado que ostenta el cargo se pierde cuando se cesa en las funciones.

¿En qué consiste la carrera en estos sistemas abiertos? Sencillamente no hay carrera. La función pública, bajo los sistemas abiertos, se caracteriza porque para el ingreso sólo se requiere superar las pruebas y cumplir los requisitos, verificados en un concurso público. No siempre se sigue este procedimiento porque existe la posibilidad, autorizada por la ley, de proveer las vacantes en cargos de carrera de manera provisional hasta tanto se realicen los concursos por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Permanentemente existe un número importante de empleados públicos en esta situación de provisionabilidad más allá del tiempo establecido por la ley. Los seleccionados por concurso deben superar un periodo de prueba para ser inscritos en el escalafón. A partir de este hecho se crean para el empleado unos derechos de estabilidad siempre que, hacia futuro, supere unas evaluaciones periódicas. Esta estabilidad relativa es lo opuesto al *Spoil System* ya explicado, con las obvias consecuencias de alejar la presión de los políticos en las nóminas públicas. En función de la estabilidad se puede permanecer 10, 15, 20 o más años en el mismo cargo.

Igualmente, en Colombia, las plantillas de empleos de cada entidad cohabitan con un número de empleos temporales (Ley 909, 2004, artículo 21) que, para el caso de la asesoría y consultoría institucional, su duración puede ser hasta de un año. También existe en cada entidad pública un número de contratistas, igual o superior al de los empleados, ejerciendo funciones públicas, en abierta contradicción del estatuto (Decreto Ley 2400 de 1968) que prohíbe la contrata-

ción de la función pública. Allí se establece que, si la actividad a desarrollar por la entidad pública es permanente, se deben crear los empleos para tal efecto.

Un elemento adicional en este estado de cosas es la actitud asumida por el Congreso de la República frente al desarrollo del artículo 125 de la Constitución, que establece que los empleos públicos son de carrera, con algunas excepciones. El Congreso, cada vez que legisla, pretende que las excepciones sean el común denominador y no la particularidad dejando por fuera del colectivo de carrera a buena parte de los empleos de los niveles asesor y directivo y un buen número de empleos de cualquier nivel. Lo anterior, por el hecho de formar parte de las plantillas de los despachos de ministros, directores, superintendentes, alcaldes y gobernadores, argumentando razones de confianza y de manejo de dineros públicos (Ley 909 de 2004, art.5).

En la actitud descrita anteriormente hay una clara pretensión de cambiar la estructura burocrática de corte Weberiano por el nuevo esquema llamado, de acuerdo con Guerrero (2004, p. 55), “Nueva Gerencia Pública”, en boga en los años ochenta y considerado ágil, moderno y eficiente. Para tales propósitos, se desarrolla en 2 fases.

La primera es la exprivatización, que es la huida del Estado dejando el espacio para la producción de bienes y servicios públicos en manos del sector empresarial. La segunda fase es la endoprivatización, que consiste en la incorporación por parte de las entidades del Estado de prácticas propias del mercado, es decir mercancía, precio y utilidad.

De esta manera, el Estado se adelgaza, se aliviana y se descarga de unas responsabilidades que ahora serán asumidas por el mercado. El proceso de privatización, explica en buena parte el manejo que se viene dando a la burocracia en el sentido de laborizar la función pública, es decir, incorporar a la relación legal y reglamentaria propia de la función pública elementos traídos del derecho laboral, con todas sus implicaciones.

De acuerdo con Standing (2011, p. 17), la precarización del empleo consiste en la creación de empleos sin un anclaje estable. En el sector público colombiano, esta precarización ha estado mediada por las tensiones entre las ramas del Poder Público al desarrollar el tema de las carreras administrativas. De acuerdo con Puentes (2017, pp. 79-123) las tensiones se han presentado entre el Ejecutivo y el Legislativo de una parte y, por la otra con la Corte Constitucional. El núcleo de las tensiones se encuentra en los intentos por parte del Congreso de acotar el alcance del texto de la Constitución en cuanto al mérito, los antecedentes y la formación de los candidatos para ingresar al servicio público.

Para ello, se aprobaron varias leyes (Ley 27 de 1992; Ley 443 de 1998; Ley 909 de 2004; Ley 1033 de 2006). Dichas leyes fueron declaradas parcialmente inexequibles por la Corte Constitucional. Luego en dos ocasiones, se expedieron dos Actos Legislativos (Acto Legislativo 01 de 2008 y Acto Legislativo 04 de 2011) que también la misma Corte Constitucional declaró inexequibles (Sentencias C-588 de 2009 y C- 249 de 2012) por considerar que tales Actos pretendían sustituir parcialmente y por un tiempo determinado el texto de la Constitución.

Colombia, como todos los países, cuenta con un modelo de función pública hecho a su medida. En nuestro caso, es la combinación de cuerpos cerrados, carreras administrativas generales y especiales, que son cuerpos funcionariales abiertos donde no hay carrera. Para estas últimas solo hay estabilidad para los empleados que ocupan cargos de los niveles asistencial, técnico, profesional y excepcionalmente algunos asesores, dejando por fuera los niveles de alta responsabilidad en la ejecución de las políticas públicas, en la fijación de prioridades y en el diseño de estrategias. Además, existe una alta dosis de *Spoil System* en los niveles de dirección y asesoría que son de libre nombramiento del gobernante de turno, junto con los provisionales, temporales y contratistas que desempeñan funciones públicas. Sobre éstos últimos, el panorama hallado por Pérez (2011, anexo 3, 4, 5) al comparar los años 2005 y 2010 fue el siguiente: los ministerios pasaron de 1374 contratos de prestación de servicios a 2469; los departamentos administrativos pasaron de 1496 a 3516 y las superintendencias pasaron de 522 a 1357 respectivamente. Por el lado de los recursos destinados, el monto pasó de 423 mil millones de pesos para el 2005 a 1,2 billones en el 2010 (Pérez, 2011, p. 21).

Con un mosaico así, cabe preguntarse: ¿Qué factores deben removerse para que la administración pública sea competente, construya memoria institucional y desarrolle políticas públicas que trasciendan programas de gobierno?

Para terminar este apartado, es interesante ver lo que sucede en América Latina a propósito de la Alta Dirección Pública. De acuerdo con Mariana Chudnovsky (2017, p. 16) “los países continúan mostrando cierta debilidad en su capacidad de implementar políticas porque las burocracias fueron y son muy vulnerables al control político y corporativo”. También se muestra diversidad tanto en el nivel de neutralidad política y de profesionalidad como en el grado de implementación de las políticas de profesionalización del empleo público. Es claro que el proceso de fortalecimiento de los servicios civiles es contexto dependiente de las estructuras y dinámicas político-institucionales preponderantes y de las oportunidades que se desprenden de las coyunturas en la dirección de mejorar las burocracias públicas desde lo técnico y desde lo ético.

### ***Valores que orientan la función pública en Colombia***

La Administración Pública es un conjunto de organizaciones desde donde se ponen en marcha las decisiones políticas, sin que necesariamente tenga que confundirse con la política. Es decir, y de acuerdo con Shafritz (1999, p. 85) “la política, es la actividad del Estado en cosas grandes y diversas mientras que la administración es la actividad del Estado en cosas individuales y pequeñas” (...) “La política no hace nada sin la administración, pero no por ello la administración es política”. Por su parte, Woodrow Wilson, considerado uno de los fundadores de la Administración en EE.UU., citado por Shafritz (1999, p. 74), afirmó “que la administración es la parte obvia del gobierno; es el gobierno en acción”.

Pero las organizaciones públicas tienen su propia sociología, cada vez más compleja, más diversa por cuestiones de género, raza, procedencia, edad, credos político y religioso y son escenarios donde confluyen muchos intereses. Son centros de ejecución de planes, programas y proyectos para cuyo efecto se utilizan recursos y se ejecutan políticas públicas con determinadas estrategias y prioridades. Y también se reciben presiones de varios frentes políticos, gremiales,

regionales y de la sociedad civil en general. En medio de este caos, es preciso resaltar el rol de la cultura organizacional, que sirve para orientar la conducta que deben asumir los servidores públicos.

En síntesis, la cultura organizacional del Estado y de sus entidades públicas -la administración- está compuesta por la misión, por los valores y principios que regulan al Estado en general. Veamos: la misión del Estado Social de Derecho es la de servir a la comunidad, promover la prosperidad general, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y un orden justo. Los valores fundantes del Estado Colombiano son la solidaridad, el respeto a la vida, a la dignidad humana, la libertad. Para el cumplimiento de esta misión existe la función administrativa, que está al servicio de los intereses generales y se basa en los principios de igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (Constitución Política, art. 209).

De acuerdo con Marín y Ruiz (2003, p. 271), la cultura incluye un sistema compartido de respuestas y un diseño social de la conducta individual. Y para saber si un rasgo de la vida de un grupo es cultural lo debemos confrontar con estas tres características: a) se comparte socialmente; b) se transmite entre generaciones y c) requiere aprendizaje. Es decir, no hay innatismo cultural, sino que hay un proceso de socialización y aprendizaje. La cultura organizacional constituye su ADN, y en su construcción el factor humano es determinante. Por ello los procesos de selección, inducción y permanente capacitación deben ser intensos, rigurosos y frecuentes.

## **Factores que inciden en la calidad de la administración pública**

Una organización que logre conseguir, en simultáneo, los objetivos previamente establecidos y lograr óptimos resultados con los recursos disponibles es efectiva en el cumplimiento de su razón de ser. Sería poco riguroso afirmar que toda

la administración es ineficiente, dado que el sujeto no es monolítico, sino que está conformada por cientos de organizaciones, cada una con su propia cultura organizacional. Lo que puede predicarse con algún grado de validez es que hay entidades que cumplen diferenciadamente con el grado de eficacia óptimo el propósito para el cual fueron creadas. Por ello, los usuarios quedan, desde muy satisfechos, hasta completamente insatisfechos.

Así las cosas, habrá entidades excelentes, aceptables y deficientes en su desempeño. Lo que sí parece percibirse, como se muestra a continuación, es que la mayoría de tales entidades goza de baja reputación y estima por parte de la población, especialmente en materia de transparencia, rendición de cuentas, responsabilidad de los funcionarios en el ejercicio del poder, manejo de los recursos y atención a los ciudadanos-usuarios. En el informe de Transparencia por Colombia (2015-2016) “se advierte que se presentan avances en la disminución de riesgo en materia de corrupción, en mejores sistemas y procesos de control y sanción, mejor visibilidad de la gestión”. Pero esto ha sido lento y se requieren de grandes esfuerzos para fortalecer la institucionalidad y protegerla de la acción de los corruptos.

### ***Déficit de responsabilidad de los funcionarios y débiles sistemas de control***

De acuerdo con Peters (1999, p. 445), tradicionalmente se presentan dos visiones sobre el tema: La primera supone que la responsabilidad es un sentimiento interior de obligación personal de los servidores públicos, en cuyo caso se parte del supuesto de que existen unos valores y una ética profesional que los guían en el desempeño de sus funciones. La segunda visión considera que lo anterior no es suficiente y que se requiere de fuerzas externas a la mera voluntad del funcionario para obligarlo a que asuma un compromiso responsable. Es decir, que debe existir un medio para sancionar la conducta que no esté de acuerdo con las normas y la voluntad del legislador.

La ética social cobija lo público y lo privado. La diferencia está en que los asuntos que tramita la administración y los recursos que se utilizan son públicos, son de la comunidad, y esta condición hace que la ética estipulada y practicada en el sector público sea aún más restrictiva de la voluntad del gobernante y demás funcionarios. Igualmente, los controles son diversos, unos de naturaleza legal y otros de carácter ciudadano.

En Colombia, cohabitan dos formas de actuar que conducen a que la administración incumpla de alguna manera sus propósitos. O bien existe un excesivo apego a las normas que vuelven inoperante la función administrativa, o se obra con exceso de discrecionalidad. En ambos casos aparecen, con frecuencia, actuaciones de la administración consideradas como negligentes, desatentas, demoradas, incompetentes, ineptas, perversas, torpes, arbitrarias y con tráfico de influencias.

Por otra parte, de acuerdo con Duncan (2018, pp. 22-26), existe debilidad de la sociedad para ejercer control sobre el comportamiento de la clase política, lo cual puede generar una situación de corrupción generalizada. Y hay sectores de la población que viven de actividades que, más allá de la informalidad, están en la ilegalidad, pero a la vez son ampliamente toleradas por la sociedad. En esta situación de caos moral y ético, son los medios de comunicación los más asiduos controladores del manejo del Poder Público, de la conducta de los gobernantes, del funcionariado y del uso incorrecto de los recursos públicos. De resultados de estas averiguaciones son pocos los casos con sanciones ejemplarizantes, con lo cual se estimulan indirectamente los actos de corrupción.

### ***Ausencia o precaria formación y capacitación previa de los servidores públicos***

Como ya se vio en el acápite de la configuración de la función pública, a parte de los requisitos generales consignados en la Ley de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993) y en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley 1712 de 2014), en Colombia no se requiere de formación especial previa para ingresar a los empleos públicos, excepto para

los sistemas cerrados. Se entiende que el sistema educativo convencional forma las personas que demanda la administración pública para desempeñarse adecuadamente. La realidad no es así. Trabajar para el Estado no es lo mismo que trabajar para el sector privado, guiado por el interés de la rentabilidad, la oportunidad de ahorro, la competencia y el ánimo de lucro. Para obviar este déficit de formación previa, en la *praxis* se imparten cursillos de bienvenida al servicio, en ocasiones de inducción al puesto de trabajo, muy pasajeros, que tienen la pretensión de orientación más que de formación e ilustración en el conocimiento sobre la naturaleza de lo público, su dinámica, sus valores, principios y la ética pública. Por ejemplo, el Departamento Administrativo de la Función Pública ofrece un curso de inducción general de tan solo 4 semanas dirigido a los gerentes públicos de la administración (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018).

Justamente la ausencia de comportamientos éticos ha dado lugar a la expedición de varios códigos de conducta, cada vez más ampulosos, con pretensiones de ser más exigentes. El resultado esperado ha sido muy esquivo y, por el contrario, los escándalos son cada vez más frecuentes y de mayor envergadura para la afectación de los intereses generales. Este resultado puede inducir una interpretación: la lucha contra la corrupción y la ineficiencia en el servicio público requiere más que leyes reguladoras de la conducta de los servidores públicos. Igualmente requiere un profundo cambio de actitud por parte de los funcionarios, con un liderazgo colectivo encabezado por quienes ostentan posiciones de dirección y orientación de las entidades públicas.

### ***La hiperinflación normativa con claros espacios que facilitan la corrupción administrativa***

La existencia de la hiperinflación normativa facilita diversidad de interpretaciones por parte de quienes no están facultados para interpretar, sino para ejecutar los mandatos, es decir, los funcionarios y empleados públicos, lo cual tiene consecuencias directas e inmediatas en el desempeño de las funciones públicas y repercute en las relaciones entre los individuos y entre estos y los agentes del Estado. Pero ¿en qué consiste la hiperinflación normativa? Es la redundancia

innecesaria de mandatos, desde los constitucionales hasta las circulares internas de cada entidad, repitiendo, aclarando, modificando. Desde criterios hasta el más mínimo procedimiento, sin que unos y otros tengan una razón de ser mínima indispensable para que los funcionarios puedan ejecutar en mejor forma sus tareas.

Para ver la dimensión de la hiperinflación normativa, se trae a colación unos ejemplos: la Constitución de 1991, hasta enero del presente año, se ha modificado 47 veces afectando más de 180 artículos de la Carta de 1991 con el propósito de agregar, modificar o sustituir los textos iniciales. En cuanto a las leyes, hasta el 4 de octubre de 2018 se han expedido 1939 leyes (Secretaría del Senado de la República, 2018). Por último, de acuerdo con el DNP, en el período 2000-2016 se expidieron 68.698 resoluciones y 2376 circulares (DNP, 2017, p. 5). Así las cosas, la pregunta es ¿cuál es la norma pertinente para aplicar en cada actuación administrativa y si los empleados y funcionarios responsables de su aplicación la conocen y la entienden en el mismo sentido, o cada uno le hace a la norma una lectura libre? El riesgo de que suceda esta posibilidad es alto, lo cual genera debilidad institucional, desgaste de la administración, afectación al presupuesto público para remediar problemas generados por decisiones de funcionarios públicos y desconfianza en las entidades del Estado. La incidencia en la ineficiencia e ineficacia de la administración es evidente.

En un país donde hay proliferación normativa con poca capacidad de hacerla cumplir y de sancionar a los infractores, los caminos paralegales se adoptan fácilmente. Además, aparece una suerte de imaginario colectivo y una práctica social del “todo vale”, que no es otra cosa que la corrupción misma. Es decir, actuar por fuera de las normas establecidas con el propósito de obtener beneficio personal o para un tercero individual o colectivo, sabiendo que está prohibido.

El asunto es tan grave que, en el último índice de Transparencia por Colombia de los años 2015-2016, las entidades mejor calificadas quedaron en riesgo moderado y la mayoría de las entidades del Estado a nivel nacional, departamental y local, fueron clasificadas en riesgo de corrupción “alto y muy alto”. En este rango quedó el 60% de las alcaldías evaluadas, el 52% de las contralorías

departamentales y el 19 % de las entidades nacionales. A nivel nacional las entidades con mayor riesgo de corrupción son la Unidad de Información y Análisis Financiero y la Fiscalía General de la Nación. Obviamente, este panorama dificulta la consolidación de una administración pública eficiente, diligente y al servicio de los intereses colectivos.

Para completar el panorama, los funcionarios también generan hiperinflación normativa, partera de la *tramitomanía*. Estos trámites, aparentemente necesarios para facilitar la aplicación de la Ley y la voluntad del Legislador, tienen un efecto *boomerang*, pues en muchas ocasiones terminan distorsionando su espíritu y generando procedimientos y pasos innecesarios que van en contravía de una ágil, celera, eficiente y eficaz administración, lo que a su vez termina afectando la imagen del Estado y de la administración, o sea la imagen de los empleados y funcionarios públicos.

### ***La captura de la función pública por la política por la vía del clientelismo, el patronazgo y tráfico de influencias***

El Estado representa la máxima expresión política y la principal creación de la sociedad con el fin de generar convivencia y bienestar para todos sus miembros. Su tamaño, su complejidad y su naturaleza lo vuelven blanco de atención de muchos intereses, algunos con pretensiones de obtener ventajas desmedidas e innmerecidas. En este contexto, en Colombia se han desarrollado y consolidado algunas ideas y prácticas de entender y de ejercer la política con la participación de, al menos, los siguientes actores: los partidos políticos con sus cabezas visibles, los ciudadanos y la sociedad como una categoría etérea. Todos en un escenario de precario desarrollo económico, social, político y cultural del país, ambiente propicio para que buena parte de quienes tienen el ejercicio de la política como su proyecto de vida, desarrollen su actividad bajo la premisa de llegar a los cargos de poder y decisión para servirse de ellos y servir a su caudal político desplazando a los contrarios.

La captura del Estado, de acuerdo con Garay (2008, p. 16), es diferente a la corrupción administrativa. La primera se realiza mediante la distorsión aco-

modaticia de las etapas de desarrollo legislativo y regulatorio, mientras que la segunda se presenta en la reproducción de distorsiones en las etapas de implementación y ejecución de las leyes. Nuevamente, en el primer caso, hay grupos que pretenden poner a su servicio la institucionalidad, los recursos públicos y ciertas decisiones estratégicas. Mientras que, en el caso de la corrupción, aparecen prácticas conducentes a favorecimientos puntuales y con perfiles como el soborno, constreñimiento, peculado y extralimitación de funciones e interés indebido en la contratación pública.

### ***La inoperancia de la justicia y de los organismos de control además de la permisividad y tolerancia de la sociedad***

Se prometen cargos públicos, contratos administrativos, ayudas y auxilios de toda laya a cambio de recibir el apoyo en los procesos electorales. El ciudadano carente de muchos satisfactores para sus necesidades opta por otorgar su apoyo, pero hace uso de su racionalidad y da su apoyo al mejor postor, elevando el costo que deben pagar los candidatos. La sociedad entiende la dinámica perversa de hacer la política, la acepta y participa, con la conciencia de que su actuación va en contra de la ética social. Es la contradicción de no querer hacer algo ante los ojos de terceros, pero terminar haciéndolo de manera soterrada, pero con la convicción de que todos están haciendo lo mismo.

En resumen, unas personas se hacen con el poder y para ello tuvieron que incurrir en costos y la manera de financiarlos es a través de utilizar los recursos públicos de manera acomodada, poco transparente y delincencial. Pero la pregunta es, ¿con quiénes realiza la gestión? Con empleados y funcionarios públicos impulsados por el ganador en la contienda política. ¿Cómo corregir tal estado de cosas?

Primero, con el cambio de actitud de los tres actores ya mencionados: el político, cambiando la manera de entender y ejercer la política con espíritu altruista al servicio de los ciudadanos. El ciudadano, subiendo la autoestima para evitar que lo traten como una mercancía que se vende y se compra al mejor postor. Y la sociedad, logrando que sus miembros sean cada vez más ilustrados, más

autónomos, más dispuestos a realizar el control social sobre el uso de los bienes públicos, el poder y su ejercicio, que es el primero de tales bienes.

Segundo, que operen los responsables de dirigir, conducir y orientar las agencias de la administración pública. Que opere la Contraloría General de la República, responsable de custodiar los recursos públicos y su uso correcto. Que opere la Procuraduría General de la Nación, cuya misión es velar porque la conducta de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones públicas esté ceñida al buen obrar establecido en los códigos de ética. Y, por último, que opere la justicia ordinaria, en su rol de investigación, acusación, juzgamiento y sanción de quienes incurren en delitos contra el Estado, la administración pública y la sociedad.

## **Algunas conclusiones y recomendaciones de política pública para mejorar la gestión de recursos humanos y la eficiencia de la administración pública**

En abstracto, los diseños institucionales obedecen a contextos históricos, sociales y políticos y en consecuencia tienen sus lógicas que normalmente van en la dirección de satisfacer los intereses colectivos. Las dinámicas sociales y organizacionales, en cumplimiento de sus roles, generan sistemáticamente modos de actuar que, al repetirse, se vuelven hábitos, usos y costumbres. A su vez esto se traduce en la cultura. Pero ésta no es neutra, está cargada de valores y de vicios.

Los vicios están al margen de lo socialmente aceptado, pero cuando son tan potentes, se convierten en imaginarios colectivos y prácticas sociales como el despilfarro, la ineficiencia y la corrupción bajo todas sus manifestaciones, las cuales van a contrapelo de una eficiente y competitiva administración pública.

Los siguientes escenarios podrían contribuir al mejoramiento de la gestión de los recursos humanos al servicio del Estado y por esa vía lograr una mayor competitividad de las entidades públicas:

- En lo referente a la precaria formación de los servidores públicos, la política pública, como respuesta integral y coordinada de las entidades del Estado, debe hacer realidad lo estipulado en la Constitución y en los desarrollos legales. El propósito de esta formación es doble: de ilustración sobre la naturaleza de lo público y el de incorporación de los principios y valores que orientan el ejercicio de funciones públicas. Además, en lo relativo a la coordinación de las entidades del Estado tanto en el diseño como en la ejecución de las políticas públicas, la preparación de los jueces debe ser especial y complementaria a la obtenida en el sistema convencional para evitar decisiones controversiales.
- En el tema de la configuración del empleo público y el ejercicio de la función administrativa, la política pública debe propender por la supresión de los contratistas para desempeñar funciones administrativas y la tercerización de las tareas misionales. En el nivel directivo o de representación política, como los ministros y directores y gerentes públicos, el ingreso a la función pública debe estar presidido por un examen riguroso de los antecedentes y ejecutorias de los aspirantes. La parte estable de la administración, tal como ya se comentó, debe tener como criterio el mérito incluidos los antecedentes y una puerta estrecha para el ingreso y relativamente amplia para la salida del servicio público, en función de las ejecutorias y resultados.
- En cuanto a la captura de la función pública por parte de la política, la política pública debe estar soportada en una estrategia que promueva un significativo cambio en la manera de entender, aceptar y hacer la política electoral. Esto implica un liderazgo colectivo que impulse una nueva narrativa que exprese por parte de quienes aspiran a cargos de elección popular intereses colectivos en vez de promesas a resolver asuntos individuales, para evitar que se continúe con las relaciones de clientela y de paso con el tráfico de influencias del elegido frente al nominador para conseguir cargos públicos para sus electores. Ese mercado de favores cruzados donde la función pública es la mercancía debe acabarse. En este convite son actores de primera línea los candidatos, los electores, el compromiso de los partidos políticos y la sociedad.
- Sobre la hiperinflación normativa, se debe eliminar la costumbre consistente en la que, frente a una trasgresión de las normas vigentes, se genera un es-

cándalo público y para resolverse se tramita una nueva ley que va a tener la misma suerte que la anterior. Este tema amerita una reflexión liderada por colectivos de distinto origen: la academia con su permanente actividad analítica sobre el acontecer social, especialmente en las facultades de jurisprudencia y administración pública; los magistrados quienes son los actores de primer orden en la permanente solución de controversias judiciales; y la sociedad civil, particularmente a través de los medios de comunicación con su capacidad observadora y de investigación.

Con ajustes como los anteriores se pueden lograr varios efectos: desclientelizar la función pública, es decir, volver el colectivo de carrera administrativa un cuerpo funcional y profesional. Con la estabilidad inherente a la carrera administrativa y una permanente capacitación se ganará eficiencia y competitividad en las entidades del Estado. Con la eliminación de la hiperinflación normativa se despejan y clarifican las relaciones entre los particulares y entre éstos y el Estado, haciendo que la convivencia sea más funcional.

## Referencias

- Bozeman, B. (2006). *La Gestión Pública*. (1ª ed.) México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Chudnovsky, M. (2017). La tensión entre mérito y confianza en la Alta Dirección Pública de América Latina. *Reforma y Democracia*, 69, 7-40.
- Congreso de Colombia. (12 de julio de 2011) Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción. [Ley 1474 de 2011]. DO: 48.128.
- Congreso de Colombia. (12 de junio de 1998) Por la cual se expiden normas sobre la carrera administrativa. [Ley 443 de 1998]. DO: 43.320.
- Congreso de Colombia. (13 de febrero de 2002) Por la cual se expide el Código Disciplinario Único. [Ley 734 de 2002]. DO: 44.708.
- Congreso de Colombia. (19 de julio de 2006) Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los empleados públicos no uniformados. [Ley 1033 de 2006]. DO: 46.334.

- Congreso de Colombia. (21 de julio de 1995) Por la cual se adopta el código único disciplinario. [Ley 200 de 1995]. DO: 41.946.
- Congreso de Colombia. (23 de septiembre de 2006) Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público. [Ley 909 de 2004]. DO: 45.680.
- Congreso de Colombia. (26 de diciembre de 2008) Por medio del cual de adiciona el artículo 125 de la Constitución Política. [Acto Legislativo 01 de 2008]. DO: 47.214 y 47.283
- Congreso de Colombia. (29 de diciembre de 1992) Por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política. [Ley 27 de 1992]. DO: 40-700.
- Congreso de Colombia. (30 de diciembre de 1998) Por la cual se dictan normas de la organización y funcionamiento de las entidades del Estado. [Ley 489 de 1998]. DO: 43.464.
- Congreso de Colombia. (6 de junio de 1995) Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública. [Ley 190 de 1995]. DO: 41.878.
- Congreso de Colombia. (7 de julio de 2011) Por medio del cual de incorpora un artículo transitorio a la Constitución Política. [Acto Legislativo 4 de 2011]. DO: 48.123.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. (6 de septiembre de 2018) Auto interlocutorio O-283-2018. [CP William Hernández Gómez]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de mayo de 2014) Sentencia C-288. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de agosto de 2009) Sentencia C-588. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de marzo de 2012) Sentencia C-249. [MP Juan Carlos Henao Pérez]
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (2018). *Curso de Introducción Virtual para Gerentes Públicos de la Administración Colombiana*. Departamento Administrativo de la Función Pública. Recuperad006F de <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/curso-gerentes-publicos>.
- Departamento Nacional de Planeación. (2017). Reporte: *Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.

- Duncan, G. (2018). *Democracia Feroz*. (1ª ed.) Bogotá, D.C.: DEBATE. Nomos S.A.
- Garay, J. (2008). *La captura y reconfiguración cooptada del Estado en Colombia*. (1ª ed.) Bogotá: Fundación Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.
- Gómez, F. (2017). *Constitución Política de Colombia anotada*. (35ª ed.) Bogotá: Leyer.
- Guerrero, O. (2004). *La Nueva Gerencia Pública*. (1ª ed.). Ciudad de México: Fontamara.
- Lucas, A. y García, P. (2003). *Sociología de las Organizaciones*. (1ª ed.) Madrid: McGraw Hill.
- Parada, R. (1995). *Derecho Administrativo. T II. Organización y empleo público*. (9ª ed.) Madrid: Marcial Ponds.
- Pérez J. Stephanie (2011) *Análisis de la incidencia del contrato de prestación de servicios en el funcionamiento de la administración pública colombiana. Periodo 2002-2010*, (monografía de grado no publicada) Facultad de Ciencia Política y Gobierno. Universidad del Rosario. Repositorio de la Facultad.
- Peters, G. (1999). *La Política de la Burocracia*. (1ª ed.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Presidencia de Colombia. (17 de marzo de 2005) Por el cual se establece el procedimiento que debe surtirse ante y por la Comisión Nacional del Servicio Civil para el cumplimiento de sus funciones. [Decreto 760 de 2005]. Recuperado de <http://wp.presidencia.gov.co/sitios/normativa/leyes/Documents/Juridica/Decreto%20Ley%20760%20de%2017%20marzo%20de%202005.pdf>
- Presidencia de Colombia. (17 de marzo de 2005) Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004. [Decreto 770 de 2005]. Recuperado de [https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-103299\\_archivo\\_pdf.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1759/articulos-103299_archivo_pdf.pdf)
- Presidencia de Colombia. (19 de septiembre de 1968) Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil. [Decreto Ley 2400 de 1968]. Recuperado de [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma\\_pdf.php?i=1198](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=1198)

- Presidencia de Colombia. (26 de mayo de 2015) Por medio del cual se expide el Decreto Reglamentario Único del Sector Presidencia de la República. [Decreto 1081 de 2015]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Decreto-1081-2015.pdf>
- Puentes, G. (2004). La Carrera Administrativa: ¿anhelo o realidad?, *Desafíos*, 11, 60-105.
- Puentes, G. (2017). Fricciones entre las ramas del poder público a propósito de la función pública en Colombia. *Estudios socio-jurídicos*, 19 (1), 79-123.
- Rodríguez, L. (2015). *Estructura del Poder Público en Colombia*. (15ª ed.). Bogotá: Temis.
- Rose, R. (1998). *El Gran Gobierno*. (1ª ed.) México D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Secretaría General del Senado de la República. (2018). *Secretaría General del Senado*. Congreso de la República. Recuperado de <http://www.secretariasenado.gov.co/>
- Shafritz, J. y Hyde, A. (1999). *Clásicos de la Administración Pública*. (1ª ed.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Standing, G. (2011) *El Precariado. Una nueva clase social*. (1º ed.). Barcelona: Pasado y Presente.
- Stein, L. (2016). *Tratado de teoría de la administración y derecho administrativo*. (1ª ed.). Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.
- Transparencia por Colombia. (2017). Índice de transparencia de las entidades públicas. Índice de Transparencia de las Entidades Públicas. Recuperado de <http://indicedetransparencia.org.co/Resultados2015-2016>

## 6. El ordenamiento territorial y la articulación Nación-territorio: muchos intereses y un solo territorio

Ángela María Penagos Concha,  
Representante en Colombia del  
Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural (RIMISP)

Quiero agradecer los aportes y comentarios de Catalina Villegas, experta en desarrollo y ordenamiento territorial.

*A través de este capítulo se pretende abrir una discusión sobre los medios y los modos de avanzar en un ordenamiento del territorio sobre la base de un proceso de articulación nación-territorio más eficiente, que logre reducir los desequilibrios y desbalances territoriales que mantienen sistemáticamente algunas regiones en situaciones de rezago permanente. Esta discusión se da en el marco del reconocimiento de la funcionalidad territorial, como un elemento esencial para abordar los desbalances territoriales y buscar un desarrollo territorial más cohesionado. Las recomendaciones generales se orientan a proponer acciones para simplificar los arreglos institucionales y a la generación de incentivos para lograr un proceso de planeación territorial moderno y adaptable a la nueva realidad de los territorios colombianos.*

### Introducción

**H**oy en día la desigualdad territorial se configura como un desafío para las naciones, toda vez que se reconoce de manera explícita que rezagos importantes en términos de oportunidades y de crecimiento de grupos poblacionales en territorios específicos, limitan el crecimiento y el mejoramiento de

las condiciones de vida y bienestar de la población en su conjunto. También, se reconoce que, en parte, las condiciones sociales, culturales, históricas y políticas del lugar en donde se nace y crece son determinantes en el tipo de trayectorias que genera una persona o un hogar. Por lo tanto, el mantenimiento sistemático de escenarios con alta persistencia de desigualdad puede traducirse en un retraso del desarrollo de los países en su conjunto. También, es reconocido que los desbalances territoriales no solo se deben a la ausencia de políticas, sino a la incapacidad de estas políticas de reconocer las condiciones y las dinámicas presentes en estos territorios que pueden favorecer o no procesos que desencadenen trayectorias incluyentes de crecimiento y superación de la pobreza. Es decir, persisten estructuras e instituciones que mantienen y reproducen condiciones que limitan la posibilidad de que los pobladores alcancen niveles deseables de bienestar (Berdegué et al., 2015).

Con lo anterior en mente, el objetivo de este capítulo es presentar una reflexión sobre cómo promover la configuración del territorio desde una perspectiva funcional puede ser una puerta de entrada para avanzar en una mayor cohesión territorial. Para ello, esta reflexión se concentra en el rol del ordenamiento territorial y en la modificación de dichas estructuras e instituciones que favorecen los desbalances territoriales profundizando aún más las condiciones de rezago, especialmente en las zonas más alejadas y rurales.

Para evidenciar brevemente la problemática, de acuerdo con el reciente Informe Latinoamericano publicado por Rimisp (2017), se puede concluir que en América Latina y el Caribe existen enormes diferencias en términos de los logros propuestos por la Agenda 2030 de la ONU al interior de los países. En términos agregados, el informe encuentra que, en general, los países muestran tendencias positivas de mejora en los indicadores, lo que contribuye a mejorar en materia de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. No obstante, al analizar la evolución de los mismos indicadores al interior de los países, se encuentran diferencias importantes que dan cuenta de desigualdades territoriales. El Índice de Inequidad Territorial es un indicador sintético que resume las brechas entre territorios en un determinado país en tres dimensiones: i) dinamismo económico del territorio, ii) capital humano e iii) ingresos de los hogares.

A partir de éste se concluye que Colombia presenta un nivel alto de desigualdad territorial, llegando a un valor de 0,094<sup>1</sup>. De manera particular se puede mencionar que las dimensiones más preocupantes para Colombia son pobreza, educación y disponibilidad de agua.

La desigualdad territorial colombiana también queda evidenciada al caracterizar las tipologías territoriales establecidas por la OCDE para análisis comparativos internacionales. De acuerdo con estudios recientes (Rimisp, 2018), se encuentra, por un lado, una enorme heterogeneidad en términos territoriales, y por otro, que los que están en peores condiciones son aquellos que se encuentran más alejados de las ciudades y menos conectados. En este aspecto profundizaré con mayor detalle más adelante.

Es por lo anterior que la desigualdad territorial no es un tema menor y debe ser una preocupación de los gobiernos nacionales, territoriales y locales. Por los mismos desbalances que se presentan en los territorios, los esfuerzos no deberían ser los mismos, y los énfasis deben considerar elementos muy propios de los territorios y sus comunidades. Ya lo advierte Berdegué (2017): el gran desafío está en cómo deben ser los arreglos institucionales y la gobernanza de estos, de forma que, por un lado, se facilite la implementación de las agendas sectoriales y, por otro, que los habitantes de estos territorios puedan aprovechar su potencial y transformarlo.

Uno de los elementos centrales para abordar las problemáticas de la desigualdad territorial se encuentra, como ya se mencionó, en el ordenamiento territorial. Ordenar el uso del suelo de una manera funcional para el desarrollo permite configurar un modelo de ocupación más sostenible que favorezca la conectividad entre territorios a través de diversos flujos que permitan a sus pobladores contar con más oportunidades para realizarse como individuos y ciudadanos. Sin embargo, este es un proceso complejo que exige que múltiples

---

1. Se considera que un país tiene un nivel de desigualdad territorial alto cuando la disimilitud entre territorios (para el caso de Colombia los departamentos) está por encima de 0,08.

actores locales, regionales y nacionales convengan en cómo usarlo, teniendo en cuenta los múltiples intereses y competencias involucrados. Esto es exigente en términos de coordinación y ejecución, al tiempo que requiere entender la heterogeneidad geográfica, institucional y de capacidades que presenta este país.

Una de las características del ordenamiento territorial, al menos en Colombia, es la enorme legislación existente, pero la baja capacidad de los arreglos institucionales para su operación. La gobernanza es confusa, se superponen intereses y se cuentan con pocos mecanismos para la resolución de conflictos. Este diagnóstico se hace evidente al ver lo poco que se ha avanzado en lograr territorios más cohesionados y con mayor capacidad de gestionar un desarrollo incluyente y sostenible.

Este capítulo, además, busca plantear con detalle un conjunto de elementos que permitan abrir una discusión sobre cómo lograr un ordenamiento del territorio sobre la base de un proceso de articulación nación–territorio más eficiente, que logre reducir los desequilibrios y desbalances territoriales que mantienen sistemáticamente algunas regiones en situaciones de rezago permanente.

## Conceptos orientadores

Con el ánimo de avanzar en el objetivo propuesto, conviene precisar un conjunto de conceptos que harán más sencillo el abordaje de este complejo problema. El desarrollo territorial es el proceso de transformación productiva e institucional de un territorio. Sus determinantes son las relaciones entre actores, instituciones y estructuras sociales en busca de una mayor cohesión territorial. Por lo tanto, hacen parte del desarrollo territorial todas aquellas acciones, instrumentos y políticas que buscan los objetivos de transformación de un territorio.

Conviene recordar también que, de acuerdo con Sen (2012), el desarrollo se puede entender como el fortalecimiento de la autonomía y las libertades que facilitan la participación de los individuos en la vida económica. Por lo tanto, el desarrollo económico ocurre cuando los individuos tienen la oportunidad de

comprometerse y contribuir a la sociedad y tienen mayor posibilidad de aprovechar su potencial. Se podría completar la idea del desarrollo territorial como el proceso de transformación productiva, social e institucional que permite que los individuos de un territorio puedan ejercer plenamente sus libertades y aprovechar su potencial sin importar el lugar donde están.

Es así como el desarrollo territorial parte de reconocer que los territorios presentan un conjunto de desequilibrios espaciales asociados a factores sociales, económicos e institucionales que perpetúan las desigualdades y limitan los procesos integradores de mercados y la convergencia regional. Revertir estos desequilibrios requiere dinámicas de desarrollo territorial que apunten a procesos de transformación productiva, social e institucional de un territorio con el fin de reducir las desigualdades al interior de éste y entre los territorios, promoviendo dinámicas virtuosas en las que el crecimiento económico está acompañado de reducciones en los niveles de pobreza y desigualdad.

En este escenario, el ordenamiento territorial se convierte en una herramienta poderosa para avanzar en estos procesos de transformación, entendiendo que el territorio se debe ordenar funcionalmente y avanzar hacia una mayor cohesión territorial. La configuración del territorio y el modelo de ocupación del mismo son elementos potenciadores de esta transformación productiva e institucional, que además fortalecen los procesos de autonomía y ejercicio de libertades de los ciudadanos.

El ordenamiento territorial<sup>2</sup> comprende el conjunto de acciones político-administrativas y de planificación física concertadas y emprendidas por los municipios o distritos y áreas metropolitanas, en ejercicio de la función pública que les compete, dentro de los límites fijados por la Constitución y las leyes, en orden a disponer de instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio bajo su jurisdicción y regular la utilización, transformación y ocupación del

---

2. Definición de la Ley 388 de 1997, Art. 5.

espacio, de acuerdo con las estrategias de desarrollo socioeconómico y en armonía con el medio ambiente y las tradiciones históricas y culturales.

El ordenamiento, entonces, debe apuntar a la armonización de las dimensiones social, institucional, biofísica y productiva del territorio, y de las decisiones de intervención en términos de política pública. Esto busca equiparar las condiciones básicas de desarrollo y la solución de los conflictos que se presentan frente al uso del suelo por la superposición de estas dimensiones y de las decisiones de política en todos los niveles de la institucionalidad.

Este proceso se fundamenta en el reconocimiento de la *funcionalidad territorial* dentro de los procesos de ordenamiento como una estrategia costo - efectiva para reducir las desigualdades territoriales y procurar intervenciones de crecimiento inclusivo y balanceado. Es así como este concepto es el resultado de concretar modelos de ordenamiento territorial que aprovechan e impulsan los vínculos entre áreas rurales, periurbanas y urbanas, y que se fundamentan en escalas de planeación supramunicipales, lo que permite capturar mejor estos relacionamientos y aprovecharlos logrando un mayor alcance en términos de impacto<sup>3</sup>.

En términos de política pública, se reconoce que la *funcionalidad territorial* podría ser el resultado de los procesos institucionales y normativos que favorecen el aprovechamiento de los diferentes flujos, interdependencias y vínculos que existen en los territorios para una mejor gestión de los instrumentos de política y que no necesariamente están circunscritos a los límites político administrativos de las escalas tradicionales de planeación. Lo anterior supone abordar elementos de la estructura ecológica regional; de la estructura funcional y de servicios, conformada por los sistemas generales de servicios públicos, de movilidad y de

---

3. Es importante diferenciar este concepto del de *relaciones funcionales* al que hace referencia la Ley 388 de 1997: mientras el primero es el resultado de aprovechar los vínculos urbano-rurales en escalas supramunicipales, aquí se entiende las relaciones funcionales como dinámicas espontáneas que ocurren en el territorio, pero que no necesariamente están guiadas o incentivadas por decisiones de política pública que fortalezcan las interconexiones territoriales.

equipamientos; y de la estructura socio económica y espacial, que da cuenta de las interacciones humanas sobre el territorio.

Por lo tanto, para avanzar en lo propuesto, es necesario reconocer el rol que juegan las instituciones en este proceso y su gobernanza. Se requiere de instituciones de calidad y eficientes que gestionen procesos transformadores que apunten a que todos los individuos puedan realizarse en el sentido que propone Sen (2012), a partir de una configuración más funcional del uso del suelo. Las instituciones son las reglas de juego en una sociedad, es decir, son los límites creados por la sociedad que definen las interacciones de los individuos (North, 1990). Por lo tanto, si las reglas son de calidad, eficientes y legítimas, los procesos de transformación positivos son más fáciles de alcanzar por los individuos en los diversos territorios.

## Diagnóstico

Teniendo en cuenta el marco analítico expuesto, es necesario exponer cuál es la situación del país en cuanto a la configuración del territorio. Lo primero que abordaré será evidenciar la enorme desigualdad territorial presente en el país que puede estar, entre otras cosas, relacionada con la baja capacidad de avanzar en un modelo eficiente de ocupación del territorio que responda a un proceso funcional de ordenamiento territorial. Lo segundo será tratar de evidenciar el desorden normativo existente, advirtiendo que este es apenas un análisis preliminar del tema y que, si se quiere avanzar con mayor profundidad, será necesario realizar un ejercicio mucho más profundo. Finalmente, analizaré el modelo institucional y de coordinación que limita una gestión eficiente que conduzca a un modelo de ocupación del territorio más funcional.

Como ya se había mencionado anteriormente, una de las características más relevantes del contexto colombiano es su enorme desigualdad territorial y, al mismo tiempo, lo poco funcional que es el territorio en términos de conectividad e integración regional. Conviene señalar que, desde la perspectiva económica, Colombia no es un caso exitoso de convergencia regional. De acuerdo

con un estudio reciente del Banco de la República (2018), durante todo el siglo XX la actividad económica se concentró en la región central por una fuerte influencia de Bogotá, donde, como consecuencia de la presencia efectiva del Estado y carácter centralista del país, permitió un mayor dinamismo de esta región.

Esta tendencia se confirma aún más cuando se analizan las condiciones de vida de los hogares. Las zonas rurales son las que presentan las peores condiciones: de acuerdo con la Misión para la Transformación del Campo (2015), el 24% de la población que habita en los municipios rurales dispersos, de acuerdo con las categorías de ruralidad, son pobres extremos.

Por su parte, estudios más recientes (Rimisp, 2017) ya reconocen que los territorios más rurales, además de presentar las condiciones más extremas en términos de pobreza, son los que están menos conectados, presentan menos interdependencias interregionales, menos acceso a mercados y a bienes y servicios fundamentales para la generación de ingresos, y menor dinamismo económico. Por ejemplo, las pequeñas y medianas ciudades empiezan a tener roles importantes en las dinámicas territoriales; hoy en día encontramos que cerca del 32% de la población habita en territorios urbano – rurales. Particularmente, el 56% de la población vive en ciudades de menos de un millón de habitantes, donde se produce el 48% del PIB total y el 91% del PIB agropecuario. Sin embargo estos territorios, que se pueden reconocer como intermedios<sup>4</sup>, presentan en muchos casos, condiciones sociales y dinamismo bastante preocupantes siendo, incluso, peores que los de las regiones rurales más remotas. No es una inquietud menor que subregiones del Caribe, que se caracteriza por tener un número importante de ciudades intermedias como Aguachica y Corozal, tengan 80% de la población presente con privaciones en términos del índice de pobreza multidimensional (Rimisp, 2018).

---

4. Una subregión intermedia, de acuerdo con el estudio en elaboración *Sistemas Funcionales para la Planificación Territorial* de Rimisp para el DNP, es aquella que tiene población rural entre el 15% y 50%, con un centro urbano que tenga más del 25% de la población de la subregión y los tiempos de viaje desde cualquier punto a una ciudad de 50 mil habitantes es menor a 90 minutos.

A pesar de las cifras y del rol que juega lo rural y lo regional en el desarrollo del país, los instrumentos se han concentrado más en el desarrollo de políticas sectoriales de las cuales, en su mayoría, su aplicación es más bien urbana o donde haya una gran concentración de la población. Si bien esta reflexión no busca conducir a la discusión que contrapone las políticas sectoriales versus las territoriales, sí quiere poner en consideración la importancia de contar con políticas que apunten a una transformación positiva de los territorios más rezagados que, dadas las condiciones para Colombia, son fundamentales y urgentes. Lo que no quiere decir que lo único que se requiere son medidas compensatorias que apunten al cierre de brechas, sin entender que estos territorios tienen potenciales y que en muchos casos lo que se necesita son capacidades para poderlos aprovechar.

Ahora bien, como ya se ha dicho en varias ocasiones, una forma de abordar esta problemática es a través del ordenamiento territorial y, por lo tanto, conviene analizar qué ha pasado con este instrumento. Si bien es un tópico que ha estado presente por más de tres décadas en Colombia, ha sido complejo de abordar por las entidades territoriales y, en general, por el Estado colombiano. Una prueba de esto es que una de las características de la segunda mitad del siglo XX ha sido la expansión urbana y la concentración de buena parte de la población en las cabeceras municipales. Salvo algunas excepciones, lo anterior se ha hecho de manera desordenada, evidenciando la poca capacidad de las institucionalidades locales de anticipar y promover un proceso de expansión coherente con los propósitos de equidad y sostenibilidad que están consignados en la normatividad relacionada.

A pesar de que, desde los años 90, se empezaron a configurar esfuerzos normativos para contar con herramientas de planificación que permitieran orientar la expansión urbana y la localización de infraestructura, estos avances se han concentrado en los procesos urbanos, dejando el ordenamiento del suelo rural y la integración regional, fundamentalmente, a las disposiciones ambientales establecidas a través de la Ley 99 de 1993 y a las reglamentaciones que de ésta han hecho las Corporaciones Autónomas (MVCT, 2017). Complementariamente, han venido surgiendo un conjunto de disposiciones sectoriales que no

necesariamente son normas de superior jerarquía, que de alguna u otra manera determinan el uso que se le puede dar al suelo rural. Así mismo, conviene anotar que si bien la Ley 388 de 1997 establece 4 ámbitos de planificación del suelo en la ruralidad, como son el suelo de expansión urbana, el suelo rural, el suelo suburbano y el suelo de protección, la definición de cada uno de estos ámbitos se da por exclusión de lo que no es urbano, evidenciando un sesgo y además dando a entender que las zonas rurales son más bien homogéneas, a diferencia de las urbanas. Lo anterior pone sobre la mesa que, a pesar de los avances en la materia, hay una porción importante del territorio que requiere contar con herramientas más coherentes que faciliten llegar a una configuración del territorio más funcional para alcanzar los objetivos de equidad y desarrollo.

De manera particular, quisiera referirme en esta reflexión a las diversas figuras existentes de planificación territorial de carácter sectorial, y como territorial que, de alguna u otra manera definen el uso permitido del suelo y que, al no contar con mecanismos únicos de implementación, pueden configurar conflictos territoriales para los cuales hoy en día, los procesos de ordenamiento territorial no cuentan con instrumentos para una gestión eficiente. Esta situación ya se advierte en un conjunto de foros regionales que adelantó la Universidad de Nacional de Colombia con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio (2017), donde se anota que uno de los principales desafíos asociados con el ordenamiento rural es, por un lado, la falta de correspondencia entre las vocaciones de los territorios y la norma, y por otro, los impactos de los proyectos de interés nacional en los suelos rurales cuando estos no se articulan con los objetivos y aspiraciones de las comunidades que habitan los territorios.

El Decreto 1077 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio”, en lo relativo al ordenamiento del suelo rural, define una serie categorías de protección del suelo rural que son determinantes, de superior jerarquía, y a partir de las cuales se establecen los usos principales, compatibles, condicionados permitidos y prohibidos. Estas categorías incluyen las áreas de conservación ambiental, las de producción agrícola y ganadera, y de explotación de recursos naturales, las áreas e inmuebles considerados como patrimonio cultural, las áreas del sistema de ser-

vicios públicos domiciliarios y las áreas de amenaza y riesgo. Adicionalmente, dentro de las categorías de desarrollo restringido se encuentran los suelos suburbanos, los centros poblados rurales, las áreas destinadas a vivienda campestre y aquellas previstas para la localización de equipamientos de salud, educación, bienestar social, cultural y deporte. Al mismo tiempo, este Decreto define los contenidos de las Unidades de Planificación Rural previstas en el Decreto 3600 de 2007, como la unidad “escala intermedia” de ordenamiento rural para las zonas rurales.

En esta línea, desde la perspectiva sectorial también existen un conjunto de normas que actúan como determinantes de superior jerarquía. El Código Minero, Ley 685 de 2001, les otorga competencia a las entidades del sector para definir las zonas de explotación minero energética en los municipios. Este Código establece límites a los municipios sobre el establecimiento de zonas excluibles de explotación. Así mismo, el Decreto 2201 de 2003, sobre Proyectos de Interés Nacional, dispone que ningún plan de ordenamiento territorial municipal podrá ser oponible a la ejecución de proyectos considerados por el gobierno nacional de *utilidad pública e interés social* y, por lo tanto, los municipios únicamente serán informados sobre el proyecto a desarrollar a fin de ajustar sus Planes de Ordenamiento Territorial.

Adicionalmente, existe un conjunto de figuras jurídicas que, si bien no se comportan como un determinante de superior jerarquía, definen o regulan el uso del suelo rural, ya sea por el tipo de actividades económicas permitidas o el tipo de propiedad que propone.

Un ejemplo de esta problemática es lo que ocurre en el sector agropecuario. Se pueden distinguir por lo menos 4 figuras que si bien tienen un propósito enmarcado en los objetivos de la política agrícola, definen un conjunto de disposiciones que no cuentan con mecanismos de articulación dentro de los procesos de ordenamiento territorial. Las Zonas de Reserva Campesina (Ley 160 de 1994) tienen como propósito, entre otras cosas, fomentar y estabilizar la economía campesina a través de Unidades Agrícolas Familiares. La economía campesina se caracteriza por desarrollarse en pequeñas y medianas propieda-

des, fundamentalmente destinadas a la producción de alimentos. Los Distritos de Adecuación de Tierras de la Ley 41 de 1993 en su artículo 4 indica que el “área de influencia de obras de infraestructura destinadas a dotar un área determinada con riego, drenaje o protección contra inundaciones; para los fines de gestión y manejo, se organizará en unidades de explotación agropecuaria bajo el nombre de Distritos de Adecuación de Tierras”. La Ley 1776 de 2011 define las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Ambiental (ZIDRES) como territorios con aptitud forestal, agroforestal, agrícola y pecuaria, aptos para el desarrollo agroindustrial, que se establecerán a partir de Planes de Desarrollo Rural Integral. Más recientemente, la Unidad de Planificación Rural y Agropecuaria, más conocida como la UPRA, definió mediante la Resolución 261 de 2018 la frontera agropecuaria que, si bien no es propiamente una figura jurídica en sí misma, busca establecer en dónde se puede llevar a cabo la actividad agropecuaria sin generar perjuicios ambientales con el fin de reducir los procesos de deforestación.

Por su parte, diferentes instituciones, tanto del orden nacional como territorial, vienen adelantando la formulación de un conjunto de planes de carácter territorial que, además de tener en cuenta tanto las determinantes de superior jerarquía dispuestas en la normatividad, así como otras figuras jurídicas, deben lograr armonizarse con los planes de ordenamiento territorial existentes o que están en construcción. Solo para mencionar los más relevantes: Planes de Desarrollo con Enfoque Territorial PDET, Planes de Desarrollo Rural Departamentales, el Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos (PNIS).

Lo anterior solo evidencia que las actuaciones en los territorios son múltiples, y que no se cuenta con mecanismos robustos y legítimos de coordinación entre los actores tanto del territorio como del orden nacional, y que será muy difícil lograr una configuración eficiente del territorio que responda a un modelo balanceado de ocupación del suelo. La multiplicidad y superposición de actuaciones conduce a la presencia de actividades económicas en zonas de protección ambiental, a la presencia de fenómenos de expansión urbana que no cuentan con infraestructura y servicios públicos y que además se pueden ubicar en suelos que tienen un interés agropecuario.

A partir de este análisis, se puede afirmar que la situación actual ha llevado a la proliferación de conflictos socio-ambientales que no logran resolverse fácilmente con los instrumentos existentes, conduciendo, incluso, a la adopción de medidas que no son las más idóneas para gestionar estos conflictos, como son las consultas populares. Una muestra de ello es lo que consigna el CONPES 3762 de 2013, donde el 80% de los Proyectos de Interés Nacional (PINES) tienen problemas ambientales, el 27% de consulta previa y el 23% de adquisición predial. Estos problemas se relacionan en buena medida con los procesos de ordenamiento del territorio y se podrían resolver más fácilmente con mecanismos eficientes de coordinación interinstitucional, pero no solo desde la perspectiva sectorial, sino además territorial.

Por su parte, se estima que el 30% del territorio nacional (Incoder, 2013) es colectivo, y es muy limitada la coordinación entre los POT y los planes de vida de las comunidades étnicas. Esto ha generado que los procesos de ampliación y adquisición de estos territorios se gestione entre las comunidades y la institucionalidad nacional, dejando por fuera la discusión entre las autoridades locales y regionales, generando tensiones que se pueden convertir en conflictos territoriales, como los que tienen lugar en el norte del Cauca donde convergen intereses de campesinos, empresarios, comunidades afro e indígenas; aspecto que el Instituto de Estudios Interculturales de la Universidad Javeriana de Cali tiene muy bien documentado.

Otro asunto relevante dentro de esta reflexión es la ausencia de una perspectiva supramunicipal dentro del proceso de ordenamiento territorial.

Si los municipios reconocieran las interdependencias que tienen con otros municipios y con las zonas rurales, se lograría una complementariedad que permitiría, por un lado, avanzar en un modelo de ocupación más integrador aprovechando las ventajas que ofrecen los vínculos urbano-rurales y, por otro, la conectividad para aprovechar el potencial de los territorios y así lograr una mejor y más eficaz coordinación Nación-territorio en lo que se refiere a proyectos estratégicos, definición de zonas de protección ambiental y de interés agropecuario. Hoy en día se cuenta con instrumentos que promueven la asociati-

dad territorial previstos en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (Ley 1454 de 2011). Sin embargo, existen pocos incentivos por parte del Gobierno Nacional para que los municipios avancen en una perspectiva supramunicipal; además, la normatividad privilegia la planeación a escala municipal, ya que la Constitución establece que la gestión territorial tiene competencia estrictamente municipal.

## Conclusiones y recomendaciones

La anterior reflexión sugiere entonces que, para avanzar en un ordenamiento territorial que favorezca una mayor cohesión territorial y que, al tiempo genere un desarrollo que permita la realización de los individuos como ciudadanos, conviene:

Iniciar un proceso de armonización normativa que dé más claridad y seguridad a los procesos de ordenamiento. Para ello se deben clarificar las normas, definir competencias y delegar responsabilidades de acuerdo a las capacidades de gestión de las diversas entidades responsables del mismo. Tal vez convendría contar con un único arreglo institucional multinivel que facilite la integración, la articulación y la definición de competencias dentro del proceso de ordenamiento territorial, procurando procesos claros, transparentes y participativos. Debería ser una instancia de alto nivel que tome decisiones y gestione efectivamente los conflictos cuando haya superposición de intereses sectoriales y territoriales. Por ejemplo, una de las primeras tareas será contribuir a la solución de los conflictos que se generan con la aplicación de las determinantes de superior jerarquía definidas en el artículo 10 de la Ley 388 de 1997, para efectos de garantizar la coordinación y coherencia de las políticas nacionales y de los instrumentos de ordenamiento en el territorio.

Dentro del proceso de ordenamiento territorial, es necesario incentivar y promover la adopción, por parte de las autoridades locales, de las innovaciones para el componente rural del POT que viene proponiendo el DNP a través del Programa POT Modernos. Es necesario, entonces, fortalecer los vínculos urba-

no-rurales, incorporar la visión regional dentro del proceso de ordenamiento, y así conectar y aprovechar las interdependencias. Es igualmente necesario lograr articular el proceso de ordenamiento de la propiedad con el de ordenamiento del uso del suelo. Esto es importante porque finalmente el objeto de ordenamiento es el suelo. Además, avanzar en ordenar la propiedad facilita resolver la gestión predial, que es un elemento esencial en el desarrollo territorial.

Al mismo tiempo, se deben concretar modelos de ocupación regional funcional que fortalezcan los núcleos urbanos intermedios y pequeños. Colombia tiene la ventaja de contar con un número importante de pequeñas y medianas ciudades que pueden convertirse en nodos dinamizadores, especialmente de zonas rezagadas. Para ello es clave que la configuración del suelo y la disposición de sus usos consideren la importancia de ubicar infraestructura, equipamiento de servicios públicos y, en general, bienes públicos que conecten zonas urbanas y rurales. Avanzar en ello implica que, desde el Gobierno Nacional y a través de los mecanismos de asignación de las inversiones, se deben favorecer proyectos que contribuyan a generar estas funcionalidades y, a través de los diferentes mecanismos de planeación territorial, buscar la coherencia y complementariedad de estas intervenciones.

Una primera tarea sería el rediseño para lograr una coordinación efectiva del presupuesto del orden nacional a través de una coordinación efectiva de las intervenciones. Es necesario que el gobierno central aborde con seriedad el problema de desarticulación intersectorial en el proceso de implementación. Hoy en día, se cuenta con herramientas y normativas que facilitan estos procesos, como son los contratos plan, las asociaciones público privadas, entre otros. Además, los instrumentos tradicionales, como el CONPES e instituciones como el Departamento Nacional de Planeación, dichas herramientas deben tener un rol más definitivo en estos procesos. Así mismo, se debe incentivar la generación de recursos propios adicionales con base en mecanismos de ordenamiento territorial, que permitan financiar ejercicios de articulación supramunicipal además de habilitar los ya existentes. En ese sentido, una tarea prioritaria es avanzar en la modernización del catastro, especialmente en las zonas rurales, y lograr que el Sistema General de Regalías, incluso el Sistema General de Participaciones,

tengan los medios para poder contribuir a un desarrollo más funcional del territorio.

Es conveniente avanzar en una escala mayor de planeación que vaya más allá del municipio, toda vez que los retos del ordenamiento y la funcionalidad territorial trascienden los límites jurisdiccionales. Mantener una escala de planeación tan limitada, especialmente en los municipios más pequeños, impide la posibilidad de desarrollar vínculos virtuosos que generen oportunidades económicas y sociales a los pobladores. Por lo tanto, es imperativo desarrollar incentivos desde el orden nacional para que los municipios rurales remotos y de poca densidad poblacional generen procesos de ordenamiento territorial de carácter supramunicipal, que a su vez propicien la conectividad y la integración con mercados que favorezcan el dinamismo económico entre regiones, así como un modelo de ocupación del suelo que propicie que los pobladores tengan más oportunidades y puedan realizarse como individuos en entornos más favorables.

Otra oportunidad importante es el fortalecimiento de la asociatividad territorial como estrategia para la gestión de vínculos urbano-rurales y la ejecución de proyectos de desarrollo supramunicipal en territorios funcionales. El mecanismo ideal para garantizar la gestión de las interconexiones urbano-rurales, rurales y entre territorios es la asociatividad territorial. De esta manera, deben impulsarse y consolidarse los arreglos institucionales previstos en la Ley 1454 de 2011 con la finalidad de contar con una institucionalidad supramunicipal que, además, sea la responsable y cuente con los incentivos para planificar y ejecutar proyectos de desarrollo supramunicipales que promuevan la funcionalidad territorial. Particularmente, se debe precisar el alcance de los esquemas asociativos en la ejecución de proyectos regionales, de convergencia regional y en la disminución de brechas territoriales. Así mismo, se requiere que se definan de manera específica las fuentes y los mecanismos financieros que tienen las entidades territoriales para financiar sus esquemas de funcionalidad territorial y asociatividad. De igual forma, es necesario que se autorice a las entidades territoriales del nivel municipal y distrital para que puedan invertir recursos en programas estratégicos de desarrollo territorial que se localicen por fuera de los límites municipales.

Finalmente, y no menos importante, es necesario modernizar las fases de gestión pública (planeación, programación presupuestal, ejecución y seguimiento) en la implementación de planes de desarrollo y de instrumentos del ordenamiento territorial. Particularmente se debe lograr la coherencia y articulación de todos los instrumentos de planeación, incorporando explícitamente en cada uno de ellos los programas y proyectos que se harán de forma conjunta para avanzar en una mayor funcionalidad territorial.

## Referencias

- Berdegúe, J. A.; Bebbington, A. y Escobal, J. (2015). Conceptualizando la Diversidad Espacial en el Desarrollo Rural Latinoamericano: Estructuras, Instituciones y Coaliciones. *Serie Documentos de Trabajo* (164). Grupo de trabajo: Cohesión Territorial para el Desarrollo. Programa: Cohesión Territorial para el Desarrollo. Santiago de Chile: Rimisp.
- Berdegúe, J.A, (2017). *Una mirada crítica al desarrollo territorial en Perspectivas del Desarrollo Territorial un Homenaje a Alexander Shejtman* – libro sin publicar.
- Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural – Rimisp (2018) *Metodología para la Focalización Funcional de las Inversiones Territoriales*. Informe en construcción para el Departamento Nacional de Planeación.
- Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural – Rimisp. (2017). *Pobreza y Desigualdad – Informe Latinoamericano 2017 No dejar a ningún territorio atrás*. Santiago de Chile: Rimisp.
- Congreso de Colombia. (25 de enero de 1993) *Por la cual se organiza el subsector de adecuación de tierras y se establecen sus funciones*. [Ley 41 de 1993]. DO: 40.731.
- Congreso de Colombia. (29 de enero de 2016). *Por el cual se crean y desarrollan las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, ZIDRES*. [Ley 1776 de 2016]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201776%20DEL%2029%20DE%20ENERO%20DE%202016.pdf>
- Congreso de Colombia. (3 de agosto de 1994). *Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones*. [Ley 160 de 1994]. DO: 41.479.

- Departamento Nacional de Planeación, (2013). Documento CONPES 3762 de 2013: Lineamientos de política para el desarrollo de proyectos de interés nacional y estratégicos – PINES.
- Departamento Nacional de Planeación, (2015). *El campo colombiano: un camino hacia el bienestar y la paz Misión para Transformación del Campo*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- Departamento Nacional de Planeación, (2017). Programa POT Modernos.
- Meisel A; Wilfried Hahn – De – Castro, (2018). La desigualdad económica entre las regiones de Colombia, 1926-2016. *Cuadernos de Historia Económica* Núm. 47 Julio, 2018. Banco de República
- Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá e Instituto de Estudios Urbanos (IEU), (2017). *20 años de ordenamiento territorial en Colombia: experiencias, desafíos y herramientas para los actores territoriales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá e Instituto de Estudios Urbanos (IEU).
- North, D, (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press.
- Penagos, A.M y Villegas C, (2018). *Marco justificativo para el ordenamiento territorial a escala funcional*. Producto de consultoría: Asesoría en los temas de catastro y desarrollo territorial de MSI para el Departamento Nacional de Planeación.
- Sen, A, (2012). *Desarrollo y Libertad*. (11<sup>a</sup> ed.). Bogotá: Editorial Planeta.
- Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín, (2013). *Los Planes de Ordenamiento Territorial Municipal en Antioquia*. Medellín: Universidad Nacional de Colombia Sede Medellín.

## 7. Instituciones, conflicto y paz: impacto sobre el Estado de Derecho y la democracia en la Colombia del Post-acuerdo

*Andrés Molano-Rojas,*

Director Académico del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Juan Guillermo Moncada Solórzano,*

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

*Alejandro Barrera López,*

Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política  
Hernán Echavarría Olózaga

A modo de provocación:

*Han transcurrido más de doscientos veinte años desde la primera edición anónima de ‘El Contrato Social’ y nuestra común condición de ciudadanos de los Estados nacionales no nos ha hecho ni un ápice más contratantes de la organización política que a Rousseau y sus contemporáneos. Tal vez sea tiempo de escribir ‘La Batalla Social’.*

Hernando Valencia Villa. Cartas de Batalla.

*El presente capítulo tiene como propósito invitar a una reflexión pública sobre la necesidad de una buena institucionalidad en tiempos de conflicto y paz. Para tal motivo se toman como ejes de análisis 3 elementos de gran relevancia para el Acuerdo Final con las FARC: La Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación; el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz; y la Jurisdicción Especial para la Paz. Los efectos de estos, tanto positivos como negativos, sobre la garantía del Estado de Derecho y la democracia pluralista deben tenerse en cuenta para identificar problemas, anticipar riesgos y proponer líneas de acción en materia de mejoramiento de la calidad de las instituciones como condición para el desarrollo económico y el progreso social sostenible en Colombia.*

## Contexto

A lo largo de doscientos años de vida independiente, y a pesar de las dificultades, Colombia ha avanzado en el proceso de consolidación y perfeccionamiento de sus instituciones, en el desarrollo de su economía, y en la generación de oportunidades más amplias para el progreso social. Uno de los principales obstáculos que el país ha tenido que enfrentar tiene que ver con las distintas formas de violencia que, en diferentes momentos de su historia, han amenazado la plena funcionalidad del Estado, la vigencia del orden democrático, el imperio de la ley y la convivencia pacífica.

Para enfrentar ese obstáculo, el país ha apostado por respuestas institucionales y el intento de construcción de consensos sociales y políticos. Así lo ilustran la experiencia del Frente Nacional –en su momento un modelo paradigmático de democracia consociacional–, y los distintos procesos de negociación que condujeron al desarme, desmovilización y reintegración de organizaciones insurgentes y grupos armados ilegales –como la guerrilla del M-19, que protagonizó un tránsito relativamente exitoso a la vida civil y política, y participó protagónicamente en procesos de adaptación y reforma política como el que condujo a la expedición de la Constitución de 1991.

Una paz estable y duradera no es otra cosa que la existencia de un orden político, económico y social libre y justo, en el marco del Estado democrático y pluralista de derecho. En ese sentido, toda evaluación de las experiencias del país en el pasado y de la actual implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera debe tener como parámetro su aporte al fortalecimiento y perfeccionamiento de las instituciones encargadas de garantizar el imperio de la ley y al ejercicio pleno y efectivo de los derechos y libertades de todos los ciudadanos.

En efecto, y aunque no haya un consenso sobre la definición de institución, para el desarrollo del presente capítulo se partirá de la propuesta que hace Douglas North:

Las instituciones son las reglas del juego en la sociedad o, más formalmente, son las restricciones humanamente concebidas que moldean la interacción humana. Por lo tanto, estructuran incentivos en el intercambio humano, ya sea político, social o económico [...] Conceptualmente, la diferencia clara que es necesario hacer es entre las reglas y los jugadores. El propósito de las reglas es definir la forma como se juega el juego. Pero el objetivo del equipo dentro de ese conjunto de reglas es ganar el juego [...] Moldear las estrategias y las habilidades del equipo a medida que se desarrolla es otro proceso separado del moldeamiento de la creación, la evolución y las consecuencias de las reglas (Hodgson, 2011: 32, citando a North, 1990, p. 3).

A estas alturas, el Acuerdo Final con las FARC y su proceso de implementación han supuesto importantes modificaciones institucionales, cuyo impacto en la calidad de la democracia colombiana y el Estado de Derecho suscita no pocas preguntas, y en todo caso, plantea importantes desafíos. Se puede impactar positiva o negativamente el Estado de Derecho y la democracia en cualquier parte del mundo. Sin embargo, surgen en el contexto colombiano unos elementos particulares en el contexto de la terminación del conflicto con las FARC.

Por ello, en la discusión que se presentará a continuación se busca fijar la reflexión en tres elementos de análisis: La Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación; el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz; y la Jurisdicción Especial para la Paz. A partir de las “batallas sociales” que sobre estos tres temas se han dado en el país, se pretende ilustrar sobre los problemas y oportunidades para una buena institucionalidad en la Colombia del post-acuerdo.

## **Análisis**

### ***La CSIVI: una reevaluación de su funcionamiento***

Existen distintas formas de impactar el Estado de Derecho y la democracia pluralista. Una de ellas es la desestructura, el disfuncionamiento y el descontrol

de las organizaciones e instancias que se inscriben dentro de la Rama Ejecutiva del poder público. La consecuencia clara de este problema es la agudización de la tensión social. La falta de respuesta institucional profundiza y puede generar contradicciones en todos los sectores sociales.

A partir de lo anterior se desprenden dos discusiones. La primera es sobre el impacto de las diversas organizaciones y figuras que se han creado en la administración pública para la implementación de cada uno de los puntos del Acuerdo Final. Así, las diferentes agencias, oficinas y/o unidades tendrán un impacto para la sociedad en relación con la eficiencia y eficacia de las mismas. Esta es una discusión que quedará abierta para el futuro, pues no se profundizará ahora en ella.

La segunda es sobre el impacto del mecanismo más importante dentro del Acuerdo Final para revisar el cumplimiento de lo acordado: la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación (CSIVI). Las implicaciones de esta Comisión en relación con el Estado de Derecho y la democracia, se abordarán a continuación.

La CSIVI fue creada por el Decreto presidencial 1995 del 7 de diciembre de 2016 y actualizada por el decreto presidencial 1417 del 3 de agosto de 2018. De esta manera se dio cumplimiento a lo acordado por el Gobierno Nacional y las FARC-EP en 2016 en el punto 6 sobre implementación, verificación y refrendación. En virtud de dicho Decreto y de lo previsto en el punto 6.1 del Acuerdo Final, la CSIVI se compone por tres representantes de alto nivel del Gobierno Nacional y tres representantes de la Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común (FARC), partido político que surgió del tránsito a la vida legal de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia.

Con el cambio de gobierno, se modificaron los nombres de los representantes del Gobierno Nacional en la CSIVI. Así, mediante Decreto presidencial número 1780 del 17 de septiembre de 2018, fue designada Nancy Patricia Gutiérrez en su condición de Ministra del Interior. También Miguel Ceballos, en calidad de Alto Comisionado para la Paz del Departamento Administrativo de la Presi-

dencia de la República. Y finalmente, Emilio José Archila, Alto Consejero Presidencial para el Posconflicto del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Por su parte la FARC, en una carta dirigida al Presidente de la República Iván Duque, comunica que desde el mes de julio de 2018 se ratificaron también los nuevos nombres de los integrantes de la Comisión por parte de ese partido. Estos son: Rodrigo Granda<sup>1</sup>, Jairo Estrada<sup>2</sup> y Ronald Rojas<sup>3</sup>.

Más allá de ser una instancia conjunta de coordinación para el post-acuerdo, se ha calificado a la CSIVI de ser una especie de “pulpo institucional” (Arango, J. 2017) por las numerosas y diversas funciones que se le atribuyeron. Para algunos, tales poderes deberían estar solamente reservados a la institucionalidad que ha sido creada por el marco legal y constitucional del país.

Los objetivos de esta Comisión, de acuerdo con el Acuerdo Final, son los de la resolución de diferencias; el seguimiento a los componentes del Acuerdo y la verificación de su cumplimiento; el impulso y seguimiento de la implementación legislativa del Acuerdo; la información de seguimiento a la implementación; y la recepción de insumos de instancias encargadas de la implementación.

Para ello, en los decretos que la fundamentan se listan 36 funciones dentro de las que se destacan las siguientes: resolver las diferencias o cualquier otra situación imprevista entre las partes firmantes; discutir y aprobar el Plan Marco de Implementación del Acuerdo, así como revisarlo anualmente para recomendar

---

1. Rodrigo Granda, antes conocido como “Ricardo Téllez” era considerado el “Canciller de las FARC”. En 1997 fue elegido miembro integrante del Secretariado del Estado Mayor Central de las FARC-EP e integrante de su Comisión Internacional. Hizo parte de la Delegación de Paz de las FARC-EP en los diálogos de La Habana, Cuba.

2. En el 2014, fue elegido como uno de los integrantes de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas (CHCV), encargada de crear un informe sobre las causas y las consecuencias del conflicto armado colombiano. En 2016, fue elegido como uno de los seis integrantes de Voces de Paz y Reconciliación, un grupo de representantes con puesto en el Congreso, con voz, pero sin voto, que hacía seguimiento del trámite de las leyes que se requerían para la implementación del Acuerdo Final.

3. Ronald Rojas, antes conocido como “Ramiro Durán”, hizo parte de la lista al Congreso de la República de la Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común en las pasadas elecciones legislativas del 11 de marzo de 2018.

los ajustes a que haya lugar; constatar que todos los proyectos de decreto, ley o acto legislativo necesarios para la implementar el Acuerdo correspondan a lo acordado; solicitar informes de seguimiento y ejecución sobre los distintos programas y proyectos ejecutados con recursos de cooperación internacional; presentar informes periódicos y diferenciales de los avances en la implementación; mantener contacto, recibir y analizar las observaciones de los notables que integran el Componente Internacional de Verificación; actuar como mecanismo de interlocución y coordinación con la Misión de Verificación de las Naciones Unidas; y otras más.

Pero, entre las múltiples funciones de la CSIVI, la que estaba contenida en el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 1995 de 2016, resultó particularmente lesiva para el principio democrático y la separación de poderes durante la vigencia del procedimiento legislativo especial para la paz. Específicamente esta disposición establecía:

Constatar que el contenido de todos los proyectos de decreto, ley o acto legislativo que sean necesarios para implementar el Acuerdo Final, correspondan a lo acordado antes de que sean expedidos por el Presidente de la República o presentados ante el Congreso, según sea el caso. Para estos efectos, se tendrá en cuenta el listado no exhaustivo de proyectos incluidos en el Acuerdo Final. Lo anterior sin perjuicio de las competencias del Congreso de la República.

Por acción de un grupo de ciudadanos que argumentaban la inconstitucionalidad de la norma, se demandó el poder supralegal que el Decreto reglamentario 1995 de 2016 otorgaba a la CSIVI para intervenir en la formación de los decretos, las leyes y los actos legislativos. Así en marzo de 2018, El Consejo de Estado en Sala Unitaria, Sección Primera, resolvió decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del numeral 6 del artículo 3 del Decreto 1995 de 2016, por desconocer los artículos 113, 132, 133, 154 y 155 de la Constitución Política.

Cabe destacar, no obstante, que la norma establece que la función se entiende “sin perjuicio de las competencias del Congreso de la República”. Sin embar-

go, la facultad otorgada a la Comisión sí condicionaba la iniciativa legislativa y reglamentaria, en razón de que era necesario un “visto bueno” previo a la aprobación de los decretos y a la presentación de los proyectos de leyes y actos legislativos para la implementación del Acuerdo Final. Lo anterior era una limitación excesiva de la autonomía tanto del Congreso de la República como de la Rama Ejecutiva. La síntesis de las razones expuestas por el Consejero Ponente Oswaldo Giraldo, en auto del 2 de marzo de 2018, es clara:

No se observa, ni en la Constitución ni en la ley, que la iniciativa de las instituciones democráticas legítimamente constituidas en temas trascendentales para el país, deba someterse al estudio previo obligatorio de la CSIVI, de donde es dable concluir que la función asignada en el decreto reglamentario excede el marco constitucional y legal si, como dan a entenderlo los demandantes, constituye una etapa previa que vincula a las instituciones democráticas para ejercer la iniciativa gubernamental y legislativa. Y más aún, si tiene el alcance de vetar la iniciativa, pues las normas legales que le han dado fundamento a la CSIVI y que fueron transcritas con anterioridad no le han conferido tal atribución.

En resumen, se logró advertir el impacto negativo sobre la garantía del Estado de Derecho y la democracia pluralista, pues afectaba las competencias de la institucionalidad reconocida constitucionalmente en Colombia. Lo anterior, en razón de que la disposición contenida en el decreto de la CSIVI no estaba prevista en ninguna parte del ordenamiento jurídico colombiano. También, porque constituía una clara intromisión sobre las competencias que están a cargo de las autoridades revestidas de iniciativa ejecutiva y legislativa, de las cuales también son titulares el gobierno, el Congreso y el pueblo. Y finalmente porque representaban una limitación a la actuación de las instituciones democráticamente constituidas para deliberar y decidir en esas materias.

La discusión en este acápite, sobre la función inconstitucional que le fue atribuida a la CSIVI, debe abrir espacio a una reflexión más amplia sobre el resto de funciones que le fueron asignadas a esta Comisión. Dicha reflexión debe partir del precepto de que ninguna de estas prerrogativas puede extenderse a ejercer poderes y competencias que la Constitución Política de 1991 y las leyes han

reservado a las instituciones democráticas. Mucho menos que alguna de estas funciones se vuelva obligatoria o vinculante para estas. La labor de verificación de la CSIVI debe ajustarse a este principio legítimo que la nación colombiana ha acordado en su Carta Política y que supera el Acuerdo Final.

A la CSIVI se le dio un tiempo de duración de hasta 10 años, y cumplirá en enero de 2019 un primer periodo de funcionamiento. En ese momento, los integrantes de la Comisión deben decidir sobre la posibilidad de una prórroga. Hasta esa fecha, el Gobierno Nacional en cabeza del presidente Iván Duque, tiene la oportunidad de reevaluar el funcionamiento de la CSIVI. Puede haber un debate político en relación con los enfoques y contradicciones que haya entre las partes que conforman la CSIVI, pero también puede haber un debate más técnico en relación con la eficiencia y eficacia del mecanismo en sí mismo y su funcionalidad para la democracia y el Estado de Derecho.

En cualquier caso, en esa revisión de la CSIVI debe hacerse eco de que, en el ejercicio de seguimiento, impulso y verificación de la implementación, se deben respetar principios democráticos como el carácter unitario del Estado Social de Derecho, el pluralismo político, las libertades individuales, la división de poderes, las competencias de las ramas del poder público, la integridad territorial, la libertad económica, el derecho a la propiedad privada de todos los ciudadanos y la primacía de los derechos inalienables de la persona.

### ***El Fast Track: precedentes y lecciones***

Otra de las formas para impactar el Estado de Derecho y en la democracia pluralista, es a través de la limitación o suplantación de las competencias de la Rama Legislativa del poder público. El resultado cierto de este problema es la erosión de la democracia representativa y la pérdida de confianza y legitimidad en el Estado como un todo. Socavar el ejercicio de soberanía que hace el pueblo a través de los órganos representativos que se eligen por votación es indeseable para una nación democrática.

Considerando lo anterior, se puede desarrollar una discusión sobre el impacto que tuvieron los instrumentos jurídicos diseñados para facilitar y asegurar el desarrollo normativo del Acuerdo Final. Uno de estos instrumentos es el procedimiento legislativo especial para la paz, que tenía el propósito de agilizar y garantizar la implementación ofreciendo garantías de manera excepcional y transitoria para el fin del conflicto, sentando las bases de la implementación normativa del Acuerdo. El otro instrumento eran las facultades presidenciales para la paz, en el cual se le otorgaba al Presidente de la República facultades extraordinarias para expedir decretos con fuerza de ley que fueran necesarios para asegurar las normativas derivadas del Acuerdo. Para efectos de este acápite el análisis se centrará en el primero de ellos: el Procedimiento Legislativo Especial para la Paz.

Dicho procedimiento, comúnmente llamado *Fast Track*, fue creado por el Acto Legislativo 1 del 7 de julio de 2016 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, en su artículo 1. Este procedimiento se diseñó para funcionar por 6 meses, contados a partir de su entrada en vigencia, y podía prorrogarse hasta por un periodo igual. Así el *Fast Track* funcionó hasta el 30 de noviembre de 2017.

En total, el *Fast Track* tenía 11 reglas de funcionamiento. Algunas de las características más destacadas eran: que los proyectos de ley y de acto legislativo tramitados por este Procedimiento eran de iniciativa exclusiva del Gobierno Nacional; que tales proyectos tenían trámite preferencial, por lo cual tenían absoluta prelación el orden del día sobre cualquier otro asunto; que para los proyectos de ley, el primer debate debía surtirse en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas; que para los proyectos de acto legislativo, su trámite sería solo de una sola vuelta de 4 debates; que las modificaciones, tanto para proyectos de ley y actos legislativos, debían contar con el aval previo del Gobierno Nacional; que la votación, tanto en las Comisiones como en Plenarios, debía hacerse sobre la totalidad de cada proyecto; y que cada proyecto

tenía control automático y único de constitucionalidad, posterior a su entrada en vigencia, salvo las Leyes Estatutarias que tenían un control previo.

Siendo conocidas las condiciones *sui generis* que caracterizarían el procedimiento legislativo especial para la paz, algunos advirtieron sobre la inminente limitación a la deliberación del Congreso de la República y a las diferentes prerrogativas naturales de los congresistas; ello, aunado al cerrado escenario del debate público a la hora de construir las propuestas para la implementación normativa. Lo anterior solo reforzaba la constante opacidad – en el acceso la documentación – y en la restricción de la participación e intervención que se acusaba desde la ciudadanía. (Castro & Molano, 2018).

Por ello, a través de una acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 1 y 2 del Acto Legislativo 01 de 2016, se intentó remediar la situación descrita. El concepto del ciudadano demandante es que dichos artículos eran fruto de un “vicio de competencia” del Congreso, como órgano constituido, ya que carece de atribuciones para “sustituir la Constitución”. Específicamente sobre el artículo 1, señaló que el Congreso, al reducir a 1 vuelta con 4 debates el procedimiento de reforma constitucional, habría sustituido la Constitución, porque degradaban la Carta al nivel jerárquico de la ley al exigir para su reforma los mismos debates necesarios para modificar o expedir leyes. Dicha disposición sustituía un elemento definitorio de la Carta conformado por los principios de supremacía, rigidez y control constitucional, que, por un lado, impide alterar los mecanismos de reforma constitucional, y por otro, reducir la rigidez constitucional hasta hacerla equivalente a la de las leyes. No obstante, en la Sentencia C-699 de 2016, la decisión de la Corte fue declarar exequibles dichos segmentos pertenecientes al artículo 1 de la norma. La decisión de la Corte se sintetiza en que:

El Congreso por medio de actos legislativos no solo puede modificar las previsiones que establecen mecanismos de enmienda constitucional, sino que de hecho puede además graduar el estándar de dificultad para el cambio originalmente previsto en la Constitución 1991, y puede entonces reducirlo, siempre que no sustituya la Constitución.

La resistencia al cambio de las normas constitucionales debe ciertamente ser superior a la de las leyes, pero el grado de superioridad es un aspecto susceptible de adaptación transicional, precisamente como una forma de garantizar la integridad de la parte dogmática de la Carta y en particular el derecho a la paz.

Así, el grado de superioridad de las normas constitucionales termina siendo susceptible de una “adaptación transicional”, que para el caso del Acto Legislativo 01 de 2016 era el de “facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Ello puede verse como aceptable, pero discutiblemente deseable para el Estado de Derecho y la democracia colombiana.

Otra acción pública de inconstitucionalidad sí prosperó. Entre los demandantes se encuentra el actual Presidente de la República, Iván Duque. La demanda contenía acusaciones por sustitución de la Constitución en contra de los artículos 1, 2, 3 y 5 del Acto Legislativo 01 de 2016. Pero específicamente, sobre el artículo 1, que es del interés de este acápite, se argumentó que tal disposición transgredía los artículos 113, 241, 243, 374, 375 y 379 de la Constitución de 1991. Particularmente sobre los literales h) y j) se aludió la vulneración de dos pilares fundamentales de la Constitución colombiana: los principios de separación y equilibrio de poderes. En tales literales se estipulaba que los proyectos de ley y de acto legislativo: “solo podrán tener modificaciones siempre que se ajusten al contenido del Acuerdo Final y que cuenten con el aval previo del Gobierno nacional”, y que “en la comisión y en las plenarias se decidirá sobre la totalidad de cada proyecto, con las modificaciones avaladas por el Gobierno nacional, en una sola votación”.

Pero la Corte, en Sentencia C-332 de 2017, declaró la inexecutable de los literales en cuestión, remediando los condicionamientos que recayeron sobre el Congreso de la República, que lo relegaban a una figura meramente notarial y de validación de las decisiones de la Rama Ejecutiva:

(...) se concluye por la Corte que los literales h) y j) del Acto Legislativo 1 de 2016 sustituyen la Constitución, en la medida en que desvirtúan las competencias de deliberación y de eficacia del voto de los congresistas, las cuales conforman el nú-

cleo esencial de la función legislativa. Estas enmiendas a la Constitución también implican un desbalance en el equilibrio e independencia entre los poderes públicos, a favor del ejecutivo y en desmedro de las prerrogativas propias del Congreso en una democracia constitucional.

Por ende, el legislativo debe conservar su competencia para introducir modificaciones a las propuestas del ejecutivo, incluso sin contar con aval gubernamental, así como para decidir si somete o no a discusión el articulado u opta por la votación en bloque de esas mismas iniciativas. Con todo, en cada una de estas actividades debe cumplirse con las reglas y principios que guían el trabajo legislativo, así como con el requisito de conexidad entre los contenidos del Acuerdo y las normas jurídicas que se deriven del proceso de implementación, (...).

Así, la Corte revirtió la injerencia indebida que el ejecutivo tenía sobre los asuntos del legislativo a propósito del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz. A pesar de la intención de agilizar y garantizar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final, el poder excesivo que el primero tenía sobre el segundo era un claro desequilibrio en la separación de poderes. Y está claro que el poder político en las democracias constitucionales debe ser dividido y limitado, como un rasgo propio que distinguen a estas de otras formas de ejercicio de la actividad estatal, en especial aquellas que se asemejan a las tiranías o autarquías.

A partir de esa providencia, se dilucida el impacto negativo que generaba el *Fast Track* para el control del ejercicio del poder. Estaba en riesgo, en ese sentido, la garantía de las libertades y derechos de los ciudadanos frente a un poder público omnímodo. Y también se perdía la racionalización que debe caracterizar la actividad del Estado en donde de manera independiente, autónoma y especializada se legisla, se ejecuta y se juzga.

Este primer acercamiento al impacto del *Fast Track* queda como precedente y lección hacia el futuro del riesgo que puede generarse al buscar celeridad para el desarrollo normativo de cualquier proceso de cambio político o social. Conseguir la consolidación rápida de la terminación de un conflicto, empleando

cualquier medio para lograrlo, no es igual a conseguir una consolidación segura y efectiva. Quedará para discusiones futuras, un segundo acercamiento del impacto de todo el volumen normativo en sí mismo que fue tramitado por medio del Procedimiento Legislativo Especial para la Paz (ver tabla 1 y 2).

Tabla 1.

Normas “Fast Track” en la Corte Constitucional en cifras	
Actos Legislativos	5
Leyes	6
Decretos-Ley	35
Total de normas	46
Total de artículos examinados	774

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la Corte Constitucional.

Tabla 2.

Control de Constitucionalidad en cifras	
Artículos exequibles	660
Artículos exequibles con expresiones inexequibles	58
Artículos inexequibles	13
Artículos con exequibilidad condicionada	52

Fuente: Elaboración propia a partir de información de la Corte Constitucional.

### *La JEP: aplicando justicia a pesar de sí misma*

El Estado de Derecho y la democracia pueden verse también afectados por la forma en que se imparte – o se deje de impartir – la justicia. El riesgo de generar impunidad e inseguridad jurídica y de esa forma reproducir ciclos de violencia y victimización no es deseable para la Colombia del post-acuerdo.

Por ello, el mecanismo judicial que se acordó en La Habana para resarcir los derechos de las víctimas fue el de la creación de un componente de justicia

transicional. Específicamente, en el punto 5 del Acuerdo Final donde está contenido el acuerdo sobre las víctimas del conflicto, se crea el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRNR), del cual hace parte, junto con otros componentes extrajudiciales<sup>4</sup>, la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) como mecanismo judicial para permitir la investigación y sanción de las graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario y de violaciones a los Derechos Humanos.

Así, de acuerdo con Molano, Ramírez y Zarama (2016), sobre el mecanismo de justicia transicional acordado entre el Gobierno y las FARC, dos elementos resultan relevantes para el análisis del componente “ideacional” del mismo. Por un lado, es importante ver las expectativas y demandas que tal mecanismo puede generar sobre el conjunto de la administración de justicia, y, por el otro, es valioso también ver el impacto que su efectividad o ineffectividad puede producir en el imaginario colectivo, tanto de sí mismo como de la justicia como un todo.

La norma que le dio vida a la JEP fue el Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017 “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la Terminación del Conflicto Armado y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”. Dicha norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, salvo algunos apartes normativos que se declararon inexecutable, mediante la Sentencia C-674 de 2017. En el capítulo 3 de dicha norma se caracteriza a la JEP como sujeto de un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica. Esta Jurisdicción deberá conocer de

---

4. Los otros mecanismos y medidas que conforman el Sistema Integral son: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, un órgano temporal y de carácter extra judicial, que busca conocer la verdad de lo ocurrido y contribuir al esclarecimiento de las violaciones e infracciones, ofreciendo una explicación amplia a toda la sociedad de la complejidad del conflicto; una Unidad Especial para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado, una unidad de alto nivel de carácter humanitario y extrajudicial, cuyo objetivo es contribuir a la implementación de acciones humanitarias de búsqueda e identificación de todas las personas dadas por desaparecidas en el marco del conflicto armado que se encuentren con vida, y en los casos de fallecimiento, cuando sea posible, la localización y entrega digna de restos; y finalmente una serie de medidas de reparación integral para la construcción de paz.

manera preferente sobre las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas en relación directa o indirecta con el conflicto armado colombiano con anterioridad al 1 de diciembre de 2016, a pesar de lo cual no representa la sustitución como tal de la justicia ordinaria.

Los objetivos orientadores de la jurisdicción son los de satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las conductas objeto de investigación y sanción. No obstante, la consecución de dichos objetivos se ha visto cuestionada en medio de la accidentada puesta en marcha de la JEP: corrupción, falta de entendimiento con la justicia ordinaria y reformas a su propia estructura han estado en el debate público a la hora de hacer un juicio sobre la JEP.

Más allá de los problemas gerenciales que puedan darse por la demanda extraordinaria de recursos económicos, de infraestructura, técnicos, humanos y políticos, para la creación de esta nueva jurisdicción, se han hecho señalamientos de corrupción en la JEP lamentables. En el mes de abril de este año, el Fiscal General de la Nación denunció la existencia de una red de intermediarios interesada en la adjudicación de contratos a cambio de porcentajes del valor de los mismos (El Nuevo Siglo, 2018). También, más recientemente, se conoció la intención de la Fiscalía General de la Nación de imputar cargos a la directora administrativa de la JEP, Martha Lucía Zamora, por los delitos de abuso de función pública, perturbación de actos oficiales y asesoramiento y otras actuaciones ilegales (El Espectador, 2018). Esto resulta muy negativo para las expectativas e imaginarios de las víctimas y de la sociedad sobre la integridad que debe mantener, en general, toda institucionalidad, pero especialmente ésta que ha sido creada con el propósito noble de aplicar justicia sobre los hechos del conflicto armado colombiano.

No menor ha resultado el hecho cierto de la tensión entre la Jurisdicción Especial para la Paz y la justicia ordinaria y otras autoridades. En esta materia, fre-

cuentemente se transita de la discusión jurídica a la discusión política, y viceversa. La aparente falta de reglas claras sobre el relacionamiento de la JEP con las jurisdicciones ya existentes y con el ejercicio de competencias por parte de otras autoridades ha generado polémicas que afectan la imagen de la institucionalidad. El caso de Seuxis Pausivas Hernández Solarte, más conocido como Jesús Santrich, hoy acusado de cometer el delito de narcotráfico con posterioridad al 1 de diciembre de 2016, día en el que el Congreso ratificó el Acuerdo Final, es ilustrativo (El Tiempo, 2018). La discusión sobre la competencia del caso, la decisión sobre la extradición o no de Hernández, y otros temas han puesto de presente desencuentros entre la Jurisdicción y la Fiscalía General de la Nación y la misma Corte Suprema de Justicia.

También, desde el Congreso de la República se ha intentado reformar la estructura de la Jurisdicción contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2017. La bancada del Centro Democrático y de Cambio Radical impulsan el Proyecto de Acto Legislativo 024 de 2018 Senado<sup>5</sup>, que busca crear unas salas especiales para juzgar miembros de las fuerzas militares en la JEP. Tal proyecto, aunque tiene gran oposición en el Congreso por las posibles consecuencias que haya cuando la Corte Penal Internacional revise el caso colombiano, ha sido respaldado por el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior (Semana, 2018). Más allá de la viabilidad del proyecto, se destaca que, aun habiendo iniciado su labor, la JEP es y puede seguir siendo objeto de debate jurídico y político.

La justicia, sea que se hable del mecanismo de justicia transicional o de todo el aparato de la justicia ordinaria, es esencial para la Colombia del post-acuerdo. El perfeccionamiento de la institucionalidad encargada por la Constitución de ad-

---

5. La Reforma plantea crear, dentro del Tribunal para la Paz, dos secciones de primera instancia: una sección de revisión de sentencias y una sección de apelación. Estas serán integradas cada por tres magistrados que serían escogidos por el Presidente de la República y que deberían, como condición, conocer sobre el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y sobre los manuales operacionales de las Fuerzas Armadas. También se plantea dentro de la Jurisdicción Especial para la Paz, la creación de una sala de determinación de competencia de las secciones que conocerán las acciones cometidas por los miembros de la Fuerza Pública. Estará integrada por 3 magistrados y una Unidad de Investigación y Acusación para uniformados, integrada por un mínimo de 8 fiscales designados por el Fiscal General de la Nación.

ministrar justicia es determinante. Porque, como lo indican Molano, Ramírez y Zarama, ello incide positivamente y coadyuva a los propósitos de reducción de la violencia, fortalecimiento de la presencia del Estado, integración de los territorios y recuperación del tejido social:

A fin de cuentas, el problema no es solo de oferta: transformar la justicia en Colombia no es solo aumentar la provisión de justicia por parte del Estado, sino disminuir la necesidad que tienen los ciudadanos de acudir a la administración de justicia para obtener el reconocimiento y definición del alcance y sustancia de sus derechos (Molano, Ramírez & Zarama, 2016).

## Conclusiones y líneas de acción de política pública

El nuevo Gobierno ha recibido un mandato democrático para hacer ajustes a la implementación del Acuerdo Final. Esos ajustes, tal como se presentan actualmente, no son una elección de política sino un imperativo, una exigencia si se quiere dar sostenibilidad al proceso de desmovilización, desarme y reintegración de la guerrilla de las FARC.

No es caprichoso seguir insistiendo en que el Acuerdo Final, o cualquier disposición para su implementación, no puede sustituir la Constitución, ni los principios fundamentales del Estado Colombiano, ni la vigencia del principio de la separación e independencia de poderes. Así, los ajustes anunciados por el Gobierno entrante deberán ser tramitados institucionalmente según los procedimientos constitucionales. Pero además de ajustes normativos se requerirán ajustes de política pública y nuevas orientaciones para la gerencia, gestión y administración del proceso de implementación.

En ese sentido, el Gobierno actual debe:

- Liderar el tránsito que eleve el Acuerdo Final y su implementación de una política de gobierno a una política de Estado para reforzar su legitimidad y sobre la base de la construcción del más amplio consenso político y social posible, con la participación de las fuerzas políticas de oposición.

- Impulsar los ajustes a la implementación del Acuerdo Final en las áreas más críticas, mientras mantiene y perfecciona el esfuerzo ya adelantado para asegurar la efectiva reincorporación política, económica y social de la base ex combatiente.
- Definir y aplicar criterios de priorización y gradualidad con el fin de racionalizar el cronograma de implementación del Acuerdo Final, establecer objetivos realistas y metas evaluables, privilegiar la atención de las poblaciones más sensibles y reducir su vulnerabilidad, y procurar y proveer de la manera más eficiente los recursos necesarios.
- Asegurar el mejor y más efectivo funcionamiento posible de la justicia transicional y el cumplimiento estricto de las condiciones de acceso y permanencia en el régimen de la jurisdicción especial por parte de quienes se acojan a ella.

## Referencias

- Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. (24 de noviembre de 2016). Recuperado de <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf>
- Arango, J. (12 de junio de 2017). La CSIVI, el verdadero poder. *La Silla Vacía*. Recuperado de <https://lasillavacia.com/silla-llena/red-de-la-paz/historia/la-csivi-el-verdadero-poder-61337>
- Caracol Radio. (17 de septiembre de 2018). Gobierno evalúa cumplimiento de Acuerdos de Paz antes de convocar CSIVI. *Caracol Radio*. Recuperado de [http://caracol.com.co/radio/2018/09/18/nacional/1537223571\\_000696.html](http://caracol.com.co/radio/2018/09/18/nacional/1537223571_000696.html)
- Castro, J. & Molano, A. (2017). Colombia en el Fast Track: Primer balance. En Molano, A. (Ed.), *Colombia en contexto: Inquietudes, oportunidades y tareas pendientes*. (pp. 249-283). Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, Fundación Konrad Adenauer.

- Círculo de empresarios. (2008). *La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: sistema judicial y organismos reguladores*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- Congreso de la República. (26 de septiembre de 2018). *Proyecto de Acto Legislativo por la cual se adiciona el Acto Legislativo 01 de 2017 y se dictan otras disposiciones*. [Proyecto de Acto Legislativo 024 de 2018 Senado]. Recuperado de <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-de-acto-legislativo/cuatrenio-2018-2022/2018-2019/article/24-por-la-cual-se-adiciona-el-acto-legislativo-01-de-2017-y-se-dictan-otras-disposiciones>
- Congreso de la República. (4 de abril de 2017). *Acto Legislativo por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera y se dictan otras disposiciones*. [Acto Legislativo 1 de 2017]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%20N%20C%20B0%2001%20DE%204%20DE%20ABRIL%20DE%202017.pdf>
- Congreso de la República. (7 de julio de 2016). *Acto Legislativo por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. [Acto Legislativo 1 de 2016]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/ACTO%20LEGISLATIVO%2001%20DEL%207%20DE%20JULIO%20DE%202016.pdf>
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. (2 de marzo 2018). *Auto sobre solicitud de medida cautelar*. Expediente nro.: 11001-03-24-000-2017-00240-00. [Consejero Ponente Oswaldo Giraldo López]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (13 de diciembre de 2016). Sentencia C-699 de 2016. [MP María Victoria Calle Correa]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (14 de noviembre de 2017). Sentencia C-674 de 2017. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de mayo de 2017). Sentencia C-332 de 2017. [MP Antonio José Lizarazo Ocampo]
- Botero, J. (28 de julio de 2018). Decadencia institucional. *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/opinion/articulo/impacto-del-acuerdo-de-paz-en-el-estado/534051>

- Departamento Administrativo de Presidencia de la República. (17 de septiembre de 2018). *Decreto por el cual se designan los representantes del Gobierno nacional ante la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final*. [Decreto 1780 de 2018]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201780%20DEL%2017%20DE%20SEPTIEMBRE%20DE%202018.pdf>
- Departamento Administrativo de Presidencia de la República. (3 agosto de 2018). *Decreto por el cual se actualiza la organización y funcionamiento de la Comisión de Seguimiento, impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARCEP el 24 de noviembre de 2016*. [Decreto 1417 de 2018]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201417%20DEL%2003%20DE%20AGOSTO%20DE%202018.pdf>
- Departamento Administrativo de Presidencia de la República. (7 de diciembre de 2016). *Decreto por el cual se crea la Comisión de Seguimiento, Impulso y Verificación a la Implementación del Acuerdo Final, suscrito entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP el 24 de noviembre de 2016*. [Decreto 1995 de 2016]. Recuperado de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%201995%20DEL%2007%20DE%20DICIEMBRE%20DE%202016.pdf>
- El Espectador. (2 de octubre de 2018). Imputarán cargos a Martha Lucía Zamora por presuntas irregularidades en la JEP. *El Espectador*. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/fiscalia-imputara-cargos-martha-lucia-zamora-por-presuntas-irregularidades-en-la-jep-articulo-815762>
- El Nuevo Siglo. (5 de abril de 2018). ¿Otro cartel? Detectan corrupción en contratos de la JEP. *El Nuevo Siglo*. Recuperado de <https://www.elnuevosiglo.com.co/articulos/04-2018-hay-red-de-intermediarios-en-proyectos-de-pos-conflicto>
- El Tiempo. (26 de octubre de 2018). Los escenarios en el caso Santrich tras petición de pruebas a EE.UU. *El Tiempo*. Recuperado de <https://www.eltiempo.com/justicia/jep-colombia/escenarios-del-caso-santrich-tras-peticion-de-pruebas-a-estados-unidos-285762>
- Hodgson, G. M. (2011). ¿Qué son las instituciones? *Revista CS*, (8), pp. 17-53.

- Londoño, R. (2018). Acción de cumplimiento para avanzar en implementación de la paz. Página Web FARC-EP. Recuperado de <https://www.farc-ep.co/comunicado/accion-de-cumplimiento-para-avanzar-en-implementacion-de-la-paz.html>
- Molano, A., Ramírez, S. & Zarama, F. (2016). Los desafíos de la justicia más allá de la Justicia Especial para la Paz. En Molano, A. (Ed.), *Colombia en contexto: Inquietudes, oportunidades y tareas pendientes*. (pp. 41-58). Bogotá: Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga, Fundación Konrad Adenauer.
- Semana. (29 de octubre de 2018). Dos ministros, al rescate de la reforma de la JEP. *Semana*. Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/gobierno-respalda-reforma-de-uribe-a-la-jep/588803>
- Valencia, H. (1987). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – U. Nacional.

## 8. ¿Existe una compatibilidad de incentivos para implementar los compromisos asumidos para el Post-acuerdo en Colombia? Análisis de contexto y necesidades

*Lorena Garnica De la Espriella,*  
Gerente Senior de la firma EY (Ernst & Young)

*Germán Zarama Santacruz,*  
Investigador Senior del Centro Regional de  
Empresas y Emprendimientos Responsables (Creer)

*Partiendo del concepto de la compatibilidad de incentivos, en consideración del cual actores clave para la implementación de compromisos pactados en el marco de un acuerdo de paz, encuentren útil y/o necesario intervenir en términos económicos para la implementación del mismo, se examinarán especialmente los elementos socio-políticos del contexto colombiano, en cuanto a perspectivas que ofrece el post-acuerdo en términos de obstáculos, retos y necesidades identificadas, con relación a la consecución de los recursos financieros requeridos para poner en marcha los programas y estrategias contempladas por las partes.*

### Introducción

**E**l presente artículo tiene por propósito esbozar, desde un análisis de contexto y de perspectivas, las implicaciones y retos que tiene en términos de consecución de financiamiento la implementación de un acuerdo de paz con un grupo armado ilegal, y específicamente para el caso colombiano del denominado Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (en adelante el Acuerdo).

Si bien los procesos de negociación son muy importantes en términos políticos, en muchos casos los acuerdos de paz fracasan debido al desafío de la implementación. La implementación de los acuerdos de paz representa un proceso de transición de alto interés con incertidumbres, intangibles y contratiempos. En estas circunstancias, es difícil mantener el compromiso de los beligerantes y los terceros con el proceso (Stedman & Rothchild, 1996, p. 18).

En ese sentido, una de las cuestiones a considerar con relación al éxito que puede tener la implementación de un acuerdo de paz, es la de su financiación y viabilidad de sostenibilidad de los compromisos en el tiempo. No obstante, por lo general los acuerdos se ocupan principalmente de la regulación de las cuestiones políticas o militares que subyacen en los conflictos armados, mientras que las cuestiones económicas y de las condiciones necesarias para la implementación solo se presentan de manera tangencial. Se encuentran diversos ejemplos en los acuerdos de paz suscritos entre los Estados en los siglos XIX y XX, en los cuales los asuntos económicos solo se consideraron de manera marginal porque la interrupción de las relaciones económicas entre dos Estados se consideraba corregida como parte de la normalización de las relaciones. Sin embargo, en los casos en que los Estados no tenían relaciones -económicas y/o políticas- anteriores, los tratados de paz planteaban desafíos en cuanto a los planteamientos económicos posteriores al conflicto (Neff, 2004).

Ahora bien, tratándose de acuerdos de paz suscritos con actores armados al margen de la ley, uno de los principales retos en términos de estabilidad del proceso de implementación tiene que ver con tres factores: que los beligerantes a menudo son incapaces de crear compromisos creíbles para desarmarse y desmovilizarse (Walter, 1997); los cuestionamientos sobre la viabilidad de la implementación que se hacen los grupos de interés que tienen la determinación, la oportunidad y la capacidad de incidir (incluyendo a los actores privados); y finalmente, el hecho de que se puedan garantizar adecuadas condiciones para evitar el reclutamiento de rebeldes en un período posterior al conflicto, pues en caso contrario es probable que éste se repita (Walter, 2004, p. 374).

Bajo esas consideraciones, partiendo del concepto que los economistas denominan como “la compatibilidad de incentivos”, se examinará seguidamente la viabilidad de implementación un acuerdo de paz en términos de posibilidades de financiamiento y sostenibilidad, en consideración de los actores clave que tienen la posibilidad de incidir en el periodo del post-acuerdo, y las complejidades del contexto que presenta específicamente el caso colombiano.

Para ello, se examinarán así mismo algunos casos de experiencias internacionales relevantes, en consideración de las lecciones aprendidas y los factores comunes, de modo que permitan delimitar recomendaciones prácticas de política pública que atiendan a las necesidades particulares del entorno.

## **La compatibilidad de incentivos como factor determinante para la implementación exitosa de un acuerdo**

En el texto *Implementing Peace Agreements in Civil Wars: Lessons and Recommendations for Policymakers* (Stedman, 2001), se examinan las estrategias, necesidades de coordinación y problemas de compatibilidad de incentivos, entre otros aspectos críticos para la implementación de un acuerdo de paz.

De manera particular, se plantea la cuestión de lo que los economistas denominan “compatibilidad de incentivos” o lo que comúnmente se conoce como “viabilidad política”. Desde la perspectiva económica, esto es que las estrategias a implementar deben estar en el interés propio de los actores críticos del proceso para que se viabilice su materialización.

Bajo esta noción -presentada por primera vez por el economista estadounidense nacido en Rusia Leonid Hurwicz en 1960- se ha encontrado que los entornos de implementación difíciles (como es el colombiano, por todas las características propias del contexto), requieren más recursos, mayor participación interna-

cional, y estrategias más coercitivas. Sin embargo, usualmente tales recursos y las estrategias no llegan.

Lo anterior se da, en mayor medida, porque ninguna potencia importante o regional considera -por lo general- que la relación entre la paz y la guerra en un país dado está en su propio interés estratégico vital. El problema de la compatibilidad con incentivos generalmente se subsume bajo el argumento de que la falta de voluntad política es el problema, con lo cual se justifica que, si solo se encontrara más voluntad, los casos más difíciles recibirían la atención y los recursos necesarios.

Pero el énfasis en la voluntad política engaña: toma una variable relativamente fija, que es la percepción del interés nacional vital de las potencias. Cabe preguntarse entonces, si el caso colombiano reviste tal importancia para las potencias, que las llevara realmente a financiar el costo que requiere asumir la plena implementación de los componentes establecidos en los compromisos con las FARC.

Como se evidencia en la siguiente tabla, no son muchos los casos considerados como “exitosos” de implementación de acuerdos para la terminación de conflictos armados que hayan contado con respaldo internacional.

**Tabla 1.**

Caso	Periodo de tiempo	Implementador principal	Índice de dificultad*	Índice de voluntad política*	Resultado
Zimbabue	1980	Gran Bretaña	4	1	Exitoso
Sri Lanka	1987/89	India	6	1.7	Fallido
Namibia	1989/90	ONU	0	1.7	Exitoso
Nicaragua	1989/90	ONU	1	1.5	Exitoso
Líbano	1990-	Siria	5	2.7	Parcialmente exitoso
Liberia	1990/98	CEDEAO	6	2.1	Parcialmente exitoso
Angola I	1991/93	ONU	4	4	Fallido

Camboya	1991/94	ONU	5	2.2	Parcialmente exitoso
Mozambique	1992/95	ONU	2	1.2	Exitoso
El Salvador	1992/94	ONU	1	1.5	Exitoso
Somalia	1993	ONU	5	1.4	Fallido
Ruanda	1993/94	ONU	3	.4	Fallido
Angola II	1994/99	ONU	4	.9	Fallido
Bosnia	1995	OTAN	6	2.2	Parcialmente exitoso
Guatemala	1996/97	ONU	0	1.5	Exitoso
Sierra Leona	1996/98	CEDEAO	6	.7	Fallido

\* Índice de dificultad: 0 = Más bajo. 8 = Más alto

\* Índice de voluntad política: 0 = Más bajo. 3 = Más alto

**Fuente:** Center for International Security and Cooperation, (s.f) Stanford University.

La compatibilidad de incentivos, en definitiva, puede analizarse desde la teoría de juegos, esto es preguntarse qué ocurre cuando los incentivos que motivan las acciones de los participantes individualmente considerados son consistentes con el seguimiento de las reglas establecidas por el grupo.

Para el examen de las implicaciones económicas de los compromisos adquiridos entre actores en teoría disímiles, como un gobierno y un grupo armado ilegal, la teoría de juegos cobra mayor relevancia. Toda vez que alrededor de cada uno de estos actores aparece una serie de intereses -internos o externos- que se traducen en incentivos -o desincentivos- para materializar dichos compromisos (Miller, 1994). Usualmente, pueden surgir problemas cuando el participante con más información tiene un incentivo para usar esa información para beneficio personal a expensas de otros.

Presentando el caso colombiano, un escenario en el que no se manifiesta la confianza necesaria entre los distintos participantes requeridos para implementar los compromisos adquiridos, es difícil pensar en una solución óptima en términos de recursos, pues de alguna forma los distintos actores esperan tener certeza sobre el movimiento del otro para pensar en su estrategia. Esto incluye a los ac-

tores internacionales y al sector privado, siendo vitales para la materialización de los recursos económicos de implementación.

Bajo esas consideraciones y desde un análisis de incentivos, cabe preguntarse entonces cuáles serían los incentivos para que el sector privado decida financiar los mecanismos de implementación del post-acuerdo. Al respecto, se debe tener también en cuenta el hecho de que la consolidación de un acuerdo de paz se produce no con la firma de las partes, sino en una etapa posterior que tiene que ver con la adecuada gestión de conflictos, etapa en la cual es probable la herencia de fallas de fases anteriores (Wennmann, 2009). Por lo tanto, el proceso de construcción de paz necesariamente debe mirar hacia atrás para implementar lo que se acordó, pero, al mismo tiempo, contemplar las necesidades futuras para prevenir nuevos conflictos o el retorno a los anteriores.

Adicionalmente, es de considerar que por lo general factores como la falta de garantías, de confianza en los mecanismos institucionales y de certidumbre política, representan desincentivos para inversión privada en los países en desarrollo (Feng, 2001). En el caso de Guatemala, por ejemplo, el “Acuerdo para una paz estable y duradera” del 29 de diciembre de 1996 incluyó 13 acuerdos individuales, uno de los cuales fue el Acuerdo sobre los aspectos sociales y económicos de la situación agraria del 6 de mayo de 1996. Sin embargo, la inclusión de disposiciones sociales y económicas en el proceso de paz se produjo en medio de una fuerte resistencia del sector privado que percibió la agenda izquierdista de los rebeldes y el proceso de paz como una amenaza para sus intereses (Joras, 2007).

Durante las negociaciones, esa asimetría de intereses se equilibró en parte por la convergencia de objetivos entre las agencias multilaterales de desarrollo y los rebeldes: ambas partes abogaron por la reducción de la desigualdad, las reformas fiscales y agrarias y la transparencia gubernamental.

Sin embargo, la parte más compleja devino en el proceso del post-acuerdo, pues a pesar de las disposiciones sociales y económicas detalladas, la implementación fue cuestionada en numerosos frentes. Particularmente, la implementación de las reformas fiscales se retrasó ante la solicitud de los actores empresariales y

de la sociedad civil para que todas las reformas estuvieran condicionadas a su aprobación. Dado que no se logró realmente convencer al sector privado con la agenda de reforma, la implementación se prolongó. Además, la reforma fiscal se vio obstaculizada por una serie de exenciones, limitaciones constitucionales a la autoridad tributaria del estado, la corrupción y el deterioro del clima de inversión con la criminalidad creciente y los bajos precios del café (Joras, 2007). Adicionalmente, los objetivos de gasto social no se pudieron cumplir ya que estaban en conflicto con el control de los déficits fiscales para mantener la estabilidad macroeconómica. En definitiva, el proceso de implementación se enfrentó con una serie de elementos y un ambiente de desconfianza en el mismo, que terminó por crear restricciones estructurales para la implementación de las disposiciones tanto sociales como económicas.

Desde este punto de vista, para el caso colombiano, la consecución de recursos para el post-acuerdo por parte del sector privado y de la inversión extranjera enfrenta retos considerables, dadas las falencias históricas que pueden generar desconfianza hacia este tipo de mecanismos, y en donde especialmente la variabilidad e incertidumbre política han tenido efectos negativos en términos de inversión. En ese sentido, es importante anotar que entre los factores que se han destacado en la actualidad por analistas internacionales como desincentivos a la inversión en Colombia aparecen la corrupción, que se caracteriza por la falta de transparencia en muchas licitaciones; un sector informal de gran escala; una economía subterránea y problemas de seguridad (guerrillas y lucha contra los narcotraficantes); y finalmente que la violencia sigue siendo el principal obstáculo para el desarrollo del país (Banco Santander, 2018). La ausencia de protección de los derechos de los inversores extranjeros ha representado un obstáculo para alcanzar la paz duradera en muchas latitudes (Schneiderman, 2015, p. 60) por lo cual es muy importante para el caso colombiano poder transmitir confianza en la institucionalidad y en el marco legal, así como en los mecanismos de implementación en el escenario de post-acuerdo, como incentivo a la inversión.

En definitiva, desde un análisis de compatibilidad de incentivos es posible afirmar que bajo la coyuntura actual del país dicha compatibilidad no está dada.

Los actores que se requieren para implementar los compromisos acordados, al menos desde el punto de vista presupuestal, no coinciden en la necesidad ni tampoco en los medios idóneos para hacerlo, especialmente el sector privado.

## Proyecciones y complejidades en el caso colombiano

Conforme la información oficialmente suministrada al público por parte del Ex Ministro de Hacienda Mauricio Cárdenas, el costo de la implementación de los compromisos asumidos por el Gobierno Santos en el acuerdo con las FARC, era de 54 billones de pesos (RCN, 2014).

No obstante, según cifras del 18 de junio de 2018 contenidas en el documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) número 3239 de 2018 emitido por el Gobierno de Juan Manuel Santos, con miras a establecer los *Lineamientos para la Articulación del Plan Marco de Implementación del Acuerdo Final con los Instrumentos de Planeación, Programación y Seguimiento a Políticas Públicas del Orden Nacional y Territorial* definió que la puesta en marcha de las 126 modificaciones normativas adoptadas por el Gobierno Santos (6 reformas a la Constitución, 7 Leyes de la República, 35 Decretos con Fuerza de Ley y 78 Decretos Ordinarios) para implementar los acuerdos se proyectan en un estimado presupuestal a precios de 2016 y proyectados hasta el año 2031 de 129,5 billones de pesos. Dicha cifra es concordante con el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP) publicado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público en 2017 (Ministerio de Hacienda, 2017), y actualizado en 2018. En otras palabras, el mismo Ministro Cárdenas pasó de un valor para la implementación del Acuerdo del Teatro Colón de 54 billones de pesos a 129,5 billones de pesos, esto es: 139,81% más recursos de los originalmente anunciados por el Gobierno Santos para la implementación del Acuerdo de Paz.

El costo indicativo de la implementación de los acuerdos conforme el contenido del Plan Marco de Implementación (PMI) se desagrega de la siguiente forma:

- Reforma Rural Integral: 110,6 billones, equivalente a un 85,4% de los recursos destinados a la implementación.
- Participación Política: 4,3 billones, equivalente a un 3,3% de los recursos destinados a la implementación.
- Fin del Conflicto: 1,9 billones, equivalente a un 1,5% de los recursos destinados a la implementación.
- Solución al Problema de las Drogas Ilícitas: 8,3 billones, equivalente a un 6,4% de los recursos destinados a la implementación.
- Acuerdo sobre las víctimas del conflicto 4,3 billones, equivalente a un 3,3% de los recursos destinados a la implementación.

Lo anterior arroja un total de 129,5 billones, el cual se delimita a partir de estos elementos, previendo una serie de inversiones para los próximos 15 años que contemplan los compromisos asumidos y que aseguran la implementación del Acuerdo.

Según el mismo Plan Marco de Implementación, los recursos del Presupuesto General de la Nación serán la fuente principal de financiamiento del post-acuerdo que ascenderá a \$46,7 billones, para la totalidad del período de 15 años, lo que equivale al 36,0% del total para la implementación del Acuerdo Final. El Sistema General de Participaciones concurrirá con el 29,2% de los costos totales de la implementación del Acuerdo Final, el Sistema General de Regalías con el 15,2%, mientras que las entidades territoriales aportarán el 4,3% de la financiación total del post-acuerdo con sus recursos propios. La cooperación internacional y la inversión privada aportaran en el restante 15,4% de los recursos.

Se espera que el Presupuesto General de la Nación sea la principal fuente para la implementación del Acuerdo Final que proveerá el 36% del total de recursos, con un total de \$46,7 billones para el total de 15 años. Al respecto, es necesario también recordar que el Estado colombiano deberá asumir la indemnización

de las víctimas de las FARC dado que el mecanismo contemplado en el Decreto con Fuerza de Ley (*Fast Track*) 903 de 2017 para que los miembros de ese grupo armado denuncien bienes encaminados a reparar a sus víctimas fracasó, como se expone a continuación.

Según la Sociedad de Activos Especiales (en adelante SAE), mediante informe oficial, determina que los activos aportados por las FARC en cumplimiento del Acuerdo son los siguientes:

**Tabla 2.** Inventario de activos de las FARC presentado por la SAE

Segmento	Valor FARC	%	Cantidad Items
Inmuebles	\$484,604,000,000	50.100%	728
Armamento	\$220,709,210,697	22.818%	-
Infraestructura	\$197,905,600,000	20.460%	84
Somovientes	\$27,645,355,000	2.858%	24.456
Efectivo y caletas	\$11,570,000,000	1.196%	NA
Muebles y enseres	\$11,356,580,469	1.174%	50.586
Vehículos	\$7,762,100,000	0.802%	325
Oro	\$3,129,500,000	0.324%	380.2 Kg
Inversión	\$2,593,940,000	0.268%	74
<b>Total general</b>	<b>\$967,276,286,166</b>	<b>100.000%</b>	

**Fuente:** Sociedad de Activos Especiales, SAE.

Para el caso de los inmuebles rurales, los activos “aportados” por los excombatientes de las FARC no se identifican físicamente ni hay descripción de la ubicación exacta de los mismos. Sólo se suministran datos genéricos de vereda, municipio y departamento y no coinciden con los registros catastrales nacionales. El Estado debería incurrir en costos probablemente más altos que el avalúo que suministran las FARC (imposible de comprobar) para establecer la situación física y jurídica de cada inmueble, comprobar que corresponda a activos adquiridos por uno o varios miembros del grupo armado o la calidad de testafierros de quienes detentan derechos sobre ellos en caso de dificultad probatoria. La mayoría de los activos ni siquiera cuentan con un hectareaje descriptivo y son, en general, bienes baldíos.

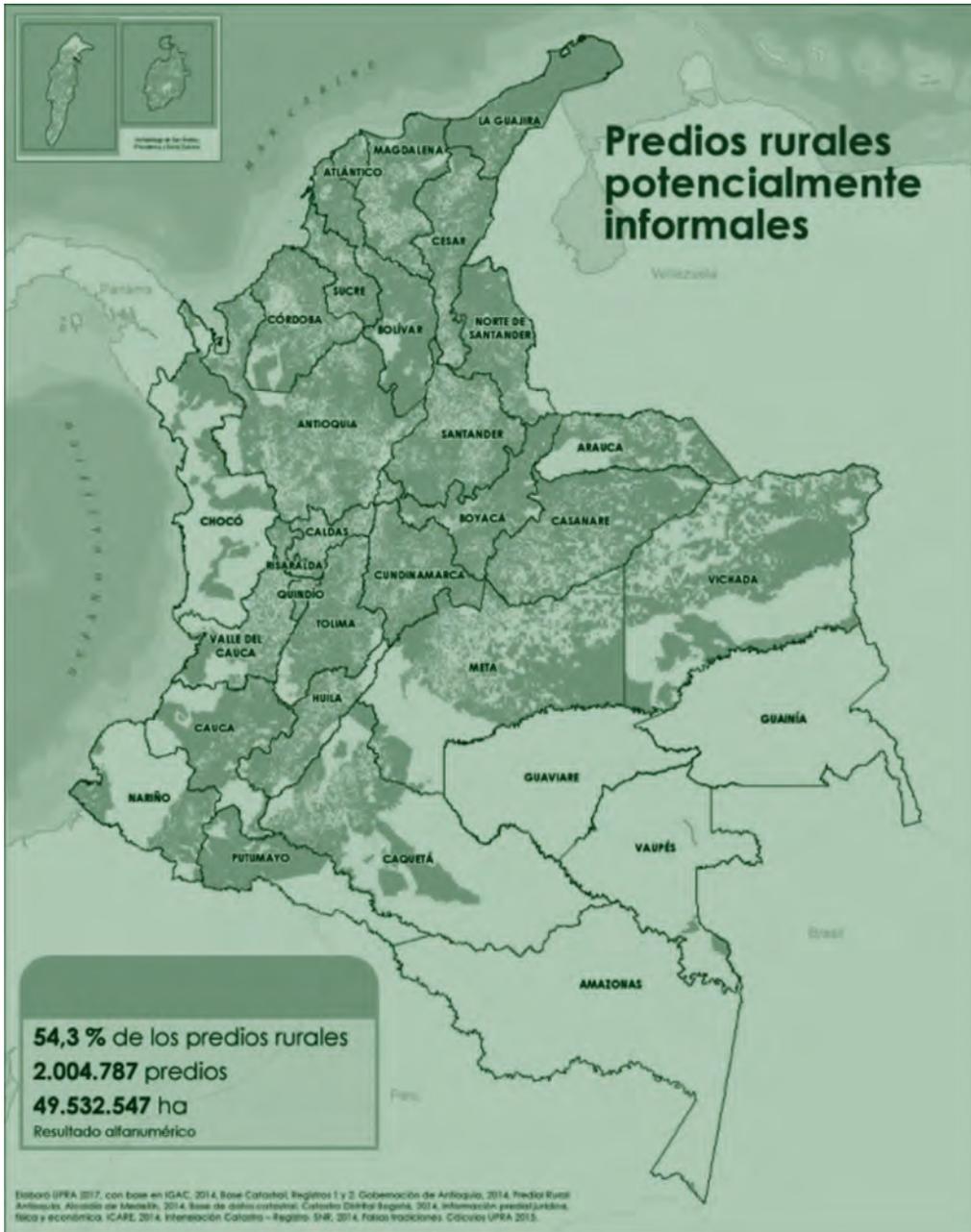
Aunado a lo anterior, según el Alto Consejero para la Estabilización, Emilio Archila, aún no hay una salida para cumplir con lo acordado (Caracol Noticias, 2018). Según el Alto Consejero, no hay recursos para esa implementación y el Gobierno aún no tiene una fórmula para cumplir con los compromisos adquiridos por el Estado. De hecho, esa Alta Consejería advirtió la desfinanciación en los espacios territoriales de reincorporación.

En ese escenario, es importante retomar entonces la cuestión de las fuentes de financiación de los mecanismos para el post-acuerdo y la necesidad de generar confianza para la inversión, teniendo en cuenta especialmente la denominada Reforma Rural Integral. Toda vez que el Marco Fiscal de Mediano Plazo establece que este es el mecanismo de implementación que más recursos exigirá, pues requiere 85% de los dineros, esto es \$110,6 billones de pesos.

Sin embargo, y de cara a la necesidad de generar inversión justamente en el sector rural, un dato no menor a considerar es que en Colombia existen 209.000 hectáreas sembradas de coca (Oficina de Política Nacional para el Control de Drogas de Estados Unidos, 2017). Esta es la cantidad más alta de la historia, que aún no cuantifica el repunte del primer semestre de 2018 en materia de cultivos ilícitos. Este dato adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que, según la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria (UPRA), el 54,3% de los predios rurales del país se explotan sin títulos de propiedad (UPRA, 2015).

La distribución y definición de los derechos de propiedad de la tierra juega un papel crucial en la transición de una economía agrícola a una industrial (Barraclough, 1970), y en la mayoría de las economías occidentales, un esquema formalizado de los derechos de propiedad de la tierra se ha asociado con mayores niveles de inversión, crecimiento de ingresos, acumulación de capital humano y físico y reducción de la pobreza, entre otros resultados sociales y económicos (Banerjee, Gertler, & Ghatak, 2002). En contraste, los altos niveles de informalidad pueden representar un obstáculo importante para el proceso de desarrollo, como en el caso colombiano.

Mapa 1.



Fuente: UPRA, 2017

Muchos académicos han sugerido que la falta de derechos formales sobre la tierra podría obstaculizar la aplicación de la ley por parte de los organismos gubernamentales, aumentar las tensiones sociales, facilitar el reclutamiento ilegal, el desplazamiento forzado y la apropiación ilícita de la tierra, así como impulsar las actividades ilegales en las zonas de conflicto (Ibanez & Carlsson, 2010).

Como se mencionaba anteriormente, para la inversión extranjera una de las mayores limitantes o temores en términos de destinar recursos financieros en el país, radica en la economía subterránea y los problemas de seguridad, en mayor medida asociados precisamente al narcotráfico. Es por ello que las cifras indicadas representan un factor sumamente preocupante a la hora de considerar la confianza para asegurar los recursos necesarios de inversión para el post-acuerdo, particularmente en el sector rural, con lo cual se reafirma la hipótesis de la incompatibilidad de incentivos dadas las actuales condiciones.

## Conclusiones y recomendaciones

Dado el escenario y perspectivas actuales, hacia futuro se evidencia un costo muy superior a los 129,5 billones trazados por el entonces ministro Cárdenas al finalizar el Gobierno de Juan Manuel Santos, en donde además parece evidente la ausencia de recursos provenientes de las arcas de los victimarios para reparar a sus víctimas. Lo anterior, aunado al hecho de no haberse incluido en las cifras gruesas los costos encaminados a implementar las estrategias y programas asociados a encontrar una paz estable y duradera, conlleva necesariamente a un escenario de búsqueda de recursos para el post-acuerdo, ya no mediante incentivos sino con carácter impositivo.

Bajo esas perspectivas, y atendiendo al análisis realizado desde la óptica de la compatibilidad de incentivos, lo único claro por el momento es que el contribuyente colombiano, al no haber certidumbre sobre otra fuente de recursos que en un espectro material de incentivos haga viable cumplir con los compromisos adquiridos, deberá soportar una mayor carga impositiva que, probablemente,

pueda verse en detrimento de la competitividad y productividad para generar oportunidades mediante actividades lícitas en el país.

Diversos casos de procesos de paz han demostrado la necesidad e importancia de incluir disposiciones económicas detalladas en los acuerdos para crear un marco para la gobernanza económica posterior al conflicto. Del mismo modo, la sostenibilidad de un acuerdo de paz queda en entredicho cuando las cuestiones económicas han generado incompatibilidades entre las partes, evidenciando que en caso de no atenderse o resolverse las mismas, se puede fomentar la renovación del conflicto armado (Wennmann, 2009).

Es por lo anterior que, como factor clave para la estabilidad política y financiera, se requerirá generar confianza en el sector privado y los inversionistas extranjeros, lo cual demanda a su vez de la demostración de coherencia política, fiscal e institucional. La pregunta de cuándo, en qué condiciones y con qué resultados el sector privado participa en las vastas, costosas y engorrosas tareas de la construcción de paz ocupa recurrentemente la agenda de gobiernos, entidades internacionales, instituciones académicas y organizaciones de la sociedad civil (Gerson, 2001).

Es por ende de suma importancia poder involucrar en la discusión al sector privado, así como a los inversionistas y gobiernos extranjeros. De modo que se logren determinar incentivos reales para atraer capital al país, capital que en definitiva apoye las estrategias contempladas, no bajo la lógica impositiva, sino de generación de dividendos a partir de una política económica y de inversión confiable.

Generar confianza en la comunidad internacional también representa un aspecto crítico, tal como se ha señalado en medios como *Fortune* (Fleischmann & Solomon, 2016), al señalar que cuanto más fuerte sea el compromiso internacional con el futuro de Colombia, más brillantes serán las perspectivas del país para buscar una situación de paz.

Lo anterior implica además combatir las economías ilícitas -principalmente el narcotráfico- para asegurar la estabilidad del territorio y por ende las inversiones que se puedan generar en el mismo. Lo anterior se evidencia en las advertencias generadas por los mismos inversionistas extranjeros con respecto a las barreras que representa la economía subterránea en Colombia, la cual llegó recientemente a los 304 billones de pesos según cifras de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), esto es casi el 35% de la producción total del país durante 2017.

Dicha organización también ha advertido sobre las problemáticas que implica para la economía formal la expansión de los cultivos ilegales, especialmente considerando que el escenario de desmovilización de las FARC abrirá un camino para el crimen organizado que surge en zonas como el golfo de Urabá, Catatumbo, y Nariño-Cauca para asumir estas actividades. En otras palabras, advirtió que el país debe estar en guardia para evitar el establecimiento de un sistema peligroso de “franquicias criminales” que incluso pueden ser promovidas por los disidentes de las FARC (ANIF, 2017).

Por todo lo expuesto, el reto de frente a la sustentabilidad presupuestal del post-acuerdo es enorme, y dada la actual incompatibilidad de incentivos entre los actores necesarios para asumir dicho reto, serán claves las decisiones del corto y mediano plazo encaminadas a generar una mayor confianza política y económica en el país.

## Referencias

- Clavijo, S., Vera, A., & Ríos, A. (2017). Dividendos, beneficios y costos del proceso de paz en Colombia. *Revista Fasecolda* (165), pp. 52-63.
- Banco Santander. (2018). *Colombia Foreign Investing*. Recuperado de <https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/colombia/investing>.
- Banerjee, A., Gertler, P.J., & Ghatak, M. (2002). Empowerment and efficiency: Tenancy reform in West Bengal. *Journal of Political Economy*, 110 (2), pp. 239-280.

- Barraclough, S. (1970). Agricultural policy and land reform . *Journal of Political Economy*, 78 (4), pp. 906-947.
- Caracol Noticias. (2018). Alto consejero para el posconflicto culpa a gobierno Santos por deficiencias en proceso de paz. *Caracol Noticias*. Recuperado de <https://noticias.caracol.com/colombia/alto-consejero-para-el-posconflicto-culpa-gobierno-santos-por-deficiencias-en-proceso-de-paz>
- Feng, Y. (2001). Political freedom, political instability, and policy uncertainty: A study of political institutions and private investment in developing countries. *International Studies Quarterly*, 45 (2), pp. 271-294.
- Fleischmann, A., Solomon, I. (2016). What It Really Costs for Colombia to Strike a Peace Deal. *Fortune*. Recuperado de <http://fortune.com/2016/10/06/colombia-farc-peace-deal/>
- Gerson, A. P. (2001). Peace Building: The Private Sector's Role. *American Journal of International Law*, 95 (1), pp. 102-119.
- Ibanez, M., & Carlsson, F. (2010). A survey-based choice experiment on coca cultivation. *Journal of Development Economics*, 93 (2), pp. 249-263.
- Joras, U. (2007). *Companies in Peace Processes: A Guatemalan Case Study*. Bielefeld: Transcript Verlag.
- Miller, G. &. (1994). Why Politics is more fundamental than Economics: Incentive-Compatible Mechanisms are not credible. *Journal of Theoretical Politics*, 6 (1), pp. 5-26.
- Ministerio de Hacienda. (2017). *Marco Fiscal de Mediano Plazo 2017*.
- Neff, S. F. (2004). Peace and Prosperity: Commercial Aspects of Peacemaking. In Lesaffer R. (ed.), *Peace Treaties in International Law in European History: From the Late Middle Ages to World War One*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 365-381.
- RCN. (2014). \$54 billones sería el costo del posconflicto, según Comisión de Paz. *RCN*. Recuperado de <https://noticias.canalrcn.com/nacional-pais/54-billones-seria-el-costo-del-posconflicto-segun-comision-paz>
- Schneiderman, D. (2015). The Global Regime of Investor Rights: Return to the Standards of Civilised Justice?. *Transnational Legal Theory*, 5 (1), pp. 60-80.
- Stedman, J., & Rothchild, D. (1996). Peace Operations: From Short-Term to Long-Term Commitment. *International Peacekeeping*, 3 (2), pp. 17-35.
- Stedman, S. J. (2001). *Implementing Peace Agreements in Civil Wars: Lessons and Re-*

*commendations for Policymakers*. New York: IPA Policy Paper Series on Peace Implementation.

UPRA. (2015). *Informe de gestión del territorio para usos agropecuarios*.

Walter, B. (1997). The Critical Barrier to Civil War Settlement. *International Organization*, 51 (3), pp. 335-336.

Walter, B. (2004). Does Conflict Beget Conflict? Explaining Recurring Civil War. *Journal of Peace Research*, 41 (3), p. 371–388.

Wennmann, A. (2009). Economic provisions in peace agreements and sustainable peacebuilding. *Négociations*, (1), 43-61.

## Mesas de expertos

A lo largo del año 2018 y en desarrollo del proyecto *Calidad institucional: Fundamento del desarrollo económico y el progreso social*, el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga y la Fundación Konrad Adenauer en Colombia, convocaron seis mesas de expertos. La presente publicación es resultado de esa reflexión colectiva. Estas mesas de expertos se llevaron a cabo en el auditorio del Instituto de Ciencia Política y abordaron los temas que se detallan a continuación:

- Exceso, contradicciones y dispersión regulatoria en Colombia (15 de marzo de 2018)
- La importancia del dimensionamiento económico de las decisiones judiciales (12 de abril de 2018)
- Funcionarios competentes para decisiones competentes: la calidad de administración pública en Colombia (17 de mayo de 2018)
- Articulación Nación-territorios: impactos sobre la competitividad y la gobernanza (14 de junio de 2018)
- Democracia Pluralista y Estado de Derecho en la Colombia del Post-acuerdo (26 de julio de 2018)
- Los ajustes institucionales del Post-acuerdo y su impacto en el desarrollo económico y el progreso social (16 de agosto de 2018)

A estos espacios asistieron:

- Consuelo Aguillón Villoria, Secretaría Distrital de Salud de Bogotá
- María José Andrade, Coordinadora de Proyectos del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Néstor Santiago Arévalo Barrero, Director de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico del Ministerio de Justicia y del Derecho
- Alejandro Barrera López, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Alejandro Becker, Consultor independiente y Ex Director de Desarrollo Organizacional en el Departamento Administrativo de la Función Pública.

- Ernesto Borda, Director de Trust Consultores
- María Helena Botero, Ex Directora de Consultoría y Profesora de Administración Pública de la Universidad del Rosario
- Juan Carlos Botero, Director Ejecutivo de World Justice Project
- Laura Campos, Senior Community Manager de RECON Colombia
- Sylvia Constaín, Ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
- Alejandro Cortés, Estudiante de Relaciones Internacionales en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (Sede Guadalajara)
- Jorge Hernán Cárdenas Santamaría, Director de Oportunidad Estratégica
- Andrés Carvajal, Profesor de Derecho en la Universidad Externado de Colombia
- Fernando Cepeda Ulloa, Profesor de Ciencia Política en la Universidad de los Andes
- Rosario Córdoba, Presidente del Consejo Privado de Competitividad
- Hernán Leandro Correa, Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional
- María Mercedes Cuéllar, Ex Ministra de Desarrollo Económico y Ex Presidente de Asobancaria
- Ana Daza, Asesora de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición
- Camilo Domínguez, Socio del Grupo DIS
- Winny Díaz, Investigadora Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Javier Andrés Flórez Henao, Director de Acceso a Tierras de la Agencia Nacional de Tierras (ANT)
- Tatiana García, Subdirectora Ejecutiva del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Lorena Garnica, Gerente Senior de Ernst & Young en Colombia (EY)
- Mariana Garrido, Analista y asesora de la Embajada de Portugal en Colombia
- Valentina Gaviria Santos, Pasante del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Francisco Giraldo, Investigador Asociado del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Juanita Goebertus Estrada, Representante a la Cámara por Bogotá

- Jimmy González, Pasante del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Silvana Habib Daza, Presidenta de la Agencia Nacional de Minería (ANM)
- Ana María Henao, Coordinadora de Gestión Pública y Ciudadana de la Cámara de Comercio de Bogotá
- Claudia Patricia Hernández, Directora Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública
- Lorena Lizarazo, Investigadora Asociada del Consejo Privado de Competitividad
- María Victoria Llorente, Directora Ejecutiva de la Fundación Ideas para la Paz
- Carlos Andrés López, Pasante del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Sandra Mantilla Hernández, Coordinadora Administrativa y Financiera del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Pablo Ernesto Medrano, Asesor docente del Consultorio Jurídico de la Universidad de los Andes
- Adriana Mejía, Viceministra de Asuntos Multilaterales del Ministerio de Relaciones Exteriores y Ex Directora Ejecutiva del ICP
- José Libardo Mejía, Asesor de la Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas del Departamento Nacional de Planeación
- Arantxa Mesa, Estudiante de Relaciones Internacionales en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey (Sede Guadalajara)
- Andrés Molano-Rojas, Director Académico del ICP (Editor del presente libro)
- Mauricio Molina, Director de Gestión Regional de la Cámara de Comercio de Bogotá
- Juan Guillermo Moncada, Investigador Asistente del Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga
- Santiago Montenegro, Presidente de la Asociación Colombiana de Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, Asofondos
- Jaime Moya, Socio de Godoy & Hoyos Abogados

- Claudia Elena Niño, Directora de Asuntos Jurídicos de la Asociación Colombiana de Minería (ACM)
- Oscar Enrique Ortiz, Secretario de Gabinete del Ministerio de Defensa Nacional
- César Augusto Pabón, Ex Asesor de la Dirección General del Departamento Nacional de Planeación
- Ángela María Penagos, Representante en Colombia del Centro Latinoamericano para el Desarrollo Rural (RIMISP)
- Edgar Alberto Polo Devia, Director Ejecutivo Nacional de la Federación Nacional de Concejos (FENACON)
- Rodrigo Pombo Cajiao, Socio de M & P Abogados
- Rafael Puyana, Subdirector General Sectorial del Departamento Nacional de Planeación
- Juan Felipe Quintero Villa, Ex Consejero Presidencial para las Regiones
- Andrés Restrepo, Asesor de la Embajada de Suiza en Colombia
- Jairo Elías Rincón Pachón, Docente Coordinador de Maestría en Gestión Pública de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP)
- Arturo Ronderos Salgado, Asesor del Instituto de Estudios del Ministerio Público (IEMP) de la Procuraduría General de la Nación
- Margarita Salas, Socia de Ernst & Young en Colombia (EY)
- Ángela Salazar, Asociada Senior en el Departamento de Recursos Naturales de Lloreda Camacho & Co. Abogados
- Carmenza Saldías Barreneche, Ex Directora de Planeación Distrital en la Alcaldía de Bogotá
- Luis Jaime Salgar Vegalara, Socio de Salgar Vegalara Consultores
- Andrés Santamaría Garrido, Director de RECON Colombia
- Ana Cecilia Santos, Vicepresidente jurídica de la Asociación Colombiana de Empresas de Medicina Integral (ACEMI)
- Claudia Sterling, Gerente General de Cruz Verde Colombia
- Vanessa Suelst Cock, Directora del Departamento de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana
- Paola Tamayo, Asesora Legislativa en el Congreso de la República

- Tatiana Tenjo Suárez, Asesora del Grupo de Participación Ciudadana y Comunicaciones de la Agencia Nacional de Minería (ANM)
- Carlo Tognato, Director del Centro Nicanor Restrepo Santamaría para la Reconstrucción Civil de la Universidad Nacional de Colombia
- Andrés Ucrós Maldonado, Director de Seguridad, Paz y Justicia de la Cámara de Comercio de Bogotá
- Germán Uribe Sanabria, Líder de Gestión Pública en ADITUM
- Andrea Valdelamar, Coordinadora de Proyectos de la Fundación Konrad Adenauer en Colombia
- Raúl Velásquez Gavilanes, Profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de la Sabana
- Ana María Zamora, Vicepresidenta de la Asociación Colombiana de Minería (ACM)
- Ximena Zuluaga, Socia de impuestos de Ernst & Young en Colombia (EY)

**E**xiste una profunda relación entre la calidad de las instituciones, el desarrollo económico y el progreso social. Para que esa relación sea positiva, es necesario que se configure como un “triángulo virtuoso”, en el que el avance en cada uno de sus vértices repercute en los demás e impulse procesos de perfeccionamiento y expansión continuos. En efecto: factores como un marco normativo eficiente y la seguridad jurídica, la estabilidad política, la transparencia, la libertad económica y la generación de capacidades gubernamentales, inciden positivamente en el entorno económico, la iniciativa privada, y la creación de nueva riqueza y valor compartido en la sociedad. Lo anterior ofrece oportunidades para mejorar las condiciones materiales de vida de la población, motiva un ejercicio responsable de la ciudadanía y consolida el capital social.

Las reflexiones recogidas en el presente volumen son el resultado del proyecto *Calidad institucional: fundamento del desarrollo económico y el progreso social*, desarrollado por el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP) y la Fundación Konrad Adenauer (KAS) a lo largo de 2018. En el marco del proyecto se convocó una serie de mesas de trabajo en las que participaron funcionarios y servidores públicos, expertos, empresarios, líderes gremiales, académicos, formadores de opinión y representantes de organizaciones no gubernamentales y de agencias internacionales. A través de estos espacios se buscó profundizar en el diálogo colectivo sobre la calidad de las instituciones colombianas, identificar cuellos de botella, anticipar riesgos y proponer líneas de acción en torno a tres ejes fundamentales: (i) la calidad normativa y la seguridad jurídica; (ii) la calidad de la acción gubernamental; y (iii) las implicaciones y los desafíos políticos y económicos del post-acuerdo.

Con la llegada de un nuevo Gobierno, el reciente ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y los importantes desafíos que supone la implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, es de vital importancia trabajar por instituciones de mejor calidad en el marco del Estado de Derecho y la democracia pluralista. A través de este libro, el ICP y la KAS buscan contribuir a dicho propósito.