

LA COMPETITIVIDAD COMO VALOR GENERADOR DEL DERECHO PETROLERO COLOMBIANO EN
UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA

ANDRÉS HERNÁNDEZ CARO

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ D.C.
2009

LA COMPETITIVIDAD COMO VALOR GENERADOR DEL DERECHO PETROLERO COLOMBIANO EN
UNA ECONOMÍA GLOBALIZADA

Trabajo de Grado para optar por el título de
Abogado

Directores

JUAN DAVID BARBOSA MARIÑO
Abogado Javeriano – Subdirector de Prácticas Comerciales
del Ministerio de Comercio Exterior

CARLOS BOTERO BORDA
Abogado Socioeconomista Javeriano – Consultor Privado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONÓMICO
BOGOTÁ D.C.
2009

NOTA DE ACEPTACIÓN

Calificador

Bogotá D.C., 5 de diciembre de 2009

A **Dios** y su amor tan presente y transformante
en mis papás, mi hermana, mi “hermano mayor” y mis “hermanos”,
mis amigos, y a la Universidad: ***por la dignidad humana, en especial la de los más necesitados***

“Si no pensamos en lo imposible, lo posible nunca tendrá lugar”
Goethe

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis papás por darme la oportunidad de ser y por ofrecer casi que toda una vida para mi realización; a mi hermana por su incondicional cariño y generosa confianza con que hemos compartido los más entrañables valores y esperanza por la vida. Así mismo agradezco a mi “hermano mayor” y mis demás “hermanos” con quienes con amor le hemos apostado a crecer, crear y transmitir una vida con más sentido, comprometida con la realidad del país desde el encuentro de lo humano y la fe; a mis amigos que con su alegre presencia me enseñaron qué es compartir la vida y hacerla ver tan grandiosa como en realidad lo es. Agradezco a la Universidad por darme la oportunidad de estudiar, de formarme como persona y brindar las mejores oportunidades donde el corazón quiere y pude anclar su realización. Llegar a presentar una tesis de pregrado, se lo debo a todos ustedes.

Doy sinceras gracias a los Drs. Carlos Botero Borda y Juan David Barbosa Mariño por su compromiso con éste trabajo de grado, sus valiosas apreciaciones y generosidad de tiempo y conocimiento para hacer de éste Trabajo de Grado, uno digno a la altura académica de la Facultad. Muchos de sus aportes se capitalizaron en éste Trabajo, lograron fortalecer los fundamentos del mismo y otras veces sirvieron para articular los diferentes contenidos y propuestas que a lo largo del documento se podrá percibir.

En el mismo sentido, no sin menor agradecimiento, a Andrés González quien, como amigo desde hace muchos años y ahora como antropólogo, colaboró con su experiencia profesional en comunidades de los Llanos Orientales donde se extrae petróleo, aporte sin el cual no hubiera podido ser posible concluir y poder ofrecer un aporte concienzudo en ésta materia gracias a sus estudios y experiencia en la materia.

Sin lugar a dudas, agradezco a los departamentos de finanzas y de mercadeo de Ecopetrol que pudieron acercar una visión no solo pública sino más real acerca de las condiciones y perspectivas del mercado petrolero en la actualidad haciendo un puente entre la realidad del petróleo en el mundo y en nuestro país. Muchas gracias también a los empleados de la biblioteca, compañeros de muchas horas de trabajo, por su gentil disposición para lograr adquirir la información más relevante y precisa para éste trabajo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. LA ECONOMÍA DEL PETRÓLEO	1
1.1. EL PETRÓLEO EN LA ECONOMÍA MUNDIAL	1
1.1.1. Historia	1
1.1.2. Geopolítica del petróleo	6
1.1.3. Siglo XXI: de dónde venimos y hacia dónde vamos	9
1.2. LA CANASTA ENERGÉTICA MUNDIAL	19
1.3. EL MERCADO PETROLERO Y LOS “DOS DIRECTORES DE ORQUESTA”	20
1.4. EL PETRÓLEO COMO BIEN DEL MERCADO	22
1.5. INDUSTRIA PETROLERA	30
2. EL MUNDO JURÍDICO DEL PETRÓLEO	34
2.1. ENTRE LA REALIDAD Y LA VALIDEZ	34
2.1.1. El derecho en diálogo con la economía: ¿Convidado de piedra?	34
2.1.2. La validez jurídica en el derecho petrolero y como concepto económico	45
2.1.3. La tensión y la flexibilidad	53
2.2. EL MANDATO CONSTITUCIONAL: BASE DE REALIDAD Y VALIDEZ EN EL DERECHO	69
2.2.1. El petróleo como objeto de deseo político	69
2.2.2. El mandato y su fundamento político	70
2.2.3. La ¿jurisprudencia muda?	71
2.3. DESARROLLO LEGAL	72
2.3.1. Coordinadas políticas institucionales del desarrollo legal	72
2.3.2. El entramado político previo a la creación de las normas y la validez como fachada	76

2.4. EL CONTRATO PETROLERO	79
2.4.1. La exploración-explotación en el contrato	79
2.4.2. Antecedentes históricos y realidades subyacentes del contrato de exploración-explotación	82
2.4.3. El contrato hoy en día: forma y contexto	83
2.5. ECOPETROL EN EL ESPECTRO JURÍDICO Y REAL DEL PETRÓLEO	87
2.5.1. Naturaleza	86
2.5.2. Centralidad para el Estado vs. “un competidor más” para la industria petrolero	89
3. EL DINAMISMO CIRCULANTE ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA DEL PETRÓLEO	93
3.1. EL DERECHO: FUERZA FÁCTICA DE LO NORMATIVO	93
3.1.1. El pre-derecho	93
3.1.2. La capacidad de crear realidad de las normas en la realidad petrolera	101
3.1.3. Las “políticas jurídicas” o imaginarios a la hora de la aplicación del derecho	103
3.1.4. Recepción de la economía de las normas petroleras	104
3.2. LA ECONOMÍA: FUERZA NORMATIVA DE LO FÁCTICO	105
3.2.1. Los hechos económicos y su impacto	105
3.2.2. Los canales políticos	108
3.2.3. Recepción de los estamentos jurídicos de los hechos petroleros	109
3.3. EL DINAMISMO CIRCULANTE	110
3.3.1. Políticas económicas energéticas como piso del debate	110
3.3.2. Actores y Roles	111
3.3.3. El día-a-día de la relación derecho-economía	113
3.4. LA COMPETITIVIDAD COMO EL DISCIPLINADOR Y FLEXIBILIZADOR DEL FLUJO	115
3.4.1. “Emperador de la renta”	115
3.4.2. Disciplinar y Flexibilizar en los horizontes de la economía globalizada	120
3.5. EL “FONDO DEL BARRIL”	129
3.5.1. <i>No es lo mismo tener petróleo que poder producirlo</i>	129
3.5.2. La frontera de posibilidades de producción ante la competitividad y la validez del derecho	131

4. LUCES Y RUTAS EN LAS FRONTERAS	133
4.1. LA SOCIEDAD CIVIL COMO PRIMER RECONOCIMIENTO DE LA REALIDAD	134
4.2. DE DÓNDE PARTIR	136
4.2.1. Competitividad y validez hoy en día	136
4.2.2. La Constitución de 1991 y los Planes de Desarrollo	140
4.2.3. El negocio petrolero hoy en día	144
4.3. LUCES	145
4.3.1. El petróleo: un bien económico, político y social	146
4.3.2. Enfoques de desarrollo, mínimos básicos y participación ciudadana	147
4.3.3. Competitividad: un concepto forjado en la sociedad civil	152
4.3.4. Competencias para la competitividad	155
4.3.5. Desvelo de la política en el derecho petrolero	157
4.3.6. La internacionalización del petróleo visto como una oportunidad	158
4.4. RUTAS	160
4.4.1. Desde el derecho...	160
4.4.1.1. La realidad de la validez	160
4.4.1.2. “Administrar” la presión de la competitividad	161
4.4.1.3. Capitalización de la política energética y la participación en su formulación en los planes de desarrollo e instancias institucionales	162
4.4.1.4. Diálogo en la producción y aplicación del derecho	165
4.4.2. Desde la economía...	166
4.4.2.1. La realidad de la competitividad	166
4.4.2.2. La competitividad hecha por todos: ganamos todos	167
4.4.2.3. La responsabilidad económica del petróleo y sus agentes	169
4.4.2.4. La visión internacional	170
4.5. PROPUESTA FINAL	171
CONCLUSIÓN	185
TALBA DE SIGLAS	189
BIBLIOGRAFÍA	191

RESUMEN

La competitividad es un valor económico y político que ha venido gestándose con gran dinamismo en los últimos veinte años y se ha convertido en un elemento de juicio cada vez más cardinal en las políticas de desarrollo que se han plasmado en los planes de desarrollo. El dinamismo de la economía mundial del petróleo, por sí complejo, añade al desarrollo jurídico de las políticas energéticas un impulso a partir de lo que en el país se ha entendido como *competitividad* desde su concepto más anglosajón, dejando fuera de ésta óptica realidades circundantes al negocio petrolero desconociendo el valor de la competitividad para el desarrollo humano integral de las comunidades, por mecanismos como la flexibilización del derecho o la invisibilización de las necesidades de las comunidades. Por tal motivo se propone en éste trabajo de grado aportar varias luces y rutas con el fin de ofrecer un esquema de competitividad, desarrollo y crecimiento económico mucho más favorable a las demandas sociales. Al final, la proposición se centra en la propiedad repartida del subsuelo con el fin de hacer partícipes con éste gran incentivo, como lo es el derecho de dominio, de las decisiones sobre la suerte de los recursos como el petróleo que no solo tienen connotación económica, sino también política, social y cultural.

Palabras Claves: COMPETITIVIDAD, POLÍTICA DE DESARROLLO, SOCIEDAD CIVIL, DERECHO DE PETRÓLEOS y SUBSUELO.

INTRODUCCIÓN

“Este es el talón de Aquiles: la conveniencia o inconveniencia de un sector petrolero –y energético- fuerte políticamente para influir en el desarrollo del país. No solo en el crecimiento del sector: sino también en la ampliación del subsector político, social, educativo, cultural. De todas maneras lo que no es aceptable es que si el sector petrolero está implicado irremediamente en la violencia que rodea pozos y oleoductos, en la financiación de los municipios y las regiones, en la construcción de infraestructura, en los desplazamientos internos, en los gastos útiles o inútiles del gobierno, en la sobrevivencia o desaparición de guerrilleros y secuestradores, en el presente y futuro de la industria nacional –en fin, en el futuro del país- tenga tan poco que ver en el tratamiento y solución de la retahíla anterior”¹.

Desde que la economía liberal resucitó hace 20 años con el nombre de *neoliberalismo*, los grandes industriales de los países más desarrollados decidieron lanzarse en ésta cruzada globalizadora saliendo de casa a la aventura de los mercados extranjeros tanto para el consumo como adquisición de materias primas. Así mismo, muchos países en vía de desarrollo que adoptaron la *tecnocracia* como trampolín para incursionar en la historia del mundo, como India y China, se hicieron visibles a la altura de los antiguos Occidentales bajo éste esquema. Tanto los primeros como los segundos han generado una competencia y un mercado global nunca antes visto, en el cual muchas veces podemos percibir cómo se merman los límites del deseo de acrecentar capitales y capturar nuevos mercados.

El petróleo y su mercado no podían estar por fuera de los objetivos que marcaban los derroteros económicos de los grandes competidores mundiales de fines del siglo XX. Con seguridad podemos decir que el petróleo es el principal bien que no solo los competidores privados sino los Estados necesitaban asegurar, puesto que moviliza tanto la industria mundial como notables fuerzas políticas.

La posición de los países en vía de desarrollo, como el nuestro, al no contar ni con una tecnocracia (como lo hizo por ejemplo India) ni tampoco con una plataforma industrial como la de los países en desarrollo, su incursión en los mercados mundiales ha sido relativamente tímida sin que por esto se deba decir que hayan existido y existan hoy con gran empuje

¹ SANIN FONNEGRA, Javier, S.J. *Editorial*. En: Revista Javeriana, N° 632, Tomo 128. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, marzo, 1997.

políticas, normas y fuerzas económicas que se encaminan a lograr una mayor participación de Colombia en los diversos mercados mundiales.

“Globalizarse” no es solo una tendencia de “dejar salir”, sino también de “dejar entrar”. Habla de *reciprocidad* y quizás sin contar claramente con la proporción de incursión o de oferta. Basta el mercado. Inclusive, para el país ha resultado mucho más importante permitir el ingreso de capitales y bienes extranjeros, precisamente porque no contamos con una plataforma industrial consolidada capaz de incursionar en muchos mercados internacionales. La industria del petróleo es precisamente una de las cuales necesita, para un mejor nivel de productividad, se altos índices de inversión la cual no es asequible sino para empresas con alta capacidad de endeudamiento generalmente multinacionales.

Colombia, desde el siglo XIX hasta hoy –sobrepasando los distintos esquemas de desarrollo–, ha decidido mantener el petróleo como un recurso del subsuelo que pertenece al Estado, revalidando continuamente la tradición jurídica española (proveniente de las leyes de Castilla) que se orienta hacia ésta propiedad. Por ende, el crudo ha tomado siempre una *connotación pública* desde inicios de la república. Esto, entre muchas implicaciones significa que el Estado mismo debería desde sus posibilidades jurídicas y proyecciones políticas encargarse de la industria petrolera, más aún si reportaba tantas ganancias como lo hacían las industrias extranjeras. Sin embargo solo hasta los años 50’s pudo el Estado colombiano encargarse de la industria del petróleo sin que por esto desapareciera la concesión a agentes privados éste recurso público que iniciaron a comienzos del siglo XX. Así las cosas, tanto el Estado como extranjeros explotarían el ciclo económico del petróleo.

La globalización de los 90’s que hemos vivido, trajo consigo una disminución patente del papel del Estado en la economía destinando a la intervención estatal a temas de regulación, más no a su participación. La política que se cocinó en los 80’s hizo ver el “gigantismo” del Estado en comparación con los índices de eficiencia con que se veían a los competidores privados, los cuales arrojaban con menores inversiones, mayores ganancias, sin consideración al objeto mismo de éstos dos distintos órdenes.

Esto, y no solo en el plano del petróleo, hizo reducir el tamaño del Estado así como la cantidad de sus operaciones en la realidad social. Ése proceso se llamó la “modernización”, que estando en auge las circunstancias políticas de cambio del momento, se hizo norma superior en la Constitución de 1991. Paralelamente permitió un fortalecimiento de la actividad privada y un mayor protagonismo en las realidades sociales con el fin de no solo dar un espaldarazo a las actividades económicas sino al papel político de las iniciativas privadas en ésta nueva era.

La *eficiencia*, ahora regla y no criterio de análisis, empezó a pasar por el cedazo las diferentes actividades estatales en orden a lograr una mejoría en términos de costo-beneficio. Pero lo más importante y determinante es que la eficiencia, así como se concibió, resultó ser “el” principio ordenador del esquema de desarrollo del país. Como se tratará en éste trabajo de grado, obedece a una eficiencia marcada por principios de renta y no de desarrollo humano. Como consecuencia de lo anterior, se genera un crecido aumento en nuestro interés por la

inversión extranjera, como clave para el desarrollo de la economía nacional, puesto que éste tipo de inversión, parte del mismo criterio de eficiencia y que nos pueden iluminar las propias experiencias económicas y empresariales.

El turno llegó a la industria petrolera hacia mediados de la última década del siglo XX, tal vez para prepararla para los enormes retos que traería el siglo XXI. Dado que nuestras posibilidades como país estaban más encaminadas a desarrollar ésta industria por medio de la inversión extranjera -dado el costo del montaje de la industria para hacerlo por nosotros mismos-, se empezó a hablar de atraer la inversión extranjera, de generar oportunidades de ingreso por medio de sus capitales, con los menores costos y riesgos, so pretexto de que tomar ésta decisión era lo más “competitivo” para el momento por la capacidad instalada y el manejo de la eficiencia como renta.

Esto en términos jurídicos implicaba la posibilidad de ofrecer contratos de exploración y explotación mucho más *benéficos* para los inversionistas extranjeros y en términos de contexto, la menor posibilidad de *riesgos* políticos y de orden público, pues solo así se permitiría una ganancia real y estable en el tiempo. Éstos últimos han sido quizás los más urgentes, pues la situación no fue la más benéfica en la década de los 90's, razón por la cual había la necesidad de asegurar condiciones de seguridad. A esto se le llama “confianza inversionista”, como el aseguramiento de los corredores comerciales e industriales del país, lo cual se ha logrado ampliamente por medio del Plan Colombia en la era Pastrana y de la Seguridad Democrática en la actual administración.

Jurídicamente, ¿hacia dónde se dirigen los nuevos beneficios jurídicos? Básicamente apuntalan en dos puntos:

- Posibilitar un ingreso fluido de inversionistas extranjeros (personas naturales y jurídicas) y sus capitales para su incursión en los mercados internos –producción o comercialización- o en la explotación de fuentes de riqueza natural –materias primas-, como p.e. el agro o la minería.
- Posibilitar la configuración jurídica de negocios en el país, es decir:
 - Configuración societaria sin mayores restricciones.
 - Derechos claros y seguros de propiedad o todos aquellos que aseguren una renta.
 - Formas contractuales flexibles.
 - Claridad en la determinación de posibles daños y su indemnización.
 - El menor control posible de poder en los mercados.
 - Propuestas de resolución de conflictos no dilatorias.
 - Posibilitar el flujo de recursos humanos y de capital sin mayores requisitos.
 - Reducción de cargas impositivas.
 - Flexibilización de costos laborales.

Con el negocio petrolero la situación no fue distinta, antes bien por su importancia económica y política se hizo más acentuado. El petróleo en Colombia con su análisis de eficiencia en los noventa empieza a fracturar con mayor fuerza y rapidez la soberanía de los intereses públicos sobre el recurso en orden a lograr el mayor beneficio a los menores costos. No

significa que el poder jurídico constitucional sobre el subsuelo desaparezca, solo que se ordena hacia la consecución de eficiencias. Mejor aún, el tema es hacia dónde se ordena la consecución de eficiencias, quién se apropia de ellas y como se refleja en la vida social, en tanto de esto depende el desarrollo humano de nuestro país y la satisfacción de demandas sociales entorno a la justicia.

Esto es entonces un punto de quiebre que configura una nueva ruta a seguir: el petróleo si bien es del Estado, se afirma que *debe estar en las manos de quien puede hacer del negocio una renta mucho más eficiente*. Al examinar entonces el estado de cosas del petróleo empieza a hacer carrera la necesidad de una política energética inspirada en la eficiencia, puesto que como decía antes, es parte del nuevo enfoque de desarrollo del país.

Las presiones se fueron fraguando a medida que pasa el tiempo y en la primera administración Uribe se da el paso que concretiza las demandas políticas y económicas acerca de la destinación del recurso del petróleo sus rentas y su verificación en la vida de las comunidades. Para ello se adopta una política petrolera muy atractiva: *la flexibilización*, con la confianza de lograr que más empresas de capital nacional, extranjero o mixto que puedan someter sus recursos al riesgo del inicio de la actividad petrolera (puesto que el Estado no está en capacidad de hacerlo) mientras que ofrezcan “eficiencia” en el aprovechamiento del recurso energético.

Como Colombia no es el único país que cuenta con petróleo en el subsuelo, se encuentra en competencia con otros países, los cuales a su vez propagan también la eficiencia-renta como criterio orientador del nuevo orden mundial que nació hace 20 años y hacen de la inversión extranjera un enclave necesario para su desarrollo. Esto genera entre Colombia y otros países una intensa competencia para lograr que la inversión llegue a nuestro país y no a otro, a partir de las *facilidades y control de riesgos*, es decir, por la *oferta de posibilidad de una mayor rentabilidad* en términos de tasa de retorno por inversión realizada. Allí nace entonces en el escenario mundial un concepto del que veníamos hablando antes que marca entonces el derrotero hoy en día: **la competitividad**, puesto que ésta no solo se refiere a lo que la economía clásica denominaba como *ventajas competitivas* por país, sino también *factores de renta* también por país. Indudablemente, tomando al inversionista como un comprador y a los Estados como oferentes, según las reglas de la demanda y la oferta, para el inversionista siempre se le ofrecerá un mejor precio y condiciones; y los Estados, codo a codo, buscarán cada vez mejorar su oferta para lograr la incursión o mantención de empresas extranjeras que invierten en éste recurso del petróleo.

Esto implica desde el punto jurídico y social:

- Romper con la rigidez con que los conceptos, procesos y prácticas jurídicas se han desarrollado con el fin de hacerlos tan móviles, tan flexibles como lo es el dinamismo económico mismo.
- Hacer del Estado un agente ordenador de la vida social y económica, pero sin intrusión, puesto que distorsiona las asignaciones en un mercado, situación no adecuada para la competitividad.

En nuestro país así sucedió y se adecuó tanto el derecho como la misma organización estatal para hacer de Colombia un *ambiente* competitivo, es decir capaz de generar renta. Hoy en día vemos los resultados en términos de rentabilidad y son perceptibles en la economía nacional. Podemos decir sin lugar a dudas que se ha hecho todo lo posible, prácticamente hasta donde el Derecho lo permite.

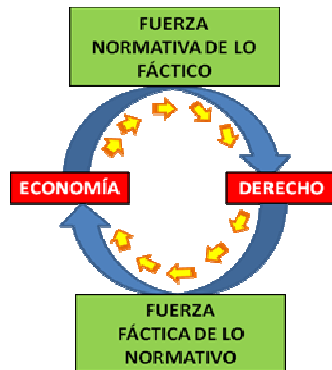
Sin embargo dadas las exigentes condiciones de la economía global del siglo XXI, ha hecho más estrictas las condiciones de los inversionistas para incursionar o mantenerse en un determinado país. Concretamente en ciertos países en los últimos años se ha percibido que en orden a la competitividad y la eficiencia se han flexibilizado al *máximo* incluso haciendo negatorios derechos esenciales al ser humano como el derecho del trabajo en condiciones dignas, causa de escándalo del esclavismo industrial que resucita tímidamente y sin mucha publicidad por los medios de comunicación.

¿"Hasta acá nos trae el río" de la competitividad? Si la competitividad en otros países *aumenta* –es decir, flexibiliza más- estaríamos en "franco atraso". ¿Podemos ir más allá según nuestras posibilidades jurídico-políticas? Esto implicaría en algunos casos romper el dique de lo "jurídico", se nos vería forzados a dar un nuevo contenido al derecho, modelando la eficacia de las normas y profundizar la visión del petróleo como bien económico, exclusivamente.

Aquí parte el presente trabajo de grado: no considero como errónea la competitividad, sino el modo reducido como se le ha entendido, como renta, ya que hay un enfoque mucho más amplio que tiene otros criterios que inspiran las aventuras empresariales. El hecho de llegar a lo que llamo como el *fondo del barril*, es decir, al límite de la flexibilización y sumisión de las condiciones económicas y sociales a un concepto centrado en la renta, nos llama la atención no solo a cuestionarlo y acondicionarlo al desarrollo humano, sino a afirmar que éste solo es posible con una renta sujeta a una propiedad repartida por grados de inferencia en el recurso, por la índole misma del incentivo del derecho de dominio.

En la próxima década nos quedará muy difícil seguir adecuándonos a criterios más laxos para seguir asegurando la renta como se ha venido haciendo. La economía enviaba un mensaje al derecho solicitando beneficios jurídicos que se hacían patentes, razonablemente comprobables –fuerza normativa de lo fáctico-, y el derecho respondía con otro mensaje respondiendo dentro de los márgenes de lo posible jurídicamente, con otro. Antes, dicho **flujo circulatorio** era relativamente ágil pues los espacios lo permitían, ahora empieza a hacerse lento y próximamente se irá a detener, puesto que **ya el derecho ha respondido en "validez" todas las solicitudes posibles**. Empezar a pensar mensajes que otorguen mayor beneficios vía flexibilidad jurídica resulta problemático para la consolidación de un desarrollo humano como se plantea en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

Así podríamos representar gráficamente la realidad que está sucediendo:



Esto entonces nos conduce a dos cosas muy concretas a partir de éste flujo:

- ¿Qué competitividad se ha venido incorporado en los planes de desarrollo?
- ¿Qué aportes pueden el derecho y la economía hacer para incluir un concepto mucho más integral que apuntale al desarrollo humano?

Nuestras respuestas, ya llegando a la frontera de las posibilidades jurídicas (antes de torcer los mínimos del derecho) respecto a las peticiones que emergen de la economía desde la frontera de posibilidades de producción “rentable” se nos hace necesario configurar un concepto de competitividad por una parte mucho más incluyente (participativo) que el que actualmente opera, y por otro lado, que apuntale al desarrollo humano.

Todo ello, hemos considerado como pertinente ofrecerlo a partir de tres aportes: luces, rutas y una proposición. Para ello partiremos desde la realidad que hoy circunda al negocio petrolero; en segundo lugar, comprobar las posibilidades con que se cuenta y el pensamiento político energético que determina la percepción y escogencia de las posibilidades; y finalmente en tercer lugar, qué posibilidades tiene el derecho y economía del petróleo en un mundo globalizado y un país en crisis humanitaria.

La proposición cuenta con el invaluable aporte del antropólogo, Andrés González, quien aportó valiosísimos elementos en continuas charlas, bibliografía y especialmente con su trabajo “*Dinámicas sociales en Barranca de Upía, Cabuyaro y Villanueva*” trayendo a éste trabajo de grado elementos de la realidad que por una parte confirman muchas de las peticiones de justicia, animan la reflexión y ofrecen sustento a la **propiedad repartida del subsuelo** como una alternativa que, sea de una vez dicho, **pongo a debate**, como una propuesta para hacer real el desarrollo integral de las comunidades más directamente implicadas con el negocio petrolero. Una vez más, muchas gracias a Andrés por toda su generosa colaboración.

El trabajo se justifica por sí solo, aunque éste mundo que parece inhóspito para la persona humana, sigue siendo un lugar común a todos, que nos exige un mínimo de derechos y

posibilidades de desarrollo **reales** en un mundo complejo y una Nación sumida en una crisis humanitaria sin precedentes pero con posibilidades de cambio... ¡indudablemente!

Como acotación final: **el objetivo de éste trabajo de grado es ABRIR EL DEBATE ACADÉMICO sobre la connotación social, jurídica, económica y cada vez más interdisciplinar de la realidad tocante al petróleo en nuestro país.** En consecuencia, asumiendo personalmente las opiniones en éste trabajo expresadas, *pretendo en primer lugar realizar una revisión de conceptos claves que han creado el derecho petrolero en nuestro país, ofrecer algunas recomendaciones sobre el modo de proceder para un acercamiento más integral de la realidad; y finalmente ofrecer “una” posibilidad, la cual someto al debate académico para enriquecer las perspectivas y ponerlas en diálogo para apostarle a un sector económico que fortalecido también sea un aporte al desarrollo de éste país que clama a todos sus integrantes un compromiso real con la dignidad humana.*

Retomo a Goethe: **“Si no pensamos en lo imposible, lo posible nunca tendrá lugar”**, para que un proyecto humano sea posible es necesario apostarle a él, si no creemos en las utopías no tendremos más remedio que tristemente reducirnos a nuestras desesperanzas.

1. LA ECONOMÍA DEL PETRÓLEO

1.1. EL PETRÓLEO EN LA ECONOMÍA MUNDIAL

El petróleo es un recurso natural no renovable, fósil, central en la producción económica desde el final del siglo XIX. Aunque es una de las fuentes de energía mundial, es la primera y con la propiedad de ser insustituible a lo menos a corto y mediano plazo. Su centralidad en una economía cualquiera es que de éste recurso depende el desarrollo, a tal punto de poder decir que “con energía abundante, cualquier avance es posible, porque, en suma, la producción y el consumo son en, buena medida, funciones energéticas”¹. Así las cosas, cuando se habla de recursos energéticos, el primero en aparecer y en capacidad para definir el trayecto económico, es el petróleo.

1.1.1. Historia

El petróleo es en la práctica el combustible de la vida moderna por ser la fuente energética de fácil extracción y transporte, y porque se ha inculturado como base de materia prima de las sociedades contemporáneas, como p.e. el plástico.

Su uso inició en la segunda mitad del siglo XIX y se popularizó en los años 20's del siglo XX con la era del uso masivo del automóvil. Desde entonces se ha imbricado en los procesos productivos industriales más importantes y es parte del consumo de los ciudadanos del siglo XX y lo será de parte de los del siglo XXI, pues lo más seguro es que desaparezca como combustible y sea solo utilizado como materia prima².

El mercado del petróleo se hizo posible en parte por su comercialización lograda por las “seven sisters” -Standard Oil de New Jersey (que luego fue Exxon), Anglo Iranian, Gulf, Texas Oil (Texaco), Standard Oil de California (SOCAL) y Standard Oil de Nueva York (Socony Mobil Oil), Royal Dutch Shell (anglo-holandesa) y Total (de origen francés)-, las siete compañías petroleras que forjaron a inicios del siglo XX la más vertiginosa lucha que tras la forzosa división a la que las autoridades obligaron a causa de un acuerdo no competitivo. El acuerdo tenía dos partes: una, en la cual se repartían geográficamente en mercado mundial del petróleo y dos, fijaban como único precio el correspondiente al cual se transaba el crudo en el Golfo de México³. Éstas empresas operaron originalmente por sí mismas o por asociaciones con empresas nacionales de los países donde se encuentra el petróleo⁴, las cuales más adelante serán protagonistas en las luchas de las nacionalizaciones en oriente medio, que generó en éstas una compleja estructura a prueba de presiones políticas de la región⁵.

¹ REQUIEJO, Jaime. *Economía Mundial*. Madrid, 2001, McGraw Hill, p. 231.

² REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 236.

³ REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 236.

⁴ ODELL, Peter. *Geografía Económica del Petróleo*. Barcelona, 1969, Oikos.Tau, p.50.

⁵ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.50.

Es de resaltar la capacidad de éstas empresas de asegurarse sus utilidades por medio de asociaciones, de convenios, en fin de cuanto instrumento jurídico hubiese a la mano en sus países de origen o destino de inversión. ¿Cuáles eran los factores económicos del negocio? Producción, transporte, “otros”, impuestos y los *royalties* gubernamentales⁶. Solo tenían tres limitantes⁷:

- Necesidad de amortizar la inversión en el país de destino
- Relaciones con el gobierno local
- Clase y calidad de crudos (en base a la calificación en *grados API*, siendo los más pesados entre el 10° y 20° -menos atractivos por calidad, como el venezolano-, los medios de 20° a 30° y los ligeros los de grado superior a 30°).

La oligopolización del mercado del petróleo en definitiva funcionó bien hasta lograr su alarma por parte de los gobiernos norteamericano y británico durante la II Guerra Mundial, época en la cual las “siete hermanas” encarecieron artificialmente el precio de crudo entorpeciendo así los esfuerzos militares de los aliados, así como también por la concentración de la actividad extractiva en oriente medio.

A esto, se le sumó la aparición de empresas privadas independientes de países occidentales, principalmente estadounidenses, que producían sólo en EE.UU. las cuales percibían la amenaza de un precio exterior más bajo en contra del nacional⁸ y las tensiones de empresas públicas también productoras respecto al precio⁹ tanto nacionales de los países productores que antes no habían incursionado en el mercado como la ENI de origen italiano. Dichas empresas ingresaron al Golfo Pérsico con operaciones de extracción por medio de contratos de **concesión**, que lograron poco a poco mantener una oferta de petróleo tal, que sumado a las del *cartel*, generó un creciente consumo anual al 7.5%, debido a los bajos precios¹⁰. Dichos contratos de concesión se desarrollaron más que todo por medio de los contratos fifty-fifty¹¹, los cuales fueron los argumentos más poderosos de los movimientos nacionalistas de los países productores, prefiriendo aún a costos comparativamente más altos¹², con tal se asegurara la no dependencia de la presencia extranjera para la consecución del recurso, el cual afirmaban era *políticamente propio*. Esto generó en América Latina la generación de las empresas públicas dedicadas a la extracción industrial del petróleo: Petrobras en Brasil, Ecopetrol en Colombia y YPF en Argentina.

Los países importadores no vieron como gran problema estas “nacionalizaciones” debido a que la explotación de crudo por una parte contaba con unas suficientes reservas y que éste proceso no implicaba la desaparición absoluta de patrimonio extranjero¹³.

El oligopolio de las grandes empresas continuó, a pesar de éstos procesos políticos, hasta que entre 1959 y 1960, al continuar la tradicional manipulación de la oferta para sacar a los

⁶ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.53.

⁷ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.50.

⁸ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.59.

⁹ REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 237.

¹⁰ RUIZ CARO, Ariela. *Tendencias recientes del mercado internacional del petróleo*. CEPAL, Santiago de Chile, 2003, p.10.

¹¹ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.61.

¹² ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.63.

¹³ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p. 10.

competidores nuevos o su reducción a fin de lograr un precio de venta más alto, se dio lugar al nacimiento de la Organización de Países Exportadores de Petróleo, OPEP, para replicar la metodología de cartel, con los siguientes miembros, ya no por empresas sino por países.: Arabia Saudí, Irak, Irán, Kuwait y Venezuela, grupo inicial al que se sumaron cronológicamente Qatar, Libia, Indonesia, Abu Dhabi, Argelia, Nigeria, Ecuador y Gabón y Trinidad y Tobago. El objetivo de éste nuevo cartel de productores, aún hasta hoy, es el de regular el mercado del petróleo al servicio del productor, no del consumidor y manejar los precios mundiales¹⁴, de conformidad como la demanda mundial lo fuera haciendo, aprovechando que ésta se encontraba concentrada para el momento de su constitución al 90% de la producción mundial¹⁵.

La primera prueba de la OPEP fue la crisis energética mundial de 1973, la cual provino de las presiones del gobierno libio a las productoras para el descenso de su producción y así marcar un derrotero para los otros gobiernos petroleros con el fin de instaurar *tipos de cambio flotantes*. La decisión unánime de la OPEP de proponerse a fijar el precio del petróleo por medio de negociaciones con las productoras se originó por primera vez en el Acuerdo de Teherán de febrero 1971, a fin de proteger los ingresos de los países productores. Dicho acuerdo determinó el fin de nuevas concesiones (nacionalización tímida), impuesto del 55% sobre renta de compañías petroleras y ajuste anual del 2.5% para compensar la inflación¹⁶. Ahora, como ésta estrategia no funciona se nace la propuesta libia, la cual desencadena un desequilibrio y desajuste de la política comercial del petróleo.

La solución fue un incremento del 5.12%/barril. Todo esto logró que en tres años se duplicara el precio del crudo a U\$3,75/barril y con esto disminuir la temperatura a las tensiones económicas del momento. Pero, no habiendo salido completamente de la crisis, la OPEP verifica así el poder político del petróleo en el mismo año una vez más: en septiembre, tras la guerra del Yom Kippur deciden elevar precios un 70% e imponer un embargo a los que apoyen la causa israelí. Ésta decisión eleva el precio a U\$ 11.65/barril. La consecuencia, prevista o no fue el inicio de las compañías petroleras nacionales que poco a poco fueron desplazando a las antiguas extractoras quienes pasaron a ser contratistas para la producción y comercialización del petróleo sin perder nunca el proceso de refinación y de mercado de los derivados del petróleo. No todo fue negativo, generó un importante aprendizaje, pues según los historiadores de la energía se generó un uso racional del petróleo que preparó al mundo para frenar el crecimiento de la demanda del petróleo en los años 80s'.

Sin embargo con la llegada del ayatola Jomeini a Irán y la guerra Irak-Irán se hizo público el secreto interno de la OPEP: la difícil comunión política. Llegaba la *segunda crisis del petróleo*. Todo presionaba al alza, pues como siempre el precio está amarrado a condiciones políticas determinantes a la producción del crudo. El aprendizaje de ésta segunda crisis fue estimular el mercado de futuros en las bolsas de Nueva York y de Londres, principalmente. Política y económicamente propició un ambiente de desconfianza en la región árabe, que hizo del lugar para determinar el precio del petróleo en condiciones de normalidad en una bolsa de

¹⁴ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p. 10 y REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 237.

¹⁵ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁶ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p. 12.

valores, con el fin de dinamizar mucho más el precio y acercarlo a las condiciones de oferta y demanda más reales. El efecto fue totalmente nocivo para la OPEP, pues no solo extrajo el lugar del precio de la península arábiga, sino diversificó los lugares de exploración y explotación petrolera, generando una reducción de producción de países OPEP al 30% del mercado mundial, cuando diez años atrás era del 48%¹⁷. No es una circunstancia nada despreciable, a partir de ése momento los países no-OPEP empiezan también a escribir la historia del petróleo. Así las cosas, el petróleo y sus precios ya no dependen de Oriente Medio solamente, sino de otros países, eso si en proporción a su participación mundial actual en el mercado y sobretodo en relación a las reservas.

Sin embargo en los años ochenta devino una volatilidad política aguda que generó una incertidumbre acentuada respecto a los precios del petróleo, generando stocks y bajas considerables en el precio del petróleo. Se añade a lo anterior que la división política de la OPEP se ahondaba aún más lo que impidió una respuesta ágil en términos de producción, más aún cuando la más importante estrategia, la del “productor acomodante” –el que suplía la cuota- era desmontada por Arabia Saudita quien con éste tipo de conductas veía afectada sus posibilidades de generación de recursos de conformidad con las posibilidades reales de producción.

De nuevo esto desencadena un dominio económico político, que termina como siempre medido en dólares/barril, dentro del cual nos encontramos con la guerra Irán-Irak y la invasión a Kuwait, lo que evidencia con más fuerza la débil cohesión de la OPEP y con ella la frágil capacidad para regular los mercados del petróleo¹⁸. Más aún, a partir de la Guerra del Golfo, aparecen con decisión nuevas figuras de producción petrolera: las empresas norteamericanas en Kuwait.

Entre 1991 y 1997 hubo una estabilidad relativa, lo cual generó precios promedios y no alzas que permitieran crear capital para nuevas exploraciones, las cuales cuando se pudieron hacer no resultaron muy provechosas. Sin embargo ésta calma se ve interrumpida en 1998 con la llegada de la crisis asiática y la Conferencia de Yakarta de 1997 que aumentó la oferta, generando una sobreoferta llevando los precios del petróleo al piso. En pleno neoliberalismo, hizo razonar a las empresas respecto a su capacidad financiera para emprender nuevas exploraciones, a lo cual respondieron por medio de **fusiones**.

A pesar de la nueva estrategia, respecto a los retos de la globalización, se obliga a que éstas empresas no solo se estructuren en una sola compañía sino que las restantes asuman el compromiso de actuar coordinadamente con la OPEP. Sin embargo los pactos producto de ésta nueva situación resultaron de imposible cumplimiento frente a la difícil realidad financiera de fin de década¹⁹. La única solución fue retroceder el mercado de futuros para presionar una baja en stocks y así favorecer la demanda con el compromiso de la OPEP de no presionar una baja en producción sino coordinar el precio y resultar todos favorecidos.

¹⁷ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.15.

¹⁸ REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 243. Desde 1992 Irak no ha vuelto a las reuniones de la OPEP y no es un miembro de confianza dentro del “club”.

¹⁹ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.15.

Como consecuencia se evidencia, más allá de la situación política, la OPEP como monopolio de la extracción y distribución de los pozos petroleros del mundo más importantes (cuenta con las reservas más cuantiosas), y la ubicación en el panorama del mercado del petróleo mundial como el surtidor de petróleo logrando las más altas exportaciones a los países de más alta demanda: EE.UU. y Japón.

Económicamente la crisis deja sentado el precedente de la rigidez de la demanda de petróleo dada por la alta elasticidad-renta de su demanda y la baja elasticidad-precio y sustitución²⁰.

¿Pero cómo funcionaba la cartelización de la OPEP en aquel entonces? El objetivo era mantener altos precios para beneficio de todos los miembros, pero por sobretodo el interés de base era fortalecer a los pequeños miembros por medio de la reducción en la oferta de los más grandes y así los pequeños como los grandes tuvieran misma participación hacia una misa ganancia, por medio de altos precios. Es decir, si la cuota global de la OPEP era alta quien reducía la oferta era Arabia Saudí, el productor que se acomodaba a las posibilidades de oferta de los pequeños. Esto además de cansar al productor acomodante, permitió que otros nuevos actores entraran al escenario de la oferta del petróleo. Fue el derrumbe de los precios, pues pasaron de U\$35/barril a menos de 20U\$. Indudablemente los precios no reflejaban el mercado y sus condiciones de producción, puesto que el interés preponderante era la actuación política mancomunada, un interés político común que se evidenció a la postre como muy frágil respecto a las presiones de los competidores del mercado internacional.

Desde las épocas doradas de dominancia de la OPEP hubo un aumento de elasticidades que terminó disminuyendo la demanda de petróleo. Así mismo dada sus posibilidades de definir también las alzas de precio, se aprovecharon muy bien para dar inicio a nuevas exploraciones, sin que por esto pudiera asegurar su participación en el mercado global, puesto que los intereses de otras latitudes para abrir espacios de exploración crecieron más de lo esperado, a tal punto que al final de la era de la OPEP solo dominaba un 30.5% siendo que en el auge más grande llegó a ser parte del 48% del mercado²¹.

Desde 1985 hasta finales de la década del 90 se mantuvo estable el precio del petróleo, salvo en la guerra del Golfo el cual elevó coyunturalmente el valor del barril. Ésta nueva escalada de precios favoreció el crecimiento de capital petrolero que permitió avanzar en las nuevas exploraciones que se llevaron a cabo a inicios de ésta década. Sin poder dudar, es evidente que las subidas de precios del crudo, independientemente de su causa, son siempre valiosas oportunidades para acrecentar acervos de capital para después aplicarlos a futuras exploraciones.

Para el cambio de siglo hubo grandes sobresaltos, debidos más que todo a las altas demandas de los países más desarrollados, nuevas normas ambientales de refinamiento y la nueva

²⁰ Elasticidad se entiende como aquella propiedad que tienen los bienes o servicios de ser reemplazados por bienes sustitutos como consecuencia de una variación del precio. La elasticidad en materia petrolera es importantísima ya que ésta marca precisamente nos acerca a las barreras tecnológicas y culturales de formas sustitutas de energía hoy en día.

²¹ REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 244.

coordinación de la OPEP que le ha permitido influir en los precios con mayor holgura y tino, aunque nunca como lo hizo décadas atrás²².

Hoy, en conclusión nos encontramos con un mercado conformado por grandísimas empresas que generalmente desarrollan proyectos de exploración alrededor del globo, con interesantes propuestas y esquemas de producción en el lejano oriente, un relativo continuismo con países pequeño-exportadores como el nuestro y una OPEP no politizada, sin enmendadoras de mercado, pero siempre determinante por razón de que continúa siendo un ente de administración de las reservas más grandes del mundo.

1.1.2. Geopolítica del petróleo

La política del petróleo, está necesariamente mediada por las oportunidades geográficas del mundo. A través de la historia es recurrente acudir a éste tipo de criterios para ofrecer criterios que iluminen el interesante mundo del petróleo, en especial el enigma de la formación de su precio, el cual obedece si bien a las fuerzas de la demanda y la oferta como cualquier mercado, éste cuenta además con presiones políticas que influyen claramente en el posicionamiento del precio en un momento determinado de la historia.

Hoy en día el petróleo no puede ser visto solo como un recurso, visto desde un esquema meramente económico, pues no solo fuerzas de ésta índole están presentes en las complejas relaciones que se extienden desde la extracción del crudo hasta su puesta en el tanque de un vehículo en forma de gasolina. Tan es así que en la literatura que hay sobre petróleo de todos los años, cada autor en sus primeras páginas del libro se obliga a tratar el tema socio-político de dicho momento, como también clave de interpretación.

Principalmente estamos hablando de *presiones políticas, militares y sociales*. Dichas presiones van moldeando tanto el carácter de los agentes que están en la trama del petróleo como su conducta. Podemos citar como ejemplo el conflicto árabe-israelí, la dictadura de Chávez en Venezuela, la lucha por el agua en Oriente Medio, el crecimiento urbano chino.

Por lo que se avizora, la *agenda de comienzos de siglo*, los temas fundamentales que marcan las preocupaciones políticas, militares y sociales a hoy son: la centralidad de oriente medio (relacionado con la oferta), las relaciones entre importadores y exportadores, capacidad de extracción en determinadas zonas del planeta, impuestos y gravámenes del crudo y sus derivados, así como los efectos políticos de las concentraciones empresariales en el espectro industrial petrolero²³.

Mejor ejemplo de lo anterior no puede ser más que la invasión de los Estados Unidos a Irak en ésta primera década del siglo XXI. Allí se evidencia la *centralidad de oriente medio*, y con ésta, el la relevancia que tiene Irak en la OPEP, así como la relevancia que tiene el apoyo o rompimiento de relaciones de gobiernos occidentales con los regímenes dictatoriales en regiones petroleras con el fin de asegurar petróleo. Por otra parte, también se dejan ver las

²² REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 245.

²³ NORENG, Oystein. *El poder del petróleo*. Buenos Aires, 2003, El Ateneo, p. 30 y ss.

desigualdades sociales tan persistentes en los países exportadores de petróleo a pesar de la riqueza que genera la industria del mismo, en fin. Todo esto porque Irak es un país que cuenta con la segunda reserva mundial del petróleo más importante del mundo: desde la invasión se ha venido en la producción surtiendo una serie de procesos de privatización (en manos de estadounidenses principalmente y los aliados que colaboraron en la invasión a Irak o en Afganistán, “pagando favores”) que aparentemente hasta el momento parece ser uno de los objetivos de la invasión, así como el debilitamiento de la OPEP pues a medida que se privatiza aún más el negocio petrolero, el incumplir las cuotas se hace más apetecible.

La invasión a Irak cuenta con un propósito político muy claro: la atomización del poder en la extracción del petróleo. Es decir, el objetivo de derrocar a Sadam Hussein era que con su caída se eliminara las restricciones que éste dictador imponía a la producción acordada con la OPEP. Una vez ingresados los capitales norteamericanos y europeos en éste país los riesgos de una tasa impositiva alta son prácticamente inexistentes ya que el nuevo régimen político es muy afín a los intereses de éstos inversionistas. Hablar de un antes y después de la invasión a Irak como país petrolero está marcado sobretudo por la posición del Estado iraquí frente a las petroleras internacionales pues ahora hay amplísimas posibilidades para los inversionistas que antes no las habían. No fue fortuito escoger a Irak como objetivo de invasión, para nadie es duda que el objetivo no era acabar con una dictadora, la cual había apoyado los Estados Unidos tiempos atrás por intereses políticos en contra de los kurdos en la década de los ochentas, simplemente allí se reúne la segunda reserva mundial del petróleo.

Ahora, aunado a las presiones externas están los conflictos internos, los cuales como se comenta han sido también azuzados por los países de donde provienen los grandes capitales inversionistas, ha permitido resquebrajar la unidad política al interior de los países, favoreciendo así el ingreso de capitales extranjeros, casi que sobrepasando no solo los diques que Hussein imponía respecto a las cuotas de la OPEP sino incluso superar las expectativas de producción y poder lograr controlar la producción, pues como se ha venido relatando en éste trabajo, esto favorece el control del precio y con él satisfacer las necesidades de capitalización para posibles exploraciones cuando se acrecienta un buen capital con una subida del precio.

Una de las inquietudes que han atravesado el siglo XX y por lo pronto se prolongará también en éste siglo es el conflicto árabe-israelí: ¿qué tiene que ver con el petróleo? Todo. *Es tan rentable que exista el conflicto como que no lo haya*, me explico: cuando no hay conflicto hay posibilidad de “ver” las alternativas de producción, el mercado juega limpio y puede entonces el precio reflejar su verdadera realidad independientemente de realidades políticas. Esto es muy favorable y en parte ésta ha sido la lucha política de los inversionistas de occidente y de los países no-OPEP, respecto a la cartelización que muchas veces empaña la realidad del mercado exploratorio. Sin embargo, como en el caso del Irak de hoy, es muy importante que exista un conflicto interno como externo, mantener elevados grados de temperatura bélica en la región hasta antes de una posible guerra es un muy importante puesto que favorece por una parte la especulación y por otra impide la organización política a nivel local o nacional que organice posturas de política energética definidas y contundentes respecto de la explotación petrolera, que pueda canalizar las peticiones de justicia que subyacen en las comunidades donde se extrae el petróleo.

En conclusión: *el control del conflicto permite el control del precio y tanto el conflicto como el no conflicto es favorable para los actores productivos, o bien por la claridad que permite fortalecer el mercado o bien por la oscuridad que permite que la especulación y neutralización de una política económica. La cuestión está en que el mercado y los imaginarios de los actores están adaptados al segundo esquema.* Es por esto que el conflicto árabe-israelí es el ambiente más propicio para poder tomar la iniciativa de enrarecer las condiciones de mercado a la sazón de los intereses de las empresas petroleras.

No ha sido del todo favorable mantener un conflicto con un costo político y moral tan alto, razón por la cual ciertos actores del concierto internacional buscan un suministro seguro, optando por una mayor claridad en el mercado, es decir, un mercado que refleje verdaderamente la realidad de la oferta y la demanda. El grupo de este tipo de países es encabezado por Rusia²⁴. Sin embargo los Estados Unidos mantienen firmes intereses en la región con dos enclaves de altísima confianza hasta antes de 2001: Arabia Saudí y Kuwait. Ahora, ¿por qué hasta esa fecha? Porque en años anteriores pudo darse cuenta los Estados Unidos que estos dos países, a pesar de ser fieles a las políticas energéticas mundiales norteamericanas definen por la relativa estabilidad política interna, propias directrices respecto al petróleo. Esto incentivó a los Estados Unidos a lograr un aliado mucho más cercano y que al mismo tiempo representara, como Arabia Saudita, unas significativas reservas: Irak.

El poder del petróleo es tal que tras su búsqueda se embarcó el gobierno de los EE.UU. desde 2003 en una invasión y guerra que ha generado una inmensa inversión económica y un costo político muy fuerte para dicho país, como el desmejoramiento del partido republicano con el papel de George Bush en la política internacional ésta década (que por cierto fue la causa del otorgamiento del premio nobel al actual presidente, Barack Obama, precisamente por cambiar el rumbo de la política internacional). No es la primera vez que el mercado del petróleo determina la política mundial e interna de los Estados Unidos, ése fue el caso del fracaso de las reelecciones de los presidentes Ford en 1976, Carter en 1980, y Bush en 1992²⁵. Por tal motivo no podemos perder de vista la política interna de los Estados Unidos, ni de las potencias emergentes como China e India, pues de ésta dependen también los intereses mundiales sobre el petróleo.

En cuanto al futuro político dada la difícil situación en Oriente Medio que no promete una solución ni siquiera a mediano plazo es necesario que los EE.UU. busquen un actor que esté en su mismo ritmo de acción, y éste es Rusia, de allí que se haya puesto a la orden del día en los últimos años para poder incursionar y actuar mancomunadamente con los EE.UU. en pro de intereses comunes: el petróleo. No que exista una total comunión política al respecto, como p.e. la definición de productos alternos al petróleo como el gas y su conducción por medio de gasoductos en territorio europeo. Sin embargo están altamente interesados en la explotación de fuentes alternas de crudo, como p.e. la definición del petróleo del Mar Negro (razón por la cual tanto el uno como el otro ha venido teniendo puestos sus ojos en Afganistán).

²⁴ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 15.

²⁵ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 17.

Sin embargo el fantasma del fin del petróleo hacer volver los ojos a Oriente Medio y es **ésta la tensión que hoy vivimos**, para nadie es mentira que algún día el petróleo se agotará pero unas veces “suena más fuerte la alarma” y se mira hacia oriente medio, como quien mira para La Meca rogando que no suceda pronto. La situación humanitaria de la región exige una solución pronta, es importante concientizar a las inversiones petroleras que de su papel en la región depende también la solución a un conflicto que seguirá trayendo más fracasos para la dignidad humana. La inversión petrolera es necesario que sea enmarcada dentro de la conciencia de sus implicaciones en la realidad social, económica y política de las regiones, se ha internacionalizado más la política energética, muchas veces a costa del desconocimiento de las peticiones de justicia de las comunidades de las regiones y países de donde se extrae el crudo. En el último capítulo de ésta obra trataremos el caso con mayor profundidad.

1.1.3. Siglo XXI: de dónde venimos y hacia dónde vamos

Hoy en el mercado del petróleo se reconoce como “la” necesidad primordial el aseguramiento de la oferta y al tiempo que la estabilidad de los precios del crudo. No solo es relevante para la industria petrolera, sino para todos los implicados en la cesta energética, pues la primera parece seguir capitaneando la segunda. Pero ¿hacia dónde vamos? Noreng parte de dos imaginarios que son criterios de evaluación para poder responder ésta pregunta²⁶:

- A corto plazo. En éste periodo de tiempo se examina el modo de comportarse los consumidores y las transferencias de ingresos entre exportadores e importadores.
- A largo plazo. En éste avistamiento, se hace referencia a las preferencias de inversión y las repercusiones sobre el petróleo como capital y como recurso en el mundo y los cambios que genera en la estructura de producción económica en el mundo.

Para poder dar una respuesta concienzuda es necesario darle una perspectiva histórica, pues aunque no parezca **el petróleo también tiene una historia que prefigura en cierto modo las visiones de largo plazo**. Resumiendo, podemos decir que venimos históricamente de tres grandes acontecimientos:

- I crisis del petróleo (1973-1974). En ésta crisis se vivió un intento de proceso de reemplazo tecnológico. Dejó marcada la posibilidad de hacerlo en el futuro.
- II crisis del petróleo (1979-1980). En ésta crisis se vivió un cambio de destinación al tipo de energía a la cual se destinaba el petróleo. Dejó marcada la posibilidad de que la energía sea destinada a industrias de alta tecnología que en su proceso exija menos cantidades de crudo y en su consumo siempre sea predilecta la energía eléctrica. Como se dijo antes, en ésta crisis se da inicio a los futuros los cuales se convierten desde la creación de su mercado, en la alternativa más optada.
- Escalada de precios del petróleo (2008). En éste año se llegó a niveles record de precio del petróleo. Dejó marcada la posibilidad de entender el petróleo como un factor relevante en la configuración de los derroteros políticos del futuro en el marco de una economía que exige una ética mínima que elimine toda forma de “capitalismo salvaje”. La crisis financiera que inició en éste año y se extiende a la actual no elimina

²⁶ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 55.

de alguna manera la economía de mercado pero si adopta una decisión contundente: las solas fuerzas del mercado no se regulan por si solas y exige de cada agente también la consideración del respeto a las reglas del mercado y la neutralización de toda forma de abuso de poder en éste.

Por lo pronto, podemos decir entonces que vamos hacia una explotación petrolera en una nueva economía mundial (bueno, eso depende de qué tanto los Estados y capitales transnacionales adoptan criterios más éticos a la hora de lanzarse a la aventura de los mercados), la cual parece quiere seguir manteniendo un ambiente enrarecido en oriente medio, un impulso igual de fuerte en países no-OPEP y un factor muy importante: el ingreso de inmensas dimensiones de dos jugadores que pretenden jugar papeles estratégicos en operaciones *downstream*, como lo son India y China en razón también impulsados por prefigurarse como los futuros más grandes consumidores de crudo.

No podemos escaparnos de la pregunta ¿habrá petróleo a futuro? Unos consideran que hay petróleo para un buen tiempo, otros que no. La **existencia de un recurso depende de cuatro factores**: de los *yacimientos*, de los *niveles de consumo*, de la *tecnología* y *destinación*. En cuanto a los niveles de consumo es claro que no se detendrán, más aún cuando la presión demográfica y cada vez es mayor y cuando el grande consumidor (50%), los EE.UU. lo tiene así planteado y ha iniciado acciones políticas y militares en otros países para asegurar el consumo de petróleo. En cuanto a los yacimientos, aunque los nuevos descubrimientos han resultado escasos, los actuales logran sustentar los niveles de consumo actuales a un mismo nivel tecnológico a mediano plazo.

Respecto a la tecnología, ésta ha ido modernizándose también a la misma sazón que las presiones ambientales hacen que el uso del crudo y sus derivados se hagan de un modo el cual genere la mayor cantidad de energía con las menores implicaciones ambientales. Así mismo en cuanto a la destinación, los motores para el transporte, no hay por el momento un sustituto rentable, de fácil uso y que cuente con un apoyo político que favorezca la sustitución de tecnología. “[S]ignifica que los usos o fines del petróleo se darán cada vez más en segmentos del mercado en los que la elasticidad de la demanda al precio es baja, pero la elasticidad al ingreso alta”²⁷. Así las cosas, no parece haber cambios en las aplicaciones industriales de los derivados del petróleo, por lo cual parece respecto a éste factor mantenerse los niveles ajustados a las aplicaciones actuales.

Una presión sobre el consumo e industria del petróleo muy seria, no novedosa aparentemente olvidada e intermitente en los foros internacionales es el *factor ambiental*. Éste no sería tan serio si el consumo del petróleo se caracterizara por una elasticidad al precio en términos generales baja de la demanda, lo cual señala que los consumidores están pagando un valor por el bien, el crudo, a un nivel muchísimo más bajo de lo que es el bien en sí mismo considerado. Cuando esto sucede, se dice que se paga un precio muy por debajo del “umbral del dolor”²⁸ y hay un beneficio muy grande de la renta social. Esto desde una perspectiva económica ambiental significa que hay una pérdida de eficiencia, respecto de la

²⁷ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 63

²⁸ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 63

cual se elabora toda la justificación para la producción de una energía más “limpia” o bien modificando los procesos de consumo en cuanto a la contaminación se refiere o bien creando una nueva tecnología más “amigable” con el medio ambiente; todo esto con el fin de que el consumo de energía se reduzca al estrictamente necesario, en tanto y cuanto no se genere un consumo en consonancia con las exigencias ambientales. ¿Cuál es ese nivel de consumo? Ésa es la duda y la gran debilidad de las propuestas ambientales, que quizás, desatado este nudo puede llegarse a acuerdos y propuestas de desarrollo sostenible viables, atractivas y perdurables en el tiempo.

La limitación de los recursos energéticos es evidente, más aún en recursos fósiles como el petróleo, el cual detenta la cualidad de ser el principal y el más determinante. Y se preguntará, ante la situación real en términos de reservas y el futuro próximo, ¿qué papel tienen las nuevas fuentes de energía? Hasta el momento, es decir, hasta la frontera tecnológica que vivimos los que iniciamos éste siglo, no ha habido una fuente energética que cumpla con las siguientes dos condiciones²⁹ para ser reservas energéticas –de resto son meros *recursos*–:

- Posibilidad. Es decir, con medios técnicos necesarios, rentables, con un costo de obtención inferior al precio del mercado.
- La energía útil resultante sea superior a la empleada en obtenerla.

Por el momento, no se cuenta con los medios tecnológicos suficientes para generar incentivos reales para lograr nuevas fuentes de energía, a menos que el alto costo de las fuentes de energía fósiles nos haga cambiar de idea. Por otra parte, está en juego la relación costo de extracción y precios de mercado, como *tasa de retorno*, relación a partir de la cual se determina la frontera entre un recurso cualquiera y una reserva energética, y por el momento solo en la categoría de reserva se encuentra nuestro recurso fósil por excelencia.

¿Dónde están las reservas? La mayoría de las reservas petroleras se encuentran en Oriente Medio. Se requiere que para que sigan siendo las reservas más importantes del planeta, se requiere el mantenimiento (sino mejoramiento) de las condiciones tecnológicas de producción, asunto que no depende solo de la región sino también de las condiciones financieras para el apalancamiento para la producción, las cuales si están seriamente determinadas por la geopolítica de la región. Por tal motivo afirmamos que hay una relación en “red” entre el petróleo y el mundo de la industria y el mundo de las finanzas, es decir, toda la industria del petróleo requiere de avances tecnológicos y posibilidades financieras factibles, por lo que éstas “fronteras”, por decirlas así, determinan la calidad como “reservas” de los yacimientos petroleros. Esto no es un dato de poca monta, es muy relevante, pues los incentivos en nuevas tecnologías y nuevas formas de apalancamiento miran también las aventuras exploratorias y conforme con la suerte de éstas se entusiasman o pierden interés en el apoyo a ésta industria que hasta el momento ha sido irrestricto, pero que en caso de aparecer un nuevo “recurso”, podrían dejar de tener tal apoyo y ser trasladado a las nuevas fuentes energéticas que a futuro puedan aparecer. Es por tal motivo que las principales compañías petroleras, como p.e. British Petroleum de una década larga para acá ha decidido estar al frente de las nuevas fronteras energéticas para que en caso de tener que dar el salto, le quede mucho más fácil.

²⁹ REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 235.

El siglo XXI y el petróleo

Hablar del futuro del petróleo es tan difícil o más, como hablar de la actualidad del petróleo debido a que los muchos factores que intervienen en su mercado cambian los factores de entendimiento del funcionamiento del mercado petrolero una vez se analiza un determinado momento de mercado. Es como tomar fotos en movimiento, la siguiente será sensiblemente distinta a la anterior.

Sin embargo hay datos claros que marcan *tendencias* hacia dónde se dirige el petróleo. Es realmente imposible pensar un mundo a un futuro mediano sin petróleo. Es evidente lo insustituible que es en nuestra cultura y cuán elástica es su demanda, casi que podríamos decir que un día sin derivados industriales del petróleo, iniciando por la gasolina, nos sería un día muy difícil para la humanidad tan urbanizada y comunicada entre si. A futuro mediano no hay amenaza de desabastecimiento, mejor aún, no hay nuevas tecnologías que permitan nuevas fuentes de energías por lo pronto. Es de anotar que el modo de entender el futuro del petróleo no debe darse en la relación *reservas probadas* respecto a tendencias de producción³⁰, las cuales cuentan hoy con una tecnología y capacidad de financiamiento de costosas exploraciones, gracias al músculo y solidez de las grandes empresas petroleras y a las recientes escaladas de precios que dejaron ingentes ganancias.

Pero no podemos perder de vista que el petróleo es un recurso fósil y limitado. Agencias de investigaciones concuerdan que a mediano plazo no se encuentren grandes yacimientos como los que se vieron hace 40 y 50 años; y que en términos de costos de exploración resultarán poco a poco más altos pasando así “la cuenta” a las rentas que hoy perciben las grandes empresas. A éste mismo ritmo, la demanda aumentará considerablemente al compás con que crece la población del planeta y se urbaniza (que es el fenómeno social y geográfico que logra interferir más en la demanda). Frente a esto todo éste escenario el petróleo empieza ya a entenderse en nuevas categorías, como el “consumo responsable”, la “política de precios sostenible” y en fin, una serie de estrategias que por el momento están siendo acunadas y en el futuro serán derroteros que permitirán mantener a salvo una industria que requiere una altísima complejidad industrial e inmensas cantidades de dinero para su funcionamiento.

Seguramente, por lo importante que es éste recurso, a medida que pasen los años cada vez más se generará conciencia en la necesidad de ver el petróleo no solo como un recurso más en un mercado y con un mercado, sino también como un factor polifacético, haciendo una analogía, cada vez más nos daremos cuenta que acercarnos al petróleo es acercarnos a un prisma: vemos al inicio una sola luz, pero que se descompone en muchos factores que la integran y creo que la toma de conciencia va a ser sobre ésta diferenciación de tonos que van a aparecerle al petróleo ya no solo como negocio, sino como *fenómeno*.

³⁰ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p. 20. Como más adelante se afirmará en éste trabajo de grado, muchas veces se calcula la cercanía y temor por el “fin” del petróleo en términos de “reservas probadas” y no estamos contando por ejemplo con las fronteras tecnológicas que puedan generar una energía que ofrezca mejores incentivos de todo tipo, especialmente los ambientales y económicos, o con fronteras jurídicas y sociales, que es lo que más adelante llamará este trabajo como el *verdadero “fondo del barril”*.

Sin embargo poder controlar ésta situación implicaría poder predecir la evolución de los precios (que como negocio que es por el momento, es el termómetro de la buena marcha del mismo) lo cual resulta bastante difícil en tanto produciría resultados inexactos, pues hoy por hoy “los precios están más determinados por factores estructurales del mercado vinculados a la fuerte (o débil) demanda asociada al ciclo económico, por factores especulativos – especialmente a partir de la década de los ochenta con el lanzamiento de los contratos a futuros sobre petróleo en las bolsas de Nueva York (NYMEX) y Londres (IPE)-; los subsidios que recurrentemente han instrumentado los países industrializados para promover la utilización de recursos energéticos locales; la evolución de las cotizaciones con respecto al dólar; y los conflictos políticos en las zonas productoras”³¹.

Entonces ¿cómo se va tratar la escasez de petróleo cuando así suceda? ¿o en caso de que sea reemplazado en un futuro lejano por otra fuente energética? Ante esto, es posible aplicar la teoría de la renta de Ricardo, la cual frente los recursos naturales no renovables, como los fósiles, las reservas de los costos más bajos serán las más apetecidas, su precio por la demanda aumentará pero nunca será superior al del siguiente recurso natural, hasta extinguirse; luego se seguirá con el siguiente recurso natural de menor exigencia en costos, pero que evidentemente su extracción es un poco más costosa, y así progresivamente la escalada de precios podrá generar problemas a consumidores como a productores (por tasas de retorno decrecientes)³², hasta que poco a poco se propugne por soluciones tecnológicas de fuentes de recursos sustitutos por lo menos inferiores a los soportables para los consumidores y productores. *En el caso del petróleo* se hará despreciable éste recurso cuando su costo de adquisición por productores y consumidores sea más alto que el de la inmediata y siguiente forma de energía y se retornará a él hasta se hayan extinguido las otras fuentes de energía posibles menos costosas que el del precio que se ofrezca del petróleo.

Ahora, todo esto sin contar con las siguientes variables que son noticia, de origen económico y no económico, todas influyendo en el precio y apetito por el recurso:

- Los futuros
- Los subsidios
- Las monedas
- Los conflictos

Explicar éstos factores moldearán de seguro el entendimiento de los *ciclos económicos del petróleo*, pero por lo pronto los tenemos en cuenta para el entendimiento **cotidiano** del mercado petrolero, que quizás es en donde se centra nuestra preocupación más sólida, puesto que por lo que prevemos nuestra generación no podrá prever el cenit del petróleo.

En términos concretos, para cerrar este aparte, ¿qué pasará con el petróleo? A grandes rasgos se puede decir que las reservas a mediano plazo marcan hoy “la parada” en cuanto son lugares exentos de conflictos y puede asegurarse un flujo en el suministro de crudo. Sin embargo éstos pozos empiezan a ser maduros y con ellos a calcularse su finalización. Esto por lo tanto empieza de nuevo a hacer mirar a Oriente Medio, a los países OPEP que concentran las grandes reservas de crudo en el mundo, el 70% y solo produce el 40% de producción

³¹ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.22.

³² RUIZ CARO, Ariela. *T Op. Cit.*, p.23.

mundial, razón por la cual se dice tienen “guardado el petróleo en la despensa”, en espera de una escasez mundial del petróleo en fuentes no-OPEP para irrumpir con precios a su acomodo. Es por esto el interés de los Estados Unidos de desestabilizar la región, con la invasión a Irak, y cada vez más hacer una presencia en la región pues solo así aseguran no solo una participación en la exploración sino un control en la conformación de las políticas energéticas de la región.

En foco

Podríamos decir en pocas palabras que el nuevo siglo abrió prácticas recurrentes en la industria petrolera, que dada su recurrencia podemos decir ya que es una **tendencia explícita**. Éstas prácticas que vivimos hoy en día son³³:

- *Redireccionamiento de las inversiones petroleras*. Hoy en día se consume tal vez un poco más de energía que la que se había previsto para ésta época según cálculos hechos decenios atrás y seguramente en años futuros el consumo será incluso superior a los cálculos que hagamos de él hoy mismo.

Por tanto la demanda de energía seguirá incólume e incluso se fortalecerá (solo hay un riesgo, que es el fomento de las energías alternativas en países desarrollados, como lo han venido sosteniendo los líderes políticos de éstas naciones en las dos últimas décadas, aunque tímidamente con muy buenas expectativas).

Al mismo tiempo, la complejidad política de oriente medio seguirá haciendo a los países no-OPEP muy atractivos por las razones enunciadas y podemos resumir acá con el refrán popular “en río revuelto, ganancia de pescadores”. Sin embargo tienen una gran desventaja: el costo de producción es allí elevado. Frente a éstas dos realidades la industria ha respondido buscando tecnologías que aunque costosas en su adquisición y su impronta de ser “ambientalmente amigables” –en razón de la censura ambiental que hay sobre la industria de hidrocarburos- permiten un mejor margen de ganancia, haciendo nuevas exploraciones incluso más incisivas. Esto ha generado simultáneamente un fortaleciendo en las actividades *downstream*, las cuales ofrecen tasas de retorno mucho mejores que permiten sustentar las nuevas exploraciones en el *upstream*.

Ésta flexibilidad y facilidad de moverse de un momento de las operaciones *downstream* a las *upstream* y viceversa ha ido tejiendo un nuevo debate entre la OPEP y los no-OPEP en la medida en que los segundos han ido poco a poco presionando la liberalización de factores que permiten mejorar las ventajas en el negocio petrolero, frente a lo cual los primeros responden estar los segundos desestabilizando y dejando a las “desreguladas fuera del mercado” “aspectos estructurales fundamentales de la economía”³⁴.

³³ RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 45 y ss.

³⁴ RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 46.

Es por esto que la política de la OPEP en ésta década se ha concentrado en armonizar las actividades *upstream* con las *downstream*³⁵, pues es muy riesgoso para ambos sectores que uno se quede con un tipo de operaciones (cartelizándose a cada nivel) y el otro con el restante en tanto podrían presionar bloqueos en el proceso productivo respecto del otro con el fin de aumentar precios en cada uno de los dos niveles productivos. Por fortuna, el siguiente punto colabora muchísimo en éste sentido. Sin embargo, todo depende de la estabilidad del mercado, asunto en el cual todos los actores deben poner de su parte.

Ahora, ¿por qué la estabilización del mercado? Porque la liberalización de las fuerzas del mercado (privatizaciones, diversificación de actividades) acabada la guerra fría hace 20 años con la caída del muro de Berlín ha traído consigo la incertidumbre de la composición propietaria de empresas, la incertidumbre de conseguir recursos en el mercado de capitales, en fin toda una serie de ignorancia respecto a posibles generando un ambiente de tensión en el cual todo agente sospecha el uno del otro. Es por esto que nació la OPEP, para organizar mancomunadamente las posiciones respecto del petróleo, pero mantener bajo control la producción en cada país no resulta fácil. No por esto la OPEP deja de ser el principal organismo que agrega a los países con las más grandes reservas, y quizás allí es donde radica su importancia desde sus orígenes hasta nuestros días.

- *Integración vertical.* Debido a que en la industria petrolera, los ingresos se obtienen o en las operaciones *downstream* –exploración-explotación- o *upstream* –distribución-estaciones de servicio-, de conformidad con las utilidades en cada uno de los renglones de éstos dos negocios, se desplaza el capital. Esto ha sido una constante en la historia de la industria, sin embargo en nuestros tiempos, la incertidumbre del mercado petrolero ha aumentado los miedos sobre precio y hallazgos, la cual aunada a las decisiones erróneas que se han tomado en unos casos, ha hecho más fluido el paso de capitales de una operación a otra.

Es por ésta razón que en el cambio de siglo inicia una ola de fusiones (como ha venido sucediendo en otros sectores de la economía) gracias a una ecología de liberalización que presiona a los agentes lograr mejores y más eficaces niveles de competencia que en caso de no lograrse como fuerza centrífuga salen del espectro de mercado. La claridad de la amenaza ha generado que las empresas busquen integrarse en los dos niveles de producción de tal forma que en caso de que en un extremo las utilidades no reporten la cantidad necesaria o esperada, es posible concentrarse en la actividad del otro extremo.

Han habido tres mecanismos para lograr ésta integración³⁶:

- Adquisición de activos o fusión
- Asociación en empresas conjuntas

³⁵ RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 46.

³⁶ BROWN, K.C. y R.F. Semmens. *Perspectives on Integration in the Oil Industry: Innovations from the Financial Market in: Oil in the New World Order.* University Press of Florida, 1995, cit. por RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 47.

- Asociación a través de contratos de suministro o contratos de exploración y producción de riesgo y producción compartidas

¿De qué depende la escogencia del mecanismo? De dos criterios: “características de la empresa (régimen de propiedad, posesión de reservas petroleras) y de su ubicación en las actividades *upstream* o *downstream*”³⁷, y las empresas petroleras estatales recurren a los contratos de suministro o contratación de servicios de refinación en el extranjero³⁸. En fin, el objetivo es fortalecer la capacidad de industria (en reservas, en producción) y de participación en el mercado. Y para éste objetivo, es necesario entonces el fortalecimiento de los activos, los cuales permitan concurrir con más fortaleza.

Quienes han resultado muy beneficiados de ésta ola son las empresas multinacionales más grandes con capacidad de presencia, en la medida en que por lo general son fuertes en un nivel de producción y buscan su “complemento”, una empresa con fortaleza en otra área, y lograr hacer un puente eficiente entre niveles productivos, como es el caso de REPSOL (privada, española) con YPF (pública, argentina).

- *Oligopolización de operaciones downstream*. Dados los altos costos de la exploración, aún en momentos de alzas de precios, los excedentes superavitarios que generan éstas alzas si bien se podrían destinar a la exploración, no se hace así, en la medida en que para las previsiones de la demanda mundial a mediano plazo las reservas existentes alcanzan.

Dichas ganancias han sido trasladadas al mercado de capitales (el cual no es muy apetecible en éstos tiempos de crisis) o sino a las actividades *upstream* donde la ganancia puede llegar a ser incluso más segura. Sin embargo esto no solo es un traslado de renta económica de una operación (*upstream*) a otra (*downstream*) es también una traslado de interés político de un lado al otro: ya no son tan importantes los países exportadores, como los importadores, que son los que en su mayoría manejan el negocio *downstream*³⁹. Una reflexión de éste estilo es preguntarnos por qué han crecido en manera sostenida en los últimos años.

Esto nos puede llegar a hacernos preguntar: ¿podría llegar a conformarse un oligopolio *upstream* y un oligopolio *downstream*? Esto puede llegar a suceder en la medida en que el conflicto en oriente medio siga haciendo no apetecible el petróleo de oriente medio y costosa la extracción de petróleo en otras regiones del mundo (por la tecnología como por los gastos políticos o de seguridad) y sigan desapareciendo los incentivos en las operaciones *upstream* y sigan apareciendo en las *downstream* dentro de los cuales está principalmente la certeza e inmovilidad relativa del precio.

Ésta inmovilidad proviene de la seguridad de ganancias, pues aunque aparentemente tras un cambio en del precio del barril de petróleo las ganancias de las operaciones

³⁷ RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 48.

³⁸ Cfr. RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 48

³⁹ RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 49.

downstream sean inversamente proporcionales a éste beneficio, los derivados pueden determinar el precio con mayor facilidad en un mercado y hay una mayor capacidad de sustitución de origen de renta económica, pues si no se gana por un derivado se gana por otro. Es decir, es más sensible a un cambio el precio del barril que el de un derivado, por lo que a mayor seguridad en la previsión del precio a futuro mejora la apariencia.

Es por esto que tal vez el único “pero” que tienen las operaciones *downstream* es que las ganancias en el extremo contrario son muchísimo mejores y requieren menos esfuerzos económicos para asegurar o mejorar la renta. ¿Es la primera vez que pasa en la historia? Esto definitivamente es una realidad que se ha venido tejiendo desde el *convenio de los 80's*, en el cual hubo una cierta división de trabajo en las compañías petroleras de extracción (públicas nacionales) como de refinación (privadas internacionales)⁴⁰ en razón precisamente al capital para iniciar labores como en la previsibilidad de utilidades.

- Diversificación de productos energéticos de las empresas tradicionalmente petroleras. En las últimas dos décadas también se ha visto que las tradicionales empresas petroleras, tras ver que en el largo plazo el petróleo escaseará, que la presión ambiental por la contaminación generada por hidrocarburos es cada día más fuerte, empiezan a ver hoy nuevas fuentes de energía, a pesar del costo tecnológico de reemplazo que acarrearán los consumidores, costo el cual será una preocupación para éstas empresas. Ejemplo de ello, es el cambio de política empresarial de la British Petroleum, la cual como habíamos anticipado es líder en el entendimiento de no ser una “compañía petrolera” y más bien empezar a concebirse como una “compañía energética”.

Es por esto que hoy es de gran interés ver cómo se han ido trasladando los recursos de inversión de los negocios de éstas empresas hacia el gas, la energía eléctrica y en menor proporción (por el costo de reemplazo que es mayor y su incapacidad de asumir toda la demanda de energía del consumidor del siglo XXI) a las fuentes de energía renovables.

Esto genera interesantes interrogantes ¿hay una especie de “cansancio” de la industria petrolera gracias a la continua tensión por el precio? ¿hay cansancio de la industria petrolera por el conflicto en Oriente Medio que hace buscar nuevas fuentes, pero mucho más costosas? ¿es esto una muestra del descubrimiento del atractivo de negocios cercanos al petróleo, mucho menos exigentes (historia que inició con el paso de las actividades *upstream* a las *downstream*? ¿es esto el resultado del abuso de la posición estratégica de la OPEP al hacer ver determinante para las ganancias que reporta el negocio petróleo, el negocio de la energía mundial, las posiciones políticas respecto al conflicto de Oriente Medio?

⁴⁰ RUIZ CARO. Ariela. *Op. Cit.*, p. 49.

Es por esto que hoy ya no se habla tanto de políticas petroleras, como de políticas energéticas ¿por esto el mundo cambiará de rumbo? Pensamos que tal vez que la compleja politización del petróleo, como p.e. con invasiones, podrá generar en la industria energética un cambio si se percibe que puede llegar a lograr al menos las mismas ganancias en otros sectores energéticos sin necesidad de un costo político y militar. Esta situación, que por cierto implica una mirada más crítica al proceso de expansión de la industria petrolera a escala mundial, ha dado pie para nuevas búsquedas ingeniosas que permitan lograr un mercado energético sin necesidad de afectarse por *intrínquilis políticos*, puedan asegurar una mejor o por lo menos disminuir considerablemente los costos de riesgos que hoy se pagan por exploraciones petroleras.

Consideramos sin embargo que el tema no puede centrarse en una asepsia a lo político puesto que es inherente a toda comunidad humana, por lo que más bien si se debe lograr es la concepción de una política muchísimo más incluyente puesto que en muy buena medida la causa de las peticiones de justicia que suscitan interés no solo a las compañías petroleras sino a los Estados, han sido disimuladas o neutralizadas, pero no hechas públicas por medio de políticas de gobierno o incluso leyes.

- Privatización – Liberalización del mercado. La tendencia es la privatización y esto debido a que en varios casos se ha mostrado que la estatalización impide la capacidad para responder a los cambios en la oferta y la demanda.

En cuanto al consumo por los particulares, debe decirse que el petróleo se vuelve energía secundaria, tras la refinación, el cual es vendido con subsidios. También es de anotar que las empresas que ofrecen y que demandan el petróleo, como energía primaria, como crudo son de origen mayormente privado.

¿Cómo es el negocio petrolero? El negocio consiste en buscar un lugar en el cual los costos de extracción sean mínimos (producción barata), con una posibilidad de transporte segura y no complicada, unos bajos impuestos de exportación y la mínima cantidad de trabas de gobierno⁴¹. Sin embargo el negocio petrolero no tiene solo fines económicos como se ve, sino también políticos en la medida en que la posesión del recurso energético actual por excelencia sea el petróleo marca una diferencia no solo por los ingresos que deja⁴² sino también por sus efectos geopolíticos como a su turno se vio. Básicamente las tensiones importadores-exportadores está en que los primeros desean un bajo precio, pero rivalizan en relación con la influencia, posiciones comerciales y oferta, mientras que los segundos desean un alto precio y estable, pero rivalizan en relación con la participación del mercado.

⁴¹ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.53.

⁴² “La mutua dependencia entre la oferta petrolera y los ingresos que de ella provienen puede crear interdependencia, un terreno común donde potenciar la estabilidad y evitar los cambios repentinos y extremos en los precios. Éste terreno se encuentra en mal estado debido a los conflictos de intereses, no solo de importadores y exportadores de petróleo, sino también entre los importadores y entre los exportadores”. NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 29.

1.2. LA CANASTA ENERGÉTICA MUNDIAL

La canasta energética mundial es la reunión de fuentes de energía de posible adquisición para el desarrollo de actividades humanas tanto industriales como domésticas. Su importancia radica en que de ella dependen, como su definición lo indica, las actividades humanas. De su composición muchas conclusiones se pueden extraer como p.e. la sustituibilidad, el reemplazo de una energía por otra por razón de su costo, y últimamente su valoración ambiental respecto a la contaminación que genera cada una. En una economía, seguramente sin energía no habría sector real.

Las formas o fuentes de energía son muchas. Como se dijo en la introducción el petróleo es el capitán de la cesta energética, no solo por la proporción en la que participa en ella sino porque de su comportamiento dependen también las demás. Sin embargo todas éstas fuentes comportan elementos comunes⁴³:

- Desigual distribución en la producción y consumo
- Limitación de las fuentes de energía (procedencia de combustibles fósiles, agotables o simplemente posibilidad de adquisición de tecnología, p.e. paneles solares)
- Inequidad en el consumo de energía *per capita* entre países desarrollados y en desarrollo.

Viendo éste panorama podemos decir al rompe que:

- Los combustibles fósiles son sustancialmente la mayoría de la producción total de energía mundial, de los cuales el petróleo ocupa el más de las tres cuartas partes⁴⁴.
- Los cambios más notables en la tendencia de la producción mundial en energía son en la innovación tecnológica hacia fuentes de energía primaria mucho más económicas y con un precio al alcance de la mayoría de la población.
- La tendencia del consumo es a aumentar y la tendencia de la producción, igualmente, por lo que suscita no solo inquietudes ambientales sino también políticas en tanto de la energía depende la viabilidad económica de una Nación

Lo que más llama la atención es el patente el desequilibrio entre el petróleo como fuente de energía y otras fuentes. De ello se puede concluir que el petróleo es insustituible ¿por qué? porque las actividades humanas cuentan solo con tecnología que requiere de derivados del petróleo para su funcionamiento, como p.e. una fábrica o un avión, también porque su costo es mucho más asequible que otras fuentes de energía, es transportable con más facilidad, es almacenable sin costo extra, las tecnologías que se siguen generando hacen uso de derivados del petróleo pues está presente en todo el mundo y no son costosas, como por ejemplo si lo puede ser un panel solar para una familia o una planta nuclear para un país.

Esto evidencia lo siguiente:

⁴³ REQUIEJO, Jaime. *Economía Mundial* (2001). *Op. Cit.*, p. 232.

⁴⁴ REQUIEJO, Jaime. *Op. Cit.*, p. 232.

- La necesidad de aproximarse al tema energético del petróleo también con una óptica geopolítica: ¿todos son consumidores? ¿quiénes son los productores? ¿cuáles son los corredores comerciales?
- Altos grados de concentración en oferta y demanda, que se traduce en mercados inestables y ciertamente creciente dada la también creciente limitación de los recursos energéticos. Incluso, esto nos lleva a plantearnos interrogantes éticos sobre la justicia en el consumo de energía ¿es justo que los Estados Unidos, por ejemplo, asuma el consumo de una tercera parte de la energía que se produce en el planeta?

Es por esto que se empieza a hablar ya de de las fronteras tecnológicas para la producción de nuevas fuentes energía una vez alcance el petróleo su cenit, el cual aunque sucederá en el futuro lejano, el costo de reemplazo de tecnología a nuevas fuentes de energía requiere de un cambio cultural que si requiere años, pues no estamos preparados en éste momento.

Para ello se destinan hoy ingentes recursos para recorrer todas las fronteras de nuevas energías, aprovechamiento industrial de innovaciones respecto al tema. Los abanderados, precisamente son las compañías petroleras, las cuales se autodenominan como “empresas energéticas”, quienes pretenden no solo cubrir el mercado del crudo y sus derivados sino también de las nuevas formas de energía. Necesariamente esto les ha costado muchos millones de dólares en investigación e “intentos” de crear mercados, los cuales siguen siendo tímidos y por lo pronto, aunque se vean como una “fachada verde” frente a las exigencias que hacen los grupos de presión ambientalistas, a futuro éstas investigaciones y aplicaciones serán clave para el entendimiento de la energía en el siglo XXI.

Igual, el negocio petrolero continúa siendo el centro de los negocios puesto que como siempre mantiene un nivel alto de renta por inversión realizada. Lo importante a subrayar acá es un **cambio en la visión de los negocios energéticos**, que se ve reflejado en el destino de las nuevas *inversiones*⁴⁵ y en la conciencia de un avistamiento, por lejano que sea, del fin del petróleo en una cultura que cada vez exige más de la empresa un actor que no solo sea comerciante sino también adalid del desarrollo de comunidades que se vean estrechamente ligadas con la marcha del negocio, como es el caso de la responsabilidad social empresarial. Seguramente éstas nuevas exigencias hacen que precisamente la empresa ahonde más y más su visión sobre los negocios energéticos, puesto que aparece ya una especie de *boicot* comercial a las empresas que no cumplen las exigencias éticas que la cultura del momento, a éste fenómeno se le llama *consumo ético*.

1.3. EL MERCADO PETROLERO Y LOS “DOS DIRECTORES DE ORQUESTA”

¿Quiénes mueven el mercado?, es decir ¿quiénes forman el precio? La investigación que hay detrás de peste trabajo de grado permitió descubrir dos fuerzas motrices muy poderosas que son las que catalizan las diferentes presiones que hay sobre el precio del petróleo, no olvidemos que el petróleo es un *fenómeno que tiene muchas aristas*.

⁴⁵ Caso prototipo es la BP, en el cual poco a poco se ha visto que destina en sus presupuestos anuales cada vez un poco más en inversión en nuevas energías.

Al romper diríamos que son dos como en cualquier mercado: el que ofrece (las industrias) y el que compra (consumidores, transformadores). No. La complejidad de la industria petrolera diferencia en el “que ofrece” una marcada diferencia en las perspectivas y gestión del negocio muy diferente entre la compañía como tal y los *traders*. No significa que no actúen bajo un mismo fin común, solo que al interior del mundo de éstos últimos se entrelazan una serie de mensajes y presiones que aunque no son desconocidos por la compañía, son quienes determinan el día a día.

¿Quiénes son entonces éstos personajes? Son trabajadores de la compañía, cualificados, expertos en comercio exterior, que entienden el negocio petrolero en unas dimensiones a corto plazo, se sienten responsables del comercio de los bienes producidos, y son conocedores de las tensiones geopolíticas más intensas a la hora de negociar⁴⁶. En ellos las empresas depositan una inmensa confianza en la distribución comercial, las redes sociales que tejen alrededor del mundo, y un aspecto muy importante: son quienes definen la composición de mercados a futuros en razón a lo que “huelan” que vaya a suceder en el mercado en el corto plazo. Simplificando podemos decir que los *traders* son unos expertos para el corto plazo y la compañía en sí es una experta para el mediano y largo plazo. Con esto no afirmo que las compañías estén divididas, solo señalo que hay una concentración significativa de personas dedicadas al comercio mismo del petróleo *que tiene una cultura propia*, con una autonomía notable, cuyas decisiones son sensiblemente vinculantes a la participación en el mercado de una propia.

Ésta realidad nos lleva a decir que parece entonces haber, políticamente, dos “directores” de una orquesta: la cultura de las compañías petroleras y la de los *traders*. Estos dos actores, son los que dirigen la orquesta del mercado petrolero internacional *simultáneamente*, a las ordenes de unos y otros se movilizan los recursos, las negociaciones, la seguridad, las rutas comerciales, la composición del mercado real y de futuros, el transporte, en fin toda una serie de factores que están, digámoslo así, sometidos al impulso y creatividad de éstos dos actores.

Y aunque resulte insólito entre los dos “directores” hay un conflicto, en la medida en que solo uno de ellos pretende ser el director efectivo del mundo del petróleo en relación a la formación del precio. Cada vez más los *traders* van tomando mayor relevancia pues son los ojos de la empresa en cada negocio en particular y conocen muy bien a los clientes, más que las juntas directivas. En el día a día la red de los *traders* que por medio de correos-e negocia condiciones y cantidades enormes de barriles de crudo a la larga los grandes exportadores de petróleo tiene la capacidad de ser el formador de precio obligando al resto a aceptar los precios⁴⁷, independientemente de la presión de los *traders*. En el día a día los *traders* mandan, más allá, los gerentes de las compañías.

⁴⁶ Es el conjunto de de condiciones de poder político, de influencia entre agentes ubicados en distintos lugares geográficos, a partir de las particularidades de cada lugar lo que se traduce en facilidades o dificultades en tránsito, transporte, regionalización, etc. P.e. Somalia es un país cuyos agregados económicos no muestran alto crecimiento económico, pero su ubicación resulta notable en razón del tránsito de navíos por sus costas.

⁴⁷ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 22.

1.4. EL PETRÓLEO COMO BIEN DEL MERCADO

Es un bien energético, el principal de la cesta de energía. ¿de mercado? En éste punto podemos detener todo el trabajo de grado para determinar qué tan puras son las pretensiones económicas sobre el recurso pues son más que económicas por lo que avanzaremos partiendo de la base que si bien está sujeto a demanda y oferta, el crudo responde también a pretensiones políticas claras, como p.e. las nacionalizaciones que llevó a cabo Hugo Chavez para con su Revolución Bolivariana el “Socialismo del Siglo XXI”. Como más adelante se dirá, es imposible que el petróleo no cuente con un matiz político, lo importante en términos de desarrollo humano es que dicho matiz sea construido colectivamente.

En lo que nos concierne en éste aparte empecemos diciendo que el petróleo a nivel mundial se encuentra económicamente en un nivel de energía primaria, en tanto no ha sido sometido a proceso alguno de conversión, pues el petróleo se vende como tal, como *crudo*⁴⁸.

Como cualquier bien en un mercado, el crudo se ofrece como se demanda. Ya los demás ingredientes y presiones están en función a las circunstancias del momento, y siempre determina los incentivos de las empresas petroleras: si está alto el precio disminuye el consumo pero aumenta la competencia; y si está bajo el precio, aumenta el consumo pero disminuye la competencia.

Muy bien, pero ¿qué pasa cuando el petróleo tiene una connotación de elevado grado distinto al económico?, es decir, ¿qué pasa cuando el petróleo no solo representa un recurso energético sino p.e. la soberanía de una Nación como en México o la sangre de la madre tierra en el caso de las comunidades U’wa? ¿Son aspectos no relevantes?

El mercado petrolero mundial

En un mercado ideal se espera que haya competidores en concurrencia, con relativa igualdad de poder para tomar control del precio sobre un bien con características relativamente uniformes, para que sin pacto alguno al interior de oferentes o demandantes, los unos u los otros lleguen a un acuerdo al cual le den valor por medio de un precio

¿Es así el mercado petrolero mundial? Aunque cualquier mercado dista de éste modelo teórico, el mercado petrolero es tal vez el más lejano⁴⁹, tal vez en parte porque incluso desde

⁴⁸ Es de distinguir que una cosa son los hidrocarburos líquidos, como el petróleo, el crudo, y los gaseosos, como el gas. Así mismo, desde ya dejemos claro que el petróleo es “crudo” cuando sale del pozo. Cuando ya está “limpio”, se llama petróleo.

⁴⁹ Dice el asesor para política petrolera en Noruega: “Los mercados de energía, especialmente el mercado del petróleo brindan sorpresas y altos riesgos. Incluso después de décadas de turbulencia y análisis nuestra comprensión es escasa. No hay ninguna teoría explicativa general del petróleo o de la energía en relación con las ciencias sociales, a pesar de los muchos estudios parciales y la gran cantidad de datos disponibles” (subrayas fuera de texto). “No existe ninguna teoría coherente que ligue la demanda, la comercialización y la oferta del petróleo y que explique y prediga la formación del precio”. Los intentos de modelar económicamente el mercado internacional del petróleo por lo general han sido un fracaso y han brindado pocos resultados confiables” (subrayas fuera de texto). “El mercado mundial del petróleo ha obrado repetidamente de maneras que parecen violar las leyes básicas de la economía. Los precios del petróleo parecen oscilar independientemente de la oferta y la demanda, y viscerversa. ... Los análisis económicos a menudo dan por hecho las premisas institucionales, políticas y sociales. Sin embargo, los análisis políticos, legales y sociales con

los mismos economistas no reviste el petróleo una imagen de “insumo”⁵⁰ como lo sería cualquier bien. Es decir, es un bien cualificado desde su percepción por los agentes de mercado. Los competidores no son relativamente iguales pues unos son privados, otros son públicos; unos están integrados verticalmente, otros solo se dedican a una cadena de producción; unos están cartelizados, otros no. El bien no es de características uniformes, pues de su pesadez, densidad depende su precio y su apetencia.

Entonces ¿cómo funciona el mercado petrolero? Hoy funciona con pactos de cuotas en el caso de la OPEP, organización la cual detenta el 70% de las reservas probadas mundiales, las productoras privadas asumen la mayoría de las extracciones en los pozos, el comercio está por completo globalizado y hoy se dirige hacia grandes consumidores y refinadores: China e India. Cada día, del total de transacciones sobre barriles de petróleo el 50% se traza en mercados de futuros.

Ahora respecto a si hay interferencia política o no, es inevitable decir que si. El petróleo es paradójicamente el bien más importante que se traza en el mundo, pero el que está por fuera de los acuerdos mundiales de comercio (GATT y OMC), los cuales precisamente pretenden salvaguardar con independencia los flujos comerciales de la política mundial. El petróleo tiene en cambio una **clara connotación política** en tanto refleja la capacidad de generar recursos para los países que tienen yacimientos y de manera cuantiosa, o bien para el Estado como en el caso mexicano y venezolano, o para los particulares como en el caso inglés o saudí.

En conclusión: “[e]n términos económicos, el mercado petrolero es un oligopolio dominado por pocos vendedores e intrínsecamente inestable provocando que la oferta sea más volátil que la demanda”⁵¹

Demanda petrolera

En primer lugar hay que averiguar ¿para qué es el petróleo? El petróleo tiene función dependiendo del grado de desarrollo de un país, que va desde la generación de energía hasta el movimiento de máquinas de transporte. En éste sentido depende de la riqueza disponible para adquirir la tecnología que hace uso de derivados del petróleo y para comprarlos. Esto se define por el consumo *per capita* en cada país⁵². Es difícil sin embargo pensar que a mayor PIB, mayor consumo de energía pues éste no depende del consumo de cada ciudadano sino también de industrias que utilizan grandes cantidades de energía dentro de sus procesos cuyos bienes son destinados no solo al consumo interno, como p.e. las acerías⁵³.

frecuencia pasan por alto los aspectos económicos fundamentales de los problemas prácticos. Para el mercado del petróleo, ninguno de los dos tipos de análisis provee una explicación de valor predictivo”. NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, pp. 20 y 21.

⁵⁰ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 20.

⁵¹ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 22.

⁵² ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.98.

⁵³ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.101.

El petróleo le sigue en la sucesión de fuentes de energía al carbón. Ahora, ¿y para qué se utiliza? Preponderantemente para el transporte (prácticamente no compite con ninguna otra fuente de energía y con un uso en alza), exceptuando el empleo de electricidad en metros y trenes, puesto que la fuente es el gas, o de la energía hidroeléctrica que surte a las ciudades⁵⁴. Del mismo modo los grandes transportes como los aviones y los barcos siguen usando como recurso energético derivados del petróleo.

¿Cómo fue ese desplazamiento mundial del carbón por el petróleo? Se comenta⁵⁵, que el petróleo a diferencia del carbón no logró asentar plazas industriales al pie de la fuente de origen. Esto se debió a:

- “[R]elativa facilidad y baratura con que puede transportarse el petróleo en comparación con el carbón”⁵⁶.
- “[E]l petróleo empezó a utilizarse como combustible mucho más tarde que el carbón”⁵⁷.
- “[L]a forma en que se ha organizado la industria petrolera”⁵⁸.
- “[L]a producción de petróleo se ha concentrado, ..., en las partes subdesarrolladas del mundo”⁵⁹.

El petróleo por su parte solucionó todo lo anterior. Los principales factores que deben tenerse en cuenta al respecto son: la disponibilidad física de fuentes alternativas de energía, sus precios en relación con las distintas eficiencias, su comodidad y adecuación a varios usos finales, y —a menudo, lo más importante de todo- *la actitud de los gobiernos nacionales por lo que respecta a las distintas posibilidades de satisfacer las necesidades de energía del país*” (itálicas fuera de texto)⁶⁰. Por ésta razón aclara el mismo autor “...el modelo no resulta explicable en función de ningún tipo de principios generales [como lo pueden ser los de eficiencia, costos, insustituibilidad], sino que debe explicarse a partir de una base *ad hoc*, país por país y región por región dentro de cada país”⁶¹.

Habiendo visto lo anterior, concretamente podríamos decir que “la demanda de petróleo es una combinación de consumo real y de incremento o reducción de stocks [de capitales de consumidores], sujetos a variaciones estacionales y cíclicas así como también de movimientos especulativos. Está esencialmente condicionada por las fuerzas económicas, ... en la medida en que los gobiernos de los consumidores intervienen con diversos propósitos y medidas”⁶². Pero ¿por qué el petróleo para el que lo negocia? Por la diferencia que percibe el que negocia con petróleo, es decir, la ganancia está muy por encima del costo, más aún cuando se evidencian economías de escala en *joint ventures*⁶³ que son hoy las tendencias más

⁵⁴ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.104.

⁵⁵ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.229.

⁵⁶ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.229.

⁵⁷ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.230.

⁵⁸ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.231.

⁵⁹ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.233.

⁶⁰ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.111.

⁶¹ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.111.

⁶² NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 22.

⁶³ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 22.

recurrentes en el mercado, precisamente porque el costo del riesgo es menor a la renta que en últimas se recibe.

Oferta petrolera

En pocas palabras es así: la oferta petrolera hoy en día, en términos generales, reconoce la pérdida de la hegemonía de la OPEP en tanto ha perdido la capacidad de intervención en precios desde las crisis del petróleo en 1970. Se dice además que el cumplimiento de las cuotas no es exacto, pero se aclara que en el trasfondo hay una “actitud de compromiso”⁶⁴ en especial cuando hay bajadas de precios. Como habíamos dicho anteriormente, si bien hoy hay un serio compromiso con la explotación de crudo en regiones no-OPEP es imposible no dejar de reconocer a ésta organización como un punto de referencia precisamente por las reservas, una considerable consideración extractiva en la región y por la misma invasión a Irak ocurrida en los últimos años.

Hoy por hoy el actual foco de atención más grande de ésta organización es el caso de Irak, pues en el proceso de pacificación del país se ha logrado privatizar la producción petrolera, la cual en ése país se logra a costos ínfimos y los campos están todos por desarrollar⁶⁵. Esto nos permite preguntarnos si las presiones de la producción interna podrán sobrepasar la cuota OPEP como sucedió con Arabia Saudí en 1986 y con Ecuador en 1992.

Aunado a éste panorama está que las escaladas de precios han sido utilizadas para la exploración de nuevos campos, el desarrollo de nuevas tecnologías, reducciones de costos y nuevos esquemas de relación fiscal con los países productores de otras regiones han favorecido el incremento en la producción petrolera fuera de la OPEP⁶⁶. Esto evidencia que por el momento hay un serio interés en nuevas regiones no-OPEP, no solo en países donde ya hay pozos, sino donde se esperan las grandes reservas como en el Mar Negro, razón por la cual se invadió Afganistán y Rusia ha seguido manteniendo estrechos vínculos con éste país. Algunos incluso dicen que el espionaje soviético y apoyo a las guerrillas de ése país por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, tenía éste trasfondo económico el cual está a la espera de la definición de las fronteras territoriales de los países que comparten éste mar.

La distinción en la oferta de países OPEP y no-OPEP es sustancial. Como habíamos dicho al inicio, el mercado petrolero tiene un sector cartelizado. El comportamiento de la oferta cartelizada es distinto de la oferta no cartelizada en tanto la primera está sujeta a cuotas por acuerdo y la segunda responde más a las fuerzas del mercado. En épocas de incursión militar en oriente medio, como la década que ya concluye, donde el precio se hace volátil se hace muy apetecible regiones no cartelizadas, como p.e. Suramérica, donde ha habido un incremento sostenido en la actividad petrolera, prueba de ello Ecopetrol y su transformación, la cual obedece precisamente a ésta tendencia.

⁶⁴ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.38.

⁶⁵ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.38.

⁶⁶ Energy Information Administration/ International Energy Outlook 2003, cit. por RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, CEPAL, p.238.

En términos generales la situación se puede plantear así: el petróleo en sí siempre es apetecible, sin embargo *dependiendo de su proveniencia plantea oportunidades como amenazas*. El que proviene de países OPEP cuenta con costos bajos y las reservas probadas más grandes del mundo, pero con riesgos políticos altos; y el que no proviene de países OPEP cuenta con costos más altos, pero con riesgos políticos menores o mínimos.

Ahora, lo que es necesario atender es la realidad que subyace en estas dos alternativas de explotación petrolera. Los capitales de inversión petrolera son relativamente móviles y temporales, es decir, son *circunstancialmente* relativos. Es decir, a diferencia de otros renglones de la economía, el petróleo tiene una temporalidad determinada por la madurez y costos de extracción de un pozo, otro negocio cualquiera se ubica en un país con perspectivas de “quedarse”, de instalarse, es decir, no tiene desde el inicio una limitación en el tiempo en que se desarrollen los negocios.

No es una realidad que debe desconocer la “oferta” petrolera, puesto que allí es donde se cuecen las necesidades individuales y comunitarias, el progreso de una región, en fin, del desarrollo humano. La *circunstancialidad* del negocio petrolero, si bien es un riesgo que asumen los países que tienen pozos petroleros, dicho riesgo debe ser repartido entre la empresa extractora y las comunidades, las cuales tienen generalmente una cualificación muy especial: son sectores “frontera” de la sociedad, puesto que la localización de los pozos generalmente se da en lugares alejados de los polos de desarrollo, otra cosa es que a partir de un pozo un municipio o región se vuelva polo de desarrollo, como p.e. lo fue Barrancabermeja en nuestro país. Con esto quiero decir entonces que no es de recibo aceptar de contera que la empresa petrolera en sí solo es responsable por lo legalmente permitido, puesto que necesariamente entabla relaciones con grupos humanos, culturas y un sinfín de variedades de fenómenos que desde una perspectiva de desarrollo humano exige de la empresa petrolera también una responsabilidad mayor sin que con esto afirme que los deseos de lucro de la empresa sean legítimos.

Una de las prácticas, quizás más censurables es el “*War Premium*”, que corresponde al bono de ganancias que aparecen entre las grandes fluctuaciones por razones políticas, el cual es aplicado para sustentar las nuevas exploraciones y mantener el primer nivel en reservas probadas. Prácticamente es afirmar con éste tipo de prácticas que con el objetivo de mantener reservas o capital para hallarlas, se debe ignorar el costo social con que se arrasa toda iniciativa a favor también de las comunidades, las cuales merecen un trato a la altura de su dignidad, y quizás me atrevo de una vez a decir que un trato diferenciado, pues además de ser las más estrechamente relacionadas con el negocio petrolero, son quienes prestan continuamente sus fuerzas de trabajo y medioambiente para poder llevar a cabo las actividades extractivas.

Sin lugar a dudas, **la pacificación de las regiones petroleras está en la legitimidad, a la luz de la dignidad humana y de la ética, de las prácticas de relación de las actividades petroleras en una región determinada.** En el capítulo IV ahondaremos más en éste tema.

Lo “insustituible del petróleo”

Es quizás la característica económica más importante del petróleo. El concepto de elasticidad corresponde en términos prácticos a la “adaptación”, costumbre de consumo (cantidad) en relación con la variación del precio⁶⁷. En cuanto al mercado internacional del petróleo, dadas las características del petróleo, podemos decir que el petróleo en relación con la demanda es inelástico en la demanda (pues se sigue demandando casi la misma cantidad de crudo, independientemente del precio) y es elástico en la oferta (en tanto no se sigue ofreciendo la misma cantidad de crudo cuando hay un aumento de la demanda, pues generalmente se disminuye a fin de aumentar el precio, y cuando hay una disminución de la demanda, aumenta a fin de asegurar unos mínimos ingresos –a sabiendas que no va a ser mucha la variación). Esto se ha mantenido casi sin variación desde que la industria del petróleo existe, pues aún el cambio cultural al paso de la tecnología (lo “digital”) no ha eximido a las actividades humanas de la necesidad de *trasladarse* (que es la necesidad más relacionada con el petróleo), es decir, la gente y las mercancías aún requieren del crudo como fuente de energía de los mecanismos de transporte hoy en día, pues “[i]nternet brinda información, pero no desmaterializa los bienes y servicios”⁶⁸.

¿Por qué esto? El petróleo al ser fuente de energía provoca necesariamente una afectación en la interrelación de los factores de producción en la economía en general, pues toda fuente de energía en su aplicación reduce, ahorra capital, trabajo y tierra. Por eso se habla del petróleo como un *catalizador*, en especial cuando interfiere en la relación entre *capital* y *tecnología*, puesto que la energía reduce la aplicación de capital y la tecnología es el proceso para hacerlo, de allí que se concluya que la energía y el capital son complementarios y en buena parte quien lo permite es la tecnología⁶⁹: cuando ésta mejora se disminuye la energía y el capital y cuando no, sucede la viceversa. Cuando mejora la tecnología, mejora el capital (no se requiere tanto de él) y se espera que mejore el trabajo, en tanto se considera que un uso más eficiente de energía provoca más actividad económica y con ella, un mayor empleo.

Ahora, la realidad es que desde los años 70’s el esquema industrial se ha desplazado hacia la digitalización y por ende no se requiere de tanta energía, como de “industria ligera y alta tecnología”⁷⁰: ¿reemplazarán los avances digitales actividades que requieren de energía proveniente de recursos fósiles como el petróleo? En una opinión muy personal, considero que resulta imposible poder hablar de un reemplazo absoluto. Sin embargo, creo que muchas funciones poco a poco se irán reemplazando y otras será imposible hacerlo, por dar un ejemplo, el uso masivo del correo-e ha disminuido el consumo de energía de la mensajería postal, pero toda compra por Internet necesitará siempre de ésta mensajería.

La pregunta que entonces se viene es: ¿por qué sigue habiendo tanto consumo y en alza? Por razón del *transporte* de personas y de mercancías. Allí es donde radica la razón del continuo

⁶⁷ SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William. *Economía*. Madrid, 2002, McGraw Hill, p. 16.

⁶⁸ GAUDREY, Jean. *Nouvelle Économie, nouveau mythe?* (2000). Flammarion, Paris, p. 38; cit por NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 28.

⁶⁹ NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 46.

⁷⁰ NORENG, Oystein. *El poder del petróleo* (2003). Buenos Aires, Ed. El Ateneo, p. 47.

consumo de petróleo creciente, especialmente con la nueva construcción de urbes en países superpoblados como China o India.

Condiciones de poder de mercado

Empecemos por decir que desde la misma canasta energética se presenta competencia entre un recurso y otro. Dentro del mercado petrolero hay también competencia, incluso se puede llegar a decir que de la segunda competencia depende la primera, por la fuerza que tiene el petróleo en la cesta energética. A su turno debió suceder esto con el carbón hace dos siglos y medio cuando era quien dirigía la canasta energética hasta que por los avances tecnológicos y propiedades económicas y físicas del petróleo, esto lo sustituyó.

El mercado del petróleo últimamente se concentra en el transporte, el cual es de suma importancia no solo porque muchas actividades humanas se topan con el para poderse desenvolver, sino porque de éste está pendiente el crecimiento económico de un país. Por tal motivo el transporte es un interés público y así mismo entonces del petróleo pende un interés público.

Ahora, tampoco el petróleo es el “rey” en materia energética, actualmente otros factores se han perfilado como muy buenos competidores en determinados sectores, puesto que *la competencia de poder de mercado no se da por la sustituibilidad de una fuente de energía por otra en todos los aparatos y necesidades humanas que lo requieran, sino por franjas*. P.e. la energía solar se proyecta no para sustituir al petróleo en todo aparato que requiera uno de sus derivados, sino en ciertas necesidades como la iluminación.

En la cesta energética, generalmente la competencia para “derrocar” al petróleo de una de las actividades humanas que cubre es prácticamente nula, entre las demás fuentes de energía aparece una más seria competencia, puesto que la tecnología instalada y culturalmente entendida depende de los derivados del petróleo cuya eficiencia y costumbre se ha instalado con un raigambre muy fuerte a tal punto de decir que casi que hay actividades *colonizadas* por el petróleo y sus derivados. P.e. en Europa ha habido un continuo y serio reemplazo de energía hidroeléctrica por eólica o solar, pero ha resultado de difícil penetración la energía eléctrica como sustituta de la energía fósil.

Sin embargo, el gas natural ha asumido el reto de “enfrentarse” al petróleo y poco a poco ha venido situándose en determinadas actividades, incluso ha venido situándose en un renglón típico de energía fósil como es el transporte. Esto lo ha logrado abaratando el costo de reemplazo de tecnología, creando una nueva cultura y disponiendo un fácil acceso al recurso, como si fuera gasolina o diesel. Seguramente de ésta experiencia otras fuentes de energía harán lo propio en esta franja o en otras en las cuales parece haber un cierto grado de impermeabilidad, como puede ser el transporte aéreo.

Pasando a la industria del petróleo internamente, prácticamente podemos afirmar que es oligopólica⁷¹ casi desde sus orígenes. Hoy se le añade que es una industria caracterizada por su *integración vertical*. Esto significa que no solo toman renglones primarios de producción sino también aquellos donde ocurre la transformación, distribución y comercio de los productos que del crudo se derivan. Así lo fue desde la época de las “7 hermanas” y así lo es hoy. ¿Tradición? ¿necesidad? En esto no nos detendremos pero por lo pronto debe subrayarse ésta condición para poder entender el poder del petróleo el cual compromete una red de acuerdos sobre precios y condiciones de explotación.

Esta realidad es relevante para dos cuestiones:

- Niveles de competencia. Cuando sucede una integración, la empresa se ahorra la ganancia que ocurre cuando un bien es pasado de un nivel a otro, permitiendo que al final de la cadena los productos resulten mucho más económicos a cuando había una propiedad repartida entre los diferentes niveles. Si bien el consumidor final se beneficia más, se distorsiona la competencia como lo afirma la teoría sobre el derecho de la competencia.
- Ubicación de la renta en la extracción, la refinación o la comercialización. Cuando la extracción es costosa (que es cuando el pozo hasta ahora se inicia a explotar o el pozo está bastante maduro) o no hay recursos suficientes para explorar, muchas veces las compañías aprovechando que se componen de distintos niveles productivos concentran su energía económica en niveles que les generen una mayor renta. Esto en términos económicos significa que no todos los competidores en cada uno de los niveles productivos se encuentran completamente potentes, es decir, hay momentos en los cuales la intensidad económica (búsqueda de renta a menores costos de un recurso escaso) aumenta y otros en los cuales la intensidad disminuye en proporción a la ubicación de la renta.

Las operaciones de integración de la época pre-OPEP se hicieron desde la concepción misma de lo que significaba una “empresa”. Dicha concepción tuvo un trayecto largo hasta que hizo crisis en la época de los noventas, donde la empresa como “actividad económica libre” no solo era lo relevante, sino que además lo fuera “poderosa” en términos de control de mercado, el cual se lee a partir del tamaño, concentración y grado de especialización en una actividad económica. Éstas condiciones se lograron gracias a tres mecanismos:

- Adquisición de activos o fusión.
- Asociación en empresas conjuntas
- Asociación a través de contratos de suministro o contratos de exploración y producción de riesgo y producción compartidas⁷².

La decisión del qué tipo de integración se adopta depende de las “características de la empresa (régimen de propiedad, posesión de reservas petroleras) y de su ubicación en las actividades *upstream* o *downstream*. Otras empresas estatales con menos recursos, han recurrido a los contratos de suministro o a la contratación de alguna empresa refinadora

⁷¹ “El funcionamiento del mercado y la industria del petróleo es difícil de explicar solo en términos económicos tradicionales de costo marginal, oferta y demanda. Se deben incluir en el análisis conceptos tales como renta, competencia imperfecta y en especial oligopolio”. NORENG, Oystein. *Op. Cit.*, p. 22.

⁷² Rbown and Semmens, cit. Por RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*

extranjera que transforme su crudo en productos mediante el pago de una tarifa”⁷³. A su turno las más grandes empresas recurren a la producción compartida y a las asociaciones conjuntas con algunas empresas estatales de los países petroleros, sin embargo, el modo más recurrente ha sido siempre la adquisición directa o la fusión⁷⁴.

En el panorama estratégico mundial, la justificación es evidente, puesto que para la explotación en países no-OPEP se ha requerido aunar ganancias para poder comprometerlas en las costosas aventuras de exploración puesto que los pozos empiezan ya a ser maduros. Algunos ejemplos de todo lo anterior son las uniones Exxon-Mobil, BP-Amoco, Total con Fina y Repsol con YPF.

1.5. INDUSTRIA PETROLERA

Brevemente el negocio petrolero funciona así: el petróleo inicia extrayéndose de los yacimientos, una vez sale a flote se destina o a consumo interno o a exportación. Luego pasa a la refinación. Una vez son logrados los productos derivados del petróleo se comercializan. Las utilidades neta de sus derivados son muy valiosos, razón por la cual el petróleo se hace tan apetecible. Parece un ciclo sencillo, pero ¿qué es lo complejo? Los puntos económicos de más dificultad en la industria petrolera son:

- Capacidad. Costos de extracción, que deben ser soportados por la tasa de retorno de la venta del crudo. Y esto depende de las facilidades geológicas, de la suerte de encontrar o no petróleo y del tiempo máximo rentable en pozo extrayendo, según las cantidades resultantes.
- Transporte. Costos de colocación del petróleo desde el pozo hasta la refinería. Puede ser por oleoducto o formas de transporte terrestre. Y esto depende de las facilidades geográficas (distancia y dificultad topográfica) y de conflicto. Podría ser esto un costo de “capacidad”, pero es independiente en tanto pueden haber pozos con alta capacidad productiva pero con altos grados de dificultad para su transporte.
- Madurez del pozo. Esto significa capacidad de producción por pozo. Es un indicador por medio del cual se señala la antigüedad del pozo, el cual a mayor madurez mayor costo de exploración y extracción y cada vez menos producción.
- Calidad de crudo. El petróleo no es uno solo, sino su grado de densidad determina su “pesadez”. Los más ligeros son más apetecidos pues requieren menos costos para su refinamiento. Así mismo serán más apetecibles los pozos petroleros con petróleo más ligero, como p.e. el Arabian Light.

Sin embargo el elemento más preponderante a tener en cuenta como costo de producción es el transporte del petróleo por su indefinición, la cual aumenta los costos. Hay tres movimientos que deben ser soportados en ésta industria. El primero “reside en el movimiento de petróleo crudo desde los puntos de producción hasta las refinerías. El transporte de los productos petrolíferos desde las refinerías de exportación hasta el mercado, es de importancia secundaria. Finalmente, existe un movimiento de productos en mucha menor escala desde las refinerías situadas en el mercado, terminales oceánicas e instalaciones

⁷³ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p. 48.

⁷⁴ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p. 48.

similares, hasta el consumidor final”⁷⁵. El mismo autor explica dos razones del porqué tanta complejidad: el cambio continuo de demanda de productos petrolíferos, donde “[c]ada compañía individual debe buscar servir esta demanda con la cantidad mínima de inversión en transporte e instalaciones”⁷⁶; en segundo lugar “la gran diversidad en la propiedad de las instalaciones productoras y refinadoras”⁷⁷.

Ahora, la segunda preocupación, es la de cualquier otro negocio: los costos. La industria del petróleo ha creado desde siempre un mundo a su alrededor, dentro del cual se ha formado espacios de académicos para la producción intelectual relativa al petróleo, como se puede ver en Kuwait, Arabia Saudita y en Texas (EE.UU.) con gran claridad. Parte de estos espacios han sido dedicados a la generación de nuevas tecnologías y procesos de producción cada vez más eficientes a un menor costo y con un mayor margen de aprovechamiento del recurso⁷⁸.

En su composición, la industria petrolera, como decíamos arriba, está concentrada últimamente en la región no-OPEP, en razón al aseguramiento de la oferta a diferencia de la problemática de orden público de Oriente Medio que en ocasiones ha alterado el suministro de crudo.

En éstos momentos nos encontramos con tres nuevas regiones de importantísimo interés en el mundo: Rusia, África, Región del Caspio; los cuales, además de estar por fuera del “cartel”, tienen la viabilidad de no comprometer en alto grado su consumo para la demanda interna como lo han venido siendo las reservas de Suramérica⁷⁹. Veamos uno por uno:

- **Rusia.** Sus reservas probadas son de 60.000 millones de barriles. Sobrepasando la crisis de cambio de la economía soviética a la economía capitalista y la crisis financiera de 1998, logro ponerse como el segundo productor del mundo, detrás de Arabia Saudí⁸⁰. Su petróleo entre subidas y bajadas de precio al ritmo de la devaluación del rublo, está hoy queriendo ser definido, sin altibajos por medio de la asociación de compañías petroleras rusas, árticas y siberianas, las cuales buscan tras las fusiones poder tener un mayor grado de resistencia a las fluctuaciones de los precios y no por esto disminuir la capacidad de exploración y producción⁸¹.

Sin embargo la alta integración vertical (para eliminar la propiedad del estado del mercado energético) y la incapacidad del sistema de oleoductos (monopolizado por el Estado por Transneft) han frenado la posibilidad de expansión del petróleo ruso en el mercado internacional⁸². Frente a esto se han puesto sobre la mesa dos opciones: o las petroleras rusas hacen sus propios oleoductos (apoyada por la gran petrolera Yukos y el gobierno chino) o la empresa estatal se pone a la orden del día de las necesidades petroleras (apoyada por el Estado ruso y el Japón), estrategia que

⁷⁵ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.185.

⁷⁶ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.185.

⁷⁷ ODELL, Peter. *Op. Cit.*, p.186.

⁷⁸ Marie N. Fagan “Resource depletion and technical change: effects on U.S. crude oil finding cost from 1977 to 1994” *The energy Journal*, 1977, pp. 91 a 108.

⁷⁹ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.29.

⁸⁰ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.38.

⁸¹ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.38.

⁸² RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, pp.30 y 31

permitiría doblar la capacidad de transporte frente a la primera opción⁸³. Su calidad de competidor mundial tiene sus fortalezas en su estabilidad política y en su capacidad de exportar, pero su gran debilidad es el intensivo descenso de sus reservas de petróleo.

- **Mar Caspio.** Es la tercera reserva petrolífera más grande del mundo siguiendo a las de Oriente Medio, por encima de las del Mar del Norte y el este asiático⁸⁴. Pero lo más importante no es tanto esto como las altas probabilidades de que allí aumente la producción respecto de otras áreas petrolíferas⁸⁵. Sin embargo el problema se concentra en la definición territorial del mar entre Kazajistán, Turkmenistán, Azerbaiyán, Rusia e Irán entre los cuales las negociaciones jurídicas avanzan lentamente⁸⁶. Por el momento la explotación está siendo llevada a cabo por medio de asociaciones entre empresas privadas y empresas públicas⁸⁷. Pero lo más difícil en el panorama mundial es que ésta región, antes de propiedad de la U.R.S.S. es hoy debatida entre Rusia y los Estados Unidos, pues los primeros quieren sacar dicho petróleo ofreciendo los oleoductos que ya existen allí por el Mar Negro, y los segundos quieren tener una segunda opción después de Oriente Medio y comercializar éste petróleo sin tener que recurrir a los rusos ni a los iraníes⁸⁸. Su importancia aún no es notable porque es una región rodeada de conflictos y el petróleo allí presente habría que sacarlo por ferrocarriles u oleoductos y resultaría muy peligroso⁸⁹. Es por esta razón, como líneas atrás lo habíamos anunciado, que los Estados Unidos quisieron intervenir en el 2002 para la época de la guerra contra los talibanes en razón del potencial estratégico de dicho país en la región.
- **África.** Tienen el 8% de las reservas probadas mundiales, producen el 10.6% y participan en el 3.4% del consumo mundial⁹⁰. Se ha convertido en una región continuamente más productora, a tal punto de poder responder a la demanda mundial en los próximos 20 años. Sin embargo para lo que en ésta época del mundo interesa, su gran potencial es su ubicación geográfica la cual no requiere de oleoductos y su vía de transporte marítimo es perfectamente asequible⁹¹.

¿Cómo mejorar la oferta petrolera? Eso depende del capital que se destine al descubrimiento de yacimientos petroleros y del reflejo en prácticas concretas de la conciencia de la actividad económica petrolera con los contextos en los que se desenvuelve. Esto implica contar con un “músculo financiero” suficiente, sostenible en el tiempo y muchas veces resulta imposible, como también lo resulta la capacidad técnica para realizar la extracción a costos menores; y de un dimensionamiento de las actividades petroleras a partir no solo de variables y necesidades económicas, sino también de una adopción leal, entendida y pacífica del

⁸³ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.31

⁸⁴ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.32.

⁸⁵ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.32.

⁸⁶ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.33.

⁸⁷ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.32.

⁸⁸ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.33.

⁸⁹ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.34.

⁹⁰ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.34.

⁹¹ RUIZ CARO, Ariela. *Op. Cit.*, p.35.

compromiso de la industria petrolera con las comunidades y regiones donde se llevan a cabo los procesos económicos de ésta actividad.

A nivel mundial, debe verse entonces la relevancia que toma la inversión extranjera en países en desarrollo junto con las implicaciones que todo esto implica. Desconocer esta realidad es dejar de lado la capital importancia que hoy la sociedad le señala a las actividades económicas más allá de la mera búsqueda de lucro, el cual, seguimos afirmando, es del todo legítimo, pero no absoluto.

Aunado a lo anterior, las consecuencias que empezamos a percibir por la continua afectación del medio ambiente ha cuestionado igualmente a los procesos industriales y concretamente a las aplicaciones industriales que hacen uso de combustibles fósiles como causantes directos de uno de los problemas ambientales más serios que afronta la humanidad del siglo XXI: la capa de ozono. Por tanto las exigencias que se han venido haciendo a nivel mundial se dirigen a una contaminación “limpia” o mínimo, un poco menos drástica en el grado de afectación en este problema. De allí las soluciones alternativas como el “biodiesel”, que poco a poco serán reemplazadas con un cambio de hábitos de producción y de consumo. Esto solo será posible con notables saltos tecnológicos, a los cuales estamos a la espera.

Como vemos hoy la industria no solo se percibe como el ejercicio del derecho a la libre empresa, sino está vinculada a variables sociales y ambientales que si bien no cuentan hoy con un alto grado de “juridización” la actual tendencia por una parte es una *toma de conciencia* de ésta realidad que sin lugar a dudas afecta el modo de entenderse a la empresa petrolera, por otra implicará seguramente un acomodo en las prácticas de consumo y producción a una nueva industria y nuevos consumidores cada vez más sensibles a la responsabilidad ética y jurídica de su relación con la sociedad y los recursos naturales.

2. EL MUNDO JURÍDICO DEL PETRÓLEO

2.1. ENTRE LA REALIDAD Y LA VALIDEZ

2.1.1. El derecho en diálogo con la economía: ¿Convidado de piedra?

Derecho es vida humana objetivada, el cual en su creación, interpretación y aplicación recoge los fenómenos más relevantes o determinantes para el orden social, que suceden en la vida humana y los traduce en normas jurídicas (es decir, so pena de sanción) para ordenar la convivencia de conformidad con los principios jurídico-políticos de la Constitución.

Ésa mirada del derecho sobre la realidad social no es una mirada totalmente objetiva, en ésta hay un *alto contenido político*, tanto en su creación, interpretación y aplicación, en especial a medida que la norma comporta mayor importancia, escala dentro del ordenamiento jurídico. El derecho, incluso, es una manifestación no solo de un Estado, sino también de resultado de los diferentes procesos democráticos que sustentan la legitimidad del Estado moderno, los cuales están compuestos por posiciones políticas que se tranzan en la arena de lo político.

Derecho y Economía no son extraños en tanto ambos regulan conductas¹. El orden económico es sumamente determinante para el Estado, en especial desde que los Estados empiezan a comprender que al orden económico están sujetas las posibilidades de los ciudadanos de satisfacer sus necesidades materiales más básicas, lo cual es de la más esencial importancia pues de la satisfacción de éstas depende el orden público, situación a la cual está comprometido el Estado, en tanto justifica en cuanto “garantiza la convivencia de los ciudadanos”. Más aún, si nos centramos en el concepto de Estado Social de Derecho, a pesar de las restricciones de las últimas líneas jurisprudenciales, su concepto y desarrollo básico le exige al Estado el deber de propiciar las mejores condiciones posibles para el desarrollo de una vida humana digna sin distinciones².

¹ “...el derecho, entendido como un conjunto de normas que demarca los límites del comportamiento humano, también actúan en este mismo sentido para establecer la economía normativa. No podía ser de otra manera más aún si concebimos la ciencia económica como el estudio de la acción humana que tiende a brindar métodos de actuación para la mejor distribución en una sociedad de los diferentes bienes que se encuentran en ella, sin olvidar que dichos bienes no son infinitos; por el contrario son escasos”. MÁRQUEZ ROBLEDO, Felipe. *Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia*. Bogotá D.C., 2005, Pontificia Universidad Javeriana, p. 47.

² “La concepción clásica del Estado de derecho no desaparece sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión”. Sentencia C-449/92. M.P. Jorge Arango Mejía. “El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las **condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance**. El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad. Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital - derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario-, es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.” (negrillas y subrayas fuera de texto) Sentencia T-426 de 1.992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”. “La promoción de la competitividad empresarial y el desarrollo empresarial, son dos objetivos expresamente asignados por la Constitución a la intervención del Estado en la economía y para lograrlos es posible recurrir a una política de fomento que consista en reducir los costos financieros que deben

Ésta exigencia no es un cabo suelto dentro del ordenamiento jurídico, pues tiene dos implicaciones claras:

- Las normas son creadas, interpretadas y aplicadas de tal manera que se asegure la dignidad humana en su mejor expresión, con *magis*.
- La dignidad humana no es un solo concepto, tiene un carácter que además de ser de aplicación directa, exige sea considerada como estructura de los procesos sociales en una sociedad. Es decir, no solo es una “medida” o punto al que hay que llegar, está siempre creando formas adecuadas para que la vida pueda ser proyectada del mejor modo, con las condiciones más propicias hacia el futuro. A esto a nivel global se le ha denominado *desarrollo humano*. Éste concepto hace parte integral de nuestro ordenamiento jurídico precisamente porque es, por decirlo de alguna manera, la concreción en los procesos sociales en el tiempo y en el espacio de la dignidad humana. Por lo tanto, no es soft law, no es un valor, no es un criterio de análisis de la Organización de Naciones Unidas para “medir” el grado de atraso de un país respecto a otro. **Es el desarrollo normativo de la dignidad humana, es el despliegue de la dignidad humana en los procesos sociales.** Tiene así las siguientes funciones: es *creativo* por cuanto genera derecho una vez se comprende la dignidad humana en un proceso social, y es *interpretativo* en el sentido de dar el alcance de las normas para su entendimiento en el contexto social, como lo obliga el esquema de Estado que rige en nuestro país.

Son múltiples los procesos sociales que se dan en el país, no es posible hacer un catálogo, pero de lo que si podemos estar seguros es que en todos éstos rige como norma la dignidad humana y con ellos el *desarrollo humano*.

Dentro de los procesos sociales aparecen en el entendimiento humano un tipo de “clases”, de agrupaciones de procesos sociales que por sus características es posible agruparlos. Por ejemplo, hay procesos políticos, hay procesos económicos, culturales, etc. Éste entendimiento es precisamente eso, un “acercamiento” a los procesos sociales, pero de ninguna manera la dignidad humana permite generar exclusas entre unos y otros, pues la dignidad humana esencialmente corresponde a lo que es un fenómeno humano, siempre atañe una mezcla heterogénea y no separable de “compuestos” relativos a las distintas dimensiones de la persona humana. Es como la fundición de varios metales, no es identificable donde inicia el uno y donde inicia el otro. Por tal motivo nunca un proceso humano es netamente de una clase, es decir, nunca es solamente político o solamente cultural. Así somos.

Uno de los procesos más relevantes hoy en día son los económicos, que podríamos decir son los relativos a los de la producción o transformación de bienes y prestación de servicios, para la satisfacción de necesidades, partiendo de la realidad de la escasez de los recursos. Como se

asumir las empresas colombianas por encima de los que pagan las empresas que compiten con ellas en el mercado de bienes de capital y servicios técnicos”. Sentencia C-254/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

dijo al inicio de ésta capítulo éstos competen al Estado por razón del orden público y de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

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

Como decíamos antes, hay una fundición de fenómeno humanos allí mezclados. Ésa amalgama tiene en sí misma una connotación. Por ejemplo, la violencia contra las comunidades indígenas y la creciente acumulación de tierras en pocas manos, son dos fenómenos que juntos tienen una connotación. A nivel de procesos económicos, de la evidencia de las desigualdades se desprende como connotación peticiones de justicia, si, de justicia distributiva. Es decir, las comunidades humanas aún a nivel mundial ven como inaceptable, intolerable la acumulación de riquezas y al mismo tiempo el hambre o la escasez de oportunidades. Un contexto en el cual se presentan éstos fenómenos hace surgir a nivel individual y colectivo especialmente un deseo de “justicia distributiva”. Ésta justicia en el sentido más pleno y dialogal del término, hoy en día no se entiende como un “Robin Hood” o una revolución comunista de centralización e igualitarismo “a las malas”³. La **justicia distributiva hoy se comprende como una ampliación en la participación de las decisiones que conciernen a la satisfacción de necesidades, que en atención a la dignidad humana y todas las dimensiones que comporta se concreta en prácticas y derechos que no solo satisfacen un mínimo de derechos sino posibilitan en el contexto un desarrollo humano posible, especialmente para quienes se encuentran comparativamente en una situación de vulnerabilidad, cualquiera que ésta sea.** Es decir, no es una “lucha de fusil”, es una apuesta al **encuentro** del uno con el otro, por medio del **reconocimiento** de la dignidad del otro para la satisfacción de necesidades comunes, porque ambos consideran como valiosas las necesidades del otro tanto como las propias, y por ende asumen como un imperativo que la dignidad humana de los actores en ese proceso económico requiere concretarse para hacerse efectivo.

La Constitución de 1991, si bien continúa con la tradición de mercado libre, innovó en la “libre competencia económica” categorizándola como un derecho, para así afirmar el rompimiento

³ “El colapso de las economías estatizadas y centralmente planificadas no se debió tan sólo a que condujeron a la obsolescencia tecnológica y a la parálisis de la dinámica económica, sino sobre todo, al hecho de que la enorme concentración de poder que permitieron inhibió el desarrollo de los más elementales derechos democráticos. Pero por la libre iniciativa condice a la innovación tecnológica y a la eficiencia económica solamente en la medida en que se desenvuelve en el ámbito de la sana competencia”. Presentación en el Debate General. Cit. por. PERRY RUBIO, Guillermo. *Estado y sector privado en la Constitución de 1991*. En: Constitución Económica Colombiana. Bogotá D.C., 1997, Navegante editores, p. 127.

con cualquier idea de retorno al sistema socialista que acababa de caer dos años atrás. Su desarrollo y entendimiento implica afirmar que el ejercicio de éste nuevo derecho exige lealtad y justicia en el juego de la oferta y la demanda, como un “derecho esencial de los consumidores y usuarios”⁴. Es decir, la libre competencia, que se desliga precisamente de lo que más adelante veremos como competitividad, está en función de los consumidores o usuarios. Ésta acepción de libre competencia y competitividad es precisamente la que torna a evolucionar como lo veremos más adelante, por lo pronto mencionemos el estado del debate al momento de la consagración de la norma en 1991.

¿Cuál era ese ambiente? A inicios de los noventa hubo un intenso interés del modo como se iría a concebir el orden económico en la nueva Constitución. No podía ser de otra forma. La globalización económica abría con fuerza sus surcos por todo el mundo sin exceptuar mercado alguno. Implicaba una nueva concepción de *desarrollo*, tendiente a una economía de mercado cada vez más libre de impedimentos generados por la intervención del Estado. El capataz del empresariado colombiano así lo expresó en su tiempo: “[n]o son muchos los requisitos legales para el buen funcionamiento de una economía de mercado, pero son esenciales. El primero de ellos por supuesto es la garantía de que toda persona podrá cosechar el fruto de su ahorro, esfuerzo, y capacidad empresarial... En segundo lugar, el buen funcionamiento de una economía de mercado requiere que los empresarios puedan obtener una retribución suficiente para compensar el esfuerzo y riesgo de sus actividades... En tercer lugar, es conveniente que las reglas para la actividad empresarial sean lo más claras y estables posibles.... Por último, me parece que no sobra destacar la importancia de preservar condiciones adecuadas para una sana política económica.... Se requiere prevenir la posibilidad de referéndums sobre asuntos tributarios o presupuestales, evitar rigideces fiscales innecesarias, así como transferencias masivas a regiones o grupos sociales, conservar condiciones para un manejo monetario y mantener la iniciativa legal del Ejecutivo en ciertos asuntos económicos claves”⁵. Parece ser que todo esto se ha cumplido a través de lo que en el seno de los debates de la constituyente se llamó en ese entonces como *competitividad*, es decir, explica el constituyente Perry Rubio, es una condición “cuando la libertad de uno no coarta la de los otros”⁶ que a su vez requiere de otra condición: de una sana política económica⁷, la cual garantice *necesariamente* la inversión desde la cual se construye el concepto, puesto que le resulta esencial⁸.

⁴ Presentación en el Debate General. Cit. por. PERRY RUBIO, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 128 y continúa “(por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de la posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente” PERRY RUBIO, Guillermo. *Op. Cit.*, p. 128.

⁵ SARMIENTO ANGULO, Luis Carlos. *Necesidad de preservar las condiciones para el desarrollo*. En: *Subsiste el futuro – Constitución y Política Económica*. Cali, 1991, ANIF, pp. 18 y 19.

⁶ PERRY RUBIO, Guillermo. *La economía en la reforma constitucional*. Cali, 1991, ANIF, p. 53. No es una novedad, es una afirmación histórica respecto del orden viejo que se dejaba, es decir que la esencia del nuevo orden es la *competitividad*. Continúa diciendo “[d]e hecho la experiencia histórica demuestra que el sistema capitalista es el único compatible con la democracia, pero sólo cuando se da en condiciones de competencia”.

⁷ FERRARI, César. *COMPETITIVIDAD, INVERSIÓN Y CRECIMIENTO. - LOS CASOS DE COLOMBIA, CHILE, PERÚ, COREA Y CHINA*. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana, p. 2.

⁸ “Pero si la competitividad es requisito fundamental para vender cada vez más en un mundo globalizado, la inversión es absolutamente necesaria para lograr mayores niveles de capacidad instalada de producción que permita producir esos bienes y servicios que se pretenden vender en forma creciente. Sin duda, tasas de crecimiento elevadas requieren tasas de inversión también elevadas. Si América Latina, quieren crecer a tasas asiáticas deberá alcanzar tasas de inversión

Dicho orden económico, que se conceptualiza como “Constitución Económica”⁹, en Colombia, cuenta con la dirección a cargo del Estado, según el artículo 334 de la Constitución, el cual tiene además una referencia expresa a los recursos naturales y una finalidad claramente establecida: “para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

A renglón seguido, en el siguiente inciso trae una referencia a la competitividad, como una intervención que debe ser realizada “de manera especial” -para “promover la productividad y competitividad...”- la cual cuenta con desarrollos políticos se suma importancia¹⁰ a pesar de no resultar suficientes a opinión del sector privado¹¹. Es un concepto sin alcance

correspondientes. No existe ningún país latinoamericano que haya igualado las tasas asiáticas, ni de crecimiento ni de inversión”. FERRARI, César. *Op. Cit.*, p. 17.

⁹ “Se entiende por “Constitución económica” (o “modelo económico de la Constitución”) el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que prescinden la vida económico social de un país, según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución. Este “orden constitucional” no es un a pieza aislada, sino un elemento que hacer parte de la estructura básica de la ley fundamental. Además, hay que enmarcar la Constitución económica dentro de un contexto de mayor amplitud: el modelo de sociedad (una sociedad libre) y la idea de Estado (“Estado social y democrático de derecho”, “Estado autonómico”) que se quiere garantizar a través de la Constitución”. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá D.C., 2003, Universidad Externado de Colombia. p. 175. Es decir, es un afianzamiento de las condiciones jurídicas de la economía y condiciones económicas para la realización del modelo de Estado que se plasma en el texto constitucional, ya que los derechos no pueden ser ejercidos sino en razón también de su contexto no solo de su formulación en un texto o su garantía de cumplimiento a través de los mecanismos judiciales. Como anticipamos, está en función de la dignidad humana y su concreción en los procesos sociales humanos: el desarrollo humano.

¹⁰ El Estado colombiano se ha puesto en marcha en especial el los dos últimos gobiernos del presidente Uribe Vélez al fortalecimiento de éste concepto en las prácticas administrativas tocantes al desarrollo del país en materia de competitividad. Sin embargo desde los años noventas, estando en pleno el modelo neoliberal inicia su camino con el Decreto 2100 de 1994 que creó el Consejo Nacional de Competitividad. Posteriormente con el Decreto 2222 de 1998, éstas funciones que estaban en cabeza del Presidente las asume la Comisión Mixta de Comercio Exterior. Ésta tuvo su gran desarrollo institucional con el Plan Estratégico Exportador a partir del cual se hizo patente la *Política Nacional de Productividad y Competitividad*, compuesta por tres ítems: Red Colombia Compite, firma de convenios de competitividad y regionalmente, Comités Asesores Regionales de Comercio Exterior. La importancia de contar con una política nacional de competitividad, hizo que se formulara el Conpes 3297 de 2004 la *Agenda Interna para la Productividad y la Competitividad* la cual rigió hasta el mes de abril de 2008. El paso siguiente fue la adecuación institucional para la Competitividad: se creó la Alta Consejería Presidencial para la Competitividad y la Productividad la cual a su vez logró el Conpes 3439 de agosto de 2006 que crea el Sistema Administrativo Nacional de Competitividad – SNC, la cual deja a la lata consejería como órgano rector del sistema y como secretaría técnica al Departamento Nacional de Planeación. El primer paso de éste sistema fue articular una política nacional de competitividad, para lo cual se terminó de perfilar administrativamente el SNC con los decretos 2828 de 2006, 61 de 2007, 1475 de 2007 ampliando la base técnica del sistema. Habiéndose integrado del modo más adecuado se aprueba el 14 de julio de 2007 la visión del Sistema con los pilares generales para la política de competitividad que se desarrollan en el Conpes 3227 de 23 de junio de 2008, documento que ampliamente desarrolla la competitividad a partir de los siguientes elementos:

- Desarrollo de sectores o *clusters* de clase mundial.
- Promoción de la productividad y el empleo
- Formalización laboral y empresarial
- Promoción de la ciencia, la tecnología y la innovación
- Estrategias transversales

Cfr. http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3227.pdf. Consultado el 3 de julio de 2009.

¹¹ “Villegas tomó el punto de vista privado y argumentó que cada vez que un empresario o un gremio hace un ejercicio y una evaluación sobre la competitividad, se da cuenta de que algo no está funcionando y, al revisar, encuentra que ese algo no está relacionado con el mercado, sino que siempre surge por cuenta de alguna decisión constitucional. Por lo tanto, el análisis (económico) de corto o largo plazo no influye en gran medida sobre las decisiones que se toman. Para

jurisprudencial constitucional aún, solo hay una referencia atada a la intervención del Estado (paradójicamente)¹².

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

La competitividad, por tanto parte de los beneficios propios de un determinado agente que no tienen los demás o los tiene en mejor posición de rentabilidad que el primero; por tanto si la decisión de éste, si es racional, es aprovechar y explotar su ventaja en perjuicio de otras cualidades que no son comparativamente “su fuerte”. Esto significa en primer lugar darle preferencia a las *ventajas* respecto de las *cualidades*, luego si aventurarse con su *plus* en cualquier lugar del mundo¹³ y reflejarlo en los precios mundiales y en la productividad¹⁴.

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

Colombia no se quedó atrás. Ésa inserción en el mundo globalizado en términos de procesos económicos se llamó “apertura económica”. ¿Cómo se hizo? Éste proceso inicia con la verificación de las condiciones de desarrollo a partir de las ventajas competitivas¹⁵. Es decir, se debe llevar a cabo un proceso de *reconocimiento* de éstas. Éste proceso se llama “factor driven” que es el enlistar los recursos naturales o sectores de experimentación con éxito probado (o *clusters*¹⁶). A continuación se examinan aspectos como conectividad con el mundo, participación económica de la región, capacidad e atracción de inversión extranjera,

él es necesario corregir esa parte de la Constitución”. <http://www.contraloriagen.gov.co/html/RevistaEC/pdfs/286-infespeconomia.PDF>. Consultado el 5 de julio de 2009.

¹² En materia de competitividad, es de anotar, solo hay una referencia de alcance conceptual, no más: “La promoción de la competitividad empresarial y el desarrollo empresarial, son dos objetivos expresamente asignados por la Constitución a la intervención del Estado en la economía y para lograrlos es posible recurrir a una política de fomento que consista en reducir los costos financieros que deben asumir las empresas colombianas por encima de los que pagan las empresas que compiten con ellas en el mercado de bienes de capital y servicios técnicos”. Sentencia C-254/96 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹³ ROJAS BERNAL, Carlos Julio. *Empresas Competitivas*. Bogotá D.C., 1992, Ediciones RAM, p.7

¹⁴ “Pero como la historia económica ha demostrado repetidamente, una empresa puede ser muy eficiente y alcanzar una gran productividad y, sin embargo, quedar completamente fuera de competencia o continuar siendo competitiva a pesar de existir una infinidad de productos sustitutos de empresas rivales. En realidad la competitividad es claramente un problema económico por que tiene que ver con la estructura de precios básicos de la economía. Para ser competitivo el precio al que el productor puede vender el bien o servicio que produce tiene que ser mayor que el costo de producirlo”. COMPETITIVIDAD, INVERSIÓN Y CRECIMIENTO. - LOS CASOS DE COLOMBIA, CHILE, PERÚ, COREA Y CHINA. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana, p. 8.

¹⁵ FULLER, Joe. *Fundamentos de Competitividad*. En: El Desafío de la Competitividad. Bogotá D.C., 1994 Ministerio de Desarrollo Económico, p. 21 y ss.

¹⁶ GALA GÓMEZ, Minujín. *Competitividad y complejos productivos: teoría y lecciones de política*. Buenos Aires, 2005, CEPAL, p.9

fortalecimiento de la demanda interna, etc. para medir la *funcionalidad* y *capacidad de incursión* en los mercados globales. Después, se prueban las condiciones de desenvolvimiento de ése sector y su dependencia con el sector energético¹⁷. Paso seguido se evalúan las condiciones de inversión para así “entender el costo y la utilización de los activos, las necesidades de nuestros clientes y la de los clientes de ellos para poder ser competitivos”¹⁸, es decir, no solo es la inversión monetaria sino también inversión tecnológica y de desarrollo de los negocios, puesto que toda barrera a cualquier tipo de inversión presupone atraso o poca profundidad en el desarrollo sectorial¹⁹. Por lo tanto, lo esencial es desregular la intervención del Estado en materia de inversiones²⁰.

¿Cómo le fue al país en éste proceso? Colombia partió de un diagnóstico muy interesante²¹: tiene factores positivos básicos muy importantes, pero no utilizados y mejorados correctamente, razón por la cual se dijo que no era una nación favorable a exportaciones sofisticadas. Por lo tanto se recomendó centrarse en renglones de mayor productividad y declinar toda actitud que contraríe la competitividad. Sin duda la adopción de éstas posiciones, generó un profundo quiebre, era un fenómeno mundial al cual parece no había más solución que sumarse²².

Concretamente, el Estado en la última década del siglo adoptó prácticas competitivas que continúan hasta hoy, con una línea: la *internacionalización*, ya que el punto de partida es que no hay competitividad sin internacionalización. Juan Manuel Santos, cuando era Ministro de Comercio Exterior marcó los lineamientos de la apertura y puso sobre el camino los criterios de competitividad aplicados en Colombia, que compartió en el Foro Económico Mundial²³:

- “Disponibilidad y la calidad del recurso humano
- Fortaleza de la economía doméstica

¹⁷ FULLER, Joe. *Op. Cit.*, p. 25

¹⁸ FULLER, Joe. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁹ FAIRBANKS, Michael. *Colombia: una economía sin nivel intermedio*. En: El Desafío de la Competitividad. Bogotá D.C., 1994 Ministerio de Desarrollo Económico, p. 47

²⁰ <http://129.3.20.41/eps/it/papers/0404/0404003.pdf>. Consultado 5 de julio de 2009.

²¹ FAIRBANKS, Michael. *Op. Cit.*, p. 49.

²² Las políticas en materia de inversión extranjera han evolucionado profundamente en las últimas dos décadas, especialmente en los países en desarrollo. Mientras que las décadas de los sesenta y setenta se caracterizaron por la tendencia a restringir la entrada de capitales foráneos, a partir de los ochenta y, particularmente, en los noventa estas políticas han estado encaminadas a promover y a atraer la inversión extranjera. Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Unctad), en la primera mitad de los años noventa, cerca del 95 por ciento de las modificaciones a las legislaciones de los países tenía por objeto facilitar los flujos de inversión extranjera. Además, se firmaron 1.857 tratados bilaterales de inversión durante el 2000, cinco veces más que los registrados en la segunda mitad de la década de los noventa. Durante este periodo, se evidencia también un cambio en la lógica que subyace las decisiones de los inversionistas. De la mirada netamente economicista (análisis de los fenómenos sociales en que priman los factores económicos), que afirmaba que la inversión extranjera era incentivada por las utilidades, por el mercado y por la tasa de interés, se pasa a una mirada institucional, que incluye las normas o la cultura, por ejemplo, como posibles factores determinantes de la inversión extranjera.... Desde 1990 Colombia ha venido implementando una estrategia de promoción de la inversión extranjera que contempla una serie de modificaciones normativas, incluida la Constitución misma, y la suscripción de diversos acuerdos que tienen por objeto su promoción y su protección. El resultado de estas acciones ha sido un incremento significativo de los capitales foráneos en el país”. http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo1/fasciculo11/documentos/fasc_11.pdf. Consultado el 5 de julio de 2009.

²³ SANTOS, Juan Manuel. *Los factores que determinan la competitividad*. En: El Desafío de la Competitividad. Bogotá D.C., 1994 Ministerio de Desarrollo Económico, p. 76.

- Capacidad científica y tecnológica
- Infraestructura al servicio de las empresas de negocios
- Eficiencia de los mercados de capitales y la calidad de los servicios financieros
- Capacidad de innovación, la responsabilidad y la audacia de l sector empresarial
- Políticas del gobierno orientadas a generar competitividad
- Grado de internacionalización de la economía, entendido como el nivel de participación del país en los flujos internacionales de comercio e inversión". A ésta la resumió en la fórmula que en el mismo foro se ofreció: "la competitividad a escala mundial es el producto de la competitividad de los activos de un país multiplicado por la de sus procesos, y dicho resultado se eleva a una potencia que es el grado de internacionalización de la economía (ACTIVOS x PROCESOS)¹ = C"²⁴.

Economía, Derecho, Dignidad Humana, Desarrollo Humano y Energía

Ahora, lo único absoluto en el ordenamiento jurídico es la dignidad humana. Ésta no tiene reservas, simplemente "es". Por lo tanto al no ser condicionada y superior a todas, puede ser condicionante. Más aún, en un Estado Social de Derecho que gira entorno a la dignidad humana como la norma fundante del Estado, puesto que el Estado se encuentra en función de ésta, obliga que se haga realidad en los contextos en los cuales el Estado se hace presente. Es decir, la dignidad humana es norma en todos los procesos sociales, ajustándolos en su proceder. Como dijimos líneas arriba, ésta norma comporta el desenvolvimiento de éstos procesos a través del concepto de *desarrollo humano*.

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

Esto implica que los conceptos de libre competencia y competitividad *necesariamente* deben ajustarse no solo a tener como sujetos de referencia a los "productores" y "consumidores" sino el conglomerado social, puesto que hablamos de "procesos sociales", es decir engloba a la sociedad. Por otra parte, la competitividad debe entenderse no solo en relación con los *clusters*, la conectividad, las relaciones con las fuentes de energía y la fluidez de las inversiones, sino en todo factor aquel que permita el desarrollo humano de las comunidades humanas. Por lo tanto la competitividad se justifica en tanto favorezca las condiciones de dignidad humana en el transcurso del tiempo, en el desenvolvimiento de los procesos sociales. Parcialmente podemos concluir que ***prácticas y normas que no incorporen la dignidad humana y el desarrollo humano son inconstitucionales.***

²⁴ SANTOS, Juan Manuel. *Op. Cit.*, p. 76.

Esto, como veremos más adelante, quiebra el concepto de competitividad con que se ha venido trabajando en nuestro país, puesto que lo enfila *solo* a la consecución de la renta en proporción a la inversión realizada. ¿Es el único concepto que hay? No, la perspectiva continental europea aporta un contenido distinto, precisamente ajustado a los lineamientos de la dignidad y del desarrollo humano.

El orden económico que regula el Estado está conformado por mercados, dentro de los cuales está el *energético*²⁵ del cual ya relatamos su centralidad en los procesos industriales. Dentro de éste mercado está el del petróleo el cual comporta actualmente el puesto N° 1 y lo será por lo pronto, hasta el mediano plazo²⁶. Éste recurso, tiene un mercado de dimensiones internacionales y que por sus características socio-políticas está determinado por fuerzas no solo económicas sino también sociopolíticas. El petróleo para el ser humano aparece como un fenómeno que aunque parece ser simple, como un prisma, se descompone en muchos colores, por lo que nunca es visto solo como un bien de naturaleza económica, sino también es un bien de interés cultural, político, social. Esto lo ha venido catalogando como un objeto de deseo de muchos y por muchas razones. Así como hablábamos de lo indivisible que es la dignidad humana, lo mismo afirmamos del petróleo, en un barril de petróleo no es posible diferenciar donde termina el interés político sobre éste y donde comienza el interés económico.

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

²⁵ Su composición es como sigue: (en millones de toneladas de petróleo)

Petróleo: 3836,7
Carbón: 2929,9
Gas: 2474,7
Nuclear: 627,1
Hidroeléctrica: 668,7

Fuente: http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_sindi/4_3_contexto_energetico.pdf. Consultado el 5 de julio de 2009.

²⁶ Se estima que la producción global de crudo llegará a cerca de 120 millones de barriles en el 2025, representando un incremento de casi 50% con respecto al nivel actual. Se prevé aumento promedio de la oferta del 1.8%/año hasta el 2025 para hacer frente al alza anticipada de la demanda. Oriente Medio seguirá aumentando su producción y mantendrá una posición predominante como principal exportador; Arabia Saudita, Irán, Irak, EUA y Kuwait incrementarán su producción un 2,3% en 2020 para satisfacer la demanda mundial. http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_sindi/4_3_contexto_energetico.pdf. Consultado el 5 de julio de 2009.

fenómeno que más allá de ser entendido desde la sociología y la antropología, comporta un interés superlativo para sociedades como las nuestras en las que el petróleo es el protagonista de las formas de energía actual.

¿Qué hacer con tantas miradas sobre el petróleo? No solo sucede con el petróleo sino con muchos otros bienes, actividades, necesidades de las comunidades humanas de nuestro tiempo, que se debaten en el *pluralismo*. Como se tratará al comienzo del último capítulo, no nos resta más que optar por las vías del diálogo para conciliar los intereses del petróleo, que desde ya digamos y subrayemos que **no es solo un bien de deseo económico**.

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

En la *creación del derecho*²⁷ *petrolero* se encuentra uno en dos escenarios: el debate político público, que es el Congreso y el debate político de Gobierno. La realidad de éstas dos instancias es que están en estrecha relación con los agentes directos del negocio petrolero y otras fuerzas colindantes a éstos: inversionistas, gremio trabajador, academia especializada e influencias internacionales del mismo negocio.

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

Ahora, el derecho está inmerso en esquemas político administrativos de gobierno de alcance nacional, los planes nacionales de desarrollo, los cuales se expresan o refrendan dadas las circunstancias o eventos que los convocan, en Consejos Nacionales que van dando los lineamientos político-administrativos para el desenvolvimiento de los intereses de desarrollo nacional. Aunque el “modelo de planeación” de la reforma de 1968 caducó, en la Constitución de 1991 “se abre en un concepto distinto de planeación, compatible con un papel moderno del Estado, con un sistema económico de libre empresa, basado en la competitividad y en el mercado, con el protagonismo de las regiones como agentes de su

²⁷ “Reconocer el carácter creativo del conocimiento respecto de la realidad social no lleva a ningún pacto con las perspectivas metafísicas, sino simplemente a la aceptación de que el sentido de la acción social de los sujetos es también un factor relevante desde el punto de vista de su concreta interacción. Bajo estos argumentos no se puede reconocer que el *sollen* de tipo kelseniano —es decir, concebido como ámbito prescriptivo— pueda quedar totalmente marginado de los avatares del *ser*. Aún como espacio prescriptivo, el *deber ser* mantiene conexiones concretas con el mundo de los hechos, las cuales se expresan en cauces recursivos que no permiten el distanciamiento total con el derecho, ni siquiera en el ámbito del análisis. Los fenómenos jurídicos deben concebirse, entonces, como órdenes de normas lógicamente ligados, pero también como producto y como móvil de la interacción de los sujetos sociales”. DÍAZ Y DÍAZ, Martín. *Derecho y Orden*. México D.F., 1998, Fontamara S.A., p.126.

propio progreso”²⁸. Así las cosas, entender que la planeación aporta constitucionalmente a la dignidad humana y afianza el desarrollo humano como base para la construcción de país, marca un aporte fundamental

En nuestro país se ha asimilado con gran fuerza el concepto de desarrollo como el de planeación²⁹, aún contra “la opinión frecuente de que la planeación debe desaparecer como responsabilidad del Estado y ceder su ficción a las reglas de mercado”³⁰, ya que “...es necesaria la intervención del Estado para que el mercado despliegue su virtualidad positiva en la asignación de recursos. En oposición a un sesgo economicista del desarrollo, la Constitución señala la necesidad de subordinar los resultados económicos al logro del mayor bienestar para todos los ciudadanos. De esta manera **la planeación no se opone a la competencia y a las reglas del mercado sino que se convierte en su principal soporte**” (negritas fuera de texto)³¹.

Por otra parte, Colombia no planea sola su futuro, lo hace en espectro internacional y en los últimos años ha venido recogiendo todos los avances de las políticas de desarrollo neoliberal o de simple regulación como actividad directiva de la economía³² y de carácter estatal con una relativa baja participación de poder social representativo y que en últimas mantiene la centralización³³. Opina Vallejo Mejía que esto se debe a una “falsa aplicación de la teoría económica del crecimiento que le da a la inversión un papel determinante”³⁴, sin perjuicio de que en nuestra opinión no se puede olvidar la carga política con que se adoptaron las disposiciones constitucionales que asumen el neoliberalismo en nuestra constitución³⁵.

²⁸ VALLEJO MEJÍA, César. *La planeación en la Constitución de 1991*. En: Constitución Económica Colombiana. Bogotá D.C., 1997, Navegante editores, p. 216

²⁹ ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. *Tendencias de la planeación económica y la nueva Constitución Política de Colombia*. En: Revista Universidad INCCA de Colombia. Bogotá D.C., 1992, Universidad INCCA de Colombia, N° 3, p. 50.

³⁰ VALLEJO MEJÍA, César. *Op. Cit.*, p. 216

³¹ VALLEJO MEJÍA, César. *Op. Cit.*, p. 216

³² “Los procesos de planeación han sabido recoger y proyectar tendencias del desarrollo capitalista, expresadas en el replanteamiento neoliberal de la ley y función del Estado y se han “conectado” con los procesos de privatización u descentralización, reforma de las finanzas públicas y la misma “Modernización” político administrativa del Estado”. ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. *Tendencias de la planeación económica y la nueva Constitución Política de Colombia*. En: Revista Universidad INCCA de Colombia. Bogotá D.C., Universidad INCCA de Colombia, N° 3, 1992, p. 50.

³³ “... la concepción de planeación de la nueva Constitución favorece en términos reales el poder presidencial y restringe las incidencias de la sociedad civil y sus diferentes vehículos de representación. De otra parte, la formulación constitucional de la planeación no es plenamente consecuente con los procesos de descentralización que se adelantan en el país. Ella mantiene la incidencia del gobierno central e incluso en el nivel departamental al señalar que “el organismo nacional de planeación de manera selectiva, podrá ejercer dicha evaluación (de los planes departamentales y municipales) sobre cualquier entidad territorial (Íbid. 344)”. ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. *Op. Cit.*, p. 55.

³⁴ “La conclusión ilegítima que de allí sacan algunos teóricos de la planeación y del presupuesto público es la de que el destino más importante del gasto debe ser la formulación interna bruta de capital o el aumento de stock de capital fijo, con lo cual se olvidan los verdaderos objetivos de la acción del Estado, en función de la satisfacción de las necesidades básicas, la solución de problemas y el aprovechamiento de oportunidades mediante la acción de la esfera de lo público”. VALLEJO MEJÍA, César. *Op. Cit.*, p. 234.

³⁵ “Si bien sus planteamientos guardan importantes diferencias entre sí [entre los distintos enfoques de neoliberalismo], coinciden por lo menos dos puntos: la reivindicación del poder del mercado y de su papel en el desarrollo económico y social, y la prevalencia del sector privado sobre el público con lo que abogan por la eliminación de la función en dicho desarrollo. Las fuentes principales del pensamiento neoliberal son el monetarismo de la Escuela de Chicago.; la teoría de la elección pública, la Escuela de Austria; los llamados “Minimalistas” o libertarios y los anarco-libertarios.... Las políticas que se desprenden de las premisas neoliberales emergen de cuatro principios teóricos centrales: el papel positivo de la desigualdad; la eliminación de la función económica y social del Estado y, por tanto de cualquier acción redistributiva por parte de éste; la operación del mercado en todas las esferas de la actividad humana, y, por último la validación del subjetivismo como criterio de verdad, y en consecuencia, como fuente de explicación de los fenómenos

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

2.1.2. La validez jurídica en el derecho petrolero y como concepto económico

Partamos de ¿qué es la validez jurídica? Es un concepto del derecho como ciencia en el cual se determina que una norma es “válida”, es decir, que “existe” dentro del ordenamiento en la medida en que haya sido producida de conformidad con las formalidades que el derecho exige –validez formal- y no raje, no contraríe, los preceptos normativos superiores –validez material-. En términos de filosofía del derecho, éste concepto se afilia a la escuela del derecho positivo, puesto que se parte de que ésta validez es “científica” ya que requiere de convalidación de otra disciplina, como puede ser la ética o la sociología³⁶. Se dice por eso que es “pura” como diría Kelsen, quien apoyándose de la racionalidad instrumental de Weber³⁷, hace del derecho algo extraído de las relaciones sociales e independiente.

En el contexto de un Estado Social de derecho se agrega que es válida la norma en tanto satisface el fin de la norma en un contexto determinado³⁸. Éste postulado es sumamente importante pues en nuestro país, además de adoptar un criterio de validez positiva, según el art. 4º de la Constitución, jurisprudencialmente ha hecho carrera hacer valer la necesidad de resaltar la funcionalidad de la norma en un contexto determinado.

Estos desarrollos no son para nada fruto de un capricho de unos magistrados, ya que el Estado Social de Derecho legitima su existencia no solo por virtud de la ley sino por la satisfacción de las necesidades sociales, las cuales están dadas para ser leídas en clave de contextos. A nivel de sentencias de tutela, la Corte Constitucional resalta esta funcionalidad del derecho en el esquema adoptado por la Constituyente en 1991, haciendo hincapié precisamente en que solo así la dignidad humana se realiza, a partir de *derechos en contextos*³⁹. Por lo tanto, podemos desligar de este pensamiento que los procesos sociales, siguiendo lo que hemos afirmado en éste trabajo de grado, desenvuelven la dignidad humana por medio del desarrollo humano, lo que se traduce en una **garantía de derechos en un proceso social determinado**.

Ahora, entrando en materia, la validez del derecho petrolero no significa que tenga unos criterios de validez distintos a los del resto del ordenamiento, son los mismos. Las normas petroleras no cuentan con un procedimiento cualificado para que les sea otorgada la validez formal, de por sí, cuentan con el mismo procedimiento de una norma cualquiera; y la validez

económicos, políticos y sociales”. AHUMADA, Consuelo. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá D.C., 2000, El Áncora Editores, 2ª Edición, p. 115 y 116.

³⁶ ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona, 1994, Gedisa, p. 88.

³⁷ FUCITO, Felipe. *Sociología del Derecho*. Buenos Aires, 1999, Editorial Universidad, p. 177.

³⁸ Cfr. Sentencia C-449 de 1992.

³⁹ Sus desarrollos han estado en las sentencias C-424/94, C-216/93, C-346/95.

material cuenta con las mismas exigencias. Lo que tiene necesariamente un contenido *valorado* son las implicaciones del **contexto petrolero**. Por ésta razón hemos iniciado éste trabajo con una descripción de la economía petrolera mundial para poder adentrarnos en el modo como funcionan éstos procesos económicos.

Acerquémonos pues a la realidad petrolera. Ésta jurídicamente está sometida al contenido material de la Constitución, la cual necesariamente contiene en sí una doctrina económica determinada, tal como lo descubrió Posner, la cual apoya un mercado controlado⁴⁰. En nuestro caso, es una economía de libre mercado dentro del marco de desarrollo que el Estado pretende.

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

Para la realidad económica, el derecho ¿qué es? ¿cómo se le ve? ¿sólo como una limitante? Si, indudablemente resulta unas veces un limitante, ya que ajusta determinados hechos y conductas a los cauces que él indique, algunas veces a favor de la eficiencia otras veces no necesariamente a favor de ésta⁴¹. Es una realidad que hay normas que limitan la eficiencia y no debe por qué intranquilizarnos, ya que éstas actividades económicas están sujetas, no son determinadoras de otras realidades. Es quizás en el *arte* de la combinación de los factores donde se puede buscar la eficiencia sin comprometer la violación de una norma o incluso cumpliéndola⁴².

⁴⁰ POSNER, Richard. *The constitution as an Economic Document*. Northampton, Edward Elgar Pub., 2001, p.48.

⁴¹ “Los analistas económicos del Derecho discrepan sobre si las normas jurídicas pueden ser mejor entendidas o valoradas en términos de eficiencia paretiana o riqueza. En general, los libros de texto utilizan la noción de eficiencia como riqueza. Generalmente se recurre al juez para que zanje una cuestión de asignación de derechos cuando el mercado no puede solucionarla. Puesto que en tales circunstancias hay perdedores, es más simple presentar los beneficios y costos de las partes en términos de maximización de la riqueza. Richard Posner ha ido aún más lejos al sostener que la maximización de la riqueza es el único objetivo que puede guiar la administración de justicia en el ámbito del Derecho Privado”. SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires, 2003, Rubinzal-Culzoni Editores, p. 13.

⁴² Prueba de ello resulta de estudiar detenidamente la historia del derecho económico en la cual se percata con facilidad la perspectiva que tiene el derecho al interior de los Estados respecto de las condiciones económicas históricas en las que se encuentran, acentuando la necesidad de intervención cuando la riqueza no puede ser producida por particulares, y retirándola cuando ha sido acumulada ya por éstos y toda práctica que intervenga en el mercado es vista como desventajosa, reduciendo al Estado a un papel estrictamente “regulatorio”. Cfr. BORDA RIDAO, Roberto. *Introducción al derecho económico*. Tesis, Pontificia Universidad Javeriana, 1999, pp. 79-109. Muy al caso viene ésta reflexión en estos tiempos de crisis mundial, donde hay un crecido interés en buscar las formas que intervención del Estado en la economía para salvaguardarla de la hondura a la cual se puede llegar si no se toman las medidas de intervención apropiadas, como las que por ejemplo en su momento se tomaron para la reconstrucción de Japón luego de la II Guerra

Frente a ésta situación podemos tomar dos posturas: o el derecho es al mismo tiempo tanto un factor positivo como uno negativo para la empresa, o el derecho asumido desde la perspectiva de la dignidad y desarrollo humano me compromete como agente de cambio u obstrucción en un país que busca salidas no solo al conflicto armado y al narcotráfico, sino alternativas de vida legal y digna para todos los colombianos. Es decir, puedo afirmar por ejemplo que el pago de dos semanas de licencia me resta competitividad pues implica un gasto para la empresa o puedo ver que con esa licencia apoyo el fortalecimiento de una familia ofreciéndole un tiempo para la adecuación de las circunstancias familiares a la llegada de un nuevo hijo.

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

No todo es color de rosa. Frente a éste movimiento académico de origen continental, ha nacido en contra teorías que afirman que hay ciertos elementos culturales que a la hora de producir derecho determinan la eficiencia en la economía, afirmando que países como el nuestro debido a nuestra cultura “ecuatorial”, católica, con orígenes en tradición jurídica francesa en el derecho privado, en sí mismas son ineficientes, *culturalmente ineficientes*. Se afirma, sin temor, que las eficiencias que genera el derecho para la economía están en estricta relación con “la influencia de las circunstancias históricas, así como por la heterogeneidad etnolingüística, orígenes de las tradiciones jurídicas y religión”⁴³. Además de reproducir señalamientos colonialistas, de por sí ya obsoletos en la cultura posmoderna y pluralista, fortalecen el enfoque de la eficiencia como renta. Estos movimientos de origen norteamericano han provocado que las nuevas rutas del derecho económico verifiquen la necesidad de contar con las variables culturales favorables a la eficiencia⁴⁴, por cuanto solo éstas pueden ser “actividades socialmente deseables”⁴⁵. Es por esto que se hace harto

Mundial, que incluían un análisis de competitividad y al mismo tiempo altos grados de inclusión social y bienestar para todos los japoneses.

⁴³ LA PORTA, Rafael, LÓPEZ DE SILANES, Florencia, SHLEIFER, Andrei, VISHNY, Robert. *The quality of government. Comparative Law and Economics*. Northhampton, 2004, International library of critical writings in economics, p.461.

⁴⁴ Cfr. MALLOY, Robin Paul y BRAUN Christopher. *Law and Economics – New and Critical Perspectives*. Nueva York, 1995, Peter Land Publishing. Afirman en la p. 3: “The new law and economics uses economics as a reference point for cross-cultural and ideological meditation in law. It provides a baseline of values and assumptions that allow one to explore shifoying norms in alternative systems of social organization”. Sin embargo no dejan de estar apoyados en las teorías neoclásicas, las cuales a su vez se basan en el benthamismo, solo que ya se tienen otras variables sociales, culturales, de allí que digan que la lectura que hizo la Escuela de Chicago entre Democracia, mercado y Derecho no haya sido lo suficientemente profunda.

⁴⁵ “The answer, we think, bring us back to the original thesis. Growth will simply not occur unless the existing economic organization is efficient. Individuals must be lured by initiatives to undertake the socially desirable activities. Some mechanism must be devised to bring social and private rates of return into closer parity. Private benefits or costs are the gains or losses to an individual participant in any economic transaction. Social costs or benefits are those

hincapié en la necesidad de ofrecer **incentivos** para conducir el camino de la eficiencia en términos económicos.

Como hemos venido considerando, la economía petrolera es internacional. A éste nivel también se examina la relación derecho y economía. En éste nivel se reproduce prácticamente un mismo razonamiento que a nivel local en términos de elasticidad, relación con las normas, etc. pero se añade un elemento muy importante: lo “itinerante” del capital. Al respecto se ha afirmado y con razón, que las compañías petroleras parecen como clientes y los países, vendedores, quienes ofrecen las mejores condiciones tratando de atraer a la mayor cantidad de clientes. La racionalidad del “cliente” está medida por las dimensiones de la “inversión”, es decir, en relación con las tasas de riesgo y retorno. Es por esto que agencias internacionales especializadas, como International Energy Network realizan ésta tarea para reducir los costos de transacción, evaluando como factores de decisión los siguientes: que el país esté localizado en ,

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

Las “condiciones” de las que hablamos, la mayoría están mediadas por el derecho, esas situaciones de hecho que quieren tener las empresas están medidas y entendidas como condiciones de orden macroeconómico y de orden público, todas en un marco constitucional. Más aún, por la importancia que revisten están desarrolladas por el derecho.

affecting the whole society A discrepancy between private and social benefits or costs means that some third party or parties, without their consent, will receive some of the benefits or incur some of the costs. Such a difference occurs whenever property rights are poorly defined, or are not enforced. If the private costs exceed the private benefits individuals ordinarily will not be willing to undertake the activity even though it is socially profitable”. “Economic growth occurs if output grows faster than population. Given the described assumptions about the way people behave; economic growth will occur if property rights make it worthwhile to undertake socially productive activity. The creating, specifying and enacting of such property rights are costly, in a degree affected by the state of technology and organization. As the potential grows for private gains to exceed transaction costs, efforts will be made to establish such property rights. Government takes over the protection and enforcement of property rights because they can do so at lower cost than private volunteer groups. NORTH, Douglas, THOMAS, Robert Paul. *The rise of the western world: a new economic history*. En: Comparative Law and Economics. Northampton, 2004, International library of critical writings in economics, pp. 346 y 347, 352. En el mismo sentido: MERCURO Nicholas y MEDEM Steven. *Economics and the law – From Posner to Post-Modernism and beyond*. Princeton, 2006, Princeton University Press, capítulo VII “social normas and law economics” donde enfatizan que la mencionada y cardinal “opción racional” (o razonable) no es tal ya que trivializa valores diferentes a la razón en la toma de decisión teniendo especial fuerza las normas sociales las cuales más allá de la eficiencia se guían es por la satisfacción que generan al individuo o al grupo social.

¿Cómo sucede esto en Colombia? Nuestro país ofrece unas de las mejores condiciones en Latinoamérica para realizar negocios petroleros⁴⁶. La *competitividad*, como se entiende hoy desde la perspectiva de renta, es la más deseada. Ahora, ¿es también la más deseada por los colombianos? Allí es donde queremos hacer referencia al concepto de desarrollo humano. Las actividades petroleras usualmente están de sumo respaldadas por poderosos grupos económicos que han ido poco a poco dando forma a que los desarrollo legislativos tomen ése camino de competitividad que, como más adelante se dirá, está restringido a una sola ganancia social: la del empresario. Concretamente respecto de los pedidos que el gremio iba poco a poco pidiendo al derecho se han ido concediendo.

¿Por qué ha habido “tanta generosidad”? En buena parte ha sido por la situación en la que se encuentran “los clientes”, están al frente de una góndola de supermercado, conociendo las opciones para saber cuál de todas les es más rentable. Se ha creado globalmente que rentable solo es un contenido de corte monetario. Esto es una visión muy corta de la realidad y del desarrollo. En éste año 2009 hemos vivido con inmensa cercanía las consecuencias no solo de unos mercados libres sin intervención ni conducción, ésa es la fachada, de fondo hay una actitud que es la que precisamente se tiende a renovar: el desarrollo ético de los negocios. Ésta visión, subrayada aún por el Sumo Pontífice⁴⁷ y por altas esferas del gobierno económico mundial en el Foro Económico Mundial –encabezado por el presidente Barack Obama de los Estados Unidos-, hace no solo voltear la mirada “al bolsillo” sino, también a la gente y el

⁴⁶ “... according to Arthur D. Little, Colombia became the third country in Latin America with the most appealing contractual terms, following Argentina and Brazil”. “According to Manzano and Monaldi (2008), Colombia, as Brazil and Peru, “have strengthened the credibility of their regulatory framework and moved generally in the direction of promoting 18 private participation.” (Manzano and Monaldi, 2008, p. 21). This, along with soaring international prices, led to an increase in FDI to the oil sector. In January 2000 there were US\$ 61.4 millions of FDI flows, in November 2008, there were US\$ 373.9 million”. “This new arrangement, called “modern concession contract”, will specify a timetable for exploration and exploitation for the private investors in every field, and will be monitored by the ANH. The agency can terminate the concession if this “best efforts” commitment is not fulfilled by the company. Still, even if potential investors are attracted, the security factor will gravitate around any exploration and production. The government is doing its best in this front also, aiming to consolidate the firms already in the country, and to attract new ones. What about Ecopetrol? It will compete for prospects with other companies, apparently on equal standing. This led, in 2007, to the public capitalization of Ecopetrol. In July 2007, the ANH introduced the *Colombian rounds* system. The Agency decides on a specific area and sells the right to explore and exploit it through an auction process. According to the ANH, the private investor is obliged to execute the Minimum Exploratory Work offered during the bidding process and has to develop the terms of the contract assuming all the costs and risks. The company owns the production rights net of royalties, which are paid according to the terms specified in type D contracts (Figure 5). In the bidding process, companies offer the ANH a participation of the production, and a high price participation, which is due if international prices exceed a pre-established level. Notice that this new scheme increases again the state take, via a bidding process”. ECHEVERRI, NAVAS, NAVAS, GÓMEZ. Oil in Colombia: History, Regulation and Macroeconomic Impact. Bogotá D.C., 2009, Universidad de los Andes, pp. 15 y 16.

⁴⁷ “La actividad económica no puede resolver todos los problemas sociales ampliando sin más la *lógica mercantil*. Debe estar *ordenada a la consecución del bien común*, que es responsabilidad sobre todo de la comunidad política. Por tanto, se debe tener presente que separar la gestión económica, a la que correspondería únicamente producir riqueza, de la acción política, que tendría el papel de conseguir la justicia mediante la redistribución, es causa de graves desequilibrios... la actividad económica no debe considerarse antisocial. Por eso, el mercado no es ni debe convertirse en el ámbito donde el más fuerte avasalle al más débil. La sociedad no debe protegerse del mercado, pensando que su desarrollo comporta *ipso facto* la muerte de las relaciones auténticamente humanas... La economía y las finanzas al ser instrumentos, pueden ser mal utilizados cuando quien los gestiona tiene sólo referencias egoístas... por eso no se deben hacer reproches al medio o instrumentos sino al hombre, a su conciencia moral y a su responsabilidad personal y social”. BENEDICTO XVI, PP. *Caritas in Veritate*. Bogotá D.C., Ed. Paulinas, 2009, p. 52.

desarrollo humano, sin duda alguna, reafirmamos, *es el fin del capitalismo salvaje, a ultranza, y el inicio de considerar la solidaridad como eje orientador.*

Consecuencia de esto es generar un nuevo pensamiento también en las condiciones de exploración y explotación, acercar la visión de un mercado más incluyente en consideración de la comunidad política. Por tanto, las inversiones no solo deben estar medidas por una competitividad limitada a la renta, la cual llamaremos desde ya “competitividad estrecha”, sino por una competitividad en la generación de riqueza en conciencia que el mercado no soluciona todos los problemas sociales, que debe estar en función del desarrollo humano, favoreciendo desarrollos legislativos que no solo apunten a la participación de la empresa como un negocio netamente lucrativo, sino como agente constructor de las comunidades en donde sus actividades participa. En pocas palabras una nueva competitividad no se deja atrapar por una lógica conmutativa, fincada solo en términos contractuales, buscando no solos sino en gremio la búsqueda de soluciones más solidarias y participativas, más en red, con mayor articulación, atenuando diferencia entre lo público y lo privado.

Esto hace que las inversiones no solo se midan en razón a las “condiciones”, o favorables o desfavorables para el inversionista. Es decir, las inversiones por más que no estén atadas a ningún Estado, ya empezamos a ver de qué modo va a *participar y no solo a incursionar* en el desarrollo, ver en la planeación y posibilidades de construcción conjunta y no de “amarre” o “sostenimiento público” como se vino haciendo hasta cierto punto⁴⁸. Esto es muy importante y notable en la historia poder llegar a darle una perspectiva de solidaridad a las relaciones del capital con el Estado y la comunidad, pues esto libera de presiones a todos en especial al Estado que no tiene ya por qué “asegurar su vigencia y viabilidad”⁴⁹ sino invitar a participar y construir en colectivo.

En cuanto a lo que al derecho nacional se refiere, ¿es competitivo internacionalmente? La competitividad del derecho petrolero está dado en el marco de la inversión extranjera directa, la cual se mide en función de los “incentivos para mantener control sobre los procesos productivos”⁵⁰, dentro de los cuales, según el mismo estudio, se encontraron como determinantes, bajo el sistema de estudio de gravedad,⁵¹ los siguientes:

- “La geografía es un determinante relevante de los flujos de IED, pero no tanto como lo es para los flujos de comercio de bienes.
- El desarrollo de distintos tipos de infraestructura no ha sido encontrado como significativo, una vez se controla por otras variables.

⁴⁸ Si bien es cierto que la capacidad instalada es un factor de “amarre”, frente a condiciones políticas adversas la volatilidad se hace real. Sin embargo hay una volatilidad mayor: la de la estabilidad macroeconómica. Ésta en Colombia ha estado mayormente protegida, sin embargo el petróleo en la economía es sustancial de tal forma que cualquier cambio en el renglón determina un cambio brusco en el PIB o en las exportaciones. Por ésta razón se creó el Fondo de Ahorro y Estabilización petrolera con la ley 209 de 1995, el cual a opinión de Suescún, Montenegro y Pardo, no ha generado los resultados esperados en tanto su labor ha estado apalancada por gasto público (!!!). Cfr. SUESCÚN, Rodrigo, MONTENEGRO Santiago y PARDO Renata. *Petróleo, Vulnerabilidad de la economía colombiana y políticas de estabilización*. En: Propuestas para una Colombia competitiva. Bogotá D.C., 2002, Universidad de los Andes, p. 341.

⁴⁹ GONZÁLEZ CARVAJAL, Pedro Juan. *El factor geopolítico en las relaciones internacionales frente a los procesos de globalización e integración: un replanteamiento*. Medellín, 2003, Corporación Universitaria Remington, p. 195

⁵⁰ VALLEJO, Hernán y AGUILAR, Camila. INTEGRACIÓN REGIONAL Y ATRACCIÓN DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA: EL CASO DE AMÉRICA LATINA. Bogotá D.C., Universidad de los Andes, Documento CEDE N° 13, p. 3.

⁵¹ VALLEJO, Hernán y AGUILAR, Camila. *Op. Cit.*, pp. 20 y 21.

- Aunque los APCs pueden generar IED interna, parte de ese aumento puede ser explicado por desviación de IED. En términos generales, diferentes APCs pueden tener diferentes efectos sobre los flujos de IED, tal y como lo sugiere la teoría. Por lo tanto, vale la pena analizar cada acuerdo separadamente y no como si los APCs fueran un grupo homogéneo.
- No se debe olvidar que atraer IED no es el único -y se podría argumentar que no es el principal- objetivo de un APC, o de tener buenas instituciones. En ese sentido, investigaciones posteriores podrían concentrarse en estudiar con mayor profundidad y mejores proxies, los impactos de las variables que determinan el clima de inversión de un país, su ambiente tributario, y su régimen cambiario.
- También valdría la pena hacer un estudio más detallado de los diferentes acuerdos de IEDB y en general, de las reglas de juego que se aplican a la inversión extranjera directa.
- De otro lado, un estudio sobre la dilución de IED podría aportar un mejor entendimiento sobre los impactos de los APCs sobre este tipo de inversiones”.

De conformidad con éstos parámetros podemos decir que Colombia es competitiva según el esquema que hoy rige. Ya lo habíamos señalado, en el ranking de Suramérica, Colombia reporta un muy buen lugar. Ahora, ¿podremos dar el paso a la nueva competitividad de la nueva economía global que está ya cocinándose en las instancias internacionales?

Por lo pronto, detengámonos en la “competitividad estrecha”. Hacia mediados de los noventas se llevó a cabo en la Universidad Javeriana un importante foro sobre éste tema en el cual el director del gremio de la producción privada de petróleo, respecto a las perspectivas que la globalización y la competencia que ya se venía en hombros, afirmaba que en primer lugar el primer paso a considerar es la necesidad de atraer inversión extranjera, y que para que esto se diera, era necesario dar un vuelco a las condiciones para mejorar la rentabilidad que es la que en últimas trae al inversionista⁵². Estas palabras tuvieron eco y las reformas se fueron dando en el curso de los años siguientes y las contractuales en la reforma de 2003. Podemos decir que somos entonces “competitivos en materia petrolera”.

Algo que ayudó muchísimo fue la política de desregulación. La competitividad en esta materia ha dado sus mejores frutos en los últimos 15 años, dado que se empieza a aplicar un enfoque regulatorio a partir del esquema de Estado que partía de la Constitución de 1991 y los resultados son notables⁵³. Como bien se dice en éste estudio en buena parte ha sido por la

⁵² MARTÍNEZ VILLEGAS, Alejandro. *Retos para la atracción de la inversión extranjera*. En: *Petróleo: Política de Contratación y Competitividad*. Bogotá D.C., 1995, Pontificia Universidad Javeriana, p. 79.

⁵³ “1995 – 2008: this period witnessed modifications of oil regulation and a recovery of exploration. The hydrocarbons sector was restructured and the National Hydrocarbons Agency was created (2003). New contracting mechanisms were developed and the State-take reduced, creating favorable conditions to increase investment. Small companies and independent investors played a crucial role in exploratory activity in the country, particularly in the later years, as a result of high oil prices. Along these years 631 MMBO were discovered, mainly in small fields and particularly in the eastern plains basin (Los Llanos). The number and size of discoveries got 5 smaller since 1993, with yearly discoveries lower than 100 and even to 50 MMBO, recently. The most important discovery in this period was the Guando field (2000), discovered by Petrobras, with reserves close to 100 MMBO. Capital for exploration investment and technology ceased to be an exclusive asset of large companies. Service companies started to provide technology and participate in

nueva tipología del contrato. Éste, para mayor precisión responde a las necesidades que se percataron en la década a partir de una experiencia que marcó un hito en el entendimiento del esquema contractual petrolero: Cusiana. La última reforma de hace seis años dio el vuelco definitivo:

“In 2003, the government separated the regulatory and the entrepreneurial responsibilities of Ecopetrol. The former were assigned to the Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), whose board is composed of the ministers of mining, finance and planning, with two more members appointed by the president. This agency is also responsible for administering the oil resources of the nation. In February 2004, the ANH announced a new type of contract in which the participation of Ecopetrol will not be mandatory in the open areas. Previously, the private investor was responsible for the whole exploration assigned areas, and Ecopetrol joined only in successful ones. Besides, Ecopetrol also pursued its own areas with modest success. Additionally, according to the World Bank (2005), in 2003 Law 1760 was approved. Furthermore, under the new contract, one hundred percent of the oil can be extracted by the investor, modifying the 1999-2003 scheme. Royalties and taxes will depend on the development of the successful fields. Although these measures seem to fulfill international requests, potential investors are still unsure about the guarantee that they will be able to keep the fields until depletion, or that new conditions (taxes and government participation) would not be imposed 15 above those agreed upon. Indeed, the unstable regulation of the nineties is a revealing and troubling signal that this could happen.

This new arrangement, called “modern concession contract”, will specify a timetable for exploration and exploitation for the private investors in every field, and will be monitored by the ANH. The agency can terminate the concession if this “best efforts” commitment is not fulfilled by the company. Still, even if potential investors are attracted, the security factor will gravitate around any exploration and production. The government is doing its best in this front also, aiming to consolidate the firms already in the country, and to attract new ones. What about Ecopetrol? It will compete for prospects with other companies, apparently on

exploratory and development projects, also becoming operators. Reserves discovered in Colombia along these 90 years reach 9,982 MMBO, and remaining reserves amount to 1,359 MMBO at year end 2007. The country has been permanently concerned with increasing the resource base and maintaining output level, so as to keep the character of oil exporting country. Oil reserves and production over the past 8 years are illustrated in Figure 2. Over the past four years the average annual production levels have been maintained, efficiently overcoming the natural decline of the fields, through aggressive programs to optimize mature fields production, mainly by Ecopetrol and its partners. However, during this period yearly reserve replacement has been insufficient for maintaining the levels present at the beginning of the decade. This, in conjunction with the deficit created over the previous years, generates a worrying imbalance. Discovered reserves in 2007 amounted to 44 MMBO, compared to an annual average of 320 MMBO in the eighties, and 109 MMBO in the nineties. The most significant reserves addition along the past decade resulted from the revision performed in mature fields, which allowed to incorporate new volumes of reserves, particularly 6 due to an increase in the recovery factor. In 2000, the level of reserves in Colombia was 1,972 MMBO, while in 2007 this figure was 1,359 MMBO, implying a 31% reduction. Similarly, average daily production has been reduced from 687 thousand in 2000 to 531 thousand barrels/day in 2007, having remained fairly constant over the past three years. The Government's efforts, in particular at the ANH, are reflected in a substantial increase in the exploratory activity in the country, particularly in terms of the number of drilled exploratory wells and new E&P contracts. Unfortunately the results of such activity have underperformed expectations in terms of oil discoveries, and represent an alert sign for the future of Colombia's oil industry. Revising recent history, it can be seen that in 2007 the number of exploratory (A-3) wells drilled amounted to 72, while the amount of new discoveries were less than 50 MMBO. ECHEVERRI, NAVAS, NAVAS, GÓMEZ. *Op. Cit.*, pp. 4 y 5.

equal standing. This led, in 2007, to the public capitalization of Ecopetrol. In July 2007, the ANH introduced the *Colombian rounds* system.

The Agency decides on a specific area and sells the right to explore and exploit it through an auction process. According to the ANH, the private investor is obliged to execute the Minimum Exploratory Work offered during the bidding process and has to develop the terms of the contract assuming all the costs and risks. The company owns the production rights net of royalties, which are paid according to the terms specified in type D contracts (Figure 5). In the bidding process, companies offer the ANH a participation of the production, and a high price participation, which is due if international prices exceed a pre-established level. Notice that this new scheme increases again the state take, via a bidding process⁵⁴.

Bajo las nuevas perspectivas de la economía del momento nos debemos preguntar ¿debemos seguir con el mismo esquema de competitividad pudiendo adoptar uno en el cual pueda también ganar las comunidades y construir “más en colectivo”? ¿las empresas petroleras hoy son consientes que estamos en el ingreso de una nueva economía global donde al tiempo que son valorados los incentivos se va generando una conciencia más cercana a la solidaridad que a la lógica conmutativa mercantil tradicional? En éste momento no podemos contestar éstas preguntas, solo están siendo formuladas y por lo pronto afirmamos más bien la necesidad de darle cauce a éstas nuevas formas de ver los procesos sociales económicos, en el cual hay una valoración mucho más generosa en la conciencia del sujeto más que en la astucia de la renta, sin que haya exclusión entre el uno y el otro, pues es tan legítima la toma de responsabilidad como los deseos de lucro.

2.1.3. La tensión y la flexibilidad desde el Desarrollo Económico

La tensión

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

¿Quién inició la tensión? ¿el derecho presionó a la economía? O ¿la economía al derecho? Sin duda afirmar uno es afirmar al mismo tiempo lo otro, como el huevo o la gallina. Establecer una *relación dialéctica* sin duda es algo sumamente complicado como arbitrario, por tanto partiremos del fenómeno como una “tensión” y no más.

Una de las paradojas del desarrollo industrial de los últimos siglos ha sido que las materias primas para la producción en los países desarrollados, están ubicados en países en desarrollo. Éstos últimos a su vez, en el ciclo económico nunca perciben en consecuencia el valor agregado de la transformación y antes bien, el precio de sus bienes son regateados, ya que en

⁵⁴ECHVERRI, NAVAS, NAVAS, GÓMEZ. *Op. Cit.*, pp. 4 y 5.

el encuentro de las dos necesidades, de producir y de vender materia prima, ése desequilibrio de poder se ve reflejado en el precio. Ésta realidad ha hecho que las últimas prácticas comerciales en el seno de la Organización Mundial del Comercio - OMC estén relacionadas con una especie de cartel de los países en vía de desarrollo y así mejorar su posición en la relación comercial.

En nuestro país, la apertura fue un hecho y la inversión se abrió camino. Colombia hacía parte de la tendencia de los noventa en América Latina de convertir a éstos países un objetivo de inversión por medio de “liberalización y la privatización” y de “la desregulación los avances en la integración económica de la región y las mejoras fundamentales de la economía”⁵⁵ para lograr ser “más atractivos” que los otros objetivos de inversión como Asia, África y Europa del Este quienes tenían un punto en contra: se encontraban en situaciones económicas o políticas no estables.

El inversionista se percató claramente de ésta gran oportunidad y procuró para mantener la atención en la región con miras a lograr un marco regulatorio internacional de comercio para la inversión extranjera directa en América Latina. De allí nació la idea del Área del Libre Comercio para las Américas - ALCA, comandado sobretudo por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos, quien detuvo su creciente interés en el tema a causa del “terrorismo”, fenómeno con el cual éste país centró su mirada en sus víctimas y el llamado “eje del mal”. Ésta situación generó preocupación en las relaciones diplomáticas, pero no en las comerciales. Una vez más la OMC se probaba como un ente que mantiene a salvo las relaciones comerciales de los intrínquilos políticos internacionales. Esa pausa hizo reflexionar al departamento en mención y pensó que es más prudente el desenvolvimiento de las relaciones de libre comercio más bien país por país por medio de “Tratados de Libre Comercio” o “TLC’s”. El diseño que se venía fraguando en el ALCA no se desechó y continuó con los TLC’s:

- “garantías fundamentales, como protección al inversionista, tratamiento nacional y recurso de arbitraje”
- Disciplinas de “alta integración” tales como reglas sobre tributación, competencia, apoyo a la investigación y desarrollo, subsidios e incentivos, y
- Reglas sobre temas generados políticamente como estándares laborales y cultura”⁵⁶.

Las exigencias se fueron plasmando en los diferentes tratados y fueron de una vez perfilándose como “condiciones” para contratar según la experiencia que se contaron los partícipes en las rondas de negociación del TLC con Colombia, hoy en suspenso. Una vez más se hace evidente el escaso margen de diálogo con que se desarrolla éste tema ya que es indudable la “real capacidad de lobby ante los Gobiernos (como manejadores temporales de los Estados), hacen de la toma de decisiones del Estado un ejercicio difícil de desarrollar”⁵⁷. Es un ejercicio más de esa competitividad a ultranza donde el poder económico además de

⁵⁵ DA CUNHA FILHO, Antonio Martins. *La IED en América Latina en el entorno actual*. En: Política y Promoción de la Inversión Extranjera Directa en América latina. Paris, 1999, OECD Publications, p. 30.

⁵⁶ *Síntesis de los resultados*. Secretario de la OECD en el “Taller sobre Política y promoción de Inversión Extranjera Directa en América Latina” del 17 al 17 de diciembre de 1998. Paris, OECD Publications, 1999, p. 16.

⁵⁷ GONZÁLEZ CARVAJAL, Pedro Juan. *Op. Cit.* p. 169.

mundializante es un imán de capital no más, avasallador del poder político, y mecenas del poder financiero⁵⁸ que termina siendo el poder que favorece la mundialización del poder económico, haciendo dar pasos atrás al poder del Estado como reflejo de la comunidad política organizada⁵⁹.

La preparación del terreno en Colombia se dio con el Informe MONITOR a comienzos de los noventas en el cual se propuso el nuevo esquema de Estado, el cual se ha ido desarrollando en el Plan Nacional de Desarrollo de los distintos gobiernos en especial en el del presidente Uribe, administración que con más ahínco a adoptado con seriedad la necesidad de condiciones de inversión y renta según la “competitividad estrecha”. En términos geopolíticos la **competitividad** es cuando un actor “tiene características o ha desarrollado factores que son reconocidos por los otros y que lo hacen objeto de selección constante”⁶⁰. Indudablemente es un concepto muy propio de las tesis del consenso de Washington, de la economía neoliberal.

Como vimos anteriormente, la filosofía económica en ésta perspectiva parte de las ventajas competitiva. Una de las desventajas que se han percatado la cual le corresponde a la OMC sufragar es la mutua dependencia entre todas las naciones, ya que según esta teoría, y se ha visto en la práctica, no todas producirán todos los productos que una sociedad requiere para llevar su vida normalmente. Esto puede ser una espada de dos filos, puesto que en caso de que las reglas de comercio favorezcan a todos y ningún Estado busque ser el exclusivo productor de los bienes de más alta demanda todos los países se podrán sentar a la mesa, pero si la comunión política empieza a debilitarse se rompe el piso para las relaciones comerciales, como ha venido sucediendo con Ecuador y Venezuela.

Así mismo se ha visto como desventaja de éste esquema que las fronteras de los Estados son políticas, por lo que habrán territorios con altísimas posibilidades de producción de bienes de primera necesidad, otros solo de lujo y algunos con productos exóticos. Con esto quiero decir que el comercio internacional no puede someter a los Estados a ser competitivos solo en “lo que haya” pues no necesariamente esos productos se comercializarán de un modo fácil, como puede ser el caso de tecnología sofisticadísima o frutas exóticas.

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

⁵⁸ GONZÁLEZ CARVAJAL, Pedro Juan. *Op. Cit.*, p. 169.

⁵⁹ “El poder tradicional que concentraba el Estado ya no es suficiente para mantener el orden interior y mucho menos para pretender frenar, o rechazar las fuerzas de todo tipo que sobrepasan hoy las tradicionales fronteras, desvertebrando el concepto de soberanía y colocando en el tablero del juego del poder a unos Estados que difícilmente podrán asegurar su viabilidad de manera independiente y a quienes corresponde competir con armas desiguales... Lo anterior a permitido la aparición de un nuevo modelo de Estado, el Estado Regulador, que reduce el papel del agente copmo responsable del desarrollo institucional en aras de un desarrollo favorable del crecimiento productivo. Su función se reduce a garantizar un ambiente adecuado basado en la ley, el orden, la propiedad y la estabilidad. EL objetivo es el repliegue inmediato a sus actividades mínimas haciendo énfasis en el sector privado y estructurando una sociedad de mercado, reduciendo el papel de agente y desarrollando una coordinación institucional donde se enmarcan los agentes privados y el mercado” GONZÁLEZ CARVAJAL, Pedro Juan. *Op. Cit.*, p. 194.

⁶⁰ GONZÁLEZ CARVAJAL, Pedro Juan. *Op. Cit.*, p. 203.

definición de las rutas de los procesos sociales económicos y no simplemente les sean notificados.

En gran parte ésta responsabilidad reposa en los hombros de los grupos financieros, quienes no solo pueden condicionar el acceso a los recursos financieros a la previsibilidad de un retorno monetario solamente. La nueva economía que se nos viene en ésta década que está por iniciar nos llama a ver que la colocación de activos en productos financieros supere la clásica confianza en que el cliente financiero se empeñará juiciosamente a cubrir sus obligaciones financieras solamente. Mejor aún, el cliente financiero, en nuestro caso una compañía exploradora, seguramente busca también la participación en los demás procesos sociales de las comunidades y Estados donde participa.

En conclusión, tanto el sector real como el de capital en una visión mucho más participativa en la economía, regida más por la solidaridad que por la conmutatividad que asume la dignidad humana como un proceso que se construye y se ratifica con el desarrollo humano, requiere ver en todos los sujetos una capacidad para la creación de condiciones de vida humana posible y con oportunidades. Esto implica el reconocimiento de la claridad en la asimetría de poder en las cualquier relación humana y proceso social, concretamente poniendo énfasis en el reconocer que ésta situación sucede entre las empresas y los Estados, las empresas y las poblaciones.

Por ello, las vías nuevas que permiten construir una inversión y crecimiento humano que favorezca a las comunidades, al Estado y a las empresas es el desarrollo humano. Éste desde su concepción y aplicación por organismos internacionales ha ido midiendo y aportando elementos que permitan corresponder el crecimiento económico con el desarrollo económico, es decir, un estado de cosas en el cual crecen todos. Esto no necesariamente ha sucedido, en los últimos años Colombia ha dado inmensos pasos en crecimiento económico, el Producto Interno Bruto - PIB hasta el año pasado registró un aumento sostenido muy considerable, sin embargo los informes locales y nacionales de Desarrollo Humano de la Organización de Naciones Unidas no tuvieron el mismo grado de suerte. Sigue siendo el país uno de los más desiguales en el continente y en el mundo. Comparando los siguientes índices: PIB, Índice de Desarrollo Humano - IDH y el Coeficiente de Desigualdad - GINI nos permite concluir que la riqueza del país y su crecimiento no está en directa proporción para el mejoramiento de la calidad de vida de sus ciudadanos.

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

Históricamente, los países en desarrollo conservaban, a lo menos en América Latina, un modelo proteccionista llamado "cepalino" dado que fue la Centro de Estudios Económicos para América Latina – CEPAL, de las Naciones Unidas, quien recomendó éste modelo con el objetivo de equiparar los niveles de desarrollo entre las diversas naciones del mundo apoyando a éste hemisferio. El modelo, independientemente de las críticas políticas, se agotó

necesariamente con las doctrinas neoliberales las cuales lanzaron su posición en el lugar opuesto al que se venía. Esto obligó a que en los últimos años haya operado una “mudanza” en el ordenamiento jurídico de principios de intervención del Estado en la economía, los cuales indudablemente han jugado a favor de los inversionistas⁶¹.

Esto sucedió no porque sean incapaces, sino porque políticamente los grupos económicos más poderosos de nuestro país han logrado la generación de normas de conformidad con los intereses económicos de éstos. La *mudanza* estuvo fortalecida por una élite política cercana a las políticas neoliberales, que en los noventas estuvo en manos del liberalismo, luego por el pastranismo y en ésta década, con creces, gracias al uribismo⁶².

Ésta mudanza se llevó a cabo por medio de la participación activa de gremios, agencias internacionales y la academia misma. Muchas de las normas que se fueron desboronando, sin embargo, eran muy valoradas por la sociedad, como p.e. las laborales. Se habla incluso del desbaratamiento de las “conquistas sociales” de más de tres décadas de trabajadores.

¿Cómo sucede la flexibilización? La flexibilización opera como el flujo que se mostró en la introducción de éste trabajo y como anotamos arriba, por medio de una tensión. Concretamente habida cuenta de la “competitividad estrecha” que ha venido fraguándose se ha venido solicitándose una menor rigidez, como una menor intervención en asuntos en los cuales el Estado hacía presencia los cuales le costaban mucho a la empresa. Esto ha sucedido también en otros países, en nuestro país se logró por medio de una gradual y consciente

⁶¹ Esto se debe a que como el derecho es producto social también, en las relaciones y procesos sociales aparece el poder y con él, el las posibilidades de sometimiento, que a la hora de crear derecho o hacer político se llama científicamente como la “captura” del Estado o del Derecho. *Pluralismo jurídico y derecho vivo*. Madrid, Dykinson, 2008, p. 90. El cuadro de inversión extranjera directa es el siguiente:

Año	Valor
2008	10.563,9
2007	9.048,7
2006	6.656,0
2005	10.252,0
2004	3.015,6
2003	1.720,5
2002	2.133,7

Fuente: <http://www.inviertaencolombia.com.co/colombia-en-cifras.html>. Consultado el 5 de julio de 2009.

El petróleo cuenta con una intensificación especial, participa en promedio del 34% de la IED total y creció 7% no más del 2007 al 2008 desde hace 6 años. Cfr. http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/246_Reporte%20Inversión%20Extranjera%20Directa%20Mayo%202009.pdf. Consultado el 5 de julio de 2009. Ésta es su evolución:

Año	Valor
2008	3.570,6
2007	3.333,2
2006	1.995,0
2005	1.124,6
2004	494,9
2003	277,9
2002	449,1

Fuente: <http://www.inviertaencolombia.com.co/colombia-en-cifras.html>. Consultado el 5 de julio.

⁶² AHUMADA, Consuelo. *Op. Cit.*

liberalización de las fuerzas del mercado, reduciéndose la presencia del Estado a sectores o aspectos muy puntuales. Indudablemente en los procesos sociales los agentes de mercado cobraron una importancia aún mayor, acentuando la asimetría de poder en las relaciones con los particulares, las comunidades y el Estado mismo.

Esto dio mayor ligereza a los empresarios para mejorar sus inversiones y atraer la inversión extranjera. Sin duda alguna las rentas se hicieron realidad, incluso, el esquema de libre mercado de los noventa superó la prueba de la crisis hipotecaria de finales de los 90's, con un gran aprendizaje: hay que poner en cintura también al mercado. "Ni tan cerca que quema al santo ni tan lejos que no le alumbre".

Al paso que esto sucede, las comunidades continúan rezagadas, la pobreza aumenta, la desigualdad se hace más patente ¿no tiene acaso nada que ver con la violencia y las crecidas de renta de los empresarios como afirma? No estamos con esto afirmando que no es jurídico o éticamente legítimo buscar la renta. La respuesta está en la nueva economía en la que precisamente además de confirmar que el mercado no soluciona los problemas sociales, que el mercado no es bueno o malo en sí, sino dependiendo del uso que los agentes hagan de él. Así las cosas, debemos preguntarnos ¿quiénes son los agentes del mercado en el nuevo esquema? Sobrepasa necesariamente el esquema oferta-demanda, productor-consumidor, son agentes de mercado también las comunidades donde se produce, las comunidades donde se consume y el ambiente donde se desarrollan.

Llega muy propicio éstas lecciones de la crisis económica global de éste año, la flexibilización para la renta cada vez estaba presionando más y más en razón a la competencia internacional por las condiciones competitivas de cada uno de los países destino de inversión, ya que éstos han visto en la inversión extranjera la solución a los problemas estructurales de sus economías⁶³. Ahora, la pregunta que nos hacemos, ¿es posible "flexibilizar" más, desmontar más?

Ningún sector de la economía se quedó por fuera. En materia petrolera los dos grandes virajes que se dieron en los dos esquemas de contratación que respectivamente abrieron paso a un mayor atractivo para los inversionistas en la actual década y la anterior. Los temas donde más se acentuó la "flexibilización" han sido:

- Laboral. Ha habido un desmonte gradual de beneficios en el derecho laboral individual, colectivo, especialmente en términos prestacionales. En éste aspecto se ha visto una relación honda entre la "competitividad estrecha" y la renta, tan honda como el costo social que implicó⁶⁴. Hoy en día se ha llegado al punto

⁶³ "En la actualidad, los países compiten por atraer la inversión extranjera, no sólo por la necesidad de contar con una fuente de financiamiento diversa a la tradicional, sino porque se considera que tiene el potencial de generar empleo, elevar la productividad, transferir conocimientos especializados y tecnología, aumentar las exportaciones y contribuir al desarrollo económico en el largo plazo". http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo1/fasciculo11/documentos/fasc_11.pdf Consultado el 5 de julio de 2009.

⁶⁴ "Creo que el supuesto fundamental en el que se asientan los fenómenos a los que nos estamos refiriendo, es la creencia en que la "competencia" y la "competitividad" son los valores centrales en los que se deben fundamentar las organizaciones. Esta creencia, enraizada en las ideas neoliberales, que han promovido formas de competencia cada vez menos regladas, han profundizado las brechas sociales y aumentado el número de exclusiones y excluidos". MENDOZA

deseado, la última reforma de 2003 logró completar la que inició en 1990⁶⁵. El gran riesgo está en que los ciclos económicos obligan siempre mejorar las condiciones de renta por lo que la tensión se hará más intensa en la medida en que se requiera fortalecer el capital de la empresa⁶⁶. Indudablemente es una fractura al derecho mismo del trabajo pues relativiza la condición de debilidad de la parte del trabajador⁶⁷.

- Fiscal. Por fiscal debemos entender no solo lo tributario, sino también los beneficios que preste el Estado a las inversiones⁶⁸ e incluso los mismos bienes de propiedad pública. En concreto, a nivel tributario⁶⁹ se :
 - Sobre el ingreso (especiales para el sector petrolero)
 - Regalías
 - Tímbre
 - Contribución Especial
 - Sobre los costos de operación

MEDINA, Alberto. *El discurso del derecho laboral, movimientos, tensiones y paradojas*. En: Cuadernos de Psicología. Vol. 3 N° 2ª. Bogotá D.C., 2007, Pontificia Universidad Javeriana, p. 24. Brillantemente explica Venoga: “De esta manera, el argumento debería plantearse en otros términos: no es la globalización, entendida como una significativa intensificación de vínculos entre los pueblos, lo que ha conducido a un mayor desempleo y a una creciente precarización del trabajo entre los países altamente industrializados y que está ampliando la brecha entre ricos y pobres, sino la nueva modalidad imperante de capitalismo que, con el argumento de la competencia internacional y de la merma en la capacidad del Estado para desarrollar políticas redistributivas a nivel social, está abriendo cada vez mayores intersticios para que se globalicen las esferas sociales”. Muy en parte por la “mercantilización de la vida”: “Este veloz crecimiento de la desigualdad social y el aumento de los sectores marginados es el resultado de que todos los aspectos de la vida humana se encuentran en proceso de acelerada mercantilización”. VENGOA, Hugo Fazio. *Globalización, relaciones laborales y desigualdades*. En: Nómadas, N° 12. Bogotá D.C., Universidad Central, p. 62.

⁶⁵ “Observo dicha flexibilidad en los tres ejes cardinales por los que discurre la relación de trabajo: en materia de entrada del trabajador al mercado laboral, en materia de permanencia y en materia de salida del mismo...”. ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *Derecho del trabajo y relaciones laborales en Colombia: una visión comparada*. En: Universitas, N° 89. Bogotá D.C., 1995, Pontificia Universidad Javeriana, p. 304 y 307

⁶⁶ Cfr. LA ROSA, M. (1990). *Flessibilità, lavoro e impresa: dal contributo sociológico all' approccio interdisciplinare*. Sociología Lavoro. N° 38 y 39, pp. 1 y ss. Cit. por. ALEMÁN PÁEZ, *Op. Cit.*, p. 309. Afirma igualmente Venoga: “ Este nuevo capitalismo, basado en un esquema flexible de acumulación, se traduce en significativos cambios en los procesos laborales, de producción y formas de consumo. El encarecimiento del capital, el acortamiento del ciclo de producción y las altas inversiones en investigaciones impulsaron a las empresas a buscar nuevos mercados en el exterior para amortizar las altas inversiones y acrecentar los beneficios. Con ello, la anterior inclinación de las empresas de producir para un mercado interno se sustituyó por la producción para los mercados mundiales. El aumento de volumen de capital que requerían las nuevas inversiones, debido a la aceleración del cambio tecnológico y la reducción del tiempo útil de la producción, determinó que la capacidad adquisitiva en el mercado nacional no bastara para amortizar estas elevadas inversiones. La internacionalización, de esa manera, se convirtió en un requisito para la sobrevivencia de las empresas y para mantener la competitividad de las economías nacionales”. VENGOA, Hugo Fazio. *Op. Cit.*, p. 59.

⁶⁷ “Por un lado, la flexibilidad cuestiona la subsistencia misma de una Derecho del Trabajo clásico que nació para dar respuesta a una particular situación de crisis social generada por el propio sistema capitalista”. Cfr. ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *Op. Cit.*, p. 314.

⁶⁸ La indagación sobre los determinantes de la inversión extranjera nos llevo a entender que políticas económicas y jurídicas que permitan el otorgamiento de incentivos especiales elevan la afluencia de la inversión directa a un país. Así, los incentivos deben incluir todo tipo de beneficios fiscales tales como “el acceso sin restricciones comerciales de créditos impositivos, préstamos garantizados y subsidiados, provisión de infraestructura para elevar la rentabilidad de un proyecto, contratos de compras oficiales y establecimiento de zonas francas comerciales. Asimismo, se debe evitar que se incluyan desestímulos legales como los obstáculos administrativos a la aprobación de inversiones, restricciones sectoriales o regionales, límites a la participación en la propiedad y condicionamiento a resultados en términos de empleo, transferencia de tecnología o exportaciones” según MARTÍNEZ, Astrid. Cit por: MARQUEZ, Pablo. Economía de la Inversión Extranjera en Colombia. <http://129.3.20.41/eps/it/papers/0404/0404003.pdf>. Consultado el 5 de julio de 2009.

⁶⁹ SUESCÚN, Rodrigo, MONTENEGRO Santiago y PARDO Renata. *Op. Cit.* p. 316.

- Timbre
- IVA
- Aranceles
- Transporte por oleoducto
- Contribuciones parafiscales
- Sobre las inversiones
 - IVA específico al sector
 - Timbre
 - Aranceles
 - IVA
- Sobre la renta
 - Renta
 - Remesa
- Sobre la gasolina

La pregunta que queda por hacerse es: ¿éste desmonte favorece un desarrollo humano y gubernamental de calidad⁷⁰?, ¿el derecho es un convidado de piedra a la espera de un configurador o piloto político?

Esto lo podemos responder a partir de determinar cuáles son las fuerzas que han halado hacia la flexibilización. Estas fuerzas son las que protegen o favorecen los temas cardinales de la política petrolera: “conservación de los recursos, el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente”⁷¹ en un marco de “nación, estado y soberanía”⁷². Estas fuerzas no han logrado la *plena* materialización de las políticas energéticas que han surgido en la historia petrolera de Colombia (1951: Reversión de la Concesión de Mares y creación de Ecopetrol; 1969: Ley 20 de legislación minera; 1970: Plan Decenal; 1977: Plan Decenal Exploratorio; 1983: Plan 35 años; 1985: Plan 2000; 1990: Plan de Ajuste Dinámico; 1993: Plan Energético nacional). Eso se debe a que más que todo se han desarrollado son “políticas de ajuste” a presiones del mercado internacional. Esto es un elemento muy importante, puesto que **las fuerzas que determinan la política y legislación petrolera están muy a tono con el orden internacional y sus horizontes.**

Esto nos lleva a decir que la flexibilización está precisamente enraizada en un horizonte internacional. Las visiones sobre el petróleo de las dos últimas décadas han venido animadas por la cada vez más intensiva internacionalización de los recursos petroleros, las nuevas estrategias de abastecimiento, mantenimiento, eficiencia, implantación de mercado y protección del medio ambiente de la Agencia Internacional de Energía. Colombia en el concierto internacional, atando con lo expuesto en el Capítulo I, es un país no-OPEP, que cuenta con una calidad de crudo especial lo que lo ha hecho gracias a la confianza inversionista y progresiva liberalización de la empresa estatal, Ecopetrol, un destino deseado por compañías petroleras.

⁷⁰ “¿Es sostenible el supuesto de la competencia como valor fundamental? ¿Podemos seguir admitiéndola como “natural” al ser humano?” MENDOZA MEDINA, Alberto. *Op. Cit.*, p. 27

⁷¹ GALINDO LEÓN, Pedro. *Una Aproximación a la política de hidrocarburos*. En: *Petróleo, Política de contratación y competitividad*. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, 1995, p. 147.

⁷² GALINDO LEÓN, Pedro. *Op. Cit.*, p. 148.

La liberalización de Ecopetrol es sumamente importante. Aunque por el momento se ha capitalizado el 10% de la empresa, el ex-ministro Alberto Carrasquilla ya afirmó a mediados del año en curso la necesidad de acelerar el proceso al 50%. En el último mes se ha acrecentado el deseo de continuar con el proceso, el cual refleja el interés del Estado de hacer de Ecopetrol una empresa menos estatal, más privada, que corra con los riesgos y beneficios del mercado las aventuras exploratorias que son las que han ido motivando a la empresa a profundizar su actividad extractiva, sin comprometer los recursos del Estado. Esto es una necesidad imperiosa ya que la visibilización de Colombia como país exportador en el escenario mundial está en relación con las reservas probadas⁷³.

El proceso obedece a la necesidad mejorar las condiciones de competencia escindiendo la política de petróleos y la empresa como tal, y el mejoramiento de condiciones para la explotación. En los noventas, el ambiente político estaba más propicio para favorecer primero el cambio de contratación. El esquema adoptado es el famoso “factor R”, el cual precisamente busca poder sintonizar el contrato a la realidad económica, lo que significó un avance en competitividad notable respecto a la competencia del momento, las antiguas repúblicas soviéticas⁷⁴.

Los cambios fueron patentes⁷⁵, pero como decíamos antes, *la tensión es constante*, lo que generó la necesidad de ahondar las reformas, una nueva ola de flexibilización llegó en 2003 concretando relejendo las necesidades y acercándose más puntualmente a los requerimientos de la industria: “El alto riesgo y las fuertes sumas de dinero que demanda la

⁷³ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>. Consultado el 4 de julio de 2009. Son así

Año	Petróleo - reservas comprobadas (barriles)
2003	1800000000
2004	1800000000
2005	1700000000
2006	1492000000
2007	1282000000
2008	1542000000

Fuente: <http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?v=97&c=co&l=es>. Consultado el 5 de julio de 2009.

⁷⁴ “La apertura de los países llamados comunistas, con extensiones de terreno y potenciales de reservas gigantescos, atrajo de inmediato la mirada de las principales compañías del sector; conjuntamente con esto, en el mar del Nortelos países de influencia diseñaron una estrategia efectiva de disminución de impuestos, en busca de nuevas reservas, y lograron descubrir y posteriormente monetizar las reservas, que dieron la oportunidad al mundo de balancear en el mercado de crudos la oferta tradicional de los países miembros de la OPEP”. <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>. Consultado el 4 de julio de 2009.

⁷⁵ Pese al cambio realizado, los nuevos descubrimientos no se hicieron presentes y fue necesario hacer un gran esfuerzo por dinamizar la actividad a finales de la década de 1990. Los cambios o ajustes contractuales y fiscales adelantados por el gobierno entre 1999 y 2000 le devolvieron al país la competitividad perdida años atrás, pero no la confianza y la tradición contractual exhibidas con anterioridad a 1989, debido, principalmente, a que éstos tomaron demasiado tiempo en concretarse. <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>. Consultado el 4 de julio de 2009.

exploración, hacen que los hidrocarburos sean un negocio de muy largo plazo, en el cual la confianza entre las partes y la equidad económica dentro del contrato desempeña un papel determinante. Las grandes compañías quieren permanecer activas en los países donde encuentran petróleo, pero muchas veces ven que su participación no es equitativa en términos de inversión-producción, especialmente al final de la relación contractual, comparada con la relación inversión-producción que existía antes de 1989”⁷⁶.

El análisis generó un buen cúmulo de experiencias que ha permitido clasificar y otorgar un valor de importancia a cada factor. Así se analiza por factores:

- **“Actividad en exploración y producción (peso: 50%)**: ej. reservas, producción, adición de reservas, pozos perforados exitosos, etc.
- **Términos fiscales (peso: 35%)**: ej. Tasa Interna de Retorno, TIR; Valor Presente Neto, VPN; State Take, lo que toma el Estado; etc.
- **Riesgos políticos (peso: 15%)**: tiene en cuenta aspectos políticos (60%), socio-económicos (20%) y comerciales (20%)”⁷⁷.

¿Cómo está Colombia? Según la firma internacional IHS Energy Group, que es la que ha evaluado en los últimos años a Ecopetrol en materia de competitividad petrolera, afirma que Infortunadamente, los términos contractuales y fiscales que según los especialistas son muy competitivos sólo pesan, en la mayoría de los análisis, con porcentajes cercanos a 35%. En términos de competitividad, esto dejaría a Colombia en problemas, debido a que en el restante 65% (50% de la actividad de exploración y producción y 15% de riesgo país) la calificación no es muy favorable. Esto se debe precisamente a que el nivel de hallazgos ha disminuido y el riesgo político sigue siendo una variable que afecta la competitividad, razón por la cual en los últimos dos años Ecopetrol ha asumido la tarea exploratoria más grande nunca antes asumida en su historia.

Esto coloca al país en una muy interesante realidad: contractualmente y fiscalmente las reformas han sido las adecuadas, sin embargo los decrecientes hallazgos y maduración de pozos han reducido el puntaje con notoria importancia. Es igualmente importante anotar que curiosamente, se ha hecho hincapié fuertemente en la “confianza inversionista”, siendo que comporta solo un peso del 15%, y que hay aún intereses en hacer más “competitiva” la oferta de condiciones de inversión.

Jurídicamente, ¿qué podemos decir frente a esto? El problema en términos está es en la concepción de competitividad como lo hemos venido afirmando. Un enfoque de competitividad amplio, en el cual el desarrollo humano tenga su participación, evidentemente no permitiría esa “sobre-competitividad” en materia de condiciones de inversión y permitiría abrir posibilidades de abrir la pregunta acerca de las condiciones de desarrollo de las comunidades relativas al negocio petrolero.

⁷⁶ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>. Consultado el 4 de julio de 2009.

⁷⁷ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>. Consultado el 4 de julio de 2009.

La lectura desde la empresa estatal precisamente acude a una lectura que no solo se concentra a la situación de condiciones de inversión solamente, sino a la situación de violencia que se vive a lo largo del país: “La respuesta estaría por el lado de la pérdida de confianza en el país, debido a tres factores fundamentales como son: los continuos cambios en la legislación tributaria; la politización del tema petrolero; y la agudización del conflicto armado”⁷⁸. Sin embargo, allí se queda, esperando una actuación del Estado quien debe ofrecer las condiciones de seguridad para el desenvolvimiento de los negocios. Es precisamente allí, en ése punto donde cabe preguntarse, en aras al desarrollo y dignidad humana: ¿qué participación tiene la empresa en los procesos de las comunidades afectadas positiva o negativamente? La empresa en una región no es solo un participante, es también parte de una red social que comporta un rol y por tanto expectativas en la generación de progreso para todos.

El derecho entonces no viene a ser un **convidado de piedra**, todo lo contrario, debe reunir las peticiones de justicia que favorezcan condiciones de participación y desarrollo común, incluso afirmar derechos y deberes, individuales como colectivos, que reflejen que la participación en la globalización económica desde la región está siendo inclusiva y reconozca como en sus inicios lo hizo para el derecho laboral, *la asimetría del poder en la configuración del derecho en las relaciones sociales incursas en procesos sociales*, que tanto en ésta rama del derecho como en el tema petrolero, se juega el progreso de la industria y la satisfacción de las demandas sociales más urgentes.

Por tanto, las pretensiones que se han llevado a cabo en el seno de disciplinas cercanas al derecho económico, requieren ajustarse a una antropología en la cual no solo la libertad del hombre construye la sociedad, sino también la solidaridad y la consecución del bien común. Es decir, los móviles de la conducta humana no son solo económicos, no son solo de índole egoísta y no siempre están en busca del beneficio privado. No hay tal frontera tan férrea entre lo mío y lo nuestro. En consecuencia, el criterio de referencia para el análisis económico del derecho está hoy cambiando, pues si bien hay intereses personales, no siempre son egoístas, si bien hay mercado, es una creación sujeta a las posibilidades de coordinación.

Esto nos abre la mente hacia la creatividad buscando *nuevas alternativas*, que permitan revalorizar la organización popular, los excedentes de producción, la monetarización de la economía y sobretodo el reconocimiento del papel de la comunidad políticamente organizada sobre el destino de sus intereses. Por tanto el derecho no es una intervención odiosa en los mercados, antes bien, es vehículo de representación, pluralismo de justicia... ¿por qué no? Internar reducir las pretensiones de hacer del derecho un instrumento de justicia, es extirpar de los imaginarios sociales, el deseo de un modelo de sociedad según sus querer.

¿Por qué dar por dado el gran cuento del mercado según la economía liberal? En éstas épocas de posmodernismo, de desencanto de los meta-relatos, no habría porqué eximirnos de valorar la subjetividad, el pluralismo y la cotidianidad. Allí es donde se cuecen los deseos de

⁷⁸ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>. Consultado el 4 de julio de 2009.

hacer de los procesos sociales, incluso los económicos, sin perspectivas unívocas sobre el deber ser del acontecer de nuestros recursos y necesidades.

Esto implica hablar de nuevas capacidades para un mayor diálogo y reconocimiento. La competitividad en materia laboral incluso habla de reconocimiento no solo de oportunidades y amenazas, sino de aptitudes para leer la realidad. El valorar la realidad en cuanto es, no en cuanto “lo que necesito de ella, no más” invita a pensar que no solo los grandes personajes de la vida de las comunidades son los importantes, sino también de los espacios de los grupos pequeños, alternativos y marginales.

Para la salvaguarda de la compleja realidad que asume como importante todas las realidades, obliga a los nuevos agentes sociales en el paradigma de la solidaridad, afirmar que la flexibilización tiene necesariamente límites. Empezar por ésta necesidad, es detener las pequeñas crisis que muchas violencias que se han venido generando.

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

El problema está en que la flexibilización es una tendencia mundial que ha ido poco a poco arrinconando la posibilidad de condiciones dignas al ser humano. Es escandaloso afirmar aún más flexibilización laboral⁷⁹. En países asiáticos incluso con el fin de asegurar la renta ha sido un deseo que incluso ha sobrepasado los derechos humanos, como en China, por lo cual debemos empezar a hablar de *estándares éticos de inversión*⁸⁰, *los cuales aunque no son materia de éste trabajo deberían sin lugar a duda regla mínima en los mercados internacionales.*

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

“Desarrollo”

⁷⁹ Como el valor de los salarios, el salario mínimo, la edad para pensionarse, como así lo recomendó FEDESARROLLO al país el pasado 5 de abril . <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3389850>. Consultado el 4 de julio de 2009.

⁸⁰ Basándose que las teorías económicas “no son simples descripciones de estados de cosas, sino también de procesos humanos puede hacer la conciencia de su enorme poder para influenciar conductas. Pero hay más: las teorías económicas funcionarán según la idea que los hombres se hagan de ellas, pues no existen en un mundo separado de la realidad social. De allí que el incremento de conocimiento sobre el proceso económico con todas sus implicaciones es condición necesaria, si bien no suficiente, para un uso más provechoso de los medios al alcance. De ésta manera que la economía no puede zafarse de la ética, inclusive en su tercer nivel, aquel de la emisión de juicios de valor. Su labor al respecto es doble: 1) ha de desterrar las criptoantropologías y las criptoéticas contenidas en las teorías económicas; 2) debe juzgar sobre cuál de estas teorías es la más idónea para el conseguimiento de la vida buena. DESAITO MASSIMO. *Los niveles de la ética: freno y motor de la teoría económica*. En: Taller hispanoamericano: ética y economía. P. 13

Al hablar de desarrollo nacional, necesariamente tenemos que hablar de un punto de partida y de un modo de proceder.

El punto de partida, es la dignidad humana, la cual se asegura con el cumplimiento de los derechos y la garantía de su ejercicio. Un derecho es una tonalidad de la dignidad humana respecto una arista de la vida humana. Un derecho me habla de la misma dignidad humana de la que me habla el otro. Todo derecho me refiere a la dignidad humana. Dentro de éstos derechos están los de contenido económico⁸¹, los cuales son la representación de la dignidad humana en los procesos económicos, éstos nos hablan sobre la persona humana en la economía. Con esto afirmamos que la centralidad de los derechos no es en sí la libertad, quizás ese fue el modelo del Estado de Derecho, en el nuestro, Social de Derecho hablamos de dignidad humana, es ésta la que funda al Estado, la que justifica la autoridad estatal. La libertad es una expresión de la dignidad humana, pero no la agota, antes bien su comprensión está dada por las dimensiones del modo como entendamos la dignidad humana. Los derechos económicos así, **están entendidos en razón a la dignidad humana, y la libertad ofrece cauces de acción a ésta**. Necesariamente nos pone ésta concepción en una perspectiva de entender al ser humano en el derecho como un ser integrado en una red social, no como un individuo que ejerce su libertad aún a costa de los demás.

¿Por qué un Plan de Desarrollo? Respecto a las necesidades humanas, los seres humanos se organizan de múltiples formas para darle sentido a su vida desde las necesidades más básicas hasta las más sofisticadas y trascendentes. En cuanto a las necesidades económicas, los seres humanos *crearon* el mercado para tranzar en éste bienes y valores monetarios. Cuando aparece el Estado se ve necesario coordinar éstos esfuerzos para la satisfacción de todos los ciudadanos, de tal manera que *no solo participar todos sino ganar todos*⁸². Por esto, sin temor a equivocarnos **el origen del concepto de desarrollo está atado a la solidaridad**.

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

¿Cuál ha sido la tendencia de las políticas de desarrollo en nuestro país? A partir de la era neoliberal de los años noventas, se ha concentrado en la *competitividad*. El último pronunciamiento sobre éste tema se dio en el Conpes 3227 de 2008. Sin perder de vista la construcción de lo público, la competitividad entonces debe desarrollar la dignidad humana, que como decíamos sería el desenvolvimiento de los derechos en los procesos económicos,

⁸¹ "... constituyen el pilar de la Constitución económica por la que abogó el constituyente de 1991". MELO SALCEDO, Ileana Marlitt. *Los derechos de contenido económico*. En: Universitas. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, N° 106, p. 121. Incluso, deben llegar a favorecer el esquema económico de planeación del gobierno, cfr. MARÍN BERNAL, Rodrigo. *Aspectos económicos del orden constitucional*. Cali, 1991, ANIF, pp. 18 y 19.

⁸² "En síntesis, la actividad del Gobierno [en cabeza de quien están las más determinantes potestades de dirección de la economía] se efectúa con el propósito de lograr los siguientes fines: La estabilidad económica; la eliminación de grandes desigualdades sociales ante el objetivo fenómeno de la distribución de la riqueza; la consecución de una asignación eficiente de recursos y, finalmente, el desarrollo y crecimiento de la economía colombiana". VELILLA, Marco. *Op. Cit.*, p. 92.

por lo que implica abanderar la coordinación de procesos sociales que siguiendo los lineamientos de desarrollo del Estado, se vean asegurados los derechos de todos los ciudadanos en su persona, familia y comunidad, es decir, “puedan desarrollarse en forma cooperativa”⁸³.

La competitividad según el mencionado Conpes, ha tomado un direccionamiento claro: los *clusters* de desarrollo. Es decir, los temas cardinales de competitividad colombiana se entienden en temas de clusters “de clase mundial”. Es decir, apuesta a que con estos renglones en los que el país identifica como ventaja competitiva alcanza a ofrecerle una vida digna a todos los colombianos. ¿De “qué” competitividad se habla? De una relativa a la renta en relación con la inversión, según se puede extraer del documento⁸⁴.

El petróleo, sin lugar a dudas, es un *cluster* de clase mundial, el cual según el Estado requiere para que éste construya país, infraestructura y planes de acción⁸⁵ concretos en materia de competitividad, ¿Cómo se ve el petróleo en el desarrollo nacional en el escenario de la competitividad? Así:

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

1. Mantener el abastecimiento energético a precios eficientes consolidando el sector como foco de inversión nacional y extranjera.
2. Aumentar la cobertura de los servicios de energía eléctrica y gas combustible a precios eficientes y con operaciones ambientalmente sostenibles.
3. Ubicar en los mercados internacionales mayores cantidades de minerales y productos con valor agregado provenientes de la actividad minera colombiana”⁸⁶.

Evidentemente es una “competitividad estrecha”, es decir, no incluye el entendimiento de los clusters desde una perspectiva de desarrollo humano, puesto que desenvolver éstos pilares estratégicos sería por lo pronto favorecer en primer lugar a los inversionistas, comercializadores y exportadores. Si, efectivamente habría un apoyo a las comunidades, pero de modo indirecto, es decir, “por rebote”. Con esto quiero llamar la atención en la necesidad de favorecer las aproximaciones que nos permiten ver en un solo plano todos los agentes y sus aportes para la construcción de realidad. Tanto la industria, las comunidades como el

⁸³ PERRY RUBIO, Guillermo. *Op. Cit.*, 1997, p. 139. Sin embargo no me aparto de la idea que hay una desconfianza generalizada frente a lo público como capaz de producir justicia como lo afirma la escuela del Public Choice, pero también no me quedo con la confianza en que el sector privado pueda al mismo tiempo tomar la bandera de sus intereses privados y los públicos al mismo tiempo. En el modelo intervencionista y aún en el neoliberal el cumplimiento de los derechos no ha sido eficaz. En mi opinión personal, en el viejo modelo efectivamente la burocracia e intereses privados capturaban las instituciones públicas (cosa que debe corregirse) pero al mismo tiempo en el nuevo modelo no por imperativos éticos de responsabilidad social los privados (más representativos, a la larga) están asumiendo los intereses públicos; personalmente el déficit de reconocimiento de la sociedad civil como constructora de lo público ha sido la causa redundante en uno y otro esquema.

⁸⁴ http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3227.pdf. Consultado el 3 de julio de 2009.

⁸⁵ http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3227.pdf. Consultado el 3 de julio de 2009.

⁸⁶ http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3227.pdf. Consultado el 3 de julio de 2009.

Estado están presentes en un contexto y todos son destinatarios del desarrollo, ¿por qué solo los inversionistas?

Esto ha venido creando una clase de cultura a base de mensajes que fortalecen el concepto de competitividad por planos, distinguiendo claramente los destinatarios, sin valorizar las posibilidades con que los agentes sociales y escenarios públicos pueden aportar al tema. Aparecen dos *clases* de mensajes:

- Institucionales (no necesariamente son derecho)
 - Los debates del Congreso al momento de configurar las leyes.
 - Las sentencias judiciales y laudos arbitrales.
 - La elaboración de Decretos por la autoridad administrativa correspondiente –en especial por las oficinas jurídicas-, que en nuestro caso sería la Agencia Nacional de Hidrocarburos, ANH.
 - Los documentos CONPES
 - Los programas de gobierno de las administraciones de los presidentes de la república.
 - Toda providencia judicial, arbitral o actuación administrativa que se encamine para la aplicación de leyes y decretos.
 - Los contratos de exploración-explotación con el Estado.
- No institucionales
 - El lobby de las fuerzas de poder relativas al tema, como p.e. los gremios, los sindicatos.
 - Los estudios gremiales y académicos respecto al tema.

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

- En el Estado, que más que todo es regulador
 - Senadores y Representantes a la Cámara en el Congreso de la República.
 - Director y consejeros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos
 - Consejeros del CONPES
 - Presidente de la República
 - Ministro de Minas y Energía
 - Jueces y Árbitros
- En la Industria del Petróleo, que más que todo es regulado,
 - Empresas Petroleras⁸⁷
 - Empresas de Servicios Petroleros⁸⁸

⁸⁷ Las más notables son: Exxon, Chevron, BP - Amoco, Arco, Oxy, Maxus, Nomeco, Conoco, L.L. & E., Santa Fe Energy, Triton, Harken, Shell, Elf Aquitaine, Total, Repsol, Lasmo, PetroCanada, Canadian Petroleum, Sipetrol, Petrobras, San Jorge, Teikoku y Ampolex entre otras. <http://lanota.com/index.php/CONFIDENCIAS/Ranking-empresas-de-servicios-petroleros-de-Colombia.html>. Consultado el día 5 de julio de 2009.

⁸⁸ Las más relevantes son en su orden de cantidad de negocios: Schlumberger Sureenco, Halliburton, SAI, Baker Hughes, Ismocol, Nabors Drilling, Weatherford Colombia, Independence Drilling, Mecánicos Asociados, Saxon Services, Wood

- En el “mirador”, que serían quienes ven la regulación, ni regulando ni siendo regulados
 - Representantes de los Gremios⁸⁹
 - Investigadores y docentes en la Academia

En la voluntad de éstos agentes parece reposar entonces el desarrollo del petróleo, y con éste, el derecho petrolero. Como lo señala el nombre del trabajo, la competitividad “estrecha” que es la que rige en el momento, cuenta con actores determinados, dentro de los cuales no hay mayor participación de sectores sociales, ambientales.

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

Ahora, conociendo escenarios, mensajes, actores ¿cómo se toma una decisión a la hora de la creación, interpretación o aplicación del derecho de petróleos? Lo que se pone en juego en un momento de decisión en el derecho⁹⁰ es en la creación ¿qué es lo *más importante* respecto de la materia que afectaría la norma?, en la interpretación más honesta ¿cuál es el *sentido* de la norma? Y en la aplicación es ¿cuál es el *resultado-fenómeno* con el cual se consuma la eficacia entendida en la interpretación? Estamos entonces frente a un **esquema de valores** frente a la toma de decisión. Si tomamos en cuenta que estos tres grupos sociales son los que ofrecen el contenido al derecho, sus valores están dados en base precisamente al interés sobre la renta

¿Cuál es el valor predominante? Hoy en día el valor que marca la toma de decisiones en la producción, interpretación y aplicación del derecho es la **competitividad según la renta**, principio a partir del cual sujeta el resto de valores. ¿Qué hace el derecho frente a esto? No es un convidado de piedra, el derecho es un mensaje político⁹¹ con una característica especial, la

Group Colombia, Grant Geophysical, Erazo Valencia, Geofísica Sistemas y Soluciones, M-I Overseas, Mermerich & Payne Colombia, Sismopetrol, Pioneer Drilling. <http://lanota.com/index.php/CONFIDENCIAS/Ranking-empresas-de-servicios-petroleros-de-Colombia.html>. Consultado el día 5 de julio de 2009.

⁸⁹ Los productores privados se asocian en la Asociación Colombiana del Petróleo – ACP y los que someten a industria para generar productos se agregan en la Federación Nacional de Derivados del Petróleo – FENDIPETROLEO. A su turno también los profesionales del ramo se asocian, los ingenieros de petróleos en la Asociación Colombiana de Ingenieros de Petróleos – ACIPET y los abogados en el Colegio de Abogados de Minas y Petróleos. Los trabajadores por su parte cuentan con un sindicato, la Unión Sindical Obrera de Trabajadores del Petróleo – USO.

⁹⁰ En éste trabajo se parte de la idea de que la decisión en últimas que contiene el derecho es fruto del trance de poder que sucede en lo que Ehrlich llama como *derecho vivo*, que es el resultado de los acuerdos sociales previos al derecho estatal en tanto que el origen del derecho es lo operante en la sociedad y sus circunstancias (realidad social). CEBEIRA MORO, Ana. *Pluralismo jurídico y derecho vivo*. Madrid, Dykinson, 2008, p. 94.

⁹¹ El derecho proviene de la realidad social y es una conquista del vencedor sobre el vencido en la puja de poder en la red social donde se originó. Por tanto el “culmen” de la racionalización del derecho no es tal, de allí que se dude en éstos tiempos donde se abren nuevos surcos en el pluralismo jurídico para el reconocimiento de realidades sociales, ya que **afirmarlo como “neutro” es quizás el más grande error y es negar la capacidad de invisibilización que tiene el derecho**. “Las normas generales del Derecho no pueden representar por sí mismas todos los diversos conflictivos e irreducibles intereses de los individuos y los grupos dentro de la sociedad. Es por ello que el Derecho se convierte en un campo de batalla, en el que, gracias a la indefinición del lenguaje, a la infinita posibilidad de resignificación de las palabras y la construcción de nuevos discursos, se pueden expresar intereses contradictorios. Las decisiones políticas que se

de validez, la cual, hace evidente un mensaje que no necesariamente tiene que ser muy “musical” para la competitividad “estrecha”. La dignidad humana no puede ser un añadido ni una pretensión para optimizar, es una condición en las relaciones sociales, sin ella no es legítimo ningún interés, sea lucrativo o no. **Así las cosas, creemos que la sola exclusión de sectores de la sociedad apunta a un entendimiento de la competitividad sesgado, y por otra parte afirmamos que aproximarse a la competitividad como renta es afirmar que los derechos económicos están en función de la libertad, lo cual invierte la lógica, pues están en función de la dignidad, que como lo hemos dicho hasta la saciedad, se llama *desarrollo humano* en los procesos sociales económicos.**

El derecho no crea la política, precisamente bebe de ella. La política no inició en los últimos gobiernos, ha venido desarrollándose y el derecho frente a ella lo que hace es tomar el decantado y opciones políticas frente al tema del que se trate. Sin embargo más allá de las opciones políticas, no se puede subyugar principios que constituyen la sociedad colombiana como la dignidad humana, por lo que es **pertinente** llamar la atención acá en **crear un entendimiento de dignidad humana en el desarrollo humano que opere en los contextos del negocio petrolero**. Éste necesariamente debe partir del derecho y desenvolverse a través del diálogo hacia condiciones de desarrollo que permitan la viabilidad de las comunidades a futuro, considerando en primer plano a todos los agentes a la hora de construir región.

2.2. EL MANDATO CONSTITUCIONAL: BASE DE REALIDAD Y VALIDEZ EN EL DERECHO

2.2.1. El petróleo como objeto de deseo político

Como se dijo antes es inútil creer que el petróleo es solamente un bien económico sometido a escasez. Es al mismo tiempo y en todo escenario un bien comprendido por factores, dimensiones humanas como la social y la política. Es por esto que consideramos como necesario apostarle a entendimientos de los fenómenos petroleros mucho más *transversales*, que estrictamente económicos, sociológicos o políticos.

Una de las facetas que representa el petróleo es ser un objeto político. Esto significa que **el petróleo es un factor de poder** y además es uno de los más decisivos a cualquier nivel⁹². Al no ser un elemento de poca importancia la Constitución trató el tema replicando lo que de antaño se ha venido diciendo del recurso: pertenece a la Nación.

El texto constitucional, responde a un acuerdo político que se concreta en un texto normativo sometido a un procedimiento definido previamente. Resalto: *acuerdo político*. Efectivamente,

expresan en el derecho legislado entrarían a formar parte de una perspectiva particular, cuyo dominio sobre el campo jurídico general está garantizado provisionalmente, y se ven expuestas a múltiples contradicciones con nuevos discursos jurídicos emergentes que persiguen la hegemonía sobre el espacio político estatal y nacional. **El Derecho no está en la capacidad de representar las diferencias entre los actores sociales, sino que trata de reducirlas a unos conceptos universales y abstractos...**” VIDAL LÓPEZ, Roberto Carlos. *Derecho Global y Desplazamiento Interno*. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana, p. 235 (subrayas fuera de texto), pero **la aplicación del derecho a satisfacción de las demandas del contexto si no está sujeto a categorías universales y abstractas, ya que el escenario es una relación, no una prescripción.**

⁹² Cfr. OYSTEING, Noreng. *Op. Cit.*.

lo que sucede en la creación o reforma constitucional es un acuerdo político. Es un acuerdo que está hecho de tal manera que la vida social lo desarrolle.

Uno de los aspectos en los que se centra la Constitución, como se dijo anteriormente, es la economía. En ésta está ubicada la llamada “constitución petrolera” en Colombia. Éstos artículos forman un sistema, efectivamente, ya que el constituyente en definitiva quiso ofrecer a la ciudadanía un mensaje claro y coherente respecto al tema del petróleo que subyace en el territorio Colombiano y los negocios concernientes a él.

Éste acuerdo constitucional en materia petrolera proviene de una *negociación política*, la cual es producto de posiciones políticas. ¿Cuáles fueron las que estuvieron presentes para el momento de la configuración constitucional del petróleo hoy en día? Esto merece acercarnos a los debates constituyentes acerca del mismo, los cuales desembocaron en dos puntos no más:

- No se discutió la propiedad del subsuelo, retoma la formulación de la Constitución de 1886, ratificada por ley 20 de 1969, confirmadas jurisprudencialmente del Dr. Arrieta, padre, ministro que promovió la ley.
- La novedad estuvo fue en la salvedad estipulada allí sobre propiedades privadas ínfimas que hoy ya no caben: “sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”

Éste debate enriquece el **sentido** de la actual norma que otorga al Estado la propiedad del subsuelo y es un recurso, si bien importante, no lo trata *in extenso* como si sucede en México, Venezuela y de manera dramática en Bolivia, temas que en los años 30's y 40's fueron de especial importancia como lo son con ésta intensidad en éstos países hoy en día.

2.2.2. El mandato y su fundamento político

Como decíamos la regulación está en la *constitución económica*. Esto ya nos dice mucho, la “constitución petrolera”⁹³ parte de la constitución económica del país. Es decir, definir el petróleo como recurso en la Constitución constituye el orden económico que pretende la Constitución. Esto es muy importante, ahondemos en eso.

La perspectiva constitucional económica en Colombia, ha girado en torno a la definición del modelo económico que la Constitución consagró afincando los temas bases sin perjuicio de los avatares del debate ideológico al interior de la Corte Constitucional en los noventas en cuanto a la posibilidad económica de realización de los mandatos que se encontraban en sus sentencias⁹⁴. Como vimos en el anterior aparte, **los hechos políticos y sociales van marcando el modo de entenderse ésta constitución económica**, sigue siendo la misma, pero lo que cambia son sus perspectivas. Sería un absurdo que una Constitución se atara a la primera interpretación que se haga de ella, desconociendo la realidad en la cual rige.

⁹³ Los artículos son: 44, 332, 333, 334, 339, 360, 361, 357, 334 y 339.

⁹⁴ KALMANOVITZ, Salomón. *Constitución y Modelo Económico*. <http://www.banrep.org/documentos/presentaciones-discursos/pdf/cmmodelo.pdf>.

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

La Constitución, muy parca solo definió quién es el propietario, a diferencia de otras latitudes en donde hay en el mismo texto constitucional incluso una reglamentación, aprovechando la rigidez propia de las Constituciones. No es algo ligero que el Constituyente haya definido solo éste aspecto. Quiere con esto que el desarrollo del derecho petrolero no esté atado a directrices constitucionales más que en lo tocante a la propiedad. Sin embargo, no podemos dejar de decirlo, dicho desarrollo, debe estar en coherencia con la constitución económica y ésta con la norma fundante del Estado Social de Derecho: la dignidad humana.

¿La propiedad no más? La Corte Constitucional ha entendido dicho mandato de la siguiente manera: “Materialmente, la propiedad es un elemento fundamental del sistema social que sirve para “organizar y aplicar la riqueza social para que genere desarrollo económico” y permite satisfacer las necesidades de la obligación. Jurídicamente, la propiedad como concepto- se proyecta en variados regímenes según el tipo de bien y las exigencias concretas de la función social y en una pluralidad de titularidades (privada, solidaria, estatal, entre otras)”⁹⁵. El concepto de propiedad precisamente comporta en la nueva Constitución un reconocimiento de la *función social*, lo cual implica un reconocimiento del contexto en el cual operaría el derecho.

Dicho reconocimiento no es gratuito. Tiene por objetivo darle forma al ejercicio de la propiedad según las coordenadas en que se entiende el Estado, es decir, según la dignidad humana. No podemos entender una propiedad que no tenga referencia a la dignidad humana y con ella, en los procesos sociales, al desarrollo humano. Surge por tanto la pregunta: **¿la propiedad en manos del Estado favorece el desarrollo humano y con éste la dignidad humana?** Dejemos la pregunta para que en el curso del trabajo de grado pueda ser resuelta con mejores elementos.

2.2.3. La ¿jurisprudencia muda?

La jurisprudencia sobre petróleo no es muy extensa, es más bien reducida. Se caracteriza por centrarse en determinados tópicos generalmente “bisagras”, es decir, en dispositivos jurídicos que permiten articular y dar sentido al ordenamiento jurídico petrolero. ¿Cuáles han sido esos lugares donde la jurisprudencia se ha centrado?

De nuevo, han sido tópicos sobre el uso del subsuelo. Allí, como en la constituyente, se centra en la propiedad del Estado en el subsuelo. Reproduce como desde hace dos siglos la reglamentación castellana que deja en manos del Rey, en nuestro caso, en manos del Estado la propiedad. Si las normas obedecen a la realidad del contexto en el que surgen, ¿qué sentido ha tenido hasta el día de hoy mantener en manos del Estado la propiedad del subsuelo?

⁹⁵ Sentencia C-006/93, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La pregunta precisamente ocurre con ocasión de comparar la riqueza que se ha generado en lugares donde la propiedad del subsuelo es del particular en lugares donde la propiedad es del Estado. La decisión obedece al orden económico que se desea en la Constitución. Dicho orden económico obedece al esquema de Estado y la norma que lo funda o de donde se organiza y se entiende la vida social y política en un país.

El tema empieza a cuestionarse, a revisarse. En el Perú, ha sido puesto a debate por el Dr. Enrique Ghersi⁹⁶, abogado y consultor en materias económicas, quien a partir de la paradoja de la violencia en los sectores beneficiados por los sectores mineros, afirma como causa la indefinición de los derechos de propiedad en el dueño del suelo.

Su postura personal es que sería mucho más conveniente que el propietario del subsuelo sea el mismo dueño del suelo, al tiempo que reconoce que la razón por la cual se ha venido manteniendo en Latinoamérica la propiedad del subsuelo en manos del Estado es porque resulta más conveniente para las empresas inversionistas en términos de costos de transacción: es más favorable trabar relaciones con el Estado, el cual reúne toda la información sobre los campos a explorar, en vez de andar por todo el país buscando campos.

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

2.3. DESARROLLO LEGAL

2.3.1. Coordinadas políticas institucionales de desarrollo legal

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

El modo como se desarrollan las normas es asimilable a los telares artesanales, ya que una misma norma se inserta en un conjunto de hilos, de normas, y a su vez se insertan en un tramado de otras normas. La pregunta es ¿cómo y por qué se teje de tal forma y no de otra? ¿qué hace que se toquen ciertas realidades y otras no? El arbitrio en la creación de derecho se considera que es un fenómeno político, es decir, que está sujeto a “posicionamientos” frente a las distintas realidades. Dichas posturas están contadas, puestas en escena, por los agentes que “hablan” sobre el tema, o mejor, son “reconocidos” en el tema, que son quienes sus *mensajes* comportan un cierto grado de “vinculatoriedad socio-política o institucional” no necesariamente jurídica. Allí, en esa trama de mensajes encontramos las perspectivas y ambientes en que se entienden las normas petroleras.

⁹⁶ [http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=%C2%BFQui%C3%A9n es el due%C3%B1o del subsuelo%3F](http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=%C2%BFQui%C3%A9n%20es%20el%20due%C3%B1o%20del%20subsuelo%3F). Consultado el 5 de julio de 2009.

Mensaje político del Estado por medio de los documentos CONPES

El documento por excelencia que ha marcado en los últimos años el derrotero en políticas económicas relativas al petróleo es el Conpes 3245. Este documento recoge todas las iniciativas que en materia de competitividad germinaron en la década anterior en materia petrolera. Parte centrando la importancia del sector para la economía colombiana en términos de PIB y exportaciones y puntualiza la necesidad de lograr hallazgos significativos para mejorar las dimensiones de la actividad exploratoria.

El camino con el cual quiere partir el documento es la afirmación o mejor, profundización del papel regulador del Estado con el fin de sustraerlo de cualquier tipo de rol que genere una intervención, en el entendido que distorsiona el mercado, genera ineficiencias ya que parte de un mercado hipotético, perfecto. Al respecto resalta la necesidad de escindir Ecopetrol, otorgando las funciones de asignación de contratos de exploración a una agencia independiente. Esta es la causa de creación de la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH. Considera durante todo el documento que la orientación del negocio petrolero, desde la perspectiva Estatal, debe orientarse a la autosuficiencia petrolera y al mantenimiento de una política de exportaciones alta.

La estrategia que considera el documento es elevar los niveles de producción y mejorar las actividades complementarias a ésta para lograr mejores costos y con ellos precios más “competitivos”. Sin considerar los factores de inversión de los que hablamos páginas atrás, de una vez se enfila en cargos contra el contrato de asociación haciendo uso de la argumentación y lineamientos del Plan de Desarrollo 2002-2006, los cuales apuntan a la necesidad de configurar nuevos esquemas contractuales con más y mejores “incentivos”.

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

Mensaje del Gremio

El Gremio, se ha concentrado en aspectos muy puntuales frente a la opinión pública a través de *comunicados*. En éstos ha tratado principalmente la actividad exploratoria, los desincentivos cuando se afecta por cualquier medio una afectación de la renta, y la relación de los precios del petróleo con las regalías.

En el último foro gremial realizado en Cartagena (17 al 19 de Junio de 2009), hay un tímido pero avezado cambio de rumbo en donde se empieza a reconocer a partir de la coyuntura financiera mundial, fenómenos que antes solo eran materia accesoria pero no central: el calentamiento global, los derechos humanos, los resultados de la política pública de petróleos más aún en miras de las elecciones presidenciales y legislativas que se avecinan. En los años anteriores los temas han sido las perspectivas económicas y el crecimiento global con base en la energía, el papel de la industria energética frente a la sociedad, integración energética

regional, alternativas energéticas, mercados. **El gremio ha empezado a reconocer las directrices de la nueva economía global, donde los mercados si bien continúan con su curso normal, ésta vez reconocer su impacto en la sociedad y el medio ambiente.**

Haciendo un barrido acerca de los temas gremiales más notables en los últimos quince años, el sector no ha sido extraño a la realidad circundante a la actividad petrolera. Atreviéndonos a catalogar la multitud de tópicos, podemos decir que se han concentrado en cinco áreas:

- Las reservas (tema crítico en la política petrolera colombiana y el negocio mismo en nuestro país)
- Las variables mundiales de precios y mercados
- La crisis humanitaria en Colombia (responsabilidad social y desarrollo)
- Nuevas fuentes de energía
- Entornos inversionistas favorables

Mensaje de la Academia

El Centro de Estudios en Desarrollo y Economía - CEDE de la Universidad de los Andes, caracterizado por su tozudez y disciplina académica, ha elaborado algunos documentos sobre el tema. Éstos han girado en torno a cuatro temas,

- Contratación
- Macroeconomía
- Competitividad
- Desarrollo Económico

Éste centro es muy notable pues sus orientaciones se han visto reflejadas en la política económica de las últimas administraciones y en el direccionamiento de los últimos planes de desarrollo.

El Instituto Colombiano del Petróleo de ECOPETROL, el ICP⁹⁷, es sin lugar a dudas el centro más importante sobre temas relativos al petróleo, con más de 100 investigaciones al año sobre múltiples temas y con una calidad académica de renombre internacional. Éste centro a su turno ha ampliado la gama de tópicos, pero mucho más inclinados al desarrollo de procesos industriales eficientes, no tan cercanos a temas propiamente económicos, ambientales, sociales o políticos. Éstos son:

- Reducción de riesgo exploratorio
- Reducción de costos de desarrollo
- Optimización de producción
- Modelamiento y optimización de procesos de refinación y petroquímica
- Automatización, medición y control
- Optimización del sistema de manejo de crudos
- Alternativas para reducción de pérdidas de hidrocarburos
- Reformulación de combustibles

⁹⁷ http://www.ecopetrol.com.co/especiales/Informe_Responsabilidad_Social/ges-conocimiento.htm. Consultado el 5 de julio de 2009.

- Preservación de integridad de infraestructura
- Optimización de uso de activos de transporte
- Soporte técnico especializado (ambiental, comercialización y producción)
- Desarrollo de gas en el piedemonte

En nuestra Universidad, a finalizar la década de los 70's e inicios de los 80's, el P. Alfonso Borrero Cabal, S.J., a partir de la complejidad energética del mundo en esos momentos y de la intensificación de actividades exploratorias que se venía acrecentando, quiso organizar un posgrado en petróleo. Se hicieron ingentes ensayos para al final abandonarse el proyecto que se incubaba en la antigua Facultad de Estudios Interdisciplinarios. A diferencia de otras facultades que sin tener la materia en el pregrado ofrecen prestigiosos programas de posgrado en materia jurídico-económica han ido abanderando en la actualidad los estudios en derecho de petróleos como la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Industrial de Santander.

Mensaje de las Organizaciones Sociales

El movimiento social entorno al petróleo es sumamente grande, es reconocido por el gremio mismo y la academia en razón al impacto que tiene el petróleo en las comunidades directamente relacionadas, las violencias que han rodeado los pozos y su repercusión en la estabilidad macroeconómica del país.

Las organizaciones de la sociedad civil han estado presentes en el devenir del desarrollo de la industria petrolera. Quizás éstas más que la academia han podido acercarse a vivir en carne propia las complejas situaciones sociales con las que *conviven* los negocios sobre el crudo. Sintetizando, se han concentrado en los siguientes temas de innegable sensibilidad:

- Relación paramilitarismo – industrial petrolera
- Derechos laborales y sindicales
- Responsabilidad social
- Desplazamiento forzado
- Fuerzas Militares estatales
- Pobreza de las comunidades directamente relacionadas en cada región.

La naturaleza de estos grupos es muy diversa, pues hay agrupaciones internacionales, regionales, locales, de trabajadores, de estudiantes, de indígenas, etc. que trabajan muy de cerca con las comunidades y los impactos sociales de la industria petrolera en cada comunidad centrándose sobre todo en el tema de “distribución de beneficios”⁹⁸. Lamentablemente éstos relatos sobre cómo se vive el negocio petrolero no han hecho parte de las consideraciones, ya que como decíamos, el tema está en cierta manera colonizado por las perspectivas de Estado, Academia y Gremios.

Mensaje de los grupos de presión

⁹⁸ Cfr. YERGIN, Daniel, *The Prize: The Epic quest for Oil, Money and Power*, Simon and Schuster, London, 1991.

Llamamos grupos de presión a los colectivos que se cuentan, a diferencia de la sociedad civil, pretensiones colectivas sobre el desarrollo de una determinada actividad. Es decir, están unidos por un propósito de beneficio común a quienes hacen parte del grupo, a diferencia de las organizaciones de la sociedad civil en donde el beneficio que se quiere es para todo el colectivo con pretensiones más universales que “de grupo o clase”, por decirlo de alguna manera.

En nuestro país han habido los siguientes tres grupos de presión:

- **Trabajadores.** La USO es el sindicato que agremia a los trabajadores de la industria petrolera. Es quizás el más fuerte en la historia del sindicalismo colombiano, el cual reporta tanto logros, como fracasos, abusos y conquistas. Hoy en día, en una época donde se ha fortalecido el papel del capital respecto del trabajador se ha mermado el capital político que tenían años atrás, el cual comandaba las demás fuerzas sindicales, participaba con mayor intensidad en la definición de la política petrolera del país.
- **Ambientalistas.** Apartándonos de una concepción reduccionista de éstos grupos que los asimilan a pretensiones “verdes” de tipo hippie, es de notar la importancia que van cobrando en los contextos petroleros, ya que a nivel más internacional que nacional se ha visto con preocupación los efectos nocivos de la industria contaminante. Regionalmente se han replicado los discursos en aras de la conservación de recursos valiosos para los colombianos y colombianas de ésta región y los del futuro. Uno de los grandes logros en ésta materia de éstos grupos fue lograr formalizar una licencia especializada para la explotación de minas y petróleo, pues estos procedimientos industriales son innegablemente unos de los más agresivos para la sostenibilidad de los ecosistemas.
- **Indígenas.** Más allá del sonado caso U’wa, que resalta el valor cultural que también tiene el petróleo no solo para los indígenas sino para toda la Nación, estrecha aún más la necesidad de hacer de los contextos petroleros un polo de desarrollo no solo para la empresa, sino también para las comunidades. La experiencia lograda en ésta materia es riquísima a nivel latinoamericano tanto en el contenido y entendimiento del desarrollo en el pluralismo como en la valoración del diálogo como estrategia cultural para la solución de conflictos en términos de desarrollo.

En conclusión hay toda una serie de relatos sobre el petróleo. Muchos distantes políticamente unos de otros, pero sin lugar a dudas es necesario en razón de la legitimidad jurídica en el desarrollo de procesos sociales económicos, **hacer participar a todos los actores sociales, buscando el reconocimiento y valoración de unos y otros, pues es ésta la condición para que pueda empezar a hablarse de un verdadero desarrollo humano**, que con gran confianza opinamos viendo las potencialidades de la empresa petrolera, pueden convertir las regiones petroleras en polos de desarrollo humano para las regiones y el país como un todo, donde todos tanto participan como ganan.

2.3.2. El entramado político previo a la creación de las normas y la validez como fachada

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

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

La Asamblea Nacional Constituyente

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

La Corte Constitucional

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

¿A qué se debe esto? Básicamente a que la Corte ha sido más bien reacia a asomarse a éstas peticiones y escharbar su contenido, básicamente porque se quiere evitar una alteración en el proceder de las políticas económicas sobre energía las cuales son de competencia del ejecutivo, por una parte, y por otra parte pretenden evitar un “choque de trenes” con otros poderes públicos. Sin embargo podemos decir que los desarrollos sobre Estado Social de Derecho, Dignidad Humana, interpretación *pro-homine* traído de los desarrollos en DD.HH. en tribunales internacionales, nos obligan a pensar esa propiedad de un modo más sistemático. En buena parte, precisamente, las intervenciones ciudadanas han apelado a desarrollos de la misma Corte respecto a éstos temas, pero quizás en el futuro puedan tener más viabilidad política.

Es indudable la aridez en la generación del derecho de petróleos. No es gratis, hay un deseo de no debatir, de no analizar ésta rama del derecho, una posición política que pretende petrificar lo consolidado hasta el momento y no abrir la puerta a nuevos entendimientos

acerca de una comprensión más extensiva de los negocios petroleros. Hay por lo pronto un gran movimiento académico sobre la nueva economía, sobre el desarrollo humano y en el futuro detonaran acontecimientos políticos, económicos y sociales que necesariamente reconocerán la necesidad de percibir el fenómeno petrolero como polivalente y muy tocante al desarrollo humano de las comunidades.

Congreso

El senador Hugo Serrano ha sido un reconocido congresista, abanderado en esta instancia de los temas petroleros. Su conocimiento sobre la temática lo ha hecho “censor”, “acomodador” de las propuestas políticas en términos de inversión extranjera, competitividad y participación del Estado.

En menor medida, Amilkar Acosta ha sido otros de los congresistas que han subrayado la necesidad de profundizar el debate petrolero asumiendo las exigencias que las nuevas realidades han venido apareciendo.

Como vemos son dos protagonistas en el legislativo cuya función de abrir el debate no ha sido muy fructífera, la ignorancia de una buena parte de los congresistas respecto a la política energética y la consolidación de bloques políticos acomodados por presiones políticas exógenas al proceder legislativa, han impedido ahondar más en el debate y visibilizar tanto agentes como relatos sobre el particular.

La ANH

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

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

Implicaciones en el Ordenamiento Jurídico

Éstos escenarios están nutridos por medios y agentes que hacen posible el desarrollo no solo político sino normativo de los negocios petroleros. Son de riquísimo aporte conceptual para

entender cómo está siendo creado el derecho, por qué agentes y qué exigencias o retos tenemos frente al Desarrollo Humano.

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

- Sistema de concesión antigua: hasta el Decreto 2310 de 1974 con un pequeño ajuste de la Ley 10 de 1961 y con un cambio de matiz conceptual en la Ley 20 de 1969.
- Decreto 2310 de 1974 que prohibió el sistema de concesión y pasó al sistema de asociación
- Decreto 1760 de 2003 que retorna al esquema de concesión modernizada, pero concesión, no obstante el cambio de nombre puesto que la materialidad del contrato indica que la realidad es la de una concesión. Los demás cambios que se produjeron del Decreto 2310, son ajustes sobre la renta, pero no llevaron a una transformación radical como la del Decreto 1760.

El tema ha sido visto hasta el momento como *la mayor facilidad para el que explora o explota el petróleo*. **Llamamos la atención en primer lugar a una mayor integración de los agentes sociales partícipes del negocio petrolero desde las instancias de creación del Derecho**, así como la **necesidad de abordar desde los nuevos llamados que la economía global que apuesta a una producción de riqueza y desarrollo superando el esquema entre *empresas destinadas al beneficio (profit) y organizaciones sin ánimo de lucro* pues es difusa desde hace ya años ésta diferenciación, acercándonos más bien a un entendimiento del beneficio como instrumento para objetivos humanos y sociales**⁹⁹. Sin duda alguna el revestimiento de inmenso poder de la empresa petrolera es también un capital social que tiene no solo connotación privada sino implicaciones públicas. Por tal motivo es necesario redimensionar el modo de pensar a la empresa petrolera desde una perspectiva de desarrollo y visibilizar como reconocer los actores y escenarios de creación de derecho donde se asegure la dignidad humana a partir de su efectiva participación y valoración de sus aportes.

2.4. EL CONTRATO PETROLERO

2.4.1. La exploración-explotación en el contrato

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

- Acuerdo 08 de 2004 – Reglamentación para la contratación en Exploración y Explotación
- Acuerdos 3 de 2005, 15 de 2005, 28 de 2005, 31 de 2005, 01 de 2006, 03 de 2006, 35 de 2006, 16 de 2007, 17 de 2007 y 07 de 2008 que modifican el Acuerdo 8
- Acuerdo 38 de 2005 – Modifica Acuerdo 31
- Acuerdo 12 de 2006 – Aclara Acuerdo 3 de 2006

⁹⁹ BENEDICTO XVI, PP. *Caritas in Veritate*. Bogotá D.C., Ed. Paulinas, 2009, p. 66. Asombra la conclusión que extrae el Papa de ésta realidad: “*la misma pluralidad de las formas institucionales de empresa es lo que promueve un mercado más cívico y al mismo tiempo más competitivo*”.

- Acuerdo 27 de 2006 – Modifica Acuerdo 38
- Acuerdo 28 de 2006 – Aclara Acuerdo 31

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

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

- Contratar exploración y explotación. Ésta se hará por alguno de los siguientes mecanismos
 - Contratación directa. El que primero llegue, primero se atiende.
 - Contratación por proceso competitivo. En éste caso se hace un recopilado de propuestas posibles frente a una misma área, respecto de las cuales optará la ANH por la más aceptable e iniciará su negociación con ése proponente.
 - Solicitud de ofertas. En éste caso la ANH recibe ofertas no más. Se diferencia con la anterior en que ésta se aplica para *Áreas Especiales*, y las propuestas se hace bajo las condiciones previamente comunicadas por la ANH.
- Contratar Evaluación Técnica. Se hace por contratación directa
- Hacer un contrato que la misma ANH pueda proponer.

¿Cómo se propone? Con el lleno de requisitos de área, identificación del proponente, señalamiento de comunidades indígenas si las hay, y el *programa exploratorio mínimo*, que es la descripción de actividades de exploración, duración de cada fase y su presupuesto. Es importante anotar que frente a un área un proponente puede estar solo en una propuesta.

Se entrega en las oficinas de la ANH la documentación, entregando una constancia de recibo, fecha a partir de la cual se dan quince días para el análisis de la aceptación de la propuesta, en cuanto si está completa o no. Si no, se dan 15 días para subsanar los errores, vencido el término se entenderá que ha desistido su interés en el área. Finalmente entregará una admisión de la propuesta, si:

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

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

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

¿Cuál es la propuesta más aceptable? Todo está determinado por la capacidad jurídica, técnica y financiera del proponente, la cual es medida de un modo bastante técnico y sofisticado así como aparece en los acuerdos que antes se señalaron. Una vez es aceptada ¿cómo se negocia? Al respecto no hay mucha normatividad, más bien diría yo tradición en prácticas administrativas que la ANH desde 2003 ha venido acumulando. De lo que podemos afirmar con seguridad es que el procedimiento ha resultado mucho más atractivo para la contratación, prueba de ello es el sostenido aumento de procesos de contratación lo que nos deja claro que en comparación con el esquema anterior es un paso más hacia la competitividad a lo menos en términos económicos.

¿Cuál es su atractivo?

- “porque da plena autonomía y flexibilidad al contratista. Bajo el esquema R/T [riesgos y tributos], el contratista obtiene toda la recompensa por el riesgo de exploración, sin respaldo de ECOPETROL ni de la ANH. Más aún, tiene más autonomía para desarrollar y operar instalaciones y tiene plena titularidad de los activos del proyecto... Exploración extendida, evaluación y períodos de producción. Ahora se concede más tiempo para cada una de las tres fases separadas del contrato: exploración, evaluación y producción, con duraciones para cada una equivalentes o superiores a los estándares de la industria.
- El nuevo contrato permite la extensión de los períodos de exploración y producción, sujeto a condiciones preestablecidas. ... El contratista define los planes y el programa de trabajo. Previamente, todos los programas y planes de exploración eran revisados y aprobados por un comité ejecutivo con el consentimiento de ECOPETROL. Ahora, el contratista define los planes y programas de trabajo.
- El rol de la ANH es monitorear y asegurar la ejecución de las obras.El nuevo contrato no da participación en la producción a ECOPETROL o a la ANH. El contratista ahora tiene el 100% de la participación y del producto, con derecho a disponer del mismo después del pago de impuestos y regalías. Un eventual pago adicional a la ANH sería una contingencia en el evento de precios elevados y sólo aplicables para el crudo liviano. El Estado percibe este ingreso inesperado, adicional a los impuestos y las regalías, sólo cuando los precios están altos. Lo percibe en una proporción compuesta y justa de 30/70, que el contratista puede tratar como un costo por propósitos fiscales. ...Eficiencias en costos para el contratista. El nuevo modelo de contrato reconoce al contratista el 100% de cualquier ahorro en costos, antes de impuestos. No hay límites en la recuperación de costos y no requiere control de costos.
- ... Reducida participación del gobierno. El grupo de control de calidad IHS Standards, una conocida firma consultora, estima que la participación del Gobierno en los contratos de asociación anteriores era superior al 70%. Los cálculos de la ANH, utilizando el modelo de IHS, arrojan que con el nuevo contrato la participación del

gobierno se reduce a casi el 50%. Esto es inferior al promedio mundial del 67% y está por debajo del promedio de 59% para esquemas R/T.

- ... El régimen de regalías ha sido reformado. Las regalías han sido cambiadas de una tasa compuesta del 20% de la producción a una escala creciente del 8% al 25%, basada en la producción y que se aplica por campo. La nueva ley de regalías beneficia los proyectos de tamaño pequeño y mediano, las etapas iniciales y avanzadas de proyectos grandes, de gas natural, de producción fuera del territorio y de crudo pesado. No hay pago de bonos al Estado por firma de contratos o descubrimiento. La ANH prefiere que estos recursos se inviertan en exploración o trabajos de evaluación. La tarifa del subsuelo está en concordancia con aquella de muchos otros países y los valores actuales utilizados en Colombia son el promedio para otros países. ... Reputación sobresaliente por honrar los contratos O&G. Colombia y sus instituciones petroleras estatales tienen buena reputación por honrar los contratos O&G y respetar las leyes.

El nuevo contrato y la ANH continúan esta tradición. Bajo el contrato anterior y en la práctica actual, todos [la mayoría, opinamos nosotros] los conflictos entre Ecopetrol y sus asociados han sido resueltos en forma amigable y dentro del acuerdo contractual. El nuevo contrato y la ANH mantendrán esta práctica y la continuarán aplicando a los nuevos acuerdos contractuales¹⁰⁰.

Es un proceso, en conclusión, muy eficiente en el cual se ha asegurado altos niveles de confianza para el contratista. No obstante, es de señalar que continúa precisamente replicando el discurso de una competitividad “estrecha”. Sostenemos la necesidad de adecuar también éste proceso de contratación, que registra eficiencias notables, como una herramienta de progreso social, más aún cuando las **variables sociales son reducidas a los factores bióticos en las licencias ambientales, es decir, las comunidades no hacen parte del paisaje de las regiones petroleras, son sus protagonistas** y con ellas las empresas construyen vías de desarrollo para la región y el país. Para cerrar: *es de empezar a revisar también la presencia de los intereses de las comunidades en éste tipo de contratos.*

2.4.2. Antecedentes históricos y realidades subyacentes del contrato de exploración-explotación

No siempre el contrato ha sido de la misma forma como se concibe hoy en día. El derecho es un producto social, y esto lo registra los cambios en los esquemas de contratación, solo que las exigencias que han emergido de la realidad logrando incrustarse en los preceptos normativos han sido solo leídos los de los gremios, la academia y las políticas del Estado que generalmente coinciden con la de los intereses inversionistas.

A hoy, el nuevo contrato –individualmente considerado- cuenta con un esquema de obligaciones mucho más eficiente frente al anterior, que parece ser un dispositivo muy eficaz para la solución o evitación de los riesgos macroeconómicos más sensibles que provienen del

¹⁰⁰ FUENTES, Roberto, GARAVITO MENDOZA, Lised, GRANADOS DURÁN, Marta Janneth y MARENGO OTERO, Juan Alonso. *Evolución jurídica del contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos*. Tesis de Grado. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, p.67.

mercado energético fósil: “El contrato de la Agencia Nacional De Hidrocarburos de exploración y producción es un esfuerzo importante en la solución de esta gran dificultad, la implementación de un modelo contractual que se ajusta más a la ley de la oferta y la demanda que al sentimiento nacionalista excesivamente proteccionista, el cual, demostró ser ineficiente en el desarrollo de la actividad, debe considerarse como un avance importante en el desarrollo de la actividad petrolera en Colombia. Los avances en la definición de responsabilidades en materia ambiental, social y económica han generado mayor seguridad jurídica, conociéndose de antemano las cargas contractuales que se deben asumir como consecuencia de la exploración y explotación petrolera”¹⁰¹.

A nivel prestacional interno cumple con los estándares que se venían solicitando para hacer más eficiente para las empresas es un logro patente por lo que podemos afirmar que en sus condiciones para la exploración y explotación del recurso se encuentra muy bien trabajado y los esfuerzos de la ANH a través de los Acuerdos para lograr condiciones atractivas se ha logrado.

Ahora, el contrato no es una realidad aislada. La antropología que subyace en el entendimiento más plural y ético para el desarrollo hace fijar la atención en que instrumentos jurídicos como éstos deben igualmente reflejar los intereses sociales. Más aún, el contrato desde la perspectiva económica es un *tranzar* los intereses encontrados en términos de un acuerdo al cual mutuamente le es otorgado un valor para que signifique cuán sobresaliente es dicha relación para las partes. El contrato merece ser valorado quienes se vean afectados de una manera u otra, positiva o negativamente con los efectos del mismo. **No simplemente vivimos el uno junto al otro**, hay una red de reconocimientos que no pueden ser extraños al derecho, en tanto en ésta encontramos la realización de necesidades que permiten la interacción e integración para la aportación y maduración del conjunto social que vive en una legítima diversidad.

2.4.3. El contrato hoy en día: forma y contexto

Forma

La idea de la ANH con el fin de reducir costos de transacción y eventuales litigios por razón de la interpretación o ejecución del contrato hizo un valioso esfuerzo de constituir un modelo de minuta para la exploración y explotación de hidrocarburos en el Acuerdo 10 de 2004.

Dicho texto ha incorporado las modificaciones de los acuerdos 20 de 2004 y los todos los relativos al Acuerdo 8 de 2004 en el cual se establecían los modelos contractuales, pues éste último no deja de ser el documento guía para la redacción de los contratos.

La importancia de éste documento radica en dos aspectos:

- El proceso de negociación directa necesariamente tiene que desembocar en asuntos concretos, capaces de ser condensados en la forma del contrato.

¹⁰¹ CABRERA GÓMEZ, Juan Gabriel, FLECHAS SALCEDO, Luis Guillermo, RONCANCIO MARTÍNEZ, Jorge Hernán. *Las Obligaciones en el nuevo contrato de exploración y explotación de hidrocarburos*. Bogotá D.C., 2006, Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, p. 182.

- Brindar claridad de información tanto para el Estado como para el contratista y como se dijo arriba, evitar posibles conflictos y vacíos a partir de los cuales se generen riquezas desproporcionadas para una de las partes.

Por tanto debemos concluir que no es una preforma, que antes bien es un “esqueleto” base a partir del cual se forma el contrato.

La mayoría lo han caracterizado al contrato como uno de concesión moderna¹⁰², en tanto está determinando el modo previsible de remuneración para ambas partes y hay un alto grado de previsión de eventualidades.

En su contexto

Un acuerdo de voluntades está determinado por el contexto en el que se encuentra, indudablemente, puesto que de él emergen las necesidades las variables de riesgo que son aquellas las más determinantes a la hora de moldear el contrato.

¿Cuál es la importancia? El estudio de los riesgos toma suma importancia en los últimos años en el reforzamiento de la ideología política que favorece el libre mercado y los mercados sin fronteras, ya que en el sustrato de éstos se requiere lograr llegar a que el inversionista experimente y asegure condiciones que permitan el comercio de bienes y prestación de servicios de un modo tal que de conformidad con la naturaleza de unos y otros no se pueda ver truncados sus intereses. ¿Cuáles son éstos? El inversionista tiene en mente que son los que aseguren una renta “deseable”, la cual se mide en comparación con países en condiciones similares según los factores de inversión.

Colombia, además de ser uno de los países con normatividad más estable de la región, ha planteado en su legislación el tema de los riesgos bajo la “sombra” de los tratados de comercio o inversiones. En éste sentido se afirma que las inversiones están favorecidas no solo por la suscripción de negocios jurídicos al interior del país, sino también por el marco de protección de riesgos con que el tratado de comercio está dado¹⁰³. Luego la negociación de los

¹⁰² CARDONA CASIS, Camilo. *Consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del nuevo contrato para explorar y explotar petróleo en Colombia*. Tesis de Grado. Bogotá D.C., 2005, Pontificia Universidad Javeriana, p. 81. Así también GARAVITO et. Al.: “otorga al contratista el derecho de adelantar por su cuenta y riesgo exclusivos, las actividades de exploración del área y de explotación del petróleo de propiedad estatal; y a remunerarse con la producción, neta de regalías”. FUENTES, Roberto, GARAVITO MENDOZA, Lised, et. al. *Op. Cit.*, pp.67 y 73

¹⁰³ “Most of a typical BIT [tratado bilateral de inversiones] is directed at protecting the security of the investment after it is established. First, there usually is a broad provision guaranteeing that covered investment will receive fair and equitable treatment, full protection and security and, in some cases, treatment no less favorable than that required by international law. Second, BITs virtually always contain a provision restricting the host state’s right of direct or indirect expropriation to situations where the expropriation is for a public purpose nondiscriminatory, in accordance with due process, and accompanied by compensation, most often, prompt, adequate and effective compensation or some equivalent formulation. Third, most BITs require national and MFN treatment with respect to the payment of compensation for damage to investment caused by war or civil disturbance. Fourth, many BITs have a provision guaranteeing the right of investors to transfer the investment and the returns on the investment into a freely

riesgos está mediada por la intervención de instrumentos de corte internacional, los cuales consagran condiciones generales de negociación.

La interferencia de los riesgos es inminente puesto que de ellos y su probabilidad de concreción está pendiente la inversión en el negocio. Regularlos es hoy uno de los temas más centrales a la hora de la negociación. ¿Qué tan racional es la negociación de riesgos? No deja de ser un lugar fangoso donde priman las decisiones irracionales antes que las racionales y es desde allí de donde se inician interesantes estudios sobre la racionalidad en la toma de decisiones en tema de inversiones, dentro de las cuales no se escapa el petróleo¹⁰⁴. Allí es tal vez donde más se ven desafiados los costos de transacción pues el cálculo del alea al no poder ser comprendido por medio de categorías racionales. A donde queremos ir es hacia dos cuestionamientos:

- ¿es el derecho un riesgo para los inversionistas petroleros? Es un tema que es visto desde dos formas: el sistema legal (common law, civil law, sistemas con interferencia religiosa), las leyes del derecho privado principiando por la nitidez del derecho de propiedad¹⁰⁵ aspectos frente a los cuales hay un alto índice de aprobación –o técnicamente, “baja opacidad”- en informes mundiales como los de PricewaterhouseCoopers¹⁰⁶.
- ¿por qué hay un asumir altos costos en razón de riesgos aún sabiendo la irracionalidad de su cálculo? Es decir, hay decisiones irracionales en la adopción del texto del contrato, o mejor aún, *no todas el contenido contractual está determinado por la razón*. Esto nos abre una puerta acerca de los motivos y valores que subyacen en la contratación y su valoración. Caben entonces valores en el contrato petrolero. ¿Son irrelevantes al derecho? ¿éste solo se ciñe al texto? Parece ser que no, el derecho incluye por una parte *principios*, que son un tipo de norma que apelan a una “optimización” la cual está medida precisamente por una determinada intención que es valorada por el derecho. Por otra parte, en el derecho privado como público encontramos dispositivos normativos que están enraizados en valores, como p.e. la

convertible currency. Fifth, some BITs require the host state to observe any commitments into which it may have entered with respect to investments, which may include, in particular, the investment agreements that host state s often sign with investors to induce them to invest. Finally, the BITs provide for binding third-party arbitration of disputes between the investor and the host state or between the home and host states”. VANDELDELDE, Kenneth. *The political economy of a bilateral investment treaty*. En: American Journal of International Law. En: BEVERIDGE, Fiona. *Globalization and international investment*. Wilthshare, 2005, Ashgare, p.59, p.32.

¹⁰⁴ “First, foreign investors, like all economic actors, are affected by “bounded rationality”. The “normative” approaches to decision making offered by classical economics would suggest that a potential investor should, taking into account all the relevant information, make the decision which maximizes their wealth. However, in reality investor are “navigation in a fog of risks and uncertainties whose hazards they can only surmise”. Although investors may intend to make rational decision based upon the criteria of efficiency and health maximization, their ability to do so is limited by the “computational capacity of the human mind”. PERRY, Amanda, *Effective legal systems and foreign direct investment: in search of evidence*. En: International and Comparative Law Quarterly, p. 787. En: BEVERIDGE, Fiona. *Op. Cit.*, p. 11.

¹⁰⁵ FUENTES HERNANDEZ, Alfredo. *Justicia, competitividad e inversión: indicadores para Colombia*. En: Derecho y Competitividad. Bogotá D.C., 2003, Universidad de los Andes, p. 73

¹⁰⁶ PricewaterhouseCoopers, *Opacity in the world capital markets*. January 2001. www.pwcglobal.com/fr/pwc_pdf/pwc_100068_opacity_index.pdf. cit. por FUENTES HERNANDEZ, Alfredo. *Op. Cit.*, p. 75.

Buena Fe. Así las cosas queda demostrado que el derecho no está cerrado a los valores. Hay unos que son perennes, como p.e. la lealtad en la contratación, y otros que se han venido insertando a medida que los tiempos cambian y llegan para quedarse, como p.e. del principio pro-homine. En la nueva economía la solidaridad no solo es un valor, es un principio normativo, por lo que integra, interpreta y crea derecho en las diferentes esferas como p.e. la contratación. *Se hace entonces palmario frente al nuevo escenario global que la solidaridad nos obliga a releer las instituciones, prácticas sociales y normas, como las de la contratación, para dar vía libre a la satisfacción del fin social de éste valor que no es otro que el de **sentirnos responsables de todos** en especial con la comunidad de referencia.*

Por otra parte, la realización del derecho es cardinal. Los riesgos no son solo de hecho, están también mediados por las instituciones. Uno de los riesgos más notables es precisamente la administración de justicia que en Colombia es negativamente reconocida por encontrarse en los últimos puestos en su eficiencia. Esto se ha debido básicamente a dos razones: la “ingeniería procesal colombiana” y la congestión judicial lo cual ha generado en consecuencia un desplazamiento a la búsqueda de soluciones alternativas que favorezcan la definición de los derechos de manera más pronta.

Una de las formas ha sido la descentralizado la función jurisdiccional en otros organismos como la superintendencia de sociedades o de industria y comercio. Sin embargo en temas de más alto relieve se hace necesario acudir a una justicia “paga”, el arbitraje, la cual resulta a pesar de su costo, mucho más económico que la dilación en el tiempo de la decisión. Parece ser entonces que la globalización está incluso sacudiendo el *modus operandi* de la administración de la Rama Judicial y exige nuevos cambios¹⁰⁷.

Un último ingrediente: la seguridad jurídica¹⁰⁸. Éste ha sido otro de los aspectos críticos en materia de promoción de inversión internacional, en tanto ha estado muy relacionado con las reformas en especial tributarias y cargas económicas de las decisiones de la corte constitucional, las cuales generan impactos macroeconómicos sensibles. Y es que estos temas son los más relevantes, puesto que la Ley 963 de 2005 para la estabilidad jurídica a los inversionistas alcanza a las relaciones privadas y no a los efectos macroeconómicos.

¹⁰⁷ “Por todo lo anterior, parece claro que ante el desbordamiento de las formas tradicionales de administrar justicia, se precisa no solo de una reingeniería procesal que permita superar los obstáculos provenientes de la lentitud y mora en el trámite de los procesos judiciales, sino también continua ampliando los caminos legales para ofrecer a la sociedad medios donde los conflictos económicos los propios de la globalización reciban soluciones adecuadas y prontas, capaces de contribuir a superar los desequilibrios que están resintiendo la competitividad relativa de Colombia”. *Op. Cit.*, p. 83.

¹⁰⁸ “Y nos es para menos, ya que en nuestro medio el ordenamiento jurídico se duplica cada 8 años, crece a un promedio del 9% anual, 75% por cuenta del Gobierno y 25% por cuenta del Congreso. Si para 1982, las normas tenían una expectativa de vida de 25 años, ya para 1994 era de 14 años y la tendencia las hace aún más deleznable. Las normas tributarias, particularmente, que llegaron a tener una vigencia, en promedio, de 10 años, ya hemos arribado a la aberrante situación de una reforma tributaria anual”.
<http://www.cooperacioninternacional.com/descargas/amytkar.pdf>. Consultado el 7 de julio de 2009.

2.5. ECOPETROL EN EL ESPECTRO JURÍDICO Y REAL DEL PETRÓLEO

2.5.1. Naturaleza

Ecopetrol cuenta con su propia historia, la cual ha ido pareja al modo de entenderse el Estado. Así las cosas, ha venido recurriendo a las misiones a las cuales el Estado se ha visto como encargado desde la segunda mitad del siglo XX hasta hoy.

Con esto se quiere decir que lleva en sus prácticas manifestaciones del esquema de Estado y de organización económica del país. Desarrollo en sus orígenes una actividad como empresa del Estado, en el entendido que el débito del Estado a la sociedad lo podía cumplir asumiendo en persona dichas actividades. Pasó luego su examen con la reforma administrativa de 1968 en donde tomó un cariz más de agente del Estado hasta hoy, momento en el cual es hoy una empresa con aportes no solo público y a futuro se planea que la participación estatal, vía capitalizaciones, continúe disminuyendo.

La empresa partió con un capital que se revirtió de la Tropical Oil Company y bajo el esquema de Empresa Industrial y Comercial del Estado, con un encargo específico: manejar los bienes revertidos de la concesión y administrar los recursos de hidrocarburos. Fue creciendo a partir de concesiones que se fueron revirtiendo. Dos pasos grandes se dieron: la adquisición de las refinerías de Barrancabermeja y Cartagena en 1961 y 1974 respectivamente, con las cuales se hace emblema del petróleo colombiano. En septiembre de 1983 ocurre el descubrimiento que generará un boom petrolero de relevancia en materia de exportaciones: Caño Limón. Ya en los noventas no se encontraba sola liderando el sector, la inversión extranjera había logrado también fortalecer sus prácticas exploratorias y mejorar su conocimiento sobre las tierras petroleras lo que hizo que se descubriera ya con socio de la British Petroleum Company - BP los otros dos grandes campos petroleros que fortalecieron la industria del petróleo en los noventas: Cusiana y Cupiagua.

Pero el vuelco más grande para la empresa estaba por darse: el Decreto 1760 de 2003 con el cual se modifica la naturaleza de Ecopetrol, pasa a ser una sociedad pública por acciones, de propiedad estatal vinculada al Ministerio de Minas y Energía. Esto con el fin de hacer de la empresa un competidor más y mejorar su posición competitiva, otorgándole más condiciones de flexibilidad para operar en el negocio fuera de la pesada organización estatal. Puesto que ya no se podía ser “juez y parte”, se crea la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, que vendría a ejercer las funciones de administrador de los recursos petroleros.

Ecopetrol si bien nació para administrar los recursos petroleros, ahí mismo se le encomendó por el pensamiento de Estado del momento, la participación directa en el negocio. Y así hasta 2003 donde se escinden las dos funciones haciendo ver en Ecopetrol cada vez más como un competidor más en el mercado.

Esta transformación empresarial no puede ser asumida de un modo solo formal. Está dentro de una ola mundial que consiste en fortalecer precisamente el músculo económico de grandes competidores, como lo es Ecopetrol en la economía nacional. Presenciamos igualmente dinámicas de orden internacional que han señalado quiebres y disfuncionalidades

precisamente en el modo de verse y actuar de los sujetos económicos más poderosos a nivel mundial: las empresas. Causa de ello se ve por la invisibilización de las dimensiones humanas a la hora de invertir, de la asimetría de poder en las relaciones económicas, del gigantismo empresarial, la deslocalización de actividades productivas y un sinfín de fenómenos que han sido generados en conciencia de un mejor aprovechamiento de recursos y de un rango de acción casi sin límites.

Por eso nos preguntamos: ¿Qué tan grande es Ecopetrol? Para responder el impacto que tiene la empresa debe vérselo desde dos ángulos: nacional/internacional y desde su perspectiva privada/pública. Internacionalmente es una de las empresas petroleras más grandes del mundo, está en el ranking de las 5 petroleras latinoamericanas más importantes. A partir del 18 de septiembre de 2008 cotiza en la Bolsa de Nueva York, y su primera oferta se realizó el 12 de septiembre del mismo año. Nacionalmente es la empresa más grande del país, y es la empresa con el mayor número de accionistas: 460.000. Las utilidades el año pasado fueron de \$11,63 billones, (utilidades reducidas sensiblemente como consecuencia de la baja del precio del crudo en el mercado internacional desde junio de 2008 a la fecha) incrementó sus ventas en un 65% en los diez primeros meses del año que pasó, las exportaciones 108%¹⁰⁹, y en materia de inversiones están cerca del 2.3 billones de pesos en exploraciones¹¹⁰.

Son increíbles las dimensiones de Ecopetrol. A esto debe añadirse que la transformación de Ecopetrol podría para un “mejor enfrentarse al futuro”, una gestión responsable de sus negocios. Con esto me refiero al tener en cuenta las comunidades de referencia del negocio y relativizar las exigencias de los accionistas. Aquí subyace toda la lógica de la responsabilidad social empresarial o RSE, pero que en nuestra opinión aunque se considera no es jurídica, en sus prácticas y conciencia con que se asume implica el desarrollo de las actividades económicas centrando el criterio de legitimidad transversal a cualquier fenómeno humano en un mundo como el nuestro: la dignidad humana.

Consagración constitucional

El ente nacional petrolero colombiano, no tiene consagración constitucional porque el artículo 332 habla del qué y el porqué y no del cómo. De nuevo, la intencionalidad que hay en el trasfondo de tan parca norma es la mayor flexibilización respecto al desarrollo de los negocios.

Regulación legal

Como se dijo antes, inició siendo una empresa industrial y comercial del estado y hoy es una sociedad de economía mixta, comercial, bajo una forma societaria definida: anónima. En la actualidad está regulada por la Ley 1118 de 2006 y por los Estatutos de la Sociedad que rigen desde el 14 de diciembre de 2007¹¹¹. Hoy está en curso la preparación de un proyecto de ley

¹⁰⁹ http://www.ecopetrol.com.co/documentos/41783_ECO_CIFRAS_OCTUBRE.pdf. Consultado el 7 de julio de 2009.

¹¹⁰ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=102&conID=36618&pagID=131091>. Consultada el 7 de julio de 2007.

¹¹¹ <http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=30&conID=38178>. Consultado el 7 de julio de 2009.

en el cual se pretende continuar el proceso de “capitalización”, asunto que en los periodos legislativos se tratará con fluidez, dado el éxito que tuvo la colocación accionaria en 2004.

Para una compañía con más de 50 años bajo una forma societaria, el cambio ha significado una nueva forma de gestionarse y pensarse como empresa. Más aún, es un paso organizacional no solo de propietarios sino para el mismo mercado en tanto al no estar atado al Estado, cuenta con un competidor mucho más libre de incursionar cada vez menos dependiente del Estado en las actividades exploratorias y explotadoras de hidrocarburos.

Lo más importante en mi opinión es que progresivamente se desea que Ecopetrol sea una persona jurídica privada más. Si bien jugaba con reglas de derecho privado, *el carácter de público a privado*, como se desea a futuro es de resaltar que las transformaciones más urgentes según la óptica del Estado se reúnen entorno a la autonomía de la voluntad privada y la libertad de empresa, no así bajo la intervención del Estado. **Nuestra pregunta, al cabo de éste aparte es preguntarnos si esta tendencia propia de la globalización está por fuera de las inquietudes acerca de la buena gestión y entendimiento para poder favorecer resultados más distributivos o que precisamente ahondan más la brecha social entre favorecidos y empobrecidos. ¿Qué papel tiene el Estado Social de Derecho allí frente al imperativo de la dignidad humana en los procesos sociales?**

2.5.2. Centralidad para el Estado vs. “un competidor más” para la industria petrolero

Para el Estado

Ecopetrol ha sufrido tras su transformación un cambio de relevancia en el Estado. Sin bien es leve por el momento, dada la pretensión política que había de fondo, todo apunta a que a medida con que el tiempo avance traerá inevitablemente una posición Ecopetrol mucho más desmejorada en las finanzas del Estado.

Ecopetrol, la primera empresa del país, fue una Empresa Industrial y Comercial del Estado y hoy es una Empresa de Economía Mixta que reporta utilidades no solo para el socio mayoritario, el Estado, sino también para los 460.000 accionistas, que por cierto es la masa societaria más grande de las que se encuentran en el país. Es la primera vez que tantos colombianos son accionistas en una empresa.

Los recursos son de cuenta del Departamento de Planeación Nacional y se asignan aún por parte del CONFIS, asignando montos para reinversión en operaciones y transferencias a rentas comunes del presupuesto. Manifestaciones recientes del debate en cuanto a la llamada “verdadera emancipación” de Ecopetrol, se han dado como lo anticipamos con motivo de la propuesta del ex ministro Alberto Carrasquilla, secundada por el Ministro de Hacienda actual, la cual pretende que con los recursos de una venta total se destinen a proyectos de infraestructura, a lo cual la opinión especializada coloquialmente la rechazó pues sería “vender la nevera donde se hacen las paletas”, es decir, es una fuente de riqueza para el Estado, indudablemente. No por esto significa que no requiere financiarse, pues es una empresa sólida que se ha sabido financiar, ha contado con amplísimo respaldo lo que le ha permitido incursionar con bonos, con resultados muy exitosos.

El debate sobre una venta total no ha concluido, desde la expedición del D.1760 el Dr. Carrasquilla ha pronunciado muy ilustrados artículos en la Revista Carta Petrolera en un debate que solo francamente parece empezar y que en otros países ha dado consecuencias dramáticas como en Argentina donde se decidió perder su empresa nacional petrolera.

El cambio, opinan paralelamente otros, ha sido también parte para hacer del Estado un ente autónomo y no dependiente de los rendimientos económicos de Ecopetrol. Es un reto frente al cual aún las opiniones más ortodoxas consideran un riesgo de considerable altura en tanto el apalancamiento financiero se ha venido haciendo en una buena porción del ingreso de las actividades de Ecopetrol¹¹².

Quizás ahora la participación accionara al 10% no genere un problema fiscal estructural, pero a medida en que el procedimiento vaya cediendo generará la necesidad de un vuelco estructural en las finanzas del Estado el cual ha venido hundiendo cada vez más su déficit fiscal.

En conclusión: “Furthermore, Ecopetrol’s investment will swell substantially this year. That was one of the company’s main motives for going public: it wanted to be freed from the burden of participating in national fiscal accounts, so it could be internationally competitive. To that end, in 2008 Ecopetrol intends to invest \$3.7 billion. The oil sector has had a substantial fiscal impact in Colombia, in three ways. First and foremost, until 2007 Ecopetrol was a state company, and its fiscal results contributed to the non financial public sector balance. Since the company went public in 2007 and “10% plus one share” is in the hands of its new shareholders Ecopetrol’s fiscal result no longer contributes to the Consolidated Public Sector’s balance. However, it continues to pay dividends to the central government, its main shareholder. These represent an important share of the capital resources that the government receives each year. Driven by climbing oil prices, contributions are major: COP 3.3 trillion in 2007, or 0.9% of GDP, from 0.6% of GDP in 2006. This figure is expected to rise by another 0.2% of GDP this year”¹¹³

Para los competidores

Las funciones de la ANH son producto de la escisión que hizo el Decreto 1760 de 2004. Lo “organizacional” de Ecopetrol ya no cuenta con potestad política petrolera. Sin embargo la empresa como en su memoria histórica que ha permeado los procesos organizacionales e industriales en torno a ella. En pocas palabras era un miembro de la familia que ahora “vive aparte” pero sabemos cómo actúa.

Obviamente a medida que pasa el tiempo la ANH ha ido cobrando identidad y horizontes más allá del contorno organizacional de Ecopetrol, sin embargo, tanto la ANH conoce muy bien a Ecopetrol y Ecopetrol conoce muy bien la ANH.

¹¹² <http://www.acceconomicas.org.co/documents/CAPITALIZACI%C3%93N%20O%20PRIVATIZACI%C3%93N.pdf>.

Consultado el 7 de julio de 2009.

¹¹³ ECHEVERRI, NAVAS, GÓMEZ. *Op. Cit.*, p. 62.

Incluso, ambos responden a una misma instancia institucional de gobierno, el Ministerio de Minas y Energía, y por lógica no es tan clara la “independencia” y pretensión de comportamientos “objetivos” por parte del ministerio cuando hacen parte de una misma casa.

Por tanto no es Ecopetrol un competidor más frente al espectro de competidores ya que hay un conocimiento interno mutuo entre ésta y la ANH. Esto es una clara desventaja para los demás competidores que codo a codo con Ecopetrol pretenden ser las partes contractuales en los contratos petroleros. Más aún, los mapas de tierras a partir de los cuales los demás competidores entran al terreno a proponer, han sido elaborados a través del tiempo por Ecopetrol.

¿Corrupción? No, no lo es, sin embargo presenta ventajas competitivas Ecopetrol que la hace el candidato favorito. No es un asunto de poca monta, eso se ve en la generación de ingresos de Ecopetrol respecto de las demás empresas, donde la primera ha logrado generar un mejor impacto y cuenta con éste año para hacer sus más fuertes inversiones exploratorias en todos los años de su historia. No es coincidencia, saben donde están apostando.

Habiendo recorrido el Ecopetrol empresa industrial y empresa del Estado y sus relaciones con el mercado y las instituciones públicas, ¿es un *free rider*? Esto por cuanto vemos en ésta empresa ventajas comparativas superiores, no solo características que lo hacen un competidor mejor por el modo como la misma empresa ha procedido con ella misma y el mercado, sino también por las posibilidades jurídicas que le abren un espacio más privilegiado.

Partamos del concepto: un *free rider* es un agente que está en competencia con otros, que se presenta como “uno mas” pero en realidad comporta características de un competir con ventajas “aseguradas” respecto de los demás; es decir, recibe beneficios sin relación alguna con costo “sufrido” (que tenga que pagar por algo).

Ecopetrol sin duda alguna luego de la escisión de 2003 es un competidor más- efectivamente-. Como vimos, al haber estado “en la casa del Estado” conoce muy bien su funcionamiento y es indudable el afecto que tiene el Estado por la empresa que sigue siendo suya y que además reporta utilidades muy importantes para la nación.

Así, de primera plana podríamos decir que Ecopetrol es un *free rider*. Sin embargo ¿qué tan real es ésta apreciación? La ANH cuenta con estrictos procedimientos para la asignación de contratos de exploración-explotación, y por ende tendríamos que detenernos en el procedimiento y posibilidades de Ecopetrol de contar con favoritismo en ésta Agencia.

Como conclusiones podríamos decir que Ecopetrol cuenta además de toda la experiencia de más de 50 años en el terreno colombiano, ahora también con considerable respetabilidad comercial en el comercio Spot y Futuros basada en su reiterado cumplimiento, conocimiento de las contrapartes compradoras y de éstas a la empresa misma, muy a diferencia de lo destacado por la prensa internacional especializada sobre el caso PDVSA dedicada a labores fuera de su *core business* como venta de leche en polvo, deportes, apoyo cultural, alimentos, lo que le resta toda seriedad en el mercado.

A nivel de contratación cuenta con una ventaja de peso, puesto que tiene con todo el conocimiento de tierras y experiencia de exploración de éstas, que otras compañías exploradoras-explotadoras no cuentan.

3. EL DINAMISMO CIRCULANTE ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA DEL PETRÓLEO

3.1. EL DERECHO: FUERZA FÁCTICA DE LO NORMATIVO

3.1.1. El pre-derecho

Las normas no son resultado de un proceso científico, o sea, no *necesariamente* son, no hacen parte del mundo de lo fáctico, diría Kelsen. Aunque podemos percibir las sensorialmente en documentos institucionales (de instituciones públicas o de instancias estatales), hay detrás de ellas una voluntad a desarrollar, ésta voluntad es el resultado de una suma de transacciones políticas en las cuales se define cuál es la realidad más determinante y la que merece ser tratada jurídicamente.

¿Es absolutamente libre ése debate? No, de ninguna manera, está siempre limitado al desarrollo de los fines del Estado, que se concentran como lo afirmamos en la dignidad humana. Es decir, el debate es libre dentro del marco del desarrollo de la dignidad humana. Esto implica entonces que sea ésta la que señale los temas a tratar en una determinada realidad a desarrollar por medio de normas y el debate diga el “cómo”, que siguiendo lo anterior vendría siendo el mejor modo de hacer la dignidad humana en la realidad.

En materia petrolera, hay una política, la cual también como cualquier otra define las orientaciones que debe tener el recurso en la economía nacional. Esto implica “hacer uso” del derecho, lo que significa trasvasar las intenciones políticas en normas. ¿Qué significa esto? Un proceso casi que de *justificación* de que ése producto político se ajusta a la dignidad humana y la desarrolla en la realidad concreta. Muchas veces los desarrollos normativos se fijan más en las reglas o cláusulas de textura cerrada de la Constitución y no en su principio originador de la Constitución y de cualquier norma.

¿Cuál es el contenido de la política petrolera en Colombia? Prácticamente se centra en dos puntos que independientes pero concéntricamente han ido definiendo los demás desarrollos jurídicos: la propiedad sobre los recursos del subsuelo y los modos jurídicos de realización de los recursos por medio de los procesos industriales de exploración y explotación. Por lo tanto nos centraremos en éstos dos puntos de *pre-derecho*.

La propiedad, por definición constitución es prácticamente inamovible. Aunque jurídicamente está cerrado el debate, como hemos evidenciado en el curso de éste trabajo de grado, hay serios cuestionamientos al respecto. Sobre los modos jurídicos de realizar el recurso, es decir, de hacerlo económicamente apropiable, negociable, ahondamos en su momento en la historia de la contratación en el capítulo antecedente.

Lo que de estos dos puntos nos interesa son dos cosas:

- Las implicaciones jurídicas de cada punto en relación con la dignidad humana.
- La necesaria interrelación entre un punto y otro, en relación con la dignidad humana.

Para ello, adoptaremos como “lente” de análisis de la política general de hidrocarburos la *renta petrolera y su evaluación*. Éste lente precisamente apunta a afirmar que la renta y su evaluación obedece antes que a criterios económicos, a criterios socio-políticos, en el entendido que hay un análisis de “distribución”, proceso cuya metodología no puede ser entendida ni formulada por ciencias exactas, sino por la misma política¹.

Un estudio sesudo y muy juicioso de la Universidad Nacional – Sede Medellín realiza una definición de la política petrolera colombiana con éste lente:

“Después de haber efectuado un repaso sumario de la política petrolera colombiana se podrá concluir, sin temor a equivocarnos, que ésta política colombiana ha tenido también dos grandes propósitos: el primero, privatizar suavemente la renta petrolera y, paradójicamente, adelantar la máxima captura gubernamental de la misma, incluso en detrimento de la supervivencia general de la compañía petrolera estatal. El ganador del cambio es, en primer lugar, la multinacional y el perdedor neto es la Nación colombiana. No obstante entre los agentes nacionales, gana el gobierno central y pierden Ecopetrol y el ‘concepto’ regalía. Esta diferencia es preciso notarla porque se desea enfatizar la pérdida de poder (y por tanto de ingresos) de los agentes políticos regionales y locales (beneficiarios de buena parte de los ingresos de las regalías) y un fortalecimiento del ya poderoso gobierno central. El gobierno central adecua así el marco jurídico nacional a las exigencias tanto de las instituciones internacionales de crédito (FMI), como de la tecnocracia económica central, enemiga declarada del uso ‘ineficiente’ de los recursos de las regalías; con este movimiento, en general, el poder presidencial se fortalece frente al estamento político tradicional para ‘adecuarlo’ mejor a sus necesidades, so pretexto de la ‘eficiencia’ del gasto público. El gobierno central y su tecnocracia liberal tienen más poder de negociación con la banca multinacional si demuestran ‘buenas medidas’ de mayor liberalización en el sector petrolero y de recursos. Incluso en los paquetes de ayuda militar bilateral de Estados Unidos a Colombia, la cuestión petrolera se ha mencionado expresamente”².

Podríamos preguntarnos entonces, ¿qué sustenta ésta política? El mismo autor en su estimación opina que **la metodología para la aproximación de las rentas petroleras es sesgada**: “La modelación que se adelanta para simular la nueva distribución de los ingresos petroleros es de tipo determinístico; es decir, supone que se trabaja con un yacimiento descubierto; es una suposición que también efectúa Petro Consultants (PC). Se puede objetar que se debe incluir el elemento ‘riesgo’, y por tanto, incluir un factor probabilístico (del tipo de simulaciones denominadas de Montecarlo) para encontrar un yacimiento.

El propósito de tales simulaciones sería trabajar en condiciones más próximas a la realidad. Digamos, de manera general, que este método presentaría como problema a resolver la homogeneización de la muestra de comparación; es decir, se debería tener el mismo esfuerzo exploratorio en todos los países para saber en cada uno de ellos cuál es el riesgo, para

¹ La tasa de ganancia ‘justa’ se determina más por la política que por la economía. Cfr. http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/Cap6_Los_efectos.PDF. Consultado el 25 de junio de 2009.

² http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/Cap6_Los_efectos.PDF. Consultado el 25 de junio de 2009.

efectuar el ‘castigo’ correspondiente a la inversión; tal supuesto es imposible de cumplir pues el observador no tiene el más mínimo control sobre la exploración internacional; Colombia tiene una probabilidad de éxito acumulada del 20% , la cual es bastante buena a pesar de su bajo esfuerzo exploratorio. De este dato, y con el esfuerzo exploratorio colombiano no se puede inferir absolutamente nada: ni qué se va a continuar con esa tasa de éxito, ni qué va a disminuir...Por tal razón se adopta el criterio de comparar legislaciones en las cuales se haya descubierto reservas importantes, o se produzca más de una determinada cantidad de crudo o se tenga reservas remanentes de un cierto tamaño. Es criterio que ha sido adoptado por PC y que, en general, parece razonable. La misma empresa consultora construye un índice en el cual pondera el ya mencionado factor geológico, más el riesgo político y, finalmente, las condiciones contractuales de donde se deduce una cierta distribución de la renta³”.

De lo anterior, nos permite arribar a una conclusión parcial pero segura: los desarrollos legislativos han estado basados en estudios que sobrevaloran el potencial petrolero colombiano, reducen la tasa de riesgos y mantienen el poder en el gobierno central, colocando a la puerta del horno la solución: mejorar la competitividad a partir del contrato petrolero. Éste en gracia de atraer más inversionistas, ha sido acomodado a sus intereses, prueba de ello es la elaboración de espacios de indefinición normativa para una mayor flexibilidad como es el caso de la “negociación directa” que hace el Estado con el inversionista desde la reforma de 2003.

Ésta acomodación de intereses para una “competitividad estrecha” ha estado más que todo facilitada por el poder ejecutivo, a la cual depende la Agencia Nacional de Hidrocarburos sujeta a las orientaciones del Ministerio de Minas y Energía. Esto se debe a que en nuestro país el poder político ha sido generalmente concentrado en la persona del Presidente. Para los inversionistas, desde la perspectiva económica, es muy notable poder contar con la centralización del poder de contratación del Estado en materia petrolera sujeta a un solo poder, puesto que si lo fuera en más, se correría el riesgo de aumentar los costos de transacción y porque es más fácil poder *sintonizar* la regulación del contrato al constante cambio de la realidad petrolera.

¿Con base en qué, el Ejecutivo toma sus decisiones respecto de los contratos petroleros? Más allá de cualquier otro criterio a la larga termina siendo el precio, el cual no responde necesariamente a la realidad de la oferta y la demanda⁴, como se afirmó en el Capítulo I, sino también a factores sociales y políticos, *los cuales si fueran integrados podrían ser previstos*. Es decir, **si el precio y los contratos contaran con la realidad total, se tranzaran los factores y se les diera un valor en las negociaciones, podría el precio reflejar la realidad petrolera más allá de las cantidades y calidades del crudo**. Con un precio que refleja más la realidad total, se daría una mayor seguridad a la economía y se evitaría que intenciones torcidas permitieran cualquier forma de especulación. Ahora, esto implica efectivamente una responsabilidad ciudadana cualificada, sería muy importante favorecer el auge que hay en el momento acerca

³ http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/Cap6_Los_efectos.PDF. Consultado el 25 de junio de 2009.

⁴ “De manera concluyente se puede afirmar que la variable que más influye en la perforación exploratoria, y en general en la actividad prospectiva en el ámbito mundial, es el precio del crudo. Otros elementos han de interpretar el 32% no explicado por el precio”. http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/Cap6_Los_efectos.PDF. Consultado el 4 de julio de 2009.

consumo ético, la cual debe ser correlativa a la *inversión ética* de la que hablábamos en el capítulo II. “El desarrollo nunca estará plenamente garantizado plenamente por fuerzas que en gran medida son automáticas e impersonales, ya provengan de las leyes del mercado o de políticas de carácter internacional. *El desarrollo es imposible sin hombres rectos, sin operadores económicos y agentes políticos que sientan fuertemente su conciencia la llamada al bien común*. Se necesita tanto la preparación profesional como la coherencia moral”⁵.

El tema de los precios por tanto nos debe concentrar la atención, en éstos está reflejado el pacto social sobre el valor que le podemos otorgar al petróleo y porque según éste se mide la competitividad, la cual de nuevo hacemos un llamado en primer lugar para hacerla más amplia y no reducirla a una mera búsqueda de interés⁶ y en segundo lugar para ofrecer análisis de acuerdo con las posibilidades reales de desarrollo del negocio, sin sobrevalorar cada uno de los factores de evaluación en la inversión.

Primer Debate: la propiedad o el debate estático

Colombia consagra hoy la propiedad del subsuelo en cabeza del Estado. La mayor parte de nuestra historia republicana ha replicado ésta disposición. Sin embargo, en honor a la verdad, no siempre la consagración ha sido absoluta. Antes de la independencia, la legislación colonial radicaba todos éstos recursos (en su momento, hierro, sal, carbón) en cabeza de la corona española. Con la independencia las primeras legislaciones nacionales dan continuidad a las disposiciones coloniales buscando hacer un reemplazo progresivo para un derecho más nacional. Ésas búsquedas estuvieron cruzadas por los debates políticos y guerras civiles entre liberales y conservadores, los cuales en búsqueda de un fortalecimiento de sus partidos en varias ocasiones tanto unos como otros, en aras a un *comercio más abierto*, se generan las primeras disposiciones que favorecen la competitividad como renta.

Los discursos, sobretodo liberales, asumieron con fuerza conceptos de la economía liberal inglesa y con ella la necesidad de favorecer con incentivos las grandes producciones. Muchas de las conclusiones permitieron en su momento radicar la propiedad de los recursos en manos de particulares. No era la primera vez que sucedía, ciertos recursos en las épocas independentistas fueron el pago del naciente Estado por servicios prestados a patriotas que lucharon en las guerras que permitieron la expulsión del dominio español en estas tierras. Por éste motivo, cuando vuelven los recursos a manos del Estado con la Constitución de 1886, se dejan a salvo con el *pretexto de derechos adquiridos* en manos de particulares, afirmación que se replica en el actual artículo constitucional.

⁵ BENEDICTO XVI, PP. *Caritas in Veritate*. Bogotá, Ed. San Pablo, 2009, p. 99.

⁶ “No es pues aceptable basar la explicación del descenso en la actividad de prospección petrolera colombiana en el tipo de contratación “poco competitiva”; el punto central ha sido las condiciones de baja en los ingresos para las petroleras a causa de un largo período de bajos precios que se inauguró en 1982 y apenas terminó en el primer trimestre de 1999; el asunto no ameritaría una discusión de una página en este trabajo, a no ser que las argumentaciones oficiales (y del sector empresarial petrolero en Colombia) seguían insistiendo todavía en el primer trimestre de 1999 en el argumento de la competitividad ara presionar una desmejora ante el legislativo, en las condiciones contractuales colombianas, como en efecto se hizo”. http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/Cap6_Los_efectos.PDF. p. 166. Consultado el 4 de julio de 2009.

Así las cosas podemos ver que **históricamente** la propiedad en manos del Estado no ha sido absoluta y caben entonces pensar consideraciones que permiten pensar en formas diversas de propiedad.

El debate nunca se ha cerrado, incluso superando las tesis centralistas y nacionalistas que predominaron en el siglo XX los argumentos de una propiedad no necesariamente absoluta en manos del Estado sobrevivieron. En Latinoamérica la situación no ha sido distinta, aunque se consagra en manos del Estado la propiedad del subsuelo, el debate lo ha empezado a liderar el Dr. Enrique Gherzi, abogado consultor peruano y reconocido académico del derecho económico.

El Dr. Gherzi ha propuesto la necesidad de revisar dicha propiedad viendo la situación del contexto que rodea al negocio petrolero, caracterizada por empobrecimiento, violencia, exclusión y subdesarrollo. Para ello indaga acerca de la historia de la consagración de la propiedad del subsuelo en manos del Estado. En su investigación encuentra que ha habido en la historia dos tendencias. La primera es la romana, la cual afirma que el propietario del suelo lo es desde “los infiernos hasta los cielos”, es decir, en una lógica geométrica afirma que lo contenido en masa vertical de un área de suelo, incluye toda la tierra y todo el aire cabido allí. La segunda, castellana, coloca en manos de la “Corona” los recursos del subsuelo, ya que en la consolidación de los territorios europeos pasada la Edad Media se empezaba a hacer un uso intensivo de productos de la tierra como el carbón y el hierro, los cuales quiso la Corona asumir para sí con el fin de dominar la producción industrial y evitar el crecimiento de nuevos poderes económicos que restaran el político propio que poseía. Dicho pensamiento se aplicó en la conquista, a la entrega de tierras a encomenderos y conquistadores, se quiso preservar el valor de dichos recursos con el fin de asegurar la riqueza en manos de los reyes. La explotación económica estaba dispuesta a condición de entregar al rey una cantidad de material o moneda correspondiente, llamada aún como hoy “regalía”, que como su nombre lo indica es una entrega al rey.

Colombia ha seguido ésta doctrina, asegurar la riqueza en manos del Estado, casi que se tiene por contado y no es un asunto de duda⁷, reafirmando a la vez la propiedad privada con justos títulos de tradición⁸. Ya no es tanto la necesidad de competir con poderes económicos emergentes que puedan restar el poder político del Estado, sino precisamente para favorecer dicho poder económico, el cual hace parte de una misma clase social del poder político desde antaño en los países latinoamericanos, como lo señalaba Consuelo Ahumada y citamos en el capítulo anterior, con implicaciones electorales inevitables.

Afirmando con más fuerza las raíces del poder económico ha venido una ola con el neoliberalismo del análisis económico del derecho en nuestros países. Con ella se ha buscado

⁷ CUERVO PONTÓN, *Introducción al derecho y política de petróleos*. Bogotá D.C., 2001, Pontificia Universidad Javeriana, p.74.

⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 4 de marzo de 1994 C.P. Daniel Suárez Hernández (que condicionaba a que existiera yacimiento descubierto para el momento de regir la Constitución de 86, según el artículo 222 de la mencionada constitución); CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-424 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz; CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 21 de octubre de 1994, C.P. Julio César Uribe Acosta; CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 29 de octubre de 1996 (que resuelve el caso Cusiana con una novedad: la propiedad compartida del subsuelo).

dar una explicación desde la racionalidad económica a los fenómenos sociales con la pretensión de querer explicar toda realidad con el fundamento que no solo son escasos los recursos económicos sino también los sociales y que frente a ello, por medio de incentivos, se puede equilibrar la demanda y la oferta.

El Dr. Gherzi, en ésta ola, afirmó que precisamente la violencia es consecuencia de la indefinición de los derechos de propiedad. Trae a colación la diferencia entre la riqueza que se genera en Estados donde el propietario del suelo lo es del subsuelo, a la riqueza que hay en países como el nuestro. Aunque discrepamos de la metodología de acercamiento del Dr. Gherzi, compartimos su inquietud sobre la “violencia” que rodea al negocio del crudo, ya que la propiedad sí está definida y más bien afincada fuertemente en el Estado, esto es claro para todos. Luego la violencia no obedece a una “definición” o “indefinición” sino a la *justicia* en la riqueza: ¿participan todos? **Éste es el quid y culmen del trabajo de grado**, como señalaba Javier Sanín, S.J. en la cita anotada en la introducción: ¿acaso no tiene nada que ver la situación social con el desarrollo de las actividades económicas relativas al petróleo?

Se podría decir aparentemente que la situación es relativa a la repartición de la renta, pero no es tal. La renta es el resultado de un proceso económico, por lo que allí es donde debemos fijar nuestra atención, **¿es un proceso que satisface las demandas de justicia?** Es decir, las demandas de justicia no están solo encaminadas a buscar índices de renta para todos, sino para *compartir el proceso económico*.

Esto casa muy bien con la consagración constitucional, pues la afirmación constitucional hace radicar la propiedad del subsuelo en la **Nación**, que si bien se dice que es del Estado al llevar a cabo su representación, *ésta no puede ser ejercida más que en relación al desarrollo de la Nación*, es decir, con el reconocimiento de la multiculturalidad que ésta trae consigo, la cual es la implicación inmediata de la dignidad humana al momento de reconocer el pluralismo no solo como un fenómeno válido, sino ante todo *valioso*.

En razón a ello, en una única ocasión, la Ley 70 de 1993 abre la posibilidad de entender la propiedad en función de la cultura: los afrodescendientes, en donde se crea una forma especial de propiedad, la “comunitaria”, eso si extrayendo una vez más la propiedad sobre el subsuelo en el artículo 27. Esto a continuación estuvo seguido por más avances en los que se pretende afirmar la relación que hay entre las actividades económicas y los desarrollos sociales como la participación en las regalías de las comunidades indígenas en la Ley 619 de 2000, el procedimiento de la consulta previa con las autoridades indígenas antes de iniciar una exploración en el Decreto 1397 de 2000, quizás un poco desarrollando el mandato constitucional del art. 33o y el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. **En conclusión, nuestro ordenamiento jurídico no ha sido inerte al reconocimiento de la mutua implicación entre los procesos económicos, culturales y sociales**, por lo cual nos atrevemos a afirmar que *ya hay un germen en el derecho colombiano el cual reconocer que todo proceso es al mismo tiempo social, económico, cultural*.

El caso por excelencia que ahondó esta realidad fue el caso U’wa, en el cual precisamente se verifica la necesidad de **contar con la participación activa en el escenario de configuración de**

los procesos sociales de todos los agentes implicados, así se haya descubierto, como fue el caso, una fuente de renta inmensa, el campo Gibraltar. Seguido a éste caso, siguió y con éxito los tratos con la cultura Zenú a la hora de pasar unos oleoductos por algunas zonas de sus territorios⁹.

Pero lo que más nos inquieta es, resaltando lo anteriormente dicho, que el tema no se reduce a lo relativo a la renta, sino que las demandas de justicia se afianzan con fuerza en lo tocante a la propiedad del subsuelo, **viendo en la propiedad un reconocimiento a su dignidad como personas y comunidades.**

Segundo Debate: las condiciones o el debate dinámico

Éste es el debate más escuchado, el que sale más a flote en los medios y por eso se conoce más. Se refiere a las *condiciones con que se entregan tierras para la exploración y explotación, el tiempo y modo de producción, y la retribución que recibe el Estado con esta concesión: las regalías*. No es de consagración constitucional precisamente por la necesidad de flexibilizarlo según las condiciones que se requieran en cada momento histórico. Se afirma que las condiciones de exploración y explotación es un tema muy cercano a los intereses de los inversionistas, cuando también lo es de interés público. Así mismo se predica de las regalías, que es un tema muy de la repartición económica de la renta en función de las comunidades, cuando también lo es de interés privado. **Hacer una separación absoluta entre el objeto de interés de los inversionistas y el objeto de interés de las comunidades, además de ser irreal, presenta el enorme riesgo de minar la confianza y las posibilidades de construir conjuntamente procesos económicos incluyentes y favorables para todos.**

En éste debate ¿sólo hay una búsqueda de rendimientos económicos? Los hay y están medidos según el esquema de productividad que tienen las empresas, la cual se examina según las estadísticas y toma de riesgos a la hora de la inversión. La productividad es un tema esencial en éste debate y creo que uno de los avances de la última reforma en materia de contratación petrolera precisamente fue el examinar la necesidad de lograr garantizar los más altos índices de eficiencia y productividad para que le sea entregado un campo para su exploración o explotación. Esto es cardinal, pues es una *carga* propia de quien detenta el comando de la industria, que es la empresa petrolera, la cual no puede alegar una disminución en la competitividad en el esquema cuando no ha aplicado los procesos industriales eficientes a los cuales se comprometió o la tasa de retorno no es la esperada a causa de factores no previstos en el contrato, como p.e. puede ser la caída del precio del barril de petróleo como sucedió en los años 90's.

Ahora, respecto al precio, que repetimos debe incluir no solo la valoración de las cantidades y calidades del producto sino también las variables sociales, es el elemento, el objeto por medio del cual se evalúa el éxito del modelo adoptado para la exploración y explotación. ¿Cómo se establece la relación precio con exploración, explotación? En éste momento es así:

⁹ <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis53.pdf>. Consultado el 15 de julio de 2009.

“a. El tiempo o costo de producción. Esta condición es sin duda histórica y variable; el desarrollo tecnológico base del proceso técnico de producción está mediatizado por el desarrollo de la acumulación, la disponibilidad de recursos está condicionada a una cierta disposición natural de ellos y a una capacidad tecnológica histórica. Es la determinación principal.

b. Por determinado desarrollo de la acumulación social e histórica de capital y una consiguiente distribución del ingreso entre los agentes participantes del proceso productivo. En otras palabras, según la estructura social de producción. Este elemento es absolutamente histórico. Aquí estaríamos viendo en acción la composición y elasticidad de la demanda.

c. Por una determinada fortaleza (o debilidad) de la relación de propiedad que permite, ante determinada situación de la acumulación y de organización social, reclamar una cierta parte del excedente social. Aunque todavía no incorporamos la generación inevitable de entropía por la actividad humana, es claro que el mayor empleo de energías fósiles finitas agotará la disponibilidad de energía agregando otro elemento a la fortaleza relativa de la propiedad territorial. La tecnología, que mejore la combustión o los costos de producción, podrían contrarrestar levemente esta situación”¹⁰.

Pasemos al tema de las regalías. ¿Por qué se pagan? Para retribuir el uso del subsuelo, es la misma justificación que se tiene desde la legislación castellana. En pocas palabras **es pagar por un fenómeno de cambio de propiedad**: hacer de un recurso público, como el crudo en la roca madre, uno privado por medio de un procedimiento técnico: la extracción, “abajo es de la Nación, arriba es del inversionista”.

¿Cómo se pagan las regalías? Se pagan en proporción porcentual al municipio, al departamento y al Fondo Nacional de Regalías cumpliéndose con la asignación que de conformidad con la ley se obliga (Ley 619 de 2000). El papel de las regalías ha sido importantísimo con independencia de los escándalos de corrupción sobre el destino de éstas sumas, puesto que socialmente reafirma el poder del derecho de propiedad del Estado sobre el Subsuelo, y regionalmente ha sido una fuente de recursos cardinal para el desarrollo de obras de infraestructura como ha sucedido en los últimos diez años en el departamento del Meta.

Por tanto, las regalías no es una imposición o costo para el inversionista, ya que luego de la explotación desaparece el recurso. A medida que el valor económico del recurso aumenta ha venido un camino de descenso la proporción de regalías y no solo en materia petrolera, lo cual nos genera una intensa inquietud precisamente por las dimensiones del valor de la competitividad como se ha venido entendido, el cual parece entonces reducir la importancia del recurso con el fin de proteger los intereses de los inversionistas *en comparación* con otros países de la talla petrolera nuestra en el espectro mundial.

Por otra parte es de considerar la siguiente realidad. ¿por qué aún cuando hay regalías y éstas son aplicadas eficientemente, la situación social de las comunidades continúa igual y las demandas sociales siguen demandando justicia? Sin querer adelantarnos al siguiente capítulo, es de anotar que parece ser que las demandas sociales no están atadas al goce de los

¹⁰ <http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/teor-renta.pdf>. Consultado el 4 de julio de 2009.

recursos, sino a la propiedad sobre el recurso. Quiero así abrir la posibilidad, romper la rigidez con que se conciben las regalías y la propiedad del petróleo. No parece haber entonces tal lejanía que se predica entre los procesos de exploración y explotación y los procesos sociales, ni tampoco la eficiencia en la repartición de las regalías.

3.1.2. La capacidad de crear realidad de las normas en la realidad petrolera

Las normas petroleras en su forma no tienen otra peculiaridad diferente a las de cualquier otra norma del ordenamiento jurídico. Pero también como cualquier otra norma, dado que hacen parte del mundo *deóntico* su aplicación está llamada a hacer parte del razonamiento en la conducta individual o social. Por ello, para conocer sobre las consideraciones sobre la aplicación de las normas petroleras y su recepción, tenemos que identificar a los operadores jurídicos que están en el centro del negocio petrolero.

Los actores del negocio petrolero en concreto son personas jurídicas, las cuales no tienen conocimientos diferentes a los del negocio. Por tal motivo recurren a abogados especialistas en el tema. Dichos abogados, formados comúnmente entorno a colegios especializados, asesoran el proceso económico del petróleo en su estructuración jurídica. Estas “voces del derecho en el negocio” buscan que este se pueda desarrollar sin mayores impedimentos, sacando del camino cualquier riesgo jurídico.

Esto es correlativo a la realidad del derecho de petróleos mismo, ya que no es regido un una normatividad genérica, sino precisamente por una normatividad *específica y técnica*, es decir, está hecha con mucha precisión para supuestos de hechos que solo ocurren en éste negocio, de allí que sea para especialistas. Esto se debe básicamente a dos razones, a la complejidad de los procesos industriales petroleros y a la vertiginosidad con que la economía petrolera se lleva a cabo. Es decir, la velocidad de los hechos económicos requiere de una misma velocidad en la producción e interpretación de las normas referentes al negocio.

Los abogados relativos al petróleo usualmente están asociados en un Colegio o gremio, como decía al inicio, en el cual buscan por una parte ser reconocidos como *peritos* en el tema, como conocedores expertos, así como ser también un foco de reflexión y conocimiento del derecho relativo al petróleo. Y digo “relativo al petróleo”, pues el derecho del negocio petrolero no es el derecho “del petróleo”, sino que su desenvolvimiento ya introduciendo un conjunto de normas desperdigadas por el ordenamiento jurídico.

En nuestro país, los abogados están organizados funcionalmente en *oficinas o buffet*, y académicamente en el *Colegio de Abogados de Minas y Petróleos*. Por medio de las oficinas y “el Colegio” llega el Derecho al negocio. Dada la complejidad de la vida moderna contemporánea se hace necesaria la división del trabajo, por lo cual se “descansa” en cuanto a las necesidades jurídicas, en especialistas en el tema dedicados del todo en el estudio y aplicación de las normas jurídicas a la realidad que se les encomienda. Este carácter *profesional* de los abogados les da la *capacidad*, del derecho, *de crear realidad jurídica* dentro del marco del ordenamiento jurídico. El caso de los abogados de minas y petróleos no es otra.

Esa capacidad de crear derecho, de ver qué es el derecho en el caso concreto implica considerar lo que se llama como la “situación vital del pensador”¹¹, es decir, las coordenadas como entiende la vida, que en nuestro caso sería el modo como entiende la realidad y como entiende al derecho. Los procesos de “entendimiento”, es decir de lectura y apropiación de la realidad y del derecho están en función de la extracción social y el proceso de formación legal¹². Como es evidente que no todos percibimos ni entendemos del mismo modo, se van generando grupos al interior de la realidad o norma a entender, según la coincidencia de sus lecturas, afincando con vitalidad la necesidad de afirmar como más válida y como más verdadera la posición personal y grupal respecto de las divergentes.

Esto genera socialmente las siguientes consecuencias: “1. Un alejamiento de los operadores jurídicos respecto de los justiciables en especial de los segmentos bajos, que son la mayoría de la población; 2. Una pérdida de importancia del interés público y del valor del servicio social, sustituidos por intereses gremialistas de poder y prestigio; y 3. Un enfoque ideológico notoriamente autoritario, pues se aspira a determinado poder y prestigio solo por el hecho de ocupar una posición como operador jurídico”¹³.

Uno de los lugares donde se acunan las *ideologías* es en las universidades: “Debe recordarse que en el país no hay un sistema verdadero de colegiatura y las asociaciones judiciales son bastante débiles, motivos por los cuales las universidades juegan un papel en la dirección de la profesión, son el epicentro para la formación de subgrupos profesionales con incidencia sobre su curso, además de lo cual representan los principales centros de producción de discursos sobre lo jurídico. Por tanto juegan un papel crucial en las actitudes y los valores de los operadores, constituyendo la puerta de acceso a las diferentes concepciones sobre el derecho, acerca de su entendimiento y uso. Pero, así mismo, en Colombia las facultades de derecho han tenido tradicionalmente grandes nexos con el poder político, el mismo derecho es un mecanismo de poder, los operadores jurídicos son actores de él, y como bien se ha indicado, la enseñanza del derecho es en gran parte un entrenamiento para el ejercicio del poder”¹⁴.

En conclusión esa capacidad de decir o ver el derecho en una determinada realidad está mediada por los profesionales en el derecho minero y energético, los cuales a su vez están mediados por ideologías, cuyo germen se encuentra en las universidades, se acrecienta en gremios especializados y se hace funcional a través de las asesorías profesionales que prestan las oficinas o *bufet* de abogados.

¹¹ MANNHEIM, Karl. *Ideología y utopía*. México D.F., FCE, pp. 71 y 83, cit. por SILVA, Germán. *EL mundo real de los abogados y de la justicia*. Tomo IV – Las ideologías profesionales. Bogotá D.C., 2001, Universidad Externado de Colombia, p. 15.

¹² SILVA, Germán. *Op. Cit.*, p. 16.

¹³ SILVA, Germán. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁴ SILVA, Germán. *Op. Cit.*, p. 25.

3.1.3. Las “políticas jurídicas” o imaginarios a la hora de la aplicación del derecho

¿Cómo se ha visto ésta realidad en nuestro país? La puesta en práctica está atravesada por *políticas jurídicas*, es decir, “casi” una *lex artis* técnica sobre el modo de hacer ver el derecho en una realidad concreta. El derecho se puede producir o interpretar de muchas maneras. Cada cual comporta una determinada manera de entender el derecho y de entender la realidad económica en función de las implicaciones que se desee obtener. Esto va generando en las ideologías profesionales una serie de aproximaciones sobre el modo de acercar el derecho a la realidad.

El petróleo es una realidad muy importante para el mundo como para el país. Generar aproximaciones entre el derecho y la realidad petrolera cobra aún más relevancia, en la medida en que compromete los más altos intereses políticos y económicos. Poner a disposición las normas para la regulación de ésta realidad así como entendimientos acertados es una necesidad de primer orden.

En esto queremos hacer énfasis, en dos puntos que no pueden ser abandonados para cualquier operador:

- Debido a la textura abierta de las normas, acuñando el término de H.L.A. Hart¹⁵, ha dado pie para instrumentalizar el derecho a determinados cauces. Es una situación que exige de los operadores jurídicos la responsabilidad no solo ética sino jurídica de que dichos cauces se ajusten a las necesidades de la dignidad y desarrollo humano en las variables de la realidad.
- ¿Cuál es el conocimiento del contexto de los abogados del petróleo? Quizás en parte por hacer del derecho una disciplina “positiva” que deja de lado consideraciones morales o de cualquier otro tipo, se ha hecho extensión a que el operador jurídico simplemente descarga el contenido normativo que se presume puro en cada realidad. Esto no es así, el operador es un agente político que en primer lugar no considera que el contenido del derecho es neutro y en segundo lugar, sabe que puede interpretar el derecho. ¿Qué realidad le llega al escritorio del abogado en minas y petróleos para poder interpretar una norma jurídica? ¿es la variable de la dignidad humana en concreto la realización de las normas jurídicas petroleras?

Lo importante respecto a esto es la toma de postura y el desarrollo de una capacidad de diálogo. La posición que se adopte, afinada según los requerimientos del desarrollo y ajustada por la dignidad humana debe ser coherente según las necesidades del contexto. En las últimas décadas dos personajes han adoptado con suma seriedad éste posicionamiento vital: los Drs. Hugo Serrano, senador de la República y Dr. Fernando Medina, presidente por muchos años del Colegio de Abogados de Minas y Petróleos. Han desenvuelto desde sus perspectivas sobre la realidad del país, del derecho y de la industria coherentes posiciones que denotan no solo su preparación sino compromiso con el país y el conocimiento.

En una economía globalizada, que parece empezar a virar a nuevos rumbos debe necesariamente acentuar en los operadores jurídicos la necesidad de ver en el desarrollo

¹⁵ HART, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, p. 76

humano principios como la solidaridad, la inclusión y el diálogo nuevas vías y esquemas de ver cómo se ve el derecho en la realidad, un derecho mucho más cercano que vitaliza las diversas perspectivas y las pone sobre la mesa para lograr con creatividad nuevos instrumentos jurídicos que reflejen su inserción en la nueva ola económica mundial, que en materia petrolera significará especialmente la toma de conciencia de las demandas de justicia de las comunidades referencia del negocio del crudo.

3.1.4. Recepción de la economía de las normas petroleras

Los agentes predominantemente económicos tienen la capacidad de percibir el derecho, valorarlo, darle un cauce para la aplicación. ¿Una empresa petrolera cómo ve al derecho petrolero actual? ¿Y el Gremio cómo lo ve?

Es histórica la presencia de las empresas y el gremio como un todo en la producción de normas petroleras, aportando luces y relatos sobre la realidad, haciendo énfasis sobretodo la necesidad de un sector económico fuerte argumentando la centralidad de la energía para la economía nacional y mundial. La racionalización evidentemente incursiona con el esquema neoliberal para la consecución de la mayor renta y la protección de las inversiones.

La Asociación Colombiana de Petróleos – ACP, principal gremio de empresas petroleras, desarrolla sus actividades gremiales hacia el exterior por medio de foros. Allí hemos encontrado una fuente riquísima de conceptos y modos de ver la realidad del derecho para ellos. Su centralidad ha sido el contrato petrolero, ven en éste instrumento el medio de lograr las mejores eficiencias. Su papel en el derecho petrolero es central, debido a su capacidad de convocatoria de sectores especializados en la materia, solidez, seriedad y consolidación política. Precisamente su intervención ha sido encaminada hacia una mayor competitividad para beneficio de sus intereses grupales y se acrecienta en épocas en que se pone precisamente en juego la renta o por la rigidez del derecho o las situaciones de orden público¹⁶.

Su papel, aportes y actuaciones han sido apoyados tanto jurídica como políticamente en círculos gubernamentales. Prueba de ello fue el ejercicio realizado cotejando las visiones de la ACP desde 2003 con el “Acuerdo Gobierno Industria” del Ministerio de Minas y Energía¹⁷. Lo que nos parece necesario comentar sobre esto es la escasa verificación real de las condiciones sociales en el desenvolvimiento de éstos puntos de interés gremial. Es necesario visibilizar a los agentes sociales y sus intereses. El desarrollo humano no puede ser visto solo desde las perspectivas de pocos sino de todos los interesados en la realidad humana. No hacerlo es simple y llanamente faltar al reconocimiento como ese respeto recíproco que se deben los ciudadanos, no ver como valiosa la vida que se desenvuelve en el otro y con ello restarle la dignidad. Con creces desde la modernidad se ha afianzado la necesidad de asimilar la realidad de que los sujetos humanos dependen en la realización de su vida del respeto o de la

¹⁶

http://news.google.com.co/archivesearch?um=1&ned=es_co&hl=es&q=%22Asociaci%C3%B3n+Colombiana+de+Petr%C3%B3leo%22&cf=all. Consultado el 10 de julio de 2009.

¹⁷ http://www.acp.com.co/Asuntos_Econ%C3%B3micos/Exploraci%C3%B3n_y_Producci%C3%B3n/. Consultado el 9 de julio de 2009.

estimación de los compañeros de interacción. **El reconocimiento que el derecho hace a la persona humana se llama *dignidad humana*, su desenvolvimiento en los procesos humanos, *desarrollo humano*, solo así podemos crear un ambiente propicio para desenvolver las pretensiones de justicia que hasta el momento desembocan en empobrecimientos, demandas de justicia y exclusiones que merecen toda nuestra atención. Partiendo de que la dignidad ni se aporta ni se resta, simplemente se es, en esto momentos está siendo vulnerada al ser invisibilizados muchos agentes que son comunidad de referencia al negocio petrolero¹⁸ o por negación o desvaloración de la capacidad o calidad de ofrecer un aporte digno de ser compartido¹⁹, cuando p.e. creemos que un campesino o un indígena poco tienen que aportar en la política petrolera nacional, *heridas morales que nos tienen que importar e incluso doler* a todos los colombianos, las cuales *no están exentas del interés del derecho*, en razón a éstas se enervan en los derechos humanos que parten de la dignidad humana la cual valoriza sin excepción a todo ser humano como un ser capaz de convivir y competente para aportar en cualquier proceso social *pues hacemos parte de un mismo proyecto común*.**

3.2. LA ECONOMÍA: FUERZA NORMATIVA DE LO FÁCTICO

3.2.1. Los hechos económicos y su impacto

La economía acontece en los contextos y es realmente valiosa cuando se conoce, es decir, cuando se mira cuáles son los hechos económicos más notorios y su capacidad de determinar variables de todo tipo. ¿Cómo se insertan en contexto los hechos económicos del petróleo? Comúnmente se conocen por los medios de comunicación, pero en realidad no son los únicos. Los estados financieros de las empresas petroleras, las auditorías, los informes del Departamento Nacional de Estadísticas - DANE y las estadísticas que la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, ofrece a los interesados fuentes de información de notable interés, como p.e. puede ser el Mapa de Tierras. No hay un único medio, son varios y muchas veces son sintetizados por los gremios, por las agencias gubernamentales o sino por la academia.

¹⁸ “En el plano social, la comprensión de que las identidades se forman en diálogo abierto, no configurado por un guión social previamente definido, ha convertido la política del reconocimiento en un plano de igualdad en algo más central y acentuado. De hecho, ha elevado considerablemente sus intereses. El reconocimiento en un plano de igualdad no es solamente la forma apropiada de una sociedad democrática saludable. Su rechazo puede causar perjuicios a aquellos a quienes se les niega, de acuerdo con un punto de vista moderno muy extendido. La proyección de una imagen inferior o degradante de otro puede realmente distorsionar y oprimir en la medida en que se interioriza. No solamente el feminismo contemporáneo, sino también las relaciones interraciales y los debates multiculturales están revestidos por debajo de la premisa de que la negación del reconocimiento puede constituir una forma de opresión. Puede cuestionarse si se ha exagerado o no este factor, pero queda claro que la comprensión de la identidad y la autenticidad ha introducido una nueva dimensión en la política del reconocimiento en un plano de igualdad, que opera ahora con algo similar a su propia noción de autenticidad, al menos en la medida en que concierne a la denuncia de las distorsiones inducidas por otros”. TAYLOR, Charles. *La ética de la autenticidad*. Paidós, Barcelona. 1994. P, 76

¹⁹ “...existen obligaciones recíprocas de tratamiento igualitario universal. Todos los sujetos tienen recíprocamente el deber de respetarse y tratarse como personas con la misma responsabilidad de sus actos. Finalmente, en aquella forma de reconocimiento en la que es afirmado el valor de las capacidades individuales, existen obligaciones recíprocas de participación solidaria que comprenden a todos los miembros de la comunidad de valores correspondiente. Aquí se puede pensar en aquel tipo de consideración particular, la cual nos debemos recíprocamente en la medida en que participamos en la realización de un proyecto común”. HONNETH, Alex. *Reconocimiento y Obligaciones Morales*. En: Estudios Políticos, N° 14, Medellín, Enero-Julio 1999, p. 180.

En su orden, podemos ver un serio interés en los gremios de notar sobretodo los siguientes temas²⁰:

- Atracción de la inversión y confianza inversionista
- Posibilidades en la negociación
- Condiciones de competencia
- Beneficios de la inversión extranjera
- Apalancamiento financiero
- Coyunturas económicas mundiales
- Perspectivas en la región
- Política pública petrolera
- Responsabilidad Social Empresarial - RSE
- Derechos Humanos
- Energías alternativas
- Crecimiento económico
- Impacto regional
- Perspectivas energéticas (en especial el tema de biocombustibles)

Las agencias gubernamentales, por su parte se enfocan más en²¹ ...

- Intervención en el sector
- Sanciones
- Investigaciones
- Estado de cada pozo
- Licencias ambientales y Diagnóstico Ambiental de Alternativas
- Otorgamiento y modificación de licencias
- Actividad exploratoria (sobretudo mostrar las capacidades y proyecciones de Colombia en el tema)
- Producción y consumo nacional (abastecimiento)
- Nivel de exportaciones
- Política de Contratación y sus procesos

La academia en nuestro país trata a su turno se centrarse en²²:

- Impactos sociales (sobretudo en materia laboral)
- Impacto fiscal
- Competitividad
- Riesgos
- Los contratos
- Tendencias mundiales

²⁰ Tomado de los cinco congresos internacionales de minería y petróleo organizados por la ACP.

²¹ Tomado de los Acuerdos Gobierno-Industria: <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/hidrocarburos/Comite.pdf>, http://www.minminas.gov.co/minminas/hidrocarburos.jsp?cargaHome=3&id_categoria=161. Consultados el 9 de julio de 2009.

²² Tomado de publicaciones académicas (libros y artículos en revistas científicas) de universidades del Portal Web que agremia las editoriales universidades colombianas (www.libreariadelau.com) buscando como criterio de búsqueda el término "petróleo" en las categorías de Derecho, Ciencias Sociales y Ciencias Políticas.

- Interacción política-derecho-economía del petróleo
- Condicionamiento de procedimientos de contratación y judiciales en la inversión.
- Derechos Humanos
- Conflicto y Petróleo
- Recursos Energéticos
- Caso venezolano
- Papel industrial del petróleo en la economía colombiana
- Impacto ambiental de la exploración

En conclusión podemos decir que generalmente están dados más en términos de *desarrollo, industria, inversión, energía e impacto social*, quizás tal vez porque la política nacional de hidrocarburos sea uno de los grandes retos frente a una industria tan cambiante.

De nuevo invitamos a articular el debate más hacia un reconocimiento de la validez de los discursos de todos los agentes, no podemos, más aún en aras de una economía que en ciernes predica una mayor responsabilidad en función de la dignidad humana, una instrumentalización del mercado, incluyendo el energético, en función del bien común, relativizando la centralidad que ha venido imponiendo el “precio”. **Una mayor inclusión es el inicio y condición.** Dice Habermas sobre este carácter de “condición”:

“Como los principios de una moral que se ha vuelto autónoma plantean una pretensión análoga a la pretensión de conocimiento, en ellos se separan también validez y génesis, al igual que en los discursos pragmáticos. Tras la fachada de una validez categórica puede ocultarse y hacerse fuerte un interés no generalizable, pero que se caracteriza por su fuerza y por su capacidad de imponerse., Y esa fachada puede levantarse tanto más fácilmente cuanto que la rectitud de los mandatos morales, a diferencia de lo que ocurre con la verdad de las recomendaciones técnicas o estratégicas, no guarda una relación contingente con la voluntad de los destinatarios, sino que liga a ésta racionalmente, es decir, desde dentro. Para romper las cadenas de una universalidad falsa, esto es, de la universalidad simplemente supuesta de principios universalistas selectivamente escogidos, y aplicados de forma insensible al contexto, siempre fueron menester, y lo siguen siendo hoy, movimientos sociales y luchas políticas, a fin de que esas experiencias dolorosas y del dolor de los humillados y ofendidos, de los heridos y destrozados, de ese dolor que ya no se puede reparar, aprendamos que en nombre del universalismo moral no puede excluirse a nadie, ni a las clases subprivilegiadas ni a las naciones explotadas, ni a las mujeres domesticadas, ni a las minorías marginadas. Quien en nombre del universalismo excluya al otro, otro que tiene derecho a seguir siendo un extraño para su otro, está traicionando sus propias ideas. Solo mediante una radical liberación de todo lo individual y diferente, sólo mediante una liberación radical de las biografías individuales y formas de vida particulares, puede acreditarse ese universalismo del igual respeto a todos y cada uno y de la solidaridad con todo aquello que tiene rostro humano”²³

²³ HABERMAS, Jürgen. *Usos de la Razón Práctica*. Berlín, Erläuterungen, 1991, p. 134

3.2.2. Los canales políticos

Los hechos económicos son pasados por una clase de “tamiz” por el cual se identifican, se separan, se toman unos y se excluyen hechos según el momento económico y político del momento. La política, movida por profundos deseos, al interpretar el mundo siempre tomando unos valores tiende a absolutizar unos hechos como a relativizar otros según el foco de luz de sus valores se lo indique.

Para la conformación de la *cesta informativa* que luego van a asumir los agentes, es necesario hacerla cada vez más dialogal, poder hacer que los canales políticos estén hechos por los relatos que cuentan la vida misma, aunque hablamos en economía de “hechos” y “recursos” económicos, ante todo éstos hechos y recursos están vistos desde el relato de vida. Es realmente enriquecedor poder contar lo que nos pasa, lo que imaginamos, lo que queremos hablando. Los relatos es la vida vista desde una perspectiva que como decíamos siempre es tan valiosa como otra: “para identificar y entender lo que alguien hace siempre tratamos de colocar el episodio particular en el contexto de un conjunto de historias narrativas, historias tanto del individuo del que se trate como de los ambientes en que actúa y que actúan sobre él. Va quedando claro que esto nos sirve para hacer inteligibles las acciones de otros, teniendo en cuenta que la acción en sí misma tiene carácter básicamente histórico. Porque vivimos narrativamente nuestras vidas y porque entendemos nuestras vidas en términos narrativos, la forma narrativa, es la apropiada para entender las acciones de los demás. Las historias se viven antes de expresarlas en palabras, salvo en el caso de las ficciones”²⁴.

Creo que en honor al valor de la vida, no podemos mermar relato alguno. Los indicadores económicos hacen parte del debate así como las razones políticas del gobierno y el valor religioso de las selvas para los indígenas. Si, todos los relatos son subjetivos, un ejercicio necesario es empezar a creer que contamos con visiones desprovistas de objetividad, que antes que “verdad” buscamos “dignidad” y para esto se hace necesario poder **creer que la legitimidad se desprende del consenso social**.

Aquí entonces se hacen vitales los mecanismos políticos, los cuales son *vías de expresión*, en esto las dosis de creatividad son todas bienvenidas. El aseguramiento de un diálogo abierto requiere de formas novedosas que hagan ver las diferentes perspectivas que se tienen sobre las necesidades, los deseos en un proceso social determinado. Acá de nuevo, para cerrar éste aparte dos condiciones en éste reconocimiento y narrativas vitales de donde puede percatarse cuál es el trasfondo de ese consenso social que arriba mencionamos y justifica por ende la necesidad de las vías de diálogo, mi reconocimiento y mi responsabilidad en un circuito de vidas que se desarrollan y buscan participar en el contexto y la vida valga la pena ser vivida.:

- “Soy aquello por lo que justificadamente me tengan los demás en el transcurso de una historia que va desde mi nacimiento hasta mi muerte; soy el tema de una historia que es la -mía propia y la de nadie más, 'que tiene su propio y peculiar significado.
- “Yo no sólo soy alguien que tiene que dar cuentas, soy también alguien que puede siempre pedir cuentas a los demás, que puede poner a los demás en cuestión. Soy parte de sus historias, como ellos son parte de la mía. El relato de la vida de cualquiera

²⁴ MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona, Crítica. 2001. P. 263.

es parte de un conjunto de relatos interconectados. Además, este pedir y dar cuentas tiene un papel importante en la constitución de los relatos. Preguntarte qué hiciste y por qué, decir lo que yo hice y por qué, sopesar las diferencias entre tu declaración de lo que hiciste y la mía de lo que yo hice, y viceversa, son constitutivos esenciales de toda narración, excepto de las más simples y más escuetas”²⁵.

Por tanto, tanto el reconocimiento del empresario, del ingeniero, del obrero y de la secretaria es un deber de todos entre si, sus narraciones hacen parte del tejido del que hago parte, ya que la **dignidad humana se construye socialmente en los procesos sociales mismos, así no necesite practicarse para que exista, ¿cómo hacer posible la vida digna si no partimos de la vida como cada cual la ve: sus relatos?** De nuevo, esto atañe al derecho, los dispositivos jurídicos que se emplean no pueden desconocer que implican el modo de ver la vida, su interpretación y aplicación determina el fin de la norma que es realizar la dignidad humana en el caso en concreto. *Creemos que la política son los discursos de corte ideológico, no, la política son los relatos vitales que me explican como persona y como comunidad*. No hay posición política que parta de la nimiedad de las cosas sencillas que nos pasan a todos, nadie deposita su voto en unas elecciones porque, habiendo investigado por una semana en una biblioteca, considera que la seguridad social merece un mejoramiento, sino porque en el servicio de salud la semana pasada no atendieron adecuadamente a un familiar.

3.2.3. Recepción de los estamentos jurídicos de los hechos petroleros

Los operadores jurídicos del derecho petrolero, que vendrían a ser los abogados y agencias gubernamentales, toman las normas una vez ocurre la fecha de inicio de vigencia. Cuando llegan lo que se hace es *sistematizar*. Es decir, lo que se pretende es incluir estas nuevas regulaciones y ver de qué modo se encuentran relacionadas con el resto del ordenamiento jurídico del petróleo. La pretensión de sistematización es propia de los ordenamientos jurídicos positivos occidentales, es de por si una premisa con la cual funciona el mismo derecho en razón de la *completud* con que se asume al ordenamiento jurídico, es decir, que toda realidad está cubierta por norma alguna.

Ésta pretensión está consagrada en nuestro país en la serie “Temas mineros y Petroleros” del mismo gremio, en el cual una comisión académica en dos oportunidades (1995 y 2005) recopiló de todo el ordenamiento jurídico las normas relativas a los negocios petroleros, haciendo énfasis en el modo como el derecho colombiano responde suficientemente a las demandas de claridad en derechos determinantes al negocio: los tocantes a la propiedad, los tributos y costos de producción.

Es muy importante notar que la pretensión de orden, sistema y coherencia lógica interna del ordenamiento jurídico se traslada a la práctica jurídica del día a día. Está fuertemente marcada en la mente de los abogados que tratan temas petroleros hacer notar que el derecho petrolero puede perfectamente ser un sistema lógico y con coherencia interna capaz, como si fuera una máquina, transformar una realidad en un producto terminado. *Prácticamente, no hay hecho que no esté cubierto por una norma*.

²⁵ MACINTYRE, Alasdair. *Tras la virtud*. Barcelona, Crítica. 2001. P. 270

Lo que si nos parece importante anotar acá es ¿qué tipo de análisis sistemático se hace en la actualidad que permita ver en la realización de los derechos no solo un sistema sin antinomias o lagunas, sino una apuesta por el desarrollo de las comunidades de referencia? La interpretación jurídica no puede ser solo un mirarse las normas entre si y afirmar que entre unas y otras pueden cubrir toda realidad, ése, consideramos, no es en exclusiva el tipo de aproximación adecuada, pues la interpretación está en función de los fines mismos del derecho que en nuestro Estado Social de Derecho está la creación y concreción de condiciones reales de desarrollo de los derechos fundamentales.

3.3. EL DINAMISMO CIRCULANTE

3.3.1. Políticas económicas energéticas como piso del debate

El derecho y la economía no son ruedas sueltas, están puestas en un mensaje entre el uno y la otra en un ambiente político. No necesitamos proponérselo para que exista el derecho y la economía, menos para que estén en tensión, la cual en pocas palabras podemos decir está *administrada* por la política, es decir, con base en ella se define qué tanta tensión y qué tanta respuesta entre el uno y el otro se puede dar.

En éste ambiente de debate en que se desenvuelve la tensión economía-derecho es donde se hace un tipo de “mapa” por el cual los actores definen su “campo de batalla”, es decir, es el lugar de encuentro: el esquema de desarrollo. Su importancia es esencial en tanto las políticas económicas acuden necesariamente a éste para darle cumplimiento, enfocarlo a las necesidades del momento.

La formulación de las políticas está en dos lugares institucionales donde se concentra la actividad política económica energética: en el Consejo Nacional de Política Económica y Social - Conpes, y el Ministerio de Minas y Energía. El Conpes se expresa por medio de documentos que son cartas de navegación sobre aspectos puntuales para el desarrollo económico; a su vez el Ministerio se expresa por medio de los Planes indicativos a nivel sectorial, y los planes operativos y de desarrollo administrativo como autoridad política del sector.

Tanto el Conpes como el Ministerio desde diez años para atrás han venido encausando su papel para fortalecer la exploración y explotación en razón a los escasos hallazgos significativos.

Enmarcando esto en un concepto más global encontramos los Índices de Desarrollo Humano los cuales tan abiertos como flexibles a las diferentes aplicaciones posibles, traemos a colación el “corte” que consignan: *un mínimo vital*. Como principio estructural a los procesos humanos es la primera piedra de toque que se debe incrustar en los cuestionamientos más fundamentales sobre la vida humana vista desde las políticas económicas energéticas. Por tal motivo, queremos subrayar que parte de la responsabilidad política de los agentes en el hacer e interpretar el derecho está marcado por la garantía del mínimo vital.

3.3.2. Actores y Roles

Para que el dinamismo funcione, según el funcionalismo, en un sistema cualquiera se requiere que los actores estén en coherencia con su rol, es decir, se prevea en términos generales cuál va a ser su comportamiento. Esto *empieza por la convicción* de los agentes económicos y jurídicos de que su rol es el que corresponde. Cada rol a su vez implica un comportamiento determinado que deja ver en el fondo una intención clara, es decir, partimos de la base que los agentes no actúan por capricho sino motivados por algo que los lanza o buscan que viene a ser lo que los caracteriza.

Analicemos los actores en los dos movimientos. En la teoría económica lo primero que se enseña es cómo sucede la economía lo que se hace presentado el flujo familia-empresas-Estado-Familia, significando con esto cómo la familia ofrece el trabajo a las empresas, las empresas sus impuestos al Estado y el Estado las garantías jurídicas mínimas y el “bienestar” como toda prestación para satisfacer los mínimos vitales. Parto de la necesidad de reconocer que en los particulares, las familias, las empresas y el Estado hay en la base un deseo de bienestar individual, pero al mismo tiempo que hay un mínimo de reconocimiento de la sociedad en la que viven, es decir, de un mínimo de competencias con las cuales los seres humanos se expresan y conviven unos con otros, unas *capacidades humanas básicas*²⁶.

Partir de saber que otras personas tienen estas capacidades y yo las tengo es el mínimo para la **construcción de ciudadanía**, la cual es la que configura al sujeto en la posmodernidad, afirmándolo como valioso en su vida y perspectivas de sentido, por encima de cualquier divergencia política, filosófica, religiosa, sexual o étnica. A éste proyecto pertenecen todos los colombianos y colombianas, *es un escenario* al ser punto de partida de cualquier entendimiento de proceso social y económico, como el de los negocios petroleros y al mismo tiempo es un *imperativo social*, en el entendido de ser éste proyecto el mínimo compromiso que tiene una persona hoy al convivir con unos pares en cualquier que sean sus circunstancias determinadas. En este escenario e imperativo examinaremos los procesos económicos petroleros y las perspectivas vitales de los agentes jurídicos relacionados a ellos para un mundo donde todos cuentan pero teniendo que asegurar que la vida, la legitimidad viene del reconocimiento de lo público como una de las prioridades desde una perspectiva colaborativa²⁷.

²⁶ Vida, salud física, integridad física, sentidos-imaginación-pensamiento, emociones, razón práctica, afiliación, relación con otras especies, juego y control sobre el propio entorno. Cfr. NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Buenos Aires, Ed. Espilo, p. 88.

²⁷ El tradicional protagonismo y vanguardismo del Estado, centrado en el poder económico y político y en sus competencias burocráticas clientelistas es relativizado entonces por una cultura de la cooperación que mueve el poder de la solidaridad de los asociados en la sociedad civil: se busca con esto renovar las relaciones entre sociedad civil y Estado (Cunill Grau 1997). Ya no se trata ni siquiera de que el público sitie al Estado sin pretensiones de conquista (Habermas 1998, pp. 435, 526, 528, 612); se busca más bien una interrelación entre el centro y la periferia en continua actividad desde uno y otro polo como sucede con corrientes de agua que circula desde fuera hacia el centro o al contrario, mediante sistemas de represas, esclusas, canales más amplios y más estrechos, corrientes de opinión y contracorrientes de autoridad por parte del Estado, presiones que van cediendo o que inclusive pueden llegar a romper posiciones aparentemente resistentes. La opinión pública en sus diversas figuras, también como deliberación política y participación democrática, inclusive como movimientos sociales y de desobediencia civil, es la corriente desde la periferia; las políticas públicas, las leyes, las acciones del ejecutivo son las respuestas desde el centro del poder. El ideal es cuando, de acuerdo con la última metáfora, se logra la cooperación entre el Estado y la sociedad civil para optimizar

Las actividades económicas son múltiples, de muy variado color y no son agrupables en una lista, razón por la cual el derecho reconocer que además de los que ha “visto” (artículo 19 del Código de Comercio) se asumen también los que son “en relación” y los “mixtos”. Indudablemente, estos actos económicos (que allí se llaman “de comercio”) en el trasfondo está la búsqueda de lucro. Respecto al mundo petrolero, ¿cuáles son los actos económicos más relevantes? Acercándonos a los registros mercantiles de las empresas petroleras, averiguando cuáles son sus actividades en su objeto social hemos encontrado que tienen alguna o las tres siguientes funciones básicas: exploratoria-productora, comercializadora y refinadora²⁸.

Las actividades por sus dimensiones y capacidad de impacto está direccionadas y encaminadas al interior de una política de Estado o de Gobierno sobre el tema. En los últimos años el direccionamiento apunta a mejorar los hallazgos para garantizar la riqueza petrolera y por otra parte empieza a preocupar la necesidad de generar productos y procesos ambientalmente amigables. “La preocupación actual que suscita la depresión de la actividad petrolera colombiana es de naturaleza económica, pues el alivio que antes significara un superávit de la balanza comercial puede ahora convertirse en déficit y dolor de cabeza, y no se ha previsto cómo se ajustará la economía a la nueva situación, que haría decaer aún más a los ya deteriorados indicadores macroeconómicos. ¿La solución? Aumentar la inversión petrolera estimulando a las compañías a invertir sus capitales en Colombia en la búsqueda del hidrocarburo. En pro de este objetivo, los Gobiernos recientes han modificado la legislación y las reglas de juego, con tal de conseguir que la inversión petrolera en Colombia sea mayor, y así conservar esta importante fuente de recursos y mantener la condición de autoabastecimiento de energía, fundamental para cualquier economía”²⁹.

Vine acá la pregunta ¿de qué modo se construye ciudadanía acá? O mejor aún ¿está la perspectiva de colaboración mutua presente en las prácticas económicas entre el Estado y la sociedad civil? **Es de primera necesidad partir que los procesos económicos no son inmunes a la construcción de una ciudadanía en la cual los ciudadanos y ciudadanas no pueden encontrarse al margen, sino ser partícipes por las vías jurídicas o las que la sociedad civil preste apuntando a una democracia más real, incluso diríamos mejor “efectivamente participativa”.**

En cuanto a los actores de derecho, en un mundo de Leyes, Decretos, Acuerdos de la ANH, actos administrativos relativos al tema a su turno, prácticas empresariales, encontramos por una parte un cúmulo de “potestades” en tanto *competencias* para la generación de normas *erga omnes* o *inter-partes* en el sector privado como en el sector público. Quizás uno de los avances más patentes de la posmodernidad es precisamente esa relativización entre lo

así la participación ciudadana y la procura del bien común tanto por parte del Estado como por parte de las organizaciones de la sociedad”. (subrayas fuera de texto) HOYOS, Guillermo. *Ética y educación para una ciudadanía democrática*. En: Camino hacia Nuevas Ciudadanías. Pontificia Universidad Javeriana. Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR y Departamento Administrativo de Bienestar Social. Bogotá, 2002, p. 34.

²⁸http://www.ecopetrol.com.co/documentos/38400_Estatutos_Sociales_de_Ecopetrol_S_A_-_actualizados_reforma_estatutaria_06-11-2007.pdf. Consultado el 10 de julio de 2009.

²⁹

http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/central_doc/Archivos/118/18_Determinantes%20de%20la%20inversio%20en%20exploracion%20y%20explotacio.pdf. Consultado el 10 de julio de 2009.

privado y lo público, la clásica concepción romana de un derecho para particulares y uno para “la cosa pública” empieza a desboronarse pues es realmente difusa la frontera entre un derecho y otro. Consideramos que éste fenómeno está animado por las nuevas perspectivas que sobre el derecho se tienen, donde hay un cierto grado de reconocimiento de las implicaciones jurídicas públicas de los acuerdos privados y una revitalización de escenarios privados, como p.e. el fuero interior. Esto sin lugar a dudas a puesto al descubierto la necesidad de reconocernos como *comunidades humanas en red* que disponen las normas para la comprensión de las necesidades y si, una búsqueda de soluciones articuladas desde la solidaridad. A opinión del Dr. Guillermo Hoyos, esta nueva situación abre las puertas para un nuevo entendimiento de la sociedad, donde los acuerdos y prácticas son manifestaciones de comunicación que buscan y requieren, si es que la democracia deseamos, ser compartidos, dialogados y representados para abrogar toda forma de violencia, la cual afirma el filósofo es manifestación del no diálogo³⁰.

En esto entonces nuestro llamado a valorizar mucho más los escenarios de diálogos que aportan a la construcción de acuerdos que son por todos legitimados. Por esto decimos, sin temor a equivocarnos, que sería de inmensa utilidad darle un valor casi que jurídico a la serie de negociaciones que se realizan entre las compañías petroleras y las comunidades de referencia como una valoración, *en tanto realizan las pretensiones de dignidad humana desde el reconocimiento de plúrimas perspectivas*. Actores y roles no reconocidos, nos augura nuevas violencias.

3.3.3. El día-a-día de la relación derecho-economía

El día a día está dado básicamente por el influjo de los hechos económicos petroleros internacionales y su capacidad de influjo en la toma de decisiones nacionales, con especialidad en el precio como continuamente hemos dicho. De nuevo afirmamos la necesidad que éste refleje mucho más que condiciones meramente económicas, sería ideal que la famosa competencia fuera también por las condiciones en que se desarrollan los negocios y el precio pudiera reflejar tal situación.

El día a día ha sido una preocupación pues se ha buscado darle una mayor agilidad y rentabilidad al negocio, gracias a la flexibilización de la que hablamos en el segundo capítulo. Parte del cambio ha sido la concepción de las nuevas formas de contratación. El camino recorrido, como hemos dicho, ha tenido dos grandes momentos que es el contrato de asociación y ahora el “contrato de concesión moderno” de 2003. Sin embargo no podemos

³⁰ “El principio de la democracia es la posibilidad de que todos los comprometidos en el Estado de derecho, puedan reconocer libremente como válidas las normas que lo constituyen. Esto significa que hay un reconocimiento de la rectitud de las normas. Pero esto no siempre es posible... [p]ero parece que antes de esto **la democracia debe buscar una ‘acomodación mutua’, un acercamiento mutuo, una comprensión recíproca, inclusive para que se acepte la ley de la mayoría como momento de la democracia participativa.** La ventaja de una concepción comunicativa como profundización y democratización de la democracia, en el sentido expuesto, es que **se puede aspirar a acuerdos sustantivos mínimos, sin que el no alcanzarlos signifique la imposibilidad del acuerdo sobre la democracia misma como forma de ordenar el Estado de derecho: solución de conflictos y organización de programas para el bien común**” (negritas fuera de texto). HOYOS, Guillermo. *Ética y educación para una ciudadanía democrática*. En: Camino hacia Nuevas Ciudadanías. Pontificia Universidad Javeriana. Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR y Departamento Administrativo de Bienestar Social. Bogotá, 2002, p. 34

quedarnos con que la relevancia jurídica para el mundo del petróleo son solo los contratos, ya que el negocio cuenta con importantes costos y otro tipo de información los cuales están a la orden del día como una lluvia de datos de interés, como p.e. las cotizaciones de bolsa, el precio del barril, la situación de orden público en países exportadores, en fin.

Sin embargo los datos más importantes son los relativos al precio internacional, y en su orden, la probabilidad de hallazgos, el índice exportador, la capacidad refinadora, el transporte y la fortaleza financiera que puedan las empresas petroleras mostrar. Hay unos menos recurrentes pero sumamente importantes, como las fusiones de empresas, las capitalizaciones (como en el caso de Ecopetrol) y toda determinación que afecte los poderes de mercado pues a nivel mundial y nacional. El manejo de ésta información es una de las competencias que los agentes petroleros del día a día, como los *traders*, aprenden a manejar con inmensa ventaja creando ya un mapa de la realidad con inmensa facilidad.

No solo ellos están al tanto de ésta realidad sino también los interlocutores políticos, quienes desde sus perspectivas ideológicas van señalando la orientación que debe dársele a la flexibilización y al orden económico en materia de hidrocarburos. Su acumulación va dando determinadas formas que generan inquietudes a los políticos como a los agentes económicos, los cuales traducen en formas jurídicas, comunicados o eventos académicos para *desenvolver* el contenido de realidad. **Es de anotar, que el negocio petrolero así se proyecte en la historia, prácticamente es un negocio del día-a-día que requiere de inmensas dosis de información y busca dispositivos para traducir sus perspectivas de respuesta frente a ésta.** Si pudiéramos ver qué hilo atraviesa toda ésta información noticiosa que llega, hemos encontrado precisamente la pretensión de *competitividad* en diferentes épocas de las últimas dos décadas.³¹

³¹ Veamos un poco de noticias y su evolución en Colombia:

“Una reforma a la política petrolera podría comenzar a abrirse paso con el fin de volver competitivo al país en el sector de los hidrocarburos. Aunque Colombia no es una nación petrolera, buscará atraer mayores recursos y arañar una buena parte del mercado internacional. En el concierto internacional, el contrato de asociación colombiano es considerado como el más exigente..”

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-454681>. 23 de junio de 1996. Consultado del 14 de julio de 2009

“La revista Oil & Gas Journal, una de las más prestigiosas del ámbito petrolero mundial, acaba de revelar lo que para las multinacionales que operan en Colombia es una verdad de a puño: el país ofrece uno de los más bajos atractivos económicos para el negocio de producción de crudo en el mundo. En su más reciente edición del 26 de mayo pasado, la publicación trae una reveladora encuesta en la que se analizan los 324 sistemas fiscales que rigen la industria petrolera en 159 países del mundo” 4 de agosto de 1997. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-642079>. Consultado el 17 de julio de 2009.

“Los recientes cambios en materia de política petrolera han contribuido a que Colombia salga del sótano en competitividad mundial. Dos reportes internacionales ubican al país en una posición media entre las naciones que producen hidrocarburos”. 6 de abril de 1998. <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-757285>. Consultado el 17 de julio de 2009.

“En buena hora Colombia instauró una política (desde 1999) para mejorar su competitividad y atraer estos capitales petroleros, ya que esto ha permitido triplicar los niveles de inversión y multiplicar por seis la perforación exploratoria anual en el país”. <http://www.elespectador.com/impresso/cuadernilloa/negocios/articuloimpresso-petroleo-nubes>. 7 de noviembre de 2007. Consultado el 17 de julio de 2009.

“Las empresas petroleras se están retirando de Colombia, que en una época llegaron a ser el lugar más atractivo de América Latina para realizar inversiones petroleras”. 20 de abril de 1998. http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-1248143_ITM. Consultado el 17 de julio de 2009.

“En buena hora Colombia instauró una política (desde 1999) para mejorar su competitividad y atraer estos capitales petroleros, ya que esto ha permitido triplicar los niveles de inversión y multiplicar por seis la perforación exploratoria

Esto nos lleva entonces acercarnos al tema de la competitividad, ¿qué es? ¿qué pretende? ¿cuántas formas de competitividad se pueden albergar?

3.4. LA COMPETITIVIDAD COMO EL DISCIPLINADOR Y FLEXIBILIZADOR DEL FLUJO

3.4.1. “Emperador de la renta”

Cuando se supo para qué se mueve la rueda y sobretodo cuando se pudo darle una utilidad, nació la competitividad, que es **la utilidad de las cosas al mayor beneficio**. Si, la competitividad como un *movimiento direccionado hacia la maximización*. Ahora se habla del término en los manuales de administración como una novedad, pero en el fondo la maximización para competir con otro agente es quizás lo esencial en términos prácticos.

Lo que sucedió en los procesos industriales de hace dos siglos largos fue la exaltación del valor de las cosas cuando la técnica hizo posible el apoderamiento del acto de “producir” gracias a los avances que con la razón se hicieron en el siglo XVIII. Allí se empieza a acuñar el término de “utilidad” como valor, pero con el estricto y único objetivo de crear riqueza. Esto para el empresario se forjó como un sinónimo de “renta” que para la historia económica del momento significó la acumulación de capital. En razón a éste pensamiento nació la economía liberal clásica (Smith, Ricardo) y la concepción de los procesos industriales en las coordenadas de tiempos, espacios y productos (Taylor).

La concepción hoy por hoy a continuado afirmando el valor de la renta como la percepción de recursos útiles (aprovechables) –utilidades-, centrándose la renta como causa de las actividades productivas hoy, es la causa *dirimiente* para las actividades que realizan: si no hay renta los productores no producen. Esencialmente es un “dejar hacer” por cuanto, es centrarse en los aspectos de mayor renta (clusters) y dejar libre las formas de asegurarla. Esto implica que la competitividad está medida es en la capacidad de generar renta, es decir, en la capacidad de generar más recursos que permitan un fortalecimiento de los actores económicos de quienes presumimos un genuino interés en obtener una tasa de retorno por

anual en el país”. <http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/negocios/articuloimpreso-petroleo-nubes>. 7 de noviembre de 2007. Consultado el 17 de julio de 2009.

“El establecimiento de una contraprestación por precios extra-altos del petróleo para los nuevos contratos de exploración y producción que propuso ayer el Gobierno tendrá un impacto en la competitividad del país para atraer inversión extranjera”. http://www.dinero.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=48591. 29 de mayo de 2008. Consultado el 17 de julio de 2009.

“De acuerdo con un análisis que le fue presentado a las autoridades energéticas por parte de la ACP, varios países en la coyuntura de los precios altos han acudido a aumentar las cargas impositivas y fiscales para obtener una mayor renta petrolera, y en muchos casos han perdido competitividad”. http://www.portafolio.com.co/economia/economiahoy/2008-07-18/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4381841.html. 18 de julio de 2008. Consultado el 17 de julio de 2009.

“La historia petrolera colombiana enseña que la inestabilidad de la política petrolera tiene efecto demoledor en la competitividad del país, independientemente de que haya precios altos a nivel internacional y/o grandes descubrimientos”, señala la ACP, gremio que representa los intereses de las empresas petroleras establecidas en el país”.

http://news.google.com.co/archivesearch?q=petr%C3%B3leo+competitividad+colombia&num=100&hl=es&ned=es_co&scoring=t. Consultado el 17 de julio de 2009.

las inversiones realizadas. Quizás en un Estado gendarme ésta perspectiva de competitividad es la más propia y la más trabajada. Pero ¿en un Estado Social de Derecho es posible darle vía libre a éste estilo de competitividad?

Inquieta la pregunta pues ha sido centrada como incluso el “toque de Midas” para hacer del país un elemento esencial para el desarrollo: “Uno de los elementos básicos para la disminución de la pobreza y el logro de la equidad social es obtener un crecimiento económico sostenible y mayores índices de empleo estable con seguridad social. El Gobierno promoverá entonces la creación de la nueva industria nacional de base tecnológica que le dé valor agregado a nuestros recursos y productos, así como la promoción de programas comunitarios de acceso a nuevas tecnologías de la información como herramienta para la generación de empleo y autoempleo. Para ello buscará que el desarrollo científico y tecnológico se aplique adecuadamente, introduciendo innovaciones dirigidas al sector productivo, con miras a desarrollar el emprendimiento y facilitar la competitividad”.³²

Concretamente añade unos enunciados claros:

“4.2 Agenda Interna: estrategia de desarrollo productivo. En el marco de la Agenda Interna, se estructurará una estrategia de desarrollo productivo sostenible orientada a producir más y mejor, que a la vez se oriente hacia una transformación productiva. Esta estrategia se abordará de manera simultánea desde dos vertientes diferenciadas pero a la vez complementarias, una vertiente transversal y una estrategia de programas sectoriales de alto impacto. Se implementarán acciones sobre las necesidades comunes a todos los sectores productivos.

Las acciones estratégicas de tipo transversal prioritarias en materia de competitividad serán agrupadas en las siguientes líneas:

- i) Desarrollo empresarial, innovación y desarrollo tecnológico;
- ii) Ahorro, inversión y financiamiento;
- iii) Capital físico;
- iv) Capital humano; y
- v) Instituciones para el desarrollo productivo.³³

“Los sectores o encadenamientos productivos de mayor contenido de conocimiento y desarrollo tecnológico serán el sujeto prioritario de la política selectiva de desarrollo productivo. Podrán ser consideradas como prioritarios y sujeto de programas sectoriales de alto impacto, aquellos sectores o actividades productivas que reportan un elevado potencial de generación de empleo e ingreso, una amplia cobertura espacial en el territorio nacional, un

³² http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/GCRP_PND_2006_2010/LEY_PND_2006_2010.pdf. Consultado el 13 de julio de 2009. Y en el mismo documento se sigue aplicando a campos específicos como el desarrollo de la economía rural, concepción de la empresa, integración económica en el continente, servicios financieros, el *Sistema Nacional de Competitividad*, infraestructura, biodiesel, TIC's, educación y trabajo “por competencias”, agro, jurisdicción, Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, corredores de competitividad, en fin es un **valor transversal a mucos ámbitos humanos sobre los cuales recae la planeación económica estatal.**

³³ http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/GCRP_PND_2006_2010/LEY_PND_2006_2010.pdf. Consultado el 13 de julio de 2009

evidente potencial de inserción competitiva en mercados globalizados y que creen una demanda derivada con fuertes efectos multiplicadores sobre el resto de la economía”³⁴.

La renta, por tanto es el corazón de la competitividad en el Plan Nacional de Desarrollo así mismo se ha entendido en las normas que lo han desarrollado. En capítulo II se habló *in extenso* del modo como se incorporó el concepto en nuestro país. Se debe decir de una vez que no es solo un término económico, es también un valor para el derecho, que aún dentro de su andamio axiológico con el cual la Constitución configuró al ordenamiento jurídico, la competitividad es un valor en un Estado Social de Derecho que pretende ser una instancia gubernativa que favorezca las actividades industriales y comerciales, donde antes de impedirlos, se empeñe en lograr que éstas obtengan un beneficio³⁵. Es decir, es un valor económico relevante en términos económicos cuyo contenido ha sido definido con fuerza desde los años 90’s con el contenido que se dijo que era desde hace dos siglos.

Podemos preguntarnos ¿Todas las actividades económicas o relativas a estas están movidas por renta? Bueno, no necesariamente, muchas veces hay prescripciones de orden jurídico o las “buenas prácticas” –que son las relativas a la responsabilidad social empresarial o RSE-. Estudiemos esto: las prescripciones son las legales, como los impuestos, las obligaciones laborales y de seguridad social, etc., las cuales **necesariamente** deben ser cumplidas. Las segundas, como podemos percibirlos en éstas épocas de crisis financiera mundial, están dependientes a la posibilidad de otorgar una parte de la renta a éstas obligaciones sociales, las cuales independientemente del motivo, son buenas en su esencia, pero **no necesariamente** deben ser cumplidas: no pasa nada si se incumplen, p.e. si se clausura el apoyo a un comedor comunitario. Hacemos este examen para hacer ver que **no toda actividad que realice una empresa está enfocada a la búsqueda de renta**, o mejor aún, **hay también otros intereses no necesariamente económicos en el trasfondo de una actividad empresarial**, como p.e. puede ser favorecer el desempeño deportivo con el premio “deportista del año” del diario El Espectador. Así las cosas *confirmamos que los agentes no son exclusivamente egoístas y buscan solo su beneficio*, hay un cierto grado de compromiso también con las variables del contexto que *mueven* a la empresa a actuar de determinado modo.

Sin embargo la aguerrida competencia que algunas veces se torna desleal, con el fin no ya de ganar sino de permanecer en el mercado, excluye las posibilidades de hacer de las empresas un sujeto que exclusivamente viva para la renta. Es decir, *no puede ser tolerable en términos económicos que los agentes económicos reúnan sus esfuerzos para sobrevivir, allí, en la perspectiva de mercado de la nueva economía de la que hablamos en los capítulos anteriores, no se puede permitir*. Aún éstos nuevos avances no son jurídicos, están “cocinándose” en la nueva teoría económica donde se detienen las grandes asimetrías y prácticas que reduzcan el número de competidores del mercado.

³⁴ http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/GCRP_PND_2006_2010/LEY_PND_2006_2010.pdf. Consultado el 13 de julio de 2009

³⁵ Es importante anotar que es un valor tratado por manuales y prácticas empresariales y por el derecho de cuyas noticias solo tenemos su mención, no su conceptualización ya que no ha habido desarrollos al respecto. No es gratis esta situación, es parte de la flexibilización del derecho, ya que encasillar la “competitividad” a un determinado concepto deja la competitividad como un concepto amarrado a una perspectiva: la de la renta.

Las empresas, al mismo tiempo, no tienen la intención de violentar el derecho, pero si quieren un derecho que quieran y/o puedan cumplir. A partir de los noventa inició una preocupación seria por las *cargas que tenía la renta* de las empresas, como p.e. fue la “carga” prestacional, causa por la cual se creó el sistema de seguridad social que hoy nos rige. Sin embargo el derecho no es solo un instrumento de la economía, pues no solo responde a los agentes económicos más relevantes, los empresarios; **es también un mensaje político que se hace posible**, se hace realidad, por medio del reconocimiento del “resto” de la sociedad en razón a la dignidad que reviste a todos los individuos, la cual no es *una política sino la política*. A su vez, **la economía no es un trapo con el cual el derecho juega**, parte del arte de los operadores jurídicos es hacer valer los intereses de los afectados por la norma, quienes además de darle legitimidad (en la perspectiva de Habermas que arriba vimos) es necesaria la representación. Sin embargo las pretensiones políticas esenciales del derecho, relativas a los derechos humanos y los derechos mínimos para el desarrollo humano no pueden en ningún modo ser llevadas de calle por los intereses de la renta ciegos. **El llamado es a dialogar, a crear un tejido de normas que permitan el favorecimiento de los actores del negocio. Si hay tensión, la mejor forma de dar cauce es el diálogo.**

Puede decirse frente a esto que *una golondrina no hace verano*. Y si, es cierto, por lo que nuestra propuesta se encarrila, anticipándonos al siguiente capítulo, a fortalecer una nueva cultura económica, unas relaciones internacionales mediadas por ésta nueva cultura y una apuesta por las nuevas formas creativas de incluir en precios, acuerdos y estructuras los intereses legítimos de los ciudadanos que en procesos sociales construyen ciudadanía. Los lineamientos del último Foro Económico Mundial en Pittsburgh (Estados Unidos) deja claro que se avecina la nueva era de la economía, que bien ha dicho Stiglitz, nobel de economía, es una era de solidaridad y economía para el desarrollo posible y sostenible donde las variables sociales y ambientales cumplen un papel preponderante.

Esto pone de frente al Estado para ver en la renta ya no la única razón o motivación de la actuación de las empresas petroleras, las cuales, globalizadas como la economía en crisis de éste comienzo de siglo, entienden bien que lo que se llamó “capitalismo salvaje”, una competencia sin límites, no es tolerable, es decir, raya con las pretensiones de la humanidad, con la misma gravedad con que se realiza una invasión militar o se asesina a alguien³⁶. El mercado tiene cauce ¿por qué no el que le señale las peticiones de justicia que en el concierto social se reúnan? La creación de un ambiente de “lo público” resulta fundamental, pues es donde opera lo comunicacional y allí la legitimidad de nuestras actuaciones y la del poder del Estado Social de Derecho³⁷.

³⁶ “La virtud llamada de la tolerancia surgió en Occidente precisamente como una respuesta moral, y política, a problemas de violencia como los que venimos describiendo. Hace bien por eso Carlos Thiebaut, el filósofo español, en su estupendo ensayo reciente sobre la tolerancia, al concentrar su atención en este aspecto fundamental del concepto –en lo que llama el “**rechazo del daño**”– y al establecer un vínculo directo entre el surgimiento de dicha noción en los inicios de la modernidad y el contexto contemporáneo de las comisiones de la verdad en el mundo. Lo dice enfáticamente el famoso título de la Comisión argentina: “**Nunca más**”. Nunca más debíamos aceptar semejante nivel de inhumanidad y de violencia, nunca más debíamos permitir el daño al otro, nunca más debería ocurrir un hecho tan brutal como el asesinato de Galán” (negritas fuera de texto). GIUSTI, Miguel. *Informe Final de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación en el Perú*. <http://www.cverdad.org.pe/ifinal>.

³⁷ “...lo público está en el medio, es condición necesaria y suficiente para que la sociedad civil se organice políticamente y haga fuerte el Estado de derecho. Quienes ignoran lo público, hacen cortocircuito desde la sociedad civil hacia la política,

Con éste nuevo movimiento viene un cambio de orientación de, un nuevo pensamiento, de *reglas del juego*, **no es la total novedad**, es un proceso de ajuste a éstas aventuras de capital que fluyen en el mundo desde la caída del Muro de Berlín hace 20 años que se reflejará, en nuestra opinión, en los siguientes factores:

- Regulación del mercado
- Revalorización del papel interventor del Estado
- Concepción acerca de las finanzas y su papel en la economía
- Relación de inversiones
- Aseguramiento de la competencia no guiada hacia el mejor precio como también hacia la configuración del poder de mercado.
- Inserción de valores sociales y ambientales

Así las cosas, es un *jaque* a la renta “como emperador”, se le reconoce que las dimensiones con que asumió las riendas del poder mundial rayaron incluso en lo descabellado en ocasiones, por lo que ahora, conociéndole bien se le asume en la realidad de su poder para combinarlo con otros factores que son valiosos, pero cuya valía estaba en la sala de espera. Aunque en una economía globalizada sin fronteras, aparece el acercamiento al redescubrimiento de otros valores que dan más sentido a nuestra sociedad.

“Mundializar” la nueva economía es el reto. Más aún, *conquistar el corazón de la industria energética para éste fin*, es quizás unas de las jugadas maestras a la cual estamos a la espera, pues como lo explicamos con amplitud en el Capítulo I, es un dinamismo que empuja fuerte las pretensiones económicas de otras industrias. Incluso sería muy estratégico darle prioridad a las zonas que económicamente o políticamente son más vulnerables, puesto que las nuevas propuestas traerían a escena las nuevas representaciones sociales con las cuales se inaugura el desarrollo humano para el siglo XXI.

Éste es precisamente el interés de éste trabajo, poder lograr modelar las conductas guiadas por la competitividad en la industria del petróleo con el fin de que sabiendo guiar la búsqueda por la renta del petróleo, no se afecten el resto de industrias y así el poder político, sujeto a la economía. Antes se hablaba de las dos espadas: la iglesia y el poder civil, hoy hablamos también de dos espadas que gobiernan: la economía y el Estado. De la independencia de éstas dos, guardando lo mínimo depende la sostenibilidad de un orden global organizado.

Creemos, ya para cerrar este aparte, que la necesidad de un orden nuevo está en base a un llamado a la **responsabilidad por el desarrollo de los pueblos como un derecho de éstos e**

fomentando formas de comunitarismo autoritarias en nombre de la comunidad, o ignoran la sociedad civil y son autoritarios en nombre de cierto liberalismo autoritario desde un Estado en manos de expertos. Ambas visiones de la política contemporánea debilitan la cultura de la participación, cuyo espacio sólo puede ser un ámbito de *lo público* fuerte y profundo. Lo público permite, gracias a la crítica y a la organización social y política ir transformando el poder de la dominación en poder legítimo, con base precisamente en el ‘poder comunicativo’, generado en procesos de formación y cultura democrática. Lo público y la educación se corresponden así como las dos caras de la misma moneda. De aquí la necesidad perentoria e irrevocable de un buen sistema de educación público, sin el cual la educación privada sí es privatización, y el Estado carece de auténtica legitimidad democrática”. HOYOS, Guillermo. *Ética y educación para una ciudadanía democrática*. En: Camino hacia Nuevas Ciudadanías. Pontificia Universidad Javeriana. Instituto de Estudios Sociales y Culturales PENSAR y Departamento Administrativo de Bienestar Social. Bogotá, 2002, p. 34

inherente a la dignidad humana³⁸, en especial dentro de los procesos económicos que son los que marcan el rumbo de la globalización³⁹.

3.4.2. Disciplinar y Flexibilizar en los horizontes de la economía globalizada

La fuerza de la competitividad es implacable. Ha logrado hacerse regla y permear los ambientes del pre-derecho, del derecho y de la economía buscando condiciones “más competitivas”, que como decías se orientan a la generación de renta. En aras a una economía como la describen las dos últimas citas, es necesario descubrir el modo como la economía disciplina y flexibiliza el resto de la autonomía.

- El disciplinador. Se refiere con ésta función, que como un padre hace con su hijo, solo se permite “lo competitivo” y así mismo se castiga “lo no competitivo”. Es decir, permite la vida o no permite la vida según el criterio. Es quizás una de las racionalidades más arraigadas en la modernidad, según descubrió Michel Foucault, quien a partir de patrones de normalidad o anormalidad se otorga una clase de *destino*: la exclusión de la sociedad en su vida ordinaria, por el peligro de “contagio” que pueda restar los impulsos del progreso.

Adoptando el pensamiento de Foucault aplicándola a la economía, se ha definido el competido “débil” y el competidor “fuerte”, determinado así quién es el anormal y cargar así su destino: la exclusión. Sin lugar a dudas trae este pensamiento una carga altísima de una especie de *darwinismo social*, donde solo los más fuertes sobreviven. Precisamente en los Estados Sociales de Derecho que aparecen en la segunda posguerra detectan exactamente ésta realidad y tomando un nuevo viraje adoptan la necesidad de asegurar la vida del débil, el cual cuenta con una dignidad humana intrínseca, es decir, **se hace reprochable que los fenómenos humanos “débiles” respecto de los “fuertes” sean excluidos del mundo vital humano**. Así las cosas someter la economía todavía a una “supervivencia” como hablábamos apartes atrás, es forzar las relaciones sociales a una lucha donde la ley es *la ley de la selva*. Quizás el esfuerzo más notable en éste sentido ha sido la utilización que se ha hecho de los

³⁸ “Ahora bien, de acuerdo a todo lo que antecede, podemos percibir un alejamiento entre el discurso sobre el DD [derecho al desarrollo] y la propia realidad del mismo. Pero, esto no debe llevar a la conclusión de que la cuestión constituye mera “retórica” o que lo que no se ha logrado actualizar tenga que negarse como una cuestión de deber. Más bien, esta situación debe llevarnos a *re-pensar con responsabilidad*, los modelos dentro de los cuales se están desarrollando los procesos actuales en los diferentes ámbitos relacionados con el tema y que inevitablemente están teniendo consecuencias de las que debemos responsabilizarnos”. LONGITUD ZAMORA, Jacqueline. *El derecho al desarrollo como derecho humano: entre el deber, el ser y la necesidad*. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 6, 2002, p. 52.

³⁹ “También es necesario plantear la cuestión (Conill,1996:52-56; Sen,1989) de qué se entiende *por* y cómo se materializa *la* economía. Toda vez que, precisamente este punto de partida tiene importantes consecuencias sobre la efectiva realización del DD [derecho al desarrollo], de esta manera sí la concepción económica parte de la autonomización y de la negación de las diversas relaciones posibles con otras esferas, así como de la percepción del sujeto como aquél que interpreta la realidad sobre el principio de beneficio (maximizar las ganancias individuales), no cabe lugar para la cooperación y la solidaridad. Bajo este esquema o concepción de lo económico –dominante de hecho– tampoco a lugar para los ideales universalistas, basados en ciertos principios y valores que las naciones tienen razones para valorar”. LONGITUD ZAMORA, Jacqueline. *El derecho al desarrollo como derecho humano: entre el deber, el ser y la necesidad*. En: Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 6, 2002, p. 56.

mecanismos de participación en las rondas de comercio a nivel internacional en el seno de la Organización Mundial de Comercio, donde se busca precisamente ofrecer herramientas donde las inevitables asimetrías de poder sean aprovechadas para eliminar competidores. **No ser “colaborativo” en el ambiente mundial de competitividad no producirá los mejores resultados.** Con esto entonces empezamos a percatarnos que aún en la economía global no es legítimo, no es tolerable que no se ordenen en cierto grado de armonía las pretensiones que en un contexto se elaboran quizás en vista de que saboreamos ya la necesidad de un nuevo orden mundial⁴⁰.

¿Qué concepto ha adoptado Colombia de competitividad? Eso es muy importante pues a partir de éste se han desarrollado las políticas públicas de desarrollo. Hay una fuente: El informe Monitor (que tomó el concepto de Porter, que es la visión norteamericana de la competitividad). Éste informe afirma que la competitividad es como un “diamante”: éste parte de cuatro factores, a saber, Estrategia, Cluster, Demanda y Factor, los cuales dependen de dos variables que hacen la altura del diamante: las posibilidades y el gobierno –entendiendo por éste último su capacidad de crear política y derecho a favor de éstas cuatro variables-. Sin embargo esto está por definirse si juegan a favor cinco factores⁴¹. Como contraposición se encuentra el modelo de la **competitividad sistémica** (alemán) que parte precisamente de una competitividad como desarrollo humano puesto que cuenta con un sistema de valores no exclusivamente económicos. Sus presupuestos son:

“Con base en los elementos de la competitividad sistémica y asumiendo que las acciones compiten para mantener e incrementar sus estándares de vida, el World Competitiveness Yearbook enuncia 10 reglas de oro para la competitividad, a saber: a) crear un contexto legislativo estable y predecible; b) desarrollar una estructura económica flexible y elástica; c) invertir en

⁴⁰ “Acertadamente dice Marta Oyhanarte que nos encontramos en la necesidad de elaborar un nuevo contrato social, una nueva legalidad internacional que garantice un orden mundial más justo. Más justo significa mayor equidad, porque no son viables las sociedades donde conviven la extrema pobreza con la extrema riqueza. Más justo significa una nueva legalidad internacional que legitime y dé vida a valores básicos como ética, solidaridad, confianza, respeto por los derechos humanos, cuidado del medio ambiente, tolerancia, justicia. Juan G Tokatlian, profesor de Relaciones Internacionales de la Universidad de San Andrés ha escrito⁷ que se trata de establecer un orden que combine y armonice las lógicas de la política, del derecho y de la moral. **La lógica política, sustentada en la eficacia del poder, y la lógica del derecho, basada en la validez de las normas, deben apoyarse en una sólida ética capaz de brindarles legitimidad. Prácticas, reglas y valores se entrelazan. Se requiere concretar un orden eficaz y legal, pero sobre todo justo.** En ese sentido, el resultado de la lucha colectiva contra el terrorismo no puede revertir el proceso de democratización mundial, resquebrajar el imperio de la ley ni estigmatizar a ningún conglomerado humano. El nuevo orden internacional necesita más democracia, más legalidad y más pluralismo” (subrayas y negrillas fuera de texto). GRÜN, Ernesto. *El derecho después del 11 de septiembre de 2001*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 5, 2001, p. 4.

⁴¹ La entrada de nuevos competidores (que deben luchar respecto de las economías de escala, diferenciación del producto, necesidades de capital, desventajas de coste independientes del tamaño, acceso a canales de distribución y favorabilidad política para la entrada a un mercado), el poder de los proveedores y los compradores, los productos sustitutos y la lucha por una posición favorable en el mercado. http://74.125.47.132/search?q=cache:qny2Xkq7utwJ:sabanet.unisabana.edu.co/postgrados/desarrollo_humano/Ciclo_I/aprendizaje/PORTER%25205%2520FUERZAS%2520Y%2520DIAMANTE%2520DE%2520LA%2520COMPETITIVIDAD.doc+informe+monitor+competitividad+colombia&cd=10&hl=es&ct=clnk&gl=co. Consultado el 15 de julio de 2009.

infraestructura tecnológica y tradicional; d) promover ahorros privados e inversiones internas; e) desarrollar agresividad en los mercados internacionales, así como atracción para la inversión extranjera directa; f) enfocarse en calidad, rapidez y transparencia en el gobierno y en la administración; g) mantener una relación entre los niveles salariales, la productividad y los impuestos; h) preservar el tejido social mediante la reducción de la disparidad salarial y el fortalecimiento de la clase media; i) invertir fuertemente en educación, especialmente en el nivel de secundaria y en la formación a largo plazo de la fuerza laboral, y j) equilibrar las economías de globalidad y de proximidad para asegurar la creación de riqueza, mientras que se preserva el sistema de valores que los ciudadanos anhelan (IMD, 2006)”⁴².

¿Por qué se adoptó el modelo norteamericano? Creemos que no solo se debe a que el informe Monitor se hizo con base a éstos criterios, sino porque han sido los que políticamente favorecen más a la clase económicamente dirigente del país, que como una vez más afirmamos y comprobamos, cuenta con estrecha vinculación con la clase políticamente dirigente del país. **Respecto de las pretensiones del Estado Social de Derecho, la dignidad humana, la economía que empieza a nacer y las perspectivas de responsabilidad desde el reconocimiento y la ciudadanía opinamos que la adopción de la competitividad norteamericana desdice y contraría los principios y valores antes anunciados, en tanto dicho esquema tiende a absolutizar los deseos de renta en desmedro de la consideración de los factores sociales, económicos y culturales que hacen parte de la realidad a la cual se pretende transformar desde la participación de los implicados en los procesos sociales.**

Ésta competitividad estrecha, reinante hasta el momento es la que le ha dado color y contenido al concepto como ha sido entendido en Colombia. Podemos decir entonces que ésta perspectiva *colonizó* el concepto por lo que **invitamos a repensar el concepto y quizás darle un contenido mucho más incluyente y pluralista**⁴³. En nuestra perspectiva ha marcado nuestro derecho⁴⁴ las perspectivas norteamericanas y privilegiando concepciones antropológicas que reducen al ser humano como un ser solo racional o económico⁴⁵. *Romper el dique nos permitirá abrirnos a concepciones de*

⁴² www.ulibertadores.edu.co/?idcategoria=2350&download=Y. Consultado el 15 de julio de 2009.

⁴³ “Para que una nación, región o empresa llegue a ser competitiva, requiere de un largo y complejo proceso, donde se articulen las acciones de los diferentes actores que de una u otra forma determinan el ambicioso camino de la competitividad”. www.ulibertadores.edu.co/?idcategoria=2350&download=Y. Consultado el 15 de julio de 2009.

⁴⁴ “Los diferentes instrumentos para medir la competitividad de los países, evidencian la diversidad de criterios y definiciones que se han desarrollado alrededor de dicha temática. Esta situación ha llevado a los gobiernos a generar políticas heterogéneas para fomentar e impulsar la competitividad del país, que bien se podría decir apuntan a los criterios establecidos por alguno de los métodos de medición internacional de la competitividad que el país toma como referente” www.ulibertadores.edu.co/?idcategoria=2350&download=Y. Consultado del 15 de julio de 2009.

⁴⁵ “La teoría económica ha utilizado tradicionalmente el paradigma de la acción racional para explicar las acciones y decisiones individuales por el deseo de maximizar la diferencia entre costes y beneficios. Desde esta perspectiva, se ha considerado que la racionalidad instrumental que actúa en el mercado se manifiesta a su vez en la acción individual eficaz. Ésta, no obstante, no puede considerarse la única forma posible de racionalidad que guía la acción humana. Por el contrario, el *homo economicus* no es sino un concepto, ubicado como eje central en determinadas concepciones de la teoría económica, de un espécimen difícilmente encontrable en la realidad. Es más, este *homo economicus* adopta en

derecho desde la vida, desde la "legitimidad" (no solo validez) de las normas cuando hay participación los implicados, como lo hemos venido anotando. No hablamos de revoluciones, sino de cambios.

- La flexibilización. Es la tendencia con que se ha moldeado el derecho en los últimos en razón a la concepción de eficiencia que se ha desenvuelto a raíz de la ola neoliberal de los noventa. Es consecuencia de la competitividad, es un fenómeno propio que aparece cuando éste valor se hace imperante en todo el mundo. Flexibilizar el derecho es hacerlo blando, no hacerlo rígido en su creación y aplicación. ¿Cómo? Adecuando las exigencias jurídicas a los intereses de renta de quienes cabalgan los intereses de la competitividad, esto es, reformando prescripciones jurídicas que atañen directamente a la generación de **renta**, como las obligaciones laborales y fiscales en primer lugar. Esto así, ya que el derecho se muestra ante la realidad económica como un alto costo frente a los intereses económicos y por eso se hace necesario abrir espacios mucho más flexibles, escasamente regulados con el fin de permitir mejores maniobras en el terreno económico puesto que se está ahora en un panorama de riesgo y competencia.

El derecho es en esencia un sistema de multivalores que se pondera a la hora de la creación o interpretación del derecho. Al haber tomado un esquema unívoco de competitividad ha dejado por fuera la *ponderación de valores* a la hora de darle un enfoque a la competitividad que responda más a las demandas del conjunto de la sociedad que a los intereses económicos de quienes detentan el poder de la industria del petróleo, que es lo que nos ocupa. Por ello, **proponemos que llegada la hora de la nueva economía mundial se abran los espacios para el debate y la construcción del concepto con la mayor participación.**

No es esto un fenómeno que ocurre en Colombia, es un asunto de globalización. Es imposible pensar un mundo más rápido, más globalizado, los mercados permean fáciles en las distintas sociedades. *La velocidad con que la globalización como fenómeno económico y cultural debe verse reflejada en la economía y derecho local, pero en ambos niveles logrando la mayor inclusión.* Creer que el derecho no se ve afectado con la globalización es no tener en cuenta que el derecho si tiene relación con la realidad.

Es quizás éste el gran reto que se le ha presentado a la filosofía política ya que encuentra el papel del Estado y su manifestación, el derecho, en unas condiciones respecto de las cuales se

muchas ocasiones la principal característica del hircocervo: su inexistencia. La ciencia económica, en su pretensión explicativa mediante teorías basadas en modelos económicos que reducen la complejidad de la conducta humana a los esquemas de la racionalidad instrumental, topa constantemente con dificultades en su cometido explicativo, poniendo de manifiesto la inadecuación empírica del modelo. Lo mismo sucede con otra ciencia social: el derecho. Ésta presupone la racionalidad del legislador, quien va a presentar unas características que le dotan de la máxima eficiencia en la construcción del sistema jurídico. El modelo del legislador racional adoptado por la dogmática jurídica genera la ilusión de que las normas legales existentes son óptimas, lo que, por supuesto, no tiene en muchas ocasiones nada que ver con la realidad y, en otras, limita las posibilidades de plantear reformulaciones críticas de las normas vigentes. VIDAL I AULADELL, Felip. *Reflexiones sobre los límites del modelo de acción racional en la economía y en el derecho*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 5, 2001, p. 265

ve retada la justificación del Estado y del derecho tanto por las nuevas tecnologías como por la legitimidad social de estos dos⁴⁶, a punto tal de aventurarse en preguntar si en ésta era de globalización el Estado podrá salir inerte en su viabilidad⁴⁷ con las categorías y métodos existentes que más se acercan a su fecha de vencimiento que a su prosperidad. Dice el filósofo del derecho argentino: “Los nuevos sistemas que han aparecido en el mundo globalizado y el que está en ciernes ante la rápida fusión entre hombres y máquinas plantea retos de envergadura a los juristas como puede observarse fácilmente en los reiterados(e ineficientes) intentos de seguir aplicando normas estatales y de derecho internacional a situaciones que escapan a sus límites y jurisdicciones. Entender las estructuras, funciones y mecanismos operantes en los mismos, poder crear modelos útiles de los mismos, será necesario para que puedan constituirse en adecuados instrumentos de regulación de sectores de la sociedad mundial que cada vez cobran mayor importancia y trascendencia. La íntima vinculación de los mismos con aspectos sustanciales de la cibernética y la robótica, como asimismo la complejidad ínsita en su funcionamiento a nivel mundial hacen que, indudablemente un enfoque sistémico y cibernético de los mismos sea útil para su tratamiento por la teoría y la práctica jurídicas”⁴⁸.

En una Economía Globalizada

El esquema de competitividad actual que coloca al Estado en una posición bastante exigente de tal manera que haga del derecho una herramienta para los índices de competitividad parece por el momento no contar con un fin cercano. Y **no es acabar con la competitividad, eso claro, es modelarla de conformidad con un sistema más humano donde más valores dialoguen y se pueda hacer de ésta, la competitividad un valor cruzado por más valores con escenarios sociales participantes y más representativos de las subjetividades más afectas, tanto positiva como negativamente por el sector de hidrocarburos. No es una necesidad caprichosa, ideológica, o discursiva, nos jugamos con la inclusión la legitimidad del Estado y del Derecho haciendo la democracia condición y consecuencia si se asegura la dignidad humana y los derechos fundamentales en los procesos sociales para posibilitar tanto una vida digna como un proyecto Nación sostenible**⁴⁹.

⁴⁶ GALINDO HERNÁNDEZ, Carolina. *La teoría del Estado en la era de la globalización: algunas aproximaciones y problemas pendientes*. En: HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo (comp.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires, 2007, CLACSO, p.170 y ss.

⁴⁷ A esto es que se ha llamado (mayoritariamente) un Estado fracasado, en razón a que no son capaces de monopolizar la fuerza y no controlan el territorio, fenómenos causados en el caso del contexto latinoamericano por las intestinas violencias que cruzan la historia de nuestros países que no dejan más conclusión que una serie de injusticias en la distribución de la renta y acceso al poder político. Es el fin de la apuesta por el “universalismo estatalista”. Cfr. ROTBERG, Robert, CLAPHAM Christopher y HERBST Jeffrey. *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*. Bogotá D.C., 2007, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, pp. 41 y ss, y 246 y ss.

⁴⁸ GRÜN, Ernesto. *Los nuevos sistemas jurídicos del mundo globalizado*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 4, 2001, p. 9.

⁴⁹ “Los derechos fundamentales presentan en la teoría habermasiana una doble dimensión: son, de una parte, **condición de posibilidad de los espacios públicos democráticos y, de otra, construcciones o elaboraciones intersubjetivas de sujetos autónomos que se reconocen mutuamente libres e iguales en tanto autores de las normas – esto es, autolegisladores– y miembros de una comunidad jurídica**. Esto posibilita el ejercicio de la autonomía privada y la autonomía pública de los individuos, como miembros activos de una comunidad jurídica, pues como afirma Habermas, **sin democracia es muy difícil que exista Estado de derecho**” (Negrillas fuera de texto). DURANGO ÁLVAREZ, Gerardo A. *Aproximación a los derechos fundamentales desde una perspectiva habermasiana*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 4, 2001, p. 34.

Sin embargo, “las cartas están echadas” y el derecho actualmente está siendo ésta herramienta importantísima con la cual la renta y las perspectivas de producción se amarran a un modelo necesariamente “más eficiente” sin más consideraciones a valores del contexto en donde se desenvuelven los negocios. La política estatal de competitividad a futuro, podemos decir, “hasta ahora empieza” y ésta necesidad de disciplinar y flexibilizar hacia el futuro parece estar cada vez más arraigada, ya que según se ve en el Conpes, está atravesando múltiples sectores institucionales.

En el sector energético, el informe Harrison Lovegrove⁵⁰ nos da unas pautas acerca de la competitividad en el sector. Parte afirmando que si bien la industria petrolera colombiana es modesta, está muy bien posicionada, asegurando que eso se debe al cambio de paradigmas en el esquema de contratación, la administración neutral de la Agencia Nacional de Hidrocarburos – ANH, la privatización de Ecopetrol y el buen ambiente político en términos de inversión. Partiendo de allí consideran que:

“La buena estrategia trata de reaccionar a los cambios del contexto externo alineando el posicionamiento y las competencias internas, para así evitar amenazas y capitalizar oportunidades:

- Mejor aún, es anticipar tales cambios en el contexto externo y actuar de manera proactiva.
- Colombia debe entonces comenzar a pensar en escenarios futuros para continuar siendo competitiva en atraer inversores de riesgo: para así suplir adecuadamente su matriz energética para generaciones futuras;
- y si soñar no cuesta nada, ser un exportador de excedentes”⁵¹

Y concreta el mismo informe qué se debe hacer:

- Aumentar las reservas en las cuencas establecidas, mediante la reducción del el umbral económico a campos maduros y marginales
- Eliminar las entropías de seguridad (sobre-costos)
- Incentivar la exploración de frontera
- Promover las fuentes alternativas de energía

Podemos decir sin temor a equivocarnos que mientras la globalización sea el fenómeno cultural predominante la competitividad será “el valor”, por lo tanto no podemos ser ajenos al contenido de la “competitividad”, puesto que el exclusivo contenido de renta mantendrá los intereses precisamente en los aspectos industriales y de renta.

Ahora... ¿qué ha implicado esto para el derecho? Implicó una ola de reformas al mismo ritmo con que la economía va alcanzando las pujas por la competitividad. Como iniciaba éste trabajo, el “derecho es vida humana objetivada”, así que reflejará todas las tendencias que busquen mejorar el posicionamiento, la funcionalidad, la identidad de los agentes en la red

50

<http://www.petroleum.com.ve/files/File/Congreso%20Colombiano%20de%20Petroleo%20y%20Gas/carlosgaribaldi.pdf>.

51

<http://www.petroleum.com.ve/files/File/Congreso%20Colombiano%20de%20Petroleo%20y%20Gas/carlosgaribaldi.pdf>.

social que vivimos hoy influida por la competitividad. Ya hemos visto parte de ello en el Plan Nacional de Desarrollo: *no solo en términos de productividad*, sino también en materia de producción de conocimiento, de derechos laborales, de ingresos fiscales, de integración con el continente. En fin, el mismo Sistema Nacional de Competitividad marcará importantes pautas al respecto, el cual está bajo regencia del Presidente de la República, lo que a la larga se traduce en una “captura”.

En materia petrolera, para los inversionistas, en un país como el nuestro lo importante va a ser dos temas, los cuales necesariamente están relacionados con la atracción de la inversión extranjera (capaz de asumir los riesgos exploratorios):

“1) Que los precios netos que recibe el productor, importador o comercializador de combustibles en el mercado nacional, reciban por lo menos el equivalente de la paridad internacional más un margen razonable de beneficio. De esta forma existirán incentivos para que inversionistas privados: (i) importen productos refinados para venta utilizando nuestras facilidades de recepción y almacenamiento, (ii) importen crudo, lo maquilen en nuestras refinerías y vendan los productos resultantes en el mercado interno, (iii) adquieran refinerías existentes que se ha previsto poner a la venta.

2) Que los precios de venta internos que paga el usuario, sobre todo los usuarios industriales, no estén distorsionados por impuestos que los pongan en niveles tan elevados que afecten sus costos y la competitividad de sus productos, frente a producciones de otros países, y que eventualmente los obliguen a cerrar o reducir sus operaciones. Para que ello pueda ocurrir, nuestra empresa ha propuesto reducir una parte considerable del impuesto selectivo al consumo (que no genera crédito fiscal) que actualmente se aplica a tales combustibles y que tal reducción sea complementada con la creación de un impuesto general a las ventas (que sí genera crédito fiscal y es deducible). El efecto neto sería una mínima variación en los precios de venta al público, pero el usuario formal (es decir la empresa legalmente establecida) podría usar la parte del costo correspondiente al Impuesto General a las Ventas como crédito fiscal deduciéndolo de sus costos, incentivando de esta manera la "formalización de la economía"⁵².

¿La comunicación entre el derecho y la economía por lograr la competitividad en escenarios internacionales, como lo es el del petróleo, hasta dónde podrá ir a llegar? ¿qué va a hacer Colombia?

Proponemos que se favorezca la comunicación no solo entre las disciplinas del derecho y la economía entre sí, sino precisamente entre sus agentes, a partir del favorecimiento de las grandes fortalezas en términos regionales colombianas, vistas desde el espectro internacional⁵³:

- “Capacidad de innovación y absorción de tecnologías
- Ambiente macroeconómico estable
- Marco institucional y funcionamiento de las instituciones públicas y privadas

⁵² <http://www.iep.org.pe/textos/DDT/ddt49.pdf>. Consultado el 12 de julio de 2009.

⁵³ Proyecto Andino de Competitividad. http://www.cid.harvard.edu/archive/andes/documents/presentations/competitividad_colombia_contextointernacional_tallerfebrero122002.pdf. Consultado el 12 de julio de 2009

- Condiciones geográficas, tamaño y distancia”

En el panorama político económico mundial, respecto de otras regiones del planeta en términos petroleros la Inversión Extranjera Directa seguirá siendo el más grande fuerte y un nuevo tema que se viene: la innovación⁵⁴.

Sistema Nacional de Competitividad

Es hora de acercarnos para concretizar las estrategias del Sistema Nacional de Competitividad - SNC en materia de hidrocarburos, allí está el futuro de los hidrocarburos, de ése modo se va a presentar. En el seno de la SNC se concreta el concepto de competitividad.

En primer lugar⁵⁵ el tema de los hidrocarburos es uno de los puntos de la “Agenda” de competitividad. Es además una de las “apuestas productivas” y es considerado como un “sector productivo de alto impacto”, es decir, un sector de especial tratamiento. Su centralidad está descrita en el IV Capítulo del Plan Nacional de Desarrollo para “exploración” en el tema de exploración y hace parte del Plan Nacional de Inversiones con 257,3 mil millones de pesos. Además, está beneficiada la industria de hidrocarburos con los “corredores de competitividad” que pasan por los principales áreas de exploración, sobretodo las vías arterias. Por parte del Estado hay un serio interés que se puede ver reflejado en las inversiones⁵⁶. En una sola palabra: **le importa al Estado y mucho**.

El futuro, en nuestra consideración siguiendo las líneas expuestas anteriormente, es necesario favorecer la exploración y explotación de hidrocarburos. De eso no cabe la menor duda. Consideramos muy acertada la política de Ecopetrol del presente año de destinar ingentes recursos para nuevos proyectos y mejorar así las reservas. Esto fortalecerá la imagen de Ecopetrol en el mundo y seguramente estimulará nuevos proyectos exploratorios por parte de la empresa privada. Esto desencadenará una regulación del sector para que éste crecimiento pueda ser sostenido y conducido por cauces que lleven a un buen fin. Por último se proyecta también una mayor integración con el sistema andino de relaciones exteriores en materia energética, propuesta que apoyamos totalmente y consideramos muy estratégica.

Dentro del cúmulo de estrategias consideramos atinado que la más importante sea la de *mantener la autosuficiencia petrolera*⁵⁷. Según la Agenda sectorial se define así: “priorizar las inversiones en calentamiento de áreas y promover la explotación y el desarrollo incremental de reservas actuales de crudo y gas, compra de reservas en otros países de la región, e impulsar la exploración y desarrollo de nuevas reservas. Además, se debe promover la

⁵⁴ Proyecto Andino de Competitividad. http://www.cid.harvard.edu/archive/andes/documents/presentations/competitividad_colombia_contextointernacional_tallerfebrero122002.pdf. Consultado el 12 de julio de 2009. De allí también la nueva ley de ciencia y tecnología que cambia la investigación por la innovación, el conocimiento es factor de competitividad decisivo ya que no es nuestro mayor fuerte en comparación con otras regiones petroleras en el planeta.

⁵⁵ http://www.snc.gov.co/agenda_interna/documentos/agenda/dnp.pdf. Consultado el 14 de julio de 2009.

⁵⁶ “se presenta un crecimiento de 146% frente al período anterior” http://www.snc.gov.co/agenda_interna/documentos/agenda/dnp.pdf. Consultado el 14 de julio de 2009.

⁵⁷ <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/AgendaInterna/infraestructura.pdf>. Consultado el 14 de julio de 2004.

inversión en upgrading y transporte de crudos pesados, y en desarrollo en infraestructura de refinación para esta clase de dieta”. **Éste es el criterio más importante que hay en la política petrolera, puede todo cambiar, pero esto es radicalmente importante, de esto depende como veremos en el siguiente capítulo la viabilidad no solo de los procesos sociales y económicos relativos al petróleo, sino la viabilidad política del país.**

Para ello propone el fortalecimiento de la ANH, seguir invirtiendo en el calentamiento de áreas, y la consolidación de un ambiente seguro de negocios por medio de una serie de estrategias:

- “Continuar promoviendo la exploración y explotación de hidrocarburos y carbón. Para esto, se avanzará en la consolidación del marco institucional del sector, concentrando las labores de la ANH en la promoción y asignación de áreas para la exploración y producción de hidrocarburos; se dará continuidad a su política de libertad de los intercambios comerciales internacionales de gas natural, y se promoverá una coordinación entre la ANH y el Ingeominas, con el propósito de generar sinergias y aprovechar economías de alcance en la promoción de la exploración y explotación de hidrocarburos y carbón.
- Promover la formación de precios de energéticos mediante la adopción de esquemas de mercados en competencia. De esta manera, el Gobierno Nacional continuará trabajando en el proceso de desmonte de los subsidios implícitos a los combustibles líquidos; liderará la modificación de la estructura tributaria de los combustibles líquidos, con el ánimo de eliminar las distorsiones existentes en los marcos tributarios de estos combustibles; promoverá el desarrollo de los mecanismos regulatorios para que el precio del gas natural en los puntos de entrada al sistema nacional de transporte incentive el abastecimiento de este energético, y promoverá la competencia entre los diferentes biocombustibles, con criterios de sostenibilidad financiera y ambiental, y abastecimiento energético, evaluando la viabilidad y conveniencia de liberar los precios de los biocombustibles.
- Promover la consolidación de la regulación del sector de hidrocarburos. En este sentido, la CREG [Comisión de Regulación de Energía y Gas] diseñará e implementará un mecanismo regulatorio con el fin de promover la inversión en facilidades para el suministro y/o transporte de gas para periodos de contingencia, con el objeto de asegurar la continuidad del servicio; se avanzará en la expedición de las reglas de acceso a la infraestructura para la importación y el transporte de combustibles líquidos, y de los reglamentos técnicos de la cadena de distribución de combustibles; se evaluará e implementará un esquema de regulación técnica y económica que permita impulsar los usos alternativos del gas licuado de petróleo, y se implementará un esquema de responsabilidad de marca que haga posible identificar el prestador del servicio de gas licuado de petróleo para que garantice la calidad y seguridad del combustible distribuido”⁵⁸.

⁵⁸ <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/AgendaInterna/infraestructura.pdf>. Consultado el 14 de julio de 2004.

Adicionalmente, el Gobierno Nacional ha previsto la implementación de medidas encaminadas a soportar las estrategias de reducción de la pobreza⁵⁹, como son:

- Implementar acciones orientadas a promover el uso de gas licuado de petróleo, para lo cual evaluará la viabilidad de establecer áreas de servicio exclusivo para la distribución y/o comercialización de gas licuado de petróleo.
- Continuar la promoción y cofinanciación de proyectos dirigidos al desarrollo de infraestructura para el uso del gas natural en las regiones en donde el gas natural sea el sustituto energético más eficiente, desde el punto de vista económico, utilizando para ello los recursos del Fondo Especial Cuota de Fomento y del Fondo Nacional de Regalías.

Nos parece muy importante ver acá que hay ya intuiciones acerca de la vinculación entre el progreso social y energía. Aunque es un pequeño paso consideramos que seguir la línea de puntos de encuentro entre la política social y la política energética podría ofrecer mejores resultados en términos de desarrollo humano. La capacidad de “arrastre” de la economía del petróleo es muy valiosa para las comunidades, por lo que proponemos una vez más que sería muy valioso hacer de las comunidades referencia de la industria petrolera focos de desarrollo.

3.5. EL “FONDO DEL BARRIL”

3.5.1. *No es lo mismo tener petróleo que poder producirlo*

Si mantuviéramos nuestro consumo mundial a como se lleva hoy en día (85,2 millones de barriles/día), con las reservas probadas mundiales (1,2 billones) y no exploráramos más, el petróleo hipotéticamente sería una realidad hasta el año 2025 aproximadamente. Los cálculos sobre el fin del petróleo en el mundo apuntan a que el fin del crudo está cada vez más lejos. Prácticamente, por lo menos a mediano plazo el recurso existiría, pero no podemos perder de vista que su consumo es sostenido y tiende a crecer aún más.

No es lo mismo tener petróleo que poder producirlo. ¿Cómo así? Efectivamente, en economía, son dos cosas distintas la existencia del recurso y las posibilidades de producción. Estas últimas se refieren a las posibilidades económicas *rentables* de producción bajo la luz de un esquema competitivo tan estricto como el dominante. En el mundo que nos ha correspondido vivir éstas posibilidades económicas están dadas por lo que entienda la competitividad por rentabilidad y por impacto social y ambiental. Consideramos a un futuro no muy lejano, *la consideración de las variables sociales determinarán la competitividad*, es decir, *creemos que será posible ver pronto una empresa “competitiva” como la que es capaz también de responder al contexto en el que se inserta favoreciendo el desarrollo humano de la región.*

Así las cosas, la exigencia de la rentabilidad con el desarrollo social hacen parte de la competitividad, la que le aporta al país, por supuesto. Como dijimos antes, la autosuficiencia

⁵⁹ <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/AgendaInterna/infraestructura.pdf>. Consultado el 14 de julio de 2004.

petrolera es el objetivo principal y casi donde se termina desatando los intereses y preocupaciones económicas y políticas de primer nivel. Pensamos que **la búsqueda de la autosuficiencia debe estar medida por una competitividad que entrelaza factores de renta, de desarrollo social y ambiental**. Las exigencias sociales y demandas ambientales crecen a medida que el PIB crece sin correspondencia en la equidad y en el cuidado de los entornos para la satisfacción de lo que ha venido llamándose desde hace mucho tiempo sin logros concretos como *desarrollo sostenible*. Por tanto, **la tarea de a autosuficiencia no debe solo asumirla como propia los agentes económicos, es un interés de todos los colombianos y colombianas**.

¿Habrá el suficiente petróleo para que su negociación cubra los costos de inversión y además me genere un margen de utilidad superior acá en éste país y permita vincular las variables sociales que queremos? Esto es un tema de probabilidad de hallazgo, un criterio de riesgo que se asume en cualquier negocio. Los esfuerzos últimos del Estado han estado encaminados a mejorar el nivel de reservas. Es la vía indicada, pero *es importante lograr un nivel de reservas y de mercado tal, añadimos, que permita que la empresa petrolera pueda desenvolverse con holgura tanto en el “take over” (tasa de retorno por inversión) como en el soporte del desarrollo social*. No es cargar a la industria de éste cometido, es una tarea de todos, es un deber del mundo de la vida asumir el progreso como una tarea inherente a su dignidad.

Habida cuenta que el Estado colombiano no cuenta con los recursos para poder pasar por el riesgo exploratorio totalmente, concede esta etapa de la producción petrolera a un tercero, generalmente amarrada a una larga explotación del pozo que se encuentre. Para el Estado es un interés, según vimos en los esquemas de desarrollo anteriores, poder concesionar, ya que por ésta vía jurídica se aprovecha el recurso y así mismo se puede presentar en escenarios internacionales como un país favorecedor de las inversiones extranjeras. Esto es una cualidad sumamente especial en un continente como el latinoamericano que tiende a darle la bienvenida de la inversión extranjera. Colombia, más allá de la problemática del narcotráfico y la crisis humanitaria, es un foco de atención por razón de ser un objetivo de inversión, ya que ofrece facilidades especiales para el ingreso de capitales foráneos y ha podido ofrecer altos grados de confianza para el inversionista. **En esto consideramos hay un alto grado de acierto**, queremos dar un paso más: *en atención a la realidad del país y a la dignidad humana que funda nuestro Estado y nuestro derecho, la participación en una comunidad de una inversión petrolera se hace necesario asumir conjuntamente la generación de riqueza sin privilegiar intereses egoístas o proteccionistas*. Históricamente nos encontramos en la lección N° 1 de la Globalización: sin inclusión, no opera pacífica y dignamente.

Colombia no está sola, muchos países similares al nuestro, como p.e. Nigeria, está ofreciendo altos índices de confianza y facilidades para la inversión extranjera. Estamos en franca competencia y resulta indudable la necesidad del Estado de entrar en el forcejeo para conseguir el direccionamiento de las inversiones hacia nuestro país. **La tarea diplomática, las oficinas de asesoramiento en inversión y otras tantas actividades están enfocadas para atraer el capital extranjero, ya que como vimos anteriormente, buena parte del desarrollo del país depende de éstas inversiones**. Es importante presentar en éstos medios la gran paradoja: en los países matriz de las grandes compañías el desarrollo humano, la garantía de

los derechos y el bienestar social son una realidad que es palpable ¿por qué no puede serlo en los países destino con el compromiso de éstas en construcción conjunta con la población?

Los resultados han sido comparativamente muy buenos, la inversión extranjera ha sido notable en los últimos años ya que desde hace 7 años son perceptibles los índices de seguridad en los corredores comerciales. No por esto significa que el país esté más desarrollado, ya que el índice de desigualdad en la renta sigue manteniéndose como uno de los relativamente más altos de Latinoamérica. Es hora de asumir retos encaminados a cerrar la brecha social. La redistribución de la riqueza parte de la construcción del desarrollo por todos los agentes, la imaginación colectiva y la construcción de ciudadanía. Las inversiones hacen parte de la historia de las comunidades, su aporte podríamos empezar a verlo en las dimensiones del desarrollo y de inclusión. El reto es asumir las nuevas responsabilidades.

3.5.2. La frontera de posibilidades de producción ante la competitividad y la validez del derecho

Lo anterior no es fácil, pongámonos en la posición del productor. Está en continua tensión entre la validez y la competitividad. Es querer más y no poder porque el derecho o se lo impide o los recursos le hacen negatorios sus intereses. Esto nos obliga pensar que la Frontera de Posibilidades de Producción - FPP debe considerar tanto la validez en tanto concepto jurídico como frontera.

Samuelson y Nordhaus la definen así: “La frontera de posibilidades de producción (o FPP) muestra las cantidades máximas de producción que puede obtener una economía, dados sus conocimientos tecnológicos y la cantidad de factores existentes. La FPP representa el menú de opciones de que dispone la sociedad”⁶⁰. En éste concepto se toman como factores la tierra, el trabajo y el capital y parte de una sociedad sin más intereses que producir. Y si, es verdad, una sociedad tiene interés en producir a pesar de la escasez de sus recursos (fundamento de éste concepto), pero no se tiene en cuenta si entre “cañones y mantequilla” hay decisiones políticas y más aún direccionamientos de políticas públicas que en todo sentido se encaminan a la generación de un plan de desarrollo en el cual en realidad se asegure la calidad de vida. Es decir, no solo los valores de producción, entre éstos el principal, la competitividad, reinan la sociedad; **hay políticas básicas que el mismo derecho ordena y las políticas mínimas en el mismo sentido se orientan**, como la *dignidad y desarrollo humano*.

En conclusión, la FPP podría empezar a considerar las variables jurídicas y políticas mínimas que orientan a la sociedad a la consecución de lo básico para el desarrollo de una vida digna y con calidad humana. Si bien es cierto el objeto de la FPP es mostrar la realidad de la escasez material, ésta también está sujeta a la realidad y es que la escasez es precisamente un fenómeno no una limitante y que el arte de la economía está en saber aprovechar y ganar conjuntamente para que las actividades económicas excluyan intereses sociales relevantes.

Habiendo leído lo anterior se hace muy importante ver cómo entonces **una nueva pretensión de flexibilización se haría difícil de concretar**, la fuerza circulante de la competitividad entre

⁶⁰ SAMUELSON, Paul y NORDHAUS, William. *Op. Cit.*, p.9.

el derecho y la economía empieza a forzar tanto al uno como a la otra con el gran riesgo que pueda “reventarse” o la una o la otra”. *Podemos por tanto en vez de esforzar las normas y los recursos, incluir los nuevos valores de la economía que viene construyéndose donde puede caber finalmente la responsabilidad moral en las decisiones económicas.*

En cuanto a las condiciones de inversión se debería incluir como criterio la inserción en términos de desarrollo en las comunidades de referencia. En nuestro país, contamos con muy buenas condiciones las cuales permitirían iniciar un asocio de intereses entre la empresa petrolera y las iniciativas de la comunidad para la mejora del bien común. Fortalecer aún más la flexibilización sería empezar a sobrepasar la barrera de la validez y poder mantener la inversión extranjera. Los escándalos sobre el esclavismo o derechos laborales casi nugatorios de la dignidad humana en países como China o India no es una mentira, **nos resistimos a pensar que pueda ser un verdadero desarrollo las prácticas que hagan de los derechos una promesa no cumplida para la población, debe ser reprochable toda forma de “torcer” las normas o las prácticas económicas que no conlleven al favorecimiento de la persona humana en los procesos sociales.**

Éstos países por lo general se acercan no tanto a la entrega de la propiedad del subsuelo como a la mejora en la competitividad en otro tipo de normas como las laborales. Si, es indudable la desleal competencia en competitividad para atraer a la inversión extranjera, pero es real y silenciosamente apoyada por las mismas inversiones quienes están obteniendo altas rentabilidades.

Colombia, dada su fragilidad social, lo más seguro es que no pueda dar ese paso y no es deseable que lo dé. Por tanto flexibilizará lo máximo que pueda, creemos que hemos llegado al máximo punto de resistencia en términos de derecho y de orden público, cuando la economía internacional del petróleo se acerque a solicitar una mayor libertad para la competitividad y no logre una mejora en resultados jurídicos habrá de retirarse en búsqueda de nuevos destinos de inversión. Como esto no puede operar, sin querer anticiparnos a los hechos, habrá de reconocerse que la economía a escala global, sin el reconocimiento de lo que nos hace humanos nos pierde las posibilidades reales de vivir como una comunidad humana.

Así las cosas tocaremos el fin del barril del petróleo, no porque se acabe sino porque no se producirá más, a menos que las ventajas que estén buscando los inversionistas se vean en otros beneficios distintos a la renta petrolera, como puede ser la “competitividad social”. Como dijimos líneas arriba, esto implica el compromiso ético del cual no se puede zafar ni los productores, ni los usuarios, ni el Estado ni nadie, es la base.

¿Qué hacer? Miremos el siguiente capítulo en especial, sobre el nuevo concepto de riqueza, es decir, se requiere de una nueva pedagogía de la competitividad, en la cual se integre a dicho concepto una riqueza más: el respecto a la dignidad humana como un agregado invaluable, intangible, que llegue a ser tan importante y cardinal que impulse con el mismo dinamismo como lo hace el petróleo a las industrias energéticas.

4. LUCES Y RUTAS EN LAS FRONTERAS

Hemos recorrido el mundo de la economía, del derecho, lugares y mensajes que se entrecruzan en pos de generar una mayor y mejor productividad en materia de hidrocarburos. Esto nos ha arrojado a una realidad que percatamos los capítulos antecedentes a éste:

- Los hechos económicos petroleros cuentan con la suficiente fortaleza como reconocimiento político y económico para generar normas que favorezcan a la industria de hidrocarburos
- El derecho tiene capacidad y legitimidad en el sector económico para que sus normas sean efectivamente cumplidas.
- El flujo derecho-economía no es nada difícil, ya que aunque la política petrolera no haya sido estable sino hasta hace aproximadamente 8 años, la política económica si ha propendido y con especialidad en materia de hidrocarburos en favorecer la renta como criterio ordenador de las inversiones y decisiones económicas en el tema.
- El desarrollo humano es el nombre de la dignidad humana en los procesos sociales, tales como los económicos, dentro de los cuales está las actividades económicas energéticas.
- La brecha entre ricos y pobres es aún mayor, el PIB aumenta en la misma proporción que las empresas petroleras, haciéndose cada vez más real la vinculación entre desarrollo humano – competitividad sistémica – empresas petroleras.
- La violencia en los lugares de explotación, las luchas laborales, la corrupción y en fin esa “maldición” que culturalmente se otorga a los recursos del subsuelo, como el petróleo o los diamantes, continua siendo una constante y lo que se percibe es una mutación o canalización en las formas de violencia.

Volvamos al párrafo con que inició este trabajo:

“Este es el talón de Aquiles: la conveniencia o inconveniencia de un sector petrolero fuerte políticamente para influir en el desarrollo del país. No solo en el crecimiento del sector: sino también en la ampliación del subsector político, social, educativo, cultural. De todas maneras lo que no es aceptable es que si el sector petrolero está implicado irremediabilmente en el futuro del país- tenga tan poco que ver en el tratamiento y solución de [futuro del país]”¹.

Esto, en nuestra opinión nos genera la necesidad de aportar nuevos elementos y modos de proceder en la “arena” de la toma de decisiones con el fin de satisfacer las demandas sociales, y lograr el “orden justo” que pretende nuestro orden jurídico en el preámbulo de nuestra Constitución. Para ello pongo a debate éstas *luces y rutas*, como focos y posibles caminos a seguir, para enriquecer el debate petrolero y encauzarlo a un destino en el cual se tomen las

¹ SANIN FONNEGRA, Javier, S.J. *Editorial*. En: Revista Javeriana, N° 632, Tomo 128. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, marzo, 1997.

mejores decisiones a favor de los intereses económicos nacionales, regionales y particulares. Para ello, una premisa base: la sociedad civil y la pedagogía de la ciudadanía.

4.1. LA SOCIEDAD CIVIL COMO PRIMER RECONOCIMIENTO DE LA REALIDAD

¿Por qué hablar de estos temas en un trabajo de grado de derecho sobre temas económicos? Porque las teorías económicas desde las cuales están establecidas las políticas de desarrollo y desde éstas el derecho, parten necesariamente de una concepción de sociedad. Hoy, bajo la Constitución de 1991, una globalización en marcha y sin antecedentes nos hace necesario mirar un concepto de sociedad cada vez más cercano a la realidad, menos “contractualizado y francés”, en razón a dos realidades que nos ponen a pensar esa aparente igualdad y sabiduría del legislador con que veníamos pensándonos:: pluralismo y diálogo.

Ahora, y ¿la pedagogía de la ciudadanía? ¿Qué tiene que ver? Porque parte de la propuesta que traerá éste capítulo es la necesidad de acentuar la participación política como participación colectiva de las individualidades y colectividades frente a un bien polivalente como es el petróleo.

Un inicio necesario para nuestra cultura política y jurídica, como decía anteriormente, es el reconocimiento de que **en Colombia hay una sociedad civil**. Con ésta me refiero no solo a una aglomeración de ciudadanos habitantes de un territorio como se le podría decir en la modernidad. Nos encontramos hoy frente a una superación del concepto de “población” como elemento constitutivo del Estado, es decir como un objeto de regulación política y jurídica.

Hoy tras el reconocimiento de nuevas subjetividades y colectividades hacen de esa masa de seres humanos un cuerpo vivo, con diversas racionalidades, más actuante, y con nuevos interrogantes y desafíos hacia el futuro que se desafía teniendo claro dos presupuestos: el descenso del papel del Estado y el fortalecimiento de la empresa privada. Esto a nivel jurídico nos obliga mirar que **ésa pluralidad de la sociedad se ha de reflejar en el derecho**². La Constitución de 1991 es una de esas cartas que precisamente parte del reconocimiento de ésa realidad, valorándola, haciéndola elemento estructural de nuestro Estado. Eso se vió, p.e. reflejado con el reconocimiento del derecho indígena y de los mecanismos alternativos de justicia. Se rompe así la concepción de una sociedad pétreo desde la cual parte el concepto de derecho del positivismo³ hacia un derecho en el cual quepan las distintas racionalidades de “vida buena”⁴.

² “En el contexto de una filosofía de la sociedad civil, el modo más directo e inmediato de reconocimiento de esta circunstancia es, sin duda, la coexistencia de diversas formas de juridicidad, con todo y sus propios mecanismos de administración y control de justicia dentro de un estado e incluso de una sociedad determinados, todas ellas con “fuerzas” diferentes para su aplicación, promoción y vigencia”. MALDONADO, Carlos Eduardo. *Filosofía de la sociedad civil*. Bogotá D.C., 2002, Siglo del Hombre Editores, p.93.

³ Cfr. HART, H.L.A. *Op. Cit.*.

⁴ Cfr. NUSSBAUM, Martha. *Cultivating Humanity. A classical Defense of Reform in Liberal Education*. Cambridge. MA. Harvard University Press, 1997.

¿Qué contenido tiene hoy entonces el concepto de sociedad civil? En primer lugar no es la contraparte del Estado o su contraste, ni tampoco es una suma de organizaciones sociales, políticas con funciones determinadas. El corazón del concepto tiene un nombre claro: **una vida humana, buena y posible hacia una vida personal, social, vital y capaz de reflejar en cohesión social la garantía de satisfacer los mínimos vitales las subjetividades y plúrimas racionalidades**⁵ partiendo de la importancia del reconocimiento como la “llave maestra”.

Esto es entonces, un reconocimiento de la sociedad global, multicultural desde la cual crear, interpretar y aplicar el derecho cambia⁶. No es una preocupación vana, es quizás la viabilidad de la democracia la que está en entredicho si no se opta por una vía de reconocimiento sujetos y colectividades pues es desde allí de donde empieza a operar las dimensiones de la democracia en éste nuevo siglo⁷, basada en la responsabilidad de los ciudadanos, diversidad conceptual de mercados y agentes en economía, apuesta por nuevos dispositivos de formación de identidades de Nación, de tal manera que la democracia se haga más cercana a las necesidades de cada uno de los ciudadanos y no un sinónimo de mecanismo electorales, una representación del poder de los ciudadanos y no una meta del clientelismo.

Ahora, **ése poder ciudadano en Colombia ha sido trazado por décadas de violencias partidistas, de guerrillas, con legalidades e ilegalidades, que han dejado cada vez más roto el tejido social colombiano a tal punto de afirmar exclusiones**, como cuando se afirma que hubo “falso positivo” o hay un proceso de “reincorporación a la sociedad civil”... términos que desde ya nos hablan de *unos que no tienen legitimidad para existir y otros que la tienen en la medida en que cuenten con la voluntad de tomar una opción de vida fuera de las legalidad*.

Necesitamos no empezar de nuevo, como emprender un viraje hacia la inclusión. Esto es, aprender en primer lugar que los medios de construcción social de poder han sido un fracaso para la configuración de Colombia como Nación –esto a su vez implica desaprender éstos métodos-, y volver a aprender a visibilizar los deseos políticos en diálogo (para eso se hizo la política, como contraposición a las armas). *Hablamos de aprender a hacer política en nuestro país*.

⁵ Cfr. MALDONADO, Carlos Eduardo. *Op. Cit.*, p. 34.

⁶ Se habla ya de un *derecho fragmentado*, frente al cual parece no haber más alternativa que la **legitimación** de la norma por medio del consenso social. ¡Bienvenida la creatividad!: “Pensar en un Derecho fragmentado nos lleva a pensar en el apoderamiento o *empowerment* que se estaría fomentando entre los diversos sectores sociales. Sería reconocer que sus micro-concepciones de lo justo son tan válidas como las del estado. Sería reconocer además que la voluntad general se puede fragmentar en adaptaciones regionales que responden a realidades distintas. El problema que vislumbramos está en decidir qué sectores de la legislación se podrían delegar a estas micro-sociedades y cuales se retendrán en poder del estado. En gran medida esta decisión responderá a las valoraciones de este último, lo que no resolvería nuestro problema del todo, ya que cuestiones y planteamientos revestidos de importancia ante estos sectores permanecerían en control del estado y respondiendo a intereses no necesariamente cónsonos con las necesidades y preocupaciones expresadas. **Llevar una voz representativa aparenta ser la única solución viable ante esta encrucijada pero claro está, esto representaría realizar unos cambios políticos y jurídicos que tocarían las entrañas de la Constitución**”. MÉNDEZ, Nelyz y LÓPEZ Jessica. *Validez, eficacia y legitimidad de la norma jurídica: ¿qué la hace exigible?*. En: Barco de Papel, N° 2, 2005, p. 209.

⁷ Cfr. TIGHEL, Viorica. *Social change, civil society, and Tolerance*. En: *Social society: who belongs?*. Washington D.C., 2004, Council for research in values and philosophy, p. 128.

El poder, como decía Hannah Arendt, “corresponde a la habilidad humana, no sólo de actuar, sino de actuar en concierto”. El poder nunca es la propiedad de un individuo, pertenece a un grupo y existe mientras el grupo permanezca unido. El poder y la violencia son opuestos; cuando uno gobierna por completo, el otro está ausente”⁸. **La violencia a causa del petróleo en Colombia, no es una violencia independiente consecuencia de la “maldición” de las grandes riquezas en recursos naturales, es parte del conflicto armado colombiano y ha sido parte continuamente de las manifestaciones políticas durante el siglo XX.**

¿Cómo aprender? En primer lugar partiendo del un concepto del ser humano que no lo reduzca, sino todo lo contrario lo amplíe, es decir no solo es *economicus*, sino también se guía por normas sociales o culturales entre desconocidos que involucran emociones y que llevan a actuar de manera contraria a lo que pueda incluso decir la razón en especial cuando se experimenta un sentimiento de injusticia. Es verdad, definirla es más que un reto, pero con seguridad en diálogo podremos construir conceptos locales, transitorios pero satisfactorios en la demanda social. Es una urgencia.

Con esto hablamos entonces de hacer un desarrollo desde el diálogo, una competitividad desde el diálogo y la participación ciudadana. Concretamente, centrándonos en lo que nos ocupa en éste trabajo de grado: no podemos dejar a nadie por fuera. Proponemos que la elaboración y seguimiento de los Planes de Desarrollo tengan una mayor participación popular, así como un especial reconocimiento de las agendas locales de los Comités del Sistema Nacional de Competitividad.

4.2. DE DÓNDE PARTIR

4.2.1. Competitividad y validez hoy en día

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

Sin embargo el contenido del discurso es monopólico, cuenta solamente con un direccionamiento o visión, lo que le resta legitimidad para hacerlo vinculante siquiera desde el punto de vista moral. Leyendo los distintos documentos del Plan Nacional de Desarrollo y los que ofrece la Comisión Nacional de Competitividad así como de las Comisiones Regionales, obedecen al esquema ofrecido por Michael Porter, en el cual se evalúa según su criterio los

⁸ Cit. por MOCKUS, Antanas. *Pedagogía de la acción política no violenta*. Bogotá D.C., 2007, Universidad del Rosario, p. 228.

índices de productividad en relación producto-costo-precio, quizás allegándose más a la realidad microeconómica de la relación productor-consumidor. Éste esquema evidentemente profiere como los valores más apreciados, los relacionados con la generación de renta y satisfacción en el consumidor que pueda adquirir. Algo ya lo habíamos anunciado en los dos capítulos anteriores: “la producción de bienes y servicios de mayor calidad y menor precio que los competidores domésticos e internacionales, lo que se traduce en crecientes beneficios para los habitantes de una nación al mantener y aumentar los ingresos reales⁹”.

¿Hay una sola competitividad? No, la competitividad no es una sola, puede entenderse de diversas maneras. El Instituto Alemán para el desarrollo han creado el concepto de la **competitividad sistémica**, que como habíamos adelantado también, se centra más en la competitividad como un desarrollo de habilidades del conjunto de la población incluyendo como criterios de valoración no solo la relación productor-consumidor sino el conjunto social, puesto que “la competitividad de las empresas se basa finalmente en una organización social, en cuyo seno se generan ventajas competitivas en función de la interacción de múltiples parámetros de relevancia en el sistema”¹⁰.

Éste es un enfoque ya no anglosajón sino europeo, desarrollado sobretodo por agencias del desarrollo como la CEPAL busca que no opere la competitividad la responsabilidad solo en las empresas y en el Estado, sino en más sectores de tal manera que **se pueda armonizar tanto las necesidades microeconómicas y las macroeconómicas**. Cuenta con cuatro sectores (macro, meta, meso y micro) que funcionan así: “En el nivel macro se encuentran propiamente las políticas como la monetaria, presupuestaria, fiscal, comercial, y otras, que hacen posible una asignación eficaz de los recursos y al mismo tiempo exigen una mayor eficacia de las empresas. En el nivel meso se localizan todas las políticas de apoyo específico que fomentan la formación de estructuras, también denominadas políticas horizontales, como la infraestructura física, la política educacional, tecnológica, ambiental, entre otras. En el nivel meta se ubican las estructuras básicas de organización jurídica, política y económica, como los factores socioculturales, la escala de valores, la capacidad estratégica y política, entre otras. Por último, en el nivel micro se coloca la capacidad de gestión de una empresa, sus estrategias empresariales, la gestión de innovación, entre otros elementos que diferencian una empresa de otra. La factibilidad de que una empresa alcance y mantenga sus niveles de competitividad deseables recae en el mejor desempeño y balance de todos los niveles antes descritos. Desde esta perspectiva, los niveles se entienden como piezas necesarias para el funcionamiento de un determinado mecanismo o sistema, por lo que cualquier falla en alguno de ellos atentaría contra el buen funcionamiento del mecanismo en su totalidad. Lo deseable, por tanto, es que todos los niveles avancen a un mismo paso y en conjunto”¹¹.

El papel del derecho en ambos enfoques cambia aunque el concepto de validez se mantenga inerte (ambos modelos cuentan con ésta concepción). En el primer enfoque el derecho éste es visto como intervención del Estado en la economía, como una maniobra más que todo perjudicial que debe reducirse más a la atención de las fallas del mercado (externalidades,

⁹ Porter. Cit por www.ulibertadores.edu.co/?idcategoria=2350&download=Y. Consultado el 20 de julio de 2009.

¹⁰ ESSER, Kalus, HILLEBRAND, Wolfgang et. al. *Competitividad Sistémica*. Barcelona, Bosh, p. 174.

¹¹ www.ulibertadores.edu.co/?idcategoria=2350&download=Y. Consultado el 20 de julio de 2009.

asimetría de información, poder de mercado) y “los cuatro factores”¹², absteniéndose de una intervención más allá de eso. Por tanto el papel del derecho acá es más que todo un fortalecimiento de tres derechos:

- El derecho privado en tanto facilite las transacciones a un menor costo y se asignen los derechos de propiedad, intelectuales, con una mayor definición y claridad.
- Del derecho antimonopólico (derecho de los mercados, de la competencia) que controle todo exceso de poder en el mercado que genere ineficiencias de conformidad con la hipótesis del mercado de competencia perfecta.
- Del derecho de los consumidores en tanto se otorgue un reconocimiento de poder hacer efectiva la lealtad en las cantidades, precios y bondades de los bienes y servicios.

Frente a éste espectro de derecho el Estado es netamente regulador y garantista de los derechos de los particulares, quizás desarrollando un concepto más de libertad al estilo de Hayeck. Así dice el mismo Porter: “Las empresas tienen un importante papel que desempeñar para moldear la política del gobierno [la cual se termina traduciendo en derecho ese es uno de sus fines prácticos] y a la hora de presar su apoyo a los programas constructivos del Gobierno, Lamentablemente hay ocasiones en que las empresas no perciben claramente sus intereses a largo plazo cuando se trata de una política del Gobierno. De hecho, ellas mismas son sus peores enemigos, a veces. Con frecuencia, las empresas buscan mediante el politiqueo remedios rápidos que van en detrimento de las oportunidades de conseguir la ventaja competitiva a largo plazo... Las empresas deberían abogar por políticas gubernamentales que mejorasen el “diamante” nacional en su sector, tales como las inversiones en creación de factores y la ayuda para conseguir acceso a los mercados internacionales. El error más grave es apoyar políticas que minarán la verdadera ventaja competitiva, reducirán el ímpetu por mejorar e innovar y crearán una actitud de dependencia en el Gobierno”¹³.

En otro aparte sintetiza así: “El objetivo primordial de la política gubernamental en cuanto a la economía consiste en *desplegar los recursos de un país (trabajo y capital) con unos altos y crecientes niveles de productividad*. Como he indicado anteriormente, la productividad es la causa primordial del nivel de vida de un país. Para conseguir un aumento del nivel de productividad, la economía debe estar superándose constantemente. Esto exige unas incesantes mejoras e innovaciones constantemente. Esto exige unas incesantes mejoras e innovaciones en los sectores y la capacidad de competir con éxito en nuevos sectores... La actuación idónea de un Gobierno hacia la industria de un país es la de estimular ése dinamismo y esa mejora. El objetivo del Gobierno debe radicar en crear un entorno en el que las empresas puedan mejorar las ventajas competitivas de los sectores establecidos mediante la introducción de una tecnología y unos métodos más avanzados y mediante la penetración en segmentos más avanzados”¹⁴.

En el segundo enfoque de competitividad, se mira al derecho de una manera renovada, en el cual tiene un papel activo el Estado. No por esto se habla de un intervencionismo de Estado

¹² PORTER, Michael. *La ventaja competitiva de las naciones*. Buenos Aires, 1991, Ed. Vergara, p. 181. Esto así ya que estima el autor que el modelo anterior contaba con que la ventaja competitiva sería el mismo Estado, y porque siempre su papel es “inevitablemente parcial” (p. 183).

¹³ PORTER, Michael. *Op. Cit.*, p.742.

¹⁴ PORTER, Michael. *Op. Cit.*, p.763.

como se venía realizando en los años anteriores a los de la Constitución de 1991, para nada, es solo **un Estado como lugar de construcción de lo social**, un Estado que parte de sus decisiones en la democracia y en la formación de la plataforma de “lo público”, ya que para éste enfoque lo principal es armonizar los sectores y actores sociales para desarrollar las ventajas competitivas¹⁵. Esto lo justifican en razón a la relación directamente positiva que tiene la red social en la cual está la economía y el desarrollo de las ventajas competitivas.

Volviendo a la pregunta que más nos puede inquietar: ¿vuelve éste esquema al intervencionismo? No, precisamente la piedra de toque es el **diálogo y la articulación**, de los *factores determinantes de la competitividad sistémica, según los grupos de actores*. El papel del Estado se enriquece totalmente haciendo posible **la creación de la competitividad como un valor cultural donde muchos participan**. Precisamente se aleja intencionalmente de la planificación y el neocorporativismo. Según los niveles del modelo, el papel del Estado es proveer de una política e instrumento jurídico que faciliten el encuentro y diálogo entre los siguientes¹⁶:

- A nivel meta
 - Todos los sectores sociales
- A nivel macro
 - Parlamento
 - Gobierno nacional
 - Instituciones estatales nacionales
 - Banca Central
 - Órganos Judiciales
- A nivel meso
 - A nivel central, regional y comunal:
 - Gobiernos
 - Asociaciones empresariales, sindicatos, organizaciones de consumidores, otras organizaciones privadas
 - Instituciones de investigación y desarrollo públicas y privadas
 - Financieras
 - Educativas
- A nivel micro
 - Productores
 - Servicios al productor
 - Comercio
 - Consumidores

El derecho en éste esquema se hace herramienta de comunicación, puesto que no solo es un derecho para actividades económicas, sino para la promoción de sectores sociales y su diálogo para la creación común del valor de la competitividad, y hacer real en el derecho la decantación de poder público y para nada es un instrumento de “alteración” del ritmo propio de la economía, sin perjuicio de la regulación de la misma para encauzarla hacia la satisfacción

¹⁵ ESSER, Klaus, HILLEBRAND, Wolfgang, et. al. *Competitividad Sistémica*. Barcelona, Bosh, p. 178.

¹⁶ ESSER, Klaus, HILLEBRAND Wolfgang, MESSNER Dirk y MEYER-STAMER, Jörg. *Competitividad sistémica: Nuevo desafío para las empresas y la política*. En. Revista de la Cepal, N° 59, 1996. Santiago de Chile, CEPAL, P.46.

de la demanda social de bienestar, como lo ordena la propia Constitución. En el fondo, no era tan difícil.

El derecho se está transformando y la competitividad construyendo. Ésta no es una época de cambios sino un cambio de época, de allí la importancia de ofrecer en éste trabajo las *luces y rutas* que en éste trabajo se proponen y salvaguardar el principio donde la economía está al servicio del ser humano¹⁷.

4.2.2. La Constitución de 1991 y los Planes de Desarrollo

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

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

- Salto Social:
 - Incrementar la actividad petrolera (exploración, autosuficiencia, abastecimiento de combustibles, exportaciones), pasando ojalá en producción de 378 a 615 miles de barriles de petróleo diario. Evidentemente ésta cifra no se cumplió.
 - Una mención general al entonces Consejo Nacional de Competitividad
- Cambio para construir la paz:
 - Apoyo a la competitividad
 - Indica la necesidad de nuevas reservas y la posibilidad de pasar a ser importador, y propone como solución la inversión privada
 - Avizora cambios contractuales
 - A pesar de la urgencia de la exploración propone concentrarse en la explotación y la primera actividad potencializar a diez años.
 - Hacer de Ecopetrol poco a poco un agente con autonomía y capacidad de competencia como otro.
- Hacia un Estado Comunitario
 - Mejoramiento de la competitividad
 - Evidencia cada vez más la reducción de actividad exploratoria
 - Afirma existir 47.000 millones de barriles
- Estado Comunitario: desarrollo para todos
 - Fortalecimiento de la inversión extranjera

¹⁷ Como dice el reconocido economista chileno: "Vivimos un momento de la historia en que hemos llegado a desmantelar o a destruir culturas con gran eficiencia, con el objeto de establecer economías. Y eso, como economista, es el peor ejemplo de empobrecimiento del espíritu humano del que se haya tenido noticia; es la consagración perversa de que en vez de que la economía esté al servicio de las personas, son las personas las que están al servicio de la economía". MAX-NEEF, Manfred. *Desarrollo sin sentido*. Texto de su intervención en el encuentro "Diseñadores del Futuro" que tuvo lugar en La Cocha. Nariño, en julio de 1996.

Éstos son los resultados:

- En la era Gaviria se concentró en la participación de Ecopetrol en las secuelas del boom de los finales de los 80's y en general en el Mercado.
- En la administración Samper, aparece el contrato con factor -R que mejoró las condiciones de poder de mercado de las multinacionales.
- Pastrana en sus cuatro años de gobierno, se refirió a las regalías y a la enfatización de la recuperación de la inversión por parte del inversionista en los contratos de asociación.
- En la era Uribe que lleva por el momento casi ocho años en el poder, reformó la política nacional de hidrocarburos con la creación de la ANH, la capitalización de Ecopetrol y por otra parte ofreció un nuevo esquema contractual como lo hemos comentado en capítulos anteriores para la solución de la actual preocupación: el índice de reservas. Ahora, en los últimos meses se ha concentrado también la atención de nuevo en Ecopetrol y lograr su venta masiva como seguirá continuándose.

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

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

¿Legitimación? Si, es por decirlo así la "aceptación" o "convalidación" de las prácticas estatales y jurídicas que hace la sociedad. Esto lo hace la sociedad cada vez que se reconoce a sí misma como *sociedad civil*, es decir, no ya como un objeto, sino como sujeto de su futuro. Esto parte del reconocimiento de que el ser humano está por encima del Estado gracias a los derechos humanos. En ellos reposan los mínimos a partir de la cual se establece el accionar del Estado. Sin embargo, esto no es posible sin dos condiciones:

- Consideración de las personas como ciudadanos. Es decir, como personas capaces de ejercer los derechos, de participar efectivamente y construir Nación, sin condición o exclusión alguna. Esto es una apuesta a la confianza y no al miedo, al diálogo y no a la guerra.
- La garantía del ejercicio del desarrollo de los pueblos. Significa ello que además del compromiso político de los movimientos y partidos políticos, del Gobierno y de las instancias internacionales por un verdadero desarrollo, implica el **reconocimiento de**

que EL DESARROLLO ES LA DIGNIDAD HUMANA HECHA CARNE¹⁸. Sin desarrollo la dignidad humana es un discurso, cuando es derecho mismo, la esencia. He aquí el fundamento de la implicación dignidad-desarrollo. ¿Por qué? Porque la dignidad humana solo es posible en condiciones de *justicia*, es un “necesariamente”, prueba de ello son los análisis que en su momento se hicieron en el Pacto de Versalles sobre la Primera Guerra Mundial y los Informes de las Comisiones de la Verdad que hubo en Perú y Argentina. La pregunta obligada es: ¿qué aporte tienen las normas petroleras para realizar la dignidad humana, la justicia y el desarrollo en las regiones?

El esquema de desarrollo que se siga, no puede dejar de lado el sentir de la comunidad. Los instrumentos jurídicos de participación ciudadana en las políticas energéticas están en nuestro país considerados por el ente rector de la política energética del país, el Ministerio de Minas y Energía. En su portal web¹⁹ hacen referencia a los mecanismos de participación ciudadana y de protección de derechos consagrados en la Constitución, así mismo de los mecanismos administrativos de control de la gestión pública (L.489/98), hasta llegar a los lugares de diálogo, haciendo hincapié especialmente en la última:

- Audiencias Públicas
- Control Social de la Administración
- Veeduría Ciudadana

Otro medio de control son las memorias al Congreso Nacional, en las que se reflejan las políticas económicas del Gobierno y su cotejo con los resultados obtenidos. A pesar de ser público el informe, éste no refleja en ninguno de sus contenidos (de los correspondientes a la última década) a manifestaciones ciudadanas respecto al tema. Paralelas a éstas, está la rendición anual de cuentas en Consejos Comunales y una anual, que sigue el mismo camino que las memorias al Congreso Nacional.

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

¹⁸ “Hoy por hoy la preocupación por el desarrollo está vigente, ya sea plasmada en tratados internacionales que buscan **hacer realidad los derechos humanos como expresión del desarrollo** (derechos sociales económicos y culturales), en los organismos económicos y financieros internacionales que por lo menos teóricamente se muestran preocupados por los problemas internacionales. En los organismos de las Naciones Unidas tradicionalmente involucrados con los temas de desarrollo, en el sistema comercial, tal como se observa en la Conferencia de Doha de la Organización Mundial del Comercio que hasta ahora, de manera tortuosa, ha tratado de incluir los problemas del desarrollo en la agenda comercial. Asimismo, **asistimos a la campaña mundial por el desarrollo sostenible y por el desarrollo humano, que busca poner al ser humano en el centro del debate, tanto de las generaciones presentes como de las generaciones futuras.** Pero una vez más, como desde los años sesenta, el interés por el derecho al desarrollo tropieza con los intereses económicos y políticos de los estados, que se reflejan en las decisiones internas y en las voces contradictorias que en los órganos de decisión de las instituciones financieras, económicas y comerciales proclaman la necesidad del desarrollo, pero impiden la inclusión del derecho al desarrollo como criterio de medición y de exigibilidad”. GARCÍA MATAMOROS, Laura Victoria. *El derecho del desarrollo como base para la construcción del derecho al desarrollo*. En: International Law, N° 9, mayo de 2007, p. 68. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana.

¹⁹ http://www.minminas.gov.co/minminas/index.jsp?cargaHome=3&id_categoria=44&id_subcategoria=185. Consultado el 20 de julio de 2009.

Un paso importante sería partir de un nuevo entendimiento de la competitividad por parte del Ministerio. Cesar Ferrari explica por qué: “La aplicación del Consenso de Washington logró una reducción sustancial en la inflación. Sin embargo no se tradujo en crecimiento económico elevado y sostenido, ni en equidad distributiva. Ello se explica por la nueva organización económica e institucional que propició pero también por graves errores de política económica que condujeron a mantener los servicios protegidos, a una estructura de precios básicos no competitivos, a la pérdida de competitividad y rentabilidad de los sectores transables que no se beneficiaban de eventuales precios internacionales elevados, a una menor industrialización y, en consecuencia, a una mayor dependencia de las materias primas. En ese contexto, América Latina necesita un nuevo Consenso que propicie no sólo estabilidad de precios si no, en particular, crecimiento económico elevado y sostenido, equidad en la distribución del ingreso y una menor dependencia de los ciclos económicos internacionales. El nuevo Consenso debe partir de realidades. Por una parte, el mundo ha cambiado y los viejos esquemas ya no son aceptables, en particular por las normas de la Organización Mundial del Comercio. América Latina parte también de una fortaleza que no tenían, por ejemplo, los coreanos cuando iniciaron su proceso de industrialización a principio de los años sesenta: una importante cantidad de población educada en niveles superiores y tasas de analfabetismo relativamente reducidas. Debe excluir alternativas políticas autoritarias y centralismo económico. Su norte debe ser la consolidación de la democracia y del mercado, lo que implica libertad política y libertad económica. Sin libertad política no es posible el desarrollo. Su ausencia y la de un sistema de chequeos y balances conducen a la cuestión irresoluble del control de los que controlan y gestionan la economía. Por otro lado, sin libertad económica no hay libertad política; la restricción económica conduce necesariamente a la dependencia y concentración política.

”Debe participar en la globalización, lo cual implica apertura, privatización y liberalización de los mercados de bienes, servicios y factores y no sólo de la propiedad de los ofertantes que actúan en ellos. Marginarse, significaría marginarse de las innovaciones y la tecnología. Pero si quiere aprovechar los ciclos internacionales y no depender exclusivamente de ellos, la política económica que enmarque debe ser flexible, guiada por resultados, adhoc a las circunstancias y anticíclica. Debe incentivar la adopción y aprovechamiento competitivo de nuevas tecnologías, comunicaciones, transportes e información tecnológica.

”Debe promover los nuevos procesos económicos: minimización de barreras y costos de transacción, descentralización de decisiones, minimización de inventarios, promoción social por méritos. Más allá de dichos principios, sus políticas monetaria y fiscal deben propiciar, sobre todo, la rentabilidad y competitividad de las empresas de bienes y servicios transables y no sólo de las que se benefician de precios internacionales elevados e inestables. Por lo tanto, deben inducir una estructura de precios básicos que las haga competitivas”²⁰.

De la competitividad nadie se escapa, hoy por hoy es un fenómeno mundial. El Centro de Estudios Económicos de la Asociación Nacional de Industriales – ANDI, de un modo muy

²⁰ FERRARI, César. *Op. Cit.*, p. 29.

interesante, trajo al debate académico precisamente la teoría de la *competitividad sistémica*²¹ señalando desde su perspectiva la necesidad de un **diálogo** más allá de lo coyuntural, partiendo de las organizaciones sociales a nivel micro y macro (regional-continental) y definiendo las ventajas competitivas en consenso social²². La pregunta es, siendo la ANDI un gremio sumamente importante ¿por qué no se refleja en los documentos de desarrollo a nivel estatal?

4.2.3. El negocio petrolero hoy en día

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

El 7 de diciembre de 1997, en El Tiempo se habló del petróleo en Colombia en el Siglo XXI y parece no tener mala razón al decir que: “La tecnología está constituyéndose en el factor más revolucionario de un cambio radical en la industria del petróleo, en los años por venir. Dicho cambio ya se vislumbra en el horizonte, en el sentido de reducir los costos. El primero de entre ellos es la sísmica tridimensional para explorar, pero vienen enseguida otras innovaciones, como la medición y toma de registros durante la perforación en pozos perforados horizontalmente. Igualmente revolucionaria es la perforación de pozo con hueco reducido (slim hole), la perforación con tubería enrollada (coiled-tubing) y el registro de imágenes del hueco mediante resonancia magnética nuclear. Y no menos importante es el trabajo de equipos integrales y de modelamiento del sistema de petróleos, también utilizados en la fase de producción. En síntesis, el mundo entero, bajo la influencia de nuevas tecnologías y en razón de la globalización del mercado, asistirá rápidamente a desarrollos aún no previstos, incluyendo, en primer término, un aumento del consumo de petróleo en los países de Asia.

“Qué va a hacer Colombia frente a estos fenómenos y muy principalmente frente al hecho de que sus reservas actuales no cubrirán sus necesidades más allá de la primera década del siglo XXI? Fue, precisamente, dentro del concepto de que el consumo mundial de la gasolina mundial está expuesto a verse reducido y de que muchos países aspiran a explotar al máximo sus grandes riquezas de hidrocarburos antes de que estos se vean sustituidos por otros combustibles, por lo que Ecopetrol ha intentado comprometerse en nuevos desarrollos y nuevas políticas en procura de la participación del capital extranjero en exploraciones, porque, con las reglas anteriores, si bien es cierto que algunos capitales internacionales se habían comprometido en las cuencas ya conocidas, porciones considerables del territorio nacional, como es toda su Costa Pacífica, jamás habían atraído inversionistas al amparo del actual régimen, y, con razón, se ha pensado en un cambio de reglas en cierta manera más favorables para aquellas cuencas que hasta el presente permanecen por fuera del comercio a consecuencia de las exigencias excesivas de la legislación colombiana para esta clase de descubrimientos tan riesgosos”²³.

²¹ Centro de Estudios Económicos – ANDI. *Gobernabilidad y competitividad: un enfoque integral*. En: Revista ANDI. Bogotá D.C., ANDI, pp. 9 y ss.

²² Cfr. ESSER, Klaus, *et. al.*. *Op. Cit.*

²³ <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-668692#>. Consultado el 19 de julio de 2009.

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

4.3. LUCES

4.3.1. El petróleo: un bien económico, político y social

Retornando al entendimiento del petróleo no como un bien económico solamente nos hace ver que éste recurso por su relevancia tiene una importancia social y política. Esto hace entonces que el fenómeno del petróleo desde la perspectiva de los inversionistas y del Estado se note su calibre social y político. Implica esto hablar de transdisciplinariedad y diálogo entre conocimientos.

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

Como ejemplo de caso están las consideraciones que se han hecho con ocasión de las poblaciones indígenas U’wa los cuales reclaman una significación al petróleo de carácter ambiental y religioso. La obra de Ángela Uribe trata con exhaustividad el caso.

El caso U’wa, mencionado en el capítulo anterior, trae los mejores elementos de la discusión. La obra “Petróleo, Economía y Cultura”²⁴ examina con gran riqueza el debate presentado entre la comunidad indígena, el Estado y las empresas petroleras y la necesidad del reconocimiento del otro como interlocutor y la necesidad de la apuesta, de la fe en la posibilidad de un consenso.

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

²⁴ URIBE BOTERO, Ángela. *Petróleo, economía y cultura*. Bogotá D.C., 2005, Siglo del Hombre Editores.

materiales; para ellos, los U'wa la riqueza y el bienestar dependen de poder conservar su mundo dentro de los parámetros del mito fundacional y preservar el equilibrio precario del universo que se pone en peligro por las pretensiones de progreso y desarrollo enunciadas desde la sociedad mayor²⁵. Es en definitiva **una propuesta por construir unos agregados de justicia colectivos y participativos, haciendo de la memoria colectiva materia prima para la construcción de la justicia, como algo que “nos satisface” y “nos deja en paz”**. “Reconocer el valor de la memoria colectiva para una teoría de la justicia, reconstruir con esos fragmentos una historia nacional más incluyente, aceptar con humildad que pueden subsistir memoriales rivales sobre los mismos temas, convertir el sufrimiento en memorias ejemplares orientadas a evitar que se repitan las condiciones que hicieron posibles la barbarie, la injusticia y la opresión, puede reconstituir una estrategia para el reconocimiento de derechos colectivos y para una mejor distribución pluralista de bienes²⁶”.

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

Preguntémonos entonces ¿Qué es la riqueza? Para responder a ésta pregunta me detengo en las consideraciones que la ética de mínimos hace sobre la riqueza. La Dra. Adela Cortina, en sus cátedras, conferencias y fundación Ética para los Negocios – ETNOR ha llevado a cabo una importante labor para el empresariado enfocando la necesidad de hacer en los que detentan el capital de hacerse parte del contexto que los rodea y responder de conformidad con sus actividades y negocios con base en las “buenas prácticas”.

Éstos avances en el concepto de actividad empresarial, como una que requiere de legitimidad social²⁷ y el tener en cuenta que el otro es un interlocutor válido. Es deber del derecho en

²⁵ URIBE BOTERO, Ángela. *Op. Cit.*, P. 20.

²⁶ URIBE BOTERO, Ángela. *Op. Cit.*, P. 20.

²⁷ Ésta cita es **crucial**: “Las personas no necesitan en su existencia cotidiana legitimidad para vivir, pero las actividades humanas sí, y una actividad humana que no legitima su existencia socialmente, es, sencillamente ilegítima y la sociedad tiene derecho a pedir que cese su actividad. En ése sentido la empresa es una actividad que cobra legitimidad social por perseguir determinados bienes, con respecto a los cuales tiene que hacer elecciones prudentes. Por lo tanto, es importante recordar que lo primero que tiene que empujar una empresa son sus metas”. ¿Cuál sería entonces la meta de las empresas? Creo que es, fundamentalmente, satisfacer necesidades humanas con calidad y es esa meta la que la legitima en una sociedad. Cuando una empresa no lo hace así, con calidad, pienso que la sociedad tiene el derecho de reclamárselo. Pero esto es sólo un nivel, existe un segundo nivel que sería el empleo de mecanismos específicos para desarrollar su actividad en un momento histórico determinado”. “La búsqueda del beneficio y el afán de lucro son los motores de la empresa y, por lo tanto, un empresario tiene que adoptar los mecanismos propios del mundo empresarial, esa es su lógica. Un tercer nivel es a que esos mecanismos tienen que adoptarse dentro del marco legal, dentro de la legalidad vigente en un país en un momento determinado... El trasfondo moral último de nuestra sociedad es al que hemos ido llegando históricamente. Existe un trasfondo moral que es desde el cual tendríamos que corregir cualquier tipo de legalidad vigente, y ese trasfondo moral consiste en decir que cada una de las personas afectadas –en este caso por la actividad empresarial. Es un interlocutor válido que tiene que se ha tenido en cuenta a la hora de formular esa legislación pues son estas personas quienes en último término serán afectadas por dicha legislación, El

razón de ser éste el que desarrolla lo más importante de la Constitución de nuestro país, propiciar espacios de encuentro y de medición de afectación con el fin de determinar los afectados positiva y negativamente de las actividades industriales con el fin de hacerlos encontrar y más aún: mejorar las condiciones de encuentro hacia la satisfacción de las necesidades de los afectados. “El Estado de Bienestar no nos ha enseñado pedagógicamente que los bienes de una sociedad son sociales”²⁸. **¿Acaso no es esta una realidad que sea relevante al derecho, en especial a la concreción del valor de lo humano en los procesos sociales económicos?**

4.3.2. Enfoques de desarrollo, mínimos básicos y participación ciudadana

Los esquemas de desarrollo están puestos para ser debatidos, para ser colocados sobre la mesa y ser pensados en la arena de lo público. Es una necesidad imperativa abrir debate acerca del enfoque de desarrollo que el país desea ya que éste, por lo general concertado entre el Estado y los empresarios, determina la legislación a expedir. Pero por sobre todo, centrar el enfoque de desarrollo en los derechos humanos y la democracia hacia un “orden justo”.

El actual modelo de desarrollo es el contenido en el Plan Nacional de Desarrollo “Estado Comunitario” del Presidente Uribe en su gobierno 2006-2010. Éste Plan, como lo han sido los anteriores, trae una interpretación de la situación del país. Los énfasis, prioridades están dadas por el Departamento Nacional de Planeación que en el proceso de creación del Plan Nacional de Desarrollo no cuenta con la participación ciudadana. En el Tomo II del actual Plan de Desarrollo incluso se habla de la necesidad de incluir dentro de las dimensiones del desarrollo los diferentes sectores de la sociedad civil, hasta hablar de la promoción de minorías y de criterios de desarrollo sensibles como la sostenibilidad ambiental y la distribución de la riqueza. Pero, ¿dónde está la gente?

Esto favorece a que la ideología profesional de los agentes que desarrollan el Plan sea plasmada como la única fuente de perspectivas de desarrollo. Es decir, a medida que se garantice la pluralidad y eficaz representatividad de los diferentes sectores sociales y económicos de la sociedad, hablamos de una menor captura ideológica en el plan nacional de desarrollo. *No nos debe asustar hablar de ideología en éste plan, esencialmente es política y diría yo la política más importante que tiene todo el país se condensa en éstos planes en los cuales la participación y lecturas sociales que hay al respecto de las realidades que más atañen a los colombianos.*

El enfoque de desarrollo, por sus características, corresponde en su gran mayoría al concepto de “Estado Comunitario” que es una versión de aplicación en nuestro país, a nivel regional del contenido político de lo que a nivel internacional corresponde a una política neoliberal por sus

mundo empresarial está lleno de afectados, que a la hora de corregir la legalidad vigente, tendrían que ser tenidos en cuenta de *manera dialógica*, para poder hacer ese tipo de correcciones legales. De no hacerse así correríamos el riesgo de que un sector empresarial fuerte corrigiera la legalidad vigente para su propio beneficio, pero no para el total de los afectados”. CORTINA, Adela y CONILL, Jesús. *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*. Bogotá D.C., 1998, Siglo del Hombre Editores, p. 41 y ss.

²⁸ CORTINA, Adela y CONILL, Jesús. *Op. Cit.*, p. 54.

lineamientos de mercado y niveles de intervención, en contraposición a un modelo neoestructuralista²⁹.

¿Cómo es el enfoque? El mismo Departamento Nacional de Planeación lo explica: “Hoy en día se acepta que hay unos principios económicos básicos o *de primer orden* para lograr el desarrollo. La lista de Larry Summers 2003 (citado por Rodrik 2005) es la siguiente:

- Habilidad para integrarse con la economía global a través del comercio y la inversión.
- Finanzas públicas sostenibles y moneda sana.
- Ambiente institucional con respeto a los contratos y a los derechos de propiedad.

La lista de Dani Rodrik [2005] es la siguiente:

- Protección de derechos de propiedad.
- Respeto de los contratos.
- Competencia basada en el mercado.
- Incentivos apropiados.
- Moneda sana.
- Solvencia fiscal y sostenibilidad de la deuda.

Rodrik (2005) sostiene que los principios económicos básicos se pueden satisfacer en una diversidad de arreglos institucionales. La unidad de los principios básicos y esa diversidad de los arreglos institucionales se puede describir en por lo menos tres niveles: el microeconómico, el macroeconómico y el social. Para cada uno de ellos se plantea un objetivo, unos principios universales, y unas preguntas para iluminar la posible diversidad institucional. En términos *microeconómicos*, el objetivo es la eficiencia productiva estática y dinámica; sus principios universales son:

- Los *derechos de propiedad*: para asegurar que los inversionistas actuales y potenciales puedan retener el beneficio de sus inversiones.
- Los *incentivos*: para alinear los incentivos de los productores con los beneficios y costos sociales, y
- El *imperio de la ley*: para proveer un conjunto de reglas transparentes, estables y predecibles).

En términos *macroeconómicos*, el objetivo es la estabilidad macroeconómica y financiera; sus principios universales son:

- *Moneda sana*: para no generar liquidez más allá del incremento en la demanda por dinero nominal a una tasa de inflación razonable.
- *Sostenibilidad fiscal*: para asegurar que la deuda pública permanezca “razonable” y estable en relación con los agregados nacionales); y
- *Regulación prudencial*: para evitar que el sistema financiero asuma demasiado riesgo. En términos de *política social*, el objetivo es la justicia distributiva y la reducción de la pobreza; sus principios universales son:

- La *focalización*: para los programas redistributivos deben ser focalizados tanto como sea posible en los beneficiarios deseados; y
- La *compatibilidad de incentivos*: para los programas redistributivos deben minimizar las distorsiones en los incentivos.

²⁹ SUNKEL, Osvaldo. *Neoliberalismo y neoestructuralismo en América Latina*. En: Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Económicas. N° 46. Bogotá D.C., pp. 14 y 15, que tanto en éste número como el anterior (45) resalta el enfoque exclusivista de mercado y la disminución diálogo y pluralismo en el diagnóstico y formulación.

En síntesis, el hecho de que se tengan los principios económicos básicos claros, no implica que se tenga claridad sobre cómo se deben implementar en términos institucionales. La forma como en este Plan se interpreta la anterior literatura es de la siguiente manera: hay unos principios económicos básicos, que se deben respetar; sin embargo, cada país tiene el derecho, y quizás la obligación, de desarrollar unas formas institucionales propias, que den expresión adecuada a los principios económicos básicos. Esta es, en gran medida, la principal tarea de este Plan”³⁰.

¿Qué filosofía política guarda el Plan Nacional de Desarrollo? Paradójicamente a lo anterior, se consideró en el momento de su presentación como un modelo propio de la “escuela comunitarista”, es decir, como una “crítica al liberalismo político o a la Teoría de la Justicia de Rawls como expresión paradigmática de la teoría liberal contemporánea”; “[d]e hecho a los comunitaristas, lo que promueven [es] la organización y el desarrollo de los grupos intermedios en la sociedad a nivel nacional, internacional y mundial, los llaman “civil society thinkers”. Lo que buscan es impulsar el “third sector” (la sociedad civil, tercero después del Estado y el Mercado”, más que cualquier actividad estatal, porque desean un Estado mínimo, rector de los asuntos políticos”³¹.

Evidenciamos por tanto una contradicción real entre el Plan Nacional de Desarrollo y las posturas políticas con el gobierno presentó el Plan. Parte de los “consejos comunales” responde a ésta primera idea, pero en su práctica redoblan precisamente la concentración del personalismo en la figura presidencial, opacando la conformación de concertaciones sociales, es decir, continuando con la asimetría de poder y distribución de riqueza tan inequitativo que vive Colombia. En conclusión, la formulación teórica original no se desarrolla en el Plan de Desarrollo y las prácticas políticas de Estado

El Plan Nacional de Desarrollo trae a colación el *desarrollo productivo a partir de las empresas*. Respecto a éstas propone el plan hacer énfasis en cinco ejes principales:

“La Política de Desarrollo Empresarial se fundamentará en cinco ejes principales:

1. Fomento de la innovación y el desarrollo tecnológico para la competitividad.
2. Competitividad asociada con la productividad empresarial.
3. Inserción internacional y facilitación del comercio.
4. Adecuado funcionamiento del mercado interno.
5. Estrategias específicas de productividad y competitividad para las microempresas y para las Pymes”³²

Es una copia de los conceptos de competitividad cercanos a Porter: “ **Competitividad asociada con la productividad empresarial Estabilidad jurídica para los inversionistas.** La existencia de reglas claras, predecibles y estables permite atraer nuevas inversiones, tanto foráneas como domésticas. La adopción en Colombia de los llamados contratos de estabilidad jurídica ha sido

³⁰ <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/LinkClick.aspx?fileticket=LNQRfw1bAXo%3d&tabid=65>. Consultado el 19 de julio 2009 .

³¹ MORALES CRUZ, Jairo A. *Estado Comunitario*. En: Revista Javeriana, Año XI, N° 2, Diciembre de 2002, p.17.

³² <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/LinkClick.aspx?fileticket=LNQRfw1bAXo%3d&tabid=65>. Consultado el 19 de julio 2009 .

un vehículo idóneo para la atracción de nuevos inversionistas, por la vía de estabilizarles las normas determinantes de su inversión hasta por 20 años. Se dará continuidad a la estrategia de difusión de dicho instrumento, buscando estimular y aumentar su uso.

”Esta estrategia irá acompañada de una adecuada divulgación del portafolio de inversiones, y mejoras en la capacitación para la formulación de solicitudes y procedimientos para suscribir estos contratos. La inserción internacional del país, por medio de la firma de nuevos acuerdos de integración, de promoción de inversiones y de prevención de la doble tributación, es otra estrategia conducente a garantizar un marco estable y duradero en las reglas de juego. Además, desde el Gobierno se impulsará la profundización del concepto de *responsabilidad fiscal*, que minimice la modificación de la normativa tributaria. **Cultura y mejoramiento de la productividad.** Es necesario posicionar el tema de productividad como un componente fundamental para el mejoramiento de la competitividad de las empresas. Para ello se pondrán en marcha dos estrategias: (1) difusión y sensibilización al sector empresarial, mediante eventos académicos, publicación de documentos y capacitación en las técnicas de medición de la productividad a empresarios y funcionarios y, (2) promoción del mejoramiento de la productividad dentro de empresas agrupadas en conglomerados empresariales.

”Se conformarán 16 colectivos –240 empresas aproximadamente– a los cuales se les practicará la medición de su productividad, como paso previo al diseño de planes de mejoramiento de la productividad y la adopción de tecnologías de gestión que le ofrezcan al empresario resultados en el corto plazo en reducción de costos y aumentos de producción. **Clusters empresariales.**

”Se promoverá y apoyará el desarrollo y fortalecimiento de *clusters* industriales, teniendo como finalidad última la mejora de la competitividad y productividad del tejido empresarial e institucional del país. Los *clusters* permiten la generación de economías de escala, el impulso a la innovación a través de la colaboración entre empresas y entre estas y entidades de investigación, y el posicionamiento en los mercados. La promoción de *clusters* ayuda a superar la fragmentación de las labores que llevan a cabo diversas entidades de apoyo empresarial. El Ministerio se concentrará en la promoción y desarrollo de una cultura del trabajo en *clusters*, y en el fomento y aplicación de mecanismos de cooperación entre las empresas, por medio de jornadas de trabajo que permitan el intercambio, difusión de las experiencias y desarrollo de proyectos. Se buscará apoyar el progreso competitivo de 30 *clusters* industriales, teniendo presente las apuestas regionales identificadas en el marco de la Agenda Interna; prestando apoyo a la formación de redes de expertos locales en la promoción y organización de *clusters*, que desarrollen habilidades para el manejo conceptual y de las herramientas respectivas en cada región, sector productivo, tipo de empresas y organización empresarial”³³.

Hay por tanto una captura ideológica que precisamente señala la exclusión social. Continúa con el problema del desarrollo del siglo XX³⁴. Por ello consideramos con el profesor Silva que

³³ <http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/LinkClick.aspx?fileticket=LNQRfw1bAXo%3d&tabid=65>. Consultado el 19 de julio 2009.

³⁴ “Diciéndolo con otras palabras, lo determinante del modo de desarrollo es la exclusión en que se ha mantenido a no menos de la mitad de los colombianos de los beneficios básicos del progreso humano y que, en términos generales, se llama **condiciones dignas de vida**, comenzando por el disfrute de una ocupación estable y un ingreso equitativo. Es

podríamos mejorar entonces la economía haciéndola realmente una economía capitalista de mercado, donde todos hagan parte de él, luego todos sean “tomadores de decisiones”: “[e]n conclusión, hoy tenemos más de la mitad de la población al margen del mercado, por lo que ni siquiera podemos hablar de una **economía capitalista de mercado**”³⁵. El análisis del que parte el profesor con los “tres pilotes con grandes deformaciones”³⁶ es escandaloso pero nada lejano de la realidad, su propuesta de un **consenso nacional**, no es nada descabellado, *está por pensarse entonces los dispositivos culturales que nos permitan un modelo de desarrollo humano eficaz para la dignidad humana **sustituyendo los fundamentos de la sociedad excluyente con los que hemos convivido***.

Ahora, acercándonos a los clusters para aterrizar en el tema petrolero, de nuevo evidenciamos la llamada *captura*, en tanto el diagnóstico y formulación de la política nacional de hidrocarburos la competitividad por regiones repliega el mismo discurso.

Una mirada sobre el petróleo de éste modo sesga necesariamente consideraciones sobre los contextos y sobre el valor político del petróleo. Más aún, hablar del petróleo puesto en la arena del debate del desarrollo del país nos hace pensar en la democratización del petróleo, en tanto esto propondría a los ciudadanos la posibilidad de visibilizar las posiciones entorno al tema y abrir espacios de diálogos como mecanismos políticos para determinar el futuro del petróleo en el país.

Un buen inicio es empezar por hablar del Plan Nacional de Desarrollo y su posibilidad de intervención ciudadana en su **formulación y control**. Esto significaría un gran avance poder adentrarnos cada vez más en la participación y verificación real de representación de los afectados positiva y negativamente por las actividades industriales del sector hidrocarburos. Más aún, las comisiones regionales de competitividad deberían contar con la representación regional en materia energética, habilitando el derecho espacios y mecanismos para que se refleje en verdad la intención de las comunidades locales y regionales sobre el destino político, económico y social del petróleo que permanece en el subsuelo. En nuestra opinión avanzar en la política nacional de desarrollo, la política energética, en su diagnóstico y formulación (que es lo más importante) de espaldas a las comunidades locales, regionales y el país es un desatino, puesto que no se satisface ni se ofrecen espacios para el diálogo, concertación y representación de las propuestas para la satisfacción de los intereses en cada uno de éstos niveles.

decir, que cualquiera haya sido el modelo económico utilizado en el lejano o reciente pasado, el resultado siempre fue el mismo: **concentración excesiva del ingreso** en pocas manos, ya sea por medios sanos o no desde la ética del capitalismo, y **acumulación agobiante de la pobreza** sobre los hombros de la mayoría de la población”. SILVA COLMENARES, Julio. *Colombia: de la sociedad excluyente a un modo de desarrollo humano*. En: Investigación y Desarrollo. N° 3, 2000, 9. 364.

³⁵ SILVA COLMENARES, Julio. *Colombia: de la sociedad excluyente a un modo de desarrollo humano*. En: Investigación y Desarrollo. N° 3, 2000, 9. 365.

³⁶ “El primero de ellos, un **Estado privatizado y empresarial**, con entidades ineficientes e ineficaces que favorecen los intereses de las élites políticas, económicas y sindicales que lo controlan; el segundo, un **mercado cerrado y monopolizado**, al servicio de poderosos grupos económicos extranjeros y nacionales; y el tercero, pero no menos importante, un sistema de **solidaridad social asistencialista y paternalista**, que facilita la corrupción y el despilfarro de los recursos” SILVA COLMENARES, Julio. *Colombia: de la sociedad excluyente a un modo de desarrollo humano*. En: Investigación y Desarrollo. N° 3, 2000, 9. 365.

¿Cómo? A través de dos mandatos:

- Transformación ética para la redistribución del valor agregado. “Por lo tanto, son indispensables transformaciones éticas en las relaciones sociales, reformas institucionales profundas y cambios microeconómicos y y micro sociales. No se trata de repartir el capital físico entre los pobres, pues ello tiene poca eficacia, sino de conseguir una redistribución más equitativa del **valor agregado** en el proceso de producción de bienes y servicios, lo que supone modificaciones en el sistema ocupacional y en la organización empresarial, para poder competir con mayores posibilidades de éxito en la internacionalizada sociedad del conocimiento. Se busca en adición, que cada vez más colombianos tengan mayores oportunidades de acceso para el disfrute de los **beneficios del progreso humano** en aspectos como educación, salud, atención a niños, ancianos y discapacitados, servicios públicos domiciliarios y otros”. Es decir, “buscar una prosperidad que no se quede en la privilegiada minoría de siempre, como es el ideal que recorre al mundo, expuesto por mentes sabias y corazones emocionados. Prosperidad que es **una utopía por construir**, pero válida para una sociedad como la nuestra”³⁷.
- “Haga lo que más pueda”. Colombia vive una situación compleja, pero ésa respuesta aunque sutil y quizá “como para salir del paso” resulta ser verdad. En marzo de éste año la Dra. Adela Cortina ofreció una conferencia en ésta ciudad sobre responsabilidad social empresarial. Un participante le pregunta al final sobre dónde “hacer el corte”, “¿hasta dónde?” va la tal RSE. Trayendo a colación una anécdota familiar, respondió así: haga lo que más pueda. Hacer “lo más” es ya la actitud necesaria, que complementando la transformación de valores anteriores, puede generar cambios reales.

4.3.3. Competitividad: un concepto forjado en la sociedad civil

Habida cuenta del valor del petróleo como un valor intercultural, es necesario hacer de la toma de decisiones sobre éste, también interculturales, más participativas. Es necesario crear nuevas categorías³⁸. Para ello vemos como luz el aporte de la Competitividad Sistémica, puesto que ésta está puesta precisamente para que el desarrollo parta de la mejora del entorno de las ventajas competitivas, con concertación, diálogo e inclusión.

¿Cómo? En los parámetros del índice de desarrollo humano para un país como el nuestro nos puede dar luces para poder ubicar el punto al que queremos llegar. No es lejano hablar de una gestión de industria, de negocios (como el del petróleo) con mínimos éticos básicos y

³⁷ SILVA COLMENARES, Julio. *Colombia: de la sociedad excluyente a un modo de desarrollo humano*. En: Investigación y Desarrollo. N° 3, 2000, 9. 366.

³⁸ “[T]enemos que cambiar radicalmente muchos de los componentes de la teoría económica y de la teoría del desarrollo... con políticas específicas de equidad... se necesita pasar de lo cuantitativo a lo cualitativo”. MAX-NEEF, Manfred. *Desarrollo sin sentido*. Texto de su intervención en el encuentro “Diseñadores del Futuro” que tuvo lugar en La Cocha. Nariño, en julio de 1996.

hablar de desarrollo humano, puesto que los primeros están precisamente indicando el imperativo ético de responsabilidad con el contexto (las comunidades en todos los niveles).

¿Por qué no apostar por una participación y capacidad de decisión sobre el petróleo? Aquí entonces la primera parte de la propuesta: **no hay verdadera participación ni es un incentivo real hacerse parte de una concertación sin capacidad de decisión final.** Someto a duda: ¿necesariamente el petróleo debe ser del Estado Central? ¿La propiedad unívoca del Estado sobre el subsuelo es satisfactoria a las demandas sociales comunitarias sobre el destino de los recursos que yacen debajo del suelo donde opera su vida o se identifica la región?

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

La cruzada de los Derechos Humanos de los últimos años debe cada vez más permear los ámbitos y redes sociales petroleras de tal manera que no solo sean vistos como una limitante para la incursión en nuevos territorios y comunidades, sino como una necesidad imperiosa para la guarda no solo del orden público sino incluso de los reclamos de justicia y democracia que frecuentemente realizan éstos territorios y éstas comunidades. **La empresa está incurso en una sociedad y ésta es la consideración esencial:** “Cualquier organización -y en este caso, la empresa- ha de obtener una legitimidad social, y para conseguirlo ha de lograr a la vez producir los bienes que de ella se esperan y respetar los derechos reconocidos por la sociedad en la que vive y los valores que esa sociedad comparte”³⁹.

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

En pocas palabras, hablar de una competitividad creada por todos es hacer de ella no una orden imperiosa, excluyente de todo tipo de reflexión entorno a ella, sino es precisamente hacer de la competitividad un lugar de diálogo en el cual quepa la transdisciplinariedad y la temporalidad. ¿para qué? Para hacer de los bienes, negocios y prácticas empresariales no solo lugares de exclusiva renta monetaria, sino también social. Las prácticas empresariales en contexto no deben desarticular la red social en la que viven debe reconocer los procesos democráticos como prácticas de construcción social y reconocerse la empresa como un actor más del desarrollo social en un lugar y tiempo determinado.

³⁹ CORTINA, Adela. *Ética de la empresa*. Madrid, Trotta, 2000, p. 51.

Estamos hablando de la **riqueza sostenible**. Es decir, de la riqueza que se hace posible en respeto, construcción, aporte a la red social en que las prácticas empresariales se ubican. La competitividad no solo debe ser medida en renta monetaria, sino en renta social, renta política, etc.

Sostenibilidad y desarrollo no pueden ir separados. “La sustentabilidad se ha convertido en parte importante de la decisión sobre el desarrollo. Es cada vez más claro, de igual forma, para profesionales u académicos que nuestra opinión sobre las estrategias de desarrollo debe cambiar; a menos que a los deferentes enfoques se les permita crecer, la estrategia de integración económica internacional prevaleciente destruirá nuestra capacidad de emprender esta tarea”⁴⁰. Y no se habla de sostenibilidad solo como el discurso verde ambientalista, sino también como el **discurso del reconocimiento de la viabilidad de las riquezas sociales, económicas, políticas y el modo de hacerlas vivir hacia el futuro**, un *“mejor calidad de vida”*.

El mismo Barkin más adelante lo termina enfatizando: *“una estrategia para promover la sustentabilidad debe enfocarse en la importancia de la participación local y en la revisión de la forma en que la gente vive y trabaja”*⁴¹. En los tiempos nuestros de la sociedad civil donde la representatividad empieza a dar pasos atrás para dar paso a la participación directa, “[h]ay un acuerdo generalizado... las políticas de desarrollo sustentable no pueden ser diseñadas o instrumentadas desde arriba. Para tener éxito requieren de la participación directa de los beneficiarios y de otros que puedan ser impactados. Pero hay un acuerdo general de que su participación debe implicar más que un papel meramente de consulta. Para que tal enfoque funcione, se requiere que quienes detentan el poder se den cuenta de la necesidad de integrar a la gente dentro de sus estructuras reales de poder con el fin de confrontar los problemas principales de nuestro tiempo; eso implica a una redistribución del poder, tanto político como económico”⁴².

¿Por qué hacer éste cambio? Los **objetivos del milenio** de Naciones Unidas nos indican un camino a seguir. Si bien son un “soft law” en derecho internacional, de su apropiación en nuestros proyectos sociales, empresariales y políticos depende nuestro país que está en vía de desarrollo.

Parte del inicio del cambio está en coordinar estrategias, una de ellas para que el desarrollo sustentable sea real, es decir, una participación social, política y económica que genere niveles de satisfacción a las demandas plurivalentes de la sociedad, está en lograr el *desarrollo autónomo* de las regiones y las comunidades, de tal manera que cada vez se fortalezcan más tanto las individualidades como colectividades dentro de las redes sociales. No es posible un ambiente natural, social y económico nuevo si la base social no cuenta con un reconocimiento y fortalecimiento, en especial de los grupos marginales que poco cuentan en los esquemas actuales de desarrollo. En pocas palabras: que todos nos sentemos a la mesa con capacidad de hablar y decidir el futuro común.

⁴⁰ BARKIN David. *Superando el paradigma neoliberal: desarrollo popular sustentable*. En: Cuadernos de Desarrollo Rural, N° 43. Bogotá D.C., 1999, Pontificia Universidad Javeriana. p. 14.

⁴¹ BARKIN David. *Op. Cit.*, p. 17.

⁴² BARKIN David. *Op. Cit.*, p. 20.

No es novedoso, pero políticamente difícil de integrar a las prácticas políticas estatales, partidistas y gubernamentales. Muchas veces el prejuicio de que el “desarrollo sostenible” es “agenda verde” aleja del debate público que es una plataforma si bien ambiental, es intersectorial, tanto social como política, puesto que se parte de la idea en las últimas tendencias en hacer de la **cultura** el punto de referencia⁴³. Es solo verificar las conclusiones que se extraen del debate en sí⁴⁴, y ver que además muchas de las normas constitucionales que consagran el concepto traen a la mente no solo temas ambientales sino del desarrollo mismo⁴⁵. Además, una de las evidencias que se puede sumar al contenido conceptual de desarrollo sostenible, es el enfoque de la responsabilidad social, la cual es interdisciplinaria e intersectorial, *un lugar de aprendizaje*: “the implementation of CSR is based on cross-sector partnering, while the establishing of cross-sector partnership requires a solid CSR public policy integrating the broadest posible CSR definition”⁴⁶.

4.3.4. Competencias para la competitividad

Sumergirnos en la “identidad” de los agentes de mercado como Estado y empresarios del petróleo es proponer la *concepción y formación* de los agentes petroleros en el país. Es decir, es saber quién es el agente y cuáles son sus cualidades con que actúa.

La luz que acá propongo es la generación de **competencias** para un mundo globalizado como el que vivimos en materia energética. Es decir, una propuesta necesariamente pedagógica, hecha a “cuatro manos”: Estado, Gremios, Academia e Instancias internacionales. ¿Educar? Si, es decir, enseñar el “cómo hacer”, me refiero con esto a las habilidades que debe tener un agente en el mercado energético para que rinda tanto en sus negocios como frente a la sociedad en la que está inserto. Es decir, uniendo con lo dicho anteriormente, *aprender a generar riquezas monetarias y sociales*, las unas sin el desmedro de las otras.

El término de “competencias” se refiere a habilidades en el sentido más íntegro de la palabra⁴⁷, que en concreto frente al tema del que se ocupa éste trabajo, es la necesidad de contar con las habilidades necesarias para competir, no solo para concurrir, sino para ser preferencia en la toma de decisiones de los agentes de mercado a la hora de ofrecer el crudo y los servicios petroleros. En pocas palabras, es aprender a ser *competitivo en materia petrolera*, generando riquezas para todos los sectores ya que todos son responderles de ésta. Es empezar a sospechar que el modelo que busca la riqueza monetaria cuenta con lagunas y que es tiempo de apostar a un modelo mucho más participativo en las riquezas y de todo tipo. Para éste nuevo mundo, nuevas competencias.

⁴³ GUTIÉRREZ PRIETO, Hernando, SZEGEDY-MASZÁK, Ildikó. *Rethinking the Colombian Path to Sustainable Development*. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana, p. 109.

⁴⁴ GUTIÉRREZ PRIETO, Hernando, SZEGEDY-MASZÁK, Ildikó. *Op. Cit.*, p. 23.

⁴⁵ GUTIÉRREZ PRIETO, Hernando, SZEGEDY-MASZÁK, Ildikó. *Op. Cit.*, p. 58.

⁴⁶ GUTIÉRREZ PRIETO, Hernando, SZEGEDY-MASZÁK, Ildikó. *Op. Cit.*, p. 74.

⁴⁷ Término correspondiente a la “racionalidad organizacional, como opción instrumental y metodológica para garantizar la flexibilidad y eficacia estructural y dinámica, con herramientas que facilitan la regulación del aporte y compromiso de las personas, identificadas en carácter de co-constructores y co-responsables de la suerte de la firma de la que hacen parte, a partir de su desempeño cotidiano”. BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Competencias y competitividad*. Bogotá D.C., 2004, McGraw Hill, p. xii.

Efectivamente, como se vio líneas arriba, es hablar de una cultura empresarial nueva enfocada en la construcción y responsabilidad común. ¿Una nueva cultura empresarial? No es algo “caído del cielo”, es un camino frente al cual el derecho necesita estar preparado, pues es el rumbo de las empresas que en el siglo XXI está incorporando, es aún más interesante si tomamos en cuenta que “es indispensable la reducción de brechas entre “lo público” y “lo privado”, sugiriendo una armonización de visiones articuladas que permitan la reconstrucción de escenarios y alternativas con intereses compartidos con cualidad integradora”⁴⁸. Indirectamente, un *desarrollo sostenible*.

Ahora, una de las competencias que se debe fomentar es la cercanía de los proyectos empresariales con los proyectos nación y regionales de desarrollo: “la globalización invita a una nueva exigencia, una nueva actitud o disposición de ampliar la percepción de las mentes productivas u de la gestión pública de manera sincronizada e integral que fundamente y garantice las condiciones mutuas para un desarrollo económico y social armonioso”⁴⁹. Es decir, *la competitividad tiene que nacer de ése diálogo con la relación con el contexto, es decir, en lograr mejores resultados en el balance de la globalización*, con mejores niveles de necesidades básicas insatisfechas, menos pobreza y exclusión.

El Estado no puede estar al margen, en la berma de la carretera de la globalización dejando que las empresas y comunidades luchen por si solas, debe ofrecerse como plataforma de diálogo para solucionar hacia el futuro esta nueva realidad que *no escogimos y debemos afrontar* en pos de la viabilidad de la Nación y del bienestar de las comunidades. Paradójicamente la visibilización y concreción de la sociedad civil en países en vía de desarrollo, que es donde más se necesita, es una de las debilidades, y en los países en desarrollo es más bien la regla. “[E]s el momento de gestar nuevas idiosincrasias orientadoras de la integración de las instancias regulatorias y productivas, capaces de estrechar sus manos en busca de posiciones conjuntas para afrontar las amenazas de la economía global y nutrirse de sus oportunidades generales del contexto mundial...” es “comprender los verdaderos desafíos y no equivocarse de época”⁵⁰.

¿Cómo aprender? Tarea de la sociedad civil, del Estado y de la Empresa y mejor aún, en estrategia conjunta: “[s]e ratifica que las condiciones de competitividad no son posibles sin una coordinación y una coherencia adecuadas entre las dimensiones estatal y empresarial, razón por la cual se insiste en la responsabilidad del Estado como ente poseedor de la información de las decisiones y los riesgos, entendido no como factor inhibitor del desarrollo, sino como regulador de los requisitos indispensables para el crecimiento productivo, con su capacidad de convocatoria a las fuerzas vivas de la sociedad, que orientan la formulación de las políticas públicas que garantizan un engranaje en armonía con los sistemas financieros, social, normativo, educativo, de infraestructura, monetario u del mercado interno para afrontar las condiciones fluctuantes del mercado internacional en el marco de la integración y la competencia”⁵¹.

⁴⁸ BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Op. Cit.*, p. 4.

⁴⁹ BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Op. Cit.*, p. 4.

⁵⁰ BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Op. Cit.*, p. 12.

⁵¹ BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Op. Cit.* p. 14.

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

Sería de suma utilidad que los gremios se apersonaran con más decisión en el aporte de experiencia para la competitividad a las estrategias en el seno de las decisiones y debate público. Con esto de nuevo afirmamos que **el mejor modo de llevar a cabo una competitividad dialogal es la competitividad sistémica**. De allí que nuestra propuesta se centre en **abrir las vías para trasvasar en la medida en que la dignidad humana y el consenso social lo permita, el contenido de la competitividad sistémica**. Para ello hay que revitalizar el papel del Estado y la Sociedad para materializar un efectivo desarrollo: “El modelo de la competitividad sistémica tiene mayores probabilidades de materializarse cuando “mercado” (racionalidad intencional) y “organización” (orientación a la sociedad) se mueven en una misma dirección y están estrechamente acoplados entre sí, permitiendo movilizar potenciales sinérgicos, así como potenciales de corrección y ajuste. Al Estado le incumbe la tarea de impulsar un proceso sistemático de búsqueda y aprendizaje para, en diálogo con la industria y otros grupos de actores sociales, coordinar la relación entre orientación competitiva/fortalecimiento de la localización industrial, desarrollo social (con vista a la dimensión social y política) y sustentabilidad ecológica, creando así las condiciones para materializar un concepto de cambio económico, social y ambiental adecuadamente conducido”⁵².

4.3.5. Desvelo de la política en el derecho petrolero

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

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

⁵² ESSER, Klaus, HILLEBRAND, Wolfgang et. al. *Competitividad Sistémica*. Barcelona, Bosh, p. 194.

No temer en hacer un “link” dialógico por el desarrollo entre el mercado, la sociedad y la política como punto final de la violencia. Las alternativas de paz se construyen viendo en las instituciones humanas un interés polivalente. Es empezar a partir no solo de los instrumentos macroeconómicos, sino de los microeconómicos, y hacer corresponder el crecimiento económico con el ingreso real de las personas⁵³; en el mismo sentido empezar a pensar (por qué no) que el desarrollo humano es un “buen negocio” y que la real estabilidad de la economía está más en el desarrollo humano con crecimiento económico que en una política de precios estables, empezando a derrumbar el “fetichismo del déficit” y de la deuda como de la austeridad jugando tal vez a “cortas estabilizaciones” en el sentido de que una “política de estabilizaciones no puede estar separada de una política de crecimiento”⁵⁴. No nos queda la menor duda que es una alternativa al Consenso de Washington, una alternativa ésta vez si más dialógica e incluyente, que pueda responder a las continuas exigencias de la comunidad global y pueda la economía ser un factor a favor de los objetivos del milenio. **Desde las autorizadas opiniones de estos economistas, indudablemente, nos encontramos en el dintel de la nueva economía mundial.**

En cuanto al petróleo, en el estudio de la CEPAL sobre el futuro del petróleo se habla de dos factores a incidir en la industria internacional de hidrocarburos: *los factores geopolíticos y los factores especulativos*. Sobre los primeros el Estado podría aprovechar las herramientas de la integración regional y hacer del petróleo no solo un recurso que se negocia con el Estado sino también con la región, es decir, verificar el Petróleo como un bien regional y se pueda llegar a afirmar una política regional del petróleo. Tanto nacional como regionalmente estamos en una posición privilegiada.

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

4.3.6. La internacionalización del petróleo visto como una oportunidad

La competitividad galopa en los continentes en su concepción neoliberal que más allá de las fronteras y criterios de validez del derecho se ha ido introduciendo en los contextos haciéndose regla en la toma de decisión de los actores en materia petrolera. Si queremos abordar la manera de acercarnos e intervenir en el mercado y política petrolera se hace imperioso hacer del debate, de la concepción del petróleo no un asunto reservado a los Estados sino poder colocarlo en la mesa de la comunidad internacional de naciones. Esto

⁵³ SIGLITZ, Joseph, OCAMPO, Jose Antonio, et. al. *Stability with Grow*. New York, 2006, Oxford University Press, p. 233.

⁵⁴ SIGLITZ, Joseph, OCAMPO, Jose Antonio, et. al. *Op. Cit.*, p. 236.

permite colocar el tema en escenarios, que como la Organización de Naciones Unidas - ONU u organizaciones regionales como la Unión Europea - UE o la Organización de Estados Americanos - OEA, donde los actores económicos y políticos internacionales pueden dar razón de la posición que se ha de asumir.

Una de las preguntas más recurrentes es ¿qué hay del petróleo en la Organización Mundial de Comercio - OMC? Esto es muy importante, ya que el propósito original de la OMC es precisamente apartar el contenido político del económico en las relaciones internacionales y no atar la suerte de una a la otra. En materia petrolera, se hace aún más importante el tema ya que los últimos conflictos internacionales han tenido como causa el petróleo. Poder hacer de la OMC el lugar de comercio mundial del petróleo sería lo ideal, sin embargo la presión de bloques energéticos (que es el futuro) lo hará cada vez más difícil, por esto en nuestra perspectiva veo que la negociación del petróleo se hará en el futuro por bloques, en razón a la dependencia: al largo plazo (30 años) el petróleo generalmente se ubicará en la región de oriente medio (a menos que las regiones de Afganistán –Mar Negro- y Nigeria, objetivos exploratorios mundiales actuales no mejoren las expectativas) y será mucho mejor crear alianzas regionales por el petróleo regional a que se generen dependencias internas.

A nivel mundial, las reservas que hay en América latina y el Caribe son del 10.6%, que además de no ser una baja proporción, cuentan con un capital político importante: están por fuera de la región del medio oriente, lo que facilita la continuidad en la demanda, factor clave para los compradores del crudo. Sería de suma utilidad mejorar los diálogos a nivel energético con México (10% en reservas, pero 35% en producción) y Venezuela (70% en reservas y 29% en producción) y poder hacer del petróleo a futuro un factor de desarrollo común para la región, para que en el siglo XXI las comunidades latinoamericanas se favorezcan del petróleo de éstos dos países (en especial el de Venezuela que parece tener una vida de 77 años) y no de otros países puesto que en caso de importación de crudo es mucho más económico al interior de la misma región. De allí que antes de generar dependencias políticas económicas a causa del petróleo es preferible iniciar diálogos con éstos países para conformar un mínimo de bloque energético regional.

La CAN podría iniciar a poner el tema sobre el tapete, así como bloques comerciales de la región como: MERCOSUR, CARICOM y los países centroamericanos. Es paradójico que un bien tan esencial como el petróleo no sea un foco central de atención en el comercio regional y que pudiendo fortalecerse el comercio regional *latinoamericano* no se haya hecho. Es cierto, las perspectivas políticas latinoamericanas en éste momento (víctimas de populismo, como el caso de Venezuela, Ecuador y Nicaragua) hacen de la política exterior no una ruta de integración, así lo aparenten como con la Unión de Países de América del Sur – UNASUR.

4.4. RUTAS

4.4.1. Desde el derecho...

4.4.1.1. La realidad de la validez

Ruta: Afirmar pedagógica, política y jurídicamente el valor político de la validez como coraza de lo jurídico.

Es aconsejable tomar partido por la validez y no negociar con el concepto. No es afirmar la teoría por afirmarla, sino afirmar su conveniencia para el mismo orden socio-político. La validez como concepto está remitida no solo a sus implicaciones en el ordenamiento jurídico en término de vinculatoriedad y exclusión de la norma contraria a la superior, sino también al reconocimiento que tiene la *validez como instrumento de la política de un país*, hecha normas, para contener hechos contrarios a los deseados por la política misma. Es seguridad jurídica para el desarrollo mismo, no solo para la confianza inversionista.

Afirmar esto, por consiguiente, es afianzar el carácter político de las normas y hacer de ellas un instrumento del querer político social, puesto que lo que la “coraza” guarde, eso debe ser. Evidentemente afirmar la validez como instrumento nos debe llevar a considerar la formación social del derecho de tal manera que refleje las diversas racionalidades del pluralismo con que cuenta nuestro país, no sea que para las mismas comunidades colombianas una pesadilla. Obviamente, esto es ir a una pretensión por la democratización en la producción del derecho, ya que el contenido es entonces lo que importa y lo que importa debe ser definido por todos.

La validez como concepto de política jurídica no es nueva, si bien en su formulación más original y purista en el esquema kelseniano hace del concepto un descubrimiento casi de las ciencias naturales, **podríamos empezar a ver en la validez una dimensión también política**, pero como decía antes, con la garantía que lo que la validez encierre sea reflejo de las demandas sociales según la dignidad humana, puesto que una vez está en marcha la validez es ya un imperativo categórico ante el cual no resta más que el cumplimiento.

En un mundo altamente empresarial, hablando ya de los sujetos de derecho más cercanos a nuestro tema, con arraigados valores económicos no solo en las empresas sino en las existencias individuales y comunitarias, se nos hace necesario enfocar ésta realidad desde la concepción de ciudadanía que empieza a permear el modo de concebir el derecho desde su formación hasta su ejecución. Para nadie es extraño hablar ya de la transformación interna del capitalismo, más aún en ésta última crisis mundial donde se evidenció con fortaleza la necesidad de contar con el contexto y la prudente regulación de las fuerzas económicas para que ninguna pueda llevar al todo a la debacle. Esto ha cambiado la forma de concebir a la empresa en tres aspectos⁵⁵: el paso de la producción taylorista de la jerarquía a la corresponsabilidad, el reconocimiento que cada empresa tiene una cultura como el modo de entenderse y entender el entorno que lo rodea, la concepción del trabajo más allá de ser un factor productivo al reconocimiento de la subjetividad del trabajador, la exigencia social de los

⁵⁵ CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo*. Madrid, Alianza Editorial, 1998, p. 113.

beneficios sociales y la concepción de ética no solo para los individuos sino para las sociedades. Esto necesariamente nos cambia el negocio del petróleo, puesto que las empresas también está ya dando sus primeros avizoramientos en la necesidad de vislumbrar nuevos caminos del “modo de ser” de las compañías. Ahora los llamados por M. Friedman como “stakeholders” toman una mayor relevancia dentro del modo de proceder de la empresa, haciendo de la “trama organizativa” también una plataforma de respuesta al contexto donde se encuentra la compañía.

Indudablemente hablamos ya de una sociedad civil de ciudadanos como personas naturales, evidentemente, pero también de las empresas como ciudadanos, como sujetos reconocidos y reconocedores del contexto donde se encuentran. Esto tiene claras implicaciones en la validez, puesto que hace de las empresas interlocutores y de cualquier “stakeholder” otro interlocutor para la formación del derecho. Como bien decíamos líneas arriba: **si la formación del derecho no está acompañada de diálogo, se corre el riesgo que solamente unos intereses sean los que el derecho decante generando inequidad social, la cual no solamente debe verse en términos de riqueza sino también como satisfacción de las demandas sociales.**

4.4.1.2. “Administrar” la presión de la competitividad

Ruta: Favorecer la competitividad sistémica en las políticas de Estado, como forma de incentivar la riqueza sostenible

La competitividad es un principio ordenador de la toma de decisiones en los negocios, especialmente cuando se es internacional el asunto. Indudablemente debería ser para el derecho un concepto a tener en cuenta, lo que implica hacerlo un concepto jurídico, es decir, con capacidad de determinar la existencia o no de una norma en el ordenamiento jurídico. Por el momento no cuenta, en derecho, más que su enunciación y no tiene una carga determinada.

No todo es derecho, pero lo más relevante de la vida social, lo termina siendo regulado por aquel. Por ende, es de interés común regular el concepto de competitividad y hacerlo pasar por el tamiz de la disciplina constitucional y legal. En pocas palabras, es disciplinar el concepto en orden a que se ajuste a las orientaciones jurídico-políticas instauradas en la Constitución de 1991 y sus pretensiones que vimos anteriormente.

Esto incluye, en nuestro concepto orientar el concepto de competitividad con un programa ordenado y secuenciado. Los creadores del concepto así lo indican: “[l]a competitividad sistémica exige de una sociedad un elevado nivel de organicidad y, por ende, pasos rápidos hacia una sociedad civil creativo y orientada en muchos aspectos hacia el bienestar común. La formación de estructuras en la sociedad y en la economía apunta al desarrollo de grupos de actores fuertes:

- un Estado relativamente autónomo y eficaz,
- una economía altamente competitiva, y
- organizaciones intermediarias que posibiliten una interacción democrática y competente.

”Sin embargo, en las primeras fases de desarrollo industrial y social, los grupos políticos y económicos no son actores capaces de crear un sistema:

- El sector privado nacional debe desarrollar primero una orientación estratégica teniendo con frecuencia que afrontar una masiva presencia de consorcios extranjeros y una dura competencia importadora.
- El Estado afronta el desafío de crear para el sector privado un entorno favorable a nivel macro y a nivel específico de la empresa, organizando y movilizándolo al mismo tiempo a la sociedad.
- Puesto que no está suficientemente arraigado el comportamiento democrático y responsable en la vida cotidiana, será preciso desarrollar una “strong democracy” participativa que incluya organizaciones intermediarias competentes que contribuyan a su vez a promover un desarrollo viable de la economía y el conjunto de la sociedad.

”Dentro de ese proceso de formación social de estructuras, lo que importa no es, de modo alguno, una cohesión autoritaria de fuerzas por obra de un Estado excesivamente intervencionista que apuesta por articulaciones corporativas. Lo que más bien hace falta es un grupo político dirigente decidido, una Constitución moderna, una burocracia competente y una visión estratégica dirigida a ensamblar y potenciar fuerzas económicas, sociales y políticas diseminadas”⁵⁶.

Encontramos algo muy favorable: como se vio en el capítulo II el concepto de competitividad *jurídicamente*, es vacío, solo hay menciones sobre él. Dijimos que era un riesgo puesto que ante el vacío de un concepto cualquier cosa que no resultara evidentemente contraria podía serlo. Ahora, es el momento de empezar a construir el concepto desde la región, hay muchos productos “de clase mundial” sobre los cuales intersectorialmente entre el Estado, el empresariado, y la Sociedad civil pueden empezar a forjar nuevas competencias y espacios de diálogos que verifiquen los deseos de inclusión en la economía globalizada en la que se requiere la formación en competencias para la competitividad como antes anunciamos.

En rigor con nuestro análisis, ésta competitividad que vivimos hoy está aún por fuera de lo que se pretende para el desarrollo humano del país en tanto está capitalizando la riqueza monetaria como la única dirimiente del esquema de producción y participación en las decisiones sociales, dejando por fuera la riqueza cultural, social y política. Así las cosas no es promover la “competitividad” como la entendemos primigeniamente, sino la competitividad como riqueza humana sostenible que tratamos líneas arriba. Dentro de las prácticas más exitosas en la cultura política colombiana ha sido la de del ex-alcalde de Bogotá Antanas Mockus S., quien inauguró una acción pedagógica ciudadana con rotunda aceptación a nivel incluso mundial. Las prácticas pedagógicas políticas en Colombia han dado resultado y quizás emprender una campaña pedagógica por la “competitividad por el desarrollo humano” podría darnos luces.

Por otra parte se podría partir de una plataforma que ya está: las Comisiones Regionales de Competitividad. Éstas, como delegadas del Consejo Nacional de Competitividad, son oídos y

⁵⁶ ESSER, Klaus, HILLEBRAND, Wolfgang et. al. *Competitividad Sistémica*. Barcelona, Bosh, p. 197.

podrían ser verdaderos lugares de concertación de lo que sería “competitivo” en un lugar que en otro. Evidentemente son de reciente aparición, sin embargo, podrían conener mayor participación de los diversos sectores sociales y el derecho podría otorgar potestad a cada sector no solo para ser oído sino también para tomar decisiones. Lo competitivo en un lugar, no necesariamente lo es para otro, es la mera lógica de las ventajas competitivas: siempre ajustadas a las circunstancias de cada lugar.

En materia petrolera, dichos consejos deberían ser el foro de debate público en materia petrolera, contando con la participación del Estado, el sector empresarial y los trabajadores. Deberían, en razón de su control y verificación, públicos y de acceso para sectores que capitalizarían la experiencia como lo son los gremios y la academia. De nuevo la pedagogía: nuestra cultura no está acostumbrada al diálogo político, por tal motivo una de las serias preocupaciones que debería tener el Consejo Nacional para la Competitividad es la pedagogía de la participación y decisión en los Consejos Regionales.

Hay unos ítems que merecen especial atención en la formulación pública del contenido de la competitividad, que son muy propios para la competitividad, pero que *deben serlo para todos los sectores implicados* (empresa, Estado, particulares), como también se dijo anteriormente⁵⁷:

- Incentivos
- Liberalización gradual y estratégica
- Protección de sectores estratégicos de producción interna
- Creación y fortalecimiento de conglomerados hacia la comercialización
- Estrategias frente a la escasez de tecnología y capital
- Adecuación crediticia hacia producciones estratégicas
- Adecuación exportadora hacia producciones estratégicas
- Transferencia de tecnología
- Asociación de la inversión extranjera con capital nacional
- Política de competitividad intersectorial
- Seguridad
- Infraestructura
- Política monetaria, fiscal y cambiaria en orden al desarrollo

Coincido que a nivel macro una formulación política cada vez incluyente favorecería más que la que se hace actualmente en escenarios estatales.

4.4.1.3. Capitalización de la política energética y la participación en su formulación en los planes de desarrollo e instancias institucionales

Ruta: Rediseño de políticas energéticas y diálogo con las políticas energéticas mundiales

Así mismo debe darse lugar en los espacios de debate y análisis sobre el desarrollo del país, las políticas energéticas. Debe dejarse que en cada oportunidad de trámite legislativo se haga

⁵⁷ BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Op. Cit.*, p. 15

público el debate energético y la participación ciudadana mucho más visible. En el mismo sentido, enfatizar de modo especial el papel de las intervenciones ciudadanas, sería un gran avance en el control constitucional de leyes tocantes al petróleo y al desarrollo energético, temas frente a los cuales sería un inmenso aporte la participación necesaria del Ministerio de Minas y Energía, de la ANH, del Consejo Nacional de Competitividad - CNP. Propongo que sobre la situación energética del país se rinda un informe ante el Congreso de la República, pero no solo el que realiza el Ministerio de Minas y Energía, sino sea también un informe de concertación con la ANH, la CNP con especial atención en las comisiones regionales de competitividad.

Las políticas energéticas deben alcanzar un mayor grado de participación de la academia para profundizar y enraizar no solo la metodología y análisis de la academia sino sobretodo la posibilidad de interdisciplinar el debate, ya que ha sido preso solo de conceptos económicos, que de nuevo digo, contrarían de frente al desarrollo humano. Bien se dijo que parte del declive del Consenso de Washington estuvo en que no fue dialogal, razón por la cual se habla en éstos tiempos de crisis de una formulación del desarrollo cada vez más inclusiva y capaz de reconocer en los ciudadanos interlocutores válidos y necesarios.

Para otros países, como México, el asunto del petróleo es asunto de soberanía. Hay un reconocimiento claro de su incidencia en la toma de decisiones políticas. No debemos nosotros temer a darle color político al petróleo, lo que bien debe más adelante el derecho es dar caminos para la creación de espacios de debate de la política petrolera y así mismo vías de producción jurídica en materia petrolera. Lo político para el ser humano genera una manifestación de sus demandas para organizar "lo público". Si se silencian éstas demandas, es reprimirlas desencadenando futuras violencias. Creo, sin lugar equivocarme, que parte de todo éste proceso de democratización y apertura a la sociedad de la política energética es también responsabilidad de los medios de comunicación, interlocutores que además de ser reconocidos como puntos de opinión muy valorados, son también canales que enfatizan realidades y parte de su responsabilidad con el país, de la cual habla la misma Constitución es en hacer énfasis dentro de sus medios de la importancia, contenido y perspectivas de la concertación antes de formar el derecho que terminará rigiendo no solo a las compañías o al Estado mismo, sino a las comunidades generalmente invisibilizadas también por los medios de comunicación.

Regionalmente, las políticas energéticas podrían contar con un organismo con sede en la Organización de los Estados Americanos - OEA, en el cual se pueda *coordinar* las políticas energéticas de todos los países y visibilizar los intereses para encaminarlos hacia la satisfacción de necesidades energéticas básicas en la región, sobretodo en los que están en desarrollo. Sería un gran avance empezar a pensar, (¿por qué no?) en la consolidación de un bloque energético para la satisfacción de la demanda de la región primordialmente, y por otra parte consolidar propuestas frente a las empresas multinacionales quienes ven en nuestro continente un lugar de negocios confiable y mejorar así la posición negociadora.

Ahora, ¿qué competitividad? Siempre se habla de competencia, es el imaginario más común, y además como “el campo de batalla en el cual debe morir el adversario”⁵⁸, tal vez por el contenido bélico con que se entiende el mercado. Indudablemente es erróneo, como vimos la empresa competente es la que dura a largo plazo y no la que lo es por eliminación y humillación del otro competidor. Creo que si bien el mercado tiene competencia, hay un deseo por prevalecer frente a otro, necesariamente debe aparecer como regla la lealtad: “[e]n el terreno empresarial, esto significa que la idea no es acabar con la empresa adversaria, sino competir de una manera justa y leal”⁵⁹ ya que de otra forma la competencia pierde legitimidad social, puesto que solo en condiciones de justicia y lealtad se da el desarrollo humano.

4.4.1.4. Diálogo en la producción y aplicación del derecho

Ruta: Un derecho energético con participación para Colombia

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

¿Por qué este diálogo? La concertación comunitaria, regional y nacional sobre el tema toma toda relevancia si se piensa en la distribución de beneficios de una actividad rentable como la de los hidrocarburos. Esto implica sobrepasar la concepción de “destino” de la incapacidad de explotación de petróleo por parte de las comunidades y por ende su arrinconamiento frente a las decisiones que tome la empresa y el Estado. La evidencia de la violencia en los lugares de explotación energética no debe ser ajena a la política energética y ser un tema de orden público, exclusivamente; nos debe generar más dudas que prejuicios e interrogantes de la causa de éstas insatisfacciones. En mi opinión personal la visibilización y reconocimiento de las sociedades como sociedad civil en el proceso de negociación y explotación de hidrocarburos debe ser una prioridad en la formación del derecho central de la explotación económica petrolera: el contrato de explotación-exploración. Paradójicamente hay más presión por factores ambientales que por los sociales que son los que determinarían una mayor problemática a nivel social. En conclusión: el derecho debe reflejar una mayor participación y asegurarla, para poder conducir en ésta sola vía las pretensiones y solución de necesidades de los afectados de las comunidades humanas relativas al petróleo.

Proponemos que como metodología se aplique un estilo de licencia “social” así como existen las licencias “ambientales”, que podría en inicio reflejar las condiciones sociales y demandas de las comunidades directamente afectadas, así mismo un seguimiento de la realización de las necesidades sociales. Si bien parte del proceso de licencias ambientales cuenta con la consideración de factores abióticos y bióticos que incluyen variables sociales, consideramos en razón de la dignidad humana que las comunidades de personas no pueden ser equiparadas

⁵⁸ CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p. 63.

⁵⁹ CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p. 63.

a las comunidades de una especie animal más en el territorio. El grado de diferenciación es evidente, pero sobretodo porque *solo las personas tienen desarrollo humano con base en su dignidad*, independientemente del derecho, los grupos humanos no son parte de un paisaje “biótico”, de un “ecosistema”; tienen identidad, cultura, sentido y sobretodo dignidad por lo que ésta condición nos hace necesariamente pensar en la posibilidad de un licenciamiento social como una concertación social previa, con el municipio, el departamento y la región, más allá de lo que pueda entenderse como “permiso” sino más bien como la **definición del modo de construir desarrollo desde esa región con esa explotación o exploración petrolera.**

4.4.2. Desde la economía...

4.4.2.1. La realidad de la competitividad

Ruta: Una competitividad hecha por todos

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

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

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

La armonización del desarrollo empresarial en el entorno en que se desenvuelven sus negocios es un principio que además de ser la raíz de la responsabilidad social empresarial, es ya una toma de conciencia que si bien está en las buenas prácticas que la empresa lleva a cabo, han ido marcando la identidad de las empresas.

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

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

Ser competitivo es también fijarse en necesidades básicas como el contrato laboral⁶⁰, el cual da certeza de los derechos y según la misma economía liberal clásica, disminuye los conflictos. La certidumbre como valor es también en materia colectiva, ya que da un plano de negociación mucho más sólido a trabajadores que en la relación desigual con el capital se requiere un mejoramiento de posición⁶¹.

Un buen cúmulo de las pretensiones económicas novedosas las trae Amartya Senn en su obra “Desarrollo y Libertad”, que resumiendo podemos decir que cuando éstos dos conceptos no son comprendidos en su dimensión social, política y económica, conlleva a una mala interpretación o mala práctica del entendimiento y proyección de la realidad.

4.4.2.2. La competitividad hecha por todos: ganamos todos

Ruta: Examen de competitividad y sus alcances hoy en día para hacerlo un “negocio social”

Partir desde las consecuencias que genera una competitividad a ultranza, es decir, desde el aporte a sus vías de solución es la herramienta pedagógica para los actores del negocio del petróleo para el reconocimiento de la realidad que afecta un negocio de tal envergadura como el que nos ocupa.

En una opinión muy personal está el examinar la relación que tienen las empresas petroleras son la destinación en gastos de las regalías petroleras en las regiones, ya que es el fenómeno más inmediato a partir del cual se puede aprender de la experiencia de la relación competitividad en la región como oportunidad para todos, no solo para la industria. El fundamento jurídico de las regalías no debe exceptuar de participación a las empresas petroleras en el destino de los recursos que le son transferidos a la entidad territorial donde se desarrollan actividades petroleras. Así como la competitividad es imperante para los negocios, debe ser del mismo modo imperante para el destino y logros que se obtengan con el destino de las regalías. Es decir, aplicar la misma racionalidad de gasto y deseo de provecho en el negocio petrolero, también en el destino de las regalías, ya que éstas están más presas de vericuetos políticos localistas, y no están en función del desarrollo social, en unos buenos casos.

¿Es competitivo ser participativo? Es el modo como podría reformularse en una dimensión macro el dilema empresarial: ¿ser ético es ser competitivo? Quisiera hacer un reflejo en extensión de esta pregunta para poder afirmar que a nivel micro “las únicas empresas que

⁶⁰ HUERTAS, Olga Lucía. *Las incertidumbres en el mundo del trabajo contemporáneo*. En: Cuadernos de Psicología. Vol. 3 N° 2º. Bogotá D.C., 2007, Pontificia Universidad Javeriana, p. 37.

⁶¹ HUERTAS, Olga Lucía. *Op. Cit.*, p. 42.

sobreviven y que incluso prosperan son las éticas. Y, casi por definición, las empresas que no se comportan éticamente son precisamente las que desaparecen”⁶² también poder decir que los países que no tienen la concertación como política económica son los que fracasan en el entendido que solamente el país responsable que cuida su Nación es aquel que cuida también a la gente que vive en ella⁶³.

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

Ahora, si decimos que “las empresas que se conducen éticamente son las que terminan siendo competitivas”⁶⁴, podemos decirlo también de los Estados: aquellos que sean más participativos terminan siendo más competitivos. Y no es sazón se casualidad, es una realidad que la sociología puede evidenciar: la violencia es consecuencia de insivilizaciones, de discursos callados, de búsqueda de modos de vida alternativos a los que en el mundo legal no existe.

¿Por qué este reflejo se aplica? Por las mismas dos razones por las cuales una empresa es competitiva: porque merece credibilidad y genera confianza⁶⁵. “No se trata de salir de la lógica de la empresa para ir a la ética (como si la ética fuera una cosa distinta) sino que sin salir de la lógica empresarial, la empresa necesita ser creíble, necesita ser innovadora y el factor ético es un factor de credibilidad y de innovación. Entonces, es desde donde se puede entender la ética de la empresa”⁶⁶. En el mismo sentido para el Estado: no se trata de salir de la competitividad del deseo de un mejor y mayor beneficio económico, sino que la participación y consenso es un factor de credibilidad y de innovación. No me cabe la menor duda que un país en paz es más creíble y confiable respecto del modo como el Estado se trata con sus ciudadanos, y que uno violento genera inmediatamente dudas al inversionista del estado de

⁶² CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p.26.

⁶³ Haciendo el parangón con el texto de Cortina y Conill: “Un empresario responsable cuida su empresa porque significa mucho no solamente para él sino para el conjunto de gente que trabaja para ella”. CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p.26.

⁶⁴ CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p.27. Continúan los autores si la competitividad y la ética se compaginan: “...claro que se compaginan, porque una empresa ética es más competitiva (entendido por competitividad el deseo de permanecer en el mercado a largo plazo con un beneficio suficiente que le permita ser durable). Entonces una empresa es competitiva cuando puede generar beneficio suficiente para permanecer en el mercado a largo plazo, porque el interés principal de la empresa es fundamentalmente la durabilidad y no tanto la idea del negocio, de hacer dinero rápido aunque después haya que cerrar la empresa. Esta no es una idea de empresa, es la de un negocio rápido. A una auténtica empresa lo que le interesa es durar a largo plazo con un beneficio suficiente. Y esta empresa es la que podemos llamar competitiva”.

⁶⁵ “Las empresas competitivas son las éticas por dos razones fundamentales...: merecen credibilidad y generan confianza”. CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p.28.

⁶⁶ CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Op. Cit.*, p.29.

cosas del modo como el Estado reconoce a sus ciudadanos y los reconoce por medio de la participación en las decisiones que afectan a todos.

4.4.2.3. La responsabilidad económica del petróleo y sus agentes

Ruta: Responsabilidad económica del petróleo en el país

Frente a éste aspecto, mi propuesta se dirige es a la colocación del petróleo en las realidad económica del país, es decir, en su participación en la riqueza nacional (PIB) y los beneficios que trae para el dinamismo y fortalecimiento de los negocios petroleros.

Para un país tener petróleo es un gran beneficio. Saberlo usar, aún más, ya que del uso, de la intención en el modo como se aproveche el recurso, depende su favorecimiento a la macroeconomía nacional. En ésta oportunidad no me centro a tratar a los “stakeholders” del negocio petrolero, sino a la economía nacional en general.

De conformidad con la “radiografía” que se hizo en unos capítulos atrás, el capital político del Estado como propietario del subsuelo debería entonces ser aprovechado condicionando e incentivando la inversión de las rentas petroleras en el país. De por sí el mismo Estado vive en gran parte de las utilidades que reporta Ecopetrol. A su turno las empresas petroleras generan un impacto inmediato de mucha importancia en las regiones donde se ubican y como vimos aportan al PIB sumas considerables.

Esto indica la necesidad de hacer del petróleo un negocio de interés nacional, lo que no es lo mismo nacionalizar, pero si siempre hacer de ésta industria una de las más importantes para el país, con participación social y generación de riqueza social.

La ruta a seguir sería entonces hablar de incentivos y convicción de participación. Incentivos que deben ser multidireccionales. Siempre se habla que el Estado debe ofrecer incentivos, pero ¿por qué el inversionista no ofrece incentivos al Estado o a la Comunidad para que le sea adjudicada determinado campo para la exploración? Es necesario empezar a cuestionar esto y ver que el interés es de muchos, no solamente de uno y que por ende nos debemos incentivos unos a otros.

¿Cambio de mentalidad? Sin lugar a duda, que requiere de herramientas como el fortalecimiento en la posición contratante, es lo que filosóficamente se llama pasar del *yo prefiero/yo quiero* de la filosofía liberal a un *nosotros queremos* por medio de un proceso dialógico. Es empezar a acabar la idea de que los intereses sectoriales son los que la gente quiere favorecer, pero dejando de lado que lo “justo” en términos racionales es lo “universalizable”, es decir, lo que podemos compartir. ¿Por qué no podemos pensar en que una comunidad, la ANH y una petrolera quieran compartir algo en común para beneficio de todos? ¿por qué el prejuicio de contienda?. Hay dos necesidades: simetría y buen querer.

Si, evidentemente hay la necesidad de mejorar las condiciones de simetría. ¡Utopía?, no, es una *idea regulativa* de la filosofía kantiana⁶⁷, es decir, sabremos que las condiciones de perfecta simetría en la negociación petrolera no van a ser nunca exactamente iguales para todas las partes, pero *vale la pena trabajar en ése sentido*.

Ahora, para el “buen querer”, es algo así como “querer en serio algo”. Ello es empezar desde la pedagogía y desde el reconocimiento un ambiente en el cual el agente esté interesado no solo en participar, sino también en que quiere un consenso. Es decir, *es empezar a pensar bien del otro*. ¿Cómo? De nuevo la piedra de toque: reconociendo al otro como interlocutor válido, y ahí si como dice Conill: “cualquier otra cosa es retroceso. Una sociedad justa sería la que consideraría a toda persona como interlocutor válido en cada una de las esferas, la cuestión ahora es cómo obrar en cada una de ellas”⁶⁸.

4.4.2.4. La visión internacional

Ruta: Inclusión del petróleo en la agenda regional

Dentro de la política exterior colombiana el tema petrolero se encuentra del siguiente modo:

- En organismos multilaterales
- En acuerdos comerciales multilaterales
- En acuerdos bilaterales

Esto muestra que no hay una política exterior petrolera determinada, dentro de la cual se pueda sumar el capital político del petróleo de la región.

No es esto una negatoria del papel económico del petróleo para la industria en el mundo, para nada, es más o menos en pocas palabras hacer dialogar las pretensiones de diversa naturaleza sobre el petróleo, casi que podríamos decir que sería hacer dialogar al Foro Económico Mundial con el Foro Social Mundial.

La política exterior colombiana, por lo pronto requiere de revestirse de herramientas y competencias para la inclusión del tema energético de países similares al nuestro en materia petrolera y en competitividad. Si, es empezar a hacer una política programática mínimo a mediano plazo dejar de ser un tradicional quiosco de pago de favores políticos como se le suele ver. Hoy por hoy Colombia en la región goza de una buena reputación en gran medida a que la Seguridad Democrática, doctrina de gobierno de los últimos ocho años, ha sido exclusivamente para ello: para el favorecimiento de los inversionistas y su seguridad en las operaciones que desarrollan en el país. El clima de seguridad está propuesto y todo parece que va a continuar y así las cosas, mantendremos un alto nivel de “popularidad” dentro de los inversionistas y estas condiciones por supuesto que deben ser garantizadas, solo que podríamos empezar a buscar nuevas perspectivas para el petróleo en el mundo. Si, es tal vez la negociación política más retadora que podamos concebir en las relaciones internacionales,

⁶⁷ CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 1998, p.131.

⁶⁸ CORTINA, Adela, CONILL Jesús. *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*. Bogotá D.C., Siglo del Hombre Editores, 1998, p.132.

pero la debacle de la invasión a Irak por los EE.UU. es ya una muestra patente de los efectos devastadores colaterales que pueden existir, en especial para países en desarrollo, cuando se busca invertir en petróleo, casi que a toda costa. Si fuéramos lo sensadamente previsivos respecto a guerras futuras deberíamos empezar a incursionar en la negociación política petrolera mundial de tal forma que se asegure no solo su posibilidad de uso, sino una distribución de ganancias equitativas para los inversores como para los propietarios del subsuelo.

Sin embargo la política exterior colombiana en sus prácticas se ha destinado al encuentro con altos dignatarios de los diferentes Estados inversionistas para la atracción de nuevas inversiones particulares. Ámbitos multilaterales regionales como la CAN, Mercosur, deberían incursionar en novedosas propuestas conjuntas para inversionistas. **No es repetir la experiencia OPEP** en las diferentes regiones petroleras del planeta, pero si es aprender de las dificultades en la comunidad política de éstos países y poder hacer del petróleo un recurso no solo nacional, sino regional, con el fin de favorecer la posición política del Estado en materia inversionista y además, poder hacer de éste recurso una fuente de riqueza para los Estados.

No es plantear el tema como “nacionalización o desastre”, es plantear una comunidad económica a partir de recursos petroleros con países similares a Colombia en materia de competitividad, formar como un *escalón* en la producción del petróleo y hacer ver que en nuestros países la competitividad está determinada por la validez del derecho (como criterio político y jurídico), el cual por supuesto no debe alejarse de los procesos de continua democratización.

4.5. PROPUESTA FINAL

Hemos tratado a exhaustividad estas luces y rutas que por cierto cuentan con altísimas dosis de interdisciplinariedad e intersectorialidad, con un componente común: reconocimiento del pluralismo y del otro, como interlocutor válido para la construcción de un desarrollo común capaz de solventar todas las demandas sociales.

Queremos por tanto ofrecer una propuesta, que nuevamente decimos está sujeta a debate y construcción conjunta entre los diferentes actores del negocio del petróleo y del desarrollo humano. Para ello, la metodología que emplearemos será el caso de análisis cualitativo “*Dinámicas Sociales en Barranca de Upía, Cabuyaro y Villanueva*”⁶⁹, de autoría del antropólogo Andrés González con quien se sostuvieron continuas charlas y ofreció amablemente su trabajo para dar sustento a ésta propuesta que pretendemos acá exponer.

⁶⁹ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Dinámicas Sociales en Barranca de Upía, Cabuyaro y Villanueva*. Bogotá D.C. 2009, sin editar. Éste trabajo es el resultado de un trabajo solicitado por Petrominerales, empresa dedicada a la extracción de crudo. El objetivo del trabajo es “determinar el impacto y las dinámicas sociales, económicas y culturales que se generan alrededor de las actividades económicas tradicionales y comerciales de la región de estudio, con el fin de establecer una perspectiva sobre el salario en la mano de obra no calificada en la región, tomando como entorno el área de influencia de *Campo Corcel* (campo de desarrollo petrolero de Petrominerales). Si bien es cierto, que parecen aspectos de gran envergadura para una aproximación cualitativa al tema en cuestión, resulta importante aclarar que los resultados iniciales encontrados a partir del estudio social, son un resultado en sí mismo pero también un complemento descriptivo y etnográfico importante que permite clarificar las dinámicas económicas y cuantitativas analizadas en este mismo estudio”, p. 2.

La situación de éstos tres municipios

Para partir éste análisis, quisiera transcribir las conclusiones del estudio que traigo a colación, como marco de análisis del contexto:

“Los procesos de exploración y explotación petrolera, usualmente conllevan dinámicas y fenómenos sociales de gran impacto para los habitantes y migrantes de las zonas de impacto de esta actividad industrial. Aunque a partir de las dinámicas y características particulares de la presente investigación, resulta necesario advertir efectos directos e indirectos de la actividad petrolera.

”Asimismo, resulta fundamental observar que no todos los procesos sociales, pueden atribuírsele a la actividad petrolera, pues una serie de actividades económicas y condiciones sociales ajenas a esta labor, también son fuente de aspectos como migraciones o desplazamiento de población vulnerable.

”Una diversidad de expectativas son causa de nuevas dinámicas sociales de cambio, la aparición de población flotante y de nueva población permanente. No pueden ser factores atribuidos totalmente al petróleo, aunque tampoco se puede desdibujar una realidad que causa expectativas sociales a partir del petróleo. Es importante tener en cuenta que el vertiginoso aumento de la población siempre conlleva problemas de prostitución, si bien es cierto en Barranca de Upía y en Cabuyaro parece una problemática es necesario prestar atención, pues podría aumentar.

”Por otra parte, vale la pena observar que la presencia de la actividad petrolera tiene algunos efectos sociales que son causa directa de esta actividad, mientras que otras problemáticas responden a efectos indirectos de esta situación, como se puede observar en el aumento de precios.

”Otra problemática presente en la región, se evidencia a partir de un proselitismo político que dadas las tensiones y fuerzas presentes en la región, así como los intereses de la USO y todo aquello que gira alrededor del petróleo, se puede notar un proselitismo político que puede ser fuente de eufemismo o engaño a la población sobre las verdaderas condiciones y necesidades socioeconómicas de la zona de impacto de la actividad petrolera.

”Así pues, tanto efectos directos como indirectos, requieren de una atención y de la creación de proyectos sociales sólidos que permitan la integración de sectores dentro de una acción participativa de los diferentes sectores sociales y económicos, con el fin de crear verdaderas propuestas de desarrollo sostenible en la región”⁷⁰.

⁷⁰ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* pp. 29 y 30.

Las problemáticas concretas propias de éstos municipios

La llegada del petróleo cambia definitivamente la vida para las comunidades llaneras. El recurso, trae mucho dinero a la región, cambia la composición social, el mercado, los horarios, la educación, en fin, trastorna la vida rural de ganadería y agricultura de largos pastizales dorados por el sol.

En nuestro país, una obra literaria que se acerca y con gran tino a éste fuerte y violento ingreso de la industria pesada a los paisajes campesinos es “La Rebelión de las Ratas” de Fernando Soto Aparicio. Queremos invitar al lector a involucrarse con los testimonios que transcribiremos y vivir como Rudecindo, el personaje de ésta novela, la realidad de éstos llaneros pues parte de la propuesta que pretendemos acá ofrecer parte de la *sensibilidad*, la *percepción*⁷¹ con que se acojan este tipo de aportes traídos directamente desde la región.

Enlistaremos, sin intención de agotar con éstos ítems, problemas propios de cada uno de estos municipios.

Villanueva, es el único municipio del estudio que se encuentra en el Casanare. Es quizás el más grande y más desarrollado de los tres. Quiere convertirse en un estilo de destino de mano de obra calificada por los atractivos y facilidades que ofrece. Éste municipio creció gracias al auge de la palmicultura de los años 70’s y se ha venido sosteniendo gracias al comercio que asegura el estudio se ha acrecentado en el último año vertiginosamente. Dice la peluquera del municipio, quien llegó también por el desplazamiento típico de los Llanos orientales:

“Aquí llega gente buscando trabajo, y el que no trabaja es porque es un flojo... para Villanueva lo que sostiene a todos los trabajadores es la palma, es la que sostiene el pueblo porque el palmareño hace su mercado aquí, se toma sus cervecitas aquí, en cambio esa gente que viene de la petrolera se ganan su sueldito cogen su platica y se largan... cuando yo llegué a aquí comencé a trabajar fue en la palma, yo trabajaba en el palmar y después ya me ubiqué en la peluquería...”⁷²

Barranca de Upía es un municipio con una cabecera urbana no muy grande y un círculo de veredas más bien amplio. A diferencia del anterior municipio éste si presenta problemas de servicios públicos y la pobreza es acentuada. Así mismo la educación en éste lugar presenta deficiencias en la calidad, en la formación docente y en la irregularidad escolar. Quizás lo que más preocupa en éste municipio es la crecida de dos veredas a base de desplazamientos, que ha generado una sub-urbanización sin control.

Cabuyaro es quizás en términos de calidad de vida el municipio intermedio en lo que a la cabecera urbana se refiere, pues a nivel veredal está en las mismas condiciones que el anterior municipio, solo que tiene un peculiaridad: allí ha hecho presencia el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural – INCODER pues allí se han adjudicado unos baldíos pero

⁷¹ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 2.

⁷² GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 4.

no hay ningún seguimiento a la explotación económica de esos bienes. La situación de salud es precaria en éste municipio tanto en el casco urbano como en las zonas de las veredas, solo cuentan con un “puesto de salud” no más. La prestación de servicios públicos no es la totalmente adecuada pero sensiblemente superior a la de Barranca de Upía. Acá la complejidad se presenta es en casco urbano donde se el barrio *Pescadores* se ha duplicado prácticamente también por desplazamientos. Así dice un ciudadano de éste municipio:

*“Hay familias desplazadas, aquí es donde se concentra la mayor población, en el barrio Los Pescadores se encuentra la gran parte (...) bueno en la parte laboral sí, uno de los mayores inconvenientes para las familias desplazadas cuando llegan al municipio es la parte de vivienda, porque la administración no cuenta con los suficientes recursos para poder de inmediato dar una ayuda de emergencia a estas familias, entonces a nosotros nos preocupa porque estas familias han ido trayendo otras familias detrás de ellos...”*⁷³

Lo común de los tres municipios

Se puede decir a grandes rasgos, aproximándonos a una caracterización, que cuentan con los siguientes elementos comunes:

- Intensos movimientos de desplazados que se concentran en una vereda o barrio del casco urbano, en situación marginal pues no pueden trabajar con la petrolera debido a que ésta exige mínimo un año de permanencia en el territorio para poder siquiera ser incluido en las famosas “listas”, de las que hablaremos más adelante. El desplazamiento está fuera del control de las autoridades y aunque no se refleja de ninguna manera en formas de vida ilegal, se encuentran en situaciones de vida preocupantes incluso para los llaneros.
- Deplorable condición de las vías de comunicación entre los municipios y pésima condición de las vías entre éstos y sus veredas.

Peticiones para “construir juntos”

- El Estado de las vías⁷⁴. Es una preocupación seria, pues “aumentan los costos de transporte y la reparación de las motos y demás medios de movilidad de la población que habita estos municipios”⁷⁵.

*“Yo pienso que una forma en que Petrominerales nos podía colaborar era ayudándonos a mejorar la malla vial de nuestro municipio, que eso haría que se nos bajarán los costos de fletes, de transporte, la tenemos deteriorada nuestra malla vial y eso hace que se nos incrementen también los costos y quizás más pérdida para nosotros como agricultores...”*⁷⁶

⁷³ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 6.

⁷⁴ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 7.

⁷⁵ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 7.

⁷⁶ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 7.

- Procedimientos pedagógicos para el conocimiento de la propiedad y renta del petróleo: el subsuelo y las regalías. Hay un gran desconocimiento del papel de las regalías en los municipios. Un aspecto relevante es que a medida que se va conociendo, ha generado un sentimiento de descontento generalizado⁷⁷.
- Las “tres clases”. En éste ambiente se cuenta con profesionales, mano de obra calificada y mano de obra no calificada. Los profesionales son de las principales capitales del país, la mano de obra calificada es generalmente personas de estrato medio-bajo que han adquirido conocimientos técnicos en las grandes ciudades o ciudades intermedias y la mano de obra no calificada son los campesinos y los desplazados.
 - o La regla del trabajo son los “veintiochosos”, que son periodos de trabajo de 28 días que se van turnando los diferentes miembros de las comunidades, listas que se elaboran en el seno de las Juntas de Acción Comunal de los municipios y veredas y se inscribe cada cual con \$20.000 en la mano⁷⁸.
 - o Ha generado esto un conflicto enorme pues ha habido familias que rotan incluso entre municipios para poder participar en más listas y tener más oportunidades de trabajo.
*“Para ir a una reunión de la junta solo se habla petrolera, nosotros ya no podemos estar, ya no nos reunimos como una comunidad tranquila sino siempre estamos a todo momento ahora dele y dele por los cupos, que por que usted ya fue, eso ya se volvió un debate. Mire que como les estamos diciendo problemas si habían, pero nosotros no estábamos preparados para ese impacto...”*⁷⁹
 - o Los “recién llegados” no pueden trabajar sino al año. Entre tanto se ocupan en la pesca y la palma o la agricultura más pequeña⁸⁰.
 - o Es marcada las posibilidades y oportunidades entre las clases y sectores de trabajo⁸¹.

⁷⁷ “Cabe agregar que los cambios que se esperan en torno a la calidad de vida de los habitantes es un elemento importante de los efectos esperados de las regalías, pero no sirve de nada si no se hacen procesos pedagógicos con la comunidad que permitan establecer un conocimiento por parte de la misma, de alternativas de vida y posibilidades de mejoramiento de las condiciones establecidas... El uso adecuado de las mismas es fuente de debates y controversias al interior de las comunidades”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 7.

⁷⁸ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 8.

⁷⁹ Grupo focal de líderes de Barranca de Upía. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 8.

⁸⁰ “El que es de acá de acá tiene el acceso a la petrolera, el que no es de acá que es recién llegado tiene acceso a la palmera (...) en ese caso a como de pronto han pagado las otras petroleras esta está mal porque tiene un promedio bajito, de pronto, creo yo que puede ser por la palma, por que la palma tiene un promedio de ochocientos mil pesos y la petrolera tiene un promedio de novecientos cincuenta mil pesos para que de pronto la gente no se venga toda a trabajar pa la petrolera, yo creo que es una vaina mal hecha porque la petrolera como es actualmente tenía que venir con su sueldo si por otro lado están pagándole a una persona tres, cuatro millones de pesos, debían también de pagarlos acá...”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 15.

⁸¹ “[L]os individuos que trabajan como mano de obra no capacitada en la palmicultura, ganan un salario diario libre alrededor de veinticinco mil pesos, teniendo en cuenta que existen una serie de descuentos por alimentación y salud. Mientras que la percepción de un trabajador de mano de obra no capacitada vinculado al petróleo, es que gana alrededor de cuarenta mil pesos. Es importante tener en cuenta que si bien es cierto que un trabajador del petróleo

- Desplazamiento. Es inmensa la población flotante que hay en los tres municipios, unos traídos por otros, generalmente por vínculos de familia⁸². Esto se ha visto reflejado en una baja conciencia de pertenencia respecto del grupo, preocupación como segregación por parte de los oriundos. No es solo causado por el petróleo, es un fenómeno común a afrontar⁸³. Escuchemos sus relatos:

*“Yo vine hace un año porque me salió puesto para manejar una finca aquí abajo... es de ganado de ceba, platanera...”*⁸⁴.

*“Cuando yo llegué por acá, yo llegué detrás de la palma (...) la verdad yo nunca he trabajado en eso porque yo me asesoré, no daba resultado y más bien no me metí...”*⁸⁵

*“Yo vengo de otro lado pero ya tengo acá trece años, vine por las palmeras, del Tolima. Bueno tiene uno trabajo constante...”*⁸⁶

- Hacinamiento. Como consecuencia de lo anterior, es común ver, cuenta el antropólogo, casas echas de telas verdes de construcción estrechos ranchos donde conviven no solo varias personas, sino incluso familias⁸⁷, donde es mermada considerablemente la calidad de vida⁸⁸.
- La pesca. Es el último recurso. Cuando la petrolera no contrata, la contratación por el comercio no funciona, o mientras se espera el año o el turno para ser contratado, la pesca es la solución. Dice así uno de los desplazados:

“Nosotros vivimos de la gran empresa del país que es el río, la pesca, porque lo demás no da resultado (...) un treinta y cinco por ciento de la población dependemos del río, pescamos en Humea, Upía, Meta, Cabuyarito y hay unos que nos desplazamos hasta el río Tuba, que son las áreas de pesca grandes que tenemos, alrededor de 450 pescadores que tiene registrado el municipio de Cabuyaro son alrededor de unas 150

gana más dinero, este tiene jornadas laborales mucho más largas que comienzan al iniciarse el día y terminan cuando cae la noche, a diferencia de un trabajador de la palma a las dos de la tarde puede estar terminando labores”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 17.

⁸² “A raíz de la expectativa económica que genera el petróleo en los habitantes de la región, estos se comunican con familiares que en otros tiempos pudieron haber vivido allí y que deciden regresar o viajar a las veredas de estos municipios en búsqueda de trabajo. Estos individuos esperan el año requerido para postularse como mano de obra no capacitada para los trabajos con la empresa petrolera. Durante este periodo de tiempo se ocupan en diversas labores esperando la oportunidad para trabajar en Petrominerales”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 10.

⁸³ “Actualmente, el petróleo es fuente de migraciones, aunque no es el único factor que causa las mismas, ya que la actividad de la palmicultura es fuente de migraciones de población flotante”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 10.

⁸⁴ Entrevista 9. Estudio cualitativo. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁸⁵ Entrevista 14. Estudio cualitativo. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁸⁶ Entrevista 18. Estudio cualitativo. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁸⁷ “...aunque no hay un crecimiento en el sector de la construcción de viviendas si hay un aumento en las condiciones de hacinamiento en las veredas”. “La condición de desplazamiento de estas personas no genera un aumento en el sector de la construcción, pues los procesos de urbanización no tienen políticas y muchas veces son casas o cambuches que estás mismas personas construyen”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁸⁸ “[S]e están generando dinámicas sociales que reducen el entorno de vivienda familiar, generando hacinamientos de familias que deciden aumentar sus ingresos económicos a costo de su calidad de vida”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 20.

familias que equivalen a 1200 personas aproximadamente...todo el mundo llega al río y mucha gente llega a pescar y como nunca han tenido la cultura de pescar (...) resultan acabando las fuentes de producción ”⁸⁹

Sin embargo, parte de malas prácticas del Plan de Manejo Ambiental de la petrolera⁹⁰, se ha contaminado el río empobreciendo las posibilidades de sustento de la población que depende de éstos afluentes.

“Yo no creo en la petrolera, para mi es problema, con sus vertimientos me están acabando con los humedales que es donde nace la vida que me sostiene a mi, los humedales nacen las larvas que sostienen los pescados. La parte ambiental el daño ecológico es enorme a partir de los vertimientos de las petroleras y a partir del daño que hacen las mismas palmeras porque ellos no tienen una cultura de cuidado de manejo de sus residuos, del manejo de sus cosechas, entonces nos están contaminando la tierra...”⁹¹

- Discriminación sexual. Es recurrente en los tres municipios que la Petrolera prefiera contratar más hombres que mujeres. Una habitante de Barranca de Upía nos comenta:
“Imagínes que contratan hombres para lavar loza, hombres para hacer trabajos que pueden hacer las mujeres, no se aquí el trabajo más que todo es para los hombres...mi hermana ha estado acá todo el tiempo y ella no ha tenido la posibilidad de trabajar en la petrolera...”⁹²
- La salud entre el Sisben y las Empresas Prestadoras de Salud – EPS. Como el contrato con la empresa es de 28 días, el solo hecho del contrato hace que la persona con su familia pase del sistema subsidiado al contributivo. Vencido el tiempo al querer retornar al Sisben, debido a los problemas administrativos resulta muy difícil tener continuamente un servicio de salud continúa. Dice un campesino de Cabuyaro:
“Aquí tenemos es Sisbén, esos lo hacen pagar a uno una salud por veintiocho días no mas, ya pasamos los 34 días y ya usted no tiene nada, es una responsabilidad muy verraca (...) aquí ha surgido otro problema, que a usted de pronto le dan un veintiochazo ya a usted inmediatamente le borran el Sisbén entonces queda usted ni aquí ni allá...”⁹³
- Carestía. El hecho de creer que el recurso del petróleo genera grandes ganancias ha elevado entonces las expectativas de los comerciantes subiendo los precios, los cuales

⁸⁹ Estudio cualitativo. Entrevista 40. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁹⁰ “Las aguas residuales que se vierten sin ningún tratamiento al río Upía como es el caso de Cabuyaro, Barranca de Upía, Viso de Upia y Guayabal, o el casco urbano de el Hijo a que vierte sus aguas al caño Hijo a. En líneas generales presentando problemas de contaminación hídrica debido a que las aguas residuales son dispuestas en los cuerpos de agua sin ningún tipo de tratamiento...” (Corcel SE: 9). GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁹¹ Estudio cualitativo. Entrevista 40. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 12.

⁹² Entrevista 11. Mujer Las Moras, estudio cualitativo. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 15.

⁹³ Entrevista 22, estudio cualitativo. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 13.

los que tienen trabajo pueden asumir el precio, pero los que no que son la mayoría, asumen las drásticas consecuencias que se han visto reflejadas en la canasta familiar⁹⁴. Estos son los testimonios de los pobladores

“...la canasta familiar terrible y no todos vivimos de la petrolera, hay personas por lo menos como mi hogar que vivimos de la palmera Guaicaramo y eso no justifica la subienda de la canasta familiar, arriendo, bueno todo lo que se trate de lo comercial...”⁹⁵

“Los incrementos fueron demasiado altos lo hemos visto lo hemos corroborado como consejo municipal de que las tarifas se nos subieron a sueldos petroleros y la gente que vive en barranca se ha afectado demasiado la canasta familiar un huevo acá valía ciento cincuenta ahora vale doscientos, trescientos pesos un huevo de campo valía trescientos ahora seiscientos pesos y como tal el nivel es igual, entonces uno lo que mira la problemática es en que la petrolera existe, si, pero los ingenieros no viven en Barranca de Upía ellos no comen en barranca de Upía ellos comen en sus locaciones o comen en sus hoteles (...) A nosotros nos sigue igual pero con una canasta familiar demasiado inflada...”⁹⁶

“Esto es muy negativo en el sector de la gente pobre (...) usted para vivir en una casa de suelo de tierra que no es pavimento, es piso de tierra, en este momento tiene que pagar unos 150.000 180.000 pesos por una casita de esas la que estaba en 150.000 que era la casita más o menos de cemento y eso en este momento está en 300.000 pesos, los precios se subieron porque la economía en el departamento se petrolizó (...) A consecuencia de que llegó la petrolera subió el arriendo, es un problema social que se está generando...”⁹⁷

Asumir el Desarrollo

A todos nos compete. El Desarrollo de la región pensado desde ella misma es una necesidad para asegurar a todos que las comunidades de referencia están en condiciones de vida digna. Muchas de los puntos en común, como veremos en los que siguen, requieren se armonizar a los municipios, las industrias, los sectores económicos, concretamente los arroceros, palmeros, petroleros y ganaderos para lograr mejores resultados. Hasta el momento ganan todos menos las comunidades, en especial las personas en situación de vulnerabilidad, que son los de la población flotante, los cuales pueden ser objeto más fácil de problemas de salud, de abusos en materia laboral, de educación, alimentación y de vivienda.

⁹⁴ “[D]onde hay petróleo hay dinero generalizado y por lo tanto pueden cobrar más. Los sectores comerciales que permiten ver mayor impacto en el aumento de precios son: productos de la canasta básica familiar y de características de consumo interno de la región, arriendos, hoteles, hostales y hospedajes en general”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 18.

⁹⁵ Grupo focal, representante del barrio Pueblo Nuevo, Barranca de Upía. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 18.

⁹⁶ Grupo focal, representante político de Barranca de Upía. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 18.

⁹⁷ Grupo focal, habitante de Cabuyaro. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 21.

Apostamos entonces a la creación de mecanismos de diálogo, como los que hubo en la región entre palmeros y petroleros para favorecer la situación de los trabajadores. **Es un imperativo lograr ordenar el crecimiento de la región, el desorden en la producción de riqueza nubla los desequilibrios y favorece las asimetrías de poder impidiendo la concertación.**

Traemos a colación apartes del estudio del antropólogo que fueron en su momento recomendaciones para Petrominerales y hoy son en éste trabajo de grado un llamado muy interesante a la coordinación de esfuerzos para un desarrollo armónico y productivo donde todos puedan ganar.

- *Socialización.* “La creación de políticas de integración y actividades culturales que permitan la socialización entre los miembros de la comunidad, también es un elemento importante que permite generar socialización a varios niveles en la sociedad”⁹⁸.
- *Sobre el papel de la administración municipal.*
 - *A nivel de proyectos.* “[E]s importante que la administración municipal preste especial atención, a la importancia de generar y propiciar proyectos sociales y económicos que permitan generar redes de cohesión social y alternativas laborales de desarrollo sostenible a futuro, que permitan analizar una viabilidad a futuro en la región, no dependiente de la actividad petrolera”⁹⁹.
 - *A nivel de Juntas de Acción Comunal.* “[U]na mayor veeduría por parte de la administración distrital, a las juntas de acción comunal, sus manejos y usos de recursos así como movimientos. De la misma manera, una comunicación clara y precisa de los representantes, presidentes y miembros de las juntas de acción comunal con los grupos humanos que representan permiten evitar malentendidos y aclarar procedimientos y situaciones con la comunidad”.
- *Políticas de precios.* “Para solucionar esta situación es necesario que las administraciones municipales creen políticas de control de precios regularmente, con el fin de que los comerciantes no abusen de su condición ligados a la excusa del auge de la región”¹⁰⁰.
- *Diversificar la economía.* “Resulta fundamental generar políticas de desarrollo que apoyen actividades económicas tradicionales y el fomento a las mismas, teniendo en cuenta que la importancia de la diversidad de actividades, fortalecen la economía a diferencia del detrimento de la misma que pueden generar los monocultivos de la palmicultura”¹⁰¹. Es un problema de *seguridad alimentaria* que debe preocuparnos a todos: “Actividades económicas basadas en monocultivos de palma, la presencia de actividad petrolera, y los bajos precios y oportunidades para productos como los

⁹⁸ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 6.

⁹⁹ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 8.

¹⁰⁰ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 10.

¹⁰¹ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 13.

cítricos, algunos frutales y cultivos de yuca, han generado un desestímulo en los habitantes de la región urbana para cultivar estos productos de la categoría de consumo interno”¹⁰².

- *Coordinar sectores.* “[M]alas políticas gubernamentales, altos precios de los insumos y créditos excesivos de los mismos, falta de control en los precios de compra del arroz por parte de los grandes industriales” generó un efecto negativo en la industria arrocera. Desde la perspectiva de un campesino:

*“Que bueno que de pronto Petrominerales entrara a contribuirnos, pues no se yo no digo tanto económicamente pero si de pronto en cuanto a empleo para diferentes familias porque si bien es cierto el arroz, el año entrante nosotros no vamos a emplear ninguna, posiblemente, entonces va a haber un impacto el verraco creo, y Petrominerales que está aquí en nuestro municipio debía tener en cuenta y tratar de ocuparnos la mayor parte del personal...”*¹⁰³.

La lucha ha desencadenado efectos negativos. Consideramos, por tanto la necesidad de detener ésta situación que resulta perjudicando a la población. Ésta es la ejemplificación entre el problema de palmicultura contra petroleras: “Aunque esto no quiere decir que la actividad petrolera no afecte el trabajo de la palmicultura, pues la experiencia de trabajo en el petróleo parece generar desestímulos laborales de los trabajadores que regresan a la palmicultura, que se traducen en una baja en la producción”¹⁰⁴

- *Sobre el método de contratación laborar por medio de “listas” y “veintiochacos”.* “[E]ste método ha generado desunión y recelo entre los habitantes de la región.
- *Vida digna.* “Si bien es cierto que las pequeñas parcelas de esta vereda pertenecen a los habitantes de estas viviendas, las condiciones de calidad de vida son inadecuadas frente a una referencia adecuada a la aplicación del derecho a la vida digna”¹⁰⁵.
- *Migraciones.* “[E]xisten migraciones de personas que provienen de diversas regiones del territorio nacional, son causadas por diversos fenómenos y si bien es cierto que la actividad petrolera es una fuente de estímulo para los mismos, no es la única causa de migraciones en la región. Ya que, la población desplazada es fuente de aumento de la población permanente que habita el casco urbano del municipio”¹⁰⁶.
- *Manejo ambiental.* “Un mayor control por parte de la empresa petrolera sobre el manejo ambiental, la creación y puesta en marcha, por parte del gobierno municipal, de políticas de desarrollo sostenible que permitan la viabilidad laboral en alternativas

¹⁰² GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 20.

¹⁰³ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 22.

¹⁰⁴ “[L]as reuniones y gestiones que al parecer realizaron palmicultores con petroleros han permitido que las diferencias salariales no sean tan marcadas entre ambos sectores con el fin de mitigar el desplazamiento de la mano de obra del sector palmicultor al sector petrolero”. GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 15.

¹⁰⁵ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 24.

¹⁰⁶ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 23.

de vida diferentes a la pesca constituyen la base de un mejoramiento real de las condiciones de vida de la población vulnerable de Cabuyaro”¹⁰⁷.

- *Desarrollo sostenible en manos de la comunidad.* “La posible formulación de proyectos o redes sociales de sustento sostenible, creadas a partir de propuestas por parte de esta comunidad que permitan divisar alternativas a la pesca, condiciones de vida digna y posibilidades que le permitan generar a este grupo poblacional un arraigo, un sentido de pertenencia por el municipio de Cabuyaro, así como un empoderamiento en estas propuestas y proyectos que permitan una autogestión de los mismos”¹⁰⁸.
- *El descalabro de la ilusión.* “[D]adas las expectativas sociales que se generan alrededor del petróleo, existe una percepción social ilusoria sobre las condiciones reales salariales de esta actividad”¹⁰⁹.

Éstos puntos de desarrollo nos parece pertinente resaltarlos en orden a la prefiguración de escenarios en los cuales las comunidades, los sectores industriales y las autoridades públicas pudieran generar acuerdos a partir de los cuales se favorezcan condiciones de vida digna mínimas.

Es de resaltar que esa “petrolización” de la economía, como decía un dirigente comunal, así como las grandes rentas que en la región se adoptan puedan verse reflejadas en una distribución equitativa entre los habitantes, por una parte y por otra **construyan región**. Con esto me refiero a que puedan darse proyectos sociales y económicos que puedan cada vez menos ser dependientes de la presencia de intensos capitales, como los petroleros.

¿Puro Egoísmo?

En las entrevistas realizadas por el antropólogo y las charlas que sostuvimos con él, pudimos percatarnos que aunque siempre existe una búsqueda por la satisfacción de las necesidades personales, hay también un cierto grado de solidaridad, de “hacer referencia” y asumir también la responsabilidad de incluir dentro de los proyectos a personas marginales, como los desplazados del barrio Pescadores.

Es un fenómeno que se ha visto en nuestro país en otros lugares, quizás con mayor fuerza que acá: Apartadó y el Magdalena Medio, donde se demuestra que **por una parte es posible crear proyectos solidarios colectivos y por otra, la solidaridad es un valor real en las comunidades**, que hasta incluso es superior al personal. Ésta es una realidad que percatan y fortalecen los teóricos de la acción política no violenta.

¹⁰⁷ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 19.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 24.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ SANZ, Andrés. *Op. Cit.* p. 22.

Preocupación por la Renta

Es interesante ver cómo los campesinos a medida que reconocen su derecho a las regalías empiezan a sentir un malestar, pues no ven reflejada la riqueza de los lugares de donde provienen o se asientan, en necesidades personales o colectivas, como el caso de las vías. Consideramos muy legítima ésa preocupación, pues en nuestra perspectiva es llegar a la “nuez” de las peticiones de justicia de las que hemos hablado en el curso de éste trabajo.

Si, las regalías no “llegan”, “no se ven”. ¿Es un problema solo de corrupción? Mejor aún, considerando con que llegan, ¿se satisfacen las demandas sociales? La proporción de las regalías en comparación con los ingresos de las petroleras no es realmente alto por lo que de entrada diríamos que no. Ahora, si empezamos a hablar de *sentarnos a hablar*, la asimetría de poder entre la empresa y la comunidad es total. Más aún, las regalías están siendo destinadas para proyectos de interés para las mismas empresas, como p.e. la construcción de vías principales.

En una concepción jurídica contemporánea de “población” estamos contando con una sociedad que no solo busca la viabilidad económica no más. Una de las muestras de ello es que los mismos campesinos al referirse de su situación siempre van comentando qué otras personas en su misma situación están pasando tal necesidad o están buscando asentarse en otro lugar. Esto nos pone a pensar entonces sobre las competencias de los ciudadanos con las que nos estamos encontrando.

Ésta realidad en nuestro inicio de siglo está marcada por una característica esencial: la renovación del concepto de ciudadano. Un ciudadano con “conciencia”, con capacidad de actuar, decidir, reconocer y ser reconocido, con más medios de visibilizarse y de asociarse. Y no es solamente la “mayoría de edad” de la que habla la ilustración, es algo más, pues no es solo “darse el permiso de pensar por sí mismo” sino ahora especialmente de “percatarse de la propia capacidad para formar juicios morales y regirse por ellos”¹¹⁰.

Así las cosas, agregados como siempre, va surgiendo la sociedad civil. La cual empieza a sustraer esa fatal costumbre de dejar en manos de los gobernantes, del Estado la definición del bien o el mal, permitiendo ahora que la misma sociedad la defina. Sin embargo el entorno de los enfoques de desarrollo y el derecho mismo poco permeables han sido a esta realidad, puesto que aún la cláusula del Estado Social de Derecho no termina siendo una realidad total y en buenahora, considero yo, esta situación, pues esto cede el paso de la dependencia del individuo y de la colectividad del Estado al asumir la responsabilidad comunitaria.

Así las cosas, estamos hablando de sujetos con capacidad de proyectarse, donde el paternalismo del Estado puede empezar a retroceder sin perjuicio de la necesidad de insistir de una vez desde aquí sobre la necesidad de dispositivos culturales y pedagógicos que inserten cada vez más el valor del diálogo para la construcción de realidades satisfactorias para todos, a eso le llaman *paz*.

¹¹⁰ CORTINA, Adela. *Los ciudadanos como protagonistas*. Madrid, Galaxia Gutemberg, 1999, p. 24.

La propuesta: propiedad pública del subsuelo

Así las cosas consideramos como una propuesta válida, académicamente sugestiva y abierta a la discusión despojar de las manos del Estado central el 100%, la totalidad de la propiedad del subsuelo. Proponemos que sea en cuotas proporcionales: 15% el municipio, 25% el departamento, 35% la región (Caribe, Orinoquía, Andina, Pacífica, Amazonía) –representada por los departamentos que integran cada región-, 25% el Estado Central.

Con esto buscamos **que la suerte del petróleo sea definido en relación las necesidades de cada nivel y en participación**. No es lo mismo participar de unas regalías que participar de la propiedad. Las primeras te dan renta, la segunda te da derecho a decidir. Creemos que apoyar la creación de círculos de concertación sobre el desarrollo de cada uno de éstos niveles es generar espacios de inclusión. Si un campesino nota que él como araucano no es que tenga derecho a regalías, sino que con su comunidad es dueño del petróleo que están sacando, lo pondrá en primera fila para conocer el destino del petróleo. Es decir, es *poner a la misma comunidad a decidir, vigilar y pensar qué hacer con una riqueza para volverla instrumento de desarrollo para el municipio, el departamento, la región y el Estado Central*.

En horas de una sociedad civil mucho más activa y un Estado más como “administrador de lo público” y una globalización impuesta nos hace repensar las razones por las cuales el Estado central tiene que ser el dueño del subsuelo. No es nada descabellado, en el mes de Noviembre precisamente surgió la idea de no entregar a manos de particulares, sino en manos “públicas” a nivel departamental y municipal un 10% de una nueva capitalización de Ecopetrol.

Consideramos que una mayor cercanía de las comunidades con el petróleo mismo le mejora las posibilidades de negociación a la hora de iniciar una tanda de contratación. Por otra parte genera una mayor censura, como vigilancia, de lo que suceda con el petróleo. Ahora, ¿qué hacer con la renta? Sería la proporcional a la propiedad, y sería decidida por cada nivel, sin tener que pasar por un Fondo, como hoy pasa. **En lo que si vemos necesidad es en la exigente presencia de órganos del ministerio público y del control fiscal para conocer el destino de los recursos provenientes de negocios petroleros**. *Si bien la propiedad es el incentivo que puede proveer mejores soluciones, tiene el costo del que hablamos acá*.

Pensamos que poder definir la competitividad en cada nivel con recursos “en el bolsillo” es mucho más real, más aún cuando ha habido participación ciudadana en la creación del concepto, como lo anunciamos antes y ahora en la definición del destino de los recursos que generó el crudo. Por otra parte tendrá la gran ventaja de dar mayor identidad, pertenencia y estabilidad para las comunidades el saber que cuentan con un porcentaje en la propiedad. Esto podría detener las migraciones, mejorar la posición de poder en relación con las empresas para exigir mejores condiciones laborales y ambientales.

El Bien Común y la autosuficiencia petrolera

¿Se afecta el bien común? Consideramos que no, creemos antes bien que se favorece pues *en concreto* se permite que la realidad de la riqueza del recurso pase a manos de los colectivos más inmediatamente relacionados con el tema.

No solo el bien común se garantiza centrando la propiedad en el Estado Central. El Estado a nivel mundial que más está interesado en que el petróleo juegue un papel a favor de los intereses de éste, son los Estados Unidos y cuentan antes bien con un sistema antes bien contrario al que se consagra en nuestra Constitución, pues permite que el dueño del suelo lo sea también del subsuelo. En esto tampoco estamos de acuerdo, para una realidad como la colombiana es necesario precisamente reducir las posibilidades de más brechas sociales. Consideramos como acertada la tradición que desde 1886 se inauguró dejando en manos del Estado la propiedad del subsuelo, lo que acá queremos dejar dicho es que *no necesariamente en manos del Estado central se beneficia el bien común.*

Ahora, la competencia feroz que hay en Colombia respecto de otros países de Sudamérica o paralelos en producción y reservas, nos hacen relativamente privilegiados, de lo contrario no viviríamos la feroz competencia que se vive en los círculos empresariales petroleros. Adoptar una medida así, ***en tanto cuanto se verifique la autosuficiencia petrolera***, la consideramos viable.

¿Cómo así? Es decir, creemos que la alternativa que acá presentamos puede ser practicable en tanto permita mejorar cada vez más el índice de reservas. En nada impide que siendo la ***propiedad pública repartida***, como la denominaremos, se genere un desmedro en las actividades exploratorias, creemos más bien que en escenarios de diálogo abierto y franco se pueden llegar a soluciones mejores que a las que se pueden llegar con los instrumentos con los que cuenta el derecho y la economía nacional hoy.

¿Hay un desmedro en la soberanía? Tampoco, la soberanía nacional no radica en parte en el petróleo, como sucede en México, la propiedad sigue siendo pública pero afecta a los niveles antes señalados, los cuales tienen un cierto porcentaje de interés en el recurso. Creemos que las regalías son una metodología colonial que se basaba en que no se perdiera la “soberanía” del rey sobre recurso. Creo que el tema de soberanía no nos debe afectar tanto como cuánto **beneficio** en realidad percibimos, asunto que se logra por medio de la propiedad. *Una condición: nadie puede vender su parte*, es de la comunidad y en orden a ella recibe porcentaje.

Funcionamiento

El recurso entendido de ésta manera generaría por efecto una participación en la parte contractual frente al inversionista. Éste, acostumbrado a negociar con uno solo, encuentra ahora a un comité (puesto que el 100% estaría representado, uno por cada uno de los 4 sectores), al cual propenderá de ofrecer alternativas frente a las cuales sea más favorable a las cuatro, puesto que estará interesado en ofrecer una de éste estilo ya que solo con el consenso se da el contrato por la parte del dueño del recurso y propuestas que favorezcan solo a una de las partes generará mayores costos de transacción.

Un factor clave de funcionamiento *información, verificación y control*:

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

Beneficios

- Cada uno de los 4 propietarios, aseguraría una renta para él y siempre de la mejor manera, que va a ser necesariamente la que los 4 tengan que convenir.
- La riqueza se hace cultural, no solo económica.

Justificación

De conformidad con los índices de injerencia e interés, así como en su momento se hizo con las regalías, sería de suma utilidad hacer partícipes de propiedad a agentes según su interés en el recurso, como en la proporción que antes se anotó. Solamente hay participación real y conocimiento real con un incentivo del tamaño de un derecho de propiedad. Por éste derecho se abre paso a la participación y toma de decisiones sobre la suerte del recurso, y así mismo anima a los otros “comuneros” a que con el fin de mejorar la posición se coordine a nivel, local, regional y nacional las estrategias para la mejor posición de tal manera que en los tres niveles, además del dueño del suelo, resulten satisfechos y tengan una cierta realidad sobre el recurso.

CONCLUSIONES

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

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

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

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

Ésta flexibilización opera bajo un principio ordenador de éstas reformas jurídicas: la renta. Se considera como valor (algo susceptible de legítimo deseo) exclusivamente la renta monetaria de las empresas, puesto que los conceptos de desarrollo que el Estado y las empresas manejan se basan en que de la fortaleza en términos de renta de éstas pende el desarrollo económico. Por ello hablamos del “emperador” de la renta.

La situación de violencia, de deslaborización y atraso de las comunidades más estrechas a las actividades extractiva y explotadora del sector petróleo no son ajenas a la flexibilización ni a la hiper-valorización de la renta. Como se estudió a lo largo del trabajo, se ha hecho evidente la relación que tiene la situación social de las comunidades referencia al negocio petrolero, que reportan más pérdidas (a nivel cultural, social, económico y político) y las empresas petroleras que reportan más ganancias (monetarias, que es lo que parece ser su interés más central). Confiando en que las empresas mismas pueden ser agentes en procesos sociales que favorezcan el desarrollo humano integral para hacer real la dignidad humana en éstos escenarios es que se ha inspirado éste trabajo de grado.

Para ello se examinó, bajo la luz de la economía y el derecho petrolero (dentro del marco de lo fáctico de lo normativo y lo normativo de lo fáctico) el conjunto de planes de desarrollo que develan la consagración de un molde de competitividad –por el hecho mismo de la globalización y de la economía petrolera misma que se expresan en éstos términos- que hemos llamado como “estrecha” al hacer exclusivo el valor de la renta monetaria. En ésta competitividad propia del neoliberalismo se ha “cocinado” toda la flexibilización y programación política del desarrollo al interior del Estado. Hallamos en ésta competitividad el corazón del problema en el que se invisibiliza la complejidad social que subyace en los procesos sociales atinentes al negocio petrolero.

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

Indudablemente, es un viraje de “180º”. Para ello hemos propuesto no una solución definitiva, puesto como dijimos al concluir la introducción a éste trabajo de grado, el objetivo es abrir el debate académico. Hemos solo colocado un conjunto de luces y rutas que desembocan en una propuesta final: la diversificación de la propiedad pública del subsuelo.

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

La razón por la cual llegamos a éste capítulo es la verificación de la realidad social que se trajo a colación en los municipios de los departamentos del Casanare y Arauca, apropiándonos en especial del deseo de las comunidades de afirmar y experimentar un desarrollo social, en el cual las empresas petroleras juegan un papel preponderante, como según se dejó dicho en el caso descrito en el último capítulo.

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

emergen de las actividades petroleras mismas. Ello no hace nugatorio el papel del Estado en la orientación de la economía, como la Constitución lo afirma (y así debe ser pues así queda a salvaguardia del dominio eminente y de la autosuficiencia petrolera); lo que se hace es hacer participativo y más incluyente la definición de la suerte del petróleo y sus negocios.

Por el momento la negociación del recurso cuenta con una participación de la Nación por vía indirecta a nivel nacional, nosotros proponemos, para una mayor cercanía correlativa a la conciencia ciudadana sobre lo público, la participación de la comunidad local, departamental o regional, indirecta a cada uno de éstos niveles y así poder visibilizar los intereses que suceden en cada nivel, que no son los mismos en todo el país. La participación entre más cercana a las particularidades de cada región, de cada departamento, de cada municipio sin lugar a dudas afirma la soberanía del país, que no se construye *tabula rasa* para todo el país, sino también conforme a las particularidades que en cada nivel y lugar del país sucede. Es decir, el reconocimiento de las características de cada nivel y lugar no resta en nada la soberanía del Estado colombiano, explotarlas la afirma, pues las enriquece en el negocio que define el rumbo de las economías nacional y mundial.

TABLA DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

ACP	Asociación Colombiana de Petr6leos
ANDI	Asociaci6n Nacional de Industriales
ANH	Agencia Nacional de Hidrocarburos
ANIF	Asociaci6n Nacional de Instituciones Financieras
APC	Acuerdos de Precios Competitivos
BP	British Petroleum Company
BIT	Bilateral Investment Treaty (tratado bilateral de inversiones)
CEDE	Centro de Estudios en Desarrollo y Economía de la Universidad de los Andes
CONPES	Consejo Nacional de Polítca Econ6mica y Social
D.	Decreto
DANE	Departamento nacional de Estadísticas
DD.HH.	Derechos Humanos
ECOPETROL	Empresa Colombiana de Petr6leos
EE.UU., o EUA	Estados Unidos de América
ENI	Ente Nazionale Idrocarburi (empresa estatal de hidrocarburos italiana)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (acuerdo general sobre comercio y aranceles)
GDP	Gross Domestic Product (producto interno bruto)
ICP	Instituto Colombiano de Petr6leo
IDH	Índice de Desarrollo Humano
IED	Inversi6n Extranjera Directa
IEDB	Inversi6n Extranjera Directa Bruta
L.	Ley

MFN	Most Favoured Nation (Nación más favorecida)
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial de Comercio
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo
O&G	Contratos de Petróleo y Gas
PC	Petro Consultants
PIB	Producto Interno Bruto
PND	Plan Nacional de Desarrollo
R/T	Riesgos y Tributos
TIC	Tecnología, Información y Comunicación
TIR	Tasa Interna de Retorno
U.R.S.S.	Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas
USO	Unión Sindical Obrera
VPN	Valor Presente neto

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA, Consuelo. *El modelo neoliberal y su impacto en la sociedad colombiana*. Bogotá D.C., 2000, El Áncora Editores, 2ª Edición.

ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *Derecho del trabajo y relaciones laborales en Colombia: una visión comparada*. En: Universitas, N° 89. Bogotá D.C., 1995, Pontificia Universidad Javeriana.

ALEXY, Robert. *El concepto y validez del derecho*. Barcelona, 1994, Gedisa.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Bogotá D.C., 2003, Universidad Externado de Colombia

BARKIN David. *Superando el paradigma neoliberal: desarrollo popular sustentable*. En: Cuadernos de Desarrollo Rural, N° 43. Bogotá D.C., 1999, Pontificia Universidad Javeriana

BENAVIDES ESPÍNDOLA, Beatriz. *Competencias y competitividad*. Bogotá D.C., 2004, McGraw Hill

CABRERA GÓMEZ, Juan Gabriel, FLECHAS SALCEDO, Luis Guillermo, RONCANCIO MARTÍNEZ, Jorge Hernán. *Las Obligaciones en el nuevo contrato de exploración y explotación de hidrocarburos*. Bogotá D.C., 2006, Tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana

CARDONA CASIS, Camilo. *Consideraciones en torno a la naturaleza jurídica del nuevo contrato para explorar y explotar petróleo en Colombia*. Tesis de Grado. Bogotá D.C., 2005, Pontificia Universidad Javeriana

CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS – ANDI. *Gobernabilidad y competitividad: un enfoque integral*. En: Revista ANDI. Bogotá D.C., ANDI

CORTINA, Adela. *Ciudadanos del Mundo*. Madrid, Alianza Editorial, 1998

CORTINA, Adela y CONILL, Jesús. *Democracia participativa y sociedad civil. Una ética empresarial*. Bogotá D.C., 1998, Siglo del Hombre Editores

CORTINA, Adela. *Ética de la empresa*. Madrid, Trotta, 2000

CUERVO PONTÓN, Luis. *Introducción al derecho y política de petróleos*. Bogotá D.C., 2001, Pontificia Universidad Javeriana.

DA CUNHA FILHO, Antonio Martins. *La IED en América Latina en el entorno actual*. En: Política y Promoción de la Inversión Extranjera Directa en América latina. Paris, 1999, OECD Publications.

DESAITO MASSIMO. *Los niveles de la ética: freno y motor de la teoría económica*. En: Taller hispanoamericano: ética y economía (sin fecha).

DÍAZ Y DÍAZ, Martín. *Derecho y Orden*. México D.F., 1998, Fontamara S.A.

ECHEVERRI, NAVAS, NAVAS, GÓMEZ. *Oil in Colombia: History, Regulation and Macroeconomic Impact*. Bogotá D.C., 2009, Universidad de los Andes.

ESSER, Klaus, HILLBRAND Wolfgang, MESSNER Dirk y MEYER-STAMER, Jörg. *Competitividad sistémica: Nuevo desafío par a las empresas y la política*. En. Revista de la Cepal, N° 59, 1996. Santiago de Chile, CEPAL

ESTRADA ÁLVAREZ, Jairo. *Tendencias de la planeación económica y la nueva Constitución Política de Colombia*. En: Revista Universidad INCCA de Colombia. Bogotá D.C., 1992, Universidad INCCA de Colombia, N° 3

FERRARI, César. *COMPETITIVIDAD, INVERSIÓN Y CRECIMIENTO. - LOS CASOS DE COLOMBIA, CHILE, PERÚ, COREA Y CHINA*. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana

FAIRBANKS, Michael. *Colombia: una economía sin nivel intermedio*. En: El Desafío de la Competitividad. Bogotá D.C., 1994 Ministerio de Desarrollo Económico

FUCITO, Felipe. *Sociología del Derecho*. Buenos Aires, 1999, Editorial Universidad

FUENTES HERNANDEZ, Alfredo. *Justicia, competitividad e inversión: indicadores para Colombia*. En: Derecho y Competitividad. Bogotá D.C., 2003, Universidad de los Andes

FUENTES, Roberto, GARAVITO MENDOZA, Lised, GRANADOS DURÁN, Marta Janneth y MARENGO OTERO, Juan Alonso. *Evolución jurídica del contrato para la exploración y explotación de hidrocarburos*. Tesis de Grado. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana

FULLER, Joe. *Fundamentos de Competitividad*. En: El Desafío de la Competitividad. Bogotá D.C., 1994 Ministerio de Desarrollo Económico

GALA GÓMEZ, Minujín. *Competitividad y complejos productivos: teoría y lecciones de política*. Buenos Aires, 2005, CEPAL

GALINDO LEÓN, Pedro. *Una Aproximación a la política de hidrocarburos*. En: *Petróleo, Política de contratación y competitividad*. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, 1995.

GONZÁLEZ CARVAJAL, Pedro Juan. *El factor geopolítico en las relaciones internacionales frente a los procesos de globalización e integración: un replanteamiento*. Medellín, 2003, Corporación Universitaria Remington.

GUTIÉRREZ PRIETO, Hernando, SZEGEDY-MASZÁK, Ildikó. *Rethinking the Colombian Path to Sustainable Development*. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana.

HART, Herbert. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Porrúa, Abeledo-Perrot, 1998.

HOYOS VÁSQUEZ, Guillermo (comp.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires, 2007, CLACSO

HUERTAS, Olga Lucía. *Las incertidumbres en el mundo del trabajo contemporáneo*. En: *Cuadernos de Psicología*. Vol. 3 N° 2ª. Bogotá D.C., 2007, Pontificia Universidad Javeriana

LA PORTA, Rafael, LÓPEZ DE SILANES, Florencia, SHLEIFER, Andrei, VISHNY, Robert. *The quality of government*. Comparative Law and Economics. Northampton, 2004, International library of critical writings in economics

MALDONADO, Carlos Eduardo. *Filosofía de la sociedad civil*. Bogotá D.C., 2002, Siglo del Hombre Editores

MALLOY, Robin Paul y BRAUN Christopher. *Law and Economics – New and Critical Perspectives*. Nueva York, 1995, Peter Land Publishing.

MÁRQUEZ ROBLEDO, Felipe. *Apuntes sobre derecho económico y derecho de la competencia*. Bogotá D.C., 2005, Pontificia Universidad Javeriana

MARTÍNEZ VILLEGAS, Alejandro. *Retos para la atracción de la inversión extranjera*. En: *Petróleo: Política de Contratación y Competitividad*. Bogotá D.C., 1995, Pontificia Universidad Javeriana.

MARÍN BERNAL, Rodrigo. *Aspectos económicos del orden constitucional*. Cali, 1991, ANIF

MOCKUS, Antanas. *Pedagogía de la acción política no violenta*. Bogotá D.C., 2007, Universidad del Rosario

MORALES CRUZ, Jairo A. *Estado Comunitario*. En: *Revista Javeriana*, Año XI, N° 2, Diciembre de 2002

MELO SALCEDO, Ileana Marlitt. *Los derechos de contenido económico*. En: Universitas. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, N° 106.

MENDOZA MEDINA, Alberto. *El discurso del derecho laboral, movimientos, tensiones y paradojas*. En: Cuadernos de Psicología. Vol. 3 N° 2ª. Bogotá D.C., 2007, Pontificia Universidad Javeriana.

MERCURO Nicholas y MEDEM Steven. *Economics and the law – From Posner to Post-Modernism and beyond*. Princeton, 2006, Princeton University Press

NORENG, Oystein. *El poder del petróleo*. Buenos Aires, 2003, El Ateneo

NORTH, Douglas, THOMAS, Robert Paul. *The rise of the western world: a new economic history*. En: Comparative Law and Economics. Northampton, 2004, International library of critical writings in economics.

ODELL, Peter. *Geografía Económica del Petróleo*. Barcelona, 1969, Oikos.Tau.

PERRY, Amanda, *Effective legal systems and foreign direct investment: in search of evidence*. En: International and Comparative Law Quarterly, p. 787. En: BEVERIDGE, Fiona. *Globalization and international investment*. Wiltshire, 2005, Ashgate.

PERRY RUBIO, Guillermo. *Estado y sector privado en la Constitución de 1991*. En: Constitución Económica Colombiana. Bogotá D.C., 1997, Navegante editores

PERRY RUBIO, Guillermo. *La economía en la reforma constitucional*. Cali, 1991, ANIF

PORTER, Michael. *La ventaja competitiva de las naciones*. Buenos Aires, 1991, Ed. Vergara.

REQUIEJO, Jaime. *Economía Mundial*. Madrid, 2001, McGraw Hill.

ROJAS BERNAL, Carlos Julio. *Empresas Competitivas*. Bogotá D.C., 1992, Ediciones RAM

ROTBERG, Robert, CLAPHAM Christopher y HERBST Jeffrey. *Los estados fallidos o fracasados: un debate inconcluso y sospechoso*. Bogotá D.C., 2007, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana

RUIZ CARO, Ariela. *Tendencias recientes del mercado internacional del petróleo*. Santiago de Chile, 2003, CEPAL.

SAMUELSON, Paul A. y NORDHAUS, William. *Economía*. Madrid, 2002, McGraw Hill

SANIN FONNEGRA, Javier, S.J. *Editorial*. En: Revista Javeriana, N° 632, Tomo 128. Bogotá D.C., Pontificia Universidad Javeriana, marzo, 1997.

SANTOS, Juan Manuel. *Los factores que determinan la competitividad*. En: El Desafío de la Competitividad. Bogotá D.C., 1994 Ministerio de Desarrollo Económico

SARMIENTO ANGULO, Luis Carlos. *Necesidad de preservar las condiciones para el desarrollo*. En: Subsiste el futuro – Constitución y Política Económica. Cali, 1991, ANIF.

SILVA, Germán. *EL mundo real de los abogados y de la justicia*. Tomo IV – Las ideologías profesionales. Bogotá D.C., 2001, Universidad Externado de Colombia.

SPECTOR, Horacio. *Elementos de Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires, 2003, Rubinzal-Culzoni Editores

SIGLITZ, Joseph, OCAMPO, Jose Antonio, et. al. *Stability with Grow*. New York, 2006, Oxford University Press.

SUESCÚN, Rodrigo, MONTENEGRO Santiago y PARDO Renata. *Petróleo, Vulnerabilidad de la economía colombiana y políticas de estabilización*. En: Propuestas para una Colombia competitiva. Bogotá D.C., 2002, Universidad de los Andes.

SUNKEL, Osvaldo. *Neoliberalismo y neoestructuralismo en América Latina*. En: Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Económicas. N° 46. Bogotá D.C.

TIGHEL, Veronica. *Social change, civil society, and Tolerance*. En: Social society: who belongs?. Washington D.C., 2004, Council for research in values and philosophy

URIBE BOTERO, Ángela. *Petróleo, economía y cultura*. Bogotá D.C., 2005, Siglo del Hombre Editores

VALLEJO, Hernán y AGUILAR, Camila. *Integración regional y atracción de inversión extranjera directa: el caso de América latina*. Bogotá D.C., Universidad de los Andes, Documento CEDE N° 13.

VALLEJO MEJÍA, César. *La planeación en la Constitución de 1991*. En: Constitución Económica Colombiana. Bogotá D.C., 1997, Navegante editores

VENGOA, Hugo Fazio. *Globalización, relaciones laborales y desigualdades*. En: Nómadas, N° 12. Bogotá D.C., Universidad Central.

VIDAL LÓPEZ, Roberto Carlos. *Derecho Global y Desplazamiento Interno*. Bogotá D.C., 2008, Pontificia Universidad Javeriana

YERGIN, Daniel, *The Prize: The Epic quest for Oil, Money and Power*, Simon and Schuster, London, 1991

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-426 de 1992

Sentencia C-449 de 1992

Sentencia C-006 de 1993

Sentencia C-216 de 1993

Sentencia C-424 de 1994

Sentencia C-346 de 1995

Sentencia C-254 de 1996

CONSEJO DE ESTADO

Sentencia de 4 de marzo de 1994 C.P. Daniel Suárez Hernández

Sentencia de 21 de octubre de 1994, C.P. Julio César Uribe Acosta;

Sentencia de 29 de octubre de 1996

SITIOS EN INTERNET

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-668692#>

http://www.cid.harvard.edu/archive/andes/documents/presentations/competitividad_colombia_contextointernational_tallerfebrero122002.pdf.

<http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/AgendaInterna/infraestructura.pdf>

http://www.snc.gov.co/agenda_interna/documentos/agenda/dnp.pdf

<http://www.iep.org.pe/textos/DDT/ddt49.pdf>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-454681>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-642079>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-757285>

<http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/negocios/articuloimpreso-petroleo-nubes>

http://www.accessmylibrary.com/coms2/summary_0286-1248143_ITM

<http://www.elespectador.com/impreso/cuadernilloa/negocios/articuloimpreso-petroleo-nubes>

http://www.dinero.com/wf_InfoArticulo.aspx?idArt=48591

http://www.portafolio.com.co/economia/economiahoy/2008-07-18/ARTICULO-WEB-NOTA_INTERIOR_PORTA-4381841.html

http://news.google.com.co/archivesearch?q=petr%C3%B3leo+competitividad+colombia&num=100&hl=es&ned=es_co&scoring=t

http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/GCRP_PND_2006_2010/LEY_PND_2006_2010.pdf

http://74.125.47.132/search?q=cache:gny2Xkq7utwJ:sabanet.unisabana.edu.co/postgrad/os/desarrollo_humano/Ciclo_I/aprendizaje/PORTER%25205%2520FUERZAS%2520Y%2520DIAMANTE%2520DE%2520LA%2520COMPETITIVIDAD.doc+Informe+monitor+competitividad+colombia&cd=10&hl=es&ct=clnk&gl=co

www.ulibertadores.edu.co/?idcategoria=2350&download=Y

http://www.minminas.gov.co/minminas/index.jsp?cargaHome=3&id_categoria=44&id_subcategoria=185

<http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/LinkClick.aspx?fileticket=LNQRfw1bAXo%3d&tabid=65>

http://www.contraloriagen.gov.co:8081/internet/central_doc/Archivos/118/18_Determinantes%20de%20la%20inversion%20en%20exploracion%20y%20explotacio.pdf

http://www.ecopetrol.com.co/documentos/38400_Estatutos_Sociales_de_Ecopetrol_S_A_-_actualizados_reforma_estatutaria_06-11-2007.pdf

<http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/hidrocarburos/Comite.pdf>

http://www.minminas.gov.co/minminas/hidrocarburos.jsp?cargaHome=3&id_categoria=161

http://news.google.com.co/archivesearch?um=1&ned=es_co&hl=es&q=%22Asociaci%C3%B3n+Colombiana+de+Petr%C3%B3leo%22&cf=all

http://www.acp.com.co/Asuntos_Econ%C3%B3micos/Exploraci%C3%B3n_y_Producci%C3%B3n/

http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/Cap6_Los_efectos.PDF

http://www.ecopetrol.com.co/documentos/41783_ECO_CIFRAS_OCTUBRE.pdf

<http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=102&conID=36618&pagID=131091>

<http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=30&conID=38178>

<http://www.acceconomicas.org.co/documents/CAPITALIZACI%C3%93N%20O%20PRIVATIZACI%C3%93N.pdf>

<http://www.cooperacioninternacional.com/descargas/amytkar.pdf>

<http://www.banrep.org/documentos/presentaciones-discursos/pdf/cmodelo.pdf>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-3389850>

<http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>

<http://www.indexmundi.com/g/g.aspx?v=97&c=co&l=es>

<http://www.ecopetrol.com.co/contenido.aspx?catID=153&conID=36098&pagID=127116>

<http://129.3.20.41/eps/it/papers/0404/0404003.pdf>

http://www.inviertaencolombia.com.co/Adjuntos/246_Reporte%20Inversi3n%20Extranjera%20Directa%20Mayo%202009.pdf

http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/virtual/coleccion_sindi/4_3_contexto_energetico.pdf

<http://129.3.20.41/eps/it/papers/0404/0404003.pdf>

http://www.urosario.edu.co/investigacion/tomo1/fasciculo11/documentos/fasc_11.pdf

<http://www.contraloriagen.gov.co/html/RevistaEC/pdfs/286-infespeconomia.PDF>

http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3227.pdf

http://www.dnp.gov.co/archivos/documentos/Subdireccion_Conpes/3227.pdf

<http://lanota.com/index.php/CONFIDENCIAS/Ranking-empresas-de-servicios-petroleros-de-Colombia.html>

<http://www.newmedia.ufm.edu/gsm/index.php?title=%C2%BFQui%C3%A9n es el due%C3%B1o del subsuelo%3F>

<http://www.iaveriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis53.pdf>

<http://www.unalmed.edu.co/~cgalvare/teor-renta.pdf>