



Legal stability contracts:
constitutional neoliberalism and
legal pluralism in Colombia

*Contratos de estabilidad
jurídica: Neoliberalismo
constitucional y pluralismo
jurídico en Colombia¹*

Fecha de recepción: 29 de octubre de 2011
Fecha de revisión: 05 de diciembre de 2011
Fecha de aceptación: 05 de diciembre de 2011

César Guauque Torres ²

RESUMEN

Tomando como punto de referencia las sentencias de constitucionalidad sobre el régimen de los contratos de estabilidad jurídica en Colombia, este artículo presenta la manera cómo las formas transnacionales de producción normativa son consagradas mediante el poder simbólico del derecho como normas internas que aún, cuando formalmente cumplen con los requisitos de generalidad, impersonalidad y abstracción, propios del derecho en su forma Estado-nacional moderna, en la práctica terminan por otorgar validez a la imposición de campos parciales de regulación o formas paralelas de legalidad que pueden ser entendidas bajo el concepto de pluralismo jurídico interno.

ABSTRACT

Taking as reference the constitutional jurisprudence on legal stability contracts in Colombia, this paper presents how transnational forms of production of rules are embodied by the symbolic power of law as internal rules. Despite fulfilling the formal requirements of generality, impersonality and abstraction, those rules end up giving validity to partial parallel forms of regulation or law that can be understood under the concept of internal legal pluralism.

1 El presente artículo es resultado de investigación del proyecto de investigación denominado: Pluralismo normativo, confrontación de racionalidades y sus efectos frente al campo jurídico en Colombia. Bogotá D.C., (Colombia).
2 Abogado Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Politólogo y Especialista en filosofía política Universidad Nacional de Colombia. Maestría en Filosofía del Derecho y Teoría Jurídica Universidad Libre, adelanta actualmente estudios de Doctorado en Ciencias Sociales en la Universidad Nacional de la Plata (Argentina). Miembro del grupo de investigación en Teoría Política y Constitucional de la Universidad Libre seccional Socorro, Santander (Colombia): Correo electrónico de contacto: cesarguauque@gmail.com

Palabras clave
*Corte Constitucional,
contratos de estabilidad jurídica, pluralismo
jurídico, imperativos transnacionales,
neoliberalismo, para-legalidad, re-feudalización.*
Key words
*Constitutional Court, legal stability contracts,
legal pluralism, transnational imperatives,
neoliberalism, para-legal, re-feudalization.*



INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye un último resultado dentro de los objetivos del proyecto de investigación: Pluralismo normativo, confrontación de racionalidades y sus efectos frente al campo jurídico: análisis del régimen de los contratos de estabilidad jurídica en Colombia. En conjunto, este proyecto busca, desde una caracterización general de las diferentes perspectivas a partir de las cuales ha sido abordado el fenómeno del pluralismo jurídico y en particular de su comprensión como expresión de la pluralidad de formas de racionalidad en la compleja sociedad global (Teubner, 2005). También, indagar sobre la manera como esa pluralidad de fuentes de producción normativa a escala supra e infra-estatal expresan una diversidad de formas de comprensión sobre el derecho y cómo el conflicto entre esas diferentes formas de racionalidad termina por afectar al formalismo como racionalidad específica del campo jurídico. Se toma para ello como referente la Ley 963 de 2005 y las sentencias C-242 y C-320 de la Corte Constitucional colombiana sobre la equibilibidad de esta norma.

Tomando como corpus este marco regulatorio legal-jurisprudencial, el presente artículo tiene como objetivo la comprensión del referente empírico normativo al interior de la estructura conceptual planteada en los momentos anteriores de la investigación³, se señala como se presenta la disputa entre las diferentes formas de racionalidad sobre de definición del derecho en las sentencias analizadas. Como quiera que en este momento del trabajo se entre a verificar las posibilidades de interpretación que ofrece la estructura conceptual planteada, sobre la base del referente empírico-normativo objeto de estudio; el artículo se desarrollará así:

En primera instancia, se hará una observación de primer nivel: Argumentación jurídica de las sentencias de constitucionalidad sobre el régimen de los contratos de estabilidad jurídica en sus dimensiones de validez (coherencia dentro del sistema de normas), legitimidad

(fundamento de la disposición en los principios y fines de la constitución) y eficacia (de la norma respecto de la expectativa social que pretende racionalizar).

En segunda instancia, se presentará una observación de segundo nivel: subsunción de la situación objetiva en una estructura conceptual de saber⁴. Para el caso se pretende desarrollar una comprensión posible del referente empírico-normativo al interior de dos planos de referencia conceptuales: por un lado, la comprensión del pluralismo a partir de la fragmentación social global y la idea de los sectores sociales como formas de producción jurídica desde Gunther Teubner y por el otro, la confrontación de fuerzas en el momento de definición del derecho con fundamento en la sociología del campo jurídico de Pierre Bourdieu.

En el interés de comprender el derecho como un modo de existencia de lo social que a pesar de su autonomía operativa se encuentra en un estado de interferencia cognitiva con los demás subsistemas sociales especialmente la economía y la política; y desde una aproximación crítica al derecho en su forma Estadonacional moderna, la forma de abordaje y lectura de la normatividad propuesta, desde conceptos propios de la sociología, la ciencia política y la filosofía del derecho, más que un aporte; permite establecer puntos de referencia para una discusión crítica de las tensiones actualmente existentes sobre el campo jurídico.

METODOLOGÍA

La naturaleza del problema a tratar en la presente investigación se establece en el plano de los métodos cualitativos de investigación, en donde se desarrolla una aproximación deductiva que parte de un nivel de caracterización teórica-crítica del fenómeno y se concreta en la verificación de la hipótesis en un caso particularmente considerado. Por enmarcarse dentro de una realidad normativa se “desarrolla una aproximación hermenéutica que procura ofrecer una nueva manera de interpretación del fenómeno a partir de la revisión extensa de los diversos enfoques desde los cuales ha sido abordado y de los distintos niveles de complejidad para su comprensión” (Sandoval, 1996, p. 67).

3 En el primer aparte y como desarrollo del primer objetivo del proyecto, se presentó una revisión de las diversas perspectivas desde las cuales es abordado el pluralismo jurídico, las diferentes conceptualizaciones, tipologías y críticas a estas teorías.

En el segundo aparte del trabajo se decantó el marco teórico presentado, en una particular manera de comprensión más ajustada para el tipo de problema abordado: su caracterización como expresión de la pluralidad de formas de racionalidad en la compleja sociedad global, con fundamento en la teoría de Gunther Teubner.

En el tercer capítulo se confrontó y contextualizó esta forma de comprensión del fenómeno en relación con el aparte de Campo Jurídico de Pierre Bourdieu, procurando evidenciar la confrontación de fuerzas existente sobre la estructuración del régimen de los contratos de estabilidad jurídica en Colombia.

4 Siempre se encuentra, por un lado, el saber formulado conceptualmente, y por el otro, una situación objetiva que debe ser incluida en aquel, y este acto de subsumir, de establecer la relación entre la simple percepción o comprobación del hecho y la estructura conceptual de nuestro saber, es su explicación teórica Horkheimer Max (1974). Teoría Crítica. Buenos Aires. Amorortu, p. 227.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Contexto preliminar

Contratos de estabilidad jurídica. Análisis de su constitucionalidad, sentencias C-242 y C-320 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana

Durante el pasado gobierno se expidió la Ley 963 de 2005, por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. Esta norma establece en su primer artículo los contratos de estabilidad jurídica con la finalidad de promover inversiones nuevas y de ampliar las existentes en el territorio nacional, como se explica a renglón seguido:

Mediante estos contratos, el Estado garantiza a los inversionistas que los suscriban, que si durante su vigencia se modifica en forma adversa a estos alguna de las normas que haya sido identificada en los contratos como determinante de la inversión, los inversionistas tendrán derecho a que se les continúen aplicando dichas normas por el término de duración del contrato respectivo (Ley 963 de 2005, artículo 1º).

De los contratos de estabilidad jurídica, podrán ser parte los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a la suma de siete mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (7.500 smlmv)⁵, para desarrollar las siguientes actividades: turísticas, industriales, agrícolas, de exportación agroforestales, mineras, de zonas procesadoras de exportación; zonas libres comerciales y de petróleo, telecomunicaciones, construcciones, desarrollos portuarios y férreos, de generación de energía eléctrica, proyectos de irrigación y uso eficiente de recursos hídricos y toda actividad que apruebe el Comité de que trata el artículo 4º literal b). Se excluyen las inversiones extranjeras de portafolio. (Subraya fuera del original).

Esta norma es objeto de dos acciones de inconstitucionalidad que ubican como problema jurídico principal, el principio de igualdad dentro del derecho a la libre

competencia y los efectos que el status otorgado por la ley, a este tipo de contratos, tiene para el conjunto del ordenamiento. Como un primer momento del análisis del régimen normativo en su conjunto (ley y jurisprudencia), es preciso realizar una re-construcción de la argumentación expuesta por la Corte Constitucional, que tiene unos presupuestos y unos elementos de continuidad de una sentencia a la otra. El objetivo, es identificar las diferentes interpretaciones expuestas por los magistrados y si existe una forma de racionalidad inherente a cada una de estas posiciones en conflicto.

Sentencia C-242 de 2006 (T3)

Posición mayoritaria. Constitucionalidad de los fines y pertinencia de las medidas adoptadas por ley hacen razonable el trato desigual

En sus consideraciones la Corte señala que:

Las razones expresadas por el actor carecen de claridad y la suficiencia necesaria para que la Corte pueda emitir un pronunciamiento de fondo, no existe un hilo conductor que permita comprender la contradicción entre las expresiones atacadas y lo dispuesto en la norma superior. Por este motivo, la Corte se declara inhibida para decidir sobre la constitucionalidad de los apartes transcritos. Sobre la validez de los fines mencionados, el demandante no expresó con claridad los argumentos y no podía expresarlos, ya que los fines mencionados son constitucionales dentro de un marco de libre competencia económica prevista en los artículos 333 de la Constitución (subraya fuera del original).

Considera que el propósito de la ley, es el de promover la inversión y que para ello el Estado se hace responsable frente a la sociedad y a los agentes económicos que intervienen en la ejecución de los planes de desarrollo. La sala encuentra que la cuantía de 7500 smlmv, resulta proporcional al esfuerzo estatal y a la responsabilidad de los particulares, quienes en muchas ocasiones tendrán que asociarse para ser beneficiados con las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica. Adicionalmente, que la ley demandada estableció de manera precisa las áreas de inversión sobre las cuales versan los contratos de estabilidad⁶.

5 Modificado por el artículo 51 de la Ley 1111 de 2006: Podrán ser parte en los contratos de estabilidad jurídica los inversionistas nacionales y extranjeros, sean ellos personas naturales o jurídicas, así como los consorcios, que realicen inversiones nuevas o amplíen las existentes en el territorio nacional, por un monto igual o superior a 150.000 UVT, (Unidad de Valor Tributario). La nueva Unidad de Valor Tributario, vigente a partir del primero de enero de 2011, quedó establecida en \$25.132.

6 Es notoria la falta de conformidad de tal afirmación con la propia redacción de la ley, cuando aquella deja un amplio margen de definición al ejecutivo, al permitir que pueda ser objeto de este tipo de instrumentos “toda actividad que apruebe el comité establecido en el artículo 4º literal b”. Se observa en este caso la reiterada y generalizada práctica de la excepción en la legislación colombiana.

En su argumentación, la magistrada ponente se centra en el análisis de la presunta vulneración del derecho a la igualdad por parte del legislador; al establecer un trato diferente en relación con los incentivos para el desarrollo de la actividad económica por parte de los inversionistas privados. Para ello pone de relieve en un primer momento la simultánea condición de valor, principio y derecho fundamental que tiene la igualdad prevista en la Constitución, señalando a renglón seguido dentro de los elementos que según la Corte integran esa concepción: 3) El deber del Estado de promover condiciones para lograr la igualdad real y efectiva; 4) La posibilidad de conceder ventajas a grupos disminuidos o marginados. Posteriormente, entra a establecer el carácter material y no meramente formal de la igualdad prevista en el Ordenamiento, desde donde infiere que: a partir de la generalidad concreta y no abstracta, el legislador está autorizado para regular de manera diferente los supuestos distintos; es decir, se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado.

Con fundamento en estas premisas; se dispone a evaluar la fundamentación razonable del objetivo y los fines previstos por la ley, para proceder a valorarlos conforme a la distinción establecida respecto del derecho a la igualdad. La sala encuentra razonable la distinción que establece el trato diferente para las inversiones que tengan un monto superior o igual a los 7.500 smlmv⁷, como quiera que cuantías inferiores, no podrían trascender eficazmente en el circuito económico, generando los fines esperados por la ley. En la misma dirección encuentra legítimo el fin de la norma al interpretarlo dentro del orden de prevalencia del interés general sobre el particular propio del Estado social de derecho y de conformidad con el régimen económico de la Constitución que persigue el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y considera a la empresa como base del desarrollo. Encuentra además que no riñe con la Constitución, el hecho de que el legislador haya escogido los destinatarios de la ley, por tratarse de personas determinadas o determinables que dedican sus esfuerzos a obtener recursos financieros para invertirlos en aquellas actividades legalmente permitidas y económicamente susceptibles de estímulo estatal.

Luego de establecer la legitimidad de los fines y objetivos, la argumentación finaliza con una evaluación de la pertinencia de las medidas adoptadas respecto

7 Salarios mínimos legales mensuales vigentes (hoy en día por un monto igual o superior a 150.000 UVT, Unidad de Valor Tributario). La Corte indica que tal cifra obedece a estudios efectuados por el Departamento Nacional de Planeación.

del fin propuesto por la ley, en donde se asume con fundamento en la posición del gobierno, que la estabilidad jurídica generará un ambiente favorable para la inversión.

Salvamentos de voto. Vulneración del principio de igualdad y menoscabo de la soberanía legislativa

Los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Araujo Rentería deciden salvar su voto frente a la decisión de declarar exequible la ley, el primero de ellos por considerar que la Corte no logra desvirtuar el indicio de inequidad en la norma y por ende, la eventual vulneración sobre el principio de igualdad en la libre competencia económica como afirma: “Los criterios cuantitativos que establece la norma y las limitaciones que paralelamente introduce a determinados sectores de la economía, excluye renglones de inversión sin que se demuestre una razón suficiente que justifique ese trato diferenciado” (Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006).

La distinción establecida en la norma, muy por el contrario de estructurar un trato desigual para el beneficio de los menos aventajados como reza el segundo principio de justicia de Rawls, “contempla un trato discriminatorio a favor de sujetos que se encuentran en una situación privilegiada (los grandes inversionistas). Adicionalmente, la norma excluye sin que exista justificación constitucional válida a otros sectores o actividades igualmente productivas y se presenta un indicio de arbitrariedad en la medida en que se invoca en la sentencia un artículo de la Constitución (334), al cual no se le hicieron producir los efectos que pretende en materia de “racionalización” de la economía y “distribución equitativa de oportunidades”.

Los magistrados, Beltrán Sierra y Araujo Rentería por su parte, se centran en los efectos que el reconocimiento de la validez supra-legal de los contratos de estabilidad jurídica tiene para el sistema normativo, en palabras de Beltrán Sierra:

Significa lo anterior que, en virtud de lo dispuesto en la norma acabada de mencionar, se impone al legislador en el futuro una limitación al ejercicio de la potestad legislativa, inadmisibles frente a la Constitución Política. El Estado no puede realizar con los particulares un pacto según el cual se abstiene el Congreso de la República de ejercer la función pública de interpretar, reformar y derogar las leyes, que se le atribuye por el artículo 150 de la Constitución.

La norma resulta lesiva no simplemente del artículo 3º de la Constitución, que establece la soberanía popular sino de la propia dignidad nacional al consagrar, una limitación inadmisibles a la potestad del legislador de hacer las normas, respecto de un actor particular, que se verá incluido solo cuando las leyes les otorguen nuevos beneficios. La legitimidad del ordenamiento deja de fundarse en la Constitución para empezar a radicar en la voluntad contractual, de esta manera, “La celebración de los contratos de estabilidad jurídica sepulta entonces la primacía de la Constitución para abrirle paso a la primacía del contrato de estabilidad jurídica” (Beltrán, salvamento de voto sentencia C-242 de 2006).

En el mismo sentido, se pronuncia el magistrado Araújo Rentería frente a una ley que suspende respecto de ciertos contratos y en determinadas actividades, la facultad legislativa del legislador. Agregando que la norma debe referirse no únicamente a los inversionistas privados sino también al Estado y los trabajadores como partes afectadas, por lo que “la estabilidad jurídica que se pretende lograr con las disposiciones acusadas debe establecerse, en mi criterio, en ambos sentidos, es decir, tanto respecto de lo favorable como de lo desfavorable para los empresarios e inversionistas (v. gr. Cargas laborales)”, (Corte Constitucional colombiana, sentencia 242 de 2006).

Sentencia C-320 de 2006

Exequibilidad condicionada a la salvaguarda de la libertad de configuración legislativa en materia de inversión extranjera

La soberanía del legislador frente a los contratos de estabilidad jurídica entra a ser materia principal de una segunda demanda sobre esta norma. En este pronunciamiento la Corte entra a aclarar un poco más el sentido del fallo, reiterando de paso su posición respecto de la exequibilidad de la norma. Señala la Corte que la norma demandada debe ser entendida en el sentido de que no otorga una garantía de inmodificabilidad de la legislación a los inversionistas privados, sino que les asegura dentro del tiempo de vigencia del contrato, la permanencia de las condiciones legales existentes en el momento de su celebración, dando la posibilidad de acudir a mecanismos resarcitorios en caso de que se modifique el equilibrio económico inicialmente pactado. Con ello, procura otorgar una validez condicionada a la interpretación en tal sentido de la norma, salvaguardando según sus términos la soberanía del legislador y atendiendo de

paso a la preocupación manifiesta en los salvamentos de voto de la anterior sentencia sobre la materia.

Reforzando el argumento sobre la razonabilidad del trato diferencial conforme a la Constitución, manifiesta que el establecimiento de un trato diferencial no riñe con el principio-derecho de igualdad, en la medida en que se está otorgando un beneficio para inversionistas que asumen un riesgo alto, suscriben una prima a favor de la nación, se comprometen a someter sus controversias a la legislación Colombiana y sobre todo, “porque con la inversión de sus capitales en el país están impulsando el desarrollo económico y social del conjunto de la población, incluyendo, por supuesto, la más desfavorecida” (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006).

Asimismo, presenta como un argumento adicional en apoyo de la decisión la aceptación y utilización que en la legislación de varios países (Arabia Saudita, Chile, Perú, Ecuador, Panamá), se ha hecho de este tipo de instrumentos. Para defender su argumento sobre la no afectación de la competencia del legislador, como resultado de la celebración de los contratos de estabilidad jurídica, presenta como antecedentes legislativos sobre la protección y garantía de la estabilidad jurídica para los inversionistas las Leyes 223 de 1995 y 633 del 2000.

Dentro de las condiciones establecidas por el legislador en el caso de la Ley 963 de 2005, la Corte hace énfasis en que dichos instrumentos no pueden vulnerar la Constitución, ni los derechos fundamentales, las garantías y derechos adquiridos de los trabajadores; no se puede desconocer el interés general, ni despojar a los jueces colombianos de sus competencias constitucionales. No obstante, más adelante reconoce que a voluntad de las partes las diferencias contractuales que sobrevinieren por la modificación de las condiciones de estabilidad inicialmente pactadas, pueden ser sometidas al conocimiento de tribunales de arbitramento nacionales. Finalmente, y como otro de los nuevos argumentos presentados por la Corte en apoyo de su decisión, se hace una importante precisión sobre la naturaleza del derecho que otorga la ley a los inversionistas, haciendo de paso una referencia al tema de la eficacia de la ley en relación con los contratos de estabilidad jurídica.

En este sentido para la Corte:

La verdadera fuente de la garantía de estabilidad jurídica del inversionista, no surge directa e inmedia-

tamente de la ley acusada de inconstitucional, sino del contrato de estabilidad jurídica, que por autorización de la misma ley la incorpora como regla interna reguladora de dicho contrato, convirtiéndose así en un derecho contractual a la estabilidad jurídica de la inversión (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006). En último término y a contrario sensu de lo afirmado por el demandante, la Ley 963 no está eximiendo, según la Corte, a un grupo privilegiado de inversionistas nacionales o extranjeros de cumplir la Constitución o las leyes, quienes suscriban este tipo de contratos quedan sujetos no solo a los deberes impuestos por la Constitución Política y los Tratados internacionales, sino al imperio de nuevas leyes que no hayan sido objeto de los mismos.

Salvamentos y aclaración de voto

Los tres magistrados que se apartaron de la decisión mayoritaria en la primera sentencia reiteran su posición en esta segunda oportunidad: en el caso del doctor Alfredo Beltrán Sierra, afirmando con mayor razón aún su discrepancia dado que con esta interpretación:

(...) se despeja cualquier asomo de discusión y, de manera contundente y sin ambages se les dice que si el Congreso de Colombia osa legislar en lo que aparentemente les fuere desfavorable, quedan legitimados para demandar al Estado y obtener las indemnizaciones correspondientes, con lo cual se descubre el velo protector no de los derechos de Colombia sino de los acuciosos contratistas en desmedro de los superiores intereses de la República (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006).

El magistrado, Jaime Córdoba Triviño, aclara su voto en el sentido de reiterar su disenso sobre la falta de razones constitucionales para aceptar la vulneración al principio y derecho fundamental a la igualdad, en este caso frente a la libre competencia económica señalando adicionalmente que: "El legislador crea así privilegios adicionales para quienes se encuentran en una situación ventajosa, y excluye, sin razón válida, a operadores económicos respecto de los cuales incluso, estaría más legitimada una acción estatal orientada a fines promocionales" (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006).

Especial importancia reviste para este análisis de la sentencia, el salvamento de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería, por su distanciamiento respecto

del argumento central de la decisión, en el entendido de que producir una ley carente de efectos jurídicos respecto de un sector particular, equivale a no legislar, lo cual "atenta contra cualquier definición de ley, como expresión de la voluntad general, y en todo caso, la última expresión es la que prima -ley posterior deroga la anterior-, sea favorable o desfavorable a ciertos sectores" (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006).

A partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional se pueden identificar al menos tres formas de racionalidad, sobre la definición del problema jurídico que se expresan, tanto en la decisión mayoritaria como en los salvamentos de voto de las sentencias. Una racionalidad material propia de una forma de derecho responsivo (Nonet y Selznick, tal como es citado en Teubner, 2000), expresada en la posición mayoritaria de la Corte Constitucional (constitucionalidad de los fines y pertinencia de las medidas adoptadas por ley hacen razonable el trato desigual), que en la medida en que prioriza los fines de la intervención a través de la norma sobre su carácter procedimental-abstracto, termina por afectar la racionalidad formal. Como afirma el sociólogo Alemán:

Nonet y Selznick afirman que el formalismo legal está sufriendo una crisis de la que emerge una nueva orientación hacia lo material, es decir, hacia una soberanía de la finalidad. El ascenso de la finalidad transforma estructuras normativas fundamentalmente rígidas en estándares "abiertos" y reglas "orientadas hacia el resultado" (Teubner, 2000, p. 99).

Una racionalidad formal-moderna ligada a la defensa del carácter general, abstracto e impersonal de la ley, la soberanía legislativa del Estado-nación y la primacía de la ley sobre el contrato, estaría presente en la posición de los magistrados que hacen salvamento de voto respecto de la decisión mayoritaria. (Vulneración del principio de igualdad y menoscabo de la soberanía legislativa). La racionalidad formal del derecho estaría integrada por tres dimensiones cuya caracterización Teubner desarrolla a partir de Weber y Habermas:

Una dimensión de justificación de la norma (racionalidad normativa) orientada hacia el individualismo, la autonomía, la abstracción como marco que genera confianza para la búsqueda autónoma de los intereses privados, tendría como elementos básicos el convencionalismo, el legalismo y el universalismo.



Una dimensión funcional (racionalidad sistémica) que cumple con funciones externas específicas, que desarrolla su propia racionalidad como sistema y contribuye a la movilización de recursos naturales permitiendo el acoplamiento estructural con el sistema económico, realizando de paso la legitimación del sistema social.

Una dimensión estructural-interna (racionalidad interna), sobre cuya base, el derecho es formalmente racional en la medida en que está estructurado con criterios de conceptualidad analítica, rigurosidad deductiva y razonamiento orientado a lo normativo. Adicionalmente, por la profesionalización que la sitúa como un saber especializado de un cuerpo experto (Teubner, 2000, p.102).

En tercer lugar, puede percibirse -al contextualizar el problema jurídico en el marco de los procesos de globalización del derecho- una racionalidad reflexiva propia de los inversores transnacionales como un sector social global que desarrolla, a partir de la proyección de sus expectativas cognitivas, procesos de auto-estructuración normativa generando sus propios elementos y mecanismos de producción normativa que se proyectan, traspasan y fragmentan tanto el espacio normativo del Estado-nacional moderno, como el espacio normativo interestatal-intergubernamental. En las posiciones defendidas por los magistrados Araújo Rentería y Beltrán Sierra, puede observarse una identificación aproximada y todavía muy intuitiva de tal forma de racionalidad, al denunciar los efectos desintegradores que los contratos de estabilidad tienen sobre el derecho Estatal.

Confrontación de racionalidades y reconstrucción de la pluralidad dentro del poder simbólico de la forma jurídica estatal

Se propondrá a esta altura una observación de la manera como este régimen normativo, es atravesado por el fenómeno del pluralismo jurídico, señalando con apoyo en la sociología del campo jurídico, la manera como en el momento de definición del derecho, tal pluralidad de fuentes de producción normativa; es re-conducida por la fuerza del formalismo como la visión consagrada de la realidad, en la medida en que es producto de un criterio que es considerado a la vez regla última, suprema e instancia de cierre del ordenamiento jurídico.

En primera instancia es necesario señalar que en el contexto de la fragmentación social existente a escala global, se presentan actores cuya capacidad de auto-reflexividad y auto-reproducción se realiza no solo a través de la capacidad de auto-juridificación, sino de la posibilidad de maximización estratégica de su racionalidad, que en gran medida se realiza a través de la penetración, captura y subsunción del espacio estatal no simplemente en el nivel interno de los Estados nación sino en la cooptación de la racionalidad de instituciones internacionales e interestatales como el Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio.

Los contratos de estabilidad jurídica son formas propias del proceso de globalización policéntrica, por el cual sectores sociales se constituyen a sí mismos normativamente configurando su propia construcción jurídica de la realidad social al margen del factor territorial. En este caso la racionalidad de los inversores transnacionales auto-constituidos a escala global a través de parámetros, organizaciones y procedimientos⁸; termina por concretarse en la generación de políticas normativas de estímulo y protección de la inversión privada que colisionan claramente con uno de los fundamentos constitutivos del derecho en su forma estado-nacional: la soberanía legislativa.

Estudiando ya en plano de la sentencia, como el pluralismo jurídico atraviesa y fragmenta la unidad del derecho en el propio espacio estatal, se evidencia en la forma cómo en la argumentación de la decisión se define un derecho en el cual se presenta la superposición, inter-penetración e indiferenciación entre diferentes fuentes de producción normativa: por un lado, la racionalidad del sector inversionista transnacional, que se expresa a través de la racionalidad cooptada del gobierno, por el otro, la racionalidad del Estado presente en la función jurisdiccional y el modo como se trata de hacer compatible la Constitución con los imperativos de la economía global y finalmente, la lógica de los pequeños empresarios y demás sectores sociales representados en el accionante, pero desprovistos de la capacidad reflexiva de auto-afirmación, auto-juridificación y agencia en la lucha por constituirse en la racionalidad formal del campo.

Por la naturaleza de la acción de inconstitucionalidad, la controversia suscitada es puesta directamente

8 Procedimientos con los cuales, por ejemplo, se evalúa el riesgo para invertir según el país. Calificación que viene a traducirse -una vez retirada la retórica tecnocrática- en un reconocimiento interesado de los regímenes que hacen mayor número de concesiones a estos actores.



en conocimiento de la máxima instancia dentro de la estructura fuertemente jerarquizada de la administración de justicia, lo que le confiere a la decisión el status de definición última, suprema y por lo tanto, unánimemente, reconocida del derecho para el caso. El campo judicial como instancia organizada de manera impersonal y trascendente que monopoliza la regulación de los conflictos re-traduciendo sus términos particulares e interesados en el lenguaje general, racional y en último término, universal y a-temporal del derecho, en palabras de Bourdieu:

El proceso representa una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social, es una confrontación de puntos de vista singulares, inseparablemente cognitivos y valorativos, que concluye abruptamente mediante la sentencia solemne enunciada por una "autoridad" social representante de los intereses sociales (Bourdieu, 2000, p. 196).

La racionalidad formal del procedimiento en relación con la verificación de la constitucionalidad de la norma, consagra la posibilidad de intervención de todos los posibles interesados y afectados por la decisión. Sin embargo, estos actores solo pueden incorporarse en la medida en que tienen la capacidad de reproducir el lenguaje, las ritualidades y prácticas de auto-afirmación de la comunidad de expertos/profesionales, reforzando con ello -por un lado- la clausura operativa del campo a través de la reproducción del habitus y, por otra parte, el fundamento trascendente de la decisión como una visión de Estado.

Es precisamente en el uso propiamente constitutivo del lenguaje jurídico como poder de nombrar, en donde se presentan los efectos de a-priorización y neutralización que se encuentran asociados en las sentencias, a la manera como se argumenta la razonabilidad de la diferenciación incorporada por los contratos de estabilidad jurídica. El efecto de a-priorización (manifestación del poder de estructuración que tienen algunos actores respecto del campo) puede observarse en la comprensión que de entrada es asumida como incuestionable por la Corte:

En efecto, el capital extranjero en nuestro país interviene activamente en vastos sectores de su economía (finanzas, industria, comercio, hidrocarburos y servicios, entre otros), lo cual, sin lugar a equívocos, trae grandes beneficios

para el país y, particularmente, para las empresas nacionales, en cuanto colabora decididamente con su crecimiento, desarrollo y expansión (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-320 de 2006).

La retórica de impersonalidad por la cual el enuncian- te se coloca como sujeto universal a la vez imparcial y objetivo, es propio del lenguaje judicial en general, sin embargo, estos pronunciamientos pueden ejemplificarse, frente a las razones del accionante, en el modo como se defiende la constitucionalidad de la norma:

Considerando que el propósito de la ley es el de promover la inversión y que para ello el Estado se hace responsable frente a la sociedad y a los agentes económicos que intervienen en la ejecución de los planes de desarrollo, la Sala encuentra que la cuantía de 7.500 smlmv, resulta proporcional al esfuerzo estatal y a la responsabilidad de los particulares, quienes en muchas ocasiones tendrán que asociarse para ser beneficiados con las cláusulas del contrato de estabilidad jurídica (Corte Constitucional, sentencia C-242 de 2006), (Subraya fuera del original).

En el mismo sentido, el lenguaje técnico con el cual se pretende fundamentar en cierta medida las razones de la decisión⁹, es un mecanismo que opera sobre el formalismo como una nueva forma de exclusión al propio interior del cuerpo especializado de agentes profesionales: entre aquellos que entienden muy bien el poder simbólico de estas formas y fórmulas como saber-poder específico que separa al competente del profano que ya no es, simplemente el poseedor de un saber meramente intuitivo no especializado, sino también, quien no es un con- sagra- do conocedor del saber técnico-normativo y su particular retórica. El ropaje de cientificidad y tecni- cismo, le proporciona a esa forma de racionalidad la capacidad de articularse política e ideológicamente, precisamente en la medida en que se auto-postula como una comprensión neutral y objetiva en todo caso no política, ni ideológica.

Como es posible observar, el trabajo de construcción, formulación e implantación de las formas de racionalidad e interés en la estructuración del campo (que

9 Especialmente cuando en la sentencia C-242 se presentan no tanto los estudios sino más bien las conclusiones del Departamento Nacional de Planeación, con el propósito de justificar la razonabilidad del monto mínimo de inversión para poder acceder a los contratos de estabilidad jurídica.

fue materia del anterior artículo) es finalmente, consagrado por el trabajo de definición jurídico al unirlo con los efectos de apriorización y universalización propios de la racionalidad formal, esta doble tarea es presentada por Bourdieu: "(...) como el esfuerzo de grupos dominantes o en ascensión por imponer una representación oficial del mundo social que sea conforme a su visión del mundo y favorable a sus intereses" (Bourdieu, 2000, p. 212).

El carácter imperativo que en la sociedad global adquieren los mecanismos de integración económica, hacen que una decisión de esta naturaleza termine por tratar de acoplar la narrativa constitucional a lo que se asume como un Estado de hecho pre-existente, normalizado por la fuerza discursiva de los actores dominantes del campo, dando lugar a lo que Bourdieu denomina una promoción ontológica, "que permite trasmutar la regularidad (aquello que se hace regularmente) en regla (lo que es regla de hacer), transformando la normalidad de hecho en normalidad de derecho" (Bourdieu, 2000, p. 211).

Como se analizará a renglón seguido, en las sentencias objeto de este análisis se observa que entra a asumirse de manera a-priori, un planteamiento que no necesita dar razones sobre su legitimidad; un particular modo de comprensión sobre el problema jurídico: en este caso respecto del papel del Estado en su intervención sobre la economía a través del establecimiento de estímulos e incentivos a los inversores que se pretende legitimar a través de una incierta, no sustentada, ni posteriormente susceptible de ser verificada, relación con el interés general.

Sobre el efecto de desconocimiento y la constitucionalización de la comprensión neoliberal de la economía

La contraposición de modos de cognición y formas de racionalidad productoras de derecho en el terreno epistemológico, desemboca finalmente en el momento de definición jurídica, en donde la potencia productiva del formalismo (Negri, 2006, p. 241), no solo le confiere posibilidad como derecho a las normas sino que le asigna sentido a la realidad social como sistema normativo.

En esta lucha -en la que se enfrentan visiones del mundo diferentes, en ocasiones antagónicas, que pretenden imponer su reconocimiento en la medida de su autoridad y conse-

cientemente hacerse realidad- está en juego el monopolio del poder para imponer el principio universalmente reconocido del conocimiento del mundo social, el nomos como principio universal de visión y de división (nemo significa separar, dividir, distribuir), por consiguiente, como principio de distribución legítima (Bourdieu, 2000, p. 196).

En el poder simbólico del derecho opera la transformación de modos de comprensión y racionalidad particulares en el orden establecido mediante los actos de nominación o de instauración que le son propios. Se le confiere un carácter oficial, público y susceptible de ser garantizado e impuesto coactivamente a una visión de ese orden que adquiere por obra y gracia de este acto mágico una dimensión performativa como representación recta de la realidad: "El derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia, de producir efectos. No es exagerado decir que hace el mundo social, pero a condición de no olvidar que está hecho por el" (Bourdieu, 2000, p.198).

La instauración y consagración simbólica de un orden performativo de la realidad mediante el poder de nombrar propio del derecho, se puede caracterizar para el caso en estudio, cuando se observa que en la argumentación de la sentencia se ha incorporado no como un modo de comprensión del funcionamiento de la economía sino como la forma de ser de la economía misma en el mundo contemporáneo, los postulados de la teoría neoclásica-neoliberal de la economía.

En efecto, la Corte asume como "una afirmación que no es necesario fundamentar empíricamente (y mucho menos de acuerdo a razones constitucionales), la formulación según la cual las exenciones, estímulos e incentivos a la inversión, inciden directamente en la creación de empresas y por esta vía en la generación de nuevos empleos, dándose lugar a un crecimiento del conjunto de la economía. Del círculo virtuoso presupuesto al nivel de premisa incuestionable por parte de la Corte Constitucional, se puede observar la afirmación del Ministerio de Hacienda en su intervención en defensa de la exequibilidad de esta ley:

De igual manera, en lo que concierne a la validez de dicho objetivo a la luz de la Constitución, se tiene que el propósito de las normas demandadas es dar soporte a proyectos que tienen un impacto importante en la economía, la generación de empleo, y en el largo plazo,

augmentar el recaudo tributario (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006).

Es notoria la falta de fundamentación empírica del postulado que a-priori decide asumir la Corte para el conocimiento del problema. La naturalidad con la que es asumido este dogma por la mayoría de los magistrados da cuenta del poder que estas formas de racionalidad tienen sobre la estructuración del campo. No se presenta, ni siquiera la más mínima exigencia de estudios o investigaciones que sustenten la relación de causalidad entre este tipo de medidas y el bienestar general o el crecimiento equitativo de la economía (criterio que es por demás muy difícilmente verificable pero cuya medición podría darse en términos de su impacto sobre la generación de empleo).

Esta relación de causalidad no es un aspecto meramente anecdótico de la sentencia, es en efecto, el fundamento principal de la decisión de considerar como razonable la diferenciación que la ley establece respecto del derecho a la igualdad en la competencia económica. El carácter racional del derecho moderno se desnaturaliza por completo, al ser despojada esta decisión de su ropaje formalista y ser develado el fundamento dogmático y metafísico de su argumento principal.

La eficacia simbólica del derecho, opera de esta manera como el más poderoso mecanismo de legitimación. Para el sociólogo francés se llega a la instancia de naturalización del fenómeno (lo natural siendo lo que no presenta cuestión acerca de su legitimidad), proceso que ocurre de manera paralela al efecto de desconocimiento por el cual el reconocimiento de la norma presupone el dejar a un lado la parte más o menos grande de arbitrariedad que está en el origen de su funcionamiento" (Bourdieu, 2000, p. 207).

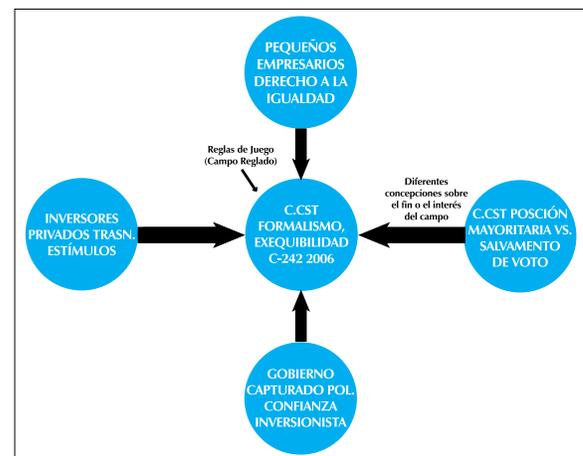
Este postulado constituye la base fundamental de legitimación de la política neoliberal en Colombia durante los últimos 20 años; se encuentra presente en las exposiciones de motivos de las reformas laborales, tributarias, aduaneras y en materia de inversión privada. La construcción de un Estado democrático de derecho demanda sin embargo, para el Tribunal Constitucional, la obligación de asumir esta perspectiva como una forma de racionalización de la realidad que puede ser fácilmente contrastada con otros modelos, asimismo, la exigencia de ilustrar a partir de investigaciones, estudios y análisis realizados desde diferentes actores, los efectos que dichas medidas tienen y el cumplimiento de los objetivos que persiguen.

En ese sentido podría ser muy útil para replantear esta tendencia en la doctrina constitucional colombiana, tomar en cuenta una referencia de Teubner sobre una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán; referida a la co-determinación en las organizaciones económicas. En este caso la constitucionalidad de la participación del empleo sobre la

base de sus efectos económicos, es contrastada desde las diferentes racionalidades de los actores colectivos involucrados (empresas, asociaciones de trabajadores, sindicatos, gobierno, parlamento), cada uno de los cuales expuso ante el tribunal sus diferentes formas de construcción jurídica del problema de conocimiento y las consecuencias del fallo desde su posición.

El tribunal se negó a tomar una postura sustancial en este escenario sobre posibles consecuencias y se remitió a la decisión "procedimental". En vez de confirmar o rechazar las construcciones de la realidad, el Tribunal localizó los riesgos de información y predicción entre los actores colectivos involucrados -entre ellos el propio Tribunal- y creó un nuevo deber para el legislador: hacer retroceder sus decisiones si las predicciones en las que estaban basadas resultaran ser falsas (Teubner, 2005, p. 64). (Original sin negrilla).

La constitucionalidad condicionada al seguimiento y verificación que pueda hacer la Corte de la eficacia y el cumplimiento de los objetivos de este tipo de normas, sería un límite racional y razonable respecto de la simple asunción acrítica del credo neoliberal. La gráfica da cuenta de la disputa entre los diferentes actores y sus formas de racionalidad sobre la definición del derecho para el caso.



Gráfica N° 1

Fraccionamiento del derecho estatal, paralegalidad y re-feudalización

Desde la perspectiva la exequibilidad condicionada a esta interpretación de la norma (la salvaguarda de la competencia soberana del legislador con la garantía de mecanismos resarcitorios para el inversionista en el evento de presentarse cambios en las condiciones de estabilidad acordadas); consagra no la inmodificabilidad sino la inaplicación de la ley, que se instaura a sí misma en un estado de aislamiento

to respecto de su fuerza, la cual entra a encarnarse en la figura del contrato, forma jurídica que no tiene fuerza de ley, pero la adquiere en virtud de la excepción que aquélla regulación establece frente al conjunto del ordenamiento en relación con el derecho a la igualdad.

En este caso no sería una excepción, sino una multitud de excepciones, de regímenes jurídicos paralelos configurados ya no en función de un sector particular sino en virtud del interés de cada inversionista¹⁰. Multiplicidad de regímenes jurídicos que tienen su fundamento de legitimidad en la voluntad contractual más que en su conformidad con el conjunto del ordenamiento o con principios constitucionales como la progresividad en materia impositiva¹¹. Muy por el contrario, de la interpretación que la Corte Constitucional hace del alcance de la norma, se ve como esta no se concreta en la proposición (virtual) sobre la competencia potencial que tiene el legislador de modificar las leyes afectando la estabilidad jurídica de las inversiones (lo que es bastante improbable en el caso colombiano)¹², sino en el momento en el cual se produce un hecho jurídico (en este caso un contrato), estableciendo un estado de las cosas válido frente al ordenamiento

hasta el punto de ser objeto de acciones resarcitorias en el momento de su desconocimiento. Es decir, para los inversionistas sujetos a los contratos de estabilidad jurídica la ley siempre es y será la estipulada por el contrato, sobre todos los aspectos estipulados en el contrato, status jurídico que produce efectos materiales y concretos. En la misma medida, tal interpretación establece una restricción inaceptable para el legislador, en tanto consagra la inaplicación de los efectos de las normas posteriores si afectan las condiciones de estabilidad pactadas, como bien señala el Magistrado Araújo Rentería:

Considero que el condicionamiento que se propone en el numeral segundo de la parte resolutive de esta sentencia resulta contradictorio, toda vez que el supuesto general es que el legislador nunca puede renunciar a su facultad de legislar y que la misma produzca efectos jurídicos, además de que con la garantía concedida en la ley bajo estudio no puede haber indemnización, pues no habrá afectación de los inversionistas (Subraya fuera del original) (Corte Constitucional, sentencia C-320 de 2006).

Se presenta en su más propio sentido la excepción como el mecanismo de trasgresión en lo real permite la actualización de la norma. Un Estado en el cual se presenta una fuerza de ley sin ley (Agamben, 2004), en donde no solo existen normas vigentes que no se aplican, sino que, igualmente, hay actos que no tienen el valor de ley pero que adquieren la “fuerza” propia de ella. En este caso, el contrato de estabilidad jurídica -que en la práctica es una excepción dentro de la eficacia general del valor, principio, derecho fundamental a la igualdad- adquiere fuerza de ley, al tiempo que la ley permanece en estado de aislamiento respecto de su fuerza, como pura vigencia sin aplicación en los términos de Agamben.

El uso reiterado y generalizado de la excepción dentro de la legislación se evidencia en la multiplicidad de vías de escape, salvaguardas, reservas, aclaraciones, etc.,¹³ que rompen con los parámetros de la racionalidad formal moderna respecto del carácter general, abstracto e impersonal de las normas, también con las bases de un Estado de derecho liberal en cuanto al principio democrático de producción del derecho. En este sentido, es

10 Ley 963 Artículo 4º Numeral d) En las cláusulas contractuales deberán transcribirse los artículos, incisos, ordinales, numerales, literales y párrafos de las normas emitidas por los organismos y entidades determinados en esta ley, así como las interpretaciones administrativas vinculantes, sobre los cuales se asegurará la estabilidad, y se expondrán las razones por las que tales normas e interpretaciones son esenciales en la decisión de invertir.

11 Con la lluvia de estímulos que se están ofreciendo por todos lados a las empresas, se está creando además, una especie de estatuto tributario para cada sociedad, lo que complica el trabajo de la División de Impuestos, (DIAN) Fórmula peligrosa, publicado en Semana <http://m.semana.com/economia/formula-peligrosa/109765-3.aspx>, recuperado el 15/02/2012

12 Para el caso Colombiano es notoria la falta de pertinencia del argumento según el cual, los Estados en ejercicio de su voluntad soberana de modificar las leyes, pueden convertirse en factores que generen inestabilidad y nuevos factores de riesgo para los inversionistas. Para no ir más lejos, en este propósito de desenmascarar esta falacia solo es necesario mencionar que en vigencia del artículo 58 original de la Constitución de 1991 (en el cual se preveía la posibilidad de expropiación por vía administrativa sin pago de indemnización para garantizar la prevalencia del interés público sobre el particular), nunca se presentó ni siquiera el más mínimo intento de llevarlo la práctica, hasta el momento en que finalmente fue modificado durante el gobierno de Andrés Pastrana, ajustándolo en su contenido a los criterios de seguridad jurídica de los inversores transnacionales. Mediante Acto Legislativo N° 01 de 1999, se eliminó del artículo 58 los dos últimos párrafos que hicieron muy poco probable siquiera la mención de tal artículo durante su corta vida: “Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara.

Las razones de equidad, así como los motivos de utilidad pública o de interés social, invocados por el legislador, no serán controvertibles judicialmente”.

Asimismo, del texto de esta sentencia se puede extraer que la denominada estabilidad jurídica era ya una condición existente en la legislación desde el año 1995, de manera que resulta por lo menos cuestionable el argumento de la “inestabilidad jurídica” que le es endilgado a un Estado, que como el colombiano no se caracteriza precisamente por su hostilidad respecto del capital extranjero.

13 La siempre productiva y poderosa recursividad de la inteligencia colectiva y popular le ha terminado por dar a este fenómeno el nombre de “mico” que en la cultura jurídico-política colombiana se traduce en la frase “hecha la ley, hecha la trampa” o también cuando se afirma “las leyes son para los de ruana”. Expresiones en las cuales se evidencia una percepción crítica y generalizada sobre la trasgresión legalizada del ordenamiento jurídico que es impulsada por los sectores dominantes de la sociedad.

posible observar la relación entre ese Estado en el cual la excepción se ha convertido en regla (Benjamín, s. f.) y el fenómeno del pluralismo jurídico: la excepción como mecanismo de trasgresión al interior de la forma jurídica, Estado-nacional moderno, produce y consagra la implosión y fragmentación del derecho en función de la racionalidad de los actores con mayor capacidad sobre la estructuración y definición del campo.

Con fundamento en los trabajos de Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (2008), se puede caracterizar esta modalidad del fenómeno bajo el concepto de pluralismo jurídico interno. Dicha denominación hace referencia, en primer lugar, a una ausencia de intervención o a una intervención selectiva y variable del Estado en función de criterios técnicos, coyunturales o políticos por los cuales se colocan obstáculos que bloquean y distorsionan el carácter general y abstracto de las normas (García, s. f.), también está relacionado con el tratamiento diferencial o el énfasis variable en la aplicación de las normas según sea el espacio, contexto o destinatario de estas. Como explica Mauricio García Villegas:

Un caso especial de intervención estatal social mixta que tiene efectos importantes para la comprensión del fenómeno del pluralismo jurídico, consiste en crear reglas dotadas de excepciones, de tal manera que la intervención social del Estado permita introducir selectividad y variabilidad en la norma al mismo tiempo (2010).

Los contratos de estabilidad jurídica, como excepción frente al principio-valor-derecho fundamental a la igualdad en la competencia económica, han consagrado un tratamiento diferencial que especialmente en materia tributaria tiene graves consecuencias sobre la equidad de las cargas públicas. Para algunos analistas como Kalmanovitz (2012), tantas exenciones envilecen la distribución de la renta en el país y además debilitan el Estado. En igual sentido, Francisco Azuero señala las dificultades que tal fragmentación del ordenamiento en regímenes tributarios paralelos tiene para los ingresos del Estado:

El nuevo gobierno ha anunciado su propósito de modernizar el régimen tributario colombia-

no. Una de las mayores dificultades que tendrá para ello será enfrentar el galimatías que significa que 56 grandes contribuyentes tendrán regímenes diferentes cada uno, en los terrenos tributarios, comerciales (Código de Comercio), regulatorios (normas de servicios públicos) y aduaneros. Todo ese tipo de disposiciones ha sido objeto de «Estabilidad Jurídica». El paquete de reformas que presente se verá seriamente debilitado (Azuero, 2010, p.1).

La denominada política de la confianza inversionista se tradujo entonces en la multiplicación de la excepción y la correlativa fragmentación del Estado de derecho para el beneficio ilegítimo del capital. Sus profundas repercusiones también dan lugar a un replanteamiento de la comprensión tradicional del territorio; los procesos de des-territorialización y re-territorialización del capital generan dinámicas de configuración de nuevos lugares y espacialidades: el campo petrolero, las concesiones mineras, las zonas francas así como las inversiones estabilizadas, son definiciones espaciales a través de las cuales el derecho produce una nueva división del mundo social, en función del tratamiento jurídico diferencial, así unos actores adquieren de esta manera un privilegio vinculado al lugar que ocupan dentro de la sociedad. La división jurídica se proyecta en la segmentación del territorio a través estas formas parciales de regulación que son producto de la capacidad de negociación de cada inversionista con el soberano. En este sentido, se comprenden los procesos de re-feudalización dentro del contexto de esta investigación.

Para terminar y aún cuando no es el objeto de este trabajo profundizar en la eficacia que han tenido los contratos de estabilidad jurídica como instrumentos de intervención del estado en la economía, si es posible reseñar algunas conclusiones de algunos de los estudios y análisis revisados sobre este tema. En primer lugar, no se puede asegurar que tales medidas tengan como efecto directo un aumento en la calidad de vida o bienestar general de la población en la medida en que, como afirman Quiroga y Villegas “el crecimiento económico por sí solo no genera bienestar, por lo tanto, se adoptan (refiriéndose a las sentencias de constitucionalidad de la Ley 963 de 2005) como

ciertas circunstancias que solo podrían catalogarse como supuestos” (Quiroga & Villegas, 2008, p. 151).

En relación con la generación de empleo, los diferentes estudios han coincidido en la dificultad de verificación de este indicador, en tanto las normas que establecen este tipo de exenciones (tanto en las zonas francas como en los contratos de estabilidad jurídica), no hacen referencia al tipo de empleo que se dice promover. Respecto de la presentación de resultados en términos de empleos indirectos Azuero señala:

Pero, ¿cómo se pueden medir los empleos indirectos? Es absolutamente subjetivo el cálculo de esta variable en cualquier actividad económica. Estos números no dependen de la voluntad del inversionista. Variables como la composición entre importaciones y producción nacional de los insumos adquiridos por el inversionista, tecnologías de producción utilizada, etc., son las que van a determinar el número efectivo de “empleos indirectos” (Azuero, 2010, p.1).

Otros estudios dejan ver la preocupación por la estabilización de normas laborales en algunos contratos, aún a pesar del pronunciamiento de la Corte, en el sentido de restringir su alcance en este campo (Castaño & Galeano, 2011, p. 99). Una de las consecuencias más graves se presenta en materia fiscal, en donde los recursos dejados de percibir de parte de los grandes contribuyentes por cuenta de estas exenciones, deberán ser compensados a través del incremento de gravámenes que afectan al conjunto de la población, haciendo más regresivo e inequitativo el sistema de tributación. Según el ex-ministro de Hacienda Juan Camilo Restrepo:

Como están las cosas, en adelante la carga tributaria recaerá sobre las pequeñas empresas, sobre las personas naturales y los consumidores en general. Cuando el gobierno haga una reforma tributaria tendrá que “recostarse” en el IVA, pues limitó el campo de acción en renta. El problema es que en la teoría fiscal contemporánea no está probada la relación directa entre la reducción selectiva de impuestos y

el aumento de la inversión. Restrepo dice que no está garantizado que el motor directo de la inversión sean los impuestos (como es citado en Formula peligrosa, s. f. semana.com).

Como es posible observar, las consideraciones de la Corte al realizar la ponderación de los beneficios que puede traer la celebración de estos contratos, en relación con sus efectos y consecuencias negativas es bastante restringida.

CONCLUSIONES

La dinámica actual del capitalismo y los imperativos de integración económica establecen limitantes para la soberanía normativa estatal. En este caso y frente al derecho a la igualdad en el marco regulatorio objeto de estudio, la constitución se ve quebrantada en su validez, por intereses de actores transnacionales con capacidad de negociación con el Estado.

Las sentencias de la Corte terminan por justificar el acople de la Constitución a unas condiciones fácticas pre-existentes, otorgando validez al modo en que los medios jurídicos destinados para la promoción de la inversión consagran una distinción (negativa), que no encuentra razones en el texto constitucional y que termina por establecer un régimen de paralelidades, en el cual se evidencia el fenómeno del pluralismo jurídico.

En la medida en que la Corte Constitucional asume de manera dogmática los postulados de comprensión del funcionamiento de la economía; se advierte sobre el proceso de constitucionalización del paradigma neoliberal en esas decisiones; por el efecto de desconocimiento propio de la forma y se ve como ese modelo se traduce y reconstruye en el lenguaje jurídico como el capital simbólico del campo. También, se pone en evidencia que ciertos modos de comprensión de la vida son naturalizados por la fuerza de algunos actores, colonizando incluso la manera de aproximación a un problema por parte de las altas jerarquías del aparato jurisdiccional.

De igual manera, se introduce como un aporte específico de este trabajo, la vinculación entre el fenóme-

no de la excepcionalidad como el mecanismo a través del cual se realiza la trasgresión del derecho, que paradójicamente le otorga vigencia y, el fenómeno del pluralismo jurídico como pluralidad de formas de producción normativa, que representan diversas formas de racionalidad que se auto-constituyen normativamente a escala global, subsumiendo, traspasando y fraccionando el plano jurídico estatal.

En último termino, el análisis de la definición del derecho en las sentencias de constitucionalidad estudiadas, abre la posibilidad de visibilizar de un modo más detallado, la forma como el propio derecho estatal no puede simplemente abstraerse y enajenarse en la ideología monista-centralista para desconocer el pluralismo como condición principal del mundo contemporáneo.

En las diferentes posiciones en disputa sobre la definición del derecho puestas de manifiesto en el análisis

de las sentencias, fue posible identificar la pluralidad de formas de racionalidad: material, formal y reflexiva que se originan en diferentes fuentes de producción normativa: por un lado, el Estado-nación todavía predominante, pero en sí mismo fragmentado por diversas formas de comprensión y por el otro, la cada vez más fuerte capacidad de auto-estructuración normativa de los inversores transnacionales como un sector social global, con el poder suficiente para perforar en su reproducción el espacio normativo Estatal.

Como señala el propio Teubner, la presencia de la forma de racionalidad reflexiva como la que es propia del derecho como sujeto epistémico, puede afirmarse simplemente como una tendencia actual de un sub-sistema jurídico cada vez más globalizado. No obstante, dicha formulación debe confrontarse empíricamente en cada caso particular, se espera poder haber contribuido al menos un paso en esa dirección.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agamben, G. (2004). Estado de Excepción. Homo Sacer II, 1. Valencia: Pre-Textos.
- Azuero, F. (2010). Los contratos de estabilidad jurídica: nuevos absurdos, publicado en Economía y políticas públicas. Recuperado el 04 de abril de 2011 en http://franciscoazuero.blogspot.com.ar/2010_08_01_archive.html.
- Benjamín, W. (2011). Para una crítica de la violencia, edición electrónica. Recuperado el 04 de abril de 2011 en <http://www.philosophia.cl/biblioteca/Benjamin/violencia.pdf>.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Pierre. B. & Gunther. T. (Edits.), La fuerza del Derecho (pp. 155-220). Bogotá: Siglo del Hombre editores.
- Castaño, J. & Galeano, P. (2011). Los contratos de estabilidad jurídica en Colombia: ¿Una verdadera herramienta para la protección de los intereses del inversionista extranjero y del Estado colombiano? Recuperado el 11 de junio de 2011 en <http://www.eafit.edu.co/revistas/ejil/Documents/ejil-jan-jun-2011/Los-Contratos-de-Estabilidad-Juridica-en-Colombia.pdf>
- Corte Constitucional. Sentencia N° C-242. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández; 29 de marzo de 2006).
- Corte Constitucional. Sentencia N° C-320. (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; 24 de abril de 2006).
- De Sousa Santos, B. (2009). Sociología jurídica crítica, para un nuevo sentido común en el Derecho. Bogotá: ILSA.
- García, V. M. (2010). Notas preliminares para la caracterización del derecho en América Latina, Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C. Recuperado el 04 de abril de 2011 en http://www.oas.org/juridico/spanish/mauricio_garc%C3%ADa_villegas.htm
- Kalmanovitz, S. (2011). Temas tributarios en el Espectador. Recuperado el 04 de Abril de 2011 en <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-335829-temas-tributarios>
- Negri, A. (2006). Fábricas del sujeto/ontología de la subversión. Madrid: Akal.
- Quiroga, E. & Villegas, M. (2008). La constitucionalidad de los contratos de estabilidad jurídica desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Revista Universitas, enero-junio de 2008 (N° 115), pp. 141-160.
- Ley 963, 2005. Por la cual se instaura una ley de estabilidad jurídica para los inversionistas en Colombia. 8 de julio de 2005. D. O. N°. 45.963.
- Semana.com. (2011). Formula peligrosa. Recuperado el 04 de octubre de 2011 en <http://m.semana.com/economia/formula-peligrosa/109765-3.aspx>
- Teubner, G. (2005). El derecho como sistema auto-poietico de la sociedad global. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

