

*Federico Castellanos Gómez**

Aproximación a la Constitución Colombiana desde la perspectiva del Derecho Económico

Tesaurus Temático del Derecho Económico Constitucional Colombiano

Fecha de recepción: 22 de Septiembre de 2011

Fecha de aceptación: 21 de Octubre de 2011

RESUMEN

Este artículo ubica el estudio del derecho económico por intermedio de la Constitución económica de 1991. Para lograrlo, se reseñan diversos conceptos de derecho económico, las posibilidades analíticas entre el derecho y la economía y, las principales temáticas plasmadas en la Constitución. Por último, se propone un tesoro de temáticas sobre el particular después de estudiar el texto constitucional y de elaborar un levantamiento bibliográfico de las temáticas de derecho económico en las principales bibliotecas del país.

Palabras claves: Derecho económico, Constitución económica de 1991.

ABSTRACT

This article places the study of economic law through the economic constitution of 1991. To achieve this, various concepts are outlined economic law, the analytical possibilities between law and the economy and the main themes embodied in the constitution. Finally, we propose a thematic thesaurus on the subject after studying the Constitution and to develop a thematic bibliographical research of economic law on the country's leading libraries

Keywords: economic law, economic constitution of 1991

* Abogado, candidato a magister en Derecho Privado y Económico de la Universidad Nacional de Colombia, Profesor asistente de Derecho comercial UN; FCE-EACP, Coordinador Académico del Grupo de investigación Derecho y Economía de cuyos debates surge éste texto. efcastellanosg@unal.edu.co

I. EL TURBULENTO ORIGEN CONSTITUCIONAL

Este año (2011) el país conmemora dos décadas de la Constitución Política. Los actores políticos y públicos le han rendido homenaje por intermedio de diversos eventos que reconstruyen y describen el hecho constitucional desde múltiples perspectivas. El presente escrito se aúna a la celebración nacional buscando rescatar un contenido de la carta que ha permanecido relegado en los sectores académicos tradicionales y en algunos de los mencionados eventos; el derecho económico y su correspondiente lectura de la regulación constitucional a la actividad económica.

Por medio de este escrito se propone visibilizar en el sector académico un campo de estudio denominado derecho económico a través del análisis de la constitución económica, a fin de lograr éste cometido, se bosquejan los diversos conceptos de derecho económico, las posibilidades de relación analítica entre el derecho y la economía, los principales temas de derecho económico plasmados en la constitución, y por último, a partir de un levantamiento bibliográfico se propone un tesoro de temáticas a estudiar que requieren por su amplitud el desarrollo de una tarea colectiva de investigación.

Las Cartas constitucionales, en Colombia han transitado de la guerra a la paz por intermedio del pacto político jurídico, significando en muchas ocasiones el cambio constitucional como una mutación en todo el ordenamiento jurídico, así lo expresa por ejemplo H.L.A. Hart al explicar el concepto de norma fundante. La promulgación de una nueva constitución política significa un momento de ruptura rediseño e implementación de un tipo de Estado.

En Colombia, insistimos, los momentos constitucionales han nacido en la cuna de treguas y amnistías en las diversas confrontaciones que hemos tenido que sufrir, de esas treguas surge como acuerdo que posibilita la resolución del conflicto una nueva propuesta constitucional.

El caso de la Constitución Política de 1991 no es la excepción, el conflicto interno del país ha sido una constante histórica con intervalos de treguas, nos falta un recorrido para establecer un Estado de cosas pacífico; las décadas de violencia que han precedido la expedición de la Carta Política, en la época contemporánea, desde el asesinato de Jorge Eliecer Gaitán hasta el momento constitucional de la década de los noventas, así como los últimos

veinte años de violencia subversiva, parainstitucional, y recientemente, el surgimiento de las denominadas BACRIM son hechos notorios que corroboran esa realidad. De tal forma que no se torna en herejía indicar que Colombia ha tenido dificultades en consolidar el monopolio legítimo de la fuerza, principal característica de los Estados Contemporáneos, más bien, la sociedad colombiana ha luchado constantemente por establecer los mojones institucionales del ordenamiento de la vida en sociedad.

Esta realidad nos permite indicar el surgimiento de la Constitución como propuesta de resolución al conflicto social de años atrás que se agudizaba en la violenta década de los ochentas, así se evidencia en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia al momento de evaluar la procedencia del conteo de la Séptima Papeleta, el fallo altamente dividido por cuanto algunos magistrados sostenían que sus providencias deben ser fundadas en derecho y, por el contrario, la visión que se abrió paso anotando la necesidad de proceder al cambio de las instituciones dado el grave estado de cosas, reiterando con ello la tradición jurídica colombiana encaminada a resolver los conflictos por medio de pactos políticos plasmados en las cartas constitucionales.

En ese sentido se pronuncia el Maestro Universitario Ricardo Sánchez al prologar el libro *La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal*:

“La constitución de 1991 es hija de la más grande crisis nacional de los últimos treinta años, de las necesidades de las nuevas formas de la economía, de las relaciones internacionales, del desarrollo de las diferentes realidades del país nacional y de las demandas democráticas de sus gentes de toda condición por superar las violaciones permanentes. Obedece a la necesidad de diseñar nuevas instituciones acordes con los tiempos actuales y a la búsqueda de una nueva legitimidad jurídica [...]” (Sánchez: 1995, 9) (subrayado fuera de texto).

Así mismo, el Constituyente Diego Uribe Vargas testigo de primera mano, reitera en su estudio sobre la Constitución de 1991 la constante tradición jurídica constitucional colombiana:

“[...] se puede afirmar sin reatos ni vacilaciones, que Colombia ha girado en torno a la elaboración de textos constitucionales, en ocasiones para enmendar lo existente o proclamar la vigencia de las nuevas normas” (Uribe: 1995, 11).

No obstante, en el caso particular de Colombia, la Constitución de 1991 no es un cuerpo unificado y pacífico, encierra muchas contradicciones, a conse-

cuencia de la infinidad de concepciones y tendencias juntadas, característica que de acuerdo a varias opiniones de hoy en día es determinante para la crisis del Estado y de la administración de justicia.

De tal forma que en estas dos décadas se han observado pugnas por indicar y establecer el verdadero significado de los derechos establecidos en 1991, o las diversas formas de desarrollo legislativo y de reformas constitucionales, que para muchos ha significado una mutilación, tergiversación e, incumplimiento del pacto constitución original.

Es como si Colombia fuera el laboratorio social donde se concretan las afirmaciones de Gustavo Zagrebelsky. La Constitución más que un punto de partida es un punto de convergencia del conflicto, donde coexisten valores y principios diversos, pero como tal no puede renunciar a la unidad e integración y por lo tanto debe excluir la interpretación tajante de los principios y valores, permitiendo la relatividad de los mismos, la Constitución en ése sentido no es el fin del conflicto por establecer qué es el derecho, es el inicio del mismo (Zagrebelsky: 1993, 14).

De suerte que la constitución colombiana que se ha promulgado durante estos años como arreglo ordenado de un conflicto, es inicio de mismo, por cuanto desde su vigencia y durante la etapa posterior a su promulgación los diversos sectores sociales pugnan por el cumplimiento de los pactos en ella plasmados o por un cambio en el sentido y la interpretación de los convenios constitucionales:

“El acto de creación de derecho legislativo es la conclusión de un proceso político en el que participan numerosos sujetos sociales particulares (grupos de presión, sindicatos, partidos). El resultado de este proceso plural esta, por naturaleza, marcado por el rasgo de ocasionalidad. Cada uno de los actores sociales, cuando cree haber alcanzado fuerza suficiente para orientar en su propio favor los términos del acuerdo, busca la aprobación de nuevas leyes que sancionen la nueva relación de fuerzas. Y esta ocasionalidad es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza.

En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio ex post factum” (Zagrebelsky: 2008, 37).

Para el caso colombiano, el jurista Marcel Silva en su ilustrativa obra *Flujos y Reflujos*, describe las impresiones del turbulento proceso constitucional colombiano:

“Precisamente por la composición de sus constituyentes y los intereses en juego es por lo que no hay en los postulados de la Constitución un pensamiento rector; una sola guía ideológica. Las antinomias son, por tanto, su característica central” (Silva: 2005, 255).

Así mismo, señala como una de sus contradicciones la lucha existente entre el Estado Social de Derecho y la protección constitucional de la libertad económica, libre autonomía de la voluntad y el derecho de la empresa:

“Al erigirse en el artículo 333 de la Constitución como principios: (i) la actividad económica y la iniciativa privada, (ii) la libre competencia económica, (iii) la prohibición de obstruir o restringir la libertad económica y en el artículo 336 que (iv) enajenará o liquidará las empresas monopolísticas cuando sean eficientes, se levantaron barreras poderosas contra el principio de la libertad sindical.

Únicamente dispone el 336 que se respeten los derechos adquiridos, más no las convenciones colectivas. La masacre laboral está anunciada [...].

Prima en estas materias el destino que el constituyente en el artículo 333 le dio a las empresas como base del desarrollo. Si existe contradicción entre «empresa» y lo mandado en los primeros 100 artículos de la Carta se preferirá aquella”.

La visión del profesor Marcel se condensa en la sentencia lapidaria:

“El contenido de la Constitución de 1991 es tan contradictorio en todos los niveles que en lugar de ser el punto de reencuentro de los colombianos es más bien el punto de partida de la confrontación” (Silva: 2005, 275-276).

Como observamos Marcel Silva refiere un conflicto entre el capital y el ser humano, en la constitución de 1991, ¿cuál es el estado actual de la contradicción?, ¿veinte años después se han concretado sus sospechas?

De tal forma que se dedica y propone el presente texto a los colegas del país que han pugnado por la búsqueda de solución a los conflictos por medio del derecho, a los Abogados que conscientes del rol social del derecho luchan por establecer una visión jurídica de la Constitución encaminada a proteger a las partes más desfavorecidas, a los estudiantes de la Universidad Nacional que se han inquietado respecto del concepto de derecho económico y de constitución económica, y a los integrantes del Grupo de investigación Derecho y Economía de la Universidad Nacional de Colombia de donde han surgido las ideas aquí plasmadas.

Pero debemos aclarar que el caso colombiano no se aparta de una constante histórica conflictiva en todo el mundo. A continuación se propone a los lectores el concepto de Derecho Económico como fruto de un conflicto, pugna que se inicia por la adquisición de los recursos escasos.

II. DERECHO Y ECONOMÍA; DERECHO ECONÓMICO

Conceptos preliminares

Concepto de derecho: La definición del derecho puede tornarse en una tarea digna de Sísifo, difícilmente una generación ha logrado un consenso sobre su contenido, definitivamente estos son los gajes de una disciplina fundamentada en el discurso humano, su mundo gira en torno a la retórica y es campo de grandes controversias:

“¿qué es el derecho? He aquí lo primero que el estudioso se pregunta, al bollar el umbral de la ciencia jurídica. El problema, lógicamente anterior a los demás de la misma disciplina es, al propio tiempo, el más arduo de todos. Los autores que lo abordan no han conseguido ponerse de acuerdo ni en el género próximo ni en la diferencia específica del concepto, lo que explica el número increíble de definiciones y la anarquía reinante en esta materia” (Máynez; 1989, 3).

Hoy en día se corrobora la afirmación expresada por García Máynez al momento de comenzar su introducción al *Estudio del Derecho*, desborda los propósitos del presente escrito proponer un concepto de derecho. Por ello se propone uno de los múltiples significados que puede adoptar la palabra Derecho a fin de establecer como lo diría Weber un tipo ideal, o en palabras más recientes un presupuesto epistemológico para indicar unos aspectos de la idea de derecho que rodean éste texto, dadas estas aclaraciones acogemos

uno de los conceptos más compartidos y que ha persistido a pesar de las innumerables críticas, se trata del concepto establecido por Hans Kelsen que significa al derecho como sistema normativo coactivo

Concepto de Economía: Haciendo las salvedades adoptadas en el concepto de derecho, se establece para el presente texto el concepto de economía más acogido por los economistas: *la ciencia de la administración de los recursos escasos*:

“¿Qué es la economía? En los últimos cincuenta años, el estudio de esta ciencia se ha expandido y abarca una variedad de temas. ¿Cuáles son las principales definiciones de esta disciplina cada vez más amplia? [...] Economía es el estudio de cómo las sociedades utilizan recursos escasos para producir bienes valiosos y distribuirlos entre diferentes personas” (Samuelson & Nordhaus: 2006, 4-5).

Una vez agotada la definición de estos conceptos preliminares corresponde describir sus posibilidades de relación existentes entre ellos

Propuestas analíticas

A fin de dar un tratamiento en perspectiva de la materia, es preciso indicar que en el origen del derecho se encuentra implícito el conflicto y la relación derecho y economía encarnada en el pacto plasmado para lograr un Estado de tranquilidad que permita la vida en comunidad. Mediante actos económicos se satisfacen las necesidades, pero como éstas son ilimitadas y los recursos escasos, se produce una insatisfacción que lleva a la guerra como fenómeno económico antes que jurídico relacionado con necesidad de poner límites y definir el campo de la propiedad de cada persona o Estado, sin embargo, el caos no puede ser constante porque imposibilitaría la vida social, en palabras de Carnelutti:

“la Divisa de la economía es Homo hominis lupus [...] ésta es la raíz de la guerra la invasión del dominio [...] Se establece una relación física entre el hombre y el bien el cual queda retenido bajo su dominio, es decir, en la esfera sometida a su fuerza física [...] EL burto tiene su esencia en la guerra, la guerra es desorden [...] los hombres no pueden vivir en caos, el orden es tan necesario como el aire que respiran [...] Los hombres se hacen la guerra pero necesitan vivir en paz. La guerra, pues no tanto termina con la paz, cuanto que tiende

a la paz. Como el Dominio, como la guerra, así también el tratado de paz es, por tanto, un producto de la economía pura” (Carnelutti: 2008,9-12).

De ese presupuesto caótico y conflictivo, surge el puente necesario del derecho, cuando los hombres se cansan de la guerra y requieren una paz continúa, requisito ideal de los Estados modernos:

“Pero, mientras se mantiene en el terreno puramente económico, el contrato no ofrece a la paz ninguna garantía [...] La paz es un tregua, desde el punto de vista económico, por ello la economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad” (Carnelutti: 2008,9-12).

Posibilidades de relación entre el derecho y la economía

Dados los anteriores presupuestos corresponde hacernos las siguientes preguntas ¿cómo se relacionan el derecho y la economía? y ¿qué se entiende por derecho económico?

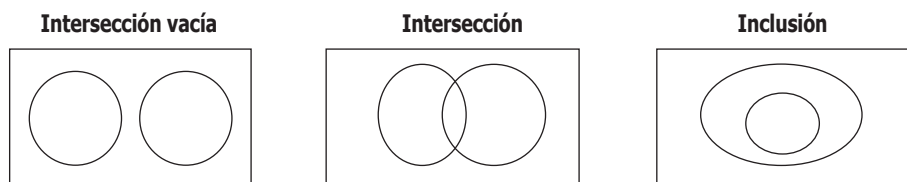
El filósofo y jurista Pablo Márquez Escobar al presentar un estado del arte, conforme los diferentes trabajos en el plano internacional y nacional, establece como referente la publicación *Journal of Law and Economics* de la Universidad de Chicago en el año de 1958, concluyendo en el denominado activismo judicial de la Corte Constitucional.

Del mencionado estado del arte se colige la actualidad de los campos I) Análisis Económico del Derecho y II) Derecho Económico, que reseña en los siguientes hechos: i) el creciente aumento de publicaciones (en I y II), ii) la incipiente creación de programas para abogados (en I y II), iii) los concursos, becas implementados para el desarrollo de estudios (en I y II), y, iv) la permanente polémica entre abogados y economistas, que conforme la fecha del artículo corresponden a los primeros diez años de la Constitución de 1991 y en consecuencia al papel protagónico de la Corte Constitucional (Márquez: 2004, 25).

Ahora bien, la fortaleza del escrito estriba en la propuesta de relaciones analíticas entre el derecho y la economía y los diversos modos de significado que puede adquirir la expresión derecho y economía observando la función

lógica¹ de la partícula (**Y**), tarea que desarrolla usando de manera novedosa los diagramas del matemático Vehn; (Márquez: 2004, 27-29).

Figura 1
POSIBILIDADES ANALÍTICAS DE RELACIÓN CONFORME
LA FUNCIÓN LÓGICA (Y).



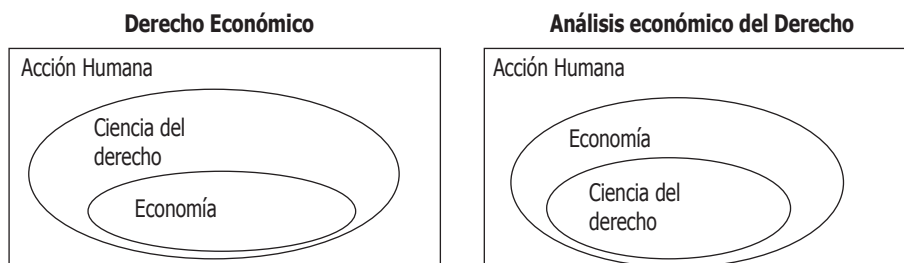
Fuente: Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*, Limusa, Balderas, México, 2000. Pág. 332 y sigs citado por (Márquez ;2004; 27).

El primer cuadro expone las perspectivas que indican la **inexistencia** de relación entre el derecho y la economía, en el segundo se predica la existencia de elementos comunes pero con una autonomía de los conjuntos, el último implica una relación de subordinación una disciplina del saber puede contener a la otra; en esta última han girado la mayoría de escritos en torno a las posibles relaciones entre el Derecho y Economía.

Ésta división analítica ofrece diversas ópticas de estudio partiendo de las definiciones iniciales; el derecho como sistema normativo coactivo y la economía como administración de los recursos escasos. Márquez Escobar precisa que éstas visiones son producto de asignarle a cada área del saber un carácter científico o disciplinar prevalente dada su general aplicación en la sociedad y, en consecuencia a su disciplina complementaria un carácter subordinado e instrumental, de forma tal que propone como resultado de ésta división, entre otros, los siguientes campos de estudio de la acción humana: I) el derecho económico, y II) el análisis económico del derecho. Es preciso reiterar que las principales corrientes de debate en Colombia han presupuesto la autonomía y jerarquización de las disciplinas del saber, áreas que en esos términos corresponden, entre otros, a los siguientes gráficos (Márquez: 2004, 34-39):

¹ Entendiendo como función lógica la que permite establecer relaciones entre enunciados simples. Copi, Irving y Cohen, Carl. *Introducción a la lógica*, Limusa, Balderas, México, 2000. Pág. 332 y sigs citado por Márquez (2004, 27).

Figura 2
POSIBILIDADES BÁSICAS DE RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA DESDE LA PERSPECTIVA ANALÍTICA.



Fuente: Ídem.

Las anteriores posibilidades de relación analíticas, se mueven en el campo de la clásica lógica binomial 0-I, donde las definiciones son tajantes y las relaciones entre el derecho y la economía se establecen de manera instrumental y subordinada.

Pero que ocurriría si observáramos el fenómeno desde una lógica difusa, o desde la teoría de sistemas, o desde la lógica abductora propuesta por Peirce que clasifica los tipos de personas y por lo tanto las disciplinas del saber en Ciencias, Artes y, Pragmáticas, tan solo el derecho se mueve en los tres campos, ahora se puede imaginar las posibilidades de pensamiento entre las dos ciencias:

Figura 3
PERSPECTIVA DESDE LA LÓGICA ABDUTIVA PEIRCE (Niño; 2001)



Fuente: Peirce Abducción y práctica médica, Douglas Niño.

Hasta el momento Gunther Teubner en su trabajo en la *London School of Economics* ha explorado esas posibilidades de relación desde la teoría de sistemas y los estudios críticos del Derecho CLS², indicando como el derecho y la economía se interrelacionan como sistemas partiendo de los malentendidos existentes entre las dos disciplinas, describir este campo de análisis es una tarea inmensa que por el momento solamente se puede trazar.

Concepto de derecho económico:

Es así como en éste punto de la ilustración se observan, entre otras las siguientes definiciones de derecho económico: En Colombia El profesor Jhon Jairo Morales Alzate, basándose en la declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la expresión de los doctrinantes políticos del catolicismo Tomás de Aquino y Jacques Maritain, propone el siguiente concepto:

“El derecho económico constitucional, es aquel que establece un orden fundamental normativo, el cual contiene en su esencia elementos básicos tales como: valores y principios con el único fin de dignificar al hombre para un mejor vivir. Son elementos básicos del concepto: a) El orden Fundamental, b) los valores y principios, c) La dignificación de la persona, esto último como concepto esencial y, d) un mejor vivir” (Morales: 63, 2005).

De otro lado, el profesor Argentino Raúl Aníbal Etcheverry recogiendo conceptos de diversas fuentes después de trazar los inicios de la disciplina en el año de 1911, con la doctrina alemana de Justus Hedeman, su transcurso por la etapa histórica de la intervención del Estado en la economía para concluir en el reciente liberalismo económico, y el pensamiento social de la Iglesia Católica, propone un concepto objetivo:

“La línea objetiva de caracterización del derecho económico, entiende que la economía es el objeto esencial del mismo; por lo tanto, este derecho es el de la ordenación de la economía. No toda norma sería de derecho económico, sino sólo aquella que se refiera primariamente a la ordenación económica” (Etcheverry: 2008, 8).

² Al respecto se puede ver: “*The two faces of janus: Rethinking legal pluralism*” en, Law and Power: Critical and Social-Legal Essays ed. Tuori, Bankowski & Uusitalo. Legal Semiotics Monographs. Deborah Charles Publications. Liverpool, Uk. 1997. Agradezco al profesor y colega Germán Rodríguez por permitirme leer su traducción inédita.

Desde otras latitudes en Chile se observa un concepto basado en el carácter instrumental del derecho y la protección del orden público económico:

“[...] conjunto de normas y principios jurídicos que regulan la actividad económica de los agentes privados y del Estado, y permitan a éste alcanzar los objetivos que se han propuesto en el diseño de sus políticas económicas, dentro del contexto de las reglas que configuran el orden público económico” (Zavala Y Morales: 2010, 12).

Otro jurista Chileno al comentar la anterior definición construye la propia añadiéndole las características de: i) instrumentalidad, ii) defensa del orden público económico, iii) carácter dinámico y finalista:

“También puede describirse como la rama del derecho enfocada a la microeconomía y macroeconomía, es decir, hacia los sujetos (Familia, Empresa, Estado a nivel macroeconómico) que participan de ella y la relación que existe entre ellos; estudia la economía desde una perspectiva jurídica” (Tagle: 2010, 27).

Se puede anotar que las anteriores definiciones se encaminan a establecer una prevalencia del derecho sobre la ciencia económica. Recordando la descripción de las relaciones analíticas se observa claramente en éstas definiciones el carácter subordinado de la ciencia económica respecto de la disciplina jurídica.

Estado actual del derecho económico en Colombia

Teniendo en cuenta las herramientas analíticas del trabajo de Márquez Escobar abordaremos los escritos sobre la relación entre el derecho y la economía en Colombia.

En primera instancia se observan escritos basados en fuentes secundarias encaminados a establecer las posibles relaciones entre el derecho y la economía. De otro lado se presentan documentos de prestigiosos sectores de la academia encaminados a describir el transcurso de la relación en la práctica jurídica.

Muchos de los documentos observados asumen la relación del derecho y la economía desde la perspectiva analítica a fin de proponer sus posibles intersecciones, y en consecuencia establecer una tipología de normas existentes en el plano del derecho económico.

Por ejemplo, el profesor Germán Burgos Silva buscando responder la inquietud respecto de las condiciones en las cuales el marco legal tiene un rol en

el desarrollo económico de los países subdesarrollados reconstruye a nivel mundial las diferentes posturas implementadas para abordar el tema, al describir las líneas analíticas dominantes encuentra tres tipos de relaciones: i) el derecho como instrumento del desarrollo económico, ii) el derecho como incentivo adecuado para el funcionamiento competitivo y, iii) el derecho como elemento neutral frente al desarrollo económico (Burgos: 2009, 11-14).

Al estudiar la descripción detallada que el Doctor Burgos hace de las tres perspectivas se observa que la opción 1 se enmarca en el campo del Derecho económico, es decir como el derecho que prescribe el desarrollo de la economía, en la opción 2 se denota el influjo del análisis económico del derecho, es decir, un derecho que es afectado por la economía y, en la 3 una visión analítica que descarta las posibles congruencias entre el derecho y la economía (Burgos: 2009, 15-17).

En consecuencia, detalla las “principales funciones para el desarrollo del sistema jurídico” (Burgos: 2009, 14), a saber: 1º como marco jurídico que genera un ambiente de predictibilidad necesario para el desarrollo de la actividad económica, 2º El derecho como protector de la propiedad privada, 3º El derecho protector de la libertad contractual, del derecho de asociación y de las expectativas futuras del sector privado, 4º un derecho que establece límites a la intervención arbitraria del Estado en la economía.

Sin embargo, al diagnosticar el impacto del derecho en las economías de mercado libre surgen incongruencias sobre la realidad y la finalidad del derecho, al citar el trabajo de Robert Sherwood, el doctor Burgos destaca las siguientes:

“Prácticas contractuales privadas, creación y seguridad de los derechos de propiedad (deficiente protección a la propiedad intelectual), disputas del sector privado con los funcionarios públicos, control a la calidad de las promulgaciones legislativas (problemas de creación y aplicación de normas), supresión de las actividades delictivas (índices de impunidad)” (Burgos: 2009, 14-15).

En el mismo sentido el relato resalta la inquietud constante de muchos autores por delimitar, definir u otorgar autonomía al derecho frente a la economía para abordar su estudio, pero, ¿Esa delimitación corresponde únicamente para su estudio, es un presupuesto epistemológico del derecho?, o ¿debe predicarse también de su práctica y efectos en la realidad colombiana?

No podemos pasar éste apartado sin indicar el trabajo del profesor Jairo Estrada Alvarez, respecto de la. Construcción del modelo neoliberal en Colom-

bia en la época 1970-2004, estudio que desde la perspectiva de la ciencia política ofrece un ilustrativo panorama de la política económica colombiana.

Por último en cuanto al tema de Derecho y desarrollo, desde otros países observan que en Colombia y en el mundo los procesos de integración económica están íntimamente relacionados desde su concepción y justificación con el desarrollo de un país, de ahí que sea importante plasmar en la Constitución la orientación de la política de integración económica, así lo comenta la doctrina extranjera al analizar los procesos de integración en América latina:

“l'intégration économique est obligatoirement confrontée au droit constitutionnel national. Dès son point de départ, puis dans l'articulation de plus en plus sophistiquée que l'ordre juridique d'intégration conforte au fur et à mesure de son développement, en particulier par ses compétences et au regard des pouvoirs régaliens de celui-ci” (Christophe: 2006, 27).

III. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La constitución política y las decisiones fundamentales

En el marco de los pactos constitucionales que se construyeron en 1991 para conjurar el conflicto social y armado interno, los debates constitucionales en materia económica buscaban establecer un orden económico propicio a un Estado Social de Derecho que implicara la democratización de la economía, en el sentido de otorgar a los ciudadanos la posibilidad de intervenir en la toma de decisiones económicas que los afecten, verbi gracia: la lucha contra la desigualdad, la propiedad como función social, las posibilidades de acceso a la propiedad privada y a los factores de producción, la posibilidad para los trabajadores de participar en las utilidades de las empresas, el saneamiento básico a través del imperativo situado fiscal, los derechos del medio ambiente y protección de zonas ecológicas etc.

Pero, en el campo normativo constitucional, en un nivel legislativo y reglamentario ejecutivo, así como en los hechos económicos del país, también se observa, la existencia de un proyecto de integración económica que dio paso a la apertura causando la quiebra de algunos sectores de la economía, la permisón de los monopolios, la limitación del derecho de asociación de los trabajadores y tercerización laboral, la reforma al sistema de salud que hoy en día va en debacle, el establecimiento de la educación como negocio “sin ánimo de lucro”, la desmedida concentración de la riqueza, la avaricia y

FEDERICO CASTELLANOS GÓMEZ PENSAMIENTO JURÍDICO, No. 32, septiembre-diciembre, Bogotá, 2011, pp. 211-246

exclusión del sistema financiero, el limitado acceso al crédito y a los medios de producción, la concentración en la tenencia de la tierra y cantidad de suelos productivos en Estado mostrenco, la contaminación ambiental por efectos de la producción industrial, entre otras, la producción minera en páramos, los niveles de pobreza, desigualdad y concentración de la riqueza en pocas manos, etc. Hechos que nos hacen pensar en torno al papel de la Constitución en el desarrollo de un país.

¿Qué decisiones se adoptaron en el plano constitucional, para dibujar este panorama?, ¿Qué rumbos se adoptaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente en materia de la regulación jurídica a la actividad económica?

Desde otras latitudes, el profesor de origen alemán nacionalizado en Estados Unidos Karl Loewenstein, para comenzar a exponer la teoría de la constitución conforme un recorrido histórico pone de presente la expresión *decisión fundamental*:

“La determinación de la decisión política fundamental, o toma de la decisión política, consiste en la elección de una, entre varias posibilidades políticas fundamentales frente a las que se encuentra la comunidad estatal. Como decisiones políticas fundamentales, deben considerarse aquellas resoluciones de la sociedad que son decisivas y determinantes, en el presente y frecuentemente en el futuro, para la conformación de la comunidad” (Loewenstein: 1959, 63).

En desarrollo de su idea, el heredero de Max Weber presenta la conjunción de la política y la economía, que acarrea como consecuencia inmediata el sentido económico de algunas decisiones constitucionales:

“Dado que la demarcación entre el contenido político y económico de una decisión ha desaparecido prácticamente, y dado que ambos campos están unidos inseparablemente, no cabe duda que se dé una decisión política fundamental con una substancia exclusivamente política o económica” (Loewenstein: 1959, 63).

Pero lograr la realización de los ideales constitucionales se torna en ocasiones en una tarea infinita, plasmar las decisiones fundamentales en la constitución no agota todo el camino por la concreción del derecho, la Constitución es un marco de acción normativo general que debe ser complementado por la decisión política ya sea de tipo legislativo y ejecutivo (Loewenstein: 1959, 63-64).

En el derecho económico alemán el Tribunal Constitucional al manifestarse sobre esta realidad indica como se implementan y desarrollan los dere-

chos constitucionales de contenido económico en el ámbito del desarrollo legislativo:

“En forma diferente a como ocurría en la constitución de Weimar (arts 151 y ss.) Tampoco reglamenta unos principios constitucionales concretos. Más aun deja ésta reglamentación al legislador, quien tendrá que decidir libremente al respecto dentro de los límites establecidos por la Ley Fundamental, sin que requiera para esto algo diferente a su legitimación democrática general [...] el trabajo consiste por consiguiente en asociar la libertad básica de reglamentación en el ámbito político, económico y social, que debe garantizársele al legislador, con la protección de la libertad, a la que tienen derecho constitucional también el ciudadano frente al legislador” (Tribunal Alemán. 1979, 11-12); (Schabe: 2003, 11-12).

La invitación del presente se dirige a estudiar la Constitución Política desde la perspectiva económica, ejercicio que implica observar las decisiones fundamentales que el constituyente asumió respecto de la regulación de la actividad económica.

Las preguntas que surgen al leer al Loewenstein giran en torno a las decisiones adoptadas en materia económica por los constituyentes colombianos en el año de 1991, a priori se observan decisiones que significaron cambios en la estructura del Estado y decisiones sustanciales en materia de regulación económica.

Cambios en la estructura de estado

Estado Social de Derecho, aplicación prevalente de la Constitución, Tribunal Constitucional.

Primer Cambio: El establecimiento de un Estado Social de Derecho aunado a la aplicación prevalente de la constitución y su carácter vinculante, implicó una transformación jurídica importante como se revela en el artículo primero de la Constitución Política. Así mismo, el artículo cuarto estableció la prevalencia constitucional en el sistema de fuentes del derecho colombiano, hecho legislativo que trazó todas las diferencias en las prácticas jurídicas durante estos veinte años por medio de providencias importantes del denominado activismo judicial y el uso extendido de la tutela:

Artículo 4º CP:

“La constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”

Este cambio ha significado la irradiación del derecho constitucional en todas las ramas del derecho, en la ordenación de la actividad económica es una realidad latente, de tal forma que el derecho constitucional deviene en fuente del derecho privado regulando el ejercicio de la actividad económica, así lo exponen entre otros; el exministro de justicia Néstor Humberto Martínez Neira para explicar los principios constitucionales sobre el tránsito legislativo en materia societaria (Martínez: 2010, 13); el Maestro y redactor del código de comercio Ignacio García Narváez de una manera más precisa para indicar la confluencia de intereses privado y públicos y la salvaguarda del interés general en el desarrollo de las actividades económicas hechos jurídicos que se plasman en la Constitución (García: 2008, 49); el profesor Juan Jorge Almonacid Sierra en el caso de la propiedad privada y su establecimiento como función social que implica obligaciones de acuerdo al interés general, hecho constitucional que condensó las reformas liberales del año de 1936, encaminadas a transformar del pétreo derecho de dominio en la dúctil función social sujeta limitaciones como la extinción de dominio, el uso limitado y no arbitrario de la misma y, las diversas formas de expropiación (Almonacid: 2007, 446), así mismo, en la visión de la Constitución por medio del legado de Ciro Angarita Barón como instrumento jurídico para la democratización de la economía al establecer:

“el marco económico ontológicamente cualificado (que) parte de reconocer la desigualdad social existente en el país y la necesidad de actuar sobre este hecho, corrigiéndolo al promover condiciones sociales y económicas favorables que permitan el equilibrio y el acceso al ejercicio de las libertades económicas de las más desprotegidos” (Almonacid: 1998, 154).

De manera más detallada Juan Jacobo Calderón Villegas en la segunda parte de su obra *La Constitucionalización del Derecho Privado*, después de demostrar el fenómeno de la influencia que ejerce el derecho constitucional en el derecho privado, hace un recuento de los diversos discursos sobre el particular, en los ámbitos académicos y judiciales destacando tres; i) la crítica al fenómeno denunciando una sobreconstitucionalización, según voces de la Corte Suprema de Justicia, ii) las encaminadas a defender un amplio margen de acción en cabeza del sector privado que se ha visto afectado por las decisiones de la Corte Constitucional y, iii) la visión moderada de la constitucionalización en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional (Calderón: 2011, 68-69), estos discursos que giran en torno al puntilloso rol de la Corte Constitucional pueden

ubicarse en las diversas perspectivas, análisis económico del derecho, y derecho económico.

Segundo Cambio; el papel del Tribunal Constitucional, otro aspecto importante en la arquitectura constitucional de los Estados contemporáneos, es el rol del Tribunal Constitucional que implica la legitimidad del Estado, las posibilidades de protección efectiva de los derechos, la defensa de las minorías, la coherencia del sistema normativo en todos sus órdenes, la constitucionalidad del ejercicio del Estado con los principios constitucionales, etc. Tareas que para muchos sectores de la academia y de la sociedad colombiana un Tribunal constitucional no puede ser el órgano más legitimado para asumirlas:

“[...] la materialización de los derechos fundamentales pone en cuestión la legitimidad del juez constitucional. La función de defensa de la constitución es entendida como derogación de la normatividad infraconstitucional incongruente con la constitución. Pero dicha tarea no puede ya ser presentada como una actividad técnico jurídica. Pues implica la realización de valoraciones y la adopción de decisiones para las que un órgano configurado según el modelo de un tribunal no está legitimado [...]” (Estévez: 1994, 140).

En el mismo sentido crítico, surge una problemática que ha sido objeto de álgidas discusiones en Colombia, ¿En qué medida el ejercicio del rol otorgado a un Tribunal Constitucional impide y afecta el ejercicio del Gobierno y la actividad legislativa rompiendo con la clásica división de poderes?, inquietud que no ha sido ajena a la teoría constitucional:

“Este periplo por el ideario radical nos pone ahora en situación de reconocer las dificultades y posibilidades de esa tradición, frente a los problemas generados por la misma existencia del texto constitucional. Por un lado, según dijimos, el radicalismo no populista debe resolver de qué forma darle relevancia a la Constitución sin obstaculizar irrazonablemente las posibilidades de autogobierno de cada generación” (Gargarella: 1996, 132).

En Colombia, la creación de la Corte Constitucional bajo misión de ser guardiana e intérprete de la Constitución, significó el cambio estructural que permite salvaguardar el carácter vinculante y aplicación prevalente de la Carta política, así lo expone el Doctor Villar Borda:

“principalmente por la idea de la supremacía de la Constitución, que es donde se deriva realmente la función de control constitucional” (Borda: 2003, 451).

No obstante, la gran mayoría de trabajos se han encaminado a estudiar e implementar metodologías para el análisis de las providencias de la Corte Constitucional, tedioso sería el recuento de los escritos que elaboran líneas jurisprudenciales sobre multitud de temas implementando la popular metodología de Diego López transcrita en el difundido libro *el Derecho de los Jueces*, por ejemplo, la citada obra de Juan Jacobo Calderón es una clara muestra puesto que se dedica a describir el ejercicio jurídico del Tribunal Constitucional Colombiano en temas propios del derecho privado, sin embargo, es necesario considerar si el papel de la Corte se ha limitado a incursionar en el derecho privado o, si ha sido más amplio, se puede correr el riesgo de naturalizar y asumir que el análisis del papel de la corte constitucional es el análisis de las líneas jurisprudenciales.

El papel de la corte constitucional en el modelo económico de Colombia

En el campo del derecho económico Rodrigo Uprimny y Cesar Augusto Rodriguez, con la autoridad que otorga la academia y la práctica judicial en la Corte Constitucional, estudian con detenimiento la existencia de un modelo económico en la Constitución.

Los autores ofrecen una tipología de constituciones que permite identificar conceptualmente los ordenamientos jurídicos, para el caso colombiano sugieren que la Constitución corresponde a un documento de tipo valorativo y/o programa que además tiene un valor vinculante normativo, forma constitucional que predomina los Estados actuales, no obstante, los autores especifican las consecuencias respecto de la constitución económica:

“Esto no implica constitucionalizar un modelo económico, pero sí que la política económica tiene restricciones normativas” (Uprimny: 2005, 26-27) (subrayado fuera de texto).

Al establecer los autores un punto mínimo de encuentro entre la Constitución y la economía, a saber, la regulación de la actividad económica, proceden a tipificar las formas como los Estados abordan esas restricciones normativas, para el caso colombiano concluyen que la Constitución además de reconocer los derechos económicos liberales como la propiedad privada y la libertad económica, consagra derechos sociales de prestación, adoptando un modelo de constitución abierta en el sentido de establecer unas restricciones y unas normas de crecimiento social pero sin imponer la forma como se deben aplicar:

“Nuestra tesis es que la Constitución colombiana de 1991 [...] es una Constitución normativa y valorativa de constitucionalismo social, en

la medida en que no sólo reconoce derechos liberales, sino también reconoce derechos sociales y les da una fuerza normativa; y es una Constitución abierta porque admite políticas económicas muy diversas para alcanzar esos derechos sociales” (Uprimny: 2005, 28-29).

Una vez los autores establecieron esos presupuestos entran a estudiar de manera más detallada los límites de la política económica en Colombia basándose en la distinción entre reglas y principios jurídicos planteada por Robert Alexy, sugiriendo la forma en que la Corte debería juzgar las temáticas económicas, ya sea un juicio leve en caso de ponderación de principios ó un juicio estricto que corresponda a reglas de derecho.

De tal forma que exponen una serie de nueve temáticas constitucionales en torno a los límites de la política económica en Colombia y les asignan una valoración de reglas o normas de acuerdo a los pronunciamientos de la corte constitucional tal como se observa en el siguiente cuadro que parafrasea el propuesto por Uprimny y Cesar Rodríguez, añadiendo para efectos del presente la columna de clasificación normativa correspondiente a reglas o principios (Uprimny: 2005, 31-32).

Cuadro 1
SUGERENCIA METODOLÓGICA DE UPRIMNY Y CESAR RODRIGUEZ RESPECTO
DEL JUICIO SOBRE REGLAS Ó PRINCIPIOS QUE DEBE APLICAR LA CORTE
CONSTITUCIONAL AL JUZGAR TEMAS DE DERECHO ECONÓMICO.

TEMAS	CLASIFICACIÓN
Reglas imperativas de manejo y prohibiciones constitucionales (C151 de 1995)	REGLAS
Competencias Institucionales diferenciadas (C481 de 1999)	REGLAS
Competencias Derivadas de la estructura autonómica y descentralizada (C160 de 2000, C1333 de 2000 y C315 de 2004)	REGLAS
Respeto a los procedimientos de producción normativa (C557 de 2000, C737 de 2001)	REGLAS
Excepcionalidad económica limitada (C122 de 1998)	REGLAS
Conceptos Constitucionales indeterminados (C- 317 de 1998)	PRINCIPIOS
Principios constitucionales de manejo económico y Hacienda Pública (C 383 de 1999 y C747 de 1999)	PRINCIPIOS
Principios de Derechos de Propiedad y derechos adquiridos (C 586 de 2001, C754 de 2004)	PRINCIPIOS
Protección de derechos sociales (C 671 de 2002, C038 de 2004)	PRINCIPIOS

Fuente: Adaptación del Autor, del cuadro referenciado en Uprimny y Cesar Rodríguez.

No obstante, el ilustrativo trabajo de Uprimny y Cesar Rodríguez, se presentan los siguientes interrogantes:

¿Los temas de los cuales se sugiere la metodología de principios no habrán sido objeto de desarrollos normativos que impliquen la estipulación de reglas específicas al respecto?

En los temas tratados como principios se sugiere la aplicación de la metodología jurídica propia de ponderación de principios, pero, ¿no representan temas que exigen una aplicación prevalente de la Constitución, es decir, no son temáticas que significaron decisiones constitucionales fundamentales en los términos de Karl Loewenstein?

Por ejemplo, si se asume el gasto social como un tema constitucional indeterminado ¿qué sucedería con las normas de rango constitucional y legal que desarrollan el situado fiscal, normas que han representado la ayuda y avance de muchos municipios en temas tan necesarios como saneamiento básico y agua potable?, ¿qué sucedería entonces con las regulaciones respecto del derecho de propiedad como función social que implica obligaciones y con los derechos sociales adquiridos?

Nos hemos acostumbrado a la metodología de ponderación de principios y elaboración de líneas jurisprudenciales de tal suerte que hoy en día se antoja natural y obvia, cuando se toman decisiones en materia de política económica por el máximo Tribunal Constitucional colombiano con fundamento en esa metodología, ¿no se trata en últimas de decisiones fatales? Como lo enunciaría Isaiah Berlin es decir, ¿cuándo el Tribunal indica o sugiere que pondera un principio respecto de otro no implica en consecuencia la toma de una decisión unívoca; por ejemplo, en temas de asignación de gasto público social la Corte al decidir por una interpretación y vía de gasto no sacrifica a otra?, ojalá existiera una mejor metodología para adoptar decisiones en materia de política económica o una mejor forma de describirla.

Visión Crítica

Una visión optimista de las reformas constitucionales sería una visión incompleta, en el concierto nacional existen voces de inconformidad respecto de las reformas en materia de política económica que sostienen la introducción de mecanismos complejos de toma de decisiones, hecho que influyó negativamente en el desarrollo del país, específicamente las críticas se ciernen sobre el papel que ha desempeñado la Corte Constitucional:

“La relevancia de esta tesis reside en el hecho de que los resultados económicos desde la década del noventa han sido insatisfactorios. En éste se demuestra que en diversos aspectos, los indicadores macroeco-

nómicos son menos favorables a partir de 1991 que en las dos décadas anteriores. Más aún, se evidencia que, mientras en Colombia los resultados económicos fueron desalentadores, en el resto de América Latina hubo mejora [...] Este es un punto central porque elimina la posibilidad de que el mal desempeño colombiano sea el resultado de factores externos adversos” (Lora: 2010, 17).

En el mismo sentido crítico se ha pronunciado Sergio Clavijo, señalando de manera puntual los efectos adversos de los fallos cobijados por la Corte Constitucional:

“[...] Analizamos temas relativos al efecto económico y fiscal que han tenido diversos fallos de la Corte Constitucional al ordenar la indexación de salarios-pensiones y la extensión de bonificaciones pensionales [...] La conclusión básica es que muchas de las intervenciones “activas” de la Corte tienen efectos socialmente “regresivos” y terminan imponiendo cargas fiscales permanentes que amenazan la estabilidad fiscal” (Clavijo: 2007, 172).

Es de resaltar que conforme la visión analítica, estas críticas parten de premisas propias de la ciencia económica para describir el desarrollo jurídico de la constitución de 1991, es decir, estarían el campo denominado análisis económico del derecho.

Se resalta que la implementación de un tribunal como guardián de la constitución y de los principios constitucionales de contenido económico no es una idea descabellada, el Tribunal Alemán es un prototipo de estas implementaciones, en un Estado que no acogió un modelo económico determinado, pero que si cuida que el desarrollo legislativo en temas económicos se acompase con la constitución:

“La Ley fundamental, que en su primer capítulo se limita esencialmente a los derechos fundamentales clásicos, no contempla ningún tipo de disposición ni garantía sobre un determinado ordenamiento económico [...] Es a esto a lo que se hace alusión cuando el Tribunal Constitucional Federal ha expresado que la Ley Fundamental es neutral a la política económica; el legislador puede seguir cualquier política económica que le parezca adecuada, siempre y cuando acate la Ley Fundamental, y en especial, los derechos fundamentales” Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán proferida en el año de 1979 citada por (Schabe: 2003, 11).

Cambios materiales

Los anteriores escritos abordan el derecho económico ya sea desde la definición y perspectiva analítica o desde el papel que ha desempeñado el máximo Tribunal Constitucional, escritos en los que la literatura jurídica ha sido prolífica, estos trabajos son construcciones basadas en meta-relatos como sentencias que interpretan la constitución ó escritos que definen su contenido económico, pero, al revisar la literatura no se observan trabajos que aborden desde la fuente primaria del derecho, es decir, desde la fuente normativa el contenido económico precisamente de la constitución.

Conforme los textos y trabajos reseñados en los anteriores apartados es posible afirmar que las tendencias teóricas se concentran en definir el concepto de derecho económico de acuerdo a las relaciones analíticas explicadas entre derecho y economía, para establecer un criterio de estudio que posteriormente se implementa para abordar la constitución económica, otro ejemplo, lo ofrece Norbert Reich quien elabora uno de los trabajos más emblemáticos al describir la relación entre mercado y derecho, en las especiales circunstancias históricas cercanas a la reunificación alemana, Reich establece el concepto de derecho económico para posteriormente estudiar bajo ese prisma la constitución en temas como derecho de la competencia y derechos de los consumidores:

“Si se acepta como cierta la hipótesis de partida de que la estructura económica de la sociedad capitalista burguesa, basada fundamentalmente en la función mediadora de mercados que operan sobre el presupuesto de la propiedad privada de los medios de producción, no puede continuar sin la intervención del Estado, resulta evidente que deberá plantearse necesariamente y de un modo central la cuestión de los fundamentos políticos y jurídico constitucionales del llamada intervencionismo estatal. Esta cuestión puede ser abordada desde dos ángulos distintos: desde la perspectiva del mercado y desde la perspectiva constitucional” (Reich: 1977, 67).

De esta forma se revela un método de estudio constante en los trabajos sobre derecho económico y que ha implicado los siguientes pasos: **i)** Establecer una definición o herramienta analítica del derecho económico basado en meta-relatos o fuentes secundarias y, **ii)** Bajo ese prisma abordar el estudio de la constitución económica, método que ha sido constante en los trabajos sobre la derecho económico y constitución económica.

A fin de proponer un trabajo de naturaleza jurídica se plantea al lector un cambio de orden; **i)** Realizar una lectura de la Constitución Política de 1991 buscando establecer de manera sistemática el contenido económico en la misma.

Un trabajo que obedezca a ese orden estaría en armonía con el sistema de fuentes del derecho establecido en el artículo 230 de la Constitución Política: la Ley, y los criterios auxiliares, en este punto es necesario resaltar que la constitución colombiana es una fuente invaluable de estudio porque es por definición y gracias a la evolución de la cultura jurídica nacional una fuente de derecho de aplicación prevalente, histórica porque es en sí una fuente primaria del derecho económico aplicable en Colombia en determinado tiempo, para el presente texto desde 1991 hasta hoy en día hecha la salvedad sobre las muchas reformas que ha sufrido la Carta Política.

Por eso, se propone a los estudiosos leer la Constitución buscando establecer las decisiones político-económicas que el Constituyente eligió de manera fatal sobre una gama de posibilidades; por ejemplo, se resalta el encendido debate que se presentó en torno a la función social de la propiedad reseñado por Diego Uribe Vargas (Uribe: 1995, 111-112):

“El derecho de propiedad fue objeto de discusión, tanto en la Comisión I como en la V, no sólo para consagrar el deber del Estado de promover el acceso a la propiedad y a conseguir la democratización de la misma [...] El aspecto que revivió las discusiones surgidas en el Congreso de 1936, respecto de la función social de la propiedad, favoreció amplio debate sobre la materia [...] En Algunos Proyectos, en particular el presentado por los delegatarios Raimundo Emiliani Román y Cornelio Reyes, se quiso modificar el concepto de función social de la propiedad [...] El acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, fue parte de las propuestas del informe-ponencia sobre derechos agrarios, en la cual los autores consignaron las siguientes palabras: “Se busca, por lo tanto, una democratización de la propiedad, entendida como el derecho al acceso productivo [...]” Informe ponencia para primer debate en plenaria. Derechos agrarios. Presentado por los constituyentes Angelino Garzón, Mariano Ospina Hernández. Marco A Chalita, Carlos Ossa Escobar e Iván Marulana. Gaceta Constitucional No. 86. Jueves 30 de mayo de 1991, p. 16, citado por Uribe (1995, 112).

¿Por qué se presentaron duros debates sobre un tema que se consideraba superado por las reformas Constitucionales de 1936, y que está a la orden del día desde el año 2010 por el desarrollo de la reforma agraria³ en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural?

³ El establecimiento de la función social de la propiedad en íntima relación con las reformas agrarias es un tema reiterado en la historia de Colombia, al respecto ver Botero (2006, 93).

La respuesta tanto para la propiedad como para la regulación de la actividad económica puede ser la conciencia política y jurídica de los representantes constitucionales sobre el poder del derecho y el efecto que lograrían en la sociedad en ese instante constitucional y en el futuro al plasmar sus principios políticos en un texto jurídico constitucional, la lucha constituyente descrita por Diego Uribe se encaminaba a establecer los principios del Estado en temas económicos, situación que encarna la descripción del derecho elaborada por Pierre Bourdieu:

“El proceso (en éste caso el proceso constitucional) representa una puesta en escena paradigmática de la lucha simbólica que tiene lugar en el mundo social, es una confrontación de puntos de vistas singulares, inseparablemente cognitivos y valorativos [...] El derecho consagra el orden establecido al consagrar una visión de este orden que es una visión de Estado, garantizada por el Estado [...] El Derecho es la forma por excelencia del discurso actuante capaz, por virtud propia de producir efectos. No es exagerado decir que hace al mundo social” (Bourdieu: 1987, 197-198).

Al leer la Carta Política de 1991 desde la perspectiva de la regulación constitucional en asuntos económicos, se observa la toma de decisiones fundamentales, encaminadas a proyectar el desarrollo del país a un futuro axiológico, procurando modificar las difíciles condiciones existentes en el instante constitucional de 1991, en ese momento toma importancia el carácter per-formativo del derecho, o en palabras de Bourdieu, el discurso actuante capaz de producir efectos, de modificar la realidad, de proyectar la actividad social a unos objetivos.

Es por ello que el constituyente se guardó de establecer el carácter per-formativo de la constitución por medio de su aplicación prevalente, acto que le dio vida jurídica a la regulación de la actividad económica, actuación que significó la toma de decisiones fundamentales en las siguientes temáticas:

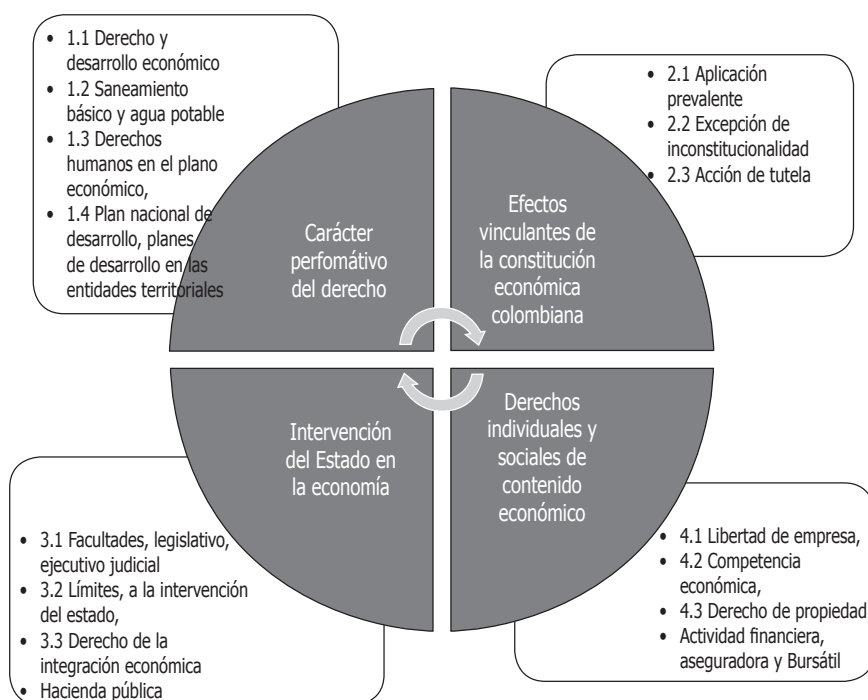
- 1 **Carácter performativo del derecho**, 1.1 Derecho y desarrollo económico, 1.2 Saneamiento básico y agua potable, 1.3 Derechos humanos en el plano económico, 1.4 Plan nacional de desarrollo, planes de desarrollo en las entidades territoriales.
- 2 **Efectos vinculantes de la constitución económica colombiana**, 2.1 Aplicación prevalente, 2.2 Excepción de inconstitucionalidad, 2.3 Acción de tutela.
- 3 **Intervención del Estado en la economía**, 3.1 Facultades, legislativo, ejecutivo judicial, 3.2 Límites a la intervención del Estado, 3.3 Derecho de la integración económica.

- 4 **Derechos individuales y sociales de contenido económico**, 4.2 Libertad de empresa, 4.3 Competencia económica, 4.4 Derecho de propiedad.
- 5 **Regulación de temas específicos**, 5.1 Actividad financiera, aseguradora y Bursátil, 5.2 Hacienda pública, 5.3 Monopolios.

Al efectuar una revisión bibliográfica se observa que éstos temas que en su mayoría han sido objeto de estudio por la doctrina nacional, pero que existen algunos que han sido obviados en el ejercicio académico colombiano.

En cada uno de estos aspectos la constitución ha surtido efectos durante dos décadas, algunos de los cuales para nada han sido pacíficos, a continuación, se propone en el gráfico un ordenamiento sobre el particular, de acuerdo a una lectura de la Constitución como fuente primaria desde la perspectiva del derecho económico:

Gráfico 1
CONTENIDO ECONÓMICO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.



Fuente: Constitución Política de 1991, elaboración propia del autor.

El gráfico describe las temáticas centrales del derecho económico en el ámbito constitucional, ¿se habrán estudiado?, ¿cuál es el estado del estudio y de apropiación social y jurídica de las normas constitucionales?

III. Tesauros del derecho constitucional económico

Después de resaltar la necesidad del estudio del derecho económico en Colombia, de reseñar algunas de las posibilidades de relación analítica entre el derecho y la economía, de destacar los trabajos característicos sobre la materia, de inventariar los temas que han concentrado las decisiones fundamentales de la Constitución económica y de proponer un cambio en el método de estudio se hace necesario abordar el estado de los trabajos presentes en las bibliotecas colombianas, a fin de contrastar estas propuestas de estudio con las referencias bibliográficas encontradas.

Para lograr el cometido se efectuaron búsquedas en las principales bibliotecas públicas y Universitarias colombianas, como la Biblioteca Luis Angel Arango adscrita al Banco de la República, la búsqueda giró en torno a éstos criterios básicos: i) Derecho económico, ii) Derecho y economía y, iii) constitución económica, al final de la pesquisa se encontraron 408 títulos relacionados.

Organizar y presentar los resultados planteaba la inquietud respecto del caos que representaba la gran diversidad de resultados, lo escritos eran de variados enfoques y presentaciones, se encontraron desde publicaciones seriadas unas monográficas, otras misceláneas de diversos temas que dedicaban algunos de sus espacios al derecho económico, otras institucionales periódicas ó esporádicas, resultados del trabajo de universidades y grupos de investigación, libros especializados, informes de comisiones gubernamentales o entidades multilaterales, informes de ONG`S, Relatorías de la ONU sobre el desarrollo de los derechos sociales económicos y culturales en América Latina, etc.

Afrontar éste reto era una inquietud constante, hasta que un día en medio de una biblioteca se decidió recurrir a los referentes más cercanos, de tal forma se recordó el trabajo del autor de este escrito en las bibliotecas conforme los sistemas de clasificaciones bibliográficas para facilitar la búsqueda de información, uno de los más paradigmáticos ha sido el sistema inventado por el bibliotecario universitario Melvil Dewey, conocido como el sistema Dewey que clasifica en 10 temas el conocimiento, sin embargo se podría argüir que el mencionado sistema surgió para suplir las necesidades de las bibliotecas, es decir que se trata de un tema instrumental de bibliotecología, así mismo, algunos podrían reprochar que el sistema era bastante anacrónico en las sociedad actual de comunicación en redes mundiales de conocimiento.

Reflexionando sobre esos posibles reproches una tarde se recordó que el mundo actualmente mantiene la inquietud y necesidad de clasificar el cono-

cimiento; el Tesauro de la Organización de las Naciones para la Educación la Ciencia y la Cultura UNESCO, es la muestra más palpable del esfuerzo que adelanta la humanidad por clasificar y aclarar el alcance de su conocimiento, en términos de la UNESCO:

“[...] el Tesauro de la UNESCO es una lista controlada y estructurada de términos para el análisis temático y la búsqueda de documentos y publicaciones en los campos de la educación, cultura, ciencias naturales, ciencias sociales y humanas, comunicación e información. Continuamente ampliada y actualizada, su terminología multidisciplinaria refleja la evolución de los programas y actividades de la Organización.” [...] “Lenguaje documental controlado y dinámico que contiene términos relacionados semántica y genéricamente que abarcan de manera exhaustiva una esfera concreta del conocimiento” (UNESCO, 2011).

El resultado final es la lista propuesta a continuación, este podría ser el comienzo de un Tesauro sobre el derecho económico, puesto que construir uno es una labor compleja y difícil que requiere la existencia de un grupo de trabajo, por ello el siguiente listado más que ser inmodificable es la propuesta de un Tesoro de conceptos sobre Derecho Económico que debe retroalimentarse y, por lo tanto cambiar dinámicamente:

1. Análisis económico del derecho
2. Derecho Civil
3. Derecho Comercial
4. Competencia Económica
5. Constitución Económica
6. Cortes, Tribunales Constitucionales
7. Constitución económica
8. Derecho Económico Concepto
9. Derecho Económico Historia
10. Derecho Económico bibliográfica
11. Derecho Económico Nacional
12. Derechos sociales, económicos y culturales
13. Desarrollo económico
14. Entidades Territoriales
15. Derecho Financiero
16. Integración Económica
17. Intervención del Estado en la economía
18. Derecho Penal Económico

19. Política Económica
20. Propiedad Privada

Desarrollo bibliográfico del derecho económico en Colombia

A nivel mundial el estudio del derecho económico desde la perspectiva de las relaciones existentes entre la disciplina jurídica y la economía cuenta con muchos años de trayectoria,⁴ no obstante, el campo de estudio denominado *Derecho Económico* aparece frente a muchas disciplinas jurídicas más antiguas y tradicionales por ejemplo el derecho civil, como un campo nuevo, etéreo, extraño, advenedizo.

De tal suerte que en sectores tradicionales de la academia la expresión derecho económico no deja de crear sorpresa o a lo sumo curiosidad que se condensa en la frase ¿y eso qué es?

Sin embargo, al estudiar el tema en las bibliotecas nacionales se observa una profusa labor que aborda el tema desde múltiples visiones indicando que no se trata de un concepto determinado y pacífico, sino que por el contrario, se percibe una constante polémica en torno a sus temáticas

En éste sentido el derecho económico relegado en la academia es un actor fundamental y protagónico en el desarrollo democrático y económico de un país, percepción similar se evidencia en el derecho comercial, donde se:

“Refleja puntualmente la paradoja del derecho comercial, pues no obstante ser el derecho preponderante en los negocios parece estar predestinado a permanecer en la sombra del derecho civil que persiste en ser considerado como el derecho hegemónico en la academia”
(Almonacid: 2007, 174).

Es así como en Colombia el derecho económico ha tenido un curso incipiente de aisladas voces que han venido en aumentando durante las últimas décadas sobre todo después de la Constitución de 1991, hecho que contrastado con la poca difusión académica llama la atención de los estudiosos.

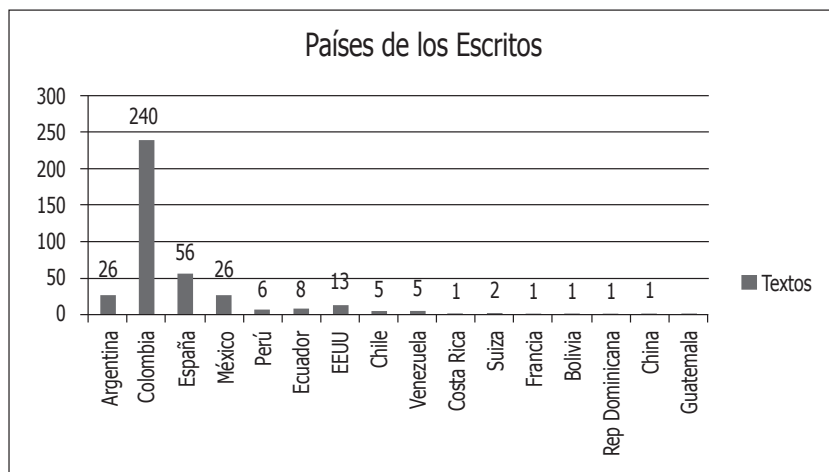
⁴ En la ciencia económica se observa el trabajo de Carlos Marx a mediados del siglo XIX quien identifica al derecho como la superestructura que permite la permanencia de la estructura económica. En la disciplina jurídica se encuentra el libro *Como Nace el Derecho* escrito en 1954 por Francesco Carnelutti quien dedica su primer capítulo *Derecho y Economía* para explicar en torno a esa relación el surgimiento del derecho moderno (Carnelutti: 2008, 9-12).

Por ello, el presente apartado pretende visibilizar una veta de estudio inmensa que requiere el desarrollo de una actividad académica colectiva y que en últimas busca concretar diversas inquietudes respecto del Derecho económico Colombiano, ojalá su lectura redunde en la creación de semilleros y grupos de investigación que signifiquen una sensibilización académica en torno al derecho económico.

En éste hilo de ideas el presente texto ha buscado respuestas a las preguntas ¿qué se entiende por derecho económico cual es objeto y método de estudio? ¿Cuál es el estado del estudio sobre el derecho económico y por ende de la constitución económica colombiana?, para resolverlas se efectuó un estudio de la constitución económica como fuente normativa y un sondeo sobre las publicaciones en torno a la Constitución Económica colombiana.

El anterior listado debe complementarse a fin de lograr un mejor entendimiento del desarrollo bibliográfico, es preciso describir cuales han sido los temas que se han tratado con mayor frecuencia, de donde proviene la literatura sobre derecho económico, durante que épocas se ha escrito más al respecto, una vez conocidos estos datos se puede intentar una descripción de la bibliografía existente en Colombia conforme diversos criterios, éste último apartado se dedica a esa tarea. A continuación se proponen una serie de gráfica que aborda la descripción cuantitativa de las temáticas sobre derecho económico:

Gráfico 2.
PROCEDENCIA DE LAS OBRAS SOBRE DERECHO ECONÓMICO HALLADAS EN LAS BIBLIOTECAS COLOMBIANAS



Fuente: Bibliotecas nacionales elaboración propia del autor.

Se observa aún después de cuatrocientos años de colonia, y doscientos de vida independiente republicana, la fuerte influencia de la madre patria en la denominada cultura material de la América equinoccial, siendo España el país extranjero con más publicaciones sobre derecho económico en las bibliotecas nacionales.

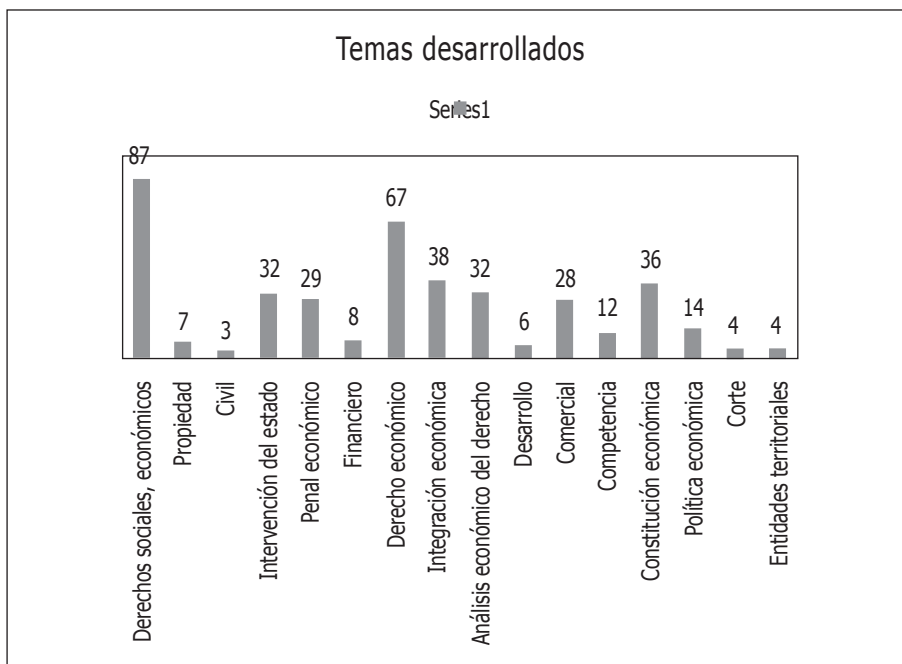
Gráfico 3
DESARROLLO DIACRÓNICO



Fuente: El autor, elaboración propia

Como se indicó al inicio, el Derecho económico ha tenido un desarrollo aislado que ha venido tomando fuerza después de promulgada la Constitución Política, del gráfico es posible proponer un provisional inicio solitario en el año de 1890, con el texto colombiano de Anibal Galindo titulado *Monografías de economía política: del derecho de propiedad*, para observar un creciente auge desde la década de los ochentas hasta el año 2010, claramente se observa que en los últimos treinta años ha empezado a tomar auge el derecho económico, se insiste, particularmente después de la Constitución Política de 1991.

Gráfico 4
TEMÁTICAS TRATADAS EN LA BIBLIOGRAFÍA NACIONAL



Fuente: El autor, elaboración propia

242

Los resultados sobre las temáticas desarrolladas en virtud del derecho económico son los más reveladores, se observa una gran prevalencia de los derechos económicos sociales y culturales en virtud de las relatorías auspiciadas por la ONU en diversos países de Latinoamérica, así mismo, se destacan áreas de estudio que ha tomado gran fuerza como la intervención del Estado en la economía, el derecho penal económico, el derecho de la integración económica, el análisis económico del derecho y, la constitución económica.

Se debe aclarar que la categoría derecho económico no es uniforme en la presenta gráfica puesto que reúne temáticas como: ontología y epistemología del concepto de derecho económico, su historia, sus connotaciones nacionales y, las diversas publicaciones seriadas y de selección monográfica sobre éstas temáticas.

CONCLUSIONES

El derecho económico ha tenido como disciplina un desarrollo creciente en el país en los años concomitante a la promulgación de la Constitución de 1991, lográndose un desarrollo de la cultura jurídica colombiana en torno a temas emergentes de derecho económico. De otro lado, una lectura de la Constitución expone temas de derecho económico que quizás no han sido desarrollados demarcando un campo de estudio que requiere la implementación de una lógica más compleja que dé cuenta de la interesante simbiosis entre el derecho y la economía. Realidades que evidencian las inmensas tareas pendientes en el estudio del derecho económico colombiano. Estas conclusiones preliminares recuerdan el proverbio chino: *un camino de mil millas comienza con un paso*, se espera que éste artículo propicie muchos primeros pasos en la academia jurídica colombiana.

BIBLIOGRAFÍA

- Almonacid Sierra, Juan Jorge, La propiedad en el estado social de derecho colombiano, en *El Derecho Administrativo En Los Albores Del Siglo XXI*, Bogotá, Editorial Universidad Del Rosario, 2007, p. 446-498.
- Almonacid Sierra, Juan Jorge y García Lozada, Nelson, “La constitución Económica de 1991: Instrumento Jurídico para la democratización de la economía Colombiana”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 10, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 1998, pp. 135-170.
- Almonacid Sierra, Juan Jorge, “Insumos para la Cimentación de la Historia del Derecho Comercial Colombiano a través de la Teoría del Transplante Jurídico”, en *Pensamiento Jurídico*, No 20, Bogotá, Universidad Nacional Facultad de Derecho, 2007, pp. 173-208.
- Borda Villar, Luis, “El rol de la Corte Constitucional para el avance del derecho en un país en desarrollo”, en *Derecho Económico, Colección Enrique Low Murtra*, Tomo IV, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 447-459.
- Botero, Sandra, “La reforma Constitucional de 1936, el Estado y las Políticas Sociales en Colombia”, en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, No. 33, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2006, pp. 85-109.
- Bourdieu, Pierre. *La Fuerza del Derecho*, Traducción de Carlos Morales de Setien Ravina, 2000, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 1987.
- Burgos Silva, José Germán, “*El Derecho y su impacto en el desarrollo Líneas analíticas dominantes*”, en *Dialogo de Saberes*, No. 7 Vol.4, Bogotá, Universidad Libre, 2009, pp. 11-23.
- Calderón, Juan Jacobo. *La Constitucionalización del Derecho Privado*, 1ª Ed., Bogotá, Temis, 2011.
- Carnelutti, Francesco. *Cómo nace el derecho*, Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, 4ª Ed., Bogotá, Temis, 2008.
- Christophe Tchakaloff, Marie France, “Intégration économique et droit constitutionnel”, en *Constitución e Integración*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, pp. 26-31

- Clavijo, Sergio, "Impacto Económico de Algunas Sentencias de la Corte", en Memorias del conversatorio *Diálogo entre abogados y economistas sobre la constitución en el aspecto económico*. Bogotá, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, 2007, pp. 1-26.
- Estevez Araujo, Jose Antonio, *La Constitución como Proceso y la Desobediencia Civil*, 1ª Ed., Madrid, Trotta, 1994.
- Etcheverry, Raul Anibal. *Derecho Comercial y Económico Parte General*, 6ª Ed., Argentina, Astrea, 2008.
- García Narvaez, José Ignacio. *Derecho Mercantil Colombiano*, 9ª Ed., Bogotá, Legis, 2008.
- Gargarella, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno*, 1ª Ed., Barcelona, Ariel, 1996.
- Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1982.
- Lora, Eduardo, "La situación económica y Social antes y después de la Constitución de 1991", en *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991: La influencia de la política en las políticas económicas*, Bogotá, Centro de Investigación Económico y Social- Fedesarrollo, 2010, pp 1-25.
- Márquez Escobar, Pablo, "Derecho y Economía: Relaciones", en *Centro de Estudios en Derecho Y Economía*, No 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Departamento de Derecho Económico, 2004, pp. 23-73.
- Martínez, Néstor Humberto. *Cátedra de Derecho Contractual Societario*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- Máynes García, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*, 32ª Ed., México, Porrúa, 1989.
- Morales, Jhon Jairo. *Derecho Económico Constitucional Colombiano "Una Breve Comparación con el Derecho Alemán"*, 5ª Ed., Bogotá, Ibañez, 2005.
- Niño Ochoa, Edison Douglas, "Peirce, Abducción y Práctica Médica" en *Anuario Filosófico*, No 34, España, 2001, pp. 51- 74.
- Reich, Norbet, *Mercado y Derecho, Teoría y praxis del derecho económico en la República Federal Alemana*, Barcelona, Ariel S.A., 1985.
- Samuelson, Paul A. & Norhdhaus, William D, *Economía*, México, McGraw- Hill, 2006.

Schwabe, Jürgen (Comp.), *Cincuenta años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Traducción de Marcela Anzola Gil, 1ª Ed., Bogotá, Ediciones Gustavo Ibañez y Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

Silva, Marcel. *Flujos y Reflujos, Proyección de un Siglo de Derecho Laboral Colectivo en Colombia*, 3ª Ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2005.

Tagle Vial, Carlos Ruiz. *Curso de Derecho Económico*, 1ª Ed., Santiago de Chile, Librotecnia, 2010.

Teubner, Gunther, "The two faces of janus: Rethinking legal pluralism", en *Law and Power: Critical and Social-Legal Essays* ed. Tuori, Bankowski & Uusitalo. Legal Semiotics Monographs. Deborah Charles Publications. Liverpool, Uk. 1997.

UNESCO (2011) Thesauro, en página web <http://databases.unesco.org/thessp/> (01.11.2011).

Uprimny Yepez, Rodrigo y Rodríguez Garavito, Cesar, "Constitución y modelo económico en Colombia. Hacia una discusión productiva entre economía y derecho", en *Dejusticia*, No. 31, Bogotá, DEJUSTICIA, 2005, pp. 23-40.

Uribe Vargas, Diego. *La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal*, 1ª Ed., Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1995.

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil, Ley, derechos, justicia*, 8ª Ed., Madrid, Trotta, 2008.

Zavala Ortiz, José Luis y Morales Godoy, Joaquín. *Derecho Económico*, 3ª Ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters Puntotext, 2010.

MATERIAL JURÍDICO NACIONAL

Constitución Política de Colombia promulgada en 1991, versión actualizada 2011, consultada en la página web de la secretaria del Senado Colombiano, disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html (01-11.2011).