

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Magdalena Correa Henao\* (Colombia)

## La jurisprudencia constitucional reciente en torno a las libertades económicas\*\*

### RESUMEN

El presente escrito hace una revisión de la jurisprudencia más reciente y relevante de la Corte Constitucional colombiana en materia de libertad económica, analizando si la misma se adscribe al precedente de tradición liberal, o al que desarrolla la dogmática del Estado social de derecho, o la forma en que interactúan ambos componentes de la Constitución económica en el precedente de los últimos 16 meses. De esta forma, el texto permitirá al lector acercarse al camino que recorre la Corte en la actualidad, en su tarea de definir los contornos de la Constitución económica colombiana.

**Palabras clave:** libertad económica, Estado social de derecho, Constitución económica.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der neueren, für das Thema der wirtschaftlichen Freiheit relevanten Rechtsprechung des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs und geht der Frage nach, ob diese der liberalen Tradition oder der Lehre vom sozialen Rechtsstaat zuzuordnen ist, oder aber der Art und Weise, in der sich die beiden Komponenten der Wirtschaftsverfassung in den vergangenen 16 Monaten gegenseitig beeinflusst haben. Damit gibt der Text dem Leser die Möglichkeit, sich mit dem vom

---

\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia, especialista en Derecho Constitucional y Ciencia Política del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, máster en administración y gestión pública de la Universidad de Amberes, doctora en derecho de la Universidad Carlos III de Madrid. Directora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. [magdalena.correa@uexternado.edu.co](mailto:magdalena.correa@uexternado.edu.co)

\*\* Agradezco a mis compañeros profesores Sergio Sánchez Gaitán y Marcelo Lozada Gómez, así como a las monitoras Jessika Barragán, Laura Serrato y Laura Castro por su apoyo en la investigación y revisión del escrito.

Gerichtshof eingeschlagenen Weg der Ausgestaltung der kolumbianischen Wirtschaftsverfassung vertraut zu machen.

**Schlagwörter:** Wirtschaftliche Freiheit, sozialer Rechtsstaat, Wirtschaftsverfassung.

## SUMMARY

This article reviews the most recent and relevant jurisprudence of the Colombian Constitutional Court on economic freedom, analyzing whether it is ascribed to the precedent of liberal tradition, or to the development of the dogma of the social state based on the rule of law, or to the way in which both components of the economic constitution interact on the precedent of the last 16 months. In this way, the text will allow the reader to approach the path currently taken by the Court in its task of defining the contours of the Colombian economic constitution.

**Key words:** Economic freedom, social state based on the rule of law, economic constitution.

## Introducción

Este documento contiene una revisión de las sentencias más relevantes de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre “libertad económica”, producida entre enero de 2016 y abril de 2017, periodo que coincide con el tiempo del que da cuenta el *Anuario de derecho constitucional* editado por la Fundación Konrad Adenauer y que bien puede reflejar, además, el legado de la “tercera Corte”<sup>1</sup> sobre el orden constitucional de la economía.

De un total de 45 referencias se utilizaron 15 como muestra,<sup>2</sup> debido al impacto directo o indirecto de la decisión en la libertad en cuestión, fruto de sus relaciones con otros bienes constitucionales, y, en particular, con la Constitución económica. Su ordenación, sin embargo, se estructura en torno del precedente al que se vinculan, sea este el liberal, que refuerza los ingredientes propios de la economía de mercado, o aquel que enfatiza en la dogmática del Estado social de derecho como principio estructurante de ese orden económico<sup>3</sup> que, en lo sustancial, traza la

---

<sup>1</sup> Con esta expresión hago referencia a la tercera generación de magistrados de aquella Corte, esto es, aquella que en su mayoría está compuesta por magistrados elegidos entre los años 2006 y 2009, cuyo periodo termina entre los años 2015 y 2017, como es evidente en la cantidad de nuevos magistrados que han llegado a esta corporación entre el año 2016 y lo corrido del presente.

<sup>2</sup> Esta muestra de 15 decisiones fue delimitada en atención a la riqueza de la argumentación de las distintas decisiones, la novedad de los temas abordados en cada una, y su importancia para el desarrollo de los contornos de la Constitución económica.

<sup>3</sup> Esta orientación del constituyente de 1991 es analizada desde la ciencia económica en: Salomón Kalamánovitz Krauter, *Constitución y modelo económico*, Bogotá, Banco de la República, 2001. Disponible en: [http://banrep.gov.co/docum/Lectura\\_finanzas/pdf/cmodelo.pdf](http://banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/cmodelo.pdf)

Constitución colombiana desde 1991.<sup>4</sup> A ellos se suma el tratamiento de la Sentencia C-035/2016,<sup>5</sup> destacada de manera singular por su significado frente al precedente, y por su impacto de cara a obligaciones internacionales asumidas por el Estado, como ejemplo de la jurisprudencia simbólica o terrible –en el sentido en que tiene un impacto descomunal o extraordinario en el precedente jurisprudencial, y el desarrollo de la Constitución económica–.<sup>6</sup>

## 1. Reiteración del precedente

Las quince sentencias seleccionadas, tanto de constitucionalidad como de revisión de tutela recogen el precedente jurisprudencial, bien al reiterar condiciones e imperativos del Estado de derecho liberal y democrático, bien al imponer la aplicación de garantías del Estado social.

### 1.1. Jurisprudencia liberal

Como ingrediente del Estado de derecho, la interpretación conferida al principio de legalidad sigue siendo un argumento fundamental para justificar las injerencias sobre elementos de las libertades económicas, así como para explicar la neutralidad económica de la Constitución.

#### 1.1.1. Principio de legalidad en la limitación de las libertades económicas

El principio de legalidad debe soportar las normas tributarias, las que tipifican delitos de carácter económico y las que definen los límites a la libre competencia.

##### a) *El principio de legalidad tributaria*

Esta legendaria garantía desde los albores del parlamentarismo,<sup>7</sup> a la vez empodera y sujeta al legislador para el ejercicio de la competencia de configuración impositiva.

---

<sup>4</sup> Junto con los principios democráticos y de la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas del Estado. Corte Constitucional. Sentencia C-644/2012, M. P. Adriana María Guillen Arango, Fundamento jurídico 4.1.2.2 y 4.1.2.3.

<sup>5</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>6</sup> Utilizo este adjetivo en su sentido menos habitual en español, particularmente proveniente de su equivalente francófono.

<sup>7</sup> Ver Víctor Uckmar, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 9 y ss. En el mismo sentido, Roberto Insignares Gómez y Mary Claudia Sánchez Peña, “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *Curso de Derecho Tributario*.

Es así como en la Constitución Política,<sup>8</sup> en todo caso, ese ejercicio no puede vulnerar los ámbitos esenciales de protección de la propiedad privada y de la ganancia o riqueza legítimamente adquirida, ni los requisitos normativos que deben justificar y estructurar el tributo.

El principio de legalidad tributaria preservado en líneas generales por la jurisprudencia<sup>9</sup> se retoma en la Sentencia C-178/2016<sup>10</sup> para declarar inexecutable las disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo que establecían una contribución parafiscal sobre los empresarios de la hotelería, por ser una medida desigual, inequitativa e insolidaria, que desnaturaliza la figura y beneficia solo a un subgrupo de contribuyentes.<sup>11</sup> Esta figura es ajena al objeto de las contribuciones parafiscales de buscar la prevalencia del interés general y la efectiva vigencia del Estado social de derecho por medio de una intervención económica legitimada constitucionalmente.<sup>12</sup>

### b) *Prohibiciones penales y actividad económica*

Algo semejante ocurre con el principio de legalidad de los delitos que, como legado del Estado liberal de derecho,<sup>13</sup> ha garantizado que la conducta delictiva solo se pueda establecer previa fijación como tal por el legislador<sup>14</sup> y previa publicidad.<sup>15</sup> En este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha dudado en hablar de principio de estricta legalidad, entendiendo que las penas deben ser, además de previas, escritas y ciertas.<sup>16</sup>

De todos ellos, empero, el criterio que más prevalece es el del poder del legislador para definir las conductas que considera perseguibles como delito, tal como se plasmó en la Sentencia C-191/2016,<sup>17</sup> cuando analizó si se habían respetado los

---

*Procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 115 y ss.

<sup>8</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 95, numerales 3 y 9, y artículo 338.

<sup>9</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-601/2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Fundamento jurídico 5.2.

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle.

<sup>11</sup> *Idem*, Fundamento jurídico 13.

<sup>12</sup> *Idem*, Fundamento jurídico 11.

<sup>13</sup> Este principio surge como rechazo a los abusos de la monarquía, siendo Beccaria pionero en plantearlo como principio procesal y de las obligaciones que se desprendían de él para los gobernantes y los gobernados. Ver Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1979. pp. 75-80.

<sup>14</sup> Álvaro Orlando Pérez Pinzón, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 64.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-121/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico 10. Ver también la Sentencia C-368/2014, M. P. Alberto Rojas Ríos, Fundamento jurídico 6.

<sup>17</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, Fundamento jurídico 50, y C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

límites que someten el *ius puniendi* al restablecer el contrabando como conducta criminal. A juicio de la Corte, tal determinación estaba justificada en la necesidad de proteger el orden económico y social, esto es, las condiciones para ejercer las libertades económicas y el patrimonio público.<sup>18</sup> La tipificación, además, se justifica en la relevancia del fenómeno, su gravedad y la insuficiencia de las medidas adoptadas por la legislación vigente.

En este caso, la Corte Constitucional emplea dos veces el test leve de constitucionalidad:

- Lo hace al valorar la proporcionalidad de la definición de la conducta como delictiva, de la que se deriva que la norma penal se justifica en bienes constitucionales valiosos y aunque no es la única medida por emplear, es idónea en cuanto es “parte fundamental de la lucha contra la ilegalidad en el comercio exterior”.<sup>19</sup> Por esto concluye “que si bien existe una restricción a la libertad económica, esta resulta razonable ya que atiende al interés general y a su función social, puesto que lo contrario implicaría admitir que abanderando la consigna de los derechos, se pueden legitimar actividades dolosas que atenten contra valores esenciales de la sociedad”.<sup>20</sup>
- De igual forma, utiliza el test leve en lo relativo a la demanda de igualdad, en cuanto la ley fija tratos idénticos a conductas distintas, como son el contrabando y el fraude aduanero, al estimar legítimo un trato igual basado en la identidad del daño producido, sin burlar por lo demás el principio del *non bis in idem*.<sup>21</sup>

Se destaca, en fin, el argumento definitivo con que despacha la cuestión sobre la posible vulneración de la confianza legítima, al señalar que es imposible el surgimiento de la misma respecto de la obtención de mercancía sin el lleno de requisitos legales.<sup>22</sup>

Posteriormente, estas reglas se reforzaron en la Sentencia C-203/2016, cuando al analizar la razonabilidad<sup>23</sup> y proporcionalidad<sup>24</sup> de tales medidas de tipificación de delitos, parte de reconocer el daño que produce el contrabando a la libre competencia, el impacto fiscal a las finanzas públicas nacionales y departamentales, y su aporte a la financiación de grupos delincuenciales. Por ello, y solo por ello, esto es, con el

<sup>18</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo, Fundamento jurídico 38.

<sup>20</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 39.

<sup>21</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 43.

<sup>22</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 73.

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos. Fundamento jurídico 3.2.

<sup>24</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 3.2.4.

empleo de un test leve, determina que no se contrarían los derechos fundamentales de los asociados, sino que, por el contrario, se busca garantizarlos mediante un reproche penal que de ninguna manera puede ser considerado excesivo y que por tanto respeta los principios de proporcionalidad y razonabilidad.<sup>25</sup>

Se echa así de menos la aplicación de un escrutinio que determine la necesidad y la ponderación de la medida, en términos de ser la mejor o más eficaz, y de ser la más ventajosa o la menos lesiva de los derechos fundamentales individuales, económicos y sociales involucrados,<sup>26</sup> más aún cuando también hace parte de las garantías del derecho penal en un Estado constitucional, el hecho de ser la *ultima ratio*. Con ello, pasa a convertirse en medida válida *prima facie* en cuanto proviene del poder punitivo del legislador, suficiente por sí mismo para determinar su idoneidad como forma de proteger bienes jurídicamente tutelados.<sup>27</sup>

### c) *El principio de legalidad y la libre competencia*

En la Sentencia C-032/2017,<sup>28</sup> la Corte resolvió una demanda de inconstitucionalidad presentada por el ciudadano Javier Cortázar Mora contra un apartado del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, del siguiente tenor literal (me permito resaltar el apartado demandado):

Artículo 1º. Modificado por el art. 1, Decreto 3307 de 1963. El nuevo texto es el siguiente: Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, *y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.*

A juicio del demandante, aquella expresión objeto de control de constitucionalidad constaba de “expresiones indeterminadas o ambiguas, que acarrear la violación de los principios de legalidad y tipicidad como componentes del derecho fundamental al debido proceso administrativo establecido en el artículo 29 de la Constitución”. En conexión con lo anterior, la Corte concluyó que la norma legal juzgada, que prohíbe como parte de las “prácticas comerciales restrictivas [...] en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia”, desde el marco del derecho administrativo sancionatorio, no vulnera *per se* los principios de legalidad y tipicidad que exige la Constitución,<sup>29</sup> al

<sup>25</sup> *Idem.*

<sup>26</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 3.2.2.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>29</sup> Ver Constitución Política de Colombia, artículo 29.

constatar que la identificación de las prácticas en cuestión puede ser establecida con claridad suficiente por el operador jurídico llamado a perseguirlas.

En efecto, observa la Corte que el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre, introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia. Lo anterior, sin embargo, solo en el entendido de que tales regulaciones cumplen dicho propósito y de que al limitar las libertades económicas, lo hacen solo de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>30</sup>

Esta interpretación, de nuevo tan laxa del principio de legalidad, a diferencia de los casos anteriores asociados con la creación de delitos, puede justificarse por configurar sanciones administrativas destinadas a preservar el significado de la igualdad de condiciones en el ejercicio de las libertades económicas en el mercado. De allí que se admita que el legislador atribuya un poder de identificación de los comportamientos que concretan la lesión en cabeza de las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la libre competencia.

De esta forma, a modo de conclusión, es posible afirmar que el principio de legalidad como garantía del correcto ejercicio de las libertades económicas es una constante en las decisiones más recientes de la Corte Constitucional, aunque existen variaciones en el nivel de intensidad y contenido, atendiendo al grado de limitación y restricción de aquellas libertades (particularmente alto en el caso de las sanciones penales), y a las garantías constitucionales involucradas en aquellas limitaciones. Estas garantías a las libertades económicas son, como se expuso, una clara demostración de la existencia de aquel componente liberal o de economía de mercado que convive en nuestra Constitución económica, junto con aquella faceta propia del Estado social de derecho, esto es, la intervención del Estado en la economía en aras de su armonización con fines constitucionales superiores.

### **1.1.2. La relativa neutralidad económica constitucional**

La jurisprudencia liberal de la que se da cuenta también se manifiesta en la referencia implícita a la relativa neutralidad de la Constitución económica, entendida como producto de la habilitación constitucional al legislador para disponer de distintos modelos de desarrollo económico, siempre y cuando aseguren los objetivos de la intervención del Estado en la economía y, en especial, la progresiva realización del Estado social de derecho.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos, Fundamento jurídico 6.3.

<sup>31</sup> Ver Héctor Santaella Quintero, "El modelo económico en la Constitución de 1991", *Revista Derecho del Estado*, núm. 11, 2001, pp. 86, 87; Magdalena Correa Henao, *Libertad de empresa en el Estado social de derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

**La relativa neutralidad económica en la ley de Zidres.** Una primera referencia relevante se encuentra en la Sentencia C-077/2017, en la que se estudiaron un número importante de normas de la Ley 1776/2016, que crea las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres). Estas, de acuerdo con el significado atribuido por la ley, se entienden como

territorios con aptitud agrícola, pecuaria y forestal y piscícola identificados por la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria (UPRA), [...] o la que haga sus veces, que se establecerán a partir de Planes de Desarrollo Rural Integral en un marco de economía formal y de ordenamiento territorial, soportados bajo parámetros de plena competitividad e inserción del recurso humano en un contexto de desarrollo humano sostenible, crecimiento económico regional, desarrollo social y sostenibilidad ambiental.<sup>32</sup>

De acuerdo con la ley, además, la constitución de Zidres será admisible siempre y cuando se trate de zonas del territorio nacional que:<sup>33</sup> i) “se encuentren aisladas de los centros urbanos más significativos”; ii) “demanden elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas”; iii) “tengan baja densidad poblacional; presenten altos índices de pobreza”; iv) “o carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos”. Y en relación con los “proyectos de las Zidres”, esto es, la actividad económica empresarial a la que apuntan, precisa: v) “que deben estar adecuados y” vi) “corresponder a la internacionalización de la economía, sobre bases de alta competitividad, equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.

Estas condiciones tan específicas de las Zidres como régimen de explotación y aprovechamiento de las tierras del Estado sirven a la Corte para estimar que no era posible aplicar el *test* de regresividad<sup>34</sup> de la medida frente a la legislación preexistente sobre adjudicación de baldíos en favor de los trabajadores agrarios, pues se trata de realidades y de normas jurídicas no comparables. A partir de allí, para los demás cargos, la mayoría de las normas juzgadas se estiman constitucionales dado que se trata del ejercicio de la competencia del legislador para intervenir en la economía.<sup>35</sup>

Con todo, en defensa de la libertad de trabajo, de la libertad de empresa y de la libre competencia, pero con igualdad material, esto es, con ingredientes del Estado

<sup>32</sup> Ley 1776 de 2016, artículo 1.

<sup>33</sup> Ver los requisitos enunciados en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>34</sup> Sobre el tema ver Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006, pp. 8 y ss.

<sup>35</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Fundamento jurídico 143.

social de derecho,<sup>36</sup> se declararon inconstitucionales<sup>37</sup> las disposiciones que condicionaban el derecho a ser beneficiarios de la política de incentivos y estímulos de los proyectos asociativos que vinculen a campesinos, mujeres y jóvenes rurales, i) a que se garantizara la capacidad de adquirir un determinado porcentaje de tierra agrícola, calculado con base en sus posibilidades de explotación y ii) a su capacidad financiera. Tales exigencias constituyen, a juicio de la Corte, restricciones desproporcionadas a la libertad de asociación o a la libertad y derecho al trabajo de la población campesina y al acceso a la estrategia de desarrollo global e integral del campo, como quiera que desconocen las condiciones materiales de existencia que los rodea y su *asimetría* en el acceso a oportunidades respecto de otros actores.<sup>38</sup>

Esto quiere significar que, con ellas, lejos de representar medidas de protección frente a los efectos colaterales de la agroindustria, subordina la autonomía de los campesinos y su derecho a acceder progresivamente a la propiedad de la tierra, a los intereses económicos y financieros de los ejecutores del proyecto.<sup>39</sup>

También, siguiendo la línea de proteger los (flacos) ámbitos de competencia del orden local, se condicionó la constitucionalidad de la disposición que preveía la fijación nacional de la política general de desarrollo rural del campo a través de las Zidres,<sup>40</sup> solo en el entendido de que su

identificación, delimitación y aprobación [...] deberá estar precedida de un proceso de información, concertación y coordinación con los concejos municipales de los entes territoriales que resulten afectados por estas decisiones, y tomar en cuenta los planes, planes básicos y esquemas de ordenamiento territorial en las zonas rurales de esos municipios”.<sup>41</sup>

En fin, como norma aditiva se incluyó dentro de las prohibiciones para constituir Zidres, la de ubicarse en territorios colectivos no solo titulados, sino “que se encuentran en proceso de titulación”.<sup>42</sup>

De este modo, el dúctil principio de igualdad permitió excluir una comparación necesaria entre los regímenes de Zidres y de baldíos, en lo que yuxtapone sus identidades fácticas. Con esto, no obstante las tímidas garantías para preservar la participación de las asociaciones solidarias y cooperativas de trabajadores agrarios, se inclina una vez más la balanza en favor de la economía globalizada y de

---

<sup>36</sup> Ver Santaella, *op. cit.*, p. 88.

<sup>37</sup> *Ibid.*, Resuelve quinto, sexto y octavo.

<sup>38</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 153.

<sup>39</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 156.

<sup>40</sup> Ley 1776/2016, artículo 4, cuarto inciso.

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, Resuelve décimo.

<sup>42</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 198.

los grandes capitales,<sup>43</sup> sin considerar las diferencias entre los actores económicos en competencia,<sup>44</sup> y sin sopesar lo que tal determinación significa en términos de concentración en pocas manos, ya no solo de los mercados, sino también de la riqueza pública.

Se trata, por supuesto, de una opción de política económica constitucionalmente legítima en términos de validez, pero no tanto de eficacia.<sup>45</sup> Esto último, dada la reducida capacidad del Estado para el control del cumplimiento de las prestaciones sociales y económicas esperadas del proyecto, de las obligaciones y los límites ambientales, y la difícil concreción de las acciones afirmativas para la población campesina, que resultarían tan necesarias para balancear la vocación liberal promercado de las Zidres, con los imperativos del Estado social de derecho.<sup>46</sup>

**La relativa neutralidad económica en la ley aprobatoria del tratado de libre comercio con la República de Corea.** Es igualmente buen reflejo del precedente de la neutralidad económica constitucional, aun sin mencionarlo, la Sentencia C-184/2016,<sup>47</sup> en la que se ejerció el control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y la República de Corea.

Como ha sido recurrente en su jurisprudencia, la Corte declaró constitucionales casi la totalidad de las normas del tratado y sus 22 capítulos, al entender que la suscripción y aprobación de tales acuerdos son competencias amplias en cabeza del Gobierno y del legislador, por lo demás alentadas por el mandato de internacionalización de las relaciones del Estado en todos los planos.<sup>48</sup> Asimismo, la ampliación de los mercados y de la competitividad, la protección de la propiedad intelectual y de la competencia son consistentes con los objetivos constitucionales de desarrollo económico, mejora en las condiciones de vida, protección de los derechos de los consumidores, protección al medio ambiente y correcto funcionamiento del Estado.<sup>49</sup>

En cuanto a las normas que buscan proteger a los inversionistas, por la variedad de temas, la Corte expresamente solo se pronunció sobre tres puntos, a saber:

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 143.

<sup>44</sup> Martín Vida, citado por Mario Santiago Juárez, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007, p. 197. En el mismo sentido, José García Añón, “Derechos sociales e igualdad”, *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006, p. 84. Y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-371/2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Fundamento jurídico 14.

<sup>45</sup> Sobre la justiciabilidad de los derechos ver Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, p. 37.

<sup>46</sup> Al respecto ver Luis Villar Borda, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 88. En el mismo sentido, Manuel Quinche Ramírez, *Derecho Constitucional Colombiano*, Bogotá, Temis, 2015, pp. 51 y ss.

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>48</sup> Ver Constitución Política de Colombia, artículo 226.

<sup>49</sup> Sentencia C-184/2016, cit.

- El trato nacional, a su juicio, consistente con el principio constitucional de igualdad formal y no discriminación,<sup>50</sup> como si en este caso se tratara de Estados iguales y equiparables.
- El régimen de protección frente a la *expropiación indirecta y sus excepciones*,<sup>51</sup> que estima constitucional según se ha establecido en la jurisprudencia,<sup>52</sup> bajo supuestos claros como que: i) su naturaleza jurídica no es la de un derecho adquirido sino la de mera expectativa de que la regulación no va a cambiar de forma intempestiva con detrimento de las utilidades esperadas por la inversión;<sup>53</sup> y ii) su uso debe ser restrictivo y limitado a los lineamientos que establezca el acuerdo o instrumento internacional respectivo.<sup>54</sup>
- La *solución de controversias por tribunales de arbitramento internacional*, que a juicio de la Corte tiene sustento en la Constitución cuando admite otras figuras que solucionen de manera pacífica los conflictos,<sup>55</sup> sin que pueda estimarse de por sí discriminatorio que su aplicación suponga excesivas cargas para los nacionales colombianos, cuando sean ellos quienes planteen los conflictos.

La excepción frente a esta postura general y regular en el precedente se encuentra en el condicionamiento de constitucionalidad que se formuló ante la medida concerniente a la salvaguarda de los pagos y movimientos de capital del inversionista (literal *a* del numeral 2.º, Anexo 8-C). Esto, en el entendido de que se conciban como una orientación de política exterior para las autoridades competentes, sin que pueda suponer restricciones para el Banco Central y su capacidad para atender, con las competencias constitucionales a su cargo (art. 371 CP),<sup>56</sup> determinadas dificultades de la economía y el manejo de la moneda.

Debido a esto, ordena “al presidente de la República que, al manifestar el consentimiento del Estado colombiano en obligarse por este tratado mediante el depósito del instrumento de ratificación, formule esta declaración interpretativa”.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-358 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>51</sup> Para un análisis crítico de los instrumentos del derecho económico internacional y su influencia en el Estado social de derecho de la Constitución Política de 1991, ver Enrique Alberto Prieto-Ríos, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, Bogotá, 2011.

<sup>52</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-750/2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> Ver Ley 1563 de 2012, sección tercera.

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-184/2016, Fundamento jurídico 226.

<sup>57</sup> *Idem.*

Así, a pesar de los *obiter dicta* que han caracterizado la reciente jurisprudencia constitucional sobre tratados,<sup>58</sup> y que apuntan hacia el ejercicio de un control más estricto, la Corte mantiene la línea de la autorrestricción y del test leve,<sup>59</sup> con independencia de la asimetría de las economías de los Estados firmantes, de la desproporcionada protección de las inversiones frente al Estado y frente a la otorgada en otra legislación para otros derechos ya no corporativos sino humanos.

Antes que una Constitución económica, lo que se aprecia es una Corte neutra, que avala la opción liberal, democrática pero no representativa, de trabar relaciones desiguales que otra vez no solo reducen los ámbitos de realización de la igualdad material, sino que además tienden a impactar negativamente la pluralidad y eficiencia de los mercados y la capacidad de intervención del Estado en la economía, aun para asumir las obligaciones sociales, económicas y ambientales que tiene a cargo.

## 1.2. Líneas jurisprudenciales desde el Estado social de derecho

Como parte de su talante plural o bipolar, según se interprete,<sup>60</sup> también las sentencias seleccionadas dan cuenta del carácter socialdemócrata y garantista, que retoma y profundiza la protección de las libertades económicas en los ámbitos de dignidad que representan para sus titulares, decanta la dogmática constitucional sobre la prestación de servicios públicos por los particulares, e incurre en los deslices del activismo judicial bienintencionado pero imposible o terrible.

### 1.2.1. *Protección de los ámbitos iusfundamentales de las libertades económicas*

Aunque en un control de constitucionalidad abstracto la protección de las libertades económicas es débil, en revisión de tutela la Corte ha ido de más en más, admitiendo la necesidad de proteger con mayor firmeza los ámbitos fundamentales de tales derechos. No solo en lo que concierne a la libre empresa y a la libre competencia, sino también frente a la libertad de trabajo, el derecho-deber de ganarse la vida y los derechos del consumidor, por ser todos ellos los ámbitos normativos

---

<sup>58</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-031/2009, M. P. Humberto Sierra Porto; Sentencia C-199/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>59</sup> Ver las sentencias C-163/2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez, y C-608/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>60</sup> En efecto, podría decirse que la Corte Constitucional toma decisiones contradictorias, en cuyo caso hablaremos de una corporación bipolar; o podemos afirmar que la diversidad de componentes de la Constitución económica ha llevado a la Corte a tomar decisiones que tienen en cuenta distintos componentes en atención a los intereses involucrados en cada caso, en cuyo caso tendremos una corte pluralista.

con los que se salvaguardan las condiciones de dignidad humana que ofrece el modelo de la economía social de mercado escogido.<sup>61</sup>

### 1.2.2. *Protección del derecho al trabajo*

Al respecto, de especial significación es el caso de la Sentencia T-073/2017 donde la Corte, aunque ordenó el amparo del “derecho al trabajo” de las accionantes, en sentido estricto protegió la libertad de empresa de un establecimiento dedicado a la prestación de servicios sexuales y la libertad de trabajo (la más humana de las libertades económicas individuales) de las trabajadoras sexuales que laboraban en el mismo.<sup>62</sup>

Revocó entonces la resolución de la administración municipal que ordenaba el cierre temporal del establecimiento por razones dispuestas en el plan de ordenamiento territorial, al encontrar vulnerado el principio de la confianza legítima sobre la legalidad de la localización del establecimiento y lesionado en exceso el derecho a ganarse la vida de las trabajadoras sexuales. Y ordenó su apertura inmediata, “siempre y cuando cumpla a cabalidad con las normas de policía y administrativas, diferentes a las de uso del suelo”.<sup>63</sup>

En adición, la Corte señaló un conjunto de subreglas de funcionamiento que hagan compatible su actividad con los colegios cercanos, así como órdenes para la tutelante dueña del establecimiento, a fin de que asegure en él “las condiciones de dignidad, seguridad, sanidad y salubridad adecuadas para las personas que realicen trabajos sexuales en ese lugar”, y garantice “a sus trabajadores todas las prestaciones sociales y laborales consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, principalmente las de ser vinculados al sistema universal de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, y a percibir prestaciones sociales como las cesantías y primas de servicio”.<sup>64</sup>

---

<sup>61</sup> Ver entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-533/1992, C-865/2004, C-352/2009, C-228/2010, C-978/2010. En esta última se definió la economía social de mercado como aquella “en la que existe la libre iniciativa privada, pero en la que a su vez el Estado se presenta como instrumento de justicia social ejerciendo cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales originadas por los excesos individuales o colectivistas”.

De otro lado, para un análisis de la viabilidad de la economía social de mercado dentro del marco constitucional de 1991, en el que concluye que “formalmente la Constitución de 1991 contiene la normatividad necesaria que pudiera hacer posible un capitalismo con rostro humano”; al respecto ver Carsten Wieland, “¿Colombia en el camino hacia una economía social de mercado?”, *Serie Reportajes internacionales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008. Disponible en: [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_13853-1522-4-30.pdf?080828002657](http://www.kas.de/wf/doc/kas_13853-1522-4-30.pdf?080828002657)

<sup>62</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, Fundamento jurídico 10.7.

<sup>63</sup> *Idem.*

<sup>64</sup> *Idem.*

Pero no se quedó allí la sentencia, pues además de esto ordenó a la Alcaldía de la localidad donde sucedieron los hechos, en el término de tres meses, crear

políticas públicas o programas de generación de empleo, que ofrezcan oportunidades laborales alternativas para los (las) trabajadores sexuales y los dueños de los establecimientos de comercio que prestan servicios sexuales. Asimismo, deberá garantizar una asesoría permanente para estas personas, verificando que no se vean sometidas a condiciones de explotación y recordándoles los riesgos que implica la prestación de servicios sexuales.<sup>65</sup>

Al Ministerio del Trabajo, por su parte, lo exhortó a elaborar “una propuesta de regulación sobre el trabajo sexual, de acuerdo con los lineamientos establecidos”<sup>66</sup> por esta decisión y el precedente,<sup>67</sup> “que priorice la adopción de medidas que protejan a los trabajadores sexuales en el campo laboral, que cuente con la participación de sus representantes y que no se preste para facilitar situaciones de explotación sexual”.<sup>68</sup>

Por último, ordenó la intervención de las autoridades públicas competentes para visitar el municipio y atender la situación de inmigración de las extranjeras que prestan servicios sexuales, con el objeto de asegurarles garantías de libertad y seguridad jurídica.

Se trata, pues, de una sentencia que profundiza en la línea jurisprudencial de tiempo atrás formulada, al concebir la prostitución no solo como una actividad económica lícita llamada a respetarse,<sup>69</sup> sino además como un trabajo digno en sí mismo, en el marco de la libertad fáctica de quienes la ejercen.

### ***1.2.3. Limitación para acceder a los permisos de uso del espacio electromagnético por condena privativa de la libertad***

Entre la protección liberal y del Estado social de derecho se encuentra la Sentencia C-634/2016.<sup>70</sup> En ella, la Corte Constitucional declaró inexecutable las normas que disponían dentro de las inhabilidades para acceder a los permisos de uso del espectro radioeléctrico, el haber sido condenado “a penas privativas de la libertad, salvo

---

<sup>65</sup> *Idem.*

<sup>66</sup> *Idem.*

<sup>67</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-736/2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, y Sentencia T-594/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>68</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>69</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; Sentencia T-736/2015.

<sup>70</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

cuando se trate de delitos políticos o culposos”. Lo anterior porque, tras aplicar un test estricto de constitucionalidad por el carácter general de la restricción, concluyó que la misma vulnera las libertades de expresión e información, el derecho a fundar medios de comunicación y el objetivo constitucional de resocialización del responsable penal, al impedirle el acceso a este bien público indispensable, solo por una presunción ilegítima y sin fundamento de que tendrá un comportamiento ilícito.<sup>71</sup>

La Corte no verificó la existencia de una vulneración de la libertad de empresa que por sí sola, dada la naturaleza no fundamental que se le atribuye,<sup>72</sup> habría hecho más difícil declarar la norma inconstitucional. Aun así, cabe también destacar cómo la restricción absoluta limitaba de manera radical y perpetua, para los responsables penales, la opción de desarrollarse económicamente en el mercado de las telecomunicaciones. Una medida que planteaba sin duda una disminución excesiva o arbitraria de la libre iniciativa y de la libertad de ejercer profesión u oficio, vista la importancia de este sector en la economía.

Son entonces los derechos civiles y políticos fundamentales por excelencia, los que se reconocen vulnerados, pero indirectamente lo son también las facetas *ius-fundamentales* que componen el derecho al trabajo, el ocuparse de una profesión u oficio, el levantar una empresa, el competir, como forma de resocialización plena para ejercer libertades y derechos económicos con los que ganarse la vida.

#### 1.2.4. *Participación ciudadana en los procesos de adjudicación minera*

Esta misma línea garantista y progresista es la debatida en la Sentencia SU-133/2017,<sup>73</sup> en la cual se decidió amparar el derecho fundamental de los habitantes y de los mineros tradicionales de un municipio a participar en el proceso de cesión de los derechos mineros a una gran empresa, y de “adopción de las medidas encaminadas a salvaguardar su derecho a ejecutar labores de exploración y explotación minera en la parte alta del cerro El Burro, para garantizar su subsistencia, a través de emprendimientos autónomos de pequeña minería”.<sup>74</sup>

Lo propio dispuso con relación a las comunidades indígena y negras asentadas en la zona de la concesión, pero bajo la fórmula de la consulta previa, libre e informada, para conocer “sobre el impacto de autorizar dichas cesiones y los derechos

---

<sup>71</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 31.1.

<sup>72</sup> Por ejemplo, al estudiar normas que limitan la contratación de servicios de salud (C-197/2012), o la publicidad (C-592/2012) y excluyen de la libertad a la publicidad engañosa (C-756/2008) o las normas que restringen ampliamente la publicidad de cigarrillos y tabaco (C-830/2010), o las que asignan a los agentes del mercado funciones de interés público (C-909/2012).

<sup>73</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>74</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 222.

a la libertad de oficio, al trabajo y al mínimo vital de quienes ejercen labores de minería tradicional”<sup>75</sup> en ella.

Para tales efectos, la sentencia incluyó en la parte resolutive más de 8 órdenes judiciales destinadas a impedir la aplicación de medidas administrativas de carácter policivo que impedirían el ejercicio de la minería de los tutelantes, y a diseñar el procedimiento de participación ciudadana y de consulta previa, con los cuales garantizar los derechos conculcados.

Mas, como en el caso anterior, los derechos que son amparados son los derechos individuales y políticos a la información y a la participación, que permiten a los tutelantes conocer, discutir, reclamar, disentir de las autorizaciones y concesiones previstas, pero que, como sucede con la consulta previa, son procedimentales. No se aseguran pues posiciones jurídicas definitivas que preserven lo esencial, lo indispensable que otorga al individuo y a la familia la libertad de desarrollar las actividades económicas que han aprendido y que les han permitido históricamente procurarse los medios de subsistencia.

### 1.2.5. *Protección a los consumidores*

Un último pronunciamiento refuerza el precedente constitucional que ha venido a proteger la dimensión fundamental de las libertades y los derechos económicos, en este caso de los consumidores: la Sentencia T-676/2016.<sup>76</sup> En ella se tutelaron los derechos al debido proceso, a la información y al mínimo vital del accionante frente al banco con el que aquel había contraído una obligación crediticia, asegurada por una póliza de cumplimiento que el primero no pudo reclamar por la negligencia del segundo, cuando había sido declarada su condición de invalidez, y la consiguiente imposibilidad para continuar ejerciendo su trabajo.

Siguiendo la jurisprudencia observó la Corte que las actividades aseguradora y financiera deben desarrollarse: i) de acuerdo con los límites derivados del respeto al “bien común, la dignidad humana y la solidaridad social”;<sup>77</sup> y con sujeción ii) al “deber contractual de actuar de buena fe”;<sup>78</sup> esto es, con la recta disposición de cumplir con lo pactado “con honestidad, lealtad y moralidad”;<sup>79</sup> y iii) a los deberes secundarios de conducta, que son aquellos que pese a no haber sido pactados de forma expresa por las partes se incorporan al acto jurídico en virtud del principio de buena fe,<sup>80</sup> para actuar tanto en la ejecución del contrato como en las etapas

<sup>75</sup> *Ibid.*, Resuelve segundo.

<sup>76</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>77</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-058/2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>78</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-865/2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>79</sup> *Idem.*

<sup>80</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

precontractual y poscontractual. Dentro de ellos se destaca el deber de información, que “en el ámbito de acción de las entidades financieras y aseguradoras, se concreta en la obligación especial de información y acompañamiento a los consumidores financieros”<sup>81</sup> (arts. 20 y 78), como forma de proteger “a sujetos en situación de notable inferioridad contractual”.<sup>82</sup>

En el caso concreto, el juez constitucional verificó que la entidad bancaria accionada en tutela no cumplió con tal obligación de informar al actor sobre las condiciones de pago de la póliza en mención, con lo que le impuso “una restricción intensa a las posibilidades [...] de reclamar el pago del siniestro”<sup>83</sup> por la prescripción de la acción respectiva. Por ello, como forma de restablecer los derechos fundamentales vulnerados, construye la regla judicial de que “así su objeto social no lo contemple y la regulación actual no le permita desarrollar actividades de aseguramiento a una entidad financiera, esta puede estar obligada a reparar un daño por haber roto la comunicación entre la aseguradora y el usuario”.<sup>84</sup> La reparación consistió en el pago del “90% del saldo insoluto de la deuda” del actor a la fecha de notificación de la providencia, “como consecuencia de haber privado al actor de la pérdida de la oportunidad de reclamar o demandar el pago del siniestro a la aseguradora, con la cual se había adquirido el contrato de seguro de vida grupo deudor”.<sup>85</sup>

Sin duda, la protección en sede de revisión de tutela se produjo por la condición de invalidez del tutelante, incapaz de pagar el crédito por sus propios medios. Este elemento realza el carácter subjetivo que está llamado a tener, no tanto el discurso de los derechos fundamentales, sino de sus garantías judiciales; mas es también claro que la sentencia revela los componentes esenciales, y que no puede faltar al ejercicio de las libertades y los derechos económicos, por estar en juego no solo un interés económico, contractual, patrimonial y financiero, sino la garantía de condiciones dignas de existencia.

## 2. Jurisprudencia de búsqueda

### 2.1. Empresa y prestación de servicios públicos

El precedente en favor de la consolidación del Estado social de derecho que es, como se ha dicho, principio estructural de la Constitución económica, se aprecia en las sentencias de la muestra que exhiben las doctrinas paralelas sobre la

---

<sup>81</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 44.

<sup>82</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 49.

<sup>83</sup> *Idem.*

<sup>84</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 50.1.

<sup>85</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 50.5.

prestación de los servicios públicos por particulares, así como en la búsqueda por comprender el diseño constitucional que se autorizó para que los intereses privados se pudieran hacer efectivos en la realización de intereses públicos.

## 2.2. Servicios públicos y ausencia de libertad económica

En la Sentencia C-359/2016,<sup>86</sup> la Corte declaró constitucionales las normas de la ley del plan de desarrollo por las cuales se autoriza a la Autoridad Nacional de Televisión a determinar el número de concesionarios que tendrá el canal público.

No se vulnera con ella la libertad económica porque la naturaleza de servicio público de la televisión “elimina la iniciativa privada” y somete su prestación a la regulación como servicio reservado por el Estado (CP art. 365).<sup>87</sup> Tampoco existe vulneración de esa libertad “ya que su carácter relativo y no absoluto” señala la posibilidad de establecer límites *ex ante*, determinada “por la configuración normativa que se haga del servicio”.<sup>88</sup>

Agrega la Corte que es al Estado, en cabeza de la autoridad o agencia señalada por la Constitución y habilitada por la ley, a quien corresponde definir el grado de concentración o pluralismo de concesionarios, según lo determinen los objetivos de competitividad y productividad que hacen parte de los fines de la intervención pública económica (art. 334 CP).<sup>89</sup>

Estas reglas representan una profundización de la jurisprudencia constitucional sobre servicios públicos, porque la condición de servicio público de una actividad económica hace que las funciones productivas o comercializadoras que confluyen en su prestación no se reconozcan como expresión de la libertad de empresa de quienes como particulares las ejecutan, sino como ejercicio de las autorizaciones administrativas concedidas.

Al mismo tiempo, la sentencia ahonda el precedente según el cual la delimitación de la libre competencia y del número de participantes en la prestación de un servicio público es constitucionalmente admisible por razones estratégicas con las que se responda a los objetivos de competitividad y productividad (art. 334 CP).<sup>90</sup> Esto sin dejar de observar la forma como se recaba en la línea jurisprudencial que admite una disminución de la garantía de reserva de ley para el desarrollo y la limitación de los derechos constitucionales en tanto autoridad con legitimidad democrática, para favorecer, en ese caso, definiciones tecnocráticas de la agencia o autoridad encargada de regular la prestación del servicio de televisión.

---

<sup>86</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>87</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.3.5.2.

<sup>88</sup> *Idem.*

<sup>89</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.1.5.4.

<sup>90</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 4.5.4.2.

Es decir, que la mutación de la naturaleza jurídica de la actuación del particular como prestador del servicio no viene sola, pues el servicio público también altera la consistencia de los principios de libre competencia, objetividad y eficiencia económica que dispone la Constitución (art. 209, 267, 333, 334, 365 CP).

Aunque se ubica dentro de la jurisprudencia que se decanta por el Estado social de derecho, la interpretación en la que se sostiene representa una trampa argumental por la que se desconoce la máxima pluralidad posible de actores en los mercados o sectores de la economía en donde actúan los particulares, que es por todas la mejor garantía para la realización del mercado constitucional.<sup>91</sup>

En un sentido semejante, la Sentencia T-599/2016<sup>92</sup> tuteló los derechos fundamentales de la accionante a la información, a la expresión, a la participación en la vida cultural, a la identidad cultural, y a conocer las expresiones culturales de las regiones del país. Esto, al encontrar que la autoridad nacional de televisión omitió el cumplimiento de obligaciones establecidas por el legislador para asegurar el “transporte de señal regional de manera gratuita y obligatoria a través de las plataformas utilizadas por los operadores de televisión por suscripción”.<sup>93</sup> A su vez, dejó al arbitrio de estos últimos “la inclusión de los canales regionales de televisión abierta, de acuerdo con sus intereses y preferencias comerciales, desconociendo el interés público que condujo al Congreso de la República a ordenar su difusión”.<sup>94</sup>

Por ello, ordenó a la Autoridad en cuestión establecer la regulación que imponga la obligación para los concesionarios del servicio de televisión por suscripción, de transmitir los canales regionales dentro de los paquetes ofrecidos, así como adoptar medidas que permitan el control ciudadano sobre el cumplimiento de dicha orden. A más de lo anterior, la exhorta

para que, en lo sucesivo, en los procesos regulatorios que incidan en el pluralismo informativo, se efectúe una difusión activa de los espacios de participación ciudadana y convoque oficiosa y expresamente a los sectores sociales, académicos e institucionales asociados a los sectores televisivo, cultural y antropológico. Esto, sin perjuicio de los escenarios en los que sea procedente la consulta previa de las comunidades titulares de ese derecho.<sup>95</sup>

De esta forma, se confirma la desnaturalización de la libertad empresarial en materia de servicios públicos, para considerarla como ejercicio de unas facultades

---

<sup>91</sup> Peter Häberle, “Siete tesis para una teoría constitucional del mercado”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 21, 2008.

<sup>92</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>93</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 246.

<sup>94</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 255.

<sup>95</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 268.

y prerrogativas derivadas de una autorización administrativa para operar. Autorización que, por cierto, puede alterarse para contemplar así las obligaciones que imponga el legislador y que consolidan posiciones jurídicas definitivas de la realización de derechos culturales fundamentales.

### 2.3. Prestación de servicios públicos en materia de salud

La doctrina constitucional sobre la prestación de servicios públicos arriba destacada contrasta, cuando menos en principio, con lo declarado en la Sentencia C-620/2016.<sup>96</sup> En ella la Corte estima que la norma de la ley del plan de desarrollo que establece como función del Ministerio de Salud el fijar los precios máximos para medicamentos, insumos y dispositivos de servicios de salud, no vulneraba, aunque sí limitaba, la libertad económica de sus productores o comercializadores.

Al respecto señaló que en “relación con la prestación de servicios públicos, como la salud, la Corte ha manifestado que la libertad económica es altamente sensible a la intervención estatal, dado que involucra la protección de un derecho fundamental”.<sup>97</sup> Por eso, “la libre competencia en el ámbito de la salud solo puede darse dentro del ámbito que el legislador haya previsto para el efecto, y respetando los límites fijados por las rigurosas condiciones de regulación, vigilancia y control que se derivan de la responsabilidad constitucional que el Estado tiene en este sector social”.<sup>98</sup>

Es decir que la libertad económica se ejerce por los prestadores privados, pero sujeta a intensas limitaciones derivadas de tal naturaleza del servicio público de salud donde actúan. Esto incluye la centralización de precios, con la que se persigue a la vez “garantizar la sostenibilidad del sistema de seguridad social en salud”,<sup>99</sup> bajo los principios de solidaridad y eficiencia en la utilización de recursos. Se trata, por lo demás, de un medio constitucionalmente no prohibido en un Estado social y de derecho y, al contrario, justificable a partir de sus contenidos normativos como principio (arts. 1, 2, 48, 334 CP).<sup>100</sup>

La fijación de precios impuesta a proveedores de medicamentos, insumos y dispositivos constituye, pues, una restricción de la libertad económica aunque justificada y adecuada. Lo primero, por el carácter de derecho social fundamental que el acceso a medicamentos representa para sus titulares. Lo segundo, por resultar una medida razonablemente útil para: i) dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por el Estado de procurar el “acceso al nivel más alto posible de salud, en un

<sup>96</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>97</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 37.

<sup>98</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-171/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva. Reiterada en la Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>99</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa, Fundamento jurídico 38.1.

<sup>100</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 36.

marco que garantiza la prestación del servicio bajo los principios de universalidad, solidaridad y eficacia”<sup>101</sup> (art. 49 CP; art. 93, Pidesc; Protocolo de San Salvador a la CADH, Observaciones Comité DESC); ii) para alcanzar los objetivos de viabilizar “la existencia de un mercado sobre estos productos con claridad en la información y estabilidad”<sup>102</sup> y promover “su asequibilidad o accesibilidad económica a todos aquellos que los requieren”.<sup>103</sup>

## 2.4. ¿Una jurisprudencia contradictoria?

Las dos líneas jurisprudenciales de las que las sentencias atrás citadas dan cuenta podrían interpretarse como no contradictorias sino distintas y complementarias. La una dirigida concretamente a la actividad de los prestadores del servicio, y la otra a los proveedores de bienes que completan su cubrimiento.

Con todo, también es admisible señalar que aparte de los supuestos normativos a los que se refieren, formulan argumentos incompatibles al otorgar naturaleza distinta de libertad económica a la participación de los agentes que suministran o comercializan bienes y servicios con los que se concreta la prestación de los servicios públicos. Por tal motivo convendría depurar el significado y las consecuencias jurídicas y económicas de cada una, a los efectos de su corrección o depuración a fin de determinar la naturaleza de la actividad del modo más consistente, eficiente, garantista, responsable y sostenible posible, en cuanto su objeto se dirige en definitiva a satisfacer condiciones básicas de existencia.

Revisar, por ejemplo, si la desnaturalización pone en cuestión el *animus lucri faciendo*, y si por actuar en ejercicio de las autorizaciones otorgadas, *prima facie*, el interés económico que puede ser perseguido no es el del máximo beneficio, sino el de la sostenibilidad financiera, social y ambiental de la prestación, que asegure la calidad, universalidad y cobertura más incluyente y amplia posible del servicio. Una deducción lógica que, sin embargo, atenta contra *la finalidad definitiva que anima la libre iniciativa privada*, en cuanto disminuye ampliamente el interés de los actores del mercado en participar de la prestación de servicios públicos costosos y exigentes, al no poder aspirar a márgenes de rentabilidad elevados. O establecer cómo el ejercicio de las libertades económicas empresariales se hace compatible con la actividad que desarrollan, en cuanto el lucro perseguido se debe producir después (no antes) de asegurar la mejor prestación posible de los servicios a cargo, en tanto así lo determina su importancia para la existencia y el desarrollo individuales y colectivos.

Estas cuestiones, y las muchas otras que habrá, no ocultan empero la búsqueda de una dogmática constitucional de los servicios públicos por la Corte Constitucional. Es decir, la pretensión de armonizar y articular la forma en que su prestación

---

<sup>101</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 38.4.

<sup>102</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 38.2.

<sup>103</sup> *Idem.*

concreta los principios del Estado social de derecho y el sistema económico de mercado, a partir del diseño establecido por el legislador,<sup>104</sup> según la habilitación constitucional establecida para el efecto (art. 365 inc. 1º CP).

## 2.5. Jurisprudencia poderosa, difícil y terrible

La muestra de sentencias seleccionadas evidencia una última tipología de decisiones progresivas o hacia el Estado social de derecho. Es la de las sentencias que establecen subreglas que, a pesar de su justificación constitucional garantista de las libertades y de los derechos, son muy difíciles de cumplir, sea por carecer de premisas fácticas que lo hagan posible, sea por depender de muchos factores externos al campo directo de eficacia de la sentencia, sea por resultar al mismo tiempo de alto valor simbólico y discursivo, a la vez que ineficaces, absurdas, ineficientes.

### 2.5.1. Ilustración a partir de la jurisprudencia expuesta

De las mencionadas atrás, las sentencias T-073 y SU-133/2017 sirven como ilustración también aquí.

La Sentencia T-073/2017<sup>105</sup> lo es por apuntar no solo a resolver el caso concreto, sino a atender los problemas estructurales que afronta el ejercicio de la prostitución, a través de una política local y una política pública nacional, cuya definición y ejecución operan, a decir verdad, solo con voluntad política y de financiación, que están por fuera del alcance del juez constitucional.<sup>106</sup>

La Sentencia SU-133/2017<sup>107</sup> lo es por cuanto la garantía que ofreció a los mineros artesanales y tradicionales fue estructurada a partir del derecho a la participación,<sup>108</sup> un instrumento jurídico que, como principio, derecho, deber y procedimiento está enteramente justificado,<sup>109</sup> pero cuya eficacia para ponderar entre los derechos en tensión requiere de reformas jurídicas y administrativas, y más que eso, de transformaciones institucionales y culturales que siempre son lentas, costosas y exigentes.

A esto se suma el hecho de que las medidas que dispuso la Corte Constitucional en esta sentencia en particular dieron lugar a la interposición de una demanda de la multinacional canadiense Gran Colombia Gold,<sup>110</sup> al amparo del capítulo veintiuno

<sup>104</sup> Ley 142 de 1994.

<sup>105</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>106</sup> *Ibid.*, Fundamento Jurídico. 10.6.

<sup>107</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>108</sup> *Ibid.*, Resuelve quinto.

<sup>109</sup> Ver Constitución Política de Colombia, artículos 1, 2, 40, 95, 332.

<sup>110</sup> Aun cuando se trata de un procedimiento reservado, algunos datos del mismo se pueden encontrar en el siguiente enlace: <https://www.italaw.com/cases/5410>.

del tratado de libre comercio entre Colombia y Canadá, contra el Estado colombiano, por pretensiones que ascienden a los 700 millones de dólares. Aunque la notificación de la demanda tiene carácter reservado, de los hechos del caso se puede inferir que la multinacional alega el incumplimiento de los artículos 805 (Nivel mínimo de trato), y 811 (Expropiación) del tratado, en detrimento de sus derechos adquiridos en virtud de la licencia, al impedir el desarrollo de su actividad minera mientras se adelanta el muy regulado procedimiento participativo previsto.<sup>111</sup>

Algo semejante sucede con la Sentencia C-389/2016<sup>112</sup> que, al analizar las disposiciones demandadas del Código de Minas por presunta violación de los derechos al trabajo, a la participación, al ambiente sano, declara exequibles las que ordenan el procedimiento y los requisitos para el otorgamiento de títulos mineros. No obstante, tal declaración se produce

bajo el entendido de que la autoridad minera deberá verificar mínimos de idoneidad laboral y ambiental, antes de entregar un título minero, en atención a la naturaleza de la concesión solicitada, y con base en criterios diferenciales entre los distintos tipos de minería, y extensión de los proyectos, así como establecer un procedimiento que asegure la participación ciudadana, sin perjuicio de la especial de los grupos étnicamente diferenciados.<sup>113</sup>

En el mismo orden, declara exequibles las normas que reconocen el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o afrocolombianas para el otorgamiento de concesiones, bajo el entendido de que esto

no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.<sup>114</sup>

---

<sup>111</sup> Recientemente Marcelo Lozada, investigador de la Universidad Externado de Colombia, realizó un análisis crítico de esta sentencia y la decisión C-035/2016 de la misma Corte, para demostrar cómo es irresponsable respecto de las consecuencias de sus decisiones en términos de responsabilidad internacional del Estado colombiano a la luz de los instrumentos del derecho económico internacional, y proponer alternativas de solución intermedias que permitan a la Corte considerar los estándares internacionales de protección a la inversión, al tiempo que garantizar el respeto de los derechos humanos consignados en instrumentos igualmente internacionales. Para mayor referencia, ver Marcelo Lozada, *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (en proceso de edición).

<sup>112</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>113</sup> *Ibid.*, Resuelve segundo.

<sup>114</sup> *Ibid.*, Resuelve tercero.

Lo que establece la regla judicial fijada es: i) la adición normativa por la que se activa la realización del derecho a la participación; y ii) la refrendación de las garantías laborales mínimas y del principio de desarrollo sostenible. Es decir, fórmulas de armonización entre los objetivos de crecimiento económico y garantía institucional de la empresa como base del desarrollo y otros bienes o fines constitucionales como la diversidad étnica y cultural, la preservación de los recursos naturales o la distribución equitativa de las oportunidades.

El talante pluralista y ponderado de esta medida no se pone en duda. Con todo, la protección que ofrece es insuficiente e incierta, además de que, como se ha advertido, depende de la realización de ajustes normativos, procedimentales y presupuestarios complejos. De tal suerte, el resultado de tales reglas judiciales no asegura ni que los títulos mineros se concedan bajo un marco de seguridad jurídica y eficiencia, ni que las comunidades afectadas cuenten con posiciones jurídicas definitivas de protección efectiva de sus derechos. Lejos de corregir una injusticia trazada por el derecho legislado, la regla judicial aplicada puede significar una limitación o defraudación de todos y cada uno de los bienes en juego.

En la mejor de sus interpretaciones, con estas decisiones se recaba en la jurisprudencia con eficacia simbólica<sup>115</sup> valiosa por apostar con convicción por la fuerza normativa de la Constitución y de los derechos, pero frustrante por no ser factible como regla de transformación social y de corrección de la injusticia.

### 3. La Sentencia C-035/2016

Aunque las sentencias hasta ahora relacionadas, al simplemente seguir o profundizar los precedentes de distinta índole, poseen un enorme valor dentro de la dogmática económica constitucional, es preciso terminar este análisis con una última decisión que cabalga entre la condición de ser a la vez hito y terrible. Se trata de la Sentencia C-035/2016,<sup>116</sup> en la cual la Corte estudió la Ley 1753 de 2015 y adoptó dos decisiones especialmente significativas para el desarrollo de la Constitución económica, las cuales se analizan a continuación.

#### 3.1. La decisión de constitucionalidad condicionada parcial de la norma

En primer lugar, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad de normas de la ley del plan de desarrollo (art. 108 Ley 1450/2011, y art. 20 Ley 1753/2015)

---

<sup>115</sup> Sobre el componente de eficacia simbólica ver Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Debate, 2014.

<sup>116</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

que autorizan la concesión de títulos mineros, a cumplir con requisitos de concertación con las autoridades locales, a fin de armonizar los intereses comprometidos de desarrollo, empresariales, sociales y ambientales, tanto hacia el futuro como respecto de las concesiones previas, durante su ejecución.<sup>117</sup>

Así, se presenta un cierre del precedente sobre la participación local en lo que concierne a la minería, que completa el camino abierto por la jurisprudencia reciente, para abandonar la doctrina unitaria y centralista del concepto de propiedad de los recursos del subsuelo y asumir como posición definitiva que el aprovechamiento y la disposición de los mismos deben fijarse con participación de las autoridades locales y las comunidades afectadas por los efectos ambientales y socioeconómicos del proyecto o la actividad minera involucrada.<sup>118</sup>

### 3.2. La declaración de inconstitucionalidad parcial de la norma

En segundo lugar, la Corte Constitucional plasmó lo que resulta ser el ingrediente más importante: declaró inconstitucional la norma de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que autorizaba la ejecución hasta su terminación, sin posibilidad de prórroga y sujetas a control, seguimiento y revisión específico por las autoridades, de “las actividades para la exploración y explotación de recursos naturales no renovables” en áreas delimitadas como páramo (art. 173, par. 1º, Ley 1753/2015). Esto en tanto estas “cuenten con contrato y licencia ambiental con el instrumento de control y manejo ambiental equivalente, que hayan sido otorgados con anterioridad al 9 de febrero/2010 para las actividades de minería, o con anterioridad al 16 de junio de 2011 para la actividad de hidrocarburos, respectivamente”.

A juicio de la Corte, los mandatos constitucionales en favor de la libertad de empresa y del objetivo de crecimiento económico se someten a los imperativos de la Constitución ecológica que exige al Estado “conservar las áreas de especial importancia ecológica”<sup>119</sup> y, en consecuencia, regular “el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución”, y “prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental”,<sup>120</sup> que imponen a la empresa y a la propiedad una función ecológica,<sup>121</sup> y que delimitan en definitiva el ejercicio de los derechos, en favor de la garantía de un desarrollo sostenible.<sup>122</sup>

---

<sup>117</sup> *Ibid.*, Resuelve segundo.

<sup>118</sup> Ver Corte constitucional de Colombia, Sentencia C-123/2014, M. P. Alberto Rojas.

<sup>119</sup> Ver Constitución Política de Colombia, artículo 79.

<sup>120</sup> *Ibid.*, artículo 80.

<sup>121</sup> *Ibid.*, artículos 58, 335.

<sup>122</sup> *Ibid.*, artículo 80.

Dentro de las funciones del Estado en relación con la preservación de los recursos naturales se destaca la de proteger de manera efectiva determinadas áreas de especial importancia ecológica, como es el caso de los páramos. Estos se consideran

objeto de especial protección constitucional, en la medida en que en ellos viven especies animales y vegetales endémicas, que son únicas de nuestro país (art. 79 CP), porque tienen una capacidad especial para capturar partículas de carbono y contribuir a desacelerar el calentamiento global, y especialmente, en la medida en que cumplen un papel esencial como reguladores del ciclo hídrico, garantizando así la calidad, accesibilidad y continuidad del agua para la mayoría (alrededor del 70%) de la población colombiana.<sup>123</sup>

En este sentido, a juicio de la Corte, el cumplimiento de los deberes del Estado no puede ignorar que los páramos son “ecosistemas especialmente vulnerables, frágiles, y con poca capacidad de adaptación a los efectos de factores externos”,<sup>124</sup> de lo cual se deriva que la forma en que la ley buscó articular el valor estratégico de la explotación minera, la libertad de empresa de los mineros con título, y el valor y la condición de los páramos era inconstitucional, toda vez que las medidas de protección no eran aptas para ofrecer la protección adecuada de aquellos. También, porque los páramos en general se encuentran en “una situación de total desprotección jurídica [...] [que] implica un riesgo alto para la provisión de agua potable en condiciones de calidad, continuidad y acceso para toda la población, y a la captura de carbono para mitigar el calentamiento global”,<sup>125</sup> todo lo cual hace irrazonable “permitir transitoriamente las actividades de minería e hidrocarburos”<sup>126</sup> en dichas áreas.

En conclusión, no resulta proporcional a los ojos del juez constitucional “el sacrificio a los bienes jurídicamente protegidos”<sup>127</sup> que los páramos representan, “frente a los eventuales beneficios provenientes de la extracción de recursos no renovables”,<sup>128</sup> ni lo es tampoco a la luz de las evidencias empíricas, ni del tipo de medidas adoptadas para menguar el impacto de la explotación esperada de recursos del subsuelo.

### 3.3. Importancia de la sentencia

Se trata de una decisión de ruptura porque se aparta de la posición generalmente respetuosa de la línea jurisprudencial construida en torno de las normas de

---

<sup>123</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Fundamento jurídico 171.

<sup>124</sup> *Ibid.*, Fundamento jurídico 172.

<sup>125</sup> *Ibid.*, Fundamento Jurídico 173.

<sup>126</sup> *Ibid.*, Fundamento Jurídico 174.

<sup>127</sup> *Ibid.*, Fundamento Jurídico 175.

<sup>128</sup> *Idem.*

intervención económica adoptadas por el legislador bajo la iniciativa del Gobierno, también en materia minera.

Con excepción de los casos en los que se vulnera abiertamente el derecho a la consulta previa, las más de las sentencias de la Corte han estimado, conformes a la Constitución, las políticas, concesiones, garantías y estímulos concebidos para el desarrollo de las actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables. Siempre, naturalmente, reconociendo la importancia de que su interpretación estuviera guiada por los principios y las reglas de protección ambiental, sin preocuparse por su eficacia.

En la Sentencia C-035/2016, por el contrario, la Corte<sup>129</sup> se atrevió a valorar la idoneidad de las medidas legales, para concluir que estas no satisfacían la exigencia de protección constitucional debido al tipo de ecosistema sobre el cual recaían las actividades de exploración y explotación. Con ello al mismo tiempo, aún sin decirlo, ponderó en favor del medio ambiente frente a los derechos adquiridos de las empresas con licencia minera, a partir del principio de precaución y de una interpretación ambiental del principio *pro libertate* y *pro legalidade* que amparan el ejercicio de las libertades económicas.

Ambas determinaciones, en particular la última, reconocen desde la *ratio decidendi* y en la parte resolutive, el impacto que poseen las medidas de intervención pública económica sobre la vigencia y eficacia de la Constitución en su conjunto, y la necesidad de ejercer un control de constitucionalidad más cuidadoso de las mismas. Se trata, entonces, de normas judiciales valientes, justas y necesarias, aunque también difíciles: i) porque así es el cumplimiento de la orden por parte de las autoridades, ii) porque afecta el desarrollo de la actividad económica minera de los particulares que cuentan con los títulos de exploración o explotación, y iii) porque limita libertades y sobre todo derechos económicos patrimoniales,<sup>130</sup> que por lo demás se encuentran jurídicamente mejor protegidos por el derecho económico internacional (en instrumentos tales como tratados de libre comercio o tratados bilaterales de inversión).<sup>131</sup>

En efecto, multinacionales extranjeras del sector minero se vieron afectadas como consecuencia de esta decisión, lo que incluso llevó a la compañía canadiense Eco Oro Minerals Corp. a demandar al Estado colombiano al amparo del tratado

---

<sup>129</sup> *Idem*. En el mismo sentido, ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>130</sup> Sobre el tema ver Héctor Santaella Quintero, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia: análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español*, Madrid, 2010. Disponible en: [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749\\_santaella\\_quintero\\_hector.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749_santaella_quintero_hector.pdf?sequence=1)

<sup>131</sup> Para un análisis crítico de la sentencia a la luz de sus consecuencias en términos de responsabilidad internacional del Estado en virtud de los instrumentos del derecho económico internacional, ver Lozada, *op. cit.*

de libre comercio entre Colombia y Canadá, por el incumplimiento de las normas del capítulo ocho del instrumento.<sup>132</sup>

## 4. Conclusión

Vista desde la muestra analizada, la jurisprudencia de la Corte sobre la Constitución y las libertades económicas de este tiempo reciente es reflejo de los desarrollos legislativos con posterioridad a la Constitución de 1991 y también de lo que han sido sus precedentes.

La legislación que concreta con amplio poder de configuración normativa la Constitución económica ha tendido a desarrollar modelos que favorecen la apertura de los mercados, los tratados económicos bilaterales entre desiguales, la explotación de los recursos del Estado por particulares arropados con garantías de protección específicas, la apuesta por la competitividad y la productividad, más que por la libre competencia.

De importancia singular son las disposiciones de la Ley del Plan de Desarrollo, según se aprecia en las normas objeto de demanda, lo que destaca la relevancia de esta normatividad en el ordenamiento económico del Estado.

La senda de política económica o la decisión política fundamental que en ella se aprecia se entiende por la Corte como una opción política que se debe respetar, por ser una competencia constitucional otorgada; porque su decisión es democrática<sup>133</sup> (C-077/2017), y porque la Constitución en estas materias es neutra<sup>134</sup> (C-184/2017). En cuanto a los límites de esta potestad, encontramos las excepciones comunes de que las medidas de intervención respeten el principio de legalidad tributaria<sup>135</sup> (C-178/2016) y penal<sup>136</sup> (C-191 y C-203/2016); y en la configuración de los límites a la competencia<sup>137</sup> (C-032/17), que deben respetar la garantía de los derechos fundamentales.

Pero junto a estas sentencias de línea liberal, democrática, aunque intervencionista, también se encontraron las de reiteración, profundización, radicalización del precedente en defensa del principio estructurante de la Constitución económica del Estado social de derecho.

---

<sup>132</sup> Para más información sobre el procedimiento arbitral, ver: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/16/41>

<sup>133</sup> Ver Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>134</sup> *Ibid.*, Sentencia C-184/2017, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>135</sup> *Ibid.*, Sentencia C-178/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>136</sup> *Ibid.*, sentencias C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo y C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.

<sup>137</sup> *Ibid.*, Sentencia C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Así lo hace al proteger los ámbitos iusfundamentales de las libertades y los derechos económicos de trabajadoras sexuales<sup>138</sup> y de mineros artesanales y tradicionales,<sup>139</sup> de consumidores<sup>140</sup> o libertades fundamentales conexas.<sup>141</sup>

También cuando exhibe las doctrinas paralelas sobre la prestación de los servicios públicos por particulares, para excluir la libertad económica en ella, y disminuir la concurrencia,<sup>142</sup> y para decir que sí hay libertad de empresa, pero limitada.<sup>143</sup> Decisiones que son manifestación de la búsqueda del juez constitucional por comprender el diseño constitucional autorizado en el que los intereses privados se puedan hacer efectivos en la realización de intereses públicos.

Y cuando produce la jurisprudencia difícil, por ponderar con medidas justas pero complejas de cumplir,<sup>144</sup> que la hacen ineficaz,<sup>145</sup> meramente simbólica o que de cumplirse generan resultados terribles.<sup>146</sup>

Hacia el final, la muestra ha permitido observar igualmente la expresión más radical de profundización del precedente, con una sentencia que resultó ser terrible, pero que se convierte en hito al ponderar frente a derechos adquiridos y permisos, en beneficio de la preservación de los recursos naturales como riqueza llamada a ser protegida por el Estado, dada su fragilidad e importancia para la sostenibilidad humana.<sup>147</sup>

En conclusión, trazos de la jurisprudencia de una Corte constitucional pluralista, activa, creativa, atrevida, tímida aún, pero cada vez más consciente del significado y la relevancia de lo económico en la realización o no, a lo largo y ancho, del orden constitucional.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014.  
BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Aguilar, 1979.

---

<sup>138</sup> *Ibid.*, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>139</sup> *Ibid.*, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>140</sup> *Ibid.*, Sentencia T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

<sup>141</sup> *Ibid.*, Sentencia C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>142</sup> *Ibid.*, sentencias C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>143</sup> *Ibid.*, Sentencia C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>144</sup> *Ibid.*, Sentencia T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>145</sup> *Ibid.*, Sentencia C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

<sup>146</sup> *Ibid.*, Sentencia SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>147</sup> *Ibid.*, Sentencia C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

- COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006.
- GARCÍA AÑÓN, José, “Derechos sociales e igualdad”, en *Derechos sociales: instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y José Rafael ESPINOSA, *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Debate, 2014.
- INSIGNARES GÓMEZ, Roberto, Mary Claudia SÁNCHEZ PEÑA, “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *Curso de derecho tributario, procedimiento y régimen sancionatorio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- KALMANOVITZ KRAUTER, Salomón, *Constitución y modelo económico*. Bogotá, Banco de la República, 2001.
- LOZADA, Marcelo, *La Corte Constitucional colombiana en el contexto de la fragmentación del derecho internacional: desafíos y posibles alternativas para la recomposición*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017 (en proceso de edición).
- PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- PRIETO-RÍOS, Enrique Alberto, “BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado Social de Derecho”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm.1, Bogotá, 2011, pp. 109-143.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Temis, 2015.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor, “El modelo económico en la Constitución de 1991”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 11, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- SANTAELLA QUINTERO, Héctor, *El régimen constitucional de la propiedad privada y su garantía en Colombia: análisis fundamentado en el estudio de la garantía de la propiedad privada en los ordenamientos constitucionales alemán y español*, Madrid, 2010. Disponible en: [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749\\_santaella\\_quintero\\_hector.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/5246/33749_santaella_quintero_hector.pdf?sequence=1).
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, 2007.
- UCKMAR, Víctor, *Principios comunes del derecho constitucional tributario*, Bogotá, Temis, 2002.
- VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- WIELAND, Carsten, “¿Colombia en el camino hacia una economía social de mercado?”, *Serie Reportajes Internacionales*, Bogotá, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2008.

## Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Sentencia C-358 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo.

- C-371/2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.  
C-150/2003, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.  
C-865/2004, M. P. Rodrigo Escobar Gil.  
C-750/2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.  
C-031/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.  
C-608/2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.  
C-121/2012, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.  
C-199/2012, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.  
C-644/2012, M. P. Adriana María Guillen Arango.  
C-368/2014, M. P. Alberto Rojas Ríos.  
C-163/2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.  
C-601/2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.  
C-035/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.  
C-178/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.  
C-184/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.  
C-191/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.  
C-203/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.  
C-359/2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.  
C-389/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.  
C-620/2016, M. P. María Victoria Calle Correa.  
C-634/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.  
C-032/2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.  
C-077/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.  
C-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.  
T-629/2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.  
T-058/2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.  
T-736/2015, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.  
T-594/2016, M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.  
T-599/2016, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.  
T-676/2016, M. P. Alejandro Linares Cantillo.  
T-073/2017, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.  
SU-133/2017, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.