

## en breve

# Calidad institucional para el crecimiento económico y el progreso social

El presente documento recoge las reflexiones abordadas en el Foro Internacional *Calidad institucional para el crecimiento económico y el progreso social*, convocado por el Instituto de Ciencia Política Hernán Echavarría Olózaga (ICP), la Red Liberal de América Latina (RELIAL) y el Colegio de Estudios Superiores de Administración (CESA), con el patrocinio de Ernst and Young (EY) y el apoyo de Godoy y Hoyos Abogados. Dicho foro, realizado en el mes de septiembre, tuvo como objetivo principal contribuir, mediante la deliberación pública y el diálogo intersectorial, al análisis de los desafíos que enfrenta Colombia en materia de calidad institucional, y que pueden afectar el desarrollo económico y las perspectivas de progreso social.

## Contexto

La buena calidad de las instituciones es condición necesaria (aunque no suficiente) para el crecimiento económico, y, por lo tanto, para alcanzar el progreso social sostenible. La calidad institucional está además íntimamente ligada con la funcionalidad del Estado, y repercute en la legitimidad y en la estabilidad del sistema político.

En efecto, “las instituciones son las reglas del juego de una sociedad. Son las que marcan las diversas restricciones, formales e informales, que orientan las interacciones de todo tipo que se producen entre los componentes de la sociedad. Sin instituciones adecuadas, la convivencia, la cohesión y la paz social se ven amenazadas, frenando así el desarrollo de las personas y las sociedades. Además, y desde un punto de vista estrictamente económico, un marco institucional empobrecido resulta letal para la competitividad”<sup>1</sup>.

La calidad institucional depende de factores muy diversos. Por ejemplo, para su medición, el Índice de Calidad Institucional (ICI) que desde 2007 elabora anualmente la Red Liberal de América Latina (RELIAL), toma en consideración

1. Círculo de Empresarios, La calidad institucional, elemento básico para garantizar la competitividad: sistema judicial y organismos reguladores (Madrid: Círculo de Empresarios, 2008).

dos grandes subíndices, cada uno conformado por cuatro indicadores —obtenidos a partir de calificaciones que elaboran de forma especializada distintas entidades en todo el mundo. El primer subíndice es de las instituciones políticas, a saber: Respeto al Derecho (Banco Mundial), Voz y Rendición de Cuentas (Banco Mundial), Libertad de Prensa (*Freedom House*) y Percepción de la Corrupción (Transparencia Internacional). El segundo es de las instituciones de mercado: Competitividad Global (Foro Económico Mundial), Libertad Económica (*Heritage Foundation*), Libertad Económica en el Mundo (*Fraser*) y Haciendo Negocios (Banco Mundial).

Durante los últimos 10 años, el continente americano ha registrado, en buena parte de los países que lo integran, avances importantes en materia de calidad institucional. Pero también ha sido escenario de estancamientos y deterioros. Como lo sintetiza Javier Fernández-Lasquetty usando como referencia el ICI, “Panamá ha pasado del 18 al 11, Perú ha subido del puesto 21 al 13, mientras que Colombia lo ha hecho del 26 al 17. Canadá y Estados Unidos siguen en lo alto de la tabla. México y Argentina siguen donde estaban (19 y 27, respectivamente). Brasil ha perdido posiciones, del 23 al 26. Y Venezuela ha caído ya al último lugar, por detrás incluso de Cuba y Haití”<sup>2</sup>.

2. Javier Fernández-Lasquetty, Prólogo 2 del Índice de Calidad Institucional: Las ideas tienen consecuencias (México DF: FNF/RELIAL, 2018).

## en breve

### 1. Calidad normativa y regulatoria

El ordenamiento jurídico colombiano padece actualmente una evidente hipertrofia regulatoria que se manifiesta en: i) un excesivo número de normas de distinta naturaleza y origen que regulan la misma materia; ii) la existencia de contradicciones (antinomias) que afectan el ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, son fuente de litigios, y comprometen la eficacia de la acción gubernamental; iii) el choque o solapamiento de competencias entre distintas autoridades y agencias, y entre los distintos niveles territoriales de la administración pública y iv) una enorme dispersión normativa, agravada con frecuencia por la opacidad con la que operan algunas autoridades.

El reporte *Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio*, publicado por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) en 2017, estudió la producción normativa en Colombia desde el año 2000 hasta 2016. El DNP encontró que en este período solo la Rama Ejecutiva emitió diariamente 15,4 normatividades, 2,8 decretos, 11,2 resoluciones y 0,3 circulares. Estas cifras resultan muy ilustrativas sobre cuáles son los instrumentos más utilizados por los reguladores nacionales. Según el estudio, la resolución es el instrumento al que más se recurre (68.698 del total de las normas inventariadas), seguida por el decreto (17.168), la circular (2.376) y el acuerdo (2.057). En el periodo analizado se emitieron, además, 4.449 normas de otras categorías<sup>3</sup>.

Adicional a la voluminosa producción regulatoria, la calificación del país en cuanto al cumplimiento y aplicación de las normas es poco menos que aceptable: el *Rule of Law Index* elaborado por *World Justice Project* ubica a Colombia en el puesto 72 de un total de 113 países evaluados, y en el 19 de 30 en América Latina<sup>4</sup>.

3. Departamento Nacional de Planeación, Reporte: *Aproximación al inventario normativo por medio del piloto Big Data regulatorio* (Colombia: Departamento Nacional de Planeación, 2017).

4. World Justice Project, *Rule of Law Index 2017- 2018*, <http://data.worldjusticeproject.org/> (Consultado el 18 de octubre de 2018).

### 1.1 Problemas de la hipertrofia normativa para la competitividad y el Estado de Derecho

El exceso, las contradicciones y la dispersión del ordenamiento jurídico colombiano configuran un escenario normativo muy difícil de navegar para las empresas y los ciudadanos. Con demasiada frecuencia, la hiper-abundancia normativa genera barreras y eleva los costos del emprendimiento. En otras oportunidades, ciudadanos y empresas se ven desbordados por la sobrecarga de requisitos y condicionamientos legales y reglamentarios que deben satisfacer para ejercer sus derechos y libertades, lo cual inhibe su iniciativa o estimula la informalidad, la corrupción, e incluso, la franca ilegalidad.

Además de asfixiar la libertad económica, la hipertrofia normativa es un generador de múltiples costos para la iniciativa empresarial que afectan la competitividad global de la economía nacional. Los empresarios perciben que el costo del cumplimiento de la regulación es excesivamente alto. Así lo refleja la puntuación de Colombia (2.6 en una escala de 0 a 7) en el indicador correspondiente (costo de la regulación) del Índice Global de Competitividad del Foro Económico Mundial para 2017<sup>5</sup>.

De hecho, la imposición de trámites y requisitos –que no generan valor agregado, o son simplemente inocuos– termina yéndose en contravía a disposiciones de orden constitucional, como los Artículos 83 (principio de la buena fe), 84 (prohibición de exigir permisos, licencias o requisitos para el ejercicio de derechos o actividades que hayan sido reglamentados de manera general) y el 333 (que protege la libertad de la actividad económica y la libre iniciativa privada).

En otras palabras, son factores que enrarecen las relaciones sociales, erosionan la integridad institucional, afectan el normal funcionamiento de los mercados y entorpecen la actividad empresarial. En el mismo sentido, los costos de la regulación encarecen la formalización de proyectos empresariales nuevos lo que, a su turno, puede traducirse en mayor informalidad y, a la postre, ilegalidad.

5. Consejo Privado de Competitividad, *Informe nacional de competitividad 2017 - 2018* (Colombia: Consejo Privado de Competitividad, 2017).

# en breve

## 2. Activismo judicial

Desde la expedición de la Constitución Política de 1991 se observa en Colombia un significativo incremento de lo que en la literatura especializada se conoce como “activismo judicial”. Este activismo judicial ha sido impulsado por el auge de algunas interpretaciones sobre el derecho (el “nuevo derecho”) y sobre el papel de los jueces —en particular, de los jueces constitucionales— en la materialización y efectiva garantía de los derechos y libertades.

En especial esta garantía se predica sobre los derechos de segunda generación (económicos, sociales y culturales) y de los de tercera generación (colectivos y del ambiente). Estos derechos han devenido exigibles en sede judicial. A través del uso extendido de los distintos mecanismos de amparo de los derechos fundamentales, con arreglo a criterios como el de “conexidad”, un derecho no fundamental es susceptible de tutela constitucional por su vínculo con uno que sí tenga ese carácter.

Todo lo anterior implica el ensanchamiento del campo de intervención de jueces y tribunales en los asuntos públicos. Este ensanchamiento muchas veces puede conducir al desbordamiento de las competencias propias de la rama jurisdiccional, que acaba invadiendo la órbita de las otras ramas del Poder Público, cuyas funciones de alguna manera reemplaza o subroga.

La creciente constitucionalización del derecho y la extensión del poder del juez constitucional, así como la prevalencia —al interior de la judicatura— de criterios deontologistas<sup>6</sup> para orientar la toma de decisiones (por oposición a criterios consecuencialistas<sup>7</sup>), han allanado el camino para el activismo judicial. Esa justificación —no siempre jurídica y sí muchas veces política— permite a los jueces tomar decisiones sin te-

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

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

ner en cuenta el efecto que éstas tienen en la integridad institucional y en la asignación de los recursos, y, por lo tanto, de forma algo paradójica, en la satisfacción de otros derechos para el conjunto de la sociedad. Lo anterior se ve agravado por el efecto que tienen estas providencias también en la propia legitimidad y credibilidad del Estado, cuandoquiera que imponen obligaciones que no se compadecen con las capacidades disponibles y ponen a las instituciones en situación de incumplimiento frente a la ciudadanía.

En consecuencia, los jueces empiezan a definir políticas públicas, e incluso a establecer nuevas normas y reglas que de ordinario serían del fuero del Legislativo, y sustraen del debate político la discusión de diversos asuntos al desplazarlos del mundo de la política al mundo —mucho más inflexible— de lo jurídico, por vía de sus providencias, algunas de ellas revestidas con un valor normativo superior. Esto pone en riesgo principios elementales del Estado liberal y democrático de derecho, introduce una nueva fuente de incertidumbre e inseguridad jurídica y económica. No obstante, el activismo judicial suele ser visto con buenos ojos (e incluso patrocinado) por importantes sectores de la academia, y se ha convertido además en instrumento recurrente dentro del repertorio de diversas organizaciones y grupos de interés.

### 2.1 El impacto de las decisiones judiciales en la calidad institucional y la actividad empresarial

En Colombia el activismo judicial ha venido operando mediante el uso de distintos mecanismos (la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, entre otras). Sin duda, su centro de gravedad ha estado en la Corte Constitucional y en su jurisprudencia, por medio de la cual este tribunal se ha pronunciado sobre asuntos como extensiones pensionales, regímenes de vivienda y arriendo, subsidios y prestación de servicios públicos.

Estas decisiones han resultado en el establecimiento de obligaciones permanentes con cargo a los presupuestos públicos, que amenazan la estabilidad fiscal e, incluso, tienen efectos socialmente regresivos. El crecimiento del gasto público por esta vía incide, tarde o temprano, en la carga tributaria que

## en breve

deben soportar las personas jurídicas y naturales, y afecta por tanto la competitividad del conjunto de la economía. Por otro lado, en algunos casos, la introducción de nuevas reglas de juego o la alteración de las existentes, aumenta los costos de transacción para la ejecución de distintas actividades o las lleva a su parálisis, con graves consecuencias para el desarrollo de la economía y, una vez más, para los recursos públicos, cuando de ello puedan seguirse procesos de responsabilidad como consecuencia de los cuales el Estado debe indemnizar a los particulares.

En lo que toca con el aprovechamiento de los recursos naturales, la Corte ha tomado varias decisiones que, basadas en la consideración de los derechos de las comunidades y la preservación del medio ambiente, terminaron por vetar, en la práctica, actividades como la minería y la explotación de petróleo, ahuyentando tanto la inversión nacional como extranjera. Esta jurisprudencia ha enrarecido el clima de negocios al provocar inseguridad jurídica para los empresarios, y suscita interrogantes de fondo sobre el modelo económico vigente en Colombia. Además, muchos de estos fallos no están sustentados en investigaciones científicas concluyentes o, incluso, son emitidos sin cumplir los requisitos que la misma Corte ha establecido.

### 3. Perspectivas

#### *Para la calidad normativa y regulatoria*

El Estado colombiano no ha sido ajeno a los problemas e implicaciones de calidad regulatoria y ha emprendido acciones que apuntan a su mejoramiento. En buena medida, el proceso de ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha sido el catalizador de una serie de esfuerzos orientados en la dirección adecuada, pero que es necesario profundizar y llevar más allá de las respuestas ensayadas hasta ahora, como la recurrente supresión de trámites o la creación de comités sin líderes o responsables concretos.

El documento CONPES 3816 de 2014 trazó una hoja de ruta para el proceso de mejora regulatoria en Colombia que, en el corto plazo, se propone los siguientes objetivos<sup>8</sup>:

- Diseñar e implementar el arreglo institucional responsable de la coordinación, promoción, planeación, seguimiento y divulgación en materia de mejora normativa.
- Generar y fortalecer las capacidades en los funcionarios de la administración pública que participan en la producción normativa.
- Definir el uso del Análisis de Impacto Normativo (AIN) como una herramienta estándar y flexible que facilite la toma de decisiones con base en evidencia, incorporando el análisis de alternativas de intervención y sus impactos.
- Mejorar los procesos de consulta, y la mejora en la divulgación y acceso a la información relacionada con el proceso de emisión normativa, que garanticen el oportuno involucramiento de las entidades responsables en la materia y aquellas que impacten sus proyectos misionales.
- Mejorar la gestión del inventario regulatorio en un grupo de normas estratégicas para la competitividad del país.
- Establecer una línea base que le permita hacer seguimiento a la política.

En consonancia con estos objetivos, el Gobierno Nacional ha promovido algunas medidas de racionalización regulatoria, con la participación de distintas entidades (el Departamento Nacional de Planeación, el Departamento Administrativo de la Función Pública, el Ministerio de Tecnologías de la Información, entre otros).

Lamentablemente, el proceso aún avanza lentamente. El cumplimiento de los nuevos lineamientos en procura de una mejor calidad regulatoria es a veces puramente formal y limitado, como ocurre con la transparencia en la publicación de la agenda normativa de las entidades públicas, y con la recepción y procesamiento de los comentarios y observaciones

8. Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES 3816 *Mejora Normativa: Análisis de Impacto* (Colombia: Departamento Nacional de Planeación, 2014).

## en breve

formulados por la ciudadanía y los actores interesados. Por otro lado, hay todavía tareas pendientes en materia de eliminación de las normas y trámites depurables ya identificados en los inventarios de las distintas entidades públicas.

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación están todavía subutilizadas, a pesar de su enorme potencial. Además, el proceso de análisis de impacto normativo que propone el DNP debe implementarse no solo como una herramienta para depurar el ordenamiento jurídico, sino también para reducir los costos de la regulación y adoptar regulaciones inteligentes más eficaces y costo eficientes. Por último, es necesario incorporar a estos esfuerzos a las autoridades departamentales y municipales, y a los órganos y entidades autónomas, que son también productores de normas y regulaciones en los asuntos propios de su jurisdicción y competencia.

Tal como lo ha señalado la OCDE en su estudio sobre el particular, el defecto estructural que tienen estas iniciativas y programas reside en que se encuentran dispersos y no obedecen a una estrategia integral y debidamente articulada de política pública<sup>9</sup>.

### *Para el activismo judicial*

La adopción de correctivos puede resultar impopular, y supondrá sin duda complejas negociaciones y compromisos políticos. Pero constituye una tarea urgente de la cual depende no solo la estabilidad fiscal o la competitividad del país, sino la integridad y la funcionalidad de las instituciones y la capacidad del Estado para atender a cabalidad sus fines constitucionales.

Algunos ajustes institucionales pertinentes:

- Buena parte del activismo judicial se desarrolla contra el telón de fondo de los vacíos regulatorios, que el juez

acaba llenando ante el silencio, la falta de técnica jurídica o la franca negligencia del Legislador o del Ejecutivo. Mejores marcos normativos contribuirían a acotar el margen de decisión en el que operan los jueces, y quitarían fuerza a buena parte de los argumentos con que justifican la invasión, por parte suya, de órbitas y de competencias que no les corresponden.

- Deben racionalizarse instrumentos como la acción de tutela y las acciones populares, entre otros, para evitar su uso desbordado. Al mismo tiempo, deben establecerse reglas claras sobre los criterios de decisión, sobre los alcances y el valor de la jurisprudencia y las condiciones para su variación, con el fin de darle más estabilidad y congruencia al sistema de fuentes del derecho.
- Deben perfeccionarse las reglas y procedimientos existentes en materia de pruebas y en cuanto al derecho de contradicción de las mismas, con el fin de que los operadores judiciales puedan tomar decisiones basadas en evidencia (técnico-científica) y se reduzca el recurso a los principios abstractos como fundamento de las mismas.
- Debe fomentarse, desde el proceso mismo de formación de abogados y jueces, el uso de herramientas que permitan anticipar y ponderar el impacto económico de las decisiones jurídicas, y balancear criterios axiológicos y teleológicos (dogmáticos) con consideraciones técnicas sobre el costo/eficiencia de las mismas.

9. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Estudio de la OCDE sobre la política regulatoria en Colombia. Más allá de la simplificación administrativa* (Colombia: OCDE, 2014).