

¿Requiere apoyo técnico la Corte Constitucional?

Sylvia Rodríguez Vásquez

Monografía de grado para optar
al título de magíster en derecho

Directora de la investigación:
Doctora Helena Alviar García

Universidad de los Andes
Maestría en derecho
Bogotá
Mayo 2006

INDICE

Resumen.....	3
Introducción.....	5
I. De la Constitución de 1886 a la Constitución de 1991 – El debate entre dos modelos de estado.....	12
1. Concepto y fuentes de derecho	14
2. Relación entre las ramas del poder público.....	16
3. Legitimidad democrática.....	20
4. Una nueva concepción de los derechos.....	21
II. Análisis de sentencias de constitucionalidad.....	24
1. Sentencias en el tema de Vivienda: C383/99, C700/99, C747/99, C955/2000....	24
Cuadro Resumen No.1 – Sentencias en el tema de vivienda.....	38
2. Sentencias en el tema de salarios: C815/1999, C1433/2000, C1064/2001, C1017/2003.....	40
Cuadro Resumen No.2 - Sentencias en el tema de salarios.....	49
III. Conclusiones.....	52
Bibliografía	54

¿Requiere apoyo técnico la Corte Constitucional?¹

Resumen

En la polémica sobre la jurisprudencia económica de la corte constitucional colombiana se han planteado al menos cuatro interrogantes: i) ¿es posible y legítimo que exista un control constitucional de la economía? ii) ¿cuáles son los diseños procesales más adecuados para el desarrollo de la justicia constitucional en este campo? iii) ¿es necesaria alguna forma especial de interpretar y aplicar la constitución en materia económica o son válidas las herramientas argumentativas ordinarias? y iv) ¿qué tan acertadas o equivocadas han sido sus decisiones en esta materia?² En las respuestas a estos interrogantes se enfrentan los defensores de dos modelos de estado diferentes, el estado liberal clásico (ELC) y el estado social de derecho (ESD), desde posiciones ideológicas frecuentemente antagónicas.

Sin embargo, la declaración constitucional de Colombia como un ESD resuelve buena parte de la discusión alrededor del papel del derecho y de los jueces. En el ESD, de acuerdo con la interpretación de los jueces de la Corte Constitucional colombiana, el juez participa en la creación de derecho y actúa como legislador positivo, en circunstancias en las que i) llena vacíos del ordenamiento jurídico, ii) se enfrenta a normas de textura abierta, iii) resuelve contradicciones en presencia de conflictos de derechos y iv) adecua un sistema jurídico relativamente estático a una realidad que se encuentra en constante movimiento.

Dado que las reglas del ordenamiento jurídico no pueden ser efectivas si van en contra de la lógica del comportamiento social, el juez no puede asumir su tarea abordando el derecho como un saber auto contenido que tiene respuestas para interrogantes en todos los ámbitos. Los jueces, abogados a ligar las categorías de “fin” y “medio” en sus decisiones, requieren del conocimiento suficiente, primero, para decidir conforme al derecho, y segundo, para comprender las consecuencias de sus decisiones. Ante las limitaciones del campo del saber jurídico es necesario, en ciertos casos, acudir al conocimiento específico de otras ciencias sociales para tomar una decisión.

Este trabajo propone un redireccionamiento del debate en torno a las actuaciones de la corte constitucional colombiana, que ha sido en ocasiones planteado como un enfrentamiento entre abogados y economistas. El estudio de los fallos de la corte constitucional colombiana en temas de vivienda y salarios que aquí se presenta, ilustra la importancia que tiene para los jueces el estudio de las consecuencias asociadas a sus decisiones. Una crítica técnica de los valores en juego en la decisión, puede establecer la coherencia de los medios con relación al fin y la relación de éste con las otras consecuencias en el plano empírico³.

La falta de capacidad técnica y de consistencia que se ve reflejada en las sentencias que aquí se analizan demuestran los riesgos que enfrenta la Corte Constitucional Colombiana ante la ausencia

¹ Quiero agradecer la ayuda de Paola Salas en la realización de esta monografía.

² Uprimmy R., “Legitimidad y conveniencia del control constitucional de la economía”, en Revista de Derecho Público, ediciones Uniandes.

³ El economista puede tratar de pronosticar el efecto de las reglas y de los arreglos legales sobre el valor y la eficiencia, en sus sentidos estrictamente técnicos, y sobre la distribución actual del ingreso y la riqueza, pero no puede expedir prescripciones obligatorias para el cambio social. (Posner R., *Economic Analysis of the law*, 1992. Edición en español de 1998, del Fondo de cultura económica *El análisis Económico del Derecho*, p. 22.)

de un análisis que le provea los elementos para i) prever las consecuencias de las reglas que introduce para evitar que vayan en contra del fin propuesto, ii) basar sus argumentos en evidencia empírica o científica que los haga comprobables y iii) lograr soluciones consistentes y replicables para casos similares.

Si bien a los jueces no les debe preocupar lo que juzguen los economistas desde una perspectiva ideológica acerca de la importancia de un determinado valor; las consideraciones técnicas que les ayuden a evaluar la idoneidad de unos medios para realizar cierto fin, o a determinar cuándo ciertas condiciones vuelvan posible o imposible su realización, sin duda les incumbe.

La Corte Constitucional ha trabajado trece años para ganar un espacio en el cual se legitime el papel de los jueces y se delimiten los poderes del ejecutivo y del legislativo; esta legitimación de su papel requiere también una toma de conciencia de sus propias limitaciones. No se trata de tranquilizar a los economistas o de fallar de acuerdo con determinadas políticas económicas, sino de mejorar la calidad y estructura de sus fallos con el objetivo de lograr i) una mayor sostenibilidad de los mismos y ii) intervenciones más concientes de los efectos de las reglas que introducen. En este trabajo hago una aproximación integral inicial a este problema.

Introducción

En el ejercicio de su labor, el juez constitucional introduce reglas en sus sentencias a través de definiciones, obligaciones y restricciones nuevas que entran a formar parte del ordenamiento jurídico. Muchas de estas reglas no constituyen un fin en sí mismas sino que son un medio para alcanzar unos fines establecidos en la Constitución o en la interpretación que de ella hace la Corte. Tal es el caso cuando, por ejemplo, en una sentencia se establece una atadura exclusiva de la corrección monetaria de la UPAC al índice de inflación⁴ o cuando se define que éste debe ser el ajuste mínimo de los salarios de los servidores públicos⁵.

En casos concretos, dichas reglas han producido impactos perversos que incluso están directamente en oposición con los objetivos planteados por los jueces. Esto ha desatado una fuerte confrontación, tanto en Colombia como en otros países⁶, en torno a la legitimidad de los jueces constitucionales para fallar en temas relacionados con la regulación de la actividad económica. Se debate, sobre un trasfondo ideológico, tanto si los jueces tienen la capacidad técnica como el nivel de responsabilidad para fallar en dichos temas.

⁴ Sentencia C-383 de 1999.

⁵ Sentencia C-1433 de 2000.

⁶ Tanto en Europa como en Estados Unidos hay diversos casos en los que se evidencia la activa participación de los jueces en temas económicos. Algunos ejemplos de ello son: i) El Tribunal de las Comunidades Europeas en Luxemburgo tiene entre sus funciones esenciales la tarea de controlar que las legislaciones de los países de la Comunidad se adecuen a las normas comunitarias, las cuales han tenido esencialmente un contenido económico. Ese Tribunal puede ser caracterizado como una corte económica internacional. El litigio en el Tribunal ha aumentado considerablemente, en especial en virtud del artículo 177 del Tratado de Roma, que permite a particulares alegar que reglas o prácticas nacionales de un estado son contrarias al derecho comunitario. Los casos referidos a dicho artículo pasaron de 352 en el período 1971 – 1975 a 1084 en el período 1991 – 1995; ii) la Corte Constitucional Italiana ha proferido polémicos fallos en materia de pensión de vejez. Las fuertes diferencias en los regímenes de pensión de vejez, producto de leyes especiales, llevó a la Corte italiana a pronunciarse sobre si estas diferencias violaban el principio de igualdad. Desde 1988, la Corte estimó que el respeto por la discrecionalidad del parlamento impedía a los jueces corregir las desigualdades en materia pensional. Sin embargo, en 1993, la Corte concluyó que no se podía seguir confiando en que el problema sería solucionado por el legislador y decidió que la existencia de grandes diferencias para el cálculo de las pensiones, según los diversos sectores de la economía, era violatoria del principio de igualdad y ordenó armonizar y racionalizar las diferencias e introducir correctivos antes de que se expidiera el nuevo presupuesto; iii) en Estados Unidos los casos asociados a la protección del derecho a la salud han resultado especialmente preocupantes: caso *Manlove* (Delaware) 1961; caso *Guerrero* (Arizona) 1975 con el cual se dijo que la atención de emergencia, extendida a los inmigrantes ilegales, debía ser prestada a los indigentes de manera gratuita. (CEPEDA E, Manuel José. *“Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”*. Ponencia ante el Instituto Colombiano de Derecho Tributario. 2005).

En efecto, la situación es particularmente crítica cuando se afecta la asignación de recursos públicos en la medida en que, a diferencia del ejecutivo y del legislativo⁷, los jueces no tendrían la responsabilidad de decidir de dónde deben provenir los recursos para pagarlos. El juez constitucional, intérprete y garante de la constitución, tiene entre sus funciones⁸ el hacer exigibles los derechos fundamentales de los ciudadanos consagrados en la Constitución. Esa exigibilidad se encuentra, sin embargo, limitada por las posibilidades reales de asignación de recursos económicos limitados para responder a una gran variedad de derechos insatisfechos.

A este respecto, la posición de la Corte Constitucional no es clara. En la sentencia T 406 de 1992⁹ indicó que *“el juez debe tomar decisiones que consulten no solo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos, y por el otro, los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución”*; en la sentencia T 427 de 1992¹⁰, que los derechos fundamentales *“buscan garantizar ciertas condiciones mínimas para la población, sin las cuales acabaría siendo desconocido el principio de dignidad humana y solidaridad social, justificándose así su exigibilidad directa frente al Estado, si se verifican las expresas condiciones establecidas en la Constitución”*; y en la sentencia T 492 de 2005,¹¹ que *“los derechos no consisten en el mero título, sino en su goce efectivo, lo cual supone entonces actuaciones normativas y fácticas de la sociedad y del Estado para garantizarlos, lo que implica siempre un costo”*. De la misma manera, ha manifestado que no es responsabilidad de la Corte preocuparse por las consecuencias económicas de sus decisiones, pues su obligación única y exclusiva es fallar en Derecho¹². Según esto último, los jueces no se deben preocupar por buscar nuevas fuentes de financiación ni por definir qué otros rubros del gasto público deberían reducirse para compensar los gastos adicionales que se deriven de la aplicación de sus sentencias.

⁷ Artículo 150 de la Constitución política: *Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas realizará las siguientes funciones: Num 3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos.*

⁸ Artículo 241 de la Constitución Política (CP).

⁹ MP Ciro Angarita Barón.

¹⁰ MP Eduardo Cifuentes.

¹¹ MP Clara Inés Vargas.

¹² Al respecto el ex magistrado José Gregorio Hernández afirmó que *“Aún reconociendo que una decisión judicial puede producir efectos no queridos en muchos campos, la responsabilidad de los mismos no recae en el tribunal que declara la inconstitucionalidad sino en quien violando la Constitución profirió la norma o estatuto inexecutable... y no por ignorar la materia especializada, por ejemplo, la económica, sino porque el deber de los magistrados es administrar justicia”*, citado por PÉREZ SALAZAR Mauricio en *“Razones y sinrazones de un debate: La crítica económica a la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002”*. Revista de Derecho del Estado No 14. Universidad Externado de Colombia. Junio de 2003. P. 13.

Como lo ha expresado la misma Corte, a los jueces no les corresponde asumir ninguna responsabilidad por el equilibrio de las finanzas estatales.¹³

El debate desatado no es tan solo una discusión entre economistas y juristas, en la que los primeros se defienden de la intrusión de los segundos en sus dominios; en él también tienen cabida otras disciplinas e incluso se evidencian importantes discrepancias entre los mismos abogados.¹⁴

En Colombia el problema parece tener origen en la forma como la Corte Constitucional ha interpretado su labor de guarda de la Constitución. El variable alcance de sus fallos evidencia los cambios que esta interpretación ha tenido en la Corte Colombiana desde 1991. Algunos analistas, que critican las sentencias de contenido económico o con implicaciones económicas afirman que la interpretación de la Constitución Nacional de 1991 (CN) depende del peso que se les dé a los elementos liberales y los sociales que ella contiene: *“Los problemas de implementación de las directrices contenidas en la Constitución fueron los de escoger cuál sería predominante sobre las demás, tarea que se le encomendaba a la Corte Constitucional. Algunos magistrados de la primera Corte cuyo período culminó en marzo de 2001, debilitaron los elementos liberales contenidos en la ley de la nación y reforzaron los temas introducidos por los sectores socialdemócratas conservadores. Fue entonces una interpretación que enfatizó los derechos de los ciudadanos, debilitó sus deberes y frenó el alcance de las reformas liberales contenidas en la Constitución”*.¹⁵

Los cambios en la interpretación de sus propias funciones pueden ilustrarse en intervenciones de la Corte donde, es más o menos ambiciosa en términos tanto de la definición que da del problema que debe resolver, como del alcance de las soluciones que da al mismo. Su posición va desde¹⁶ el

¹³ Esta posición coincide con el salvamento de voto a la sentencia C-067/99; también en las sentencias C-1064 de 2001 y C-1017 de 2003 la Corte afirma que *“No le compete indagar a la Corte si podrían limitarse también otros gastos para liberar recursos cuyo destino sería la inversión pública social”*. Ver también PEREZ, Mauricio. *“Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991”*, Bogotá, junio de 2004.

¹⁴ Las tensiones existentes entre las altas cortes (conocidas bajo el término de choque de trenes), evidencian entre otros que los efectos de las sentencias de la Corte en temas económicos, no solo preocupan a los economistas, sino también a los juristas que, de una u otra forma, procuran seguir, bajo el concepto de “precedente obligatorio”, sus líneas jurisprudenciales para la “correcta administración de justicia”. En este trabajo se analizarán las posiciones de algunos economistas en torno a los efectos de algunas de las reglas introducidas por los jueces en fallos en temas económicos.

¹⁵ KALMANOVITZ Salomón, *Constitución y modelo económico* en Camilo Castellanos ed., “El debate a la constitución”, ILSA y Universidad Nacional, p. 140.

¹⁶ Algunos de estos puntos provienen de apuntes de las conferencias dictadas por Daniel Bonilla y Eduardo Cifuentes para la clase de temas contemporáneos, oct 18 y 25 de octubre de 2005 respectivamente.

proteger de derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por vía de la acción de tutela, cuando su amenaza o vulneración implica la de uno o varios derechos fundamentales, hasta el evaluar las políticas públicas, que vincula con los derechos vulnerados, y asignar tareas a otras ramas del poder público, como sucede con el caso de los desplazados y de algunos fallos relativos a salarios de los servidores públicos¹⁷. En el tránsito entre estas dos posiciones, la Corte no solo pasa de la administración de justicia prestacional de casos singulares y marginales a una justicia grupal, en donde se defienden intereses de grupos sociales particulares¹⁸, sino que además reevalúa el alcance esencial de los derechos y define sujetos vulnerables (niños, ancianos, mujeres cabezas de familia, etc...) ¹⁹.

Estas posiciones le han valido a la Corte Constitucional Colombiana el ser blanco de múltiples críticas. El debate no se ha limitado a los temas de orden económico; las críticas también han apuntado a un cuestionamiento a nivel más general, tocando aspectos como los que siguen:

- (i) El poder contramayoritario y contrademocrático de los jueces, en la medida en que éstos no son elegidos popularmente mientras que el Congreso y el Ejecutivo sí lo son²⁰;
- (ii) la usurpación de funciones de otras autoridades públicas por parte de la Corte, cuando sus fallos deciden sobre el modelo económico y la orientación del gasto público, funciones que le corresponden al Ejecutivo y al Congreso (por mandato constitucional artículos 200 y 150 de la CN respectivamente);
- (iii) la falta de idoneidad técnica de los magistrados constitucionales –su *miopía económica*²¹– a la hora de tomar decisiones que promuevan el desarrollo económico²² y, en general, de proferir fallos que tengan efectos económicos;

¹⁷ En la sentencia C 1433 de 2000 (MP Antonio Barrera Carbonell), la Corte dio la orden directa al presidente de la República de cumplir con lo que en su sentencia consideró un deber jurídico omitido, indicando que éste debía incluir dentro del proyecto de la ley de apropiaciones de 2000, lo correspondiente al incremento de los salarios de todos los servidores públicos.

¹⁸ Ejemplo de ello lo constituye el paso a la protección de los derechos de los desplazados *al mínimo vital, al trabajo, a la vivienda digna, a la integridad personal, a la salud, a la igualdad, a la educación, a la seguridad social y a la especial protección que deben recibir los niños y las personas de la tercera edad por parte del Estado*, entre otros. Según sentencia T 025 de 2004, MP Manuel José Cepeda.

¹⁹ Ejemplo de ello lo constituye la Carta de derechos del desplazado, sentencia T 025 de 2004 MP Manuel José Cepeda.

²⁰ CAPPELLETTI Mauro, “Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional”, tomado de *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, pp.599 – 633.

- (iv) la amenaza de un “populismo judicial” que es susceptible de agravarse en la medida en que los jueces no tienen en cuenta las restricciones presupuestales²³;
- (v) los efectos de crecientes costos de transacción asociados a la inseguridad jurídica, introducida por el frecuente cambio de reglas producto de la intervención de los jueces constitucionales, que perjudican el desarrollo y desestiman la inversión²⁴; y
- (vi) los efectos perversos de las injerencias judiciales sobre el sistema político y sobre la propia administración, cuando, por un lado, provocan el reemplazo de la lucha electoral de los ciudadanos por la interposición de acciones judiciales, y por otro, “politizan” la justicia²⁵.

El debate incorpora un componente ideológico fuerte con el enfrentamiento de dos concepciones de Estado diferentes: el estado liberal clásico (ELC) y el estado social de derecho (ESD). Si bien ninguno de los dos define a priori el grado aceptable de participación de los jueces en la orientación de la sociedad, su antagonismo en el juicio de la interferencia del estado en la economía se traduce en niveles muy distintos de tolerancia de dicha participación de los jueces. Mientras que en una concepción ortodoxa del ELC la rama judicial no debería interferir en aquellos asuntos económicos que regula el mercado, en el ESD sí existe tal espacio.

En este trabajo se aborda este debate en torno a algunas de las sentencias de la Corte Constitucional que introducen reglas con efectos sobre las políticas públicas y el funcionamiento de la economía, a partir del análisis de casos concretos.

Un primer objetivo del trabajo es trasladar el debate del terreno ideológico – en el que se enfrentan visiones distintas sobre el papel del estado en la economía – al terreno *técnico práctico*. En éste, el conocimiento de las ciencias sociales adquiere un carácter más instrumental y lo fundamental resulta no ser más la *ideología* de los economistas, sino su capacidad de analizar las

²¹ CLAVIJO, Sergio. “Fallos y fallas económicas de las altas cortes”. Revista de Derecho Público No. 12. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Junio de 2001, p. 34.

²² “El juez puede y debe intervenir en los asuntos económicos. No debe intervenir en decisiones técnicas de los entes autónomos porque les roba su capacidad y lo obliga a hacer regulaciones de baja calidad que frenan el desarrollo económico” (Kalmanovitz Salomón, “Formas de pensar jurídicas y económicas”, en *Ensayos sobre Banca Central en Colombia*, Norma, Bogotá, 2003, p. 10)

²³ UPRIMNY Rodrigo. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional”. En Revista de Derecho Público No. 12. Universidad de Los Andes. Junio de 2001. pp 147.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

consecuencias en el funcionamiento de la economía, de las distintas alternativas de decisión de los jueces.

Dado que las reglas del ordenamiento jurídico no pueden ser efectivas si van en contra de la lógica del comportamiento social, el juez no puede asumir su tarea abordando el derecho como un saber auto contenido que tiene respuestas para interrogantes en todos los ámbitos. Los jueces, abocados a ligar las categorías de “fin” y “medio” en sus decisiones, requieren del conocimiento suficiente, primero, para decidir conforme al derecho, y segundo, para comprender las consecuencias de sus decisiones. Ante las limitaciones del campo del saber jurídico es necesario, en ciertos casos, acudir al conocimiento específico de otras ciencias sociales para tomar una decisión.

Desde una concepción *Weberiana* del análisis científico²⁶, a la consideración científica es asequible, ante todo, la cuestión de si unos medios son apropiados para unos fines dados²⁷. Las ciencias sociales permiten i) establecer válidamente cuáles medios son apropiados para un fin propuesto, ii) ponderar las posibilidades de alcanzar cierto fin con determinados medios disponibles y iii) a partir de los medios disponibles, criticar indirectamente la propuesta de los fines mismos. Extraer una decisión de aquella ponderación no constituye una tarea posible para la ciencia; es propia del juez, quien debe sopesar los valores en cuestión y hacer una elección. Para elegir *“la ciencia puede proporcionarle la conciencia de que toda acción, y también naturalmente, según las circunstancias, la in-acción, implica, en cuanto a sus consecuencias, una toma de posición a favor de determinados valores, y, de este modo, por regla general en contra de otros”*²⁸.

Desde esta perspectiva, el análisis técnico de las alternativas que se le presentan al juez permite suplir vacíos de conocimiento y construir una argumentación consistente basada en evidencia empírica. La economía le ofrece al derecho una técnica para modelar el comportamiento de los individuos en distintos escenarios de restricciones, a partir de lo cual, se puede estudiar la forma como responderán los individuos ante ciertos cambios de las leyes.

²⁶ WEBER Max, *Ensayos sobre metodología sociológica*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1990, pp. 39 – 50.

²⁷ WEBER Max, op. cit. De otro lado, cabe anotar que, en una discusión entre Manuel Atienza y Roberto Vernengo entorno a la *cientificidad o no de la Jurisprudencia* en ATIENZA Manuel, “Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, *Doxa* 3, 1986, pp. 297 – 311, Atienza afirma que *“una regla técnica – por ejemplo, la interpretación que hace la dogmática de un determinado artículo – será más progresiva que otra si consigue obtener más y mejores resultados; en el caso de la dogmática si permite resolver más problemas jurídicos típicos o permite resolverlos mejor”*, p. 299.

²⁸ Ibid, p. 43.

El segundo objetivo del trabajo es poner en evidencia los vacíos técnicos en los fallos de la Corte en temas económicos e ilustrar algunos de los elementos del debate ideológico que está detrás de las críticas que se le han hecho a la Corte. En últimas las preguntas que se busca responder son primero, si, en materia económica, ¿el juez, sin acudir a un apoyo técnico específico, puede analizar los efectos de las reglas que introduce? Segundo, ¿qué tipo de apoyo requeriría para legitimar y hacer sostenible su participación en temas económicos?

Para ello, en la primera parte, se describen los principales cambios introducidos por la Constitución de 1991 en su relación con los elementos básicos del debate ideológico entre las concepciones del derecho en el ELC y el ESD. En la segunda, se analizan las reglas establecidas por la Corte y su impacto económico, en algunos de sus fallos sobre los créditos hipotecarios, la determinación del salario mínimo y el ajuste anual de los salarios de los funcionarios públicos. En la tercera, se presentan las conclusiones del trabajo.

I. De la Constitución de 1886 a la Constitución de 1991 – El debate entre dos modelos de estado

Los cambios constitucionales en Colombia se dieron en el marco de transformaciones políticas en países de Europa y América Latina, que buscaron pasar de regímenes autoritarios, caracterizados por la falta de garantía de los derechos humanos y de principios democráticos, a regímenes donde se promoviera la defensa, protección y promoción del principio de dignidad humana y de los derechos fundamentales.²⁹ Cuando comenzó la ola democratizadora en América Latina, hacia finales de la década de 1970, sólo tres países en la región gozaban de un régimen democrático: Costa Rica, Colombia y Venezuela.³⁰ En la región, las nuevas constituciones, buscaban dar respuesta a demandas crecientes por la protección de derechos fundamentales en medio de condiciones socio-económicas precarias y economías cerradas con escaso desarrollo industrial³¹. En la mayoría de casos, la expedición de nuevas constituciones se acompañó de la creación de tribunales constitucionales encargados de defender el orden constitucional recién creado,³² lo que contribuyó a un fortalecimiento del poder de los jueces y a un mayor equilibrio entre éste y los del ejecutivo y del legislativo.³³

La Constitución de 1991 declaró a Colombia como un *“estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, (...) democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*³⁴. En ella se establecieron nuevos derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y ambientales y se buscó crear garantías para la protección de éstos, mediante la definición de nuevos mecanismos de participación democrática y de control constitucional, como la acción de

²⁹ Gil, R. *Un vistazo a las reformas constitucionales en Latinoamérica*, Paper, Sela 2002.

³⁰ Ibid.

³¹ Salvo Costa Rica que mantiene su Constitución de 1949, los demás países han dictado una nueva carta política o introducido importantes modificaciones a las vigentes antes de regímenes autoritarios. En Ecuador y Panamá se han introducido de hecho más de dos modificaciones a la Constitución. (Gil, R. *Op. Cit.*)

³² RESTREPO, E., *Reforma Constitucional y Progreso Social: La “Constitucionalización de la Vida Cotiana” en Colombia*, Paper, Sela 2002.

³³ Después de la segunda guerra mundial, Italia (1947) y Alemania (1949) adoptaron cortes constitucionales. Luego de la caída de sus dictaduras, entre 1970 y 1980, Francia, Portugal y España también lo hicieron y en los años noventa, casi todos los países de Europa Oriental, India y Sudáfrica.

³⁴ Constitución política, Artículo 1, Título 1, *De los principios fundamentales*.

tutela³⁵ y la acción de inconstitucionalidad³⁶. Además creó un tribunal constitucional, a quien confió, entre otras funciones³⁷, “la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”³⁸ con base en las revisiones que hiciere de las acciones de tutela³⁹ y las decisiones que tomase frente a las acciones públicas de inconstitucionalidad que cualquier ciudadano puede interponer contra las normas de rango legal.⁴⁰ Sin embargo, es preciso resaltar que no todas los preceptos establecidos por la Constitución de 1991 son propios del ESD e incluso tienen fuentes contradictorias de inspiración ideológica. La constitución combina elementos del estado liberal clásico con principios e instituciones del estado intervencionista.⁴¹

La nueva constitución, reconfiguró y ordenó los poderes del estado⁴², estableció los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales,⁴³ y definió los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad⁴⁴.

Detrás de la creciente actividad de los jueces y de las críticas contra los tribunales constitucionales presentadas en la introducción de este trabajo, se encuentra el complejo trasfondo teórico de la separación de poderes y, con éste, la contraposición de dos modelos de estado: el *estado de derecho*

³⁵ Constitución política, Artículo 86.

³⁶ Constitución política, Artículo 214.

³⁷ Las funciones están consagradas en el artículo 241 de la CN.

³⁸ Constitución Política, artículo 241, Título VIII, *De la rama judicial*.

³⁹ La Corte selecciona discrecionalmente algunos de los fallos de tutela remitidos por los jueces ordinarios. “Aunque la Corte no está obligada a motivar las providencias por medio de las cuales selecciona los fallos de tutela, los criterios fundamentales de selección han sido la unificación de la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales y la corrección de injusticias graves que requieren una decisión urgente e inmediata.” (Restrepo, E, Op. Cit.)

⁴⁰ Este control fue antes de 1991 ejercido por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y la acción pública de inconstitucionalidad existe desde 1910, introducida en un contexto de reformas encaminadas a darle garantía a las minorías políticas. El control de constitucionalidad es un control en el que las normas pueden ser retiradas definitivamente del orden jurídico y no solo para un caso particular, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación.

⁴¹ Coexisten en ella por ejemplo, la visión clásica liberal que dice que el estado no debe intervenir sino para mantener el libre juego de la oferta y la demanda, y la visión liberal intervencionista que dice que Colombia es un estado social de derecho y que, por tanto, el estado debe intervenir en muchas áreas de la sociedad para alcanzar ciertos fines de justicia social. Pueden verse con detalle las diferentes corrientes que en cuanto a temas económicos se encuentran en la constitución en ALVIAR Helena, “La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía”. En *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Edición a cargo de Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, primera edición 2005, pp. 152 – 180.

⁴² Constitución política, Artículo 113

⁴³ Constitución política, Artículos 11 y ss.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional”. Editorial Civitas. Madrid. 1985, p. 49.

liberal clásico (ELC) y el *estado constitucional y social de derecho* (ESD)⁴⁵. En este trabajo, i) no se pretende profundizar en las posiciones teóricas desarrolladas para el análisis de estos temas, sin embargo, dada su relevancia para el contexto de la presente discusión en Colombia, se presentan a continuación algunas de las principales diferencias entre estos dos modelos que forman parte de dicha discusión; y ii) no se debate la decisión del constituyente en 1991 de establecer un ESD.

1. *Concepto y fuentes de derecho*

En el enfoque liberal clásico los derechos y libertades encuentran su lugar apropiado exclusivamente en el derecho positivo estatal. La principal fuente de creación jurídica es la ley, creada por el órgano legislativo, representante directo de la voluntad del pueblo. En este sentido, la ley, como manifestación de la voluntad general, persigue en el estado liberal los valores de generalidad y abstracción dentro de un marco de seguridad y previsibilidad de la actividad pública que propugna ante todo por la prevalencia de la libertad individual y de la actividad privada⁴⁶.

En el ELC el derecho se concibe como un sistema completo, coherente y unívoco que no presenta lagunas⁴⁷, contiene un número suficiente de normas para regular los infinitos conflictos sociales que pueden presentarse, y está libre de contradicciones y de normas polisémicas. Ello con base en la posibilidad de acudir a los principios jurídicos de las normas que encierran el sistema.

En la lógica liberal, el valor de la Constitución se reduce a un valor programático, político, carente de fuerza normativa por sí misma: la Constitución “*como norma fundamental de garantía no puede imponerse como norma al estado soberano, y al mismo tiempo la Constitución como norma directiva fundamental no puede imponerse como norma a la sociedad*”⁴⁸.

⁴⁵ Una breve descripción de estas visiones fue presentada por Daniel Bonilla en su charla, el 18 de octubre de 2005, al curso de Temas Contemporáneos del Derecho, Universidad de los Andes.

⁴⁶ FIORAVANTI Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, departamento de derecho público y filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Trotta, 1996, pp. 99 – 125.

⁴⁷ De acuerdo con Kelsen, “*no hay empero, auténticas lagunas, en el sentido de que un litigio jurídico no fuera susceptible de decisión conforme a las normas valederas, porque la ley no pudiera aplicarse por falta de un precepto referible al caso. (...) Si no obstante, se habla en ciertos casos de “lagunas”, esto no significa, que una decisión se torne imposible a falta de una norma, sino solo que la decisión axente o denegatoria es apreciada como demasiado inconveniente o injusta por la instancia competente para la decisión, es decir, para la aplicación de la ley.* KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*. Segunda Edición. Editora Nacional. México. 1981, pp. 138 – 145.

⁴⁸ FIORAVANTI Mauricio, Op. Cit, p. 124.

El juez puede en algunos casos constituir una fuente subordinada o *delegada* de derecho, en casos de *juicios de equidad*, es decir juicios en los que no se aplican normas positivas preexistentes⁴⁹. El sistema jurídico del ELC espera así constituir un sistema predecible, que garantice los valores de seguridad jurídica e igualdad, en el que los casos similares sean tratados en forma igual sin mayor espacio de discrecionalidad para el juez.

Por el contrario, en el ESD, el derecho es un sistema de normas de textura abierta, razón por la cual requieren para su aplicación a los casos concretos, de la interpretación del juez, concebido en este sentido como creador de derecho. La Corte Constitucional ha adoptado esta posición y afirma reiteradamente en sus sentencias que “*en el derecho no hay lagunas, porque hay jueces*”⁵⁰. Aun cuando no es preciso afirmar que la labor de interpretar no fuera una labor ejercida por los jueces tanto en un estado liberal clásico como en uno social de derecho, la Corte parece defender de forma especial la necesidad de interpretación que se requiere en el ESD para justificar el cambio de su misión con la Constitución de 1991.

En el ESD se experimenta una variación respecto al ELC, orientada ante todo por la conservación de las libertades individuales – y en esa medida hay continuidad y no una ruptura con la posición del estado liberal clásico – pero haciéndolas compatibles con los derechos prestacionales, surgidos de las necesidades históricas que hicieron evidentes las revoluciones. Esta clase de derechos, denominados de segunda generación, permitieron la intervención estatal y con ello el desarrollo de nuevos patrones de justicia a través de nuevas fuentes jurídicas⁵¹. Se sigue considerando la ley como la principal manifestación del derecho, pero ya no solo en su sentido formal, sino también en su sentido material. El legislador mantiene su prevalencia, pero encuentra un complemento necesario tanto en la actividad del poder ejecutivo, a partir del establecimiento de políticas sociales y económicas orientadas por la nueva concepción de estado, como en el poder judicial, en su calidad de intérprete de las reglas y principios de la constitución.⁵²

⁴⁹MORRA, Nello. “*El positivismo jurídico*”. Editorial Debate S.A. Madrid. 1998., p. 178.

⁵⁰ Sentencia C 081/1995, MP Carlos Gaviria.

⁵¹ Debido a que no todos los derechos sociales implican una prestación, la Corte Constitucional Colombiana diferencia los derechos sociales de los prestacionales. *En términos generales, el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer, o dar, derivada del texto constitucional.* (Sentencia T116 de 1993 MP: Hernando Herrera).

⁵² *La misma ley aparecerá cada vez más como el fruto de la voluntad política y de una mayoría vencedora, y surgirá inevitablemente la necesidad de poner un límite positivo al legislador, de vincularlo a la observancia de ciertos valores constitucionales y también de obligarlo a la realización de aquellos valores en la sociedad. Después del largo dominio decimonónico de la soberanía del estado se vuelve así,*

En el ESD, de acuerdo con la Corte Constitucional colombiana⁵³, el juez participa en la creación de derecho y actúa como legislador positivo, en circunstancias en las que i) llena vacíos del ordenamiento jurídico, ii) se enfrenta a normas de textura abierta, iii) resuelve contradicciones en presencia de conflictos de derechos y iv) adecua un sistema jurídico relativamente estático a una realidad que se encuentra en constante movimiento.

La Corte Constitucional Colombiana en este sentido ha interpretado que el papel del juez dentro del ordenamiento “*constituye un momento esencial del derecho, puesto que la vocación inherente a las normas jurídicas generales es la aplicación. **Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces.** puesto que sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es*”⁵⁴. Con ello, cambió la condición de fuentes auxiliares del derecho que la doctrina constitucional y la jurisprudencia tenían antes.

En la C 836 de 2001⁵⁵, también haciendo referencia a la importancia del papel del juez y a su forma de resolver casos concretos, se afirma que: “*Esta función creadora del juez en su jurisprudencia se realiza mediante la construcción y ponderación de principios de derecho, que dan sentido a las instituciones jurídicas a partir de su labor de interpretación e integración del ordenamiento positivo. Ello supone un grado de abstracción o concreción respecto de normas particulares, para darle integridad al conjunto del ordenamiento jurídico y atribuirle al texto de la ley un significado concreto, coherente y útil, permitiendo encausar este ordenamiento hacia la realización de los fines constitucionales. Por tal motivo, **la labor del juez no puede reducirse a una simple atribución mecánica de los postulados generales, impersonales y abstractos consagrados en la ley a casos concretos, pues se estarían desconociendo la complejidad y la singularidad de la realidad social, la cual no puede ser abarcada por completo dentro del ordenamiento positivo**”⁵⁶.*

2. Relación entre las ramas del poder público

gradualmente, a poner el acento sobre la constitución como máxima garantía contra el arbitrio de los poderes públicos y también como norma directiva fundamental a cumplir sobre la base de los valores en ella fijados.(FIORAVANTI, Mauricio, Op. Cit., p. 125)

⁵³ Sentencias C836/2001, C083/1995 y T406/1992 entre otras.

⁵⁴ Sentencia C 083/1995, el subrayado y la negrilla están fuera del texto.

⁵⁵ MP Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁶ Sentencia C 836/2001 (Negrilla fuera del texto).

En el ELC prima una idea de independencia radical entre las ramas del poder público con funciones claramente establecidas y con un sistema de frenos y contrapesos para garantizar la libertad de pensamiento, expresión y asociación⁵⁷. En ese sentido, se busca consolidar en la rama legislativa, en la cual se asume que se encuentran representados los intereses de todos los individuos, la creación de derecho por medio de la elaboración de leyes; en la rama ejecutiva, la aplicación del derecho y ejecución de políticas públicas; y en la rama judicial, la resolución de problemas jurídicos a partir de las creaciones del legislador, por medio de un sistema de razonamiento y justificación autónomo e independiente⁵⁸. El actuar de cada rama debe ser limitado al ejercicio de su propia función y no puede, por consiguiente, llegar a usurpar las funciones de las demás.⁵⁹

Esta visión se opone a la visión de colaboración armónica entre las ramas del poder público⁶⁰ que promueven los defensores del ESD⁶¹, quienes, consideran que la debilidad de la rama legislativa, la carencia de controles al ejecutivo y al legislativo y las excesivas cargas de poder en una de éstas dos ramas, son producto de la estricta separación de poderes, por cuanto se restringe la misión judicial, esencialmente, a la resolución de los conflictos ‘privados’⁶². Las fronteras entre las ramas del poder público del ESD no son entonces claramente identificables.⁶³ En él se busca promover el trabajo coordinado y complementario entre las ramas, para, por un lado, solucionar los problemas complejos que tiene una comunidad política, y por otro, controlar y evitar los abusos de poder que puedan tener lugar. En el ESD, las ramas del poder público deben contar con una

⁵⁷ ALVIAR Helena, artículo sin publicar titulado “Las funciones de la Corte Constitucional en impuestos: los límites de un debate teórico”.

⁵⁸ *Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad, falta la confianza, porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente. Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.* (MONTESQUIEU Jean Jacques, *El espíritu de las leyes*, libro XIX, cap. VI.

⁵⁹ VILE M.J.C “*Constitutionalism and the separation of powers*”. Clarendon Press. Oxford. 1969. P. 20. De acuerdo con MONTESQUIEU, Op. Cit “*ha de procurarse la división de los poderes de acuerdo con el contenido de las funciones, fijando con claridad sus respectivas esferas de competencia, evitando las interferencias de la actividad de unos en los demás*”.

⁶⁰ Señalada en la Constitución colombiana en su artículo 113.

⁶¹ No obstante, la visión de colaboración armónica entre las ramas del poder público está también presente en Montesquieu.

⁶² CAPPELLETTI Mauro Op. Cit. pp. 599 – 633.

⁶³ *Se presenta una imposibilidad lógica de enmarcar en esa clasificación tan simplista, tan elemental, las múltiples funciones asumidas por el Estado, que desbordan esa nomenclatura. Estas nuevas funciones estatales no son, por naturaleza consideradas específicamente ni pura labor legisladora, ni mera ejecución de ésta, ni la aplicación judicial de la norma, lo cual hace desueta la clasificación tripartita moderada como ha sido por una racional colaboración.* (SÁCHICA, Luis Carlos. “*Constitucionalismo colombiano*”, Editorial Temis, Bogotá, 1996, pp. 181-182. Citado en NARANJO M, Vladimiro. “*Teoría Constitucional e Instituciones políticas*”. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2000.. P. 249.)

autonomía funcional y con un esquema claro de pesos y contrapesos, en el cual las instituciones políticas se limitan entre sí, no solo en el sentido débil de que cada una está circunscrita a su esfera de poder, sino en el sentido fuerte de que aún dentro de sus esferas no son omnipotentes⁶⁴.

La Constitución de 1886 consagraba un estado centralizado, autoritario y caracterizado por una aceptación del papel dominante de la iglesia, el autoritarismo presidencial y la limitación de los derechos individuales. Los temas económicos no constituían capítulos o artículos exclusivos; estos temas se manejaban por medio de leyes. En particular, la Constitución de 1886, no consagró el principio liberal de la libertad económica ni la existencia de la libertad de empresa; ésta se infería interpretando el contenido y alcance del artículo 39 sobre libertad de trabajo.⁶⁵

Las reformas a la Constitución de 1886 a lo largo del siglo XX, marcaron cambios en la distribución de las funciones del poder público e introdujeron temas de orden económico. En primer lugar, la reforma de 1936 a los artículos 10 y 11 i) amplió la función del estado, de la protección a los individuos y sus derechos individuales, a la regulación de la economía para crear los servicios públicos que permitieran el ejercicio pleno de las actividades sociales y ii) estableció que la propiedad tiene una función social.⁶⁶ La reforma de 1968, confirió una mayor concentración de competencias y funciones en cabeza del poder ejecutivo, dándole en particular la iniciativa legislativa en materias como normas orgánicas del presupuesto, planes y programas de desarrollo, planes de obras públicas, inversiones públicas y participaciones en las rentas nacionales.⁶⁷

La Constitución de 1991 le dio a los jueces constitucionales ya no solo la tarea de garantizar los contenidos materiales de la constitución – una ley cuyo contenido es, comparativamente con las leyes ordinarias, sintético, vago y alusivo⁶⁸ - sino la de “*adentrarse en el análisis crítico de los mismos, pues dicho ejercicio se le impone en la medida que su función esencial es contribuir a la realización plena del principio de justicia material*”.⁶⁹ La justicia constitucional, en particular bajo su forma de protección de los

⁶⁴ ELSTER Jon, “Régimen de mayorías y derechos individuales”, tomado de *Las conferencias de Oxford Amnesty de 1993*.

⁶⁵ ALVIAR Helena, ponencia titulada *Constitución y economía*, Revista Precedente 2002, p. 182.

⁶⁶ *Ibid*, p. 183-184.

⁶⁷ *Ibid*, p. 183-184.

⁶⁸ CAPPELLETTI. Op. Cit. pp.599 – 633.

⁶⁹ Ex magistrado de la Corte Constitucional, Fabio Morón, Citado por JARAMILLO y OSSA Op. Cit. P.12

derechos fundamentales, es una de las áreas donde mejor se evidencia un crecimiento de la función creadora de derecho de los jueces⁷⁰.

En la sentencia T 778 de 1992, la Corte misma indicó que la transformación constitucional, dirigida hacia el *antiformalismo*, había producido tanto una transformación cuantitativa en términos de la creación de derecho, como una cualitativa puesto que había *surgido una nueva forma de interpretar el derecho*. Ese cambio de interpretación, puede resumirse en i) la pérdida de la importancia sacramental del texto legal y ii) una mayor preocupación por la justicia material.

De hecho, autores como Alejandro Martínez, opinan que la diferencia radica en la interpretación que la Corte ha hecho de la CN de 1991. Resalta este autor, que el derecho debe ser construido en cada caso y que precisamente es creado a medida que se interpretan las normas. De ahí que las decisiones, al no estar guiadas exclusivamente por las normas, se comienzan a mover en el campo de la política. Y en ese terreno es donde termina la inevitable conciliación entre *“los postulados liberales de garantía de las libertades por medio de decisiones previsibles (estado liberal); el respeto por las decisiones tomadas por la mayorías en los órganos políticos (del estado democrático) y su tarea de contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa (estado social de derecho)”*.⁷¹

La Corte Constitucional Colombiana ha definido que el alcance del papel del juez en el modelo del ESD debe ir mucho más allá del de un simple funcionario dispuesto a zanjar conflictos, hacia otro que tiene la obligación de dar parámetros de guía en la determinación de un nuevo orden para la sociedad⁷²: *“En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social.”*⁷³ De ahí que la Corte abra el espacio para que el juez sea protagonista frente a los otros dos poderes públicos en el cumplimiento de los derechos sociales: *“es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la*

⁷⁰ *El Tribunal Constitucional tiene la facultad de declarar, ex nunc y erga omnes, inconstitucional una ley, asegura a la vez la primacía de la Constitución sobre el Parlamento.* (GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, Op. cit., p. 58, en una descripción de preceptos kelsenianos.)

⁷¹ En *“Apuntes sobre el Estado Social de Derecho en la Constitución colombiana”*. Citado en JARAMILLO Jorge y OSSA Alfonso. Op. Cit. P.13.

⁷² BARRETO Antonio, “Amparo Constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela”, en *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Observatorio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1999, p. 97.

⁷³ Sentencia T 406/92.

prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de la ley”⁷⁴.

3. Legitimidad democrática

En el ELC se hace énfasis en que las ramas con legitimidad democrática son la ejecutiva y la legislativa, por cuanto son representantes directos del pueblo, al ser elegidos por él. En esa medida, la intervención judicial, por ejemplo en el ámbito económico, sería antidemocrática, pues los tribunales constitucionales, compuestos por jueces no electos, “*impondrían su filosofía económica y arrebatarían a las mayorías el derecho que éstas tienen para tomar las opciones básicas sobre el desarrollo social y económico de un país*”⁷⁵.

Por su parte, los promotores del ESD reconocen una legitimidad democrática directa de las ramas legislativa y ejecutiva, pero reconocen igualmente una legitimidad indirecta de los tribunales constitucionales, cuyo poder es limitado en la medida que, en principio actúan solamente a petición de parte, frente a los poderes que el ejecutivo y el legislativo poseen con respecto al presupuesto y la fuerza pública particularmente.⁷⁶

Para sustentar dicha legitimidad democrática indirecta, lo que también responde a las críticas a la falta de legitimidad de los tribunales constitucionales, que se enumeraron en la introducción de este trabajo, algunos de los principales argumentos se citan brevemente a continuación: i) gozan de una legitimidad democrática sustancial en la medida en que aseguran los derechos fundamentales y protegen la continuidad e imparcialidad del proceso democrático⁷⁷; ii) a diferencia del ejecutivo y del legislativo, los tribunales constitucionales tienen la obligación de plasmar las motivaciones de sus decisiones en opiniones escritas accesibles al público, con miras a garantizar que las decisiones judiciales no resultan del “*capricho o de la idiosincrasia y predilecciones subjetivas*” de los jueces, sino de un esfuerzo por parte de los mismos por permanecer fieles al

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ UPRIMNY Rodrigo, Op. Cit., p. 149.

⁷⁶ Al respecto ha mencionado la Corte (en sentencia SU 047 de 1999 MP Carlos Gaviria y Antonio Caballero): *para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que ésta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del Legislativo, en detrimento del principio democrático.*

⁷⁷ UPRIMNY Rodrigo, Op. Cit., pp. 169 a 177.

“sentido de la justicia y la equidad de la comunidad”⁷⁸; iii) la existencia de una cultura legal y de normas comunes de interpretación impide que los jueces se comporten de manera arbitraria e impredecible⁷⁹; iv) pueden aumentar la representatividad global del sistema al proteger a los grupos que no tienen acceso a las ramas políticas, defendiendo los derechos de las minorías⁸⁰; y v) tienen un acercamiento a los casos y controversias cotidianos, es decir a las necesidades, las aspiraciones, las pretensiones y las exigencias cotidianas de la sociedad⁸¹.

4. Una nueva concepción de los derechos

*“Es probable que la única idea que compartieran, casi la totalidad de los grupos y movimientos que promovieron la llamada séptima papeleta, el Presidente de la República y su gabinete, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los militantes de los grupos insurgentes en proceso de reinserción y la gran mayoría de las personas elegidas a la Asamblea Nacional Constituyente, era que la nueva constitución tenía que ser mucho más amplia y participativa, mucho más democrática y libertaria, mucho más equitativa y solidaria, que la Constitución, entonces vigente, expedida en 1886. A este respecto, los actores del proceso constituyente acuñaron la expresión según la cual, la del 91, debía ser una constitución “donde quepamos todos””.*⁸²

En efecto, mientras la Constitución de 1886 dotaba a la autoridad pública de poderes extraordinarios para restringir la libertad y los derechos de las personas, la Constitución de 1991 optó por la libertad y consagró un amplio catálogo de derechos destinados a convertirse en verdaderos límites al ejercicio del poder. En 1991, frente a más de cuarenta años regidos por medidas tomadas al amparo del estado de sitio desde 1950⁸³, se consagraron por ejemplo el

⁷⁸ CAPPELLETTI Mauro, Op. Cit, pp. 599 – 633.

⁷⁹ ELSTER Jon, Op. Cit.

⁸⁰ *A quien mejor puede servir el Tribunal es a los grupos marginales que se hallan en la imposibilidad de acceder a las ramas ‘políticas’. [...] los debates del Tribunal son judiciales; es decir que implican enfrentamientos entre dos partes a las que se considera como individuos iguales. Por consiguiente, los grupos marginales pueden esperar una audiencia del Tribunal bastante más favorable que la de éstos que, justificadamente, trascendiendo al individuo, atienden a la fuerza pública que puede aportar al combate. Por otra parte, los poderes del Tribunal son esencialmente políticos. Por consiguiente, los grupos marginales pueden esperar encontrar en el Tribunal un apoyo político que no hallarán en ninguna otra parte.* M. (Shapiro), “Freedom of speech: The Supreme Court and Judicial Review”, Englewood Cliffs, NJ Prentice Hall, 1966, p. 37)

⁸¹ CAPPELLETTI Mauro, Op. Cit.

⁸² CIFUENTES Eduardo, “Diez años de Constitución en Colombia”. En Foro sobre justicia constitucional en iberoamérica. Instituto de Derecho Público Comparado. Universidad Carlos III Madrid. <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/JCI/00-portada.htm>.

⁸³ Ver ampliación de este tema en ITURRALDE Manuel A., “Estados de derecho vs Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia” en *Hacia un nuevo derecho*

derecho a la paz, a la vida, a la integridad personal y se limitaron las capacidades excepcionales del presidente en tiempos de crisis.⁸⁴

La Constitución de 1886 no mencionaba la diversidad étnica y cultural existente en Colombia. La de 1991 pretende proteger el derecho a la diversidad y reconoce expresamente que existen grupos humanos que, en cada momento histórico, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad, por lo cual pueden reclamar derechos especiales que les permitan superar sus limitaciones.⁸⁵ Mientras la Constitución de 1886 restringía la democracia a la consagración del derecho a votar cada cuatro años para elegir a un número reducido de funcionarios públicos, la Constitución de 1991 amplió los derechos políticos y los mecanismos de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político.⁸⁶

La Constitución de 1886 contenía una carta de derechos individuales que, para poder hacerse efectiva para los ciudadanos, tuvo que ser incorporada en el Código Civil.⁸⁷ Solo a partir del desarrollo legislativo de los mismos se generaron efectos y obligaciones concretas.⁸⁸ Con la Constitución de 1991 se desechó la teoría de los liberales clásicos presente en la Constitución de 1886 y se estableció que no era suficiente con que los derechos estuvieran consagrados en un texto normativo; lo esencial era ahora que éstos pudieran ser exigibles y efectivamente garantizados. Con ello, las normas constitucionales, además de ser contentivas de principios rectores del estado, se convirtieron en normas *in "integrum y directas"* y se creó un procedimiento,

constitucional, Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde (Editores), Facultad de derecho, Universidad de los Andes, 2005, pp. 83 - 151.

⁸⁴ En el artículo 214 numeral 2 de la Constitución Política de 1991, *bajo el régimen de los estados de excepción no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales.*

⁸⁵ CIFUENTES Eduardo, *"Diez años de Constitución en Colombia"*. Op Cit.

⁸⁶ CIFUENTES Eduardo, *"Diez años de Constitución en Colombia"*. Op Cit.

⁸⁷ JARAMILLO Jorge y OSSA Alfonso. "La Constitución colombiana de 1991: Economía y análisis económico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional". Universidad del Quindío, Corporación José Ignacio de Márquez P. 10.

⁸⁸ Al respecto algunos analistas afirman que *excepcionalmente se hablaba de derechos y garantías sociales que aparecían en el Título III de la Constitución anterior. Título que, puede decirse, necesitó incorporarse en el Código Civil para el conocimiento de esos derechos y garantías por parte de los operadores jurídicos, con el propósito de que "legalizándolos" serían cumplidos; tal mecanismo tampoco sirvió por la sencilla razón de que los derechos civiles y políticos del estado liberal se atribuían al hombre en abstracto, a ese hombre como sujeto en el racionalismo del Código Civil del siglo XIX.* (DUEÑAS Oscar citado en: JARAMILLO Jorge y OSSA Alfonso. "La Constitución colombiana de 1991: Economía y análisis económico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional". Universidad del Quindío, Corporación José Ignacio de Márquez P. 10.)

también constitucional, para que la aplicación directa de las normas de la Constitución pudiera ser exigible por los “operadores de justicia”⁸⁹.

Estos cambios en la valoración de los derechos de las Constituciones de 1886 y de 1991 corresponden a diferencias entre el ELC y el ESD. El liberalismo clásico sostiene que la única función del estado debe ser la negativa, esto es, la conservación del orden de derechos y oportunidades existentes; la promoción y la búsqueda de ulteriores beneficios le corresponde al individuo, para lo cual el estado debe proporcionarle la mayor libertad posible. En este sentido, la función del estado consiste en asegurar a cada persona un área de libertad lo más amplia posible, por lo que su intervención debe ser mínima. La búsqueda de bienes como felicidad, bienestar o cultura corresponde al individuo, libre de promover su propio bien según sus preferencias y capacidades, sin participación del estado. De este modo, la actividad estatal sólo restringe la libertad individual, mediante la aplicación de la ley, con el propósito de prevenir que las personas usurpen derechos y libertades de los demás⁹⁰. A esta concepción minimalista del estado se opone la del ESD. En él, la función del estado es positiva: promueve el bienestar social e intenta otorgarle derechos sociales a sus miembros, los cuales se encuentran al mismo nivel de los derechos de propiedad. Estos derechos son entonces inviolables y se otorgan por el simple hecho de ser ciudadanos y no de acuerdo con su desempeño en la sociedad.⁹¹

Así, mientras que para el liberalismo clásico, el estado aparece como el enemigo contra el cual debe defenderse la zona protegida de autonomía individual, para el ESD, el estado es un ente benefactor responsable de satisfacer las necesidades básicas de la comunidad y de promover el bienestar general⁹².

La protección de los derechos consagrados en la CN de 1991, que pretenden garantizar avances en términos de políticas de cambio social, tiene importantes implicaciones de orden económico, que justifican una evaluación de la calidad de las motivaciones de las sentencias, pues en ellas los

⁸⁹ JARAMILLO Jorge y OSSA Alfonso. *“La Constitución colombiana de 1991: Economía y análisis económico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”*. Universidad del Quindío, Corporación José Ignacio de Márquez. P. 11

⁹⁰ “Este sistema político se traduce en una serie de derechos que suponen que la libertad de acción está garantizada por una sanción que impide que otra persona la invada.” en ALVIAR Helena, artículo sin publicar titulado “Las funciones de la Corte Constitucional en impuestos: los límites de un debate teórico”.

⁹¹ Ibid.

⁹² ALVIAR Helena, op. Cit.

jueces establecen reglas en busca de unos determinados fines y están para ello obligados a analizar si las reglas que introducen son el medio más conveniente para lograr el fin propuesto.

II. Análisis de sentencias de constitucionalidad

El capítulo anterior ilustra el complejo debate que en el plano ideológico ha tenido lugar ante la creciente participación de los jueces constitucionales en Colombia. En este debate, la controversia nace en buena medida de las diferentes concepciones del papel del estado que defienden los promotores del ELC y del ESD. En el capítulo que sigue a continuación, se pone de manifiesto cómo los jueces constitucionales están llamados a fallar en temas que desbordan el campo del saber netamente jurídico para adentrarse por ejemplo en el campo del saber económico y se analizan las reglas que introducen dichos fallos.

Los casos en cuestión permiten ilustrar por un lado, la participación de los jueces en temas de gran importancia en la economía – vivienda y salarios – y por otro, los problemas técnicos de las reglas que se introducen a lo largo de la línea jurisprudencial. Estas sentencias fueron criticadas por algunos economistas. Sus críticas, como se verá más adelante, no se circunscriben todas al campo técnico. Para sustraerse a la orientación ideológica del debate, se procura hacer una crítica de las reglas en el terreno *técnico práctico*.

1. Sentencias en el tema de Vivienda: C383/99, C700/99, C747/99, C955/2000

Para la mejor comprensión de las sentencias analizadas en este apartado, se describe inicialmente el contexto económico de creación del UPAC en Colombia.

Contexto económico: Creación del UPAC

La Unidad de Poder Adquisitivo Constante (UPAC) fue concebida en 1972 cuando el entonces presidente, Misael Pastrana, promulgó el decreto 667, que creaba el sistema de valor constante, para ahorros y préstamos de vivienda, y obligaba a las Corporaciones de Ahorro y Vivienda (CAV) a llevar en unidades UPAC sus cuentas de ahorro y préstamo. Con la creación del UPAC se pretendía i) captar ahorros y ii) otorgar créditos hipotecarios para vivienda. La esencia del

UPAC consistió en permitir la capitalización del componente inflacionario de las tasas de interés por medio de la corrección monetaria⁹³. La figura era novedosa en el contexto de una tradicional prohibición del anatocismo⁹⁴.

En acuerdos como los créditos en UPAC para vivienda, donde un acreedor ofrece al deudor la opción de liquidar sólo una parte de los intereses a su cargo, el acreedor le refinancia, es decir que le otorga un crédito adicional para pagar el resto de los intereses. El objeto de estas fórmulas, es el de atenuar los efectos de la llamada amortización acelerada de los créditos, la cual reduce la capacidad de pago de los deudores. Sin este mecanismo, las cantidades de dinero que el deudor tiene que destinar mensualmente al pago del crédito son tan altas, que muchos de ellos no podrían comprar una casa a crédito.

Si no acuerda un mecanismo similar, cuando la inflación es alta, el acreedor se ve obligado a cargar una tasa de interés aun más alta para compensar la pérdida del poder adquisitivo del capital facilitado al deudor, lo cual equilibra las prestaciones entre ambas partes.

Mediante las fórmulas de refinanciamiento, el acreedor vuelve a prestar parte o la totalidad de los intereses que el deudor debe pagarle para compensar la pérdida del poder adquisitivo del dinero. Estas cantidades, a su vez, devengan nuevos intereses para compensar al acreedor por haberlo privado de la posibilidad de efectuar otra inversión productiva con esos recursos. Gracias al refinanciamiento de intereses, se reducen las cantidades que el deudor debe destinar mensualmente al pago del crédito, los pagos son más uniformes a lo largo de la vida del crédito, se otorga al deudor un plazo efectivo, en términos económicos, mucho mayor para liquidar el crédito y, en condiciones normales, terminará devolviendo al acreedor lo mismo que recibió, en términos reales o de poder adquisitivo, lográndose con ello la equidad entre acreedores y deudores.

Las principales captaciones de las CAV bajo este esquema, serían ahorros de corto plazo, mientras que sus colocaciones de crédito hipotecario necesariamente serían a largo plazo. Para hacerlas

⁹³ Ello no quiere decir que la corrección monetaria siempre fuera exactamente equivalente a la inflación: a lo largo de las primeras dos décadas del sistema, la Junta Monetaria introdujo numerosas variaciones a su forma de cálculo. (PÉREZ Mauricio (2004). Op. Cit. p. 22).

⁹⁴ Esto es cobrar intereses sobre intereses.

viables, la política contempló entre otros, el establecimiento en el Banco de la República de una facilidad especial conocida como el FAVI (Fondo de Ahorro y Vivienda).⁹⁵ A través de éste, la política monetaria se hacía cargo del riesgo de la fluctuación de la tasa de interés que de otra forma hubieran tenido que asumir las CAV. Ello implicó un subsidio cuantioso y permanente a este grupo de entidades financieras.

Los usuarios del crédito UPAC, esencialmente de estratos medio y alto, se beneficiaron con el subsidio por un lado, y por otro, con la tendencia de largo plazo a la valorización real de la propiedad inmobiliaria durante las décadas del setenta y del ochenta: *“Hacían un magnífico negocio: al comprar vivienda financiada con UPAC, apalancaban la inversión de recursos propios (la cuota inicial). Su activo (la vivienda) se apreciaba más rápidamente que su pasivo (el crédito). Si alguien llegaba a tener algún problema para atender el crédito, vendía la vivienda; en vez de perder con la transacción, liquidaba una ganancia. Por lo mismo, en esos años la cartera hipotecaria tenía un bajo nivel de riesgo para las CAV.”*⁹⁶

Cambios de 1991 a 1997

La expedición de la Constitución de 1991 y el posterior desarrollo legal en el tema de financiación de vivienda, modificó las condiciones del negocio en tres aspectos sustanciales: i) cambió el enfoque de la política monetaria descartando su uso para el crédito de fomento lo que dejó sin piso a mecanismos como el FAVI; ii) estableció que los monopolios sólo podrían subsistir como arbitrio rentístico (artículo 336), lo que no era compatible con la posición privilegiada de las CAV respecto del sector financiero; y iii) creó el derecho a la vivienda digna y señaló como obligación del estado la promoción de *“sistemas adecuados de financiación de largo plazo”* (artículo 51 de la CN) y de *“la democratización del crédito”* (artículo 335 de la CN). En ese mismo momento, la apertura económica eliminó la mayoría de las barreras a los flujos internacionales de capital, lo que se tradujo en una más estrecha relación entre las tasas de interés internas, las externas y las expectativas de devaluación.⁹⁷

⁹⁵ PEREZ Mauricio (2004) Op. Cit., p.22.

⁹⁶ Ibid, p. 23.

⁹⁷ Ver más detalles del sistema UPAC y sus cambios con la Constitución de 1991 en PÉREZ Mauricio (2004), Ibid. pp. 21 a 29.

Por medio de la ley 31 de 1992, le fue atribuida al Banco de la República, entre otras, la función de fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la UPAC: “*procurando que dicha metodología también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía*”.

En 1993 el Banco de la República ató la corrección monetaria a la DTF, que era inferior a la inflación. El objetivo de dicha política de ajuste de la corrección monetaria con base en la DTF, era mantener una relación estable a largo plazo entre la corrección monetaria y la inflación. Sin embargo, la inestabilidad de la DTF no lo haría posible.

Durante el período 1992 – 1997, ingresaron al país sumas importantes de capitales externos y se registraron períodos de tasas de interés internas bajas e incluso negativas en términos reales; también se presentó un auge hipotecario que incrementó los precios de la vivienda nueva en cerca de 40% real. Dicho auge impulsó el crédito hipotecario, elevándolo del 6 al 12% del PIB.⁹⁸ Las entidades financieras competían por colocar créditos hipotecarios y se diluyó la segmentación de mercados de captación de ahorros entre las CAV y las demás entidades financieras.

Crisis de 1998 - 1999⁹⁹

La crisis cambiaria del sur-este asiático de mediados de 1997 terminó por presionar los sistemas de bandas cambiarias en América Latina. En Colombia durante 1998 y 1999, el Banco de la República se vio forzado a elevar sus tasas de referencia de forma significativa, generándose una escalada en las tasas de interés de mercado.

Dado que la corrección monetaria estaba atada a la DTF, se generaron incrementos adicionales en la unidad UPAC, por encima de la inflación, con lo cual los deudores incurrieron en un costo real adicional en su financiamiento hipotecario, sin que ello hubiera podido advertirse anticipadamente.

⁹⁸ CARRASQUILLA, et.al. 1994, HERRERA y PERRY, 2003, CLAVIJO, et.al. 2004, en CLAVIJO Sergio, “*La vivienda en Colombia: Sus determinantes socio-económicos y Financieros*”. Documento Presentado en “Taller sobre Financiación de Vivienda, Mercado de Capitales y Política Social” (Banco Mundial, Asobancaria y Gobierno Nacional, Cartagena-Colombia, Agosto 19 y 20 de 2004).

⁹⁹ URRUTIA Miguel, *Políticas para evitar burbujas especulativas en finca raíz*, Revista del Banco de La República, enero 2000.

El gobierno decretó en noviembre de 1998 la emergencia económica e inició un proceso de reliquidación de las deudas hipotecarias.

La crisis económica de 1999, agravada por el tema hipotecario, llevó a que la economía se contrajera en -4,3% y el desempleo se disparara a niveles de casi el 20%. Al quedar cesantes y ante la elevación del costo de los créditos y la desvalorización de la propiedad raíz, muchas familias se vieron abocadas a entregar sus viviendas en forma de pago a los bancos hipotecarios o a entrar en pleitos jurídicos.

La forma en que se computó la corrección monetaria durante los años 1993 a 1999 representó para los deudores hipotecarios un incremento entre el 10 y el 25% del saldo adeudado a principios de diciembre de 1999.¹⁰⁰ Uno de los componentes de declaratoria de emergencia económica buscaba amortiguar este impacto a través de créditos subsidiados otorgados *exclusivamente* a aquellos cuyo saldo adeudado se hubiera incrementado en más de un 20% durante el último año (ver Decreto-Ley 2331 de 1998).

Pronunciamientos de la Corte

En forma general, algunos analistas afirman que el impacto de las decisiones de la Corte que a continuación se analizan, fue regresivo¹⁰¹, teniendo en cuenta que el estado tuvo que salir a respaldar a las entidades de crédito hipotecario para evitar su quiebra generalizada. Los elementos centrales de la crítica se basaron en el hecho de que *“quienes habían tenido acceso a crédito en UPAC eran personas de estrato medio y alto, que el acceso era mayor en cuanto más alto fuera el ingreso del deudor y que al fijar condiciones preferenciales para los deudores de este tipo de financiación se beneficiaba a los usuarios actuales*

¹⁰⁰ CLAVIJO Sergio, *Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: El caso de la “mesada pensional 14” y de las regulaciones en vivienda*, en documento preparado para el “Diálogo entre abogados y economistas sobre aspectos económicos de la Constitución”, octubre 8 y 9 de 2004.

¹⁰¹ Una estructura tributaria y del gasto público que sea progresiva impone las cargas fiscales de manera desproporcionada sobre los grupos de mayores ingresos y dirige prioritariamente el gasto (en especial la inversión social) hacia grupos de menores ingresos. En ese sentido, se cuestiona el impacto de fallos que canalizan recursos públicos hacia la protección de los derechos de personas pudientes, cuando hay otros que estarían en circunstancias de debilidad manifiesta y que por la limitación de recursos del fisco carecen por completo de esa protección. (Jorge Iván González, Alfredo Sarmiento y Clara Ramírez, 2002, *Reflexiones en torno a la distribución del ingreso, el crecimiento y el gasto público*, Bogotá, Externado; en particular para la relación entre la distribución del ingreso y las políticas fiscales y de gasto, pp. 76-93.)

*en detrimento de futuros aspirantes a créditos de vivienda.*¹⁰² Según Kalmanovitz, la Corte *“hizo retroceder al país a cuando el financiamiento era racionado, se conseguía por medio de palancas y la vivienda que se construía era de los ricos que se la alquilaban a la clase media y a los pobres”*¹⁰³

a) Sentencia C383/99 (MP Alfredo Beltrán S, mayo 22 de 1999)

En esta sentencia, la Corte declaró inexecutable la expresión *“procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”*, contenida en el literal f) del artículo 16 de la Ley 31 de 1992 y estableció una atadura exclusiva de la corrección monetaria a la inflación reciente.

Frente a la demanda presentada a dicho artículo, la Corte divide el problema en i) si la expresión *“procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”*, resulta violatoria de la autonomía de esa institución y ii) *“si la fijación de valor en pesos de la UPAC con sujeción a lo dispuesto en la norma acusada quebranta el derecho a adquirir y conservar una vivienda digna.”* (Consideraciones, Num. 2).

En respuesta al primer problema planteado, la Corte concluye que la precisión que el congreso hacía en la ley 31/92, *“de procurar que la metodología también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”*, se invalida por interferir en la autonomía del Banco de la República para definir dicha metodología. (Consideraciones, Num. 3.3.8 y 3.3.11)

En relación con el segundo problema, la Corte afirma i) que la norma viola el artículo 51 de la CN, que confiere una protección especial al derecho a la vivienda digna, y ii) que la fijación del valor en pesos de la UPAC no está en concordancia con el ESD. (Consideraciones, Num. 4).

La corte interpreta el alcance de la consagración del derecho a la vivienda como un DESC, como una orden del constituyente al Estado de fijar las condiciones necesarias para el ejercicio de este derecho. En palabras de la Corte esto equivale a decir: *“procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias”* (Consideraciones, Num. 4.9). Esta obligación es interpretada en forma distinta por el representante del Banco de la República, quien,

¹⁰² PÉREZ SALAZAR (2003), Op Cit. p. 74.

¹⁰³ Citado por PÉREZ SALAZAR (2003), Ibid. P. 75.

en su intervención afirmó, que la obligación se materializa “*en fijar las condiciones que permitan el ejercicio del Derecho, pero ello no significa que el Estado deba proporcionar la vivienda (...) El mandato que le es asignado entonces al Estado, se cumple en la medida en que este establezca un sistema que permita la financiación, adquisición y pago de las viviendas por parte de los ciudadanos*”.

Por otro lado, la Corte hace una valoración del impacto de la metodología establecida para la determinación de los valores en moneda legal del UPAC y concluye que la metodología *desborda, como es lógico la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda*”, (Num. 4.8 Subrayado fuera del texto original) puesto que la deuda “*se actualizará con respeto a la variación de las tasas de interés de la economía, mientras que sus ingresos se actualizan periódicamente bajo otros criterios*”. Esto, a juicio de la Corte “*destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente*”, lo que, consecuentemente, i) *va en detrimento de la equidad y la justicia*” (Num., 4.7) y ii) “*pugna de manera directa con la democratización del crédito*”¹⁰⁴. (Num. 4.9)

De acuerdo con la sentencia el análisis del juez se orientó más por el *sentido común* y por *la lógica*¹⁰⁵. De ahí que, el análisis técnico de la Corte resulte incompleto. Por un lado, cuando sugiere que la metodología para el cálculo del UPAC de los créditos de vivienda es injusta, basada únicamente a un escenario de tasas elevadas sin considerar los de tasas bajas (como en efecto se habían presentado en años anteriores). Por otro, cuando al referirse al mandato de la democratización del crédito, considera únicamente el precio del mismo sin estimar los efectos excluyentes que pudiera tener un racionamiento de los créditos sobre ciudadanos de bajos ingresos al dejar de ser lucrativa una actividad que es ejercida por el sector privado¹⁰⁶. Además, la decisión de la Corte de reliquidar todas las deudas atando el UPAC a la inflación, descartaba alternativas para hacer diferenciaciones entre los distintos tipos de deudas atendiendo a la gran variedad de casos concretos.

La Corte en esta sentencia hace una interpretación muy amplia de cómo debe garantizarse el derecho a la vivienda digna, a saber, “*procurar efectivas posibilidades de desarrollo personal y familiar en condiciones cada día más igualitarias*”. Esta interpretación, desde el punto de vista técnico, resulta

¹⁰⁴ Constitución Política Artículo 335.

¹⁰⁵ Las expresiones de *sentido natural* y *como es lógico* fueron utilizadas por la Corte en el texto de su sentencia, numerales 3.3.11 y 4.4, 4.8 y salvamento de voto respectivamente.

¹⁰⁶ Así lo hicieron constar los magistrados Cifuentes y Naranjo en su salvamento de voto, donde manifestaron: “En la actualidad, este tipo de financiación de vivienda es el único que puede garantizar la democratización del crédito”. En PEREZ Mauricio (2004), Op. Cit., p. 26.

problemática, ya que no da una respuesta efectiva a la pregunta de cuándo se da por cumplido el derecho a la vivienda digna – lo que hace imposible hacer una ponderación de las posibilidades de alcanzar el fin – ni orienta el diseño de mecanismos viables y sostenibles para hacer exigible el derecho.

Esto, a juicio de algunos economistas y desde una perspectiva más bien ideológica, evidencia el uso “de una discrecionalidad que no le corresponde y por lo tanto, una extralimitación en sus funciones al determinar un nuevo criterio para el cálculo de la corrección monetaria, dejando sin margen de acción a la autoridad monetaria”.¹⁰⁷

Dada la magnitud de la crisis a nivel nacional, la Corte podía limitarse a actuar como defensor de un derecho fundamental y obligar a los actores encargados a tomar medidas correctivas para la reliquidación de los créditos, sin al mismo tiempo definir también la metodología para ello.

En el marco de un análisis técnico, los analistas económicos previeron varios elementos asociados al impacto económico de la sentencia: i) el costo de la reliquidación retrospectiva de todos los créditos de vivienda que habían sido financiados en UPAC durante la década del noventa (equivalentes a 1,5% del PIB de 1999)¹⁰⁸; ii) la pérdida de competitividad de las CAV respecto al resto del sector financiero y la disminución en la dinámica del sector hipotecario¹⁰⁹; iii) la inseguridad jurídica del sistema de financiación de vivienda, donde la autoridad monetaria no es la única con discrecionalidad para fijar las reglas¹¹⁰; y iv) la reducción en la incertidumbre de los contratantes de deuda, por cuanto evita hacia futuro las variaciones de la tasa de interés real.

b) Sentencia C700/99 (MP José Gregorio Hernández, septiembre 16 de 1999)

¹⁰⁷ AMAYA, Carlos. “Corte Constitucional y economía. Análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano”, 2001. (Subrayado fuera del texto).

¹⁰⁸ Sin embargo, no es posible determinar la porción ordenada directamente por la Corte, ya que una porción la indujo la Ley 546 de 1999 y otra la emergencia económica de noviembre de 1998. (CLAVIJO Sergio (2004), Op. Cit., p. 24.)

¹⁰⁹ (...) en la fase de recuperación de 2003-2004, los créditos hipotecarios continuaron deprimidos y hoy día dicha cuota se ha reducido a solo el 5% del PIB, después de alcanzar su pico de 12% del PIB a mediados de la década pasada. (Ibid).

¹¹⁰ AMAYA Carlos. Op. Cit., pp. 100 – 102.

En esta sentencia se declaran inexecutable en su totalidad los artículos 18 a 23 y 134 a 140 del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que estructuraban el sistema UPAC.

La Corte define el problema en términos de la competencia o falta de ella del Presidente para establecer por decreto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Con la entrada en vigencia de la CN de 1991, la Corte dejó claro que *“la regulación de cualquier actividad relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público(...)no puede realizarse mediante decreto presidencial, ni siquiera cuando el presidente esté revestido de facultades extraordinarias, a menos que el legislador haya dado los lineamientos por medio de una ley marco.”*¹¹¹

La voluntad del constituyente, frente a los temas en cuestión, fue según la Corte, que el legislador estableciera una ley marco y que el gobierno las desarrollara dentro de los límites dados por el primero. Sin embargo, las normas que regulaban el sistema UPAC fueron dictadas en su totalidad mediante un Decreto con fuerza de ley, lo que llevó a la Corte a declararlas inexecutable; esta materia solo podía ser regulada por el Congreso mediante una ley de la República.

La Corte difirió su decisión hasta el 20 de Junio de 2000, en consideración de los efectos macroeconómicos que ella supuso tenía el declararlos inexecutable y reiteró que debía aplicarse el fallo de la sentencia C 383-99 discutido arriba.

El UPAC constituía para entonces un problema tanto para los usuarios del sistema como para los agentes. Esta sentencia, a pesar de fijar un plazo para la creación de una nueva ley de vivienda que se ajustara a la Constitución, no pretendía dejar un vacío jurídico. No obstante, los agentes de la economía percibieron una incertidumbre alrededor del tema de financiación en vivienda, al no ser claro qué podía suceder con los créditos ya existentes, especialmente con aquellos que se encontraran en mora.¹¹²

c) Sentencia C747/99 (MP Alfredo Beltrán Sierra, octubre 6 de 1999)

¹¹¹ Sentencia C 700/99, p. 54.

¹¹² AMAYA, Carlos. Ob. Cit. P 105.

La sentencia C-747/99 complementó la anterior al declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 121 del Decreto 663 de 1993, con miras a prohibir la capitalización de intereses en créditos de vivienda de largo plazo.

La Corte, nuevamente basada en el ESD y en la consagración expresa del derecho a la vivienda digna dentro de la CN (art. 51), decide en esta sentencia restringir la aplicación de la capitalización de intereses para los créditos de vivienda a largo y mediano plazo. Se remite a la C 383-99 como base de su argumento e indica que *“a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que continúen produciendo nuevos intereses en forma indefnida, lo cual, como salta a la vista, quebranta, de manera ostensible el artículo 51 de la Constitución, pues ello desborda la capacidad de pago de los adquirentes de vivienda, lo cual resulta, además, "contrario a la equidad y la justicia como fines supremos del derecho, es decir opuesto a la vigencia de un orden justo como lo ordena el artículo 2º de la Constitución”*”.¹¹³

La Corte impone en esta sentencia una nueva regla al ordenamiento de financiación de vivienda, sin explicar las razones por las cuales afirma que la capitalización de intereses va en contra de la capacidad de pago de las personas.

Esto contradice lo que económicamente explica la racionalidad de la capitalización de intereses o el refinanciamiento de éstos, anteriormente presentado. El efecto de la regla impuesta por la Corte fue un consecuente aumento de las cuotas mensuales de los préstamos¹¹⁴ y con ello una disminución en el acceso a ellos.

El crecimiento desmesurado de las cuotas de los usuarios que tuvo lugar, factor revelador de la crisis del sistema, no fue producto de la capitalización de intereses, y sí de la vulnerabilidad del sistema a los aumentos inesperados en las tasas de interés de corto plazo. Si bien, el sistema presentaba problemas en su diseño que no fueron anticipados por el legislador, la Corte tampoco

¹¹³ Numeral 4 de la Sentencia C 747/99.

¹¹⁴ CLAVIJO Sergio (2001, 2004) Op. Cit., AMAYA Carlos (2001), Op. Cit.-entre otros.

parece haberlos analizado lo suficiente en la sentencia, si su pretensión era la de corregirlos con la introducción de nuevas reglas que supuestamente contrarrestarían los errores.

La participación de la Corte era necesaria para poner de presente, en nombre de los ciudadanos que ante ella acudieron para reclamar la protección a su derecho a la vivienda digna, que el sistema se había vuelto insostenible. Su actuación debía lograr que los poderes ejecutivo y legislativo tomaran medidas para corregirlo, sin necesariamente acudir a la definición por su parte de restricciones adicionales con efectos no analizados por ella misma.

d) Sentencia C955/00 (MP José Gregorio Hernández, julio 26 de 2000)

Finalmente, en la sentencia C955/00, se evalúa la constitucionalidad de la ley 546/99 *por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de ahorro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones.*

El eje del sistema de financiación de vivienda contemplado en esta ley está constituido por las denominadas *unidades de valor real* (UVR). Éstas reemplazan a las antes denominadas UPAC. Su objetivo es el de *“salvaguardar al acreedor por la depreciación de la moneda, causada por la inflación.”*¹¹⁵

En este caso y ante las fuertes críticas que había recibido por cuenta de las sentencias anteriores, la Corte se cuida al citar conceptos y opiniones de expertos economistas. Por ejemplo, atribuye al doctor Eduardo Sarmiento la siguiente definición del mecanismo de crédito hipotecario: *“el préstamo se ajusta de acuerdo con la corrección monetaria en términos de la inflación y se le adiciona una tasa de interés que es establecida por las CAV. De esta manera, los usuarios tienen que cubrir el préstamo original más el ajuste de la inflación más la tasa de interés”*.

A lo largo de esta sentencia, la Corte introduce diversas reglas:

¹¹⁵ Sentencia C 955/2000, pp. 113, punto 3, *Las unidades del valor real*.

i) En virtud de la protección al derecho a la vivienda digna, la Corte propone que *“preservará el equilibrio económico entre los contratantes protegiendo especialmente a los deudores para que no pierdan sus inmuebles por la imposibilidad de pagar los créditos que les han sido otorgados”*. Para ello, delimita la definición de la UVR sujetándola a que las cantidades adeudadas reflejen el comportamiento del proceso inflacionario y mantengan el poder adquisitivo del capital prestado: *la UVR “no puede contener nada distinto, en su cuantificación, de la variación del índice de precios al consumidor, como tope exclusivo”*.¹¹⁶

ii) Basada en el ESD, la Corte declara también que el crédito de vivienda debe sujetarse al control y a la intervención del Estado con miras a garantizar el principio del “orden justo” y el derecho a la Vivienda digna. Afirma, basada en un concepto de la Sociedad Colombiana de Economistas que *“la vivienda no es un negocio (..) no genera renta por si misma, es un derecho social, es decir es un bien mérito.”*¹¹⁷ La Corte fija entonces una restricción en la definición de las tasas de interés en materia de vivienda: *“para que la norma no sea declarada inexequible debe entenderse que la tasa remuneratoria solo es la tasa real, esto es, la nominal menos la inflación”*.

Para esta decisión, la Corte igualmente se refiere al concepto del doctor Álvaro Montenegro según el cual: *“Es aceptable el interés sobre la UVR “siempre y cuando se trate de interés real y no nominal (...) Es razonable cobrar simultáneamente corrección e interés sobre un préstamo de largo plazo si y sólo si dicha corrección refleja la pérdida en el poder adquisitivo y si dicha tasa de interés es la tasa de interés real y no una tasa de interés inflada o manipulada”* (subraya la Corte). La Corte cita también la opinión de técnicos, a juicio de los cuales, el cálculo de la UVR propuesto en la ley induce nuevamente al aumento desproporcionado de la deuda con respecto a los ingresos de los deudores. Lo que redundaría en mantener las condiciones que llevaron a la crisis del sistema financiero de vivienda anterior.

iii) La Corte ordenó al Banco de la República *“fijar una tasa máxima de interés real para los créditos de vivienda, diferentes a la vivienda de interés social, de tal manera que dicho límite resulte inferior a cualquier tasa certificada por la Superintendencia Bancaria para los “créditos normales” que se estén cobrando en el sistema financiero”*.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid. p. 119

iv) La Corte declaró que no considera inconstitucional la UVR, “*siempre que refleje verdadera y exclusivamente la inflación*”; con ello, el sistema de la ley 546 de 1999 que reglamenta la UVR se declara inconstitucional si permite que “*la inflación, ya cobrada mediante la UVR se vuelva a cobrar en los intereses*”.

En la crítica económica que el doctor Sergio Clavijo hace de la sentencia, por un lado considera positivo en este fallo i) que la fijación de la tasa de interés real durante la vida del crédito facilita la determinación del precio de las titularizaciones especialmente cuando lo que se ha pretendido es que el plazo medio hipotecario se logre extender de los doce años vigentes a veinte;¹¹⁸ ii) que la regulación del Estado bajo la existencia de oligopolios y /o información restringida puede ayudar a regular abusos de posiciones dominantes¹¹⁹; y iii) la tasa preferencial para la vivienda de interés social (VIS) podría mejorar la distribución del ingreso, si los subsidios son “transparentes” y se aplican adecuadamente.¹²⁰

Por otro lado, señala los siguientes aspectos negativos del fallo:

- i) al exigir que las tasas del crédito de vivienda sean las más bajas del “mercado normal”, se termina por limitar la oferta de recursos de esta actividad¹²¹;
- ii) al instituir subsidios generalizados, se deteriora la distribución del ingreso (p.ej. el recorte de tasas se concentró en los más pudientes)¹²²;
- iii) al institucionalizar “intervenciones” sobre el sector financiero, se destruye la confianza en el negocio y lo paraliza, agravando el desempleo¹²³; y
- iv) cuando la Corte argumenta que la vivienda digna es un bien meritorio y por ello concluye que no debe ser un negocio, termina por sacar dicha actividad de la esfera del mercado: “*la sustentación de una actividad que no se fundamente en la obtención de*

¹¹⁸ CLAVIJO, Sergio.(Oct 2004) Op. Cit. P. 11.

¹¹⁹CLAVIJO, Sergio. (Agosto 2004) Op.Cit.

¹²⁰ CLAVIJO, Sergio.(Junio de 2001). Op. Cit. P.48

¹²¹ Respecto de la especificación hecha por la Corte acerca de que las tasas de interés de los créditos de vivienda debían ser las más bajas del mercado y que ello no generaba ningún riesgo para el acreedor, se ha dicho por algunos analistas, entre ellos María Mercedes Cuellar, que ello *diste de ser cierto* debido a la naturaleza de los créditos. Según ella, *para prestar a largo plazo los intermediarios deben tener la posibilidad de captar a largo plazo y las tasas de interés de captación en este segmento son las más altas*. Consecuentemente, indica que, *podría esperarse un colapso de la disponibilidad de financiación para compra de vivienda como en efecto ocurrió en 2000 y 2002*. (Ibid)

¹²² CLAVIJO (Oct 2004). Op. Cit. P 17.

¹²³ CLAVIJO (Oct 2004). Op. Cit. P 17.

*ganancias solo será posible si existen los recursos presupuestales suficientes para mantener dicha actividad”.*¹²⁴

Sin embargo, la lectura cuidadosa de las falencias atribuidas a la sentencia revela el fondo ideológico liberal desde el que son formuladas. En efecto, los argumentos usados se refieren a las bondades de la no intervención del poder judicial en el sistema financiero y de la operación libre del mercado y a la incapacidad del estado para establecer un adecuado esquema de subsidios.

En últimas, la crítica que subsiste en el plano puramente empírico, es de nuevo la cuestión de si la Corte tuvo en cuenta el que, para poder sobrevenir a las nuevas obligaciones de financiación que le impone al estado, éste tiene que dejar de atender otros gastos, dada la escasez de los recursos de que dispone. Al no hacer un cuidadoso dimensionamiento de lo que esto implica, una vez más los efectos económicos de las reglas introducidas al ordenamiento jurídico del sistema de créditos de vivienda, no habrían sido debidamente analizados y podrían acarrear consecuencias contrarias a los objetivos planteados por los mismos magistrados.

Las reglas introducidas por la Corte en esta sentencia reflejan la profundidad en temas técnicos que requieren sus intervenciones, a la luz de las cuales vale la pena analizar si cuentan con la justificación más acorde con el propósito que la Corte busca cumplir. Pese a acudir en este caso a la opinión de técnicos, un estudio comprehensivo del texto de la sentencia revela que la Corte no hace explícito su conocimiento de los efectos de las reglas que establece y con ello la ponderación a partir de la cual los jueces extraen su decisión.

A continuación se presenta el Cuadro Resumen No.1, que presenta las reglas introducidas por la Corte con las sentencias analizadas en el tema de vivienda.

¹²⁴ CLAVIJO (Oct 2004). Op. Cit. P 17.

Cuadro Resumen No.1 – Sentencias en el tema de vivienda

Número de sentencia	Tema tratado	Derecho Vulnerado Interpretado por la Corte	Protección del derecho -argumento	Áreas de impacto
<p>C 383/1999 MP: Alfredo Beltrán S. 27/mayo/99</p>	<p>Se demanda parcialmente el Art. 16 de la ley 31 de 1992 <i>“Por la cual se dictan las normas a las que deberá sujetarse el Banco de la República para el ejercicio de sus funciones (...).</i></p> <p>El Art. Indica: Al Banco de la República le corresponde estudiar y adoptar las medidas monetarias, crediticias y cambiarias para regular la circulación monetaria y en general la liquidez del mercado financiero y el normal funcionamiento de los pagos internos y externos de la economía, velando por la estabilidad del valor de la moneda. Para tal efecto, la Junta Directiva podrá:</p> <p>(...)</p> <p>"f) Fijar la metodología para la determinación de los valores en moneda legal de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante UPAC, <u>procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía</u>".</p>	<p>La Corte divide el problema en i) si la expresión <u>“procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”</u>, contenida en el Art. 16 de dicha ley, resulta violatoria de la autonomía de esa institución y, ii) “ si la fijación de valor en pesos dela UPAC con sujeción en los dispuesto en la norma acusada quebranta el derecho a adquirir y conservar una vivienda digna.</p>	<p>i) la Corte concluye que la precisión que el congreso hacía en la ley 31/92: de procurar <u>“que la metodología también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”</u>, se invalida por interferir en la autonomía del Banco de la República para definir dicha metodología.</p> <p>ii) Fija una restricción, “atadura exclusiva de la corrección monetaria a la inflación reciente”</p>	<p>Impacto sobre:</p> <ol style="list-style-type: none"> Oferta de crédito hipotecario. Incertidumbre para los deudores. Nivel de equidad de la medida. Prolongación de la crisis ante la no aplicación de la restricción.
<p>C 700/99 MP: José Gregorio Hernández. 16/Sep/99</p>	<p>Se demandan los artículos 18, inciso 1; 21, numerales 1, 2 y 3; 23, numeral 3; 134; 137, numerales 1 y 3; y 138, numerales 1 y del Estatuto Orgánico del Sistema financiero.</p>	<p>i) Analiza la competencia del Presidente para dictar mediante decreto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: ¿Vicios de procedimiento de expedición?</p> <p>ii) Amenaza de la estabilidad macroeconómica.</p>	<p>i) Le compete al Congreso expedir la ley marco referente a la actividad financiera y al Gobierno reglamentarla.</p> <p>ii) Con miras a proteger la estabilidad macroeconómica del sistema, difiere la aplicación del fallo hasta el 20 de Junio de 2000.</p>	<p>Efectos en la estabilidad macroeconómica de sacar el sistema UPAC, del ordenamiento sin reemplazo alguno.</p>

<p>C 747/99 MP: Alfredo Beltrán Sierra. 06/Oct/99</p>	<p>Se demandan los artículos 121 y 134 del decreto 0663 de 1993.</p> <p>Art. 121. En operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago <u>que contemplen la capitalización de intereses</u>, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno Nacional.</p> <p>(Cosa juzgada sobre el Art. 134 en C 700-99)</p>	<p>i) Analiza la competencia del Presidente para dictar mediante decreto el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: ¿Vicios de procedimiento de expedición.?</p> <p>ii) ¿ Es inconstitucional la capitalización de intereses para créditos de vivienda a largo plazo?</p>	<p>i) Decidido en la C 700/99:Falta de competencia del presidente para dictar la norma.</p> <p>ii) La Corte no encuentra en la capitalización de intereses de créditos de mediano o largo plazo <i>per se</i> violación a la CN. Sin embargo, cuando se trata de créditos para la adquisición de vivienda la capitalización de intereses viola el derecho a la vivienda digna Art. 51 CN. (C 383/99). Restricción: No es posible aplicar la capitalización de intereses a créditos de vivienda.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Impacto en la disminución de la captación de recursos destinados a la financiación de vivienda. 2. Efecto sobre el acceso a créditos de vivienda (oferta de créditos) 3. Efecto en la sostenibilidad del pago por parte de los deudores.
<p>C 955/00 MP: José Gregorio Hernández. 26/Jul/00</p>	<p>Analiza la constitucionalidad de la ley 546/99 <i>por la cual se dictan normas en materia de vivienda, se señalan los objetivos y criterios generales a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado para su financiación, se crean instrumentos de aborro destinado a dicha financiación, se dictan medidas relacionadas con los impuestos y otros costos vinculados a la construcción y negociación de vivienda y se expiden otras disposiciones.</i></p>	<p>i) La aplicación del cálculo de la UVR de acuerdo con la ley 546-99 vulnera el derecho a la vivienda digna?</p>	<p>i) Se declara la exequibilidad de la ley indicando que los artículos son exequibles mientras frente a ellos se ejerza la interpretación dada por la Corte.</p> <p>REGLAS:</p> <p>Debe entenderse que la tasa remuneratoria sólo es la tasa real, esto es, la nominal menos la inflación.</p> <p>La tasa de interés remuneratorio por créditos de vivienda debe ser calculada sobre los saldos insolutos, no puede ser compuesta sino simple, y debe sumarse a los puntos de la inflación, no multiplicarlos.</p> <p>El Banco de la República, deberá fijar la tasa máxima de interés remuneratorio que se puede cobrar por las entidades financieras en este tipo de créditos.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Efecto sobre la oferta de créditos. 2. Efectos sobre la distribución de los recursos. 3. Efectos sobre la estabilidad del sistema financiero y la confianza de éste. 4. Efecto en la sostenibilidad del pago por parte de los deudores.

2. *Sentencias en el tema de salarios: C815/1999, C1433/2000, C1064/2001, C1017/2003*

A continuación se hará un breve análisis de la sentencia C815 de 1999 que revisa el tema de la definición del salario mínimo y las sentencias C1433 de 2000, C1064 de 2001 y C1017 de 2003 que abordan el problema del ajuste anual de los salarios de empleados públicos.

La primera sentencia ofrece un ejemplo claro de carencia de elaboración técnica de un fallo: la inercia del discurso jurídico impide que la definición de las reglas en cuestión sea precisa y útil. El conjunto de sentencias sobre el ajuste de los salarios de los funcionarios por su parte, muestra las dificultades que empañan la argumentación e impiden la construcción de un discurso consistente cuando, a partir de posiciones esencialmente políticas, se intenta injerir en un tema técnico sin el soporte necesario. En forma general se ha criticado de estas sentencias su impacto regresivo sobre la estructura del gasto público y el haber generado un agravamiento de los problemas del déficit fiscal¹²⁵.

En este caso, recurrir a un análisis técnico permitiría analizar los efectos que tendrían las reglas introducidas en sus sentencias (los medios) sobre el logro de los fines que se proponen: el proteger “el derecho al mínimo vital”, “la movilidad, dignidad y justicia de la remuneración” y “la equivalencia que la remuneración debe guardar con el precio del trabajo”.

a) Sentencia C815/99 (MP José Gregorio Hernández, octubre 20 de 1999)

En esta sentencia, la Corte analiza la constitucionalidad del artículo 8 de la ley 278 de 1996¹²⁶, en la cual se afirma que si la Comisión Permanente de Concertación de políticas laborales y salariales no llega a un consenso para la fijación del salario mínimo, le corresponde al gobierno establecerlo atendiendo a diversos factores enunciados por la misma norma, entre ellos, la meta de inflación que el Banco de la República estime para el siguiente año.

¹²⁵ PEREZ Mauricio (2003), Op. Cit., p. 75.

¹²⁶ Ley sobre la Comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales, creada por el artículo 56 de la CN.

La demanda contra el artículo giraba alrededor del valor relativo de la inflación esperada frente a la pasada en el proceso de ajuste salarial. Para el demandante, un incremento del salario mínimo con base en la inflación esperada va en contra de los intereses de los trabajadores pues reduce su salario real.

La Corte consideró que *“si el indicado parámetro de la meta de inflación proyectada para el año siguiente fuese el único que ha de considerar el Gobierno para motivar su decisión supletoria sobre salario mínimo, la norma sería inconstitucional, ya que implicaría una orden legal impartida al Gobierno para disminuir periódicamente en términos reales el salario de los trabajadores colombianos”*. El artículo 8 de la ley 278 de 1996 fue declarado exequible, siempre y cuando el Gobierno tenga en cuenta para fijar el monto del nuevo salario mínimo, con la *misma importancia e incidencia* los parámetros que el mismo artículo contempla – a saber, la meta de inflación del siguiente año fijada por la Junta del Banco de la República; la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; la contribución de los salarios al ingreso nacional; el incremento del producto interno bruto (PIB) y el índice de precios al consumidor (IPC) – y, *con carácter prevalente que habrá de reflejarse en el monto del aumento salarial*, los siguientes elementos: la especial protección constitucional del trabajo (art. 25 C.P.); la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil (art. 53 C.P.); la función social de la empresa (art. 333 C.P.) y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del Estado (art. 334 C.P.), uno de los cuales consiste en *“asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso a los bienes y servicios básicos”*.

La Corte argumentó lo anterior con base en que para la configuración de condiciones dignas y justas, son necesarios i) la correspondencia del elemento remuneratorio *móvil* con el mínimo vital, ii) la proporcionalidad del salario con relación a la cantidad y calidad del trabajo y iii) la correlación de la remuneración con las circunstancias sociales y económicas en medio de las cuales se desenvuelve el trabajador.

A juicio de algunos economistas, la Corte no tuvo en cuenta que un ajuste salarial basado en la inflación esperada solo reduce el salario real en un contexto de desinflación, es decir, un contexto

en el cual la inflación esperada es menor que la inflación pasada.¹²⁷ Más aún, “*La corte postuló una nueva teoría económica en materia salarial*” a través de la cual se debe reemplazar la fórmula reducida de la ecuación utilizada en el resto del mundo – en la cual la variación del salario nominal depende de la inflación y de la variación de la productividad laboral – por una fórmula propia que tiene en cuenta la meta de inflación, la inflación reciente, la variación de la productividad laboral, el crecimiento real del producto; la especial protección constitucional del trabajo; la necesidad de mantener una remuneración mínima vital y móvil; la función social de la empresa y los objetivos constitucionales de la dirección general de la economía a cargo del estado. “*Así se trate de una sentencia y una orden de la Corte, es imposible sumar peras con manzanas*”.¹²⁸

En este caso, el fallo busca preservar el poder adquisitivo de los ingresos de los trabajadores en el corto plazo, pero lo hace de tal forma que a largo plazo prolonga los efectos de la inflación y reduce el radio de acción de la autoridad monetaria para conseguir metas de inflación cada vez menores.¹²⁹

Para responder a la demanda agregando reglas a las ya establecidas por el legislativo, la Corte requería un apoyo técnico de expertos en la materia que permitiera analizar i) los efectos de las variables definidas por el juez en la nueva fórmula para la definición del salario mínimo cuando ello le corresponde al gobierno; y ii) las posibilidades de lograr que la fórmula cumpliera con dichas variables.

b) Sentencias C1433/00¹³⁰, C1064/2001¹³¹ y C1017/2003¹³²

Estas sentencias examinan la constitucionalidad de las leyes de presupuesto de los años 2000 (Ley 547 del 99), 2001 (Ley 628 de 2000) y 2003 (Ley 780 de 2002) por cuanto contemplaban aumentos de los salarios de los servidores públicos inferiores a la inflación. En ellas, el insuficiente estudio de los posibles efectos de las reglas de ajuste salarial introducidas por la Corte, le resta

¹²⁷ Contexto en el cual, el incremento de la inflación esperada es menor al de la inflación pasada. HOFSTETTER Marc. “*Política monetaria y la Corte Constitucional: el caso del salario mínimo*”. En Documento CEDE 2005-36. Universidad de Los Andes. 2005. Pp 4-5.

¹²⁸ CLAVIJO, Sergio. (Junio 2001) Op. Cit. Pp 56-57.

¹²⁹ AMAYA. (2001), Op. Cit., pp. 88-89.

¹³⁰ MP Antonio Barrera Carbonell, octubre 23 de 2000

¹³¹ MP Manuel José Cepeda y Jaime Triviño, octubre 10 de 2001

¹³² MP Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil, octubre 30 de 2003

consistencia a su posición y la pone en contradicción con los objetivos que ella misma propone cumplir con sus fallos: *progresividad, equidad y seguridad jurídica* entre otros.

La ley 4 del 92 (Ley Marco para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos) dispone en su artículo 4, que el Gobierno nacional deberá ajustar anualmente los salarios de los servidores públicos, con base en los criterios y objetivos señalados en el artículo 2, entre los cuales aparece *la racionalización de los recursos públicos y su disponibilidad*.

El fallo de 2000

En la Ley de presupuesto de 2000, se preveía un ajuste salarial igual a la inflación únicamente para aquellos servidores públicos que en el año 1999 devengaban menos de dos salarios mínimos. La racionalidad de las medidas presentes en dicha ley se resume en que si *“el Estado no dispone de recursos suficientes para mantener estable la remuneración real de todos sus empleados, deben privilegiarse los de menores ingresos, así sea a costa de sacrificar los intereses de los servidores públicos que más devengan”*.¹³³ En el fallo, aduciendo i) la protección del derecho al mínimo vital, ii) la *movilidad, dignidad y justicia de la remuneración* y iii) la equivalencia que la remuneración debe guardar con el precio del trabajo para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo, la Corte establece el valor de la inflación como ajuste mínimo anual del salario para todos los servidores públicos.

Esta sentencia, al imponer una regla para el ajuste de los salarios de los servidores públicos, constitucionaliza¹³⁴ dicho ajuste. Se crea jurisprudencialmente el *“deber jurídico constitucional y legal de incrementar los salarios de todos los servidores públicos, a partir del 1 de enero de dicho año”*¹³⁵ y, en consecuencia, modifica la ley 4 del 92.

La protección al derecho al mínimo vital y la aplicación del principio de igualdad que hace la Corte en este fallo, contradicen la noción de igualdad según la cual se debe tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes,¹³⁶ cuando decide tratar de manera igual dos situaciones distintas:

¹³³ PÉREZ SALAZAR (2003), Op. Cit., pp. 74-75.

¹³⁴ Esto es confirmado en el salvamento de Voto de la sentencia C 1433-00. MP. Cristina Pardo.

¹³⁵ Sentencia C 1433/00 Numeral 2.11

¹³⁶ Como ya lo ha mencionado la Corte en múltiples pronunciamientos entre los que se encuentra la sentencia C 952 de 2000 MP Carlos Gaviria, en la que se indica que el principio de igualdad debe sustentarse *en la posibilidad de establecer diferencias en el trato, fundadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles*

servidores públicos que perciben hasta dos SMLMV y aquellos que están por encima de eso.¹³⁷ Este tratamiento diferenciado fue por el contrario interpretado por la Corte, como un “*tratamiento discriminatorio en perjuicio de un vasto sector de servidores públicos, bajo el criterio de que la mayoría de los trabajadores deben hacer un sacrificio como contribución al saneamiento de las finanzas públicas.*”¹³⁸

De hecho, algunos analistas añaden, que la Corte no tuvo en cuenta el artículo 13 de la CN, en el que se define el derecho a la igualdad, ya que en éste no se señala la prohibición de discriminación en virtud de las diferencias en los ingresos, mientras que sí se menciona específicamente que “*el Estado protegerá a aquellas personas que por su condición económica (...) se encuentren en situación de debilidad manifiesta*”.¹³⁹

En esta sentencia, la formulación de una regla que subsanara lo que ella consideró una omisión del legislativo y del ejecutivo requería i) una comprensión económica del contenido de la ley 4 /92 y de las razones que el legislador tuvo para no definir el factor de ajuste salarial y ii) una evaluación económica de las consecuencias de la decisión, por su contradicción frente a los objetivos de progresividad que la Corte en reiterados fallos pretende lograr.

La regla introducida por la Corte en esta sentencia puede tener efectos contrarios a los que ella prevé en términos de igualdad y mantenimiento de condiciones de trabajo dignas, por tratarse de una regla de difícil sostenibilidad económica¹⁴⁰.

El fallo de 2001

Este fallo es especialmente significativo si se tiene en cuenta que hacía menos de un año, se había proferido la sentencia C 1433/2000 presentada arriba, que había sentado un precedente constitucional en la materia, objeto de numerosas críticas.

tratamientos distintos, hipótesis, esta última, que expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.

¹³⁷ Así también lo afirma el salvamento de Voto de la sentencia C 1433-00. MP Álvaro Tafur.

¹³⁸ Sentencia C 1433/00 Numeral 2.9

¹³⁹ JARAMILLO Jorge Y OSSA Alfonso Op. Cit.

¹⁴⁰ JULIO ESTRADA, Alexei. “La jurisprudencia constitucional en torno al salario”. En Revista de Derecho del Estado No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C Junio de 2003. P.p 145-147. ; CLAVIJO (Agosto 2004) Op. Cit., pp 49-51.

El primer problema jurídico abordado por la Corte en este fallo es si existe cosa juzgada material. La Corte declara la inexistencia de ésta con base en cuatro argumentos: i) La naturaleza jurídica particular de la ley de presupuesto, ii) las diferencias en el contenido de la norma ahora demandada respecto de la controlada en la C1433/2000, iii) su contexto real y jurídico y iv) el hecho de que lo que se reproche sea una omisión legislativa.

Para evaluar si el legislador incurrió en una omisión inconstitucional, la Corte se aparta radicalmente del sentido de la decisión adoptada en la sentencia C 1433/00, aunque mantiene la principal premisa de la misma: “*la Constitución protege el derecho a mantener la capacidad adquisitiva del salario*”.¹⁴¹

En el fallo la norma se declara exequible y se establece como criterio de segmentación de los empleados públicos para los ajustes salariales, hasta tanto no fije el Congreso un parámetro diferente, “*el promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central.*” Se reglamenta además, que los trabajadores con salarios inferiores a dicho promedio, tendrán derecho a que se les mantenga el poder adquisitivo de sus salarios y por lo tanto el factor que debe regir el ajuste de sus salarios es la inflación; si bien no se trata de un derecho absoluto, se les reconoce una protección especial. En cuanto a los trabajadores que devengan salarios más altos, se reconoce que el ajuste puede ser susceptible de limitaciones, siempre y cuando éstas sean razonables y proporcionadas, es decir, siempre y cuando superen un *test de razonabilidad estricto*.

Los argumentos dados por la Corte para apartarse del precedente están dirigidos a demostrar errores cometidos en la sentencia anterior, que coinciden con los puntos disidentes enunciados en los Salvamentos de Voto de la C 1433-00: i) indebida aplicación del principio de igualdad al

¹⁴¹ Para desconocer el precedente, la Corte identifica dos líneas jurisprudenciales sobre el derecho a mantener el poder adquisitivo del salario (JULIO ESTRADA Alexei, Op. Cit. Pp.146-147). La primera estaría conformada por la mayoría de las decisiones previas a la sentencia C 1433/00 – entre ellas la C 710/99 y la C 815/99 - en las cuales se confió a los otros poderes públicos la facultad de determinar el monto del ajuste salarial, en cuyo cálculo debían influir diversos factores, no solo el IPC. La segunda, definida en la sentencia C 1433/00, se caracteriza por la fijación en la decisión de criterios vinculantes que obligan al legislativo y al ejecutivo al momento de realizar el ajuste salarial y lo atan exclusivamente al IPC del año. La argumentación de la Corte es en este sentido problemática, en primer lugar porque la sentencia C-710 del 99 no se refiere a los criterios para efectuar el ajuste salarial, sino al momento en que éste debe tener lugar; con lo cual esta sentencia no constituye un precedente aplicable al caso. Y en segundo lugar porque los supuestos de hecho que motivaron la C 815-99 como, se presentó anteriormente, eran radicalmente diferentes de los de la C 1433-00. Esto reduce el precedente que hay frente a la materia a la sentencia C 1433 de 2000.

proponer una igualdad formal¹⁴² y no tener en cuenta las diferencias reales entre los niveles salariales; ii) la inadecuada consideración del derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios como un derecho absoluto no susceptible de limitaciones; y iii) la imposición de una fórmula para aumentar los salarios de todos los servidores públicos al legislativo y al ejecutivo.

En este fallo la Corte afirma la necesidad de interpretar la Constitución *atendiendo al contexto real del país* que define, en términos generales, como de crecimiento de la pobreza y del desempleo y de prolongada recesión de la economía. A diferencia de todas las sentencias que aquí se han analizado, la Corte, afirma que no le corresponde a ella “*fixar las escalas ni imponer un porcentaje de aumento, ya que la Constitución atribuye esa competencia al Ejecutivo de conformidad con la ley.*”

Los avances que la Corte parecía haber dado con respecto al debate sobre el papel del juez constitucional al enjuiciar las decisiones de los otros poderes públicos con incidencia en la vida económica del país, se puso en entre dicho con “*la escasa mayoría por la cual fue adoptada la sentencia C 1064/01*”¹⁴³, lo que evidenciaba que al interior de la Corte aún continuaba abierto el debate¹⁴⁴.

El fallo de 2003

Al igual que en la sentencia 1064/01, la Corte empieza por analizar la existencia de la cosa juzgada material y concluye que “*la comparación específica del contenido de las disposiciones objeto de las demandas, las características de la omisión cuestionada y el contexto en el que una y otra fueron expedidas y aplicadas, impiden afirmar que exista cosa juzgada.*”

De forma análoga con las dos sentencias anteriormente estudiadas, la Corte analiza si el legislador incurrió en una omisión inconstitucional al no incluir las apropiaciones presupuestales suficientes para atender el aumento salarial de los servidores públicos, en un monto por lo menos igual al índice de inflación del año anterior.

¹⁴² *El aumento salarial no tiene que ser idéntico para todos. La igualdad matemática o mecánica es contraria al principio según el cual, los iguales deben ser tratados igual y los diferentes deben ser tratados diferente.* (Apartado 6 de la sentencia C 1064 de 2001 MP: Manuel José Cepeda y Jaime Triviño).

¹⁴³ JULIO ESTRADA Alexei. Op. Cit. P 150.

¹⁴⁴ Las condiciones en que fueron aprobadas estas sentencias, por un margen estrecho, sugieren como alternativa para garantizar una mayor consistencia de la jurisprudencia constitucional en los temas económicos, el exigir que para la aprobación de este tipo de sentencias sea necesaria una mayoría más calificada.

Esta vez la corte propone suplir la omisión del legislador y del ejecutivo, sin establecer una fórmula específica para el cálculo del aumento salarial de los servidores públicos, pero estableciendo ciertos límites en los extremos superior e inferior del rango posible de ajustes salariales, que permitan evitar “*afectaciones desproporcionadas o excesivas*” del derecho constitucional que tienen los servidores públicos a mantener el poder adquisitivo de su salario. Además advierte que los límites establecidos son mínimos y que, en consecuencia, el ejecutivo conserva la facultad de establecer un mayor ajuste para las diferentes escalas salariales, siempre que no se afecte el principio de progresividad.

Los criterios mínimos a ser respetados por el ejecutivo definidos por la Corte son: i) la disminución del poder adquisitivo del salario no puede ser una política permanente del Estado; ii) el derecho de los servidores públicos que perciban salarios iguales o inferiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales a mantener el poder adquisitivo de su salario, no puede ser objeto de limitaciones, éstos servidores deben recibir el pleno reajuste de sus salarios de conformidad con el nivel de inflación, es decir, la variación del IPC registrada para el año inmediatamente anterior; iii) el derecho a mantener el poder adquisitivo de su salario para quienes reciben más de 2 SMLMV, puede ser limitado pero se debe respetar el principio de progresividad por escalas salariales; iv) las diferencias de ajuste entre escalas deben ser mínimas; v) el ajuste salarial de la última escala superior no puede ser inferior al 50% de la inflación causada el año anterior y se debe garantizar que durante la vigencia del plan de desarrollo de cada cuatrienio se avance en los incrementos salariales progresivamente¹⁴⁵; y vi) el ahorro que obtenga el estado con base en la limitación al derecho deberá destinarse a gasto social.

Con este fallo, a primera vista, los salarios de todos los servidores públicos quedan indexados como mínimo al 50% de la inflación causada en el año anterior para los niveles altos y al 100% de dicha inflación para los niveles bajos.

¹⁴⁵ En palabras de la Corte en esta sentencia, consideración 6.4.4: *A los servidores públicos a quienes se les limite el derecho, el Estado les debe garantizar que, dentro de la vigencia del plan de desarrollo de cada cuatrienio, progresivamente se avance en los incrementos salariales que les corresponden, en forma tal que se les permita a estos servidores alcanzar la actualización plena de su salario, de conformidad con las variaciones en el I.P.C.*

Sin embargo, por un lado, garantizar durante la vigencia del plan de desarrollo los incrementos progresivos hasta cumplir con el 100% del incremento correspondiente al IPC, pone en entre dicho que la Corte haya dejado el espacio para que el Gobierno fije el ajuste salarial de aquellos que perciben más de dos salarios mínimos; y por otro, destinar los recursos del ahorro que obtiene el gobierno a gasto social supone la eliminación del ahorro, lo que en palabras de un economista constituye un contrasentido: *“Este es una contrasentido contable y económico: si es ahorro, es porque no generó gasto adicional; luego el no gasto adicional no se puede destinar a nada, sencillamente no existió”*.¹⁴⁶

El conjunto de estas tres sentencias sobre salarios ejemplifica la falta de consistencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional a que da lugar el debate, entre posiciones políticas o ideológicas de los jueces, en ausencia de consideraciones técnicas que soporten su argumentación. Los efectos de cambiar tres veces consecutivas su posición frente al tema del ajuste salarial de los servidores públicos – tras obviar cada vez el precedente, aduciendo la no existencia de cosa juzgada – redundan en una nociva inseguridad jurídica y en una deslegitimación de las intervenciones de la Corte.

A continuación se presenta el Cuadro Resumen No.2, que presenta las reglas introducidas por la Corte con las sentencias analizadas en el tema de salarios públicos.

¹⁴⁶ CLAVIJO, Sergio. *“Descifrando la “nueva” Corte Constitucional”*. Alfaomega. S.A.. Bogotá. Febrero 2004.P 40.

Cuadro Resumen No.2 - Sentencias en el tema de salarios

Número de sentencia	Tema tratado	Derecho Vulnerado Interpretado por la Corte	Protección del derecho -argumento	Áreas de impacto
C 815-99 MP José Gregorio Hernández. Oct /20/99.	Se demanda el Art. 8 de la ley 278-96, ésta norma indica que La Comisión y el gobierno podrán conciliar el monto del salario mínimo para el año siguiente y que, en caso de que no se logre un acuerdo, el gobierno determinará tal monto con base en la inflación estimada para el año siguiente, la productividad acordada, la contribución de los salarios al ingreso nacional y el incremento del PIB y del IPC	La Corte analiza si la fijación del salario mínimo con base en la meta de inflación que el banco de la República proyecta para el siguiente año va en contra del derecho a trabajar en condiciones dignas y justas.	i) Declara la constitucionalidad condicionada de la norma indicando que debe aplicarse la siguiente regla: REGLA: Todos los parámetros establecidos en la norma deben tener igual peso e importancia y debe incluirse la inflación real del año que culmina como parámetro adicional a tener en cuenta.	1. Comportamiento de los salarios reales y poder adquisitivo ¹⁴⁷ . 2. Sobre el índice de inflación ¹⁴⁸ . 3. Sobre las tasas de interés. ¹⁴⁹ .
C 1433/00 MP: Antonio Barrera Carbonell Oct/23/00	Se demanda la ley 547 del 99 apropiaciones de 2000 porque no contemplaba el aumento que compensara la pérdida del poder adquisitivo de los salarios de todos los servidores públicos.	i)La Corte analiza la forma en que debe subsanarse la no previsión presupuestal de un aumento salarial para todos los servidores públicos, en virtud de i) la protección del derecho al mínimo vital, ii) la <i>movilidad, dignidad y justicia de la remuneración</i> y iii) la equivalencia que la remuneración debe guardar con el precio del trabajo para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo	i) La Corte introduce una nueva regla para el ajuste de los salarios y supone la constitucionalización ¹⁵⁰ de dicho ajuste, creando jurisprudencialmente el <i>deber jurídico constitucional y legal de incrementar los salarios de todos los servidores públicos, a partir del 1 de enero de dicho año</i> ¹⁵¹ . REGLA: Ajuste salarial anual atado a la inflación para todos los servidores públicos	1. Impacto fiscal de la constitucionalización de una norma legal. 2. Sobre el índice de inflación. 3. Impacto sobre la tributación. ¹⁵² 4. Impacto sobre el acceso a los créditos de vivienda. ¹⁵³ 5. Impacto de salarios reales estables Vs mayor número de desempleados. ¹⁵⁴

¹⁴⁷ Según HOFSTETTER Op. Cit. El salario real de los trabajadores solo se reduce basado en una inflación estimada para el año siguiente cuando el país se encuentra en un contexto desinflacionario.

¹⁴⁸ CLAVIJO. (agosto 2004) Op. Cit indica que diversos modelos para Colombia indican que (nuevas fuentes de indexación) no solo se traducen en niveles de inflación más elevados sino que generan grandes sacrificios en materia de generación de empleo y crecimiento. P. 58. Al respecto véase también AMAYA Carlos. Op. Cit. P.89: *el que se tenga salarios indexados hace más difícil la política monetaria y por ende inciden sobre aumentos en la inflación.*

¹⁴⁹ Según CLAVIJO. (agosto 2004) Op. Cit. La indexación salarial puede agravar el déficit fiscal, lo cual presiona las tasas de interés al alza y comprime la inversión pública y privada

¹⁵⁰ Salvamento de Voto de la sentencia C 1433-00. MP. Cristina Pardo.

¹⁵¹ Sentencia C 1433/00 Numeral 2.11

¹⁵² JARAMILLO Jorge y OSSA Alfonso. Op. Cit. P. 54

¹⁵³ PÉREZ SALAZAR Mauricio. (2003) P. 74.

¹⁵⁴ CLAVIJO . Sergio. (junio 2001) Op. Cit. P 50.

<p>C 1064/01 MP: Manuel José Cepeda Y Jaime Triviño 10/Oct /2001</p>	<p>Se demanda el artículo 2°, parcial, de la Ley 628 de 2000. “por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropriaciones para la vigencia fiscal del 1° de enero al 31° de diciembre de 2001, al considerarse que no incluyó las apropiaciones suficientes para aumentar el salario de los empleados públicos en un monto igual o superior a la inflación del año anterior.</p>	<p>La Corte plantea la necesidad de resolver dos preguntas:</p> <p>i) ¿Existe cosa juzgada material en este fallo?</p> <p>ii) ¿incurrió el legislador en una omisión inconstitucional al apropiarse en la ley anual de presupuesto de la vigencia fiscal de 2001 (ley 628 de 2000) una suma insuficiente para cubrir el ajuste salarial, con base en la inflación causada, de todos los servidores públicos cobijados por dicha ley de presupuesto?</p>	<p>i) En el primer problema la Corte declara la inexistencia de cosa juzgada material.</p> <p>ii) El legislador no incurrió en una omisión inconstitucional y establece que el criterio que debe regir lo ajustes salariales de los empleados públicos, hasta tanto no fije el Congreso un parámetro diferente, es <i>el promedio ponderado de los salarios de los servidores de la administración central</i>. La suma para cubrir el ajuste salarial es suficiente siempre y cuando se ajuste a las siguientes:</p> <p>Reglas</p> <p>El salario con base en la inflación de los servidores públicos que devenguen menos del salario promedio ponderado y que haya un ajuste proporcional y progresivo para los salarios de aquellos que superan este promedio.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Comportamiento de los salarios reales y poder adquisitivo¹⁵⁵. 2. Sobre el índice de inflación¹⁵⁶ 3. Sobre las tasas de interés.¹⁵⁷. 4. Impacto de salarios reales estables Vs mayor número de desempleados
<p>C 1017/03 MP: Manuel José Cepeda y Rodrigo Escobar Gil 30/ Oct/03</p>	<p>Se demanda la ley 780 de 2002 ya que en ella no incluyeron las apropiaciones presupuestales suficientes para atender el aumento salarial de los servidores públicos, en un monto por lo menos igual al índice de inflación del año anterior.</p>	<p>Los interrogantes que en ésta sentencia resuelva la Corte son:</p> <p>i) ¿Existe la cosa juzgada material?</p> <p>ii) ¿Incurrió el legislador en una omisión inconstitucional al no incluir las apropiaciones presupuestales suficientes para atender el aumento salarial de los servidores públicos, en un monto por lo menos igual al índice de inflación del año anterior?</p>	<p>i) Frente al primer interrogante plantado la Corte indica que no hay lugar a la cosa juzgada material.</p> <p>ii) La corte establece que efectivamente existe una omisión legislativa y entra a suplirla mediante las siguientes:</p> <p>Reglas:</p> <p>i) No puede haber una política permanente del Estado que permita la disminución del poder adquisitivo del salario.</p> <p>ii) El derecho de los servidores públicos que perciban salarios iguales o inferiores a dos (2) salarios mínimos legales mensuales a mantener el poder adquisitivo de su salario, no podrá ser objeto de limitaciones, éstos servidores deberán recibir el pleno reajuste de sus salarios de conformidad con el nivel de inflación, es decir, la variación del IPC.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Sobre el índice de inflación.¹⁵⁸ 2. Sobre el déficit fiscal.¹⁵⁹

¹⁵⁵ HOFSTETTER Op. Cit.

¹⁵⁶ Clavijo. (Agosto 2004) Op. Cit y AMAYA Carlos. Op. Cit. P.89

¹⁵⁷ Según Clavijo. Op. Cit.

¹⁵⁸ CLAVIJO. (Febrero 2004) Op. Cit . pp 39-41

¹⁵⁹ Ibid.

			<p>registrada para el año inmediatamente anterior.</p> <ul style="list-style-type: none">iii) Para quienes reciben más de 2 SMLMV el derecho puede ser limitado pero ésta limitación debe respetar el principio de progresividad por escalas salariales.iv) Las diferencias de ajuste entre escalas deben ser mínimas.v) El ajuste salarial de la última escala superior no podrá ser inferior al 50% de la inflación causada el año anterior.vi) A quienes se les limite el derecho se les deberá garantizar que durante la vigencia del plan de desarrollo de cada cuatrienio se irá avanzando en los incrementos salariales progresivamente.vii) El ahorro que obtenga el Estado con base en la limitación al derecho deberá destinarse a gasto social.	
--	--	--	--	--

III. Conclusiones

El cambio de modelo de estado en Colombia ha llevado a una discusión en torno a la participación de los jueces en temas económicos en la cual el debate ideológico ha ocupado una posición central. La Constitución de 1991 declara explícitamente a Colombia como un ESD. En este modelo no parece haber una alternativa distinta a que la Constitución hable a través de la interpretación que los jueces hacen de ella. De hecho, la intensidad en la actividad de los jueces constitucionales en los últimos años parece ser el reflejo tanto de qué tan incompleto, polisémico y dúctil es el sistema de normas de derecho, como de la necesidad de hacerle cambios y adaptaciones. En las condiciones planteadas por la teoría jurídica local, en un ESD *impedir a cualquier juez, incluso al juez constitucional ordenar el resarcimiento de derechos económicos o sociales vulnerados por la acción u omisión del estado es institucionalizar la denegación de justicia.*¹⁶⁰

Más allá de la compleja dimensión ideológica del debate que se presenta en este trabajo, el análisis de las sentencias seleccionadas evidencia la necesidad de su discusión en el plano técnico y resalta la importancia que tiene el estudio de las consecuencias de las distintas alternativas de decisión. Tanto los casos en el tema de vivienda como los de salarios, revelan la gran profundidad que requiere su análisis y con ello las limitaciones del saber jurídico y su insuficiencia en materias en las cuales otras ciencias sociales poseen un conocimiento técnico específico. El contacto cotidiano con temas de vivienda o salarios puede llevar a creer que el conocimiento necesario para analizarlos puede construirse fácilmente en forma intuitiva, a partir del sentido común; sin embargo, las sentencias y las críticas presentadas en este trabajo demuestran lo contrario.

El conjunto de sentencias del tema de vivienda muestra concretamente las limitaciones en la capacidad técnica del juez constitucional, al establecer la corte reglas cuyos últimos efectos resultan contrarios al fin buscado. Las sentencias de salarios por su parte, evidencian cómo en ausencia de un análisis técnico, se incurre en contradicciones y no se logra construir un discurso consistente.

¹⁶⁰ PÉREZ SALAZAR Mauricio. “*Razones y sinrazones de un debate: La crítica económica a la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002*”. Revista de Derecho del Estado No 14. Universidad Externado de Colombia. Junio de 2003. P.p 72-73

En ambos casos se hace evidente la necesidad de un apoyo técnico para i) prever las consecuencias de las reglas que introduce y lograr que estén alineadas con los fines propuestos, ii) basar sus argumentos en evidencia empírica o científica que los haga comprobables y iii) lograr soluciones consistentes y replicables para casos similares.

Cuando la argumentación de los jueces constitucionales no requiere salirse del campo del derecho, el esquema institucional actual – en el cual la legitimidad de los jueces se garantiza, entre otros por su actuación a petición de parte y la motivación pública de sus fallos – no suscita mayores controversias. En cambio, en los fallos en temas económicos, en la medida en que estos requieren de un conocimiento específico sin el cual el juez carece de los elementos básicos para tomar una decisión técnicamente sólida, el esquema de legitimación actual muestra debilidades que lo hacen muy vulnerable.

Es bien sabido que no hay consenso entre los economistas sobre la forma de resolver los problemas frente a los cuales la Corte ha sido llamada a intervenir. Sin embargo, para corregir los problemas de la situación actual, de lo que se trata, no es de tranquilizar a un grupo de economistas ni de interferir para que la Corte falle de acuerdo con determinadas políticas económicas, sino de mejorar la calidad y estructura de sus fallos.

Para legitimar la participación de la Corte en temas económicos y dar consistencia al conjunto de sus fallos, parece conveniente que antes de fallar, ésta acuda a un cuerpo colegiado que evalúe técnicamente las distintas alternativas de decisión que tiene. En la medida en que lo suyo es el quehacer empírico, la técnica puede aportarle al juez una garantía de neutralidad. El sustento técnico debe permitirle también construir argumentaciones consistentes con los saberes de las demás ciencias sociales. Por esta vía se lograría robustecer la calidad de los fallos de la Corte en materia económica y de esta manera legitimar su injerencia.

Bibliografía

ALVIAR Helena, “*La búsqueda del progreso en la interpretación de la Constitución de 1991: el caso de la intervención de la Corte en la economía*”. En *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Edición a cargo de Daniel Bonilla y Manuel Iturralde, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, primera edición 2005, pp. 152 – 180.

ALVIAR Helena, ponencia titulada *Constitución y economía*, Revista Precedente 2002.

ALVIAR Helena, artículo sin publicar titulado “Las funciones de la Corte Constitucional en impuestos: los límites de un debate teórico”, 2005.

AMAYA Carlos. “*Corte Constitucional y economía-. Análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano*”. Revista de Derecho Público No. 12. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Junio de 2001.

AMAYA Carlos “*Corte Constitucional y economía-. Análisis de fallos y propuesta para el caso colombiano*”. En serie de estudios económicos y sectoriales. Banco interamericano de desarrollo. Región 3. Noviembre de 2001.

ATIENZA Manuel, “Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernengo”, *Doxa* 3, 1986, pp. 297 – 311.

BARRETO Antonio, “*Amparo Constitucional de los derechos sociales. A propósito del carácter social de la acción de tutela*”, en *Derecho Constitucional. Perspectivas críticas*, Observatorio de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1999.

BEJARANO, Jesús Antonio. “*El análisis económico del Derecho: comentarios sobre textos básicos*”. Revista de Economía Institucional No. 1. Noviembre 1999.

BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE, HEYDE. “*Manual de Derecho Constitucional*”. Segunda Edición. Editorial Marcial Pons. Madrid. 2001.

CAPELLETTI, Mauro. *“Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional”*. Tomado de: *“tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales”*. Centro de estudios constitucionales. Madrid.

CEPEDA E, Manuel José. *“Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo”*. Ponencia ante el Instituto Colombiano de Derecho Tributario. 2005.

-CLAVIJO, Sergio. *“Fallos y fallas económicas de las altas cortes”*. Revista de Derecho Público No.12. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Junio de 2001.

CLAVIJO, Sergio. *“Impacto económico de algunas sentencias de la Corte: el caso de la” mesada pensional 14” y de las regulaciones en vivienda”*. Documento preparado para el “Dialogo entre Abogados y Economistas sobre Aspectos Económicos de la Constitución”, Octubre 8-9 de 2004, Bogota – Colombia. <http://www.banrep.gov.co/junta/publicaciones/Clavijo/corte0904.pdf> .

CLAVIJO Sergio. *“La vivienda en Colombia: Sus determinantes socio-económicos y Financieros”*. Documento Presentado en *“Taller sobre Financiación de Vivienda, Mercado de Capitales y Política Social”* (Banco Mundial, Asobancaria y Gobierno Nacional, Cartagena-Colombia, Agosto 19 y 20 de 2004).

CLAVIJO, Sergio. *“Descifrando la “nueva” Corte Constitucional”*. Alfaomega. S.A.. Bogotá. 2004.

DE AGAPITO SERRANO, Rafael. *“Libertad y división de poderes”*. Editorial Tecnos. Madrid. 1989.

DWORKIN, Ronald. *“Los Derechos en serio”*. Editorial Ariel. Barcelona.

ELSTER , Jon. *“Régimen de mayorías y derechos individuales”*. Tomado de: *“Los derechos humanos. Las conferencias Oxford Amnesty de 1993”*. Oxford. 1993.

FAVOREAU, Louis. *“Los Tribunales Constitucionales”*. Editorial Ariel. Barcelona. 1993.

FIORAVANTI, Mauricio, “*Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*2. Departamento de derecho público y filosofía del derecho, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Trotta, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “*La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*”. Editorial Civitas. Madrid. 1985.

GIL LAVEDRA, Ricardo. “*Un vistazo a las reformas constitucionales en Latinoamérica*”. Paper SELA 2002.

HAURIOU, Maurice. “*Principios de Derecho Público y constitucional*”. Editorial Comares. Granada. 2003.

HOFSTETTER, Marc. “*Política monetaria y la Corte Constitucional: el caso del salario mínimo*”. En Documento CEDE 2005-36. Universidad de Los Andes. 2005.

HOYOS, Esteban. “*La Acción pública de Inconstitucionalidad en temas de Hacienda Pública*”. Monografía para optar por el Título de Abogado. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá. 2004.

ITURRALDE Manuel A., “Estados de derecho vs Estado de emergencia: los estados de excepción y la construcción de la temporalidad del derecho en Colombia” en *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Daniel Bonilla y Manuel A. Iturralde (Editores), Facultad de derecho, Universidad de los Andes, 2005, pp. 83 - 151.

JARAMILLO, Jorge y OSSA, Alfonso. “*La Constitución colombiana de 1991: Economía y análisis económico de la jurisprudencia dela Corte Constitucional*”. Universidad del Quindío, Corporación José Ignacio de Márquez.

JULIO ESTRADA, Alexei. “*La jurisprudencia constitucional en torno al salario*”. En Revista de Derecho del Estado No. 14. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D. C Junio de 2003.

KALMANOVITZ, Salomón. *“Los efectos económicos de la Corte Constitucional”*. En ocasión de un foro organizado por la Corporación Centro de Estudios Constitucionales, Plural, el 26 de octubre de 1998.

KALMANOVITZ, Salomón. *“La Corte Constitucional y la capitalización de intereses”*. Foro organizado por la Universidad de los Andes, BID y El Espectador, “ Fallos de la Corte Constitucional en materia económica: ¿Debe el alto tribunal tener en cuenta sólo el derecho?”. 23 de 2000.

KALMANOVITZ, Salomón. *“Consecuencias económicas de la Corte Constitucional”*. En Revista Consigna. Edición 466 IV Trimestre 2000.

KALMANOVITZ, Salomón. *“Constitución y Modelo Económico”* Preparado para el Seminario: Diez años de la Constitución colombiana, 1991-2001. Debate de Evaluación. Facultad de Derecho, Universidad Nacional e ILSA. 14 y 15 de junio de 2001, Auditorio León de Greiff.

KALMANOVITZ, Salomón. *“Formas de pensar jurídicas y económicas”*. Revista de Derecho Público No. 14. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Junio de 2002.

KALMANOVITZ, Salomón, *“Constitución y modelo económico”* en CASTELLANOS, Camilo, *“El debate a la constitución”*, ILSA y Universidad Nacional.

KELSEN, Hans. *La Teoría Pura del Derecho* . Segunda Edición. Editora Nacional. México. 1981.

NARANJO M., Vladimiro. *“Teoría Constitucional e Instituciones políticas”*. Octava Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2000.

MATEUCCI, Nicola. *“Organización del poder y libertad; historia del constitucionalismo moderno”*. Editorial Trotta. Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III . Madrid.

MERCADO P., Pedro. *“El análisis económico del Derecho: una reconstrucción teórica”*. DIM impresores Madrid. 1994

MORENO Carolina. *“Decisiones económicas de la Corte Constitucional, Estado Social de Derecho, Economía y Justicia Constitucional: Una Trilogía Compleja”*. Presentado en el Seminario Reformas judiciales: Experiencias comparadas. Universidad de Los Andes. Facultad de Derecho. Bogotá. 2002.

MORRA, Nello. *“El positivismo jurídico”*. Editorial Debate S.A. Madrid. 1998.

PALACIOS, Hugo. *“El control constitucional en el trópico”*. En www.icesi.edu.co/esn.

PARDO F., Javier. *“El Consejo Constitucional francés: La jurisdicción constitucional en la Quinta República”*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1990.

PÉREZ SALAZAR, Mauricio. *“Razones y sinrazones de un debate: La crítica económica a la jurisprudencia constitucional colombiana, 1999-2002”*. Revista de Derecho del Estado No 14. Universidad Externado de Colombia. Junio de 2003.

PÉREZ SALAZAR, Mauricio, *Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991*, Bogotá, junio de 2004.

POSNER, Richard. *“El análisis económico del Derecho”*. Fondo de Cultura económica. México. 1998.

RESTREPO, Esteban. *“Reforma constitucional y progreso social: La constitucionalización de la vida cotidiana”* Paper SELA 2002

ROSENBERG, Gerald. *“The Hollow hope, can courts bring about social change?”*. The University of Chicago.

Seminario: *“Corte Constitucional y economía: una propuesta para los poderes públicos de la sociedad civil”*. Universidad de Los Andes facultades de Economía y Derecho y Banco Interamericano de desarrollo. Agosto de 2000

SHAPIRO. *Freedom of speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, NJ Prentice Hall, 1966.

TOMÁS Y VALIENTE Francisco. *Escritos desde y sobre el Tribunal Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Editorial Biblos. Madrid. 1993.

TORRES L. Juan. *Análisis económico del Derecho*. Editorial Tecnos. Madrid. 1987.

UPRIMNY Rodrigo. *Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía*. Revista de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Los Andes. Junio de 2001.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla: una crítica al constitucionalismo colombiano*. Universidad Nacional de Colombia. CEREC.

VILE M.J.C *Constitutionalism and the separation of power*. Clarendon Press. Oxford. 1969.

WEBER, Max. *Ensayos sobre metodología sociológica*. Amorrortu Editores. Buenos Aires. 1990.