

26

SERIE
DOCUMENTOS DE TRABAJO
DEPARTAMENTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

**El incidente de impacto
fiscal y la legitimidad
democrática de los
tribunales constitucionales**

Jorge Ernesto Roa Roa

SERIE DOCUMENTOS DE TRABAJO

El Departamento de Derecho Constitucional es una de las unidades académicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Sus documentos de trabajo dan a conocer los resultados de los proyectos de investigación del Departamento, así como las ideas de sus docentes y de los profesores y estudiantes invitados. Esta serie reúne trabajos de cinco importantes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociología jurídica, la teoría y filosofía jurídica,

Las opiniones y juicios de los autores de esta serie no son necesariamente compartidos por el Departamento o la Universidad.

Los documentos de trabajo están disponibles en www.icrp.uexternado.edu.co/

Serie *Documentos de Trabajo*, n.º 26
***El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática
de los tribunales constitucionales***

Jorge Ernesto Roa Roa

Este documento puede descargarse de la página web del departamento solo para efecto de investigación y para uso personal. Su reproducción para fines diferentes, bien sea de forma impresa o electrónica, requiere del consentimiento del autor y la editora. La reproducción de los documentos en otros medios impresos y/o electrónicos debe incluir un reconocimiento de la autoría del trabajo y de su publicación inicial.

Los autores conservan los derechos de autor. La publicación de este texto se hace bajo los parámetros del *Creative Commons Attribution*. El autor del documento debe informar al Departamento de Derecho Constitucional si el texto es publicado por otro medio y debe asumir la responsabilidad por las obligaciones consecuentes.

Para efectos de citación, debe hacerse referencia al nombre completo del autor, el título del artículo y de la serie, el año, el nombre de la editora y la editorial.

© 2015, Departamento de Derecho Constitucional,
Universidad Externado de Colombia.
Paola Andrea Acosta, Editora
Calle 12 n.º 1-17 Este, Of. A-306. Bogotá, Colombia
www.icrp.uexternado.edu.co/

Presentación

Los *Documentos de Trabajo* son un espacio para la reflexión y el debate. A diferencia de otros formatos, esta serie ofrece un palco para los trabajos inacabados, para la discusión de las ideas en formación y el perfeccionamiento de los procesos de investigación. Se trata pues, de textos que salen a la luz para ser enriquecidos con la crítica y el debate antes de pasar por el tamiz editorial.

En esta colección se sumarán cinco grandes áreas del conocimiento: el derecho constitucional, el derecho internacional, la sociológica jurídica, la teoría y filosofía del derecho. Además, de poner a prueba nuestras ideas, el cometido principal de esta publicación es aportar a los debates actuales, tanto aquellos que se viven en la academia como los que resultan de la cada vez más compleja realidad nacional e internacional.

Esta publicación está abierta a todos los miembros de nuestra Casa de Estudios, profesores y estudiantes, así como a quienes nos visitan. Esperamos contar con el aporte de todos aquellos interesados en la construcción de academia.

MAGDALENA CORREA HENAO
*Directora del Departamento
de Derecho Constitucional*

PAOLA ANDREA ACOSTA A.
Editora

El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales

Sumario: 0. Introducción. 1. Tesis sobre la legitimidad democrática de los jueces para tomar decisiones con efectos económicos. 1.1. El constitucionalismo liberal y la prohibición de intervención judicial en la economía. 1.2. El constitucionalismo débil y las respuestas democráticas o tecnocráticas a las decisiones judiciales. 1.3. El constitucionalismo deliberativo y los espacios de discusión pública dentro del proceso judicial. 1.4. Garantismo, Neoconstitucionalismo y la autosuficiencia de los métodos de interpretación para racionalizar las decisiones judiciales. 2. Objeciones a las premisas para el establecimiento de un Incidente de Impacto Fiscal. 2.1. Negación del carácter deliberativo del IIF, existencia previa de otros mecanismos verdaderamente deliberativos y carácter innecesario del IIF. 2.2. Negación del mito del activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia. 2.3. Consecuencias negativas del IIF en la actitud del juez constitucional y la infra-aplicación judicial de la Constitución. 3. Comentarios críticos a algunos elementos del Proyecto de Ley de IIF que se tramita ante el Congreso de la República. 3.1. La particularidad del control fiscal del ejecutivo a los jueces y no de éstos al ejecutivo o al legislador. 3.2. La inexplicable legitimación activa absoluta del Procurador General de la Nación. 3.3. Los problemas que se anticipan de los IIF que se tramitan actualmente. 4. Conclusiones generales.

INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo 3 de 2011 incorporó expresamente el criterio de sostenibilidad fiscal a la Constitución de 1991 y estableció un recurso, denominado Incidente de Impacto Fiscal (en adelante IIF)¹, contra las decisiones

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Gobernanza y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Ciencias Jurídicas Avanzadas de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Docente Investigador de la Universidad Externado de Colombia. Premio Constitución de Cádiz a la investigación en Derecho Constitucional (2012).

1. Se trata de un recurso y no de un incidente, aun cuando se haya denominado de esta forma, porque se presenta cuando el proceso ha terminado en un tribunal de cierre del ordenamiento, no recae sobre una cuestión accesoria en los términos del artículo 135 del Código de Procedimiento

(sentencias y autos posteriores a las sentencias) de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura. La ley 1695 de 2013 concretó el procedimiento y efectos de la resolución del IIF.

A propósito de esa trascendental reforma constitucional y de su desarrollo legislativo, el objetivo de este artículo es demostrar cinco tesis que comprenden aspectos teóricos y normativos sobre el IIF. La primera tesis es que la preocupación por el impacto económico de las decisiones judiciales es muy antigua, tanto en Colombia como en otros estados. Como consecuencia de la anterior, la segunda tesis afirma que a la cuestión sobre las sentencias que cuestan y la legitimidad de los jueces para proferirlas, se ha respondido de diferentes maneras por parte de la teoría general del derecho constitucional. En tercer lugar, se sostendrá que la intensidad del impacto económico de las sentencias es menor del que constantemente se afirma, con especial referencia a las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia. La cuarta tesis se refiere concretamente al IIF y considera que éste constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica en el razonamiento judicial porque implica un costo muy alto para la independencia y eficacia del sistema interno de protección de los derechos, causa una pérdida de oportunidad en el aporte del juez constitucional a la construcción de políticas públicas sostenibles y no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado Social de Derecho. Finalmente, se demostrará que la regulación del IIF en la Ley 1695 de 2013, lo convierte en una herramienta idónea para la asunción de un modelo de dictadura fiscal que conducirá a la infra aplicación judicial de la Constitución o al aumento de los conflictos entre los tribunales y el ejecutivo.

Vale la pena advertir que este artículo no se ocupa de la polémica que suscita la reciente inclusión de la sostenibilidad fiscal como criterio, regla o principio en las constituciones de Europa y América Latina². Lo anterior quiere decir que por razones de espacio y especificidad temática, no se discuten las ventajas o problemas de las fórmulas de sostenibilidad fiscal y su relación con la garantía de los derechos de las generaciones presentes y futuras. De esta manera, tanto partidarios como detractores de la sostenibilidad fiscal pueden coincidir en las cinco tesis propuestas; los primeros para proponer otro tipo de herramientas que sirvan a los objetivos económicos y, los segundos, para

Civil, sino sobre los efectos de la propia decisión final proferida por alguna de las cuatro Cortes. No se trata de un proceso dentro del proceso, sino de una objeción a la Sentencia, cualificada en virtud de los legitimados (Ministros y Procurador General de la Nación) y en virtud de la única e indeterminada causal que se puede invocar (alteración de la sostenibilidad fiscal).

2. Cfr. FERRERES COMELLA, VÍCTOR. "Amending the national Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy?". *Texas International Law Journal*, Vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 223-240.

fundamentar la inconveniencia de someter el respeto de los derechos fundamentales a criterios consecuencialistas mediante herramientas como el IIF³.

Para demostrar las cinco tesis, el artículo se divide en dos partes. En la primera, se analizan las diferentes repuestas que los modelos de constitucionalismo han proporcionado a la preocupación por los efectos económicos de las decisiones judiciales y el mal denominado activismo judicial. En la segunda parte, se demuestra que el establecimiento de un IIF no privilegia un genuino diálogo institucional, no aumenta la deliberación, no fortalece el sistema de protección de derechos, no aumenta la sensibilidad judicial por los efectos económicos de las sentencias, no contribuye a la racionalización de las decisiones judiciales y no fortalece la legitimidad democrática de los jueces.

1. TESIS SOBRE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LOS JUECES PARA TOMAR DECISIONES CON EFECTOS ECONÓMICOS

La forma como los diferentes modelos de constitucionalismo han abordado la preocupación por el costo del cumplimiento de las decisiones judiciales y el activismo judicial, se puede sintetizar mediante la respuesta que cada uno de esos esquemas ha dado a las siguientes tres preguntas: i) ¿Tienen los jueces legitimidad democrática para tomar decisiones con impacto económico? En caso de que tengan legitimidad democrática ii) ¿Deben los jueces tener en cuenta los efectos económicos de sus sentencias en el proceso de decisión? En caso de que deban tenerlos en cuenta iii) ¿Con qué mecanismos cuentan los jueces para considerar los efectos económicos de sus decisiones?

En este apartado se describe la respuesta que el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo débil, el constitucionalismo deliberativo, el garantismo y el neoconstitucionalismo han dado a cada una de estas preguntas. El propósito es ofrecer un contexto teórico en el cual ubicar la existencia de una respuesta de contenido económico a las sentencias que ordenan la protección de los derechos fundamentales.

1.1. El constitucionalismo liberal y la prohibición de intervención judicial en la economía

El constitucionalismo liberal responde de manera decididamente negativa a la primera pregunta. Es decir, en el modelo de Estado liberal, los jueces carecen

3. No se puede dejar de señalar que la fórmula establecida en el Pacto Fiscal de la Unión Europea, ha servido para abrir el paso a medidas de desmonte del Estado de Bienestar, bajo el argumento de que las políticas sociales son la causa de la crisis económica de la primera década del milenio. En América Latina y en Colombia específicamente, la sostenibilidad fiscal tiene causas externas e internas. Las primeras, se refieren a las exigencias de la Organización de Cooperación Económica para el Desarrollo (OCDE) de incorporar y, las segundas, a la intención más o menos constante de limitar la acción de tutela y sus efectos estructurales.

de legitimidad democrática para proferir decisiones que impliquen costos o que intervengan en la economía. El argumento principal que fundamenta esta respuesta se basa en una clásica objeción contramayoritaria, de acuerdo con la cual, si el legislador o el monarca tienen un mínimo margen de intervención en el mercado, no existen razones que respalden la intervención del menos democrático y capacitado de los poderes públicos, mediante decisiones que tengan consecuencias económicas.

Este artículo no es el espacio para refutar esa posición del constitucionalismo liberal⁴. Lo que interesa de este primer modelo de constitucionalismo es que, al adoptar la posición extrema de negar la posibilidad de que los jueces profieran decisiones con consecuencias económicas, torna innecesaria una respuesta a los dos siguientes interrogantes sobre la consideración de los efectos en el proceso de decisión y los mecanismos para contenerlos.

Lo anterior quiere decir que, en el modelo del constitucionalismo liberal, no se plantea la necesidad de un incidente de impacto fiscal o de una respuesta destinada a limitar las decisiones judiciales con efectos económicos, por una especie de sustracción de materia que consiste en que los jueces no tienen competencia para adoptar sentencias que tengan impacto económico.

1.2. El constitucionalismo débil y las respuestas democráticas o tecnocráticas a las decisiones judiciales

A diferencia del constitucionalismo liberal, el constitucionalismo débil no niega la competencia de los jueces para proferir decisiones con consecuencias económicas⁵. No obstante, desde este modelo de constitucionalismo se sostiene que, en la mayoría de los casos, los jueces son extremadamente generosos y no calculan el costo de sus decisiones (populismo judicial)⁶ e invaden las competencias del ejecutivo y del legislador, con el consecuente

4. UPRIMNY, RODRIGO. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la Economía”. Revista Precedente, núm. 25, 2006, pp. 37-68. En este artículo se refutan este y otros argumentos formulados por Kalmanovitz, Salomón. “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional”. Economía Colombiana, núm. 276 (noviembre), Contraloría General de la República, Bogotá, 1999.

5. Cfr. TUSHNET, MARK. Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton University Press. 2008.

6. Se trata de una posición que en Colombia ha sido de buen recibo también entre algunos economistas. Cfr. CLAVIJO, SERGIO. Fallos y Fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000. Revista de Derecho Público, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001. p. 29. “Dejar que el populismo o las posiciones totalitarias dictaminen sobre las bondades de ciertas interpretaciones de la Carta sería tanto como renunciar al ejercicio de una sana regulación y un adecuado ordenamiento estatal, basado en leyes expedidas por el Congreso de la República, que busquen el progreso social, en un ambiente de libertad económica”.

debilitamiento de la separación de poderes y la generación de inseguridad jurídica para las empresas y la inversión extranjera⁷.

Con base en estas críticas, el constitucionalismo débil responde a la segunda pregunta mediante el planteamiento de la necesidad de que los jueces tengan en cuenta los efectos económicos de sus decisiones. También, propone un conjunto de mecanismos externos que permiten al legislador o al ejecutivo contestar las sentencias que excedan las competencias judiciales o afecten gravemente la economía del Estado. Se trata de una reacción democrática en el primer caso y tecnocrática en el segundo.

Dentro de las reacciones democráticas se encuentran las respuestas legislativas, que son mecanismos con los cuales el legislador se puede oponer a una determinada decisión judicial⁸. Los dos ejemplos más interesantes de este tipo de respuestas son los sistemas constitucionales del Reino Unido y Canadá. El primero es el modelo de control judicial establecido mediante la Human Rights Act de 1998, que faculta a los jueces para emitir declaraciones de incompatibilidad de una ley, ante las cuales, el Parlamento asume la competencia definitiva de decisión sobre la derogación o modificación de la ley, lo cual puede hacer mediante un procedimiento legislativo expedito⁹. Este modelo es cercano al establecido en Nueva Zelanda, en el que las decisiones de los jueces constituyen simples mandatos interpretativos para el legislador¹⁰. El segundo ejemplo es el artículo 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982¹¹, que establece la denominada cláusula

7. La seguridad jurídica como un objetivo en función de las empresas y la inversión extranjera, resulta en sí mismo polémico desde el punto de vista jurídico y económico. No obstante, al margen de esa discusión, vale la pena hacer dos breves comentarios sobre las críticas que sostienen que las decisiones de la Corte Constitucional son una causa principal de la inseguridad jurídica. En primer lugar, existen estudios que demuestran que el desarrollo legislativo de nuevas constituciones o reformas constitucionales, aunque genera un nivel de inseguridad jurídica, resulta necesario para desarrollar las instituciones, derechos y objetivos del nuevo texto constitucional. Eso fue precisamente lo que sucedió en Colombia en la primera década de vigencia de la Constitución de 1991, de manera que no puede imputarse la responsabilidad de tal efecto a la exclusiva acción de la Corte Constitucional. En segundo lugar, las críticas a la intervención de la Corte Constitucional asumen un concepto extremo de seguridad jurídica, de acuerdo con el cual, toda potencial modificación del ordenamiento –mediante el control de constitucionalidad o la revisión de las sentencias de tutela– genera niveles de incertidumbre en el mercado que disuaden a los inversionistas.

8. Aunque en Colombia existen pocos estudios específicos sobre las respuestas legislativas a las decisiones de la Corte Constitucional, eso no implica que este tipo de reacciones no sea posible o no se haya intentado mediante leyes o reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, que tienen como objetivo modificar o dejar sin efecto sentencias de la Corte Constitucional.

9. EWING, KEITH. "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy". *The Modern Law Review*, vol. 62, No. 1, enero, 1999. pp. 79-99. DAVIS, FERGAL. "Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK". *Parliamentary Affairs*, vol. 67, 2014. pp. 137-150.

10. TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights*. op., cit. pp. 43-66.

11. *Ibid.*

no obstante, por medio de la cual, el legislador puede proteger una ley ante decisiones judiciales de inconstitucionalidad, mediante la aprobación de una salvaguarda que mantiene vigente la ley, no obstante, la decisión judicial, por periodos de cinco años que pueden ser renovados indefinidamente¹².

El segundo tipo de reacciones, de carácter tecnocrático, está conformado por aquellas respuestas que no provienen del legislador sino del poder ejecutivo y que no tienen como presupuesto la vigencia de la decisión adoptada por el órgano deliberativo, sino los argumentos de técnica económica del gobierno. Un buen ejemplo de este tipo de reacciones es el actual diseño del IIF. Éste implica un privilegio de la posición de los miembros del ejecutivo en relación con la eficacia de las decisiones judiciales y crea un sistema de reacción, de trámite obligatorio, en el que se discuten exclusivamente los argumentos técnicos que discrecionalmente proponen los Ministros del Gobierno o el Procurador General de la Nación.

Las dos características principales y comunes de las reacciones democráticas y tecnocráticas son, en primer lugar, que se despoja al juez de la última palabra en materia de protección de derechos y se asigna la decisión final al legislador o al ejecutivo. En segundo lugar, la preeminencia de los argumentos consecuencialistas sobre los razonamientos axiológicos o, como lo señala Rodolfo Arango¹³ con base en la distinción formulada por Ronald Dworkin, de las razones de conveniencia sobre las razones de principio¹⁴.

En conclusión, el constitucionalismo débil reconoce un mínimo de legitimidad democrática a los jueces para adoptar decisiones con impacto económico, pero considera relevantes esos efectos económicos en el proceso de decisión. Por esta razón, establece unos mecanismos para contrarrestarlos que incluyen la intervención de los demás poderes del Estado y un traslado de la última palabra en materia de protección de derechos fundamentales de los jueces al legislador o al ejecutivo.

12. Se trata de una especie de veto suspensivo por medio del cual se confiere al legislador la facultad de "(...) anular la decisión de los jueces pero sólo después de emprender una vez más la discusión y tomar una nueva decisión sobre el tema". NINO, CARLOS SANTIAGO. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997. p. 293.

13. ARANGO, RODOLFO. "Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal". *Revista Zero. Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales. Universidad Externado de Colombia*. pp. 70-72.

14. DWORKIN, RONALD. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2012. p. 148. "Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación [racial en los Estados Unidos], y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio".

1.3. El constitucionalismo deliberativo y los espacios de discusión pública dentro del proceso judicial

El constitucionalismo deliberativo tampoco niega de plano la competencia de los jueces para adoptar decisiones con efectos económicos cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales. No obstante sostiene, en primer lugar, que en una democracia el poder judicial carece de la capacidad técnica y de la plena formación para tomar decisiones que incluyen aspectos económicos¹⁵ y, en segundo lugar, que el mal llamado activismo judicial desmoviliza políticamente al ciudadano, quien espera recibir los regalos del juez, en lugar de exigir a su representante en el parlamento el cumplimiento de los programas electorales y el desarrollo de las promesas de la Constitución.

Con el fin de compensar esa incapacidad técnica, desde este modelo se propone la implementación de mecanismos que fomenten la deliberación dentro y fuera de los tribunales. El objetivo es lograr la expresión de voces expertas de ciudadanos, académicos, legisladores y del gobierno, respecto de las consecuencias económicas de una determinada posición del tribunal. La experiencia de Italia, en la que una sala interna de la Corte Costituzionale informa al pleno sobre el impacto económico de sus decisiones o la intervención mediante audiencias ante la Corte Constitucional de Colombia, son buenos ejemplos de estas herramientas. También destaca el caso del artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de República Dominicana, que establece la posibilidad de que el Tribunal solicite informes técnicos de instituciones públicas o privadas con el fin de mejorar la comprensión de un problema de constitucionalidad¹⁶.

Esa intervención y deliberación previa debe conducir a que en su debate interno y decisión final, los jueces reflejen un adecuado nivel de sensibilidad por los efectos económicos de sus decisiones y, en un ejercicio de auto restricción, modulen o difieran los efectos de sus fallos. Este proceso evita

15. CLAVIJO, SERGIO. Fallos y Fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000. Revista de Derecho Público, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001. p. 55. "(...) dada la complejidad de las decisiones económicas, con efectos inter-temporales difíciles de anticipar, la Corte Constitucional, como ocurre en muchas economías desarrolladas, debe abstenerse de intervenir en decisiones que claramente le corresponden al Congreso de la República". Más adelante se hará referencia a una serie de casos en los que los tribunales constitucionales de estados con economías desarrolladas toman decisiones con efectos económicos mucho más importantes que los que pueden generar las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia. No se trata, por supuesto, de restar importancia a las decisiones del tribunal colombiano, sino de contestar a la crítica por el supuesto activismo judicial exclusivo y exagerado de los jueces colombianos.

16. BREWER-CARÍAS, ALLAN. El Sistema de Justicia Constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011). Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Estudios Constitucionales, vol. 9, núm. 1, 2011, p. 326.

una intervención externa y posterior del legislador o del gobierno, de manera que las sentencias tienen carácter definitivo y la última palabra en materia de protección de derechos pertenece a los jueces.

Las propuestas de este esquema han sido implementadas en algunas decisiones judiciales en las que se han moderado finalmente los efectos de las resoluciones para evitar la desestabilización fiscal, sin invocar directa y expresamente el impacto económico de la decisión. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España, en la STC 45/1989, declaró inconstitucionales las normas que obligaban a los cónyuges a presentar declaraciones conjuntas de la renta. A partir de esa decisión judicial, las familias pueden elegir entre hacer declaraciones conjuntas o separadas, de acuerdo con un criterio de conveniencia económica. En ese caso, el Tribunal moderó los efectos de su decisión para evitar lesionar el presupuesto por la vía de las devoluciones a los contribuyentes que en los ejercicios anteriores habían pagado los impuestos bajo la obligación de presentar declaraciones conjuntas.

La Corte Constitucional de Colombia ha hecho lo mismo en muchos casos¹⁷. Por ejemplo, en la Sentencia C-253 de 2010, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 127 de 2010, que modificaba algunas normas tributarias aplicables al consumo de cerveza, tabaco, juegos de azar y otros servicios. El objetivo del Decreto era recaudar fondos adicionales con el fin de conjurar la emergencia social declarada ante la crisis del sistema de salud¹⁸. A pesar de la decisión de inexecutable, la Corte confirió al gobierno un plazo de ocho meses para implementar las medidas necesarias para evitar los efectos perjudiciales para la economía como consecuencia de la inconstitucionalidad del Decreto.

A diferencia de los mecanismos del constitucionalismo débil (reacciones democráticas o tecnocráticas), en las propuestas del constitucionalismo delibe-

17. Sobre la modulación de las decisiones de la Corte Constitucional: SOLANO GONZÁLEZ, EDGAR. Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

18. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-253 de 2010. “(...) observa la Corte que la inexecutable de este Decreto, en caso de tener efecto inmediato, acarrearía un importante y severo impacto sobre el funcionamiento del Sistema de Seguridad Social en Salud, que pondría en serio e inminente riesgo el efectivo disfrute de este derecho fundamental para un importante número de personas, presumiblemente las más pobres y vulnerables, así como otros sujetos merecedores de especial protección constitucional, situación contraria a varios importantes mandatos superiores, que esta corporación está en la obligación de precaver.

Así las cosas, y en desarrollo de la facultad antes explicada, considera esta corporación necesario diferir los efectos de la inconstitucionalidad por consecuencia de esta norma, que por esta sentencia se declarará, por un lapso breve pero razonable, dentro del cual el órgano legislativo pueda, dentro del marco de sus competencias, considerar el tema de que trata este Decreto y adoptar, a la brevedad posible, las medidas que estime necesarias para proveer al Sistema de Seguridad Social en Salud de fuentes de financiación adecuadas, estables y suficientes, frente a lo que resulta de los actuales requerimientos de la población colombiana en relación con el disfrute, necesariamente pleno, del derecho fundamental a la salud”.

rativo se privilegia el razonamiento axiológico, las razones de principio y los jueces conservan la última palabra en materia de derechos; pero su decisión está sujeta a un deber de incorporación de un alto grado de sensibilidad por los efectos económicos.

En conclusión, en la respuesta a las tres preguntas, el constitucionalismo deliberativo reconoce a los jueces un nivel intermedio de legitimidad democrática para adoptar decisiones con impacto económico y propone un conjunto de mecanismos para asegurarse de que esa sensibilidad se concrete durante el proceso judicial y en la decisión final.

1.4. Neoconstitucionalismo, Garantismo y la autosuficiencia de los métodos de interpretación para racionalizar las decisiones judiciales

Aunque se trata de dos modelos diferentes de constitucionalismo, tanto el garantismo¹⁹ como el neoconstitucionalismo²⁰ contestan a la primera pregunta mediante el reconocimiento de un alto nivel de legitimidad democrática de los jueces para adoptar decisiones con efectos económicos. Ambos modelos implican una concepción sustancial de la democracia, establecen que el poder judicial tiene el papel de garante de los derechos constitucionales y que su obligación es adoptar las medidas necesarias para cumplir con tal función, en especial, cuando se trata de normas que vulneran esos derechos, omisiones del legislador, bloqueos institucionales o políticas regresivas.

En ambos esquemas, la respuesta a la segunda pregunta es que los efectos económicos de las decisiones son irrelevantes para el juez porque, al decidir un caso, el parámetro y límite de su interpretación es el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho. También, se pone énfasis en que el razonamiento jurídico incorpora elementos de racionalización de la decisión judicial, como el principio de proporcionalidad y la ponderación. Estos mecanismos tornarían innecesarios e inconvenientes otros instrumentos como las respuestas legislativas, el IIF o el veto suspensivo canadiense.

Respecto del garantismo, el neoconstitucionalismo pone énfasis en la formulación de los derechos como normas tipo principio -en estado constante de potencial colisión- y en la aplicación el principio de proporcionalidad y la ponderación como método para resolver las colisiones concretas²¹. Como respuesta al tercer interrogante, el neoconstitucionalismo afirma que al lograr

19. FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y Garantismo*. Editorial Trotta, Madrid, 2008.

20. CARBONELL, MIGUEL (Ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

21. BERNAL PULIDO, CARLOS. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

un mínimo nivel de racionalización jurídica de la decisión judicial, se obtiene indirectamente una racionalización de los efectos económicos de la misma.

El argumento del neoconstitucionalismo es que en escenarios económicos de escasos, el juez sabe que si garantiza un derecho (d1) en un grado excesivamente alto, en perjuicio del derecho con el cual éste se encontraba en colisión (d2), esa decisión se traducirá en la disposición excesiva de recursos para garantizar el primer derecho (r1), en contra de los recursos que se deben disponer para garantizar el derecho que cedió en el juicio de ponderación (r2). La ponderación garantizaría un equilibrio entre los derechos (d1 y d2) que implica un equilibrio entre recursos económicos (r1 y r2).

Por su parte, el garantismo afirma la existencia de otros elementos internos que permiten la racionalización económica de la decisión judicial, como el principio de progresividad que orienta la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Un ejemplo de esta tesis es la Sentencia T-595 de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, en la cual se declaró, con base en el principio de progresividad, que no existía un derecho inmediato por parte de una persona en situación de discapacidad, a obtener la adecuación inmediata del sistema de transporte Transmilenio, pero sí, a contar con un plan de adecuación progresiva (2 años) para garantizar su acceso a ese servicio. De esta manera, el principio de progresividad permitió el ajuste de la orden de protección de los derechos a la disponibilidad efectiva de recursos por parte de la administración.

En conclusión, con algunos matices, desde el neoconstitucionalismo y el garantismo se responde de la siguiente manera a las tres preguntas iniciales:

i) Los jueces no sólo tienen un alto grado de legitimidad democrática para adoptar decisiones con impacto económico, sino que éste es uno de sus deberes como garantes de los derechos y de las disposiciones constitucionales.

ii) Los jueces no deben tener en cuenta las consecuencias económicas de sus decisiones porque su función de intérpretes de la Constitución sólo conoce el límite del contenido constitucionalmente protegido por las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, el razonamiento e interpretación jurídica, incorpora métodos de racionalización de las decisiones judiciales que impiden que la orden de protección de un derecho perjudique gravemente la garantía de otros derechos.

iii) No importa si existen o no mecanismos para calcular los efectos económicos de una decisión judicial. En cualquier caso, éstos sólo son importantes para quienes deben hacer efectivas las sentencias, para quienes se dedican a estudiarlas descriptivamente o para quienes las valoran desde la teoría económica; pero nunca son importantes, ni hacen parte del razonamiento judicial.

El cuadro que se presenta a continuación resume la interacción de cada uno de estos modelos en torno a las tres preguntas formuladas inicialmente.

Hasta aquí se puede concluir que el constitucionalismo comparado ofrece diferentes respuestas a la preocupación por el impacto económico de las decisiones judiciales y, en consecuencia, el IIF no es la única herramienta para desarrollar el criterio de sostenibilidad fiscal. En la segunda parte de este trabajo, se demostrará el carácter inidóneo del IIF para alcanzar los objetivos que justificaron su inclusión en la reforma constitucional de 2011.

	Legitimidad democrática para adoptar decisiones con consecuencias económicas.	Consecuencias económicas de las Sentencias.	Mecanismos
Constitucionalismo liberal.	Ninguna.	N/A	N/A
Constitucionalismo débil.	Mínimo.	Relevantes y prevalecen sobre razonamiento axiológico.	Externos como Respuestas Legislativas o IIF.
Constitucionalismo deliberativo.	Intermedio.	Relevantes pero no prevalecientes.	Mecanismos internos del proceso de decisión como la sala asesora, audiencias públicas, peritos, intervenciones.
Garantismo y Neoconstitucionalismo	Alto.	Irrelevantes. Límite: contenido constitucionalmente protegido.	N/A

Fuente: elaboración propia.

2. OBJECIONES A LAS PREMISAS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN INCIDENTE DE IMPACTO FISCAL

Las siguientes objeciones a la existencia de un IIF no implican una oposición directa a la sostenibilidad fiscal como criterio de actuación de las autoridades del Estado. Por el contrario, algunas de las críticas que se formulan a continuación tienen relación con el carácter inidóneo del IIF para lograr los objetivos de construcción del Estado de Bienestar, la protección de los derechos de las generaciones futuras y los postulados que teóricamente respaldan el establecimiento del criterio de sostenibilidad fiscal.

El propósito de esta parte del artículo es desarrollar la tesis general, de acuerdo con la cual, con independencia del debate en torno a la sostenibilidad fiscal, el IIF es una herramienta que carece de carácter deliberativo, no se trata del único mecanismo para alcanzar la sostenibilidad fiscal, fue aprobado sobre la base de un mito sobre el supuesto activismo de la Corte Constitucional y tiene efectos negativos sobre el sistema de protección de los derechos fundamentales.

2.1. Negación del carácter deliberativo del IIF y existencia previa de otros mecanismos verdaderamente deliberativos

Como lo demuestra el recuento de la primera parte de este artículo, el IIF no es la única herramienta que la teoría constitucional y el derecho comparado ofrece para conciliar la protección de los derechos de las generaciones presentes con los de las generaciones futuras o los efectos económicos de las decisiones judiciales con la sostenibilidad fiscal. No obstante, el IIF fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano bajo la premisa de que era necesario abrir espacios de deliberación y diálogo entre los jueces y los administradores.

Bajo un concepto cualificado de deliberación, no es plausible reconocer tal carácter deliberativo al IIF. En tratándose de procesos judiciales, la deliberación por la que propende el constitucionalismo es una deliberación previa a la decisión del juez, con la participación de los ciudadanos y bajo la idea de que los argumentos son los propios de una discusión constitucional. Finalmente, no hay una verdadera deliberación si previamente se ha establecido que prevalecerán los argumentos consecuencialistas o cuando el resultado del debate conduce a desnaturalizar la función de los intervinientes.

Técnicamente, el IIF es un recurso contra una decisión judicial de una alta corte, en el que el debate se centra exclusivamente en los argumentos económicos y se asigna la última palabra en materia de derechos al plan de cumplimiento que presenta el Ministro o el Procurador y no a la decisión adoptada por el juez²². Tampoco constituye un espacio de discusión dentro del proceso, como las audiencias que convoca la Corte Constitucional en los procesos de decisiones estructurales, a pesar de las críticas que por ese motivo recibe de algunos sectores.

Por otra parte, aunque en la Sentencia C-1052 de 2012, la Corte Constitucional haya declarado que la inclusión del IIF en el séptimo debate no es una violación del principio de identidad flexible establecido en el artículo 375 de la Constitución, no es un argumento para negar que el IIF fue aprobado sin deliberación de calidad porque fue propuesto en la parte final del trámite

22. Ley 1695 de 2013. Artículo 14.

legislativo. También la reglamentación del IIF, mediante la Ley 1695 de 2013, tuvo un alto déficit de deliberación en temas centrales como la prevalencia al plan de cumplimiento sobre la decisión de las altas cortes.

En conclusión, aunque se puede compartir el objetivo de aumentar el grado de deliberación al interior de la sociedad, esto no implica negar la falta de idoneidad del mecanismo escogido, la existencia de otros escenarios en funcionamiento y la contradicción al aprobarlo sin el debate que la misma herramienta pretende fortalecer.

2.2. Negación del mito del activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia

Una de las críticas reiteradas a la Corte Constitucional de Colombia consiste en sostener que muchas de sus decisiones desbordan sus competencias y resultan inimaginables en otros tribunales del mundo²³. También se afirma que la Corte asume una posición extraña para un órgano judicial y adopta decisiones que tienen un alto impacto económico. Como respaldo de estos argumentos, se citan con frecuencia los casos de indexación salarial, estado de cosas inconstitucional, la población en situación de desplazamiento y el derecho a la salud²⁴.

Aunque las decisiones mencionadas tienen una importancia central en el ordenamiento colombiano y en la protección de los derechos fundamentales, no constituyen islas o casos exóticos en el constitucionalismo mundial. Por el contrario, otros tribunales del mundo profieren órdenes que tienen el mismo o mayor grado de impacto en la economía. Los siguientes tres casos pueden ilustrar esa idea.

En el mes de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional Federal Alemán decidió una solicitud de medidas cautelares que pretendía evitar la

23. De acuerdo con MANUEL JOSÉ CEPEDA, en Colombia las intervenciones judiciales en la economía son muy antiguas. Desde principios del Siglo XX existe una acción pública de constitucionalidad que permite a los ciudadanos fijar la agenda del control de constitucionalidad e incluir temas económicos y es posible encontrar casos ante la Corte Suprema de Justicia con efectos económicos generalizados, a título enunciativo: vigencia de tarifas aduaneras (1933), retrospectividad del auxilio de cesantía (1937), intervención del Estado en la industria privada (1939), expropiación sin indemnización por razones de equidad (1973), declaración de inconstitucionalidad de reformas tributarias (1983). Cfr. CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ. Las Sentencias de la Corte con implicaciones Económicas: reflexiones con ánimo constructivo. Ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.

24. Resulta ilustrativo que los estudios sobre el impacto económico de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional pretendan abarcar un periodo más o menos dilatado, pero finalmente se concentran solo en decisiones de años concretos como las que se produjeron en 1999 y 2000 o 2004 y 2006. Es el caso del artículo de Sergio Clavijo, citado varias veces en este escrito, que en el título se refiere al periodo 1991-2000 pero, en realidad, se concentra en criticar decisiones tomadas durante los años de crisis económica 1998-2000.

participación del Banco Central Alemán en los fondos de rescate europeos y limitar las operaciones de compra de deuda a los países en crisis financiera. La petición se basaba en la cláusula de la Constitución Alemana de 1949, de acuerdo con la cual, la disposición del presupuesto corresponde exclusivamente al legislador. En los próximos días el TC alemán pronunciará su decisión de fondo definitiva. Por su parte, el Tribunal Constitucional Portugués declaró, en 2012 y 2013, la inconstitucionalidad de los presupuestos aprobados por el Parlamento porque incluían recortes en los salarios de los servidores públicos y en educación. Finalmente, en Argentina, los jueces de Buenos Aires decidieron la reubicación de la totalidad de la urbanización Villa La Dulce, ordenaron la construcción de casas para los habitantes del sector y que se les hospedara en hoteles de buena calidad hasta que finalizara la construcción²⁵.

Se podrían citar decisiones estructurales de la Corte Suprema de los Estados Unidos²⁶ o de la Corte Constitucional Sudafricana²⁷. Pero si se pone la atención en los tres ejemplos mencionados, todos han tenido un impacto económico superior a las decisiones frecuentemente citadas de la Corte Constitucional de Colombia. Una decisión desfavorable del Tribunal Constitucional Alemán sobre el sistema de rescate europeo, por ejemplo, generaría una crisis en toda la Unión Europea o causaría una modificación del sistema de integración económica más desarrollado del mundo.

La conclusión que se impone es la negación de las tesis de acuerdo con las cuales los jueces no están habituados a tomar decisiones con consecuencias económicas y la Corte Constitucional colombiana es una especie de súper activista inédita en el constitucionalismo mundial²⁸. Aunque las más impor-

25. Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Una experiencia de exigibilidad jurídica y política del derecho a la vivienda: el caso de los vecinos de Villa La Dulce. Disponible en línea: http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion_ladulce.pdf (28/03/2014).

26. Por todas: BROWN v. BOARD OF EDUCATION, 347 U.S. 483 (1954).

27. Government of the Republic of South Africa and Others v Grootboom and Others CCT11/00 y Occupiers of 51 Olivia Road Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v City of Johannesburg and Others (Centre on Housing Rights and Evictions and Community Law Centre, University of the Western Cape as Amici Curiae) CCT24/07.

28. A pesar de que no construyen un concepto de activismo judicial ni hacen claridad sobre el contenido del reiterado y equívoco uso que hacen de la expresión a lo largo del texto; con base en otros argumentos y en un juicioso estudio empírico de las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia en materia de derechos sociales en el periodo 1998-2006, María Paula Saffon y Mauricio García Villegas arriban a una conclusión que niega o resta trascendencia al supuesto carácter activista de la Corte Constitucional de Colombia: "Sin embargo, es esencial tener en cuenta que este activismo no fue tan importante como lo sugieren los críticos de la Corte. En el periodo 1998-2006, las sentencias sobre derechos sociales han tenido que ver principalmente con casos sobre derechos sociales prestacionales, pero para casos de pago de lo debido. En esos casos, la protección del derecho ya está previamente autorizada por una disposición legal. (...) "En el caso de la Corte Constitucional, las sentencias sobre derechos sociales son insuficientes para promover cambios sociales por varias razones. Por un lado, la mayoría de esas sentencias realmente no constituye un activismo judicial capaz de aplicar directamente los derechos sociales ni de producir cambios en el ámbito específico de cada derecho. Estos fallos son más bien

tantes decisiones de la Corte Constitucional tienen un impacto económico comparable con las de otros tribunales, la diferencia radica en que en Colombia ese impacto se usa como fundamento de la creación de una reacción de tipo tecnocrático, mientras que en los estados a los que se ha hecho referencia, no hay un planteamiento sólido tendiente a introducir mecanismos para debilitar las competencias de los tribunales.

La realidad es que la Corte Constitucional, por regla general, ha sido sensible al impacto económico de sus decisiones. Incluso desde antes de la aprobación del Acto Legislativo 3 de 2011 en el que se introdujo en criterio de sostenibilidad fiscal, la Corte había reconocido la existencia de límites legítimos a determinadas normas constitucionales con el fin de proteger la estabilidad económica y el orden fiscal²⁹ y lo que en Colombia se denomina activismo judicial no corresponde con fenómenos que han sido descritos de esa forma³⁰.

2.3. Consecuencias negativas del IIF en la actitud del juez constitucional y la infra-aplicación judicial de la Constitución

Además de los presupuestos o fundamentos que condujeron a la aprobación del IIF, resulta interesante analizar dos consecuencias diferentes y perjudiciales para el juez constitucional, que resultan de la aprobación de este mecanismo y que tienen repercusión en los fines que persigue la sostenibilidad fiscal y en la protección de los derechos constitucionales.

Frente a la existencia de un mecanismo como el IIF, el juez constitucional puede tener dos conductas opuestas. La primera opción es que el juez asuma una exagerada generosidad en la protección de los derechos constitucionales porque sabe que el ejecutivo bloqueará su decisión mediante el IIF. De esta manera, ante la opinión pública el juez aparecerá como el protector de los derechos y el ejecutivo como un obstáculo para su garantía³¹. Esta primera opción es perjudicial porque instaura un modelo de populismo judicial, au-

remedios judiciales destinados a proteger derechos sociales ya reconocidos que los agentes públicos rechazan o se niegan a aplicar pese a su obligación de hacerlo". SAFFON, MARÍA PAULA, GARCÍA-VILLEGAS, MAURICIO. Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, núm. 1, 2011, pp. 94 y 103.

29 Sobre la intervención de la Corte Constitucional en la economía, MANUEL JOSÉ CEPEDA sostiene que a partir del año 2001 "(...) la mayoría de las sentencias son de exequibilidad y cuando la Corte ha estimado necesario introducir un condicionamiento, no ha entrado a fijar de manera detallada reglas con implicaciones económicas". Cfr. Cepeda Espinosa, Manuel José. Las Sentencias, op. cit.

30 Roach, Kent. The Supreme Court On Trial. Irwin Law. 2001.

31 En italiano se denominan decisiones pilatos. Cfr. CRIVELLI, ELISABETTA. La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale. Cedam, 2003.

menta la conflictividad entre los poderes públicos y no aporta a la protección efectiva de los derechos constitucionales³².

La segunda potencial consecuencia es opuesta a la anterior. El juez puede proponerse evitar el bloqueo de sus decisiones mediante el IIF y asumir una espontánea y exagerada restricción que torne ineficaz el sistema judicial de garantía de los derechos. Esto conduciría al escenario que Lawrence Sager denomina infra aplicación judicial de la Constitución³³. Ésta se caracteriza por la auto restricción extrema de los jueces, la ausencia de garantías de los derechos constitucionales y el alejamiento entre las promesas de la Constitución en materia de derechos de bienestar y los mínimos garantizados por los tribunales.

Paradójicamente, con esta segunda actitud, los jueces dejarían de adoptar sentencias de las que Owen Fiss denota como estructurales³⁴. En el caso colombiano, este tipo de decisiones han contribuido a racionalizar, planificar y construir políticas públicas eficientes, que en el largo plazo cuestan menos que la inacción o la formulación de políticas públicas de bajo impacto³⁵, como

32. Sobre este aspecto, resulta paradójico que desde el razonamiento económico se critique el costo que los mal denominados choques de trenes producen para el desarrollo económico; al mismo tiempo que se apoya la existencia de un IIF que tiene como objetivo la confrontación directa entre el criterio del ejecutivo y el de las corporaciones judiciales; al cual se agrega la incertidumbre que produce en el mercado el aumento de la indeterminación sobre el momento en el que se pone fin a un litigio ante un tribunal interno. La paradoja aumenta considerablemente cuando se propone el establecimiento de un modelo de control de constitucionalidad previo a la aprobación de las leyes, como el que existe para los proyectos de leyes estatutarias, cuando se trate de materias económicas, con el fin de evitar “(...) el trauma que causa el tener que suspender o alterar leyes con grandes incidencias económicas”. Cfr. CLAVIJO, SERGIO. Fallos y Fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000. Revista de Derecho Público, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001. p. 35 y 58.

33. SAGER, LAWRENCE. Juez y democracia. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

34. FISS, OWEN. El derecho como razón pública. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

35. Esta conclusión no es compartida por Sergio Clavijo, quien sostiene que “La tarea básica del desarrollo económico y social en Colombia ha estado seriamente amenazada debido a la llamada “inestabilidad jurídica”, agravada por el activismo de la Corte Constitucional que ejerció (sic) durante los años 1991-2000. Dicha Corte Constitucional decidió alterar la interpretación de Leyes sancionadas años atrás y acomodar a (sic) diversos artículos de la Nueva Constitución de 1991 principios de carácter populista, entendidos como aquellos que ordenan incrementar el gasto público sin atender sus negativos efectos macroeconómicos”. CLAVIJO, SERGIO. Fallos y Fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000. Revista de Derecho Público, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001. p. 28. En notas posteriores de prensa el autor ha cambiado su posición y se ha referido a decisiones de la Corte Constitucional con impacto fiscal, como casos de “triunfo de la cordura económica y jurídica” y anota que una de las tareas pendientes de la Corte Constitucional es la “ii) declaratoria de “estado de excepción” para enfrentar el penoso hacinamiento en las cárceles (...)”. Clavijo, Sergio. La Corte Constitucional y el fin de los regímenes pensionales especiales. La República, 21 de mayo de 2013. http://www.larepublica.co/la-corte-constitucional-y-el-fin-de-los-reg%3ADmenes-pensionales-especiales_38967 (07/01/2014).

lo han demostrado en sus estudios sobre desplazamiento Diana Rodríguez Franco y Cesar Rodríguez Garavito³⁶.

Ninguna de estas dos actitudes es deseable institucionalmente, ni por quienes defienden la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la acción de las autoridades públicas, ni por quienes se oponen a ese parámetro. De manera que si se complementa la conclusión de la primera parte de esta capítulo con la de la segunda, se puede afirmar que no sólo el IIF no es la única herramienta que se puede utilizar para desarrollar el criterio de sostenibilidad fiscal, sino que genera un daño cierto y grave al sistema de protección de derechos fundamentales, frente a una muy discutida idoneidad para alcanzar los fines que justifican su implementación y, en especial, para racionalizar los efectos económicos de las decisiones judiciales³⁷.

Aún queda por demostrar que la regulación del IIF y los primeros IIF presentados, generan problemas adicionales a los comentados en este acápite. A eso se dedicará la parte final del artículo.

3. COMENTARIOS A ALGUNOS ELEMENTOS DE LA LEY 1695 DE 2013 Y A LOS PRIMEROS INCIDENTES DE IMPACTO FISCAL

La configuración concreta del IIF en la Ley 1695 de 2013 y los IIF que han sido presentados ante la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, permiten colegir otras críticas a esta herramienta. Ningún comentario de los que se formulan a continuación implica la aceptación del IIF como mecanismo idóneo para racionalizar los efectos económicos de las decisiones judiciales, ni el hecho de que alguna de las críticas se supere posteriormente, puede ser interpretado como una forma de negar los presupuestos básicos de este trabajo que rechazan un IIF en el ordenamiento constitucional colombiano.

En esta parte se criticará una especial visión del control fiscal que se centra en los jueces y no en las autoridades públicas en general, en la legitimación de un funcionario sin legitimidad democrática, ni disponibilidad de recursos técnicos para determinar el impacto fiscal de una decisión judicial como el Procurador General de la Nación y la ambigüedad de la cláusula de alteración de la sostenibilidad fiscal.

36. RODRÍGUEZ, CESAR (Coord.). Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

37. En analogía con el argumento del Presidente de los Estados Unidos Franklin Roosevelt, de acuerdo con el cual había que “salvar a la Constitución de la Corte y a la Corte de ella misma”, se puede afirmar que debemos “salvar a los derechos fundamentales de la sostenibilidad fiscal y a la sostenibilidad fiscal del incidente de impacto fiscal”.

3.1. La particularidad del control fiscal del ejecutivo a los jueces y no de éstos al ejecutivo o al legislador

El sistema de control fiscal que se consolida con el IIF opera desde el poder ejecutivo hacia el poder judicial. Este esquema difiere de los modelos pasados y contemporáneos de protección de las finanzas públicas.

Uno de los antecedentes más importantes de la sostenibilidad fiscal es la regla de oro que Alexander Hamilton, como Secretario del Tesoro de los Estados Unidos, impuso en 1790 a los Estados miembros de la Federación. De acuerdo con esa regla, había dos compromisos sinalagmáticos entre la Federación y los Estados. La primera se comprometía a asumir las deudas de los Estados, siempre que éstos utilizaran el dinero de la deuda para gastos de inversión y no para gastos de funcionamiento. Los segundos se comprometían a recaudar, mediante impuestos, el dinero suficiente para cubrir sus gastos de funcionamiento. Se trataba de un control entre ordenadores del gasto que no afectaba a las autoridades judiciales.

El esquema de control fiscal contemporáneo más importante ha sido establecido en el Pacto Fiscal Europeo de 2012. En la Unión Europea, la regla fiscal tiene como destinatarios a los poderes ejecutivos de los Estados miembros, quienes deben presentar presupuestos equilibrados en cada uno de los ejercicios fiscales³⁸. Al contrario de lo que se estableció en Colombia, en Europa son los jueces de la UE y, en especial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano que a petición de uno de los Estados miembros, puede sancionar al Estado que no incorpore la regla fiscal o que presente un presupuesto con un déficit superior al establecido en el sistema de integración.

Mientras en Estados Unidos hace dos siglos y en Europa hace dos años, la regla se fijó como un límite al poder ejecutivo y se establecieron mecanismos judiciales para sancionar su incumplimiento; en Colombia se utiliza a la inversa, como un mandato para limitar al poder judicial, que se concreta mediante la intervención del Ministerio de Hacienda y del Procurador General de la Nación.

Aunque la Corte Constitucional estableció en las Sentencias C-288 y C-1052 de 2012 que el IIF no constituye una lesión grave a la autonomía judicial y al principio de separación de poderes, la utilización inversa (del ejecutivo al judicial) de la regla fiscal y del IIF tiene una consecuencia negativa adicional en el contexto colombiano que se relaciona con el bajo grado de desarrollo del Estado de Bienestar. Es evidente que no tiene el mismo efecto incluir un IIF dirigido a limitar las decisiones judiciales en un Estado con un alto nivel

38. El Pacto Fiscal Europeo establece un máximo de déficit estructural anual de 0.5%. Los países con fuerte depresión pueden aumentar el déficit pero con mecanismos legales y constitucionales de estabilización. Las multas por el incumplimiento del pacto pueden ser de hasta 0.1% del PIB.

de construcción sus políticas sociales, en el que la garantía de los derechos es espontánea y se hace mediante políticas públicas; que incluirlo en un Estado en el que el Bienestar es una tarea pendiente y la intervención judicial es el eje del sistema de protección de los derechos de los ciudadanos.

De esta manera, la combinación entre la aplicación inversa del control fiscal y el bajo desarrollo de las promesas sociales de la constitución, constituyen una amenaza grave al sistema interno de protección de los derechos de los ciudadanos.

3.2. La inexplicable legitimación activa absoluta del Procurador General de la Nación

Tanto el Acto Legislativo 3 de 2011 como la Ley 1695 de 2013, establecen la legitimación absoluta del Procurador General de la Nación para interponer IIF. Se trata de una facultad que genera una preocupación genuina, que no tiene relación con la persona del actual Procurador, aun cuando esa circunstancia lo haga más preocupante, sino con las razones institucionales que justifican esa intervención.

En primer lugar, de acuerdo con el Artículo 7-12 del Decreto 262/2000, el Procurador General tiene facultades para intervenir en determinados procesos con el fin de defender intereses como la sostenibilidad fiscal. Eso quiere decir que su posición sobre los efectos económicos de una posible sentencia ya tuvo oportunidad de ser escuchada y no concurren razones institucionales para que pueda reiterar esa posición después de que se ha adoptado la decisión judicial.

En segundo lugar, de acuerdo con los presupuestos que fundamentaron la aprobación del IIF, éste pretende que la voz económica, consecuencialista, autorizada y especializada sea escuchada en el proceso de deliberación institucional sobre la protección de un derecho. No obstante, ninguna de estas condiciones está asignada a la Procuraduría General de la Nación porque su posición institucional no destaca como la de un técnico especialista en asuntos económicos.

Una prueba de que la procuraduría carece de la especialización y experticia es la forma como esa institución calculó en seis años el plazo necesario para cumplir con la orden proferida por la Corte Constitucional en la sentencia C-101 de 2013 de realizar un concurso de méritos para proveer los cargos de Procurador Judicial³⁹. Es claro que si la Procuraduría carece de un equipo económico capaz de formular un plan de cumplimiento para órdenes que comprometen a su propia institución, aún más para decisiones judiciales que comprometen las finanzas nacionales.

39. Procuraduría General de la Nación. Incidente de Impacto Fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013. p. 12.

Finalmente, tampoco se entiende que el Consejo de Estado haya declarado en una decisión de admisibilidad, que esa legitimación es absoluta y superior a la de los Ministros, en la medida en que a aquél no se le exige demostrar la existencia de relación funcional con la entidad que le solicita iniciar el IIF, requisito que sí se aplica a los ministros⁴⁰.

3.3. Los problemas que se anticipan de los IIF que se tramitan actualmente

Los dos incidentes de impacto fiscal presentados por el Procurador General de la Nación contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013 y en contra la Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 1 de noviembre de 2012, presentan los siguientes interrogantes.

En primer lugar, estos IIF reflejan un problema de ambigüedad respecto de la expresión alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal del artículo 334 de la Constitución. Por ejemplo, la Procuraduría General de la Nación entiende que ésta se presenta cada vez que el cumplimiento de la decisión judicial implica hacer una erogación significativa⁴¹. En el caso de la Sentencia del Consejo de Estado, la Procuraduría asimila la alteración fiscal con un gasto no previsto y en el caso de la Sentencia de la Corte Constitucional, la Procuraduría encuentra que existe alteración de la sostenibilidad fiscal por ausencia de autonomía presupuestal. Es decir, se solventa la indeterminación de la primera fórmula con otras también indeterminadas.

En segundo lugar, existen problemas para determinar el grado que debe tener la alteración de la sostenibilidad fiscal para que proceda el IIF. No es posible determinar si es suficiente la alteración del presupuesto de una entidad, de un ente territorial o si es necesaria una afectación de todo el presupuesto nacional⁴².

Finalmente, la Ley 1695 de 2013 incurre en una omisión legislativa porque no prevé ninguna forma de control de los jueces sobre el desarrollo del plan de cumplimiento cuando se ha decidido favorablemente el IIF⁴³.

40. Consejo de Estado. Auto de 28 de mayo de 2013 en el asunto: IJ 250002326000199900002 04 y 2000-00003-04. Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero.

41. Procuraduría General de la Nación. Incidente de Impacto Fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013. p. 2.

42. Procuraduría General de la Nación. Incidente de Impacto Fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013. p. 3.

43. Sobre este tema se han ocupado un grupo de especialistas de USAID y de la Corporación Excelencia en la Justicia. Las conclusiones se pueden consultar en file:///C:/Users/U85441/Desktop/Comentarios%20Incidente%20Impacto%20Fiscal.pdf (09/05/2014).

CONCLUSIONES GENERALES

Una visión de conjunto del sistema jurídico colombiano muestra un grave ataque al sistema de garantía de los derechos: i) intento de restricción a la tutela en la reforma a la salud, ii) intento del gobierno para que la sostenibilidad fiscal fuera un derecho, iii) IIF en principio solo contra decisiones de la Corte Constitucional (hasta tercer debate de segunda vuelta en mayo de 2011), iv) estudios sobre el costo de la garantía de ciertos derechos, como la realización de los procedimientos de Interrupción Voluntaria del Embarazo. Todos estos factores constituyen un riesgo grave para el sistema de garantía de los derechos.

Aunque la Corte Constitucional afirmó en la Sentencia C-288 de 2012 que el IIF no violaba la autonomía judicial porque no se coacciona, condiciona o influencia al juez antes de adoptar su decisión, se abstuvo de analizar si se presentaban o no esos tres fenómenos limitantes del juez al momento de decidir el propio IIF. La propuesta de este artículo es en todo contraria a la de la Corte Constitucional: si el Ministerio o la Procuraduría pretenden ilustrar a los jueces sobre el impacto fiscal de una posible decisión, debe manifestarlo durante el procedimiento, de manera que una vez proferida la Sentencia, ésta adquiera un carácter definitivo y debe ser cumplida en los términos que la Corte la profiera. Si se reconoce la facultad de la Corte para diferir los efectos de sus decisiones en un IIF, nada impide mantener esa competencia pero sin una intervención posterior a la decisión.

Adicionalmente, es importante reiterar que existe un menor grado de presión sobre el juez cuando los argumentos consecuencialistas hacen parte de la deliberación dentro del procedimiento inicial y la Corte es libre de tenerlos en cuenta o no en una decisión que será definitiva. Por el contrario, hay una limitación excesiva de la autonomía judicial cuando se establece un incidente de trámite obligatorio contra una decisión en firme y se cuestionan directamente las órdenes proferidas por la Corte. El primero es un escenario de deliberación y el segundo suele denominarse en Colombia como choque de trenes.

Para finalizar y corresponder a la bonita referencia que la Doctora MADALENA CORREA hiciera en las jornadas de Derecho Constitucional del año 2013, quisiera echar mano de una referencia literaria. El cementerio de los libros olvidados es una trilogía de CARLOS RUIZ ZAFÓN, en la que se cuentan historias que giran en torno a una biblioteca secreta, a la que son llevados los libros que están en peligro con el fin de evitar su desaparición definitiva. Los peligros son de diversa índole: la clásica censura moral y política, autores arrepentidos que quieren desaparecer su propia obra, autores llenos de envidia por el éxito ajeno, entre otros. Cada vez que una persona deja un libro allí, tiene la obligación de llevarse uno de los que otras personas han llevado, cuidarlo y reproducirlo.

Con el IIF, muchas de nuestras más valiosas decisiones (T-025-2004 o T-760-2008, entre otras) serán llevadas a una especie de cementerio de las sentencias olvidadas. Albergó la esperanza de que esto no suceda, el IIF sea declarado inconstitucional y condenado, este sí, a desaparecer para siempre de nuestras memorias. De lo contrario, que sepan que existe una generación de constitucionalistas que sacarán estas sentencias de ese cementerio y crearán otras como esas, a favor de la garantía efectiva de los derechos de los colombianos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, RODOLFO. “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”. Revista Zero. Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales. Universidad Externado de Colombia. Bogotá,
- BERNAL PULIDO, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- CARBONELL, MIGUEL (Ed.) Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta, Madrid, 2003.
- CLAVIJO, SERGIO. “Fallos y Fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000”. Revista de Derecho Público, núm. 12, Universidad de los Andes, Bogotá, 2001.
- CLAVIJO, SERGIO. “La Corte Constitucional y el fin de los regímenes pensionales especiales”. La República, 21 de mayo de 2013. http://www.larepublica.co/la-corte-constitucional-y-el-fin-de-los-reg%C3%ADmenes-pensionales-especiales_38967 (7/01/ 2014).
- CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ. “Las Sentencias de la Corte con implicaciones Económicas: reflexiones con ánimo constructivo”. Ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.
- CRIVELLI, ELISABETTA. La tutela dei diritti fondamentali e l’accesso alla giustizia costituzionale. Cedam, 2003.
- DAVIS, FERGAL. Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK. Parliamentary Affairs, vol. 67, 2014.
- DWORKIN, RONALD. Los derechos en serio. Ariel, Barcelona, 2012.
- EWING, KEITH. The Human Rights Act and Parliamentary Democracy. The Modern Law Review, vol. 62, No. 1, enero, 1999.
- FERRAJOLI, LUIGI. Democracia y Garantismo. Editorial Trotta, Madrid, 2008.
- FISS, OWEN. El derecho como razón pública. Marcial Pons, Barcelona, 2007.
- KALMANOVITZ, SALOMÓN. Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional. Economía Colombiana, núm. 276 (noviembre), Contraloría General de la República, Bogotá, 1999.

NINO, CARLOS SANTIAGO. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 1997.

RODRÍGUEZ, CESAR (Coord.). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

ROACH, KENT. *The Supreme Court On Trial*. Irwin Law. 2001.

SAFFON, MARÍA PAULA, GARCÍA-VILLEGAS, MAURICIO. *Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia*. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011, pp. 75-107.

SAGER, LAWRENCE. *Juez y democracia*. Marcial Pons, Barcelona, 2007.

SOLANO GONZÁLEZ, EDGAR. *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

TUSHNET, MARK. *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press. 2008.

Uprimny, Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la Economía*. *Revista Precedente*, núm. 25, 2006. pp. 37-68.

OTROS DOCUMENTOS

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). *Una experiencia de exigibilidad jurídica y política del derecho a la vivienda: el caso de los vecinos de Villa La Dulce*. Disponible en línea: http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion_ladulce.pdf (28/03/2014).

Procuraduría General de la Nación. *Incidente de Impacto Fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013*.

