



Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho

*Álvaro Pío Guerrero Vinuesa**

* Abogado de la Universidad de Nariño. Es magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca. Ha sido profesor de la Pontificia Universidad Javeriana y actualmente es profesor de la Universidad Libre de Cali.

Resumen

El presente artículo tiene por objeto elaborar una anticipación a las posibles consecuencias de la aprobación de la ley que pretende hacer de la sostenibilidad fiscal un principio constitucional, lo que la tornaría indispensable como criterio para la solución de conflictos. Se trata de una cuestión muy controversial, en la medida en que el nuevo énfasis de este principio podría ser interpretado en detrimento de los derechos fundamentales, económicos y sociales, y, en general, en contra de las conquistas del estado prestacional.

Palabras clave

Sostenibilidad fiscal, derechos humanos, derechos fundamentales, constitución política, independencia judicial, seguridad jurídica.

Abstract

This article seeks to anticipate the possible consequences of passing the law that purports to turn financial sustainability into a constitutional principle, which would make it a standard criterion for conflict resolution. It is a highly controversial issue, as the increased importance of this principle could eventually be interpreted in a way that is detrimental to basic human rights, as well as economic, cultural, and social rights, and it could hurt the conquests of the welfare state.

Keywords

Financial sustainability, human rights, fundamental rights, constitution, judicial independence, legal certainty.



Introducción

Con la globalización se ha venido consolidando una corriente del pensamiento económico-fiscal, en el contexto del derecho de la hacienda pública y del constitucionalismo economicista, que pretende constitucionalizar los llamados “principios presupuestales”, a través de normas de la más alta jerarquía, mediante las cuales se establecen parámetros de prudencia y medida con relación a la gestión presupuestal, en aras de la consecución de lo que se denomina “sostenibilidad fiscal”, que no es otra cosa que una herramienta financiera para mantener dicho equilibrio.

Al socaire de esta corriente, en Colombia, mediante el Acto Legislativo 03 de 2011¹, se introdujo al contenido normativo de la Constitución un “criterio” que pretende hacer de “la sostenibilidad fiscal” un supuesto “principio” que orientará a las ramas del poder público, dentro de sus competencias, en la toma de sus decisiones.

El dispositivo, al introducir esta reforma que modifica el artículo 334 de la Constitución, contenido del modelo económico, aspira a que mediante la apertura de un “incidente de impacto fiscal”, posterior a la ejecutoria de la sentencia, proveniente de una alta corporación —órgano jurisdiccional “de cierre”—, se modulen o modifiquen, con el objeto de evitar serias alteraciones de la “sostenibilidad fiscal”.

En el desarrollo de este trabajo se hará un somero registro de los antecedentes históricos de la corriente del pensamiento a la que se ha hecho alusión. Se analizará si el mencionado criterio contradice y desdibuja los principios de separación de poderes y de progresividad; la prohibición de no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales; la independencia judicial; y la seguridad jurídica. También se analizará si adoptar la “sostenibilidad fiscal” como un “principio” configura o no una sustitución de la Constitución.

Este trabajo investigativo constituye en Colombia una primera aproximación al debate que seguramente se desarrollará en el ámbito

¹ “Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal”.

judicial y académico. El tema es de una innegable actualidad, por la trascendencia del objeto subyacente a él como son los derechos humanos frente al modelo económico constitucional.

Hasta la fecha del presente trabajo el dispositivo en cuestión no ha sido aplicado aún. Tampoco la Corte Constitucional ha admitido demanda alguna de inconstitucionalidad. Por esta razón es imposible partir de casos concretos. Se trata de precaver y advertir eventuales y futuros conflictos de interés. Sin embargo, los medios de comunicación informan que más de medio centenar de demandas se presentaron ante la Corte Constitucional en contra de la reforma de sostenibilidad fiscal, y también se han presentado varias demandas de inconstitucionalidad contra la Ley 1473 de 2011 por medio de la cual se “establece una regla fiscal”. Los argumentos más relevantes de estas demandas tienen relación con la sustitución de la Carta Política y la limitación al goce de los derechos fundamentales, a los derechos humanos, a la función pública de la administración de justicia, al ejercicio de las acciones públicas y particulares de los ciudadanos y a la autonomía de las entidades territoriales. Además, se señala que los preceptos demandados establecen una extralimitación de funciones del procurador general de la nación y de los ministros de Gobierno².

1. Antecedentes

Desde principios de la década de los noventa, en los Estados, tanto en Europa y Estados Unidos como en América Latina, desde la firma por los países europeos del Tratado de Maastricht³ y del aporte doctrinal económico-fiscal contenido en la teoría del *public choice*⁴ (“selecciones

² Periódico *Ámbito Jurídico* 333.

³ Al final de la década de los noventa, los países de la Unión Europea adoptaron una decisión trascendental: darse una autoridad monetaria única (el Banco Central Europeo) y una moneda única (el euro); sin embargo en lo atinente a la política fiscal, los impuestos, el manejo de la deuda y la gestión presupuestal de gastos y de ingresos, los países de la UE mantuvieron autonomía a nivel de cada gobierno.

⁴ La teoría de las escogencias colectivas, cuyo principal expositor ha sido el Premio Nobel de Economía James Buchanan, ha sostenido que la estabilidad presupuestal no puede alcanzarse si se le deja simplemente al cuidado de las normas tradicionales que solían aparecer en las constituciones del siglo XIX o comienzos del siglo XX. Se

o escogencias colectivas”), se viene consolidando una corriente en el derecho de la hacienda pública tendente a i) introducir en los ordenamientos jurídicos principios o reglas de la más alta jerarquía normativa que establezcan parámetros de “prudencia”, “moderación”, “síndéresis”, en fin, “pautas prudentes” de gestión presupuestal, para asegurar que las variables presupuestales se mantengan dentro de una senda de sostenibilidad —“se trata de normas que, más que definir competencias en materia presupuestal, buscan propiciar la prudencia, la moderación, evitar el excesivo déficit o el excesivo endeudamiento de las instancias de las entidades estatales. Y, por tanto, son normas más afines al cumplimiento de los propósitos de la **estabilidad presupuestal**” (Restrepo, 2008)—; además, ii) se trata de sustraerles discrecionalidad en el manejo de las finanzas públicas a las autoridades económicas para, en su lugar, introducir parámetros estables y permanentes.

La introducción de normas, con categoría de principios constitucionales, por las que viene abogando la corriente del pensamiento económico-fiscal aludido, se direccionan a que las mismas propicien la moderación y la prudencia en los gastos, que no es cosa diferente a introducir una limitante a la garantía, al reconocimiento, al goce efectivo de los derechos fundamentales y al desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales. Limitante o condicionamiento que va dirigido a todas las autoridades públicas, incluidas, como es obvio, a los jueces.

El principio de **equilibrio presupuestal** en la teoría de la hacienda pública clásica, en el siglo XX, consistía en que los gastos totales del Estado no debían superar, en un ejercicio presupuestal normal, el total de los ingresos corrientes del Estado. Es decir, se trata de un principio en el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales (Atienza y Ruiz Manero, 2007).

necesita, según esta teoría, un grupo de normas más modernas que hagan avanzar las instituciones fiscales en tal dirección (Restrepo, 2008).

En Colombia, la corriente del pensamiento fiscalista ya tuvo eco en el constituyente derivado, pues, mediante el Acto legislativo No. 01 de 20055, que reformó el derecho a la seguridad social, introdujo el criterio de la sostenibilidad financiera en el sistema pensional, con lo cual el legislador está habilitado para modificar, con criterio meramente eficientista, los extremos de la prestación social pensional, ya sea en el tiempo necesario para pensionarse o en la edad.

Dado que en Colombia, a juicio de los análisis económicos del Gobierno, las decisiones judiciales, incluidas las de la Corte Constitucional y demás altas cortes, al garantizar derechos vienen atentando contra el equilibrio presupuestal y el modelo económico, han obligado al congreso de la República a expedir una ley sobre sostenibilidad fiscal (“regla fiscal”) para limitar, en términos presupuestales, no solamente las decisiones administrativas, sino también las jurisdiccionales.

Como se ha dicho, la intervención de las decisiones judiciales en el modelo económico, a juicio del Gobierno, afectan de manera ostensible y pueden en un momento determinado desestabilizar la economía nacional. Pero también las incidencias económicas de carácter nacional e internacional lo pueden afectar y, para evitar que el Estado se vuelva inviable, el Gobierno tramitó una iniciativa ante el Congreso de la República con el fin de procurar la sostenibilidad de las finanzas públicas, alcanzando así la expedición de la Ley 1473 del 5 de julio de 2011.

La ley en comento conocida como la ley de la regla fiscal, se encamina a garantizar la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas para contribuir a la estabilidad macroeconómica del país. Se aplicará a las cuentas fiscales del gobierno nacional central de acuerdo con la metodología que para tal efecto defina el Consejo Superior de Política Fiscal (CONFIS).

⁵ “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la C.P. sobre el ‘derecho a la seguridad social’”.

Roberto Steiner⁶, al comentar el acto legislativo de sostenibilidad fiscal y la misma regla fiscal, reitera y avala la tesis del Gobierno y Congreso de la República colombiana que ven en las decisiones judiciales y en el reconocimiento y garantía de los DESC la fuente de los desequilibrios presupuestales y financieros estatales, olvidando que son otros los factores que con más fuerza e intensidad inciden en ellos, tales como el gasto público exagerado y la corrupción rampante, para mencionar solo unos. (Se transcribe *in extenso*, porque a mi juicio refleja con mucha objetividad la tesis que en este trabajo se trata de analizar).

Los buenos resultados que Colombia pueda obtener de una regla fiscal como la recién descrita van a estar en gran medida condicionados por una realidad ineludible. A saber, se trata de un país donde, evidentemente, el órgano ejecutivo del poder público no tiene monopolio sobre la iniciativa de gasto público. Al contrario del caso de Chile, y lo que sucede en Perú donde el Congreso no tiene iniciativa para crear o incrementar gastos, en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, la iniciativa de leyes que decreten gasto público es compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo. *Además, la Corte Constitucional también tiene iniciativa de gasto y algunos de sus fallos están asociados a enormes costos fiscales. Tal es el caso de decisiones relacionadas con la indexación del salario mínimo, las cuales han tenido gran impacto sobre los ajustes salariales de los empleados públicos y de las pensiones, por sólo mencionar un caso.* A esto se unen las costosas decisiones del Procurador General de la Nación quien por medio de la Circular 048 de 2010 aumentó en un año, de 2013 a 2014, el régimen de transición de la reforma pensional de 2005 y a través de la Circular 054 de 2010 determinó que los miembros de la rama judicial se pensionen bajo un régimen especial donde la pensión se calcula sobre el ingreso del último año y no de acuerdo al

⁶ Roberto Steiner es economista de la Universidad de los Andes. Ha sido investigador del Banco de la República, investigador de Fedesarrollo y consultor del Banco Mundial. Fue representante de Colombia ante el Fondo Monetario Internacional. Ha publicado numerosos artículos y libros, entre los cuales se cuentan *Los dólares del narcotráfico*, *Introducción a la macroeconomía colombiana* (con J. A. Ocampo y E. Lora) y *Cinco ensayos sobre tributación en Colombia*.

promedio de los últimos 10 años tal y como aplica a los demás colombianos.

Por no detentar el monopolio de la iniciativa de gasto, *el gobierno colombiano, atinadamente a mi juicio, ha considerado deseable que la Regla Fiscal sea complementada con una enmienda a la Constitución que establezca la sostenibilidad fiscal como un principio que debe ser tenido en cuenta por todas las instancias del poder público con capacidad de decretar gasto.* Evidentemente, lo ideal sería devolver al Ejecutivo el monopolio de la iniciativa de gasto, fortalecer los partidos y el legislativo y tener una Corte Constitucional concentrada en lo jurídico y no en lo legislativo. Mientras allá llegamos, parece razonable concentrarse en mejorar las instituciones fiscales. La regla fiscal apunta en el sentido correcto, pero difícilmente será exitosa si no se establece un mecanismo que de cierta manera discipline a aquellas instancias del poder público, diferentes al gobierno nacional, que pueden ordenar gasto. De hecho, la regla fiscal sin una institucionalidad que introduzca el principio de sostenibilidad fiscal podría conducir a una situación bastante preocupante en que al gobierno, para cumplir con la regla fiscal, no le quedaría alternativa distinta a recortar el gasto público más flexible (la inversión en infraestructura) cada vez que otro órgano del poder público decreta gasto que no estaba contemplado en el presupuesto.

El proyecto de enmienda a la Constitución que introduce el principio de sostenibilidad fiscal goza del apoyo de varios economistas, pero enfrenta gran oposición por parte de los juristas. Según estos últimos, lo que pretende el gobierno es poner el Principio de Sostenibilidad Fiscal por encima de los Derechos Económicos y Sociales asociados al Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución Política de 1991. Aducen los críticos que gran parte de las decisiones de la Corte Constitucional que han tenido impacto fiscal no han hecho más que reflejar la obligación que tiene el tribunal constitucional de velar porque se cumplan los principios económicos y sociales de la Constitución, incluidos el derecho a la salud, a la vivienda digna y a una remuneración móvil. *Creo que tiene razón el gobierno cuando señala que la introducción del Principio de Sostenibilidad Fiscal no atenta*

contra dichos derechos, simplemente busca garantizar que los mismos sean sostenibles en el tiempo. De hecho, me atrevo a pensar que una posible implicación de adoptar el Principio de Sostenibilidad no es la de que se recorte algún derecho económico y social sino, más bien, que se obligue al gobierno a proponerle al Congreso una reforma fiscal para aumentar los impuestos y cubrir los faltantes originados, entre otros, en la atención de varios de esos derechos económicos y sociales. (Steiner, 2011) (énfasis fuera del texto)

2. Planteamiento del problema

El Congreso de Colombia, mediante Acto Legislativo 03 de 2011, por el cual se establece el **principio de sostenibilidad fiscal**, modificó, entre otros,⁷ el artículo 334 de la Constitución Política. El mencionado acto legislativo⁸ fue de iniciativa del anterior Gobierno (Álvaro Uribe Vélez, 2002-2010), presentado por el ministro de Hacienda y Crédito Público⁹.

El artículo 334 de la Constitución asigna la dirección general de la economía al Estado, mediante la intervención, por mandato de la ley, en variados y diversos factores y componentes de la economía para racionalizarla, en un marco de **sostenibilidad fiscal**, con el fin último de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de **sostenibilidad fiscal** expresa el nuevo dispositivo constitucional, deberá fungir como un instrumento para alcanzar de manera progresiva los

⁷ Modificó también el artículo 339, sobre el Plan Nacional de Desarrollo, y el 346, sobre la formulación del presupuesto de rentas y la ley de apropiaciones.

⁸ Ley 5 de 92 (orgánica del Congreso de la República). “**ARTÍCULO 221. ACTO LEGISLATIVO.** Las normas expedidas por el Congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales, se denominan Actos Legislativos, y deberán cumplir el trámite señalado en la Constitución y en este Reglamento”.

⁹ En Colombia, de conformidad con el artículo 115 de la Constitución, el Gobierno está formado por el presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El presidente y el ministro o director de departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, enfatiza este dispositivo, intervendrá en la economía para i) dar pleno empleo a los recursos humanos; ii) asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de bienes y servicios básicos; y iii) promover la productividad, la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

El llamado por el órgano legislativo colombiano “principio de sostenibilidad fiscal” debe orientar las ramas y órganos del poder público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. En el artículo 113 de la Constitución Colombia se reconoce el principio de tridivisión de poderes, pilar fundante del Estado de Derecho, con el cual los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

El acto legislativo crea un “incidente de impacto fiscal” de trámite obligatorio, a instancias del procurador general de la nación¹⁰ o cualquiera de los ministros, para que, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales¹¹, puedan solicitar su apertura, con el fin de elucidar el impacto de los fallos en las finanzas públicas, para decidir si procede modular, modificar o diferir los efectos

¹⁰ El procurador general de la nación es el supremo director del Ministerio Público, y tiene, entre otras, las siguientes funciones: vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del defensor del pueblo; defender los intereses de la sociedad; defender los intereses colectivos, en especial el ambiente; e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y las garantías fundamentales.

¹¹ Las máximas corporaciones judiciales en Colombia u órganos de cierre son estos: en la jurisdicción constitucional, la Corte Constitucional (art. 241, Constitución); en la jurisdicción ordinaria (penal, civil, laboral, familia, etc.), la Corte Suprema de Justicia (art. 234, Constitución); en la jurisdicción contencioso administrativa, el Consejo de Estado (art. 237, Constitución); en la jurisdicción disciplinaria, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256, Constitución).

Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho

de estos, con el fin de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. Advierte, eso sí, que en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Un párrafo del enunciado normativo deja claramente establecido que al interpretar el artículo en mención, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Sin embargo, el establecimiento de la sostenibilidad fiscal como principio, de acuerdo con el título¹² del texto normativo y las exposiciones de motivos (etapa prelegislativa)¹³ expuestas en el trámite del acto legislativo en el Congreso de la República, propicia la necesidad de elucidar —en aras de precaver posibles interpretaciones que atenten o se enfrenten contra verdaderos principios o valores, estos sí histórica y moralmente reconocidos— la naturaleza de este, la clase de principio, su finalidad y condiciones de aplicación y, en fin, su historia contextualizada en la realidad social y económica del país.

La constitucionalización¹⁴ del criterio antes mencionado con la categoría de principio —tal es el título y las exposiciones de motivos—

¹² El Reglamento del Congreso de la República, Ley 5 de 1992 (orgánica del Congreso), en su artículo 193 prescribe: “TÍTULOS DE LAS LEYES. El título de las leyes deberá corresponder precisamente a su contenido, y a su texto precederá esta fórmula: ‘EL CONGRESO DE COLOMBIA, DECRETA’”.

¹³ Las exposiciones de motivos expresan las razones en que se fundan las iniciativas que concluyen con proposiciones claras y sencillas que son sometidas a la votación. Constituyen, a la vez, los antecedentes e historia del acto normativo y sirven, a futuro, como un criterio de interpretación histórica de este.

¹⁴ Los términos “constitucionalización” y “Estado Constitucionalizado” se entenderán en este escrito de la manera como los entiende Guastini (2003). La constitucionalización apunta a un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales. A su vez, un “Estado Constitucionalizado”, propio de los “Estados Constitucionales”, se caracteriza por una constitución extremadamente “invasora”, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia, la doctrina, la acción de los actores políticos y todas las relaciones sociales. Una de las condiciones para considerar a un Estado como

atenta contra valores y principios constitucionales históricamente reconocidos en las cartas de derechos (*bills of rights*), declaraciones de derechos y libertades, tratados de derecho internacional que forman parte del bloque de constitucionalidad y la propia Constitución —tales como el principio de tridivisión de poderes; la progresividad de los derechos sociales, económicos y culturales; su naturaleza principal cuando su desconocimiento tiene conexión con otros de naturaleza fundamental; la independencia judicial; la seguridad jurídica; el reconocimiento, la garantía y el pleno goce de los derechos humanos—, con lo que posiblemente se está sustituyendo la Constitución, según algunas demandas de inconstitucionalidad radicadas ante la Corte Constitucional colombiana, actuación vedada al constituyente derivado. Todos estos principios han sido reconocidos como componente esencial, trasunto de valores superiores, del ordenamiento jurídico colombiano por la Corte Constitucional, máxima guardiana e intérprete de la Constitución.

En la solución del problema, se seguirá el modelo constructivo de la interpretación jurídica de Dworkin, desde la perspectiva del caso concreto, a partir del análisis de la tendencia que se viene constatando en el derecho de la hacienda pública para introducir en los ordenamientos jurídicos principios o reglas de la más alta jerarquía normativa que establezcan parámetros de “prudencia”, “moderación”, “síndéresis” y, en fin, “pautas prudentes” de gestión presupuestal, para asegurar que las variables presupuestales se mantengan dentro de una senda de sostenibilidad fiscal.

Se abordarán, para el efecto, los temas relacionados con el modelo económico imperante en Colombia a partir de la Constitución de 1991; un análisis del dispositivo jurídico introducido con el acto legislativo en cuestión, desde la teoría de los enunciados jurídicos; y la manera como se verán afectados los principios de separación de poderes, derechos fundamentales y progresividad de los derechos sociales, independencia judicial, seguridad jurídica y sustitución de la Constitución, a la luz del precedente jurisprudencial constitucional en Colombia.

“constitucionalizado”, es contar con una constitución rígida. Colombia parece no ser tal, dado que desde 1991 se han expedido no menos de 30 actos legislativos.

3. El modelo económico en Colombia

La “constitución económica” se encuentra compuesta por: “[...] las normas constitucionales que ordenan la vida económica de la sociedad y establecen el marco jurídico esencial para la estructuración y funcionamiento de la actividad material productiva, señalando los fundamentos esenciales que deberán tener en cuenta los operadores económicos [...]”¹⁵.

La Constitución colombiana admite varios modelos económicos. Sin embargo, a juicio de la Corte Constitucional y de la doctrina, predominan dos. El primero es un modelo neoliberal, inferido del artículo 333 de la Constitución, de acuerdo con el cual la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común (*principio de libertad de actividad económica*).

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El segundo modelo económico es, pues, un modelo de carácter social, keynesiano, habida cuenta de que, por la vía del tratamiento del presupuesto general de la nación, se le da mucha importancia al gasto público y por ende a la inversión social que se requiere para materializar la gama de derechos que constitucionalmente se han consagrado (*principio de inversión social*).

Cualquiera de estos modelos supone la realización concreta de un orden económico y social justo como finalidad superior prevista en el preámbulo de la Carta Fundamental, comprometido con el aseguramiento de los valores y principios que propicien la vida digna, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco democrático y participativo. Esto avala la posibilidad de la concurrencia de varios diseños económicos constitucionales, siempre y cuando concilien o sean coherentes con los preanotados valores y principios.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencias C-265 de 1994 y C-624 de 1998, entre otras.

La Corte Constitucional ha señalado que, desde el punto de vista económico, el nuevo derecho constitucional:

diseña un marco económico ontol[ó]gicamente cualificado, que parte del reconocimiento de la desigualdad social existente (artículo 13 de la C. P), de la consagración de ciertos y determinados valores como la justicia y la paz social, de principios como la igualdad y la solidaridad, y de derechos y libertades civiles, sociales, económicas y culturales que conforman la razón de ser y los límites del que hacer estatal. No se trata entonces de un texto neutro que permita la aplicación de cualquier modelo económico, pues las instancias de decisión política debe, de una parte, operar conforme a los valores y principios rectores que la Carta consagra, así como procurar la plena realización de los derechos fundamentales.¹⁶

El aspecto más relevante y sobresaliente de lo antes transcrito es el hecho de partir del reconocimiento en el campo económico de la *desigualdad económica existente*, que se traduce, obviamente, en una precariedad institucional que redunde, a no dudarlo, en el pleno reconocimiento y garantía de los derechos humanos, sociales, económicos y culturales.

Colombia es un Estado Social de Derecho, de acuerdo con la fórmula política contenida en el artículo primero de la Constitución¹⁷; es el resultado de tres tendencias contradictorias: i) es un Estado liberal (de derecho), en vista de que se respeta el principio de legalidad, se garantiza la tridivisión de poderes, hay una limitación del poder estatal frente a los derechos humanos y hay una igualdad formal ante la ley; ii) es un Estado democrático, basado en la soberanía popular; y iii) es un Estado social, al establecerse que el orden económico social está instituido para la garantía de una justicia material mínima, además de promover la existencia de una administración prestacional y una

¹⁶ Sentencia C-074 de 1993, Corte Constitucional colombiana, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹⁷ “Art. 1.º Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo, la solidaridad, de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho

redistribución social del ingreso, tendencias estas que, bajo una hermenéutica constitucional, condicionan el rol del juez para que sus decisiones sean legales, democráticas y justas.

Desde una de las perspectivas del “nuevo” análisis económico del derecho, el sistema jurídico, sus doctrinas, sus procedimientos y sus instituciones han estado fuertemente influenciados por una preocupación (a menudo más implícita que explícita) con la promoción de la eficiencia económica. Otra conclusión importante de las obras de análisis económico del derecho¹⁸ es que el análisis económico puede ser útil para diseñar reformas del sistema jurídico (Posner, Landes y Kelman, 2011).

Visto lo anterior, corresponde analizar cuál es el rol del juez en un Estado Social de Derecho, frente a las limitantes que le imponen el ordenamiento jurídico que se reforma y modifica continuamente, en aras de materializar la eficiencia económica, que con rigor y persistencia se pretende imponer en los últimos tiempos a los operadores y aplicadores del sistema legal; y el equilibrio presupuestal y la sostenibilidad fiscal, trasuntos fieles de la tendencia actual del derecho de la hacienda pública, que aboga para que se tengan en cuenta el análisis económico, el eficientismo, las teorías del “Estado Social sostenible”, la razonabilidad en el gasto, la “disponibilidad de recursos”, las consecuencias económico-sociales, la “prudencia en el gasto”, etc., al momento de expedir, interpretar y aplicar el derecho.

El juez en el Estado Social de Derecho, además de ser el garante natural de los derechos humanos (llámense derechos fundamentales, sociales, económicos o culturales) y de las garantías civiles, debe proteger y garantizar la seguridad jurídica y el imperio de la ley, asegurando las libertades y derechos de las personas, por medio de decisiones

¹⁸ Estos son algunos de los criterios en que el actual ministro de Hacienda de Colombia funda su justificación del criterio —así lo denomina— de sostenibilidad fiscal, invocando el contenido, según él, de la sentencia BVerfGE 33, 303, 333 del Tribunal Constitucional alemán. Periódico *Ambito Jurídico* 332 (17 al 30 de octubre de 2001), p. 18.

previsibles que ofrezcan confianza social en la no arbitrariedad del sistema de justicia¹⁹.

Pero también el juez en sus fallos debe tener en cuenta, respetar y acoger las decisiones adoptadas al amparo de las mayorías democráticas, en razón a que carece de una legitimación democrática, entendida esta como el producto del sufragio popular. Se trata del principio de la mayoría democrática, es decir, “las exigencias de la democracia ya se satisfacen elaborando, teniendo todo en cuenta, la ‘mejor justificación posible’ para respaldar una decisión” al analizar la única respuesta correcta dworkiniana (Aarnio *et al.*, 2010).

Además, y, esto parece como lo más esencial, el juez debe procurar tomar decisiones materialmente justas. La justicia material es uno de los valores primarios, básicos y esenciales que se deben proteger y garantizar en un Estado Social y Democrático de Derecho. En Colombia, el valor de la justicia material está amparado en el preámbulo —que tiene valor normativo y poder vinculante y que “armoniza y confiere sentido integral, razonable y sólido al conjunto”²⁰— y en el artículo 13²¹, contenido del principio de igualdad.

Estos ideales a veces resultan difíciles de concretar en la praxis, puesto que “[...] la búsqueda de justicia material implica una cierta inseguridad jurídica, y viceversa. Igualmente, como lo muestra todo el debate en torno al control constitucional de las leyes, los jueces están a veces

¹⁹ Con el fin de consolidar el sistema capitalista, Max Weber, desde una perspectiva sociológica y en el contexto de la modernidad, pregonó e insistió en la necesidad de que el cálculo económico debía tener seguridad en una economía racionalmente organizada.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-479 de 1992, M. P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

²¹ “**ARTICULO 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

obligados a adoptar decisiones contra las mayorías sociales a fin de proteger los derechos de las minorías y, en particular, de esa minoría radical que es el individuo” (Uprimny, 1996).

4. La sostenibilidad fiscal como principio

Los teóricos del derecho de la hacienda pública aspiran a que el principio de equilibrio presupuestal o sostenibilidad fiscal sea considerado por normas de la más alta jerarquía (Constitución, actos legislativos), como un principio de los que Atienza denomina “en sentido estricto” o por lo menos como una “directriz o norma programática”, cuyos efectos y consecuencias llevarían a que, en un determinado momento, los jueces deban i) ponderar²², en la resolución de un determinado conflicto, entre la sostenibilidad fiscal como principio y un derecho social o fundamental cuya garantía, reconocimiento y goce efectivo requiera de un gasto presupuestal; ii) condicionar las decisiones judiciales al estado de las finanzas públicas y concretamente al estado del presupuesto, cuidando de que no se altere el “principio de sostenibilidad fiscal”.

En una de las ponencias que antecedieron a la expedición del dispositivo en comento, en la Cámara de Representantes, se dijo:

Reconocer hoy derechos ciudadanos de manera desmedida sin atender la capacidad financiera del Estado, no solo es irresponsable con las generaciones futuras, sino que atenta contra los derechos de quienes no pueden acceder a dichos mecanismos hoy [...]. **La sostenibilidad fiscal** debe fungir como una herramienta financiera para asegurar la independencia y la soberanía nacional. No podemos pretender gastar lo que no tenemos. El manejo responsable de las finanzas públicas debe ser una prioridad para todas las ramas del poder público. La vigilancia sobre el recaudo, la distribución y la gestión de todo recurso público debe convertirse en un tema prioritario para el Estado, pues son

²² Según Alexy, la ley de la ponderación se entiende así: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexi, 2007).

esos recursos los que hacen falta para materializar los objetivos trazados en 1991.²³

Descendiendo al caso objeto de este trabajo, en vista de la contradicción entre, por un lado, los principios y valores históricamente reconocidos en el derecho constitucional comparado y, por otro, el llamado “principio de sostenibilidad fiscal”, deviene imperativo auscultar el contenido conceptual de lo que se debe entender como valores, principios y reglas, tema fundamental para una adecuada hermenéutica judicial.

La discusión acerca de los principios arranca en la década de los setenta con Ronald Dworkin, quien, al constatar la insuficiencia estructural de las reglas para decidir casos en los que el ordenamiento jurídico no había previsto una solución adecuada²⁴ (Atienza y Ruiz Manero, 1996), introdujo a la teoría del derecho unas pautas cuyo contenido conceptual difiere del de las reglas, por lo siguiente:

Ambos conjuntos de pautas apuntan a determinadas decisiones sobre la obligación jurídica en circunstancias determinadas, pero unos y otros difieren en la orientación que dan. Las reglas son aplicables a la manera de todo-o-nada. Si se dan los hechos que estipula una regla, entonces o bien la regla es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, en cuyo caso no contribuye en nada a la decisión [...]. Pero no es de esta manera como operan los principios [...]. Ni siquiera aquellos que se parecen más a las reglas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando las condiciones previstas están satisfechas [...]. Los principios tienen una dimensión que las reglas no tienen: la dimensión de peso o importancia. Cuando hay una interferencia entre principios [...] quien ha de resolver el conflicto ha de tomar en cuenta el peso relativo de cada uno [...]. Las reglas no tienen esa dimensión. (Atienza y Ruiz Manero, 1996)

²³ Ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010 de Cámara, “por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho”.

²⁴ Caso *Riggs vs. Palmer*, tribunal del estado de Nueva York.

Por su parte, los valores constituyen el suelo axiológico de un ordenamiento jurídico; los principios y las reglas pretenden desarrollar y ser expresión de dichos valores. La diferencia entre principios y valores —nos enseña Alexy— se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es lo mejor (lo bueno) *prima facie*, en el modelo de los principios es debido *prima facie* (Alexy, 2007). Los problemas jurídicos, dice Atienza (2011), afectan siempre —en mayor o menor medida— a valores morales (en el sentido amplio de la expresión), o sea, no a valores simplemente instrumentales, sino a valores intrínsecos. El derecho puede verse como una técnica —como una ingeniería social—, pero los problemas prácticos que tiene que resolver están axiológicamente coloreados. Una buena solución a un problema jurídico no es nunca (o casi nunca) una solución “estrictamente técnica”. En Colombia, los valores están expresados en el preámbulo de la Constitución, al que la Corte Constitucional le ha asignado fuerza normativa con poder vinculante.

El Preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas. Lejos de ser ajeno a la Constitución, el Preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a **toda** la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. El Preámbulo goza de **poder vinculante** en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma —sea de índole legislativa o de otro nivel— que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios.²⁵

Atienza introduce una variante a la teoría de los principios de Alexy para distinguir, dentro del universo de los principios, aquellos denominados “en sentido estricto” de las “directrices”. Un principio en sentido estricto constituye una norma que expresa los valores superiores

²⁵ Sentencia C-479 de 1992, Corte Constitucional, MM. PP. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

de un ordenamiento jurídico (reflejo de una determinada forma de vida), de un sector de este, de una institución.

Los principios en sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, coexista ninguna diferencia con las reglas. La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma concreta [...].

Por ejemplo, en Colombia, existe el principio de igualdad (artículo 13 de la Constitución):

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ella se comenten.

El preanotado principio prohíbe, entonces, *prima facie*, discriminar por razones de sexo, raza, etc.; dicha prohibición solo cede si, en el caso de que se trata, concurre otro principio que desplace al anterior y que, con relación a dicho caso, tenga un mayor peso (Atienza y Ruiz Manero, 1996).

Las razones categóricas, perentorias o “protegidas” (Raz) subyacen a los juicios de valor; los valores constituyen una razón de primer orden para realizar la acción exigida. A nuestro parecer, la “sostenibilidad fiscal” no contiene ni la estructura ni los fines (razones para la acción) de un principio en sentido estricto, porque no expresa ningún valor reconocido históricamente en la sociedad. ¿Qué clase de norma o de enunciado jurídico es, entonces, la “sostenibilidad fiscal” o “sostenibilidad

presupuestal”: una directriz o norma programática dirigida a las autoridades normativas y, concretamente, a los órganos jurisdiccionales entendidos en sentido amplio, es decir, órganos a los que el ordenamiento jurídico les ha conferido el poder de decidir autoritativamente los conflictos de intereses?

De acuerdo con Marmor (1992)²⁶, las leyes, al menos en ciertos casos, son promulgadas con intenciones específicas, tesis que se puede conciliar con la “tesis de la coherencia” de Dworkin, basada en valores, cuyo objetivo es presentar el objeto interpretado bajo su mayor ángulo; es decir, desarrollar al máximo los valores propios de su género (Lifante, 1999). Esto nos permite —vistos los antecedentes y motivos del acto legislativo en comento, mismo que ya forma parte del conjunto normativo constitucional colombiano— afirmar que la intención legislativa —que obviamente tendrá en cuenta el juez para resolver un conflicto en el que involucren las finanzas públicas— fue la de i) propender por la salud financiera del sistema y ii) limitar el exagerado gasto social por el reconocimiento de derechos.

En este sentido, “el principio de sostenibilidad fiscal”, tal como lo venimos hablando, se constituye en un principio, pero con las características y la naturaleza de “directriz” o “norma programática”, en razón a que el Congreso de la República, en su condición de “constituyente derivado”, le dio el trámite constitucional y legal válido.

¿Qué debemos entender como *directriz* o como *normas programáticas*?

1. Según García de Enterría (1988), una norma programática es una simple recomendación no vinculante al legislador y sin efecto propio para los ciudadanos y para los jueces.
2. El grupo de Alicante²⁷, a partir de la distinción que se hace de los

²⁶ Según el análisis de las tesis intencionalistas de este autor, hecho por Isabel Lifante (1999).

²⁷ Encabezado por Manuel Atienza, pretende elaborar una teoría argumentativa del derecho que sirva para dar una respuesta a las tres grandes preguntas que plantea esa aproximación teórica: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentar en derecho.

principios en sentido estricto y de las directrices o normas programáticas, las analiza y explica desde tres perspectivas, a saber, desde el punto de vista estructural, desde el punto de vista de las razones para la acción y desde el punto de vista del poder y los intereses.

a) Desde el punto de vista estructural, las directrices son aquellas normas que configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta previsto; es decir, cuando el antecedente del segmento normativo no ordena ni prohíbe ninguna acción, sino la consecución de un fin o un estado de cosas con ciertas características.

En el logro del objetivo o fin, deberán concretarse o aplicarse determinados “cursos de acción” que no están normativamente determinados y que le atañe a la autoridad correspondiente adoptarlos de manera discrecional.

Esta discrecionalidad se entiende como “poder o facultad de elegir entre dos o más cursos de acción”, cada uno de los cuales es considerado como permisible por el sistema de referencia que se trate; en nuestro caso, el derecho. Pero no se trata de una libertad absoluta, sino que tiene ciertos límites, que vendrían impuestos por un “perímetro normativo” que contiene a esa libertad (Lifante, 2002). Se deberán, además, articular políticas capaces de lograr en la mayor medida posible la consecución del objetivo o fin. Según Atienza y Ruiz Manero, “la teoría de Robert Alexy de los principios como ‘mandatos de optimización’ resulta distorsionadora en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices” (Atienza y Ruiz Manero, 1996).

b) Vistas las directrices o normas programáticas en términos de “razones para la acción”, se dice que aquellas generan o propician razones de acción de tipo utilitario: la consecución del fin u objetivo que es deseable que se concrete, una razón a favor de todo aquello que conduzca al objetivo. Sin embargo, se debe dejar claro que las razones de este tipo no son excluyentes, pues puede haber razones contrarias que tengan una fuerza mayor. Por ejemplo, las “razones de corrección o razones finales” que se derivan de los “principios en sentido estricto” y

que en su evaluación deben prevalecer frente a las razones utilitarias de las directrices, que se deben excluir, mientras que lo contrario no puede ocurrir, pues, cuando se opera con directrices, la ponderación consiste en concretar un fin y/o sus formas de realización (Atienza y Ruiz Manero, 1996).

c) Las directrices o normas programáticas, desde el punto de vista del poder o los intereses²⁸, son reglas que, al pretender la consecución de un determinado fin u objetivo, tienden a favorecer determinados intereses de ciertos individuos, los de ciertos grupos o un estado de cosas —como un determinado modelo económico—, pero que, por lo menos en los sistemas jurídico-políticos demoliberales, dichos intereses no pueden prevalecer sobre los principios en sentido estricto a los que les son inherentes “razones categóricas frente a cualquiera intereses”, que representan los más preciados valores en una sociedad concreta y determinada. Son los mismos que, como criterios morales, tienen la capacidad de limitar el poder y algunos intereses desde la perspectiva de los derechos humanos, de los derechos fundamentales y, en fin, de los derechos sociales.

En conclusión, y, descendiendo a la consideración del “principio de sostenibilidad fiscal” como una “directriz” o “norma programática”, al tenor de la dogmática jurídica registrada anteriormente, debe considerarse como tal, en razón a lo siguiente: i) desde su perspectiva estructural, busca la consecución de una salud fiscal que permita garantizar los demás derechos en el marco del Estado Social de Derecho; los “cursos de acción” deben ser adoptados por todas las ramas y órganos del poder público, dentro del marco de sus competencias, en un entorno de colaboración armónica, toda vez que la directriz comentada orienta su accionar para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho; ii) desde el punto de vista de razones para la acción, es claro que son razones utilitarias que buscan mantener una base económica y financiera sostenible en el largo plazo para la garantía de todos aquellos objetivos que se enuncian en el inciso primero del artículo 334 de la Carta Política colombiana; iii)

²⁸ El poder, según Atienza, se define así: A tiene poder sobre B cuando A tiene la capacidad de afectar los intereses de B.

desde el punto de vista del “poder y los intereses”, es claro que la pretensión es consolidar el modelo económico vigente, que en últimas se reconduce para la consolidación del sistema capitalista; iv) sin embargo, es claro que esta directriz, al entrar en conflicto con un principio en sentido estricto, debe excluirse y ceder frente a las razones y finalidades de este.

Tema de controversia en el asunto que venimos tratando lo constituye el “incidente de impacto fiscal”, que obliga al Ministerio Público y a los ministros del Gobierno a cuestionar —con fines de modular, modificar o deferir los efectos— una sentencia proferida por una alta corporación en la que se afecte el tema de las finanzas públicas. Como se analizará más adelante, este “incidente” resulta atentatorio frente a los principios de tridivisión de poderes, independencia judicial, cosa juzgada y seguridad jurídica.

Pues bien, a la luz de la Constitución de Colombia (preámbulo)²⁹; conforme al bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el cual los tratados de derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno (artículo 93 de la Constitución colombiana)³⁰; según el precedente constitucional contenido en la sentencia C-225 de 1995³¹, de acuerdo con la cual los principios axiológicos que hacen parte del *ius cogens* tienen carácter imperativo en el orden interno; y, sobre todo, de acuerdo con la tesis de que los derechos humanos son un trasunto histórico de unos derechos morales, afirmamos, sin hesitación alguna, que el llamado “principio de sostenibilidad fiscal” no corresponde a un

²⁹ “**EL PUEBLO DE COLOMBIA**, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente”.

³⁰ “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

³¹ Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

principio en sentido estricto y menos al concepto intrínseco de valor, que, además, se debe considerar como un trasunto histórico de un bien moral que subyace a la especie de derechos denominados humanos, que se han desarrollado al amparo de la evolución gradual de la humanidad.

La percepción de esta circunstancia ha llevado, desde hace siglos, a muchos teóricos a sostener la tesis de que los derechos humanos tienen origen no en el orden jurídico positivo sino en un “derecho natural”, o sea en un sistema normativo que se caracteriza por el hecho de que el criterio según el cual ciertas normas pertenecen a él no está basado en actos contingentes de dictado o reconocimiento por parte de ciertos individuos, sino en su justificación intrínseca. Bajo el amparo de esta idea es que el reconocimiento de los derechos humanos se fue materializando en el desarrollo espiritual de la humanidad, como lo ilustra, por ejemplo, la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos. (Nino, 1989)

Un análisis superficial de la estructura normativa del llamado “principio de sostenibilidad fiscal” (tanto los principios como las reglas son normas) podría concluir que se trata de un verdadero principio, en la medida en que se podría argumentar que constituye un mandato de optimización que debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas. Lo cierto es que, a nuestro juicio, tal como se dejó dicho, es una “directriz”, con las siguientes características:

i) se trata de una norma restrictiva de los “bienes protegidos”³² por algunos derechos fundamentales, o, lo que es lo mismo, restrictiva del núcleo esencial de algunos derechos fundamentales o principios, tales como la salud, el mínimo vital, la educación, el trabajo, la vivienda digna, etc. Lo anterior, en razón a que, como lo anotó Alexy, las restricciones a los derechos fundamentales son normas constitucionales (se enfatiza que deben ser de rango constitucional; tal es el caso *sub examine*) que restringen las posiciones *prima facie* de derecho

³² “Los bienes protegidos, son las acciones, propiedades o situaciones y posiciones de Derecho ordinario que no deben ser impedidas, afectadas o eliminadas. El concepto de ‘intervención’ constituye el concepto superior de los conceptos de impedimento, afectación y eliminación” (Alexy, 2007).

fundamental. De acuerdo con lo anterior, si el supuesto principio que se analiza se contrapone a un derecho fundamental, la interpretación constructiva de Dworkin, “que trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece [...]”, deberá hacer prevalecer aquella solución que consulte de la mejor manera la garantía y la protección del derecho fundamental, en detrimento de la sostenibilidad fiscal;

ii) la directriz, al oponerse a otros verdaderos principios, tendría que ser excluida, y el conflicto normativo deberá solucionarse como un conflicto de reglas. Un conflicto de reglas se resuelve, según Alexy, mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto³³ (Alexy, 2007).

5. Sostenibilidad fiscal y separación de poderes

El principio de tridivisión de poderes, principio clásico fundante del Estado de Derecho, resulta también desconocido por el acto legislativo en cuestión —sobre todo por el “incidente de impacto fiscal”— por los siguientes motivos.

En el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional francesa de 1789, se estableció respecto a este presupuesto que “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes no tiene constitución”.

³³ Alexy presenta el siguiente ejemplo: “Un ejemplo de un conflicto de reglas que puede eliminarse mediante la introducción de un cláusula de excepción es el que se presenta entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en casa de alarma de incendio. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se enciende la alarma de incendio, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser contradictorios entre sí. Éste conflicto se soluciona mediante la introducción en la primera regla, de una cláusula de excepción que contemple el caso de que se encienda la alarma de incendios” (Alexy, 2007).

Junto con el principio de legalidad —de acuerdo con el cual las autoridades solo pueden hacer aquello que la ley, como expresión de la voluntad general, les permite—, con el principio de la libertad³⁴ como una garantía jurídica y con el respeto y garantía de los derechos humanos, el principio de separación de poderes constituye el presupuesto axial para que un Estado se considere como un Estado de Derecho.

En este contexto político-jurídico, “la administración pública sirve con objetividad los intereses generales; extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada sometida [...]. Los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican; no es simple retórica constitucional, es la esencia misma de esa realidad política [...]” (García de Enterría y Ramón Fernández, 1995).

En Colombia, solo los jueces y los tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional, de manera autónoma e independiente (artículo 228 de la Constitución), dado que, de acuerdo con el artículo 113 constitucional, son ramas del poder público la legislativa, la ejecutiva y la judicial; además de los órganos que las integran, existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. Entre los órganos de control, se encuentra la Procuraduría General de la Nación, supremo director del Ministerio Público, cuyas funciones, entre otras, se relacionan con la vigilancia de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos; la protección de los derechos humanos y el aseguramiento de su efectividad; y la defensa de los intereses de la sociedad³⁵.

³⁴ El artículo 4.º de la declaración francesa de 1789 expresa: “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por la ley”.

³⁵ **ARTICULO 277.** El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

Ahora bien, la administración hace parte del concepto constitucional de “Gobierno”. “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativo. El Presidente y el ministro o director de departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el gobierno” (artículo 115, inciso 2, de la Constitución)³⁶.

Por su parte, frente al tema en comento, la Corte Constitucional ha interpretado las preceptivas anotadas, en estos términos:

-
2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.
 3. Defender los intereses de la sociedad.
 4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.
 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.
 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.
 7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.
 8. Rendir anualmente informe de su gestión al Congreso.
 9. Exigir a los funcionarios públicos y a los particulares la información que considere necesaria.
 10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

³⁶ **ARTICULO 115.** El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa.

El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos.

El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables.

Las gobernaciones y las alcaldías, así como las superintendencias, los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del Estado, forman parte de la Rama Ejecutiva.

Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho

Entonces, si el Congreso se desprende de la función que le es propia y la traspasa a otra rama del poder público, o a uno de sus órganos viola el artículo 113 de la Constitución, que consagra, sin perjuicio de la colaboración armónica, la separación de funciones. Una norma que contravenga este principio despoja a las disposiciones legales de su estabilidad y les resta jerarquía.³⁷

De lo registrado anteriormente, y frente al tema en concreto, se deduce lo siguiente: cada rama del poder público tiene la asignación de determinadas funciones; una intromisión en este ámbito implica necesariamente una inestabilidad jurídica a sus resultados y contraría la dogmática jurídica, la Constitución, la ley y el precedente jurisprudencial. En el caso bajo estudio, el acto legislativo incluye un “incidente de impacto fiscal”, por medio del cual el Gobierno o la Procuraduría pueden solicitar la modulación de una sentencia proferida por una corporación judicial, cuando afecte la sostenibilidad fiscal.

Esto implica una confusión de funciones entre el Gobierno y la judicatura, que a la postre resulta inconstitucional, lo que propicia un control administrativo al órgano jurisdiccional al limitar el alcance de sus decisiones judiciales e invertir el axioma iuspublicista de que los tribunales y los jueces pueden controlar las actividades de la administración, obteniendo como resultado la vulneración no solo del principio de tridivisión de poderes, sino del de legalidad, del de seguridad jurídica y otros, como se viene analizando.

6. La sostenibilidad fiscal y la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)

Los derechos sociales, económicos y culturales (DESC)³⁸, o derechos

³⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-564 del 30 de noviembre de 1995.

³⁸ En Colombia, los DESC se encuentran de manera enunciativa relacionados en el capítulo II de la parte dogmática de la Constitución de 1991, así: artículo 42, “derechos y deberes en la institución familiar”; artículo 43, “igualdad y protección de la mujer”; artículo 44, “protección de la niñez”; artículo 45, “protección de los jóvenes”; artículo 46, “derechos de las personas de la tercera edad”; artículo 47, “protección de los débiles físicos y psíquicos”; artículo 48, “derecho a la seguridad

prestacionales, referidos a acciones positivas del Estado de naturaleza fáctica, también llamados “derechos a prestaciones en sentido estricto” (Alexy, 2007)³⁹, que, según la jurisprudencia constitucional colombiana:

[...] traducen necesidades históricamente desconocidas respecto de sujetos que, en atención a las circunstancias particulares en las que se encuentran, se han visto privados de la posibilidad de ejercer la libertad que animó la constitución del Estado de Derecho y que bajo la fórmula del Estado Social es nuevamente reivindicada, esta vez, tras el replanteamiento del concepto mismo de libertad que en adelante reconocerá como prerrequisito de su goce a la igualdad, entendida ya no en el sentido formal clásico sino como mandato dirigido al Estado en cuanto organización política encargada de la satisfacción de las necesidades básicas, con la intención última

social”; artículo 49, “servicio de salud y saneamiento ambiental”; artículo 50, “derecho de los menores a la protección o seguridad social por parte del Estado”; Art 51, “derecho a vivienda digna. Utilización del suelo”; artículo 52, “derecho a la recreación, el deporte y la utilización del tiempo libre”; artículo 53, “el estatuto del trabajo”; artículo 54, “derecho a la capacitación laboral”; artículo 55, “negociación colectiva y conciliación”; artículo 56, “derecho de huelga”; artículo 57, “cogestión”; artículo 58, “derecho de propiedad privada”; artículo 59, “expropiación en caso de guerra”; artículo 60, “promoción y democratización de la propiedad”; artículo 61, “propiedad intelectual”; artículo 62, “dirección de las donaciones para fines de interés social”; artículo 63, “protección de los bienes de uso público, interés cultural, histórico y comunitario”; artículo 64, “protección a los trabajadores agrarios”; artículo 65, “fomento agropecuario, forestal y pesquero”; artículo 66, “crédito agropecuario”; artículo 67, “servicio público”; artículo 68, “servicio público educativo”; artículo 68, “establecimientos educativos, comunidad educativa. Profesionalización y dignificación de la actividad docente. Libertad de enseñanza y aprendizaje”; artículo 69, “autonomía universitaria. Investigación científica y acceso a la educación superior”; artículo 70, “acceso a la cultura. Política científica y artística”; artículo 71, “libertad de conocimiento y expresión artística”; artículo 72, “identidad nacional y patrimonio cultural”; artículo 73, “libertad e independencia de la actividad periodística”; artículo 74, “libre acceso a los documentos públicos”; artículo 75, “espectro electromagnético y pluralismo informativo”; artículo 76, “servicios de televisión”; artículo 77, “dirección y regulación de la televisión”.

³⁹ Dice Alexy que “[s]e puede hablar no solo de prestaciones fácticas, sino también, de prestaciones normativas. Cuando se trata de estas últimas, los derechos a acciones positivas normativas adquieren también el carácter de derechos prestacionales. Serán llamados “derechos prestacionales en sentido amplio” (Alexy, 2007).

Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho

de asegurar a los Ciudadanos una vida en condiciones respetuosas de la dignidad humana.⁴⁰

Además, los DESC están amparados por el principio de progresividad y no regresividad, de acuerdo con el cual los Estados están en el deber de avanzar gradualmente en la realización de estos derechos, de forma tal que, una vez alcanzado un nivel de protección determinado, la libertad de configuración del legislador se ve limitada, al menos en un aspecto, a saber: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, puesto que contradice precisamente el mandato de progresividad.

Si bien es cierto que los DESC pueden ser sujetos de cambio por cuenta del legislador, dada su facultad de configuración legislativa, que se considera limitada solo por la Constitución y por el núcleo de los derechos humanos, también es cierto que dicho cambio solo puede ser en el sentido de evolución positiva —interrelacionada con criterios valorativos— y progreso, no en el sentido negativo o de regresión. Dice Aarnio:

Cambio lo interpreto como el movimiento del mundo del estado t1 al estado t2. En este sentido, el cambio es un concepto objetivo en el que, por ejemplo, carece de importancia la causa de dicho cambio. [...] **Evolución** tiene un estatus diferente del de (mero) cambio. Siempre está interrelacionada con criterios valorativos. Evolución positiva significa que el estado t2 se define de acuerdo con los criterios k1... kn como “más valioso”, “mejor” o “más elevado” que el estado básico t1. Evolución negativa, por su parte, es la regresión del estado t2 al estado t1, de acuerdo con los mismos calificativos [...]. **Progreso** es el más difícil de estos conceptos. Es una especie de la evolución (*sensu largo*), pero contiene toda una serie de calificativos positivos adicionales [...]. (Aarnio *et al.*, 2010)

No obstante lo anterior, en Colombia, a los DESC inicialmente se les negó el carácter iusfundamental en razón a su naturaleza prestacional-asistencial. En una etapa posterior, fueron protegidos por vía de la

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia T-585 de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto.

acción de tutela (“recurso de amparo” en otras latitudes) con fundamento en el criterio de la *conexidad*, en desarrollo del cual se estableció que los derechos denominados *de segunda generación* podían ser amparados directamente por vía de tutela cuando se lograra demostrar un nexo inescindible entre estos y un derecho fundamental en atención a las circunstancias del caso concreto. Sin embargo, el criterio de la *conexidad* se advertía insuficiente en muchos casos en que las consideraciones de justicia y equidad tornaban necesaria la calificación de fundamental, como por ejemplo en casos de vivienda digna, con fundamento en el criterio de la *transmutación*⁴¹. Un caso emblemático al respecto es el relacionado con la concesión y desembolso de subsidios de vivienda cuando los adquirentes de vivienda han cumplido con todos los requisitos establecidos por la ley para el efecto. Actualmente, algunos DESC son tratados con el criterio iusfundamentalista, como por ejemplo el derecho a la salud⁴², el derecho al trabajo y la seguridad social.

En Colombia, el principio de progresividad y prohibición de regresividad de los DESC se encuentra protegido en la Constitución Política⁴³, en el bloque de constitucionalidad, de acuerdo con el cual se

⁴¹ *Transmutar* en sentido general y amplio tiene como significado el de cambiar o transformar. Partiendo de esta sencilla definición, vemos cómo los derechos sociales, económicos y culturales han tenido a lo largo de los años una fase de norma programática, pero que transmutan a derechos subjetivos y se tornan en fundamentales cuando su desatención pone en peligro derechos conexos y de rango esencial de esta manera. De esta manera, se hace que se creen una serie de componentes que les permiten a las personas exigir al Estado un amparo sistémico, dado que las condiciones reales imposibilitan que se aparten de las esferas de protección. Cfr. SU-599 de 1999 y SU-111 de 1997, Corte Constitucional colombiana.

⁴² Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M. P. José Manuel Cepeda Espinosa.

⁴³ En el artículo 53 de la Constitución, se consagran los principios de igualdad de oportunidad para los trabajadores, remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad del trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en casos de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad; el pago oportuno; y el reajuste periódico de las pensiones legales.

reconoce el principio de prevalencia de los derechos humanos en el ordenamiento interno, lo que permite superar las colisiones e incompatibilidades entre valores, principios y reglas. También ha sido protegido en abundante jurisprudencia constitucional⁴⁴. En la reciente sentencia C-228 de 2011, el máximo tribunal constitucional dijo lo siguiente sobre el tema en comento:

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.

En la sentencia C-038 de 2004, se empezaron a sentar las bases de un “test de no regresividad”, para que el control de constitucionalidad sea más estricto. En dicha sentencia, la Corte Constitucional estableció que, cuando se constata la regresividad de un derecho de pensiones a través de una reforma, se debe estudiar lo siguiente: (i) si con la reforma se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo; y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad.

⁴⁴ Entre otras sentencias, se pueden ver las siguientes: C-228 de 2011, C-038 de 2004, C-507 de 2008, C-1141 de 2008, C-727 de 2009, T-177 de 1999, T-840 de 2009 y T-772 de 2003.

Del mismo modo, la Corte Constitucional resalta que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad: el principio de **idoneidad**, que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique; en segundo lugar, el presupuesto de la **necesidad**, con el cual se valora si, de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva; y el último paso del test, el de verificar la **proporcionalidad** en sentido estricto, que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales —como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia— cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social.

En el hipotético caso de que en Colombia un juez de la República, al amparar y proteger un derecho fundamental o social, afecte de alguna manera el asunto fiscal, de forma que a juicio del Gobierno o del Ministerio Público se ponga en peligro la sanidad fiscal, la reforma introducida con el acto legislativo en comento no solo permite desconocer el principio de seguridad jurídica, al pretender modular la sentencia proveniente de una alta corte, sino que atenta contra el mencionado principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales, amén de que también pueden verse desconocidos los derechos fundamentales, dado que la reforma no consulta los presupuestos de necesidad y proporcionalidad dentro del juicio de igualdad.

7. Sostenibilidad fiscal e independencia económica

En el Estado constitucional moderno, los jueces —uno de sus pilares fundamentales— han adquirido en los últimos años un protagonismo social y político sin parangón en su evolución histórica. Por lo mismo, el tema de la independencia judicial, junto con el de su legitimidad y capacidad, se ha constituido en uno de los más estudiados, analizados y controvertidos por los estudiosos de la administración o impartición de justicia. La independencia judicial se ha considerado como un principio

básico del Estado de Derecho, junto con los principios de legalidad y de tridivisión de poderes.

El principio, del cual pareciera que no hay nada nuevo para hablar —sin embargo, tal como lo dijo André Gide, “Todo está dicho ya, pero, como nadie atiende, hay que repetir todo cada mañana”—, ha sido desconocido o preterido, ora por el poder legislativo, ora por el ejecutivo; a veces, el desconocimiento proviene del mismo sistema judicial. Por el poder legislativo, cuando expide normas con carácter general que pretenden limitar o menoscabar el principio; por el poder ejecutivo, cuando se limitan o se niegan los recursos (económicos, financieros, técnicos, humanos, etc.) adecuados para una función acorde con los valores y principios de un Estado constitucional, o como cuando se desconocen, cuestionan o critican las decisiones judiciales; y, por el mismo sistema, cuando, por ejemplo, como en el caso colombiano, se ata la permanencia en el cargo y por ende la pertenencia a la carrera judicial al resultado de una calificación satisfactoria, siempre y cuando el juez supere en un determinado periodo de tiempo una cantidad desproporcionada de decisiones judiciales, lo que, a no dudarlo, afecta el deber de independencia⁴⁵.

La teoría del Estado que nace con la Revolución francesa de 1789 parte de una premisa fundamental y básica, por lo menos desde una concepción formalista del derecho: la creación de las normas corresponde al órgano legislativo y la aplicación, al ejecutivo, ambos amparados por la legitimidad que les trasmite el hecho de ser investidos de autoridad en virtud del sufragio universal. En cambio, la función jurisdiccional se atribuye exclusivamente a jueces y magistrados, cuya legitimidad proviene de sus decisiones judiciales, proferidas al amparo del principio de independencia judicial; en virtud de este principio, no

⁴⁵ La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, órgano rector de la judicatura, encargado de administrar la carrera judicial y garantizar la independencia judicial, expidió el Acuerdo 7636 de Diciembre de 2010, por medio del cual se reglamenta el sistema de evaluación de servicios de los servidores de la Rama judicial, que exige la producción de por lo menos una sentencia diaria —en tratándose de algunos jueces, más de dos (2), como por ejemplo los jueces civiles municipales—, privilegiando la eficiencia, en detrimento de una adecuada justificación de las mismas (factor calidad) y propiciando la concentración del juez más en la productividad que en su independencia.

están sometidos a órdenes ni mandatos de ningún género (De Otto, 2010).

El principio-deber de independencia se legitima en un Estado de Derecho mediante la aplicación correcta del método jurídico, de acuerdo con el cual, desde una perspectiva formalista, se permite pasar, mediante la interpretación judicial, de las normas generales a las soluciones particulares; desde la teoría de la argumentación jurídica, cuyo énfasis está en la racionalidad de las soluciones jurídicas, el método jurídico no es un procedimiento para descubrir en las normas generales las soluciones correctas a los casos particulares, sino un procedimiento para justificar soluciones particulares usando normas generales (Aguiló Regla, 2008)⁴⁶.

Articulados al tema de la independencia judicial se encuentran los principios de legitimidad y capacidad, que adquieren relevancia, precisamente, en momentos en que los jueces adquieren mayor protagonismo social y político. Por razón de la legitimidad, el ejecutivo y el legislativo los llevan, a veces, a tomar medidas que el poder judicial asume como atentatorias de su independencia. Por razón de la capacidad, se trata de los recursos de que debe disponer la administración de justicia para la impartición de esta; cuando el poder judicial carece de autonomía administrativa y financiera, resulta

⁴⁶ En la teoría de la ciencia suele distinguirse entre el “contexto de descubrimiento” y el “contexto de justificación” de una teoría. La primera expresión se utiliza para referirse al contexto en el que se desarrolla la ciencia, al proceso mediante el cual se produce un descubrimiento o se formula una teoría; y respecto del mismo suele decirse que no es susceptible de ser analizado en términos lógicos, pues no habría nada parecido a una lógica del descubrimiento. Frente a esta noción, la de “contexto de justificación” alude al proceso o actividad de validar, justificar, una teoría o un descubrimiento científico; y, a diferencia de la anterior, sí es susceptible de ser analizada en términos lógicos. Esta actividad de validación viene gobernada por lo que se llama el “método científico” (cfr. Atienza, 1991: 22 y ss.). Si proyectamos esta distinción sobre nuestro discurso, entonces puede verse que el método jurídico no es un “protocolo” para el descubrimiento de ninguna solución jurídica, sino más bien operaciones para su justificación. En definitiva, lo que me parece importante en relación con todo ello es darse cuenta de que en el ámbito del descubrimiento de las soluciones jurídicas no hay reglas dadas y que, obviamente, ello no es así para el ámbito de la justificación de esas mismas soluciones, pues este ámbito está gobernado por el método jurídico (Aguiló Regla, 2002).

afectado el principio si los recursos no son adecuados para una pronta y cumplida justicia.

Corresponde ahora analizar, desde la perspectiva del principio y deber de la independencia judicial, cómo desde el legislativo se atenta contra la independencia judicial en Colombia mediante la expedición de un acto legislativo que modifica la Constitución, pero que supedita la ejecutividad de una sentencia judicial proveniente de una alta corte al criterio —que no principio, como se lo denomina— de la sostenibilidad fiscal. Por lo mismo, en este escrito, se hace abstracción del estado de cosas —muy grave, por lo demás— de desconocimiento del principio de independencia judicial en Colombia, cuando desde el ejecutivo se cuestionan y deslegitiman las decisiones judiciales y a sus autores, los jueces, sin importar su jerarquía funcional⁴⁷.

En Colombia, desde la expedición de la Constitución de 1991, la independencia judicial tiene rango constitucional, dado que en el artículo 228 se expresa, con toda precisión y claridad, que las decisiones judiciales son independientes. Por su parte, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia⁴⁸ le atribuye a la autonomía e independencia judicial el carácter de principio que debe permear toda la impartición de justicia. Además, el artículo 93 constitucional contiene lo que se llama el “bloque de constitucionalidad”, de acuerdo con el cual los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de

⁴⁷ Hoy mismo, desde el Ejecutivo y el mismo Consejo Superior de la Judicatura se cuestiona la decisión de un juez de la República que, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, tomó una decisión de sustitución de una medida de aseguramiento contra un acusado, lo que propició una serie de pronunciamientos, como el del Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, que pide respeto por la dignidad del juez y por su independencia. De igual manera, desde diversos sectores políticos (caso del expresidente Álvaro Uribe Vélez), se cuestionan decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, sobre “escuchas” o “chuzadas” de teléfonos de altos dignatarios del Estado, incluidos magistrados de altas cortes.

⁴⁸ Las leyes estatutarias en Colombia (orgánicas en otros países, como por ejemplo España), tienen una naturaleza especial, por los temas de que se ocupan (administración de justicia, derechos fundamentales, organización y régimen de los partidos y movimientos políticos, estados de excepción, etc.) y por el trámite especial (quórum calificado, estudio de constitucionalidad previo de la Corte Constitucional).

excepción, prevalecen en el orden interno; esto quiere decir que los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, contentivos de disposiciones relativas al principio en comento, tienen fuerza normativa y carácter imperativo (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972).

Sobre el tema de la independencia judicial, la Corte Constitucional colombiana ha dicho: “Ese principio de la independencia judicial implica que los jueces y fiscales no han de tener ninguna dependencia con respecto a las otras dos ramas del poder público para ejercer su función, la que no puede menguarse en ningún caso, si bien al ejercerla colaboran en la realización de los fines del Estado”.⁴⁹

Pretender “modular, modificar o diferir los efectos” de las decisiones judiciales —sin importar si la decisión proviene de una alta corte o del más humilde de los jueces, funcionalmente hablando—, en aras de proteger la sostenibilidad fiscal, constituye una interferencia irrazonable con el poder judicial, pues uno de los presupuestos de este principio es que los jueces puedan ejercer de manera efectiva su función de justicia, la que se verá menguada o desconocida con la institucionalización del “incidente de impacto fiscal”, cuyo trámite es obligatorio cuando, a juicio del Gobierno o del Ministerio Público, las finanzas públicas resultaren afectadas.

Ahora bien, a quien le corresponde autónoma e independientemente modular, modificar o diferir los efectos de los fallos judiciales es a la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 241 de la Constitución Política⁵⁰ y el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia⁵¹ (Ley Orgánica en España). *Modular*, de acuerdo con el criterio jurisprudencial y de la dogmática, significa posponer o diferir en el tiempo los efectos de un fallo. Para que

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-1024 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁵⁰ A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

⁵¹ Según este dispositivo, los fallos de la Corte tienen efectos hacia el futuro o *ex nunc*, a menos que la misma Corte resuelva lo contrario.

la Corte Constitucional le dé alcance diferido a una decisión, debe realizar una ponderación, frente al caso concreto, de dos principios contradictorios: i) la supremacía de la Constitución, que aconseja atribuir a la sentencia efectos retroactivos o *ex tunc*, y ii) el respeto al principio de la seguridad jurídica, buena fe, que por lo general lleva a otorgar efectos hacia el futuro o *ex nunc*. Resulta, entonces, inconstitucional que se obligue a la Corte Constitucional a abrir un incidente de impacto fiscal para “modular o diferir” un fallo judicial cuando este afecte las finanzas públicas.

Según los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, de las Naciones Unidas⁵², la independencia judicial implica, entre otras cosas, lo siguiente: “Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

La independencia judicial, entendida como la precondition para la imparcialidad, es precisamente el enfoque adoptado en este escrito; el ideal de un juez independiente e imparcial implica que no tiene más motivos para el cumplimiento del deber, independiente e imparcial. Debe ser, entonces, un juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra (Aguiló Regla, 2008). Por lo tanto, el principio-deber de independencia tiene como fin último controlar los móviles del juez frente a influencias ajenas al derecho aplicable al caso concreto, que provienen del sistema social o de otra fuente análoga, como puede ser el legislativo o el ejecutivo.

En la misma dirección conceptual, Perfecto Ibáñez, al analizar la interdependencia entre los “valores constitucionales” de independencia e imparcialidad, reivindica la independencia judicial como el sometimiento del juez al principio de legalidad:

⁵²Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

Estrechamente interimplicados, independencia e imparcialidad, son, pues, términos conceptualmente susceptibles de deslinde, mediante el análisis. Este hace ver que la relación que mantienen, en el plano constitucional, es de funcionalidad del primero respecto del segundo. Y de ambos al principio de legalidad: sujeción del juez solo a la ley, que, a su vez, mira a hacer efectivo el principio de igualdad. (Ibáñez, 2008)

8. Sostenibilidad fiscal y seguridad jurídica

Conforme a la filosofía política liberal, propia del Estado de Derecho y del Estado Social de Derecho, el juez está en la obligación de garantizar el valor de la seguridad jurídica a través del respeto al principio de legalidad. La seguridad jurídica implica decisiones previsibles que ofrezcan confianza social en la no arbitrariedad del sistema de justicia. Es un valor de todo ordenamiento jurídico que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que debe considerarse como derecho en cada momento y sobre aquello que, previsiblemente, lo será en el futuro (Sainz Moreno). La seguridad jurídica “establece ese clima cívico de confianza en el ordenamiento jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que es presupuesto y función de los Estados de Derecho” (Pérez Luño, 1991).

En Colombia, el principio de seguridad jurídica no se encuentra explícitamente consagrado en la Constitución, como sí lo está en la española, en su artículo 9.3. Dicho principio se infiere, por lo cual se convierte en un enunciado normativo implícito, del preámbulo de la Constitución colombiana, que tiene poder vinculante y fuerza normativa (C-479 de 1992); es estimado un valor esencial por estar asociado a un estado de cosas que se considera integrante necesario del *telos* de un Estado de Derecho⁵³ (Atienza y Ruiz Manero, 1996). Sociológicamente,

⁵³ El artículo 2.º de la Constitución colombiana prescribe: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia

de acuerdo con Weber, la seguridad jurídica es fundamental para la consolidación del sistema capitalista a través de un desarrollo económico adecuado, la seguridad para la inversión del capital y la previsibilidad de unas consecuencias económicas ciertas en los fallos judiciales.

En la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (Brasilia, 2008), se establecieron una “Reglas mínimas sobre seguridad jurídica en el ámbito iberoamericano” en los siguientes temas: “Seguridad jurídica y profusión normativa”, “Seguridad jurídica e independencia institucional del Poder Judicial”, “Seguridad jurídica y calidad de los jueces”, “Seguridad jurídica y motivación de las decisiones judiciales”, “Seguridad jurídica, acceso a la justicia y derecho al debido proceso”, “Seguridad jurídica y certeza: la previsibilidad de las decisiones judiciales”, “Seguridad jurídica, cosa juzgada y cumplimiento de las decisiones judiciales” y “Seguridad jurídica y derechos humanos”⁵⁴.

Importa destacar que, sobre el tema de la certeza y la previsibilidad de las decisiones judiciales, se recomendó lo siguiente: i) impulsar la creación de bases de datos jurisprudenciales para todos los jueces y magistrados, para que accedan a la información de otros países, y así mismo que sus propias bases de datos sean de acceso al público; ii) reforzar la carga argumentativa para que los jueces no se aparten de los precedentes; iii) la importancia de que los jueces preserven el respeto de los derechos fundamentales y del funcionamiento de las instituciones.

Sobre el tema de la cosa juzgada, también se hicieron algunas recomendaciones: i) se debería tomar una actitud firme frente al cumplimiento o ejecución de las sentencias así declaradas, para poder llevarlas a cabo; ii) la posibilidad de dejar sin efecto o de modificar un pronunciamiento judicial debería tener en cuenta, especialmente, la opinión del tribunal sentenciador; iii) los jueces deberían proceder con mayor firmeza en el ejercicio de sus poderes, sobre todo frente a quienes les compete asegurar la ejecución de las sentencias.

nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”.

⁵⁴ Ver www.poderjudicial.gob.hn.

En contravía a este panorama tan esclarecedor y tan ambicioso del tema de la seguridad jurídica en Iberoamérica, en Colombia, al socaire de “adoptar un derecho que contribuye a proteger todos los demás y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrenta la economía para atender sus deberes sociales [...]”⁵⁵, se introdujo en la Constitución un extraño “incidente de impacto fiscal”, que no solo riñe con una técnica legislativa moderna que proscribe la introducción de aspectos procesales en el cuerpo de la Constitución, sino que menoscaba el núcleo esencial del valor de la seguridad jurídica, paradójicamente instituida para consolidar el Estado capitalista. Este instrumento procesal “postproceso” viene a generar una imprevisibilidad del precedente jurisprudencial, pues, como es natural y racional, un juez de alta corte no puede y no debe, por razones más que jurídicas, morales y éticas, supeditar sus decisiones a la salud del criterio de sostenibilidad fiscal, según como lo entienda en su momento el Gobierno o el Ministerio Público, lo que consecuentemente afectaría la confianza y credibilidad del ciudadano hacia el sistema de justicia, además de hacer de las sentencias judiciales unas decisiones de coyuntura económico-fiscal.

Por lo demás, al someter una sentencia que ya superó los términos de ejecutoria —y, por lo mismo, tiene el atributo de ejecutividad y fuerza de verdad legal— a un incidente de carácter obligatorio, supuestamente para modular sus efectos, esto resulta violatorio del principio del debido proceso y de la Constitución misma, pues, al tenor de la sentencia C-543 de 1992⁵⁶:

⁵⁵ En los “Antecedentes, objeto y contenido del proyecto de Acto Legislativo”, para primer debate se dijo: en consideración de la entidad autora del proyecto del acto legislativo de la referencia, es necesario “adoptar un derecho que contribuye a proteger todos los demás y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrente la economía para atender sus deberes sociales. De este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que estas decisiones sean acordes con las sostenibilidad fiscal para realizar los propósitos del Estado Social del Derecho [...] el gobierno protege la sostenibilidad fiscal cuando la senda que adopta el presente no socava su capacidad para seguir gastando en la promoción de los derechos sociales y en los demás objetivos de Estados en el mediano plazo”.

⁵⁶ Corte Constitucional colombiana, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces. El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la C. P.⁵⁷ Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada.

9. Sustitución de la Constitución Política

Algunas demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el mencionado acto legislativo plantean que este no reformó la Constitución, sino que la sustituyó, con el argumento de que el Congreso de la República, en su condición de constituyente secundario o derivado, tiene el poder para reformar la Carta Política, pero no para cambiarla o sustituirla. Analizaremos este tema con el objetivo de elucidar si hubo reforma o sustitución.

La sentencia C-141 de 2010⁵⁸ plantea, en su *ratio decidendi*, los ejes principales por medio de los cuales se entiende que existe una sustitución de la Constitución Política:

⁵⁷ “**ARTÍCULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. [...]”.

⁵⁸ Sentencia C-141 de 26 de febrero de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. La Sala Plena de la Corte Constitucional realiza “la Revisión de Constitucional de la Ley 1354 de 2010 ‘Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del Pueblo un proyecto de reforma constitucional’”.

El concepto de sustitución de la Constitución no es un concepto completo, acabado o definitivamente agotado que permita identificar el conjunto total de hipótesis que lo caracterizan, puesto que las situaciones concretas estudiadas por la Corte sólo le han permitido a la Corporación sentar unas premisas a partir de las cuales avanzar en la difícil tarea de precisar los contornos de ese límite competencial al poder de reforma constitucional.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario realizar un juicio de sustitución de la Constitución —diferente a los juicios de intangibilidad y de violación de un contenido material de la constitución— para analizar si el supuesto “principio de sostenibilidad fiscal” constituye o no una sustitución:

Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad. Además, el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas —como sucede típicamente en el control material ordinario—, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable —como sucede en el juicio de intangibilidad—, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles.

Ahora bien, aterrizando estas premisas al dispositivo de “sostenibilidad fiscal”, tenemos lo siguiente:

a) El dispositivo de “sostenibilidad fiscal” no introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución Política colombiana, en razón a que el Acto Legislativo 01 de 2005 —a través del cual se reformó el artículo

48 de la Constitución, contenido del derecho a la seguridad social— ya introdujo el concepto de sostenibilidad fiscal para el tema de las pensiones como una modalidad del derecho a la seguridad social.

b) En consecuencia, lo que realmente tiene vocación de restricción de otros principios en sentido estricto es el denominado “incidente de impacto fiscal”.

c) Se trata de una directriz o norma programática que orienta a las tres ramas del poder público para la consecución de un fin u objetivo, cual es la sanidad o sostenibilidad fiscal.

d) Creo que la Corte Constitucional, al declarar la constitucionalidad del principio, deberá hacerlo mediante una decisión de las llamadas por Guastini “interpretativas en sentido estricto”, concretamente mediante una “sentencia interpretativa de rechazo” (Guastini, 2005), que condicione el entendimiento del mencionado “principio de sostenibilidad fiscal” como una directriz o norma programática, sin vocación o entidad para restringir el “núcleo esencial” de los derechos humanos, fundamentales y sociales⁵⁹.

e) Lo que sí, a mi juicio, resulta inconstitucional es el denominado “incidente de impacto fiscal”, porque en su aplicación resultan desconocidos otros valores y principios en sentido estricto.

10. Conclusiones

- Se constata que, dentro del constitucionalismo moderno, se aspira a introducir en los cuerpos normativos de las cartas de derechos la “sostenibilidad fiscal” como un principio.

⁵⁹ Guastini entiende las decisiones interpretativas en sentido estricto así: “se habla de ‘**sentencias interpretativas**’ para referirse a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legislativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una —una sola— de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto sobre una de sus posibles interpretaciones (ya que toda norma es el resultado de una interpretación determinada)”. Con respecto a las *sentencias interpretativas de rechazo*, afirma: “frente a una disposición legislativa que admite dos interpretaciones, de las cuales la primera resulta en una norma inconstitucional, mientras la segunda da lugar a una norma conforme con la Constitución, la Corte Constitucional declara que la duda de legitimidad constitucional no está fundada a condición de que la disposición en cuestión sea interpretada del segundo modo, o sea, en el sentido de expresar una norma conforme con la Constitución”.

- De acuerdo con la teoría de los “enunciados jurídicos”, se puede concluir que la norma introducida en el ordenamiento jurídico colombiano como “principio de sostenibilidad fiscal” no es un principio en sentido estricto; se trata de una directriz que, de aplicarse de manera absoluta, sin ponderarse, deviene en una “norma restrictora” de derechos humanos, de derechos fundamentales y de derechos económicos, sociales y culturales.
- Esta norma resulta ser un criterio orientador de las decisiones administrativas, que deben discrecionalmente adoptar las acciones más idóneas para la consecución del objetivo final, cual es la sostenibilidad fiscal, con miras al mantenimiento del modelo económico adoptado por la Constitución Política.
- El “principio de sostenibilidad fiscal” resulta adecuado al modelo económico y constitucional colombiano, bajo la consideración de que, como se trata de una directriz o norma programática, debe supeditarse a los valores adoptados en nuestro ordenamiento jurídico y a los principios en sentido estricto o derechos fundamentales.
- Lo que sí resulta inconstitucional, a mi criterio, es el denominado “incidente de impacto fiscal”, que en su aplicación resulta restrictora de muchos otros principios.
- El “principio de sostenibilidad fiscal”, considerado como una directriz o norma programática, resulta conforme a la Constitución Política de Colombia, bajo el entendido de que no puede restringir el “núcleo esencial” de los derechos humanos, fundamentales y sociales.
- No resulta consistente con una interpretación adecuada del ordenamiento jurídico y del precedente constitucional la tesis de la sustitución de la constitución; a mi juicio, se trata de una reforma constitucional, pero bajo el entendido de que no se introdujo un principio en sentido estricto, sino una directriz o norma programática.

Bibliografía

Aarnio, Aulis *et al.* *Bases teóricas de la interpretación jurídica*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo (2010).

- Aguiló Regla, Josep. “Técnica Legislativa y Documentación Automática de la Legislación”. *Elementos de técnica legislativa*. México: UNAM (2000).
- Aguiló Regla, Josep. *Sobre derecho y argumentación*. Palma de Mallorca: Lleonard Muntaner (2008).
- Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Madrid: Ariel (2000).
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2007).
- Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel (1996).
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel (2010).
- Atienza, Manuel. *Interpretación constitucional*. Bogotá: Universidad Libre (2010).
- Atienza, Manuel. *Las razones del derecho*. Madrid: CEC (1991).
- Carbonell, Miguel. *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta (2005).
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel (1987).
- Entelman, Remo. *Teoría de los conflictos. Hacia un nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa (2005).
- García de Enterría, Eduardo y Tomás Ramón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I). Madrid: Civitas (1995).
- García de Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas (1988).
- Leguizamón, William. *Derecho constitucional económico*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez (2002).
- Lifante Vidal, Isabel. “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”. *Doxa* 25 (2002).
- Lifante Vidal, Isabel. “Interpretación y modelos de derecho. Sobre el papel de la intención en la interpretación jurídica”. *Doxa* 22 (1999).
- Lifante Vidal, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporáneo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (1999).
- Manero Ruiz, Juan. *Jurisdicción y normas*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1990).
- Mazo Giraldo, Hernán Alonso. *El control fiscal en Colombia*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez (2007).

- Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*. Barcelona: Ariel (1989).
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid: Tecnos (2005).
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel (1991).
- Posner, Richard, William Landes y Mark Kelman. *Análisis económico del derecho*. Bogotá: Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana (2011).
- Ramón Fernández, Tomás. *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Madrid: Iustel (2005).
- Restrepo, Juan Camilo. *Disciplina fiscal y derecho: ¿discrecionalidad o reglas jurídicas para el manejo presupuestal?* Bogotá: Universidad Externado (2005).
- Restrepo, Juan Camilo. *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Externado (1992).
- Sánchez Torres, Carlos Ariel *et al.* *Responsabilidad fiscal y control del gasto público*. Bogotá: Universidad del Rosario (2004).
- Steiner, Roberto. “Regla Fiscal y el Principio de Sostenibilidad Fiscal en Colombia”. *Foco económico* (10 de mayo de 2011). Consultada en junio de 2012. <<http://focoeconomico.org/2011/05/10/regla-fiscal-y-el-principio-de-sostenibilidad-fiscal-en-colombia-2>>.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. “La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado Social y Democrático de Derecho”. *Pensamiento Jurídico* 4 (1996).