

**Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano**

23° año

Anuario 2017



**Konrad
Adenauer
Stiftung**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2017



Konrad
Adenauer
Stiftung

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

Publicación anual del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Se especializa en derecho constitucional y publica también artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, derechos y garantías individuales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración.

Estos temas constituyen, además, los ejes del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la entidad editora, la Fundación Konrad Adenauer.

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO tiene como objetivo difundir trabajos de investigación de autores latinoamericanos y pretende lograr una distribución equitativa de temas y de nacionalidades de los autores.

Los artículos que se publican deben ser inéditos y de contenido científico. Se destina asimismo un espacio para el análisis de jurisprudencia relevante en materia constitucional.

Esta publicación se distribuye gratuitamente, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer.

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

© 2017 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7
www.kas.de/iusla
iusla@kas.de
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

Editores responsables

Marie-Christine Fuchs

Coordinación editorial

Daniel Alejandro Pinilla

Coordinación académica

Diana Dajer (español)
Anne Ilinca (español)
Mônia Henning (portugués)
Ginna Rivera (portugués)

Corrección de estilo

Emma Ariza, María José Díaz Granados (español)
Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Daniel Kaplan (inglés)

Diagramación

Marta Rojas

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación e-mail: iusla@kas.de

El ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jorge Ernesto Roa Roa* (Colombia)

Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal**

RESUMEN

Frente a la preocupación por el activismo judicial y por las *sentencias que cuestan*, este artículo analiza las diferentes visiones sobre la legitimidad democrática de los jueces constitucionales para adoptar decisiones con efectos económicos. Del mismo modo, en el texto se evalúa el instrumento colombiano creado en el año 2011 con el fin de asegurar la efectividad del principio de sostenibilidad fiscal ante las potenciales alteraciones del equilibrio fiscal derivadas de las sentencias que protegen los derechos constitucionales. En el texto se plantean críticas generales a la existencia de un *incidente de impacto fiscal* contra las decisiones judiciales y se formulan objeciones al diseño concreto de ese mecanismo. Del mismo modo, se analizan los primeros incidentes de impacto fiscal con el fin de verificar empíricamente la razonabilidad de las críticas formuladas a lo largo del texto. Se concluye con la necesidad de respaldar la legitimidad de los jueces constitucionales para adoptar decisiones con impacto económico en contextos de Estados de bienestar poco desarrollados.

Palabras clave: sostenibilidad fiscal, activismo judicial, justicia constitucional.

* Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Externado de Colombia e investigador del Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. jorge.roa@uexternado.edu.co

** El texto de este artículo fue publicado como documento de trabajo en la colección que edita el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. El autor agradece los comentarios realizados al documento inicial por parte de quienes participaron en todos los seminarios donde se sometió a discusión. En especial, agradece a los asistentes al Seminario sobre el Impacto Fiscal de la Protección Judicial de los Derechos realizado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y al Taller de Justicia Constitucional realizado en el Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht de Heidelberg.

ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts der Sorge über den richterlichen Aktivismus und die *mit Kosten verbundenen Urteile* analysiert der Beitrag unterschiedliche Perspektiven auf die demokratische Legitimierung von Verfassungsrichtern, Entscheidungen mit finanziellen Auswirkungen zu treffen. Der Text evaluiert zugleich das kolumbianische Instrument, das 2011 mit der Absicht geschaffen wurde, die Wirksamkeit des Grundsatzes der fiskalischen Nachhaltigkeit angesichts möglicher Störungen des Haushaltsgleichgewichts durch Urteile zum Schutz von Verfassungsrechten sicherzustellen. Der Beitrag äußert sich kritisch zum *Verfahren zur Beurteilung der finanziellen Auswirkungen auf den Haushalt* von richterlichen Entscheidungen und formuliert Bedenken gegenüber der konkreten Fassung dieses Mechanismus. Weiterhin werden die ersten Verfahren daraufhin analysiert, ob sich die Angemessenheit der im Text wiedergegebenen Kritiken empirisch begründen lässt. Abschließend wird die Notwendigkeit betont, die Berechtigung der Verfassungsrichter zu unterstützen, im Kontext schwach entwickelter Wohlfahrtsstaaten Entscheidungen mit finanziellen Auswirkungen zu treffen.

Schlagwörter: Fiskalische Nachhaltigkeit, richterlicher Aktivismus, Verfassungsgerichtsbarkeit.

SUMMARY

In view of the concern about judicial activism and *decisions that impose costs*, this article analyzes the different views of the democratic legitimacy of the adoption by constitutional judges of decisions that have economic effects. It evaluates the Colombian instrument created in 2011 for the purpose of ensuring the effectiveness of the principle of fiscal sustainability in light of potential alterations in the fiscal balance derived from decisions that protect constitutional rights. The text raises general criticisms to the existence of a *fiscal impact incident* against the judicial decisions, and formulates objections to the specific designs of that mechanism. It also analyzes the first fiscal impact incidents in order to empirically verify the reasonableness of the criticisms formulated throughout the text. It concludes with the need to support the legitimacy of the adoption by constitutional judges of decisions that have an economic impact in contexts of underdeveloped welfare states.

Key words: Fiscal sustainability, judicial activism, constitutional justice.

Introducción

El Acto Legislativo 3 de 2011 incorporó expresamente el criterio de sostenibilidad fiscal dentro del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia de 1991. Esa misma reforma constitucional estableció un recurso –incidente de impacto fiscal (IIF)– contra las decisiones (sentencias y autos posteriores a las sentencias)

proferidas por los tribunales de cierre del ordenamiento jurídico colombiano.¹ La Ley 1695 de 2013 diseñó el procedimiento concreto del mecanismo y estableció los efectos de la resolución de un IIF. Finalmente, la Sentencia C-870/2014 incorporó algunas limitaciones a la procedencia del IIF contra las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional.

A propósito de esa trascendental reforma constitucional y de su desarrollo legislativo en Colombia, el objetivo de este artículo es demostrar cinco tesis que comprenden aspectos teóricos y normativos sobre el IIF. La primera tesis es que, tanto en Colombia como en otros Estados, la preocupación por el impacto económico de las decisiones judiciales es muy antigua. Como consecuencia de la anterior tesis, la segunda premisa de este artículo afirma que la teoría constitucional global ha respondido de diferentes maneras a las cuestiones sobre las *sentencias que cuestan* y la legitimidad de los jueces para proferirlas. La tercera tesis sostendrá que la intensidad del impacto económico de las sentencias que protegen los derechos fundamentales es menor de la que constantemente se afirma. En este ámbito, se hará especial referencia a las decisiones de revisión de tutela proferidas por la Corte Constitucional de Colombia.

La cuarta tesis se refiere concretamente al IIF y defiende que este constituye una respuesta inadecuada para introducir la perspectiva económica dentro del razonamiento judicial porque: i) implica un costo muy alto para la independencia y la eficacia del sistema doméstico de protección de los derechos, ii) causa una pérdida de oportunidad en el aporte que el juez constitucional puede realizar a la construcción de políticas públicas sostenibles y iii) no representa ninguna ventaja para la construcción del Estado social de derecho.

Finalmente, la quinta tesis es que la regulación del IIF (Ley 1695 de 2013) erige a ese mecanismo en una herramienta idónea para la asunción de un modelo con una fuerte tendencia hacia la dictadura fiscal. Esto puede conducir a la infraaplicación judicial de la Constitución y al aumento de los conflictos entre los tribunales y el Gobierno.

Es importante advertir que este artículo no se ocupa de la polémica que suscitó la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal como criterio, principio o regla en los países de Europa y América Latina.² Esto quiere decir que, por razones de

¹ Se trata de un recurso y no de un incidente, aun cuando se haya denominado de esta forma, porque se presenta cuando el proceso ha terminado en un tribunal de cierre del ordenamiento jurídico. Además, el incidente no recae sobre una cuestión accesoria sino sobre los efectos de la propia decisión final proferida por alguno de esos tribunales. No se trata de un *proceso dentro del proceso* sino de una objeción a la sentencia. Es un recurso cualificado en virtud de los legitimados para interponerlo (ministros y procurador general) y en virtud de la única e indeterminada causal que se puede invocar: alteración (seria) de la sostenibilidad fiscal.

² Víctor Ferreres Comella, "Amending the national Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy?", *Texas International Law Journal*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 223-240.

espacio y especificidad temática, no se discutirán las ventajas o los problemas de las fórmulas de sostenibilidad fiscal y su relación con la garantía de los derechos de las generaciones presentes y futuras.³ De esta manera, tanto los partidarios como los detractores de la sostenibilidad fiscal pueden coincidir en las cinco tesis propuestas en este artículo.

Desde luego, quienes apoyan la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal podrán usar los argumentos de este texto para proponer otro tipo de herramientas que sirvan a los objetivos económicos, mientras que quienes se oponen a este tipo de disposiciones constitucionales se podrán valer de estas cinco tesis para fundamentar la inconveniencia de someter el respeto y la garantía de los derechos fundamentales a criterios consecuencialistas mediante el uso de herramientas como el IIF.⁴

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

1. Cuatro modelos sobre la legitimidad democrática de los jueces constitucionales para tomar decisiones con efectos económicos

La forma como los diferentes modelos de constitucionalismo han abordado la preocupación por el costo económico del cumplimiento de las decisiones judiciales

³ Desde luego, tampoco se aborda el interesante debate sobre la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal en relación con las decisiones que declaran la responsabilidad del Estado en los procesos administrativos de reparación. Se trata de un aspecto que debe ser abordado en un estudio sistemático y específico que supera los alcances de este artículo.

⁴ No se puede dejar de señalar que la fórmula establecida en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (Pacto Fiscal Europeo) de 2012 ha servido para justificar las medidas que recortan el objeto de protección de los derechos sociales y avanzan hacia el debilitamiento del Estado de bienestar. Este tipo de recortes se ha basado en el argumento de que las políticas sociales son la causa de la crisis económica de la primera década del milenio. En América Latina y en Colombia, específicamente, la constitucionalización de la sostenibilidad fiscal tiene causas externas e internas. Las primeras se refieren a las exigencias de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de incorporar disposiciones dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros o de aquellos que pretenden ingresar a esa organización. Las causas internas se refieren a la intención, más o menos constante, de limitar los alcances transformadores de la acción de tutela y los efectos estructurales de las sentencias de la Corte Constitucional.

y el activismo judicial se puede sintetizar mediante la respuesta que cada uno de esos esquemas ha dado a las siguientes tres preguntas: (i) ¿Tienen los jueces legitimidad democrática para tomar decisiones con impacto económico? En caso de que tengan legitimidad democrática, (ii) ¿deben los jueces tener en cuenta los efectos económicos de sus sentencias en el proceso de decisión? En caso de que deban tenerlos en cuenta, (iii) ¿con qué mecanismos cuentan los jueces para considerar los efectos económicos de sus decisiones? Estos tres interrogantes comprenden los debates relacionados con el alcance de las competencias de los jueces constitucionales, los métodos de interpretación constitucional y el rol de la judicatura dentro de un Estado constitucional.

En este apartado se describirá la respuesta que el constitucionalismo liberal, el constitucionalismo débil, el constitucionalismo deliberativo, el garantismo y el neoconstitucionalismo han dado a cada una de estas preguntas. El propósito es ofrecer un contexto teórico para ubicar dentro de ese debate a la herramienta creada en Colombia para oponerse a las sentencias que ordenan la protección de los derechos fundamentales.

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

El constitucionalismo liberal responde de manera decididamente negativa a la primera pregunta.⁵ Es decir, en el modelo del Estado liberal clásico, los jueces carecen de legitimidad democrática para proferir decisiones que implican costos o que intervengan en la economía. De hecho, todos los poderes públicos deben procurar interferir lo menos posible dentro del mercado con el fin de que prevalezca la autorregulación y las leyes propias de la oferta y la demanda.

En ese marco, el argumento principal que fundamenta la prohibición de decisiones judiciales con efectos económicos se basa en la objeción contramayoritaria al poder judicial. De acuerdo con la lógica de esta objeción, si el legislador o el Gobierno tienen un mínimo margen de intervención en el mercado, no existen razones que apoyen la intrusión del menos democrático y menos capacitado de los poderes públicos mediante decisiones con consecuencias económicas.

Este artículo no es el espacio para refutar esa posición del constitucionalismo liberal o las manifestaciones modernas de ese argumento bajo el modelo neoliberal.⁶ Lo que interesa de este primer modelo de constitucionalismo es que al adoptar la posición extrema de negar la posibilidad de que los jueces profieran decisiones con

⁵ Sobre el modelo de constitucionalismo liberal y sus proyecciones, ver Mark Tushnet, "Varieties of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm. 1, 2016, pp. 1-5.

⁶ Rodrigo Uprimny, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista Precedente*, núm. 25, 2006, pp. 37-68.

consecuencias económicas, torna innecesaria una respuesta a los dos siguientes interrogantes sobre el peso de los efectos económicos dentro del proceso de decisión y los mecanismos para contener o moderar esos efectos.

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

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

A diferencia del constitucionalismo liberal, el constitucionalismo débil no niega la competencia de los jueces para proferir decisiones con consecuencias económicas.⁷ No obstante, desde este modelo de constitucionalismo se sostiene que, en la mayoría de los casos, los jueces son extremadamente generosos, no calculan el costo de sus decisiones (populismo judicial) e invaden las competencias del Gobierno y del legislador.⁸ Este tipo de conductas judiciales debilita la separación de poderes y genera inseguridad jurídica para las empresas y la inversión extranjera.⁹

⁷ El constitucionalismo débil es el modelo en el que la última palabra sobre los desacuerdos relacionados con los derechos y la constitución le corresponde al legislador o al Gobierno. Por el contrario, en los modelos de constitucionalismo fuerte, la última palabra sobre esas materias le corresponde al juez constitucional. Al respecto de esta distinción, ver Mark Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 18-42; y Jorge Ernesto Roa Roa, “El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Colombia”, *Serie de Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 40, 2015, pp. 1-22.

⁸ Se trata de una posición que en Colombia ha sido de buen recibo también entre algunos economistas. Al respecto, ver Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, p. 29.

⁹ Es importante hacer dos breves comentarios sobre las críticas que sostienen que las decisiones de la Corte Constitucional son la causa principal de la inseguridad jurídica en Colombia. En primer lugar, aunque el desarrollo legislativo de las nuevas constituciones genera un nivel de inseguridad jurídica, este resulta necesario para desarrollar las instituciones, derechos y objetivos del nuevo texto constitucional. Eso fue precisamente lo que sucedió en Colombia durante la primera década de vigencia de la Constitución de 1991. De manera que no se puede imputar la responsabilidad de tal efecto a la exclusiva acción de la Corte Constitucional. En segundo lugar, las críticas a la intervención de la Corte Constitucional asumen un concepto extremo de seguridad jurídica. Según este concepto, toda potencial modificación del ordenamiento –mediante el control de constitucionalidad o la revisión de las sentencias de tutela– genera niveles de incertidumbre en el mercado que disuaden a los inversionistas. Bajo ese parámetro, el control de constitucionalidad no podría existir en ningún país del mundo que fuera respetuoso de esa visión extrema de la seguridad jurídica.

Con base en estas críticas, el constitucionalismo débil responde a la segunda pregunta mediante la afirmación de que los jueces deben tener en cuenta los efectos económicos de sus decisiones. Este modelo también propone un conjunto de mecanismos externos que permiten que el legislador o el Gobierno contesten las sentencias que exceden las competencias judiciales o afecten gravemente la economía del Estado. Se trata de una reacción democrática cuando proviene del Congreso o de una reacción tecnocrática cuando proviene del Gobierno.¹⁰

Dentro de las reacciones democráticas se encuentran las respuestas legislativas. Estas son herramientas con las cuales el legislador se opone a una determinada decisión judicial.¹¹ Los dos ejemplos más interesantes de este tipo de respuestas legislativas han sido establecidos en los sistemas constitucionales del Reino Unido y Canadá.

El primero, es el modelo de control judicial establecido mediante la *Human Rights Act* (HRA) de 1998 que faculta a los jueces para emitir declaraciones de incompatibilidad cuando una ley es contraria a los derechos incorporados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.¹² Frente a una declaración de incompatibilidad, el Gobierno y el parlamento tienen la posibilidad (no obligación) de derogar o reformar la norma incompatible con la HRA mediante un procedimiento legislativo expedito.¹³ Además, en el Reino Unido, los jueces carecen de la competencia para inaplicar una ley incompatible con la HRA, de manera que incluso el juez que ha proferido la declaración de incompatibilidad debe aplicar la ley al caso concreto.

Este modelo es cercano al establecido en Nueva Zelanda. En este país, las decisiones de los jueces constituyen simples mandatos interpretativos para el legislador. Asimismo, los jueces no pueden inaplicar leyes contrarias al *New Zealand Bill of Rights*, y no existe un procedimiento expedito para reformar o derogar una ley contraria a ese catálogo de derechos.¹⁴

¹⁰ Rosalind Dixon, "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418.

¹¹ En Colombia existen pocos estudios específicos sobre las respuestas legislativas a las decisiones de la Corte Constitucional. Sin embargo, eso no implica que este tipo de reacciones no sea posible o que no se haya intentado mediante leyes o reformas constitucionales aprobadas por el Congreso para modificar o dejar sin efecto algunas sentencias o la jurisprudencia consolidada de la Corte Constitucional. El caso más emblemático ha sido el intento de eliminar o limitar las competencias de la Corte Constitucional para controlar los decretos que declaran un estado de excepción y los decretos que adoptan medidas para conjurar la excepcionalidad. Actualmente se han propuesto diferentes medidas legislativas para reaccionar frente a la jurisprudencia constitucional sobre las consultas populares y las consultas previas a las comunidades indígenas.

¹² Keith Ewing, "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review*, vol. 62, núm. 1, enero, 1999, pp. 79-99.

¹³ Fergal Davis, "Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK", *Parliamentary Affairs*, vol. 67, 2014, pp. 137-150.

¹⁴ Paul Rishworth, "Interpreting Enactments: sections 4, 5, and 6", en Paul Rishworth *et al.*, *The New Zealand Bill of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 116-167.

El segundo ejemplo es el artículo 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades de 1982. Esta disposición establece la denominada cláusula “no obstante”, que habilita al legislador para proteger una ley frente a las decisiones judiciales que declaran la inconstitucionalidad del acto normativo protegido.¹⁵ La cláusula se introduce mediante la aprobación de una salvaguarda parlamentaria que mantiene vigente la ley, “no obstante” la decisión judicial. La cláusula tiene una vigencia por periodos de hasta cinco años que pueden ser renovados indefinidamente.¹⁶

El segundo tipo de reacciones de carácter tecnocrático está conformado por aquellas respuestas que no provienen del legislador sino del Gobierno. Estas no tienen como presupuesto la vigencia de la decisión adoptada por el órgano deliberativo (el Congreso), sino los argumentos de técnica económica del Gobierno. Un buen ejemplo de este tipo de reacciones es el actual diseño del IIF. Como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional de Colombia, el IIF, “se trata de un procedimiento de índole constitucional, que faculta al Procurador General de la Nación o a los ministros de gobierno para promover un espacio de deliberación, respecto de los efectos de las sentencias proferidas por las Altas Cortes, en relación con la identificación de los objetivos que explican el criterio de sostenibilidad fiscal”.¹⁷

La esencia del IIF es que implica un privilegio de la posición de los integrantes del Gobierno en relación con la eficacia de las decisiones judiciales proferidas por los tribunales de cierre del ordenamiento jurídico colombiano. Además, con el IIF se crea un sistema de reacción en el que se discuten exclusivamente los argumentos técnicos que discrecionalmente proponen los ministros o el procurador general.

Las reacciones democráticas y tecnocráticas tienen dos características en común. Por una parte, este tipo de mecanismos despojan al juez de la última palabra en materia de protección de los derechos y le asignan la decisión final al legislador o al Gobierno.¹⁸ En segundo lugar, estos instrumentos permiten la preeminencia de los argumentos consecuencialistas sobre los razonamientos axiológicos o, como señala Rodolfo Arango¹⁹ con base en la distinción formulada por Ronald Dworkin, de las razones de conveniencia sobre las razones de principio.²⁰

¹⁵ Stephen Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 97-128.

¹⁶ Se trata de una especie de veto suspensivo por medio del cual se confiere al legislador la facultad de “anular la decisión de los jueces, pero solo después de emprender una vez más la discusión y tomar una nueva decisión sobre el tema” (Carlos Santiago Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 293).

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014, Fundamento jurídico 3.1.5.4, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁸ Al respecto, ver Ley 1695 de 2013, artículo 14.

¹⁹ Rodolfo Arango, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011, pp. 70-72.

²⁰ “Los argumentos políticos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo. El argumento en favor de un subsidio para los fabricantes de aviones, que afirma que con él se protegerá la defensa

En conclusión, el constitucionalismo débil reconoce un mínimo nivel de legitimidad democrática a los jueces para adoptar decisiones con impacto económico. Sin embargo, este modelo considera relevantes esos efectos económicos dentro del proceso de decisión judicial. Por esta razón, este esquema favorece unos mecanismos para contrarrestar ese tipo de efectos mediante la intervención de los demás poderes del Estado. El objetivo último es trasladar la última palabra en materia de protección de los derechos fundamentales de los jueces hacia el legislador o el Gobierno.

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

El constitucionalismo deliberativo tampoco niega de plano la competencia de los jueces para adoptar decisiones con efectos económicos cuando se trata de la protección de los derechos fundamentales. No obstante, este modelo sostiene que el poder judicial carece de la capacidad técnica y de la plena formación para tomar decisiones que incluyan aspectos económicos.²¹

Además, se objeta que el activismo judicial desmoviliza políticamente al ciudadano porque las personas esperan recibir los regalos del juez en lugar de exigir a sus representantes en el Congreso y a los miembros del Gobierno que cumplan los programas electorales y desarrollen las promesas de la Constitución. Bajo este argumento, cada vez que un ciudadano entiende que es más fácil acceder a uno de sus derechos sociales por medio del poder judicial, descuida su función de vigilante de la actividad legislativa y de gobierno. Ese mismo ciudadano se despreocupa de los procesos electorales porque no encuentra una conexión directa entre su preferencia electoral y la garantía de sus derechos.²²

Con el fin de compensar esa incapacidad técnica y ese problema democrático, este modelo propone la implementación de mecanismos que fomenten la deliberación dentro y fuera de los tribunales. El objetivo es lograr la expresión de las voces expertas o interesadas de ciudadanos, académicos, legisladores y del Gobierno sobre las consecuencias económicas de una determinada posición del tribunal.

nacional, es un argumento político. Los argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho individual o del grupo. El argumento en favor de las leyes que se oponen a la discriminación (racial en los Estados Unidos), y que sostiene que una minoría tiene derecho a igual consideración y respeto, es un argumento de principio” (Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 148).

²¹ “[D]ada la complejidad de las decisiones económicas, con efectos inter-temporales difíciles de anticipar, la Corte Constitucional, como ocurre en muchas economías desarrolladas, debe abstenerse de intervenir en decisiones que claramente le corresponden al Congreso de la República” (Clavijo, *op. cit.*, p. 55).

²² Manuel José Cepeda Espinosa, “Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, núm. 89, 2011, pp. 1699-1705.

Las experiencias de Italia y Colombia son buenos ejemplos de estas herramientas deliberativas. En Italia, una sala interna de la Corte Costituzionale informa al pleno del tribunal sobre el impacto económico de sus decisiones. En Colombia, el tribunal convoca audiencias que incluyen la participación de expertos, quienes advierten sobre los distintos tipos de efectos de las decisiones constitucionales.

Bajo este esquema también destaca la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales de República Dominicana (art. 42). Esa disposición establece la posibilidad de que el Tribunal Constitucional solicite informes técnicos de instituciones públicas o privadas con el fin de mejorar la comprensión de un problema de constitucionalidad.²³

Según este esquema, la intervención y la deliberación previa producen dos efectos. Por una parte, en su debate interno y en la decisión final, los jueces deben reflejar un adecuado nivel de sensibilidad por los efectos económicos de sus decisiones. Por otra parte, el debate debe propiciar un ejercicio de autorrestricción judicial mediante la modulación de los efectos de las sentencias. Cuando ocurren estas dos cosas, este proceso evita una intervención externa y posterior del legislador o del Gobierno, las sentencias adquieren un verdadero carácter definitivo, y la última palabra en materia de protección de los derechos le pertenece a los jueces.

Como ejemplos de este modelo se citan algunas decisiones judiciales en las que se han moderado finalmente los efectos de las resoluciones para evitar la desestabilización fiscal. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional de España declaró inconstitucionales las normas que obligaban a los cónyuges a presentar declaraciones de renta conjuntas. A partir de esa decisión judicial, las familias pueden elegir entre hacer declaraciones conjuntas o separadas, según un criterio de conveniencia económica. En ese caso, el tribunal moduló los efectos de su decisión para evitar afectar el presupuesto público por la vía de las devoluciones a los contribuyentes que, en los ejercicios fiscales anteriores, habían pagado los impuestos bajo la obligación de presentar declaraciones conjuntas.²⁴

La Corte Constitucional de Colombia ha hecho lo mismo en muchos casos.²⁵ Por ejemplo, en la Sentencia C-253/2010, este tribunal declaró la inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 127 de 2010. Esta norma modificaba algunas disposiciones tributarias aplicables al consumo de cerveza, tabaco, juegos de azar y otros servicios. El objetivo del Decreto era recaudar fondos adicionales con el fin de conjurar la emergencia social declarada ante la crisis del sistema de salud.²⁶

²³ Allan Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, p. 326.

²⁴ Tribunal Constitucional de España, Sentencia 45/1989.

²⁵ Sobre la modulación de las decisiones de la Corte Constitucional, ver Edgar Solano González, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

²⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-253/2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Aunque la Corte declaró la inexequibilidad de ese Decreto, el tribunal difirió los efectos de la invalidez de algunas de las medidas tributarias. De esa manera, la Corte le confirió al Gobierno un plazo de ocho meses para que adoptara otras medidas necesarias en aras de evitar las consecuencias perjudiciales que la invalidez inmediata de las disposiciones del Decreto 127 de 2010 pudiera haber causado a la economía.

Como se puede inferir, a diferencia de los mecanismos del constitucionalismo débil (reacciones democráticas o tecnocráticas), en las propuestas del constitucionalismo deliberativo se privilegia el razonamiento axiológico y las razones de principio, y los jueces conservan la última palabra en materia de protección de los derechos. Sin embargo, la fortaleza de la decisión judicial se debe al alto grado de sensibilidad por los efectos económicos que haya mostrado el tribunal.

En conclusión, en respuesta a las tres preguntas marco, el constitucionalismo deliberativo reconoce a los jueces un nivel intermedio de legitimidad democrática para adoptar decisiones con impacto económico. Además, este modelo propone un conjunto de mecanismos para asegurar que esa sensibilidad se concrete a lo largo del proceso judicial y en la decisión final; desde luego, sin llegar al punto de permitir que los demás poderes del Estado dejen sin efecto la decisión judicial.

1.4. Neoconstitucionalismo y garantismo: la autosuficiencia de los métodos de interpretación para racionalizar las decisiones judiciales

Aunque se trata de dos modelos diferentes de constitucionalismo, tanto el garantismo²⁷ como el neoconstitucionalismo²⁸ contestan a la primera pregunta mediante el reconocimiento de un alto nivel de legitimidad democrática de los jueces para adoptar decisiones con efectos económicos. Ambos modelos implican una concepción sustancial de la democracia, establecen que el poder judicial tiene el papel de garante de los derechos constitucionales y que su obligación es adoptar las medidas para cumplir con tal función, en especial, cuando se trata de normas que vulneran esos derechos, omisiones del legislador, bloqueos institucionales o políticas regresivas.

En ambos esquemas, la respuesta a la segunda pregunta es que los efectos económicos de las decisiones son irrelevantes para el juez. Según este argumento, al decidir un caso, el parámetro y límite de la interpretación judicial es el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho. Los tribunales deben evitar valoraciones de

²⁷ Para una descripción del modelo garantista se remite a los trabajos de, *inter alia*, Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 37-72 y *Democracia y garantismo*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2010, pp. 102-109.

²⁸ Para una descripción del modelo neoconstitucionalista se remite a los trabajos de, *inter alia*, Paolo Comanducci, "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, pp. 90-112.

conveniencia o introducir argumentos económicos que escapan a la interpretación constitucional. Los jueces deben evitar caer en esa tentación, incluso, si cuentan con la pericia o los mecanismos para realizar ese tipo de valoraciones.

Estos dos modelos de constitucionalismo enfatizan en que el razonamiento jurídico ya incorpora elementos de racionalización de la decisión judicial, como el principio de proporcionalidad y la ponderación. Estos dos mecanismos, por ejemplo, tornarían innecesarios e inconvenientes otros instrumentos, como las respuestas legislativas, el IIF o el veto suspensivo canadiense.

Respecto del garantismo, el neoconstitucionalismo pone el énfasis en la formulación de los derechos como normas tipo principio –en estado constante de potencial colisión–; y en la aplicación, el principio de proporcionalidad y la ponderación como método para resolver las colisiones concretas.²⁹ Como respuesta al tercer interrogante, el neoconstitucionalismo afirma que, al lograr un mínimo nivel de racionalización jurídica de la decisión judicial, se obtiene indirectamente una racionalización de los efectos económicos de la misma.

El argumento del neoconstitucionalismo es que, en escenarios económicos de escasez, el juez sabe que si garantiza un derecho (d_1) en un grado excesivamente alto, en perjuicio del derecho con el cual este se encontraba en colisión (d_2), esa decisión se traducirá en la disposición excesiva de recursos para garantizar el primer derecho (r_1), en contra de los recursos que se deben disponer para garantizar el derecho que cedió en el juicio de ponderación (r_2). La ponderación garantiza un equilibrio entre los derechos (d_1 y d_2) que, al mismo tiempo, implica un equilibrio entre los recursos económicos (r_1 y r_2).

Por su parte, el garantismo afirma la existencia de otros elementos internos que permiten la racionalización económica de las decisiones judiciales, como el principio de progresividad que orienta la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. Un ejemplo de esta tesis es la Sentencia T-595/2002 de la Corte Constitucional de Colombia.

En esa decisión se utilizó el principio de progresividad para declarar que las personas en situación de discapacidad no eran titulares de un derecho a obtener la adecuación inmediata y total del sistema de transporte masivo de Bogotá (Transmilenio) para que este fuera plenamente accesible. No obstante, en esa sentencia se indicó que las personas en situación de discapacidad sí tenían derecho a que la administración elaborara y ejecutara un plan de adecuación progresiva, formulado a mediano plazo (dos años), para garantizar su pleno acceso a ese servicio de transporte.³⁰ De esta manera –señala el garantismo–, el principio de progresividad permitió que el juez constitucional ajustara la orden de protección de los derechos de las personas en

²⁹ Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.

³⁰ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-595/2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

situación de discapacidad con la disponibilidad efectiva de los recursos financieros por parte de la administración de Bogotá y de la empresa de transporte.

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

1. Los jueces no solo tienen un alto grado de legitimidad democrática para adoptar decisiones con impacto económico, sino que este es uno de sus deberes como garantes de los derechos y de las disposiciones constitucionales.
2. Los jueces no deben tener en cuenta las consecuencias económicas de sus decisiones porque su función como intérpretes de la constitución solo conoce el límite del contenido constitucionalmente protegido por las disposiciones constitucionales. Adicionalmente, el razonamiento e interpretación jurídica incorpora métodos de racionalización de las decisiones judiciales que impiden que las órdenes de protección de los derechos perjudiquen gravemente la garantía de otros derechos.
3. No importa si existen mecanismos idóneos para calcular los efectos económicos de una decisión judicial. En cualquier caso, estos instrumentos solo

	Legitimidad democrática para adoptar decisiones con consecuencias económicas	Consecuencias económicas de las sentencias	Mecanismos
Constitucionalismo liberal	Ninguna	N/A	N/A
Constitucionalismo débil	Mínimo	Relevantes y prevalecen sobre razonamiento axiológico.	Externos: respuestas legislativas (reacciones democráticas) o IIF (reacciones tecnocráticas).
Constitucionalismo deliberativo	Intermedio	Relevantes, pero no prevalecientes.	Mecanismos internos del proceso de decisión: sala asesora, audiencias públicas, peritos, intervenciones ciudadanas.
Garantismo y neoconstitucionalismo	Alto	Irrelevantes. Límite: contenido constitucionalmente protegido.	N/A Mecanismos intrínsecos: proporcionalidad, ponderación y progresividad.

Fuente: elaboración propia.

son importantes para quienes deben hacer efectivas las sentencias, para quienes se dedican a estudiarlas descriptivamente o para quienes las valoran desde la teoría económica. En todo caso, nunca son esenciales dentro del razonamiento judicial.

El cuadro de la página anterior resume la interacción de cada uno de estos modelos en torno a las tres preguntas formuladas inicialmente.

Hasta aquí se puede concluir que la teoría constitucional ofrece diferentes respuestas a la preocupación por el impacto económico de las decisiones judiciales. En consecuencia, el IIF no es la única herramienta para desarrollar el criterio de sostenibilidad fiscal, sino que es una de las múltiples opciones que propone uno solo de los modelos de constitucionalismo. Lo anterior significa que existía un catálogo muy amplio de opciones para introducir el elemento económico y financiero dentro de la actividad judicial. En la segunda parte de este trabajo se demostrará el carácter no idóneo de la herramienta escogida en Colombia (IIF) para alcanzar los objetivos que justificaron su inclusión dentro de la reforma constitucional del año 2011.

2. Objeciones a las premisas para el establecimiento de un incidente de impacto fiscal

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

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

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

Como lo demuestra el recuento de la primera parte de este artículo, el IIF no es la única herramienta que la teoría constitucional y el derecho comparado ofrecen para conciliar la protección de los derechos de las generaciones presentes con los de las generaciones futuras y hacer compatibles los efectos económicos de las

decisiones judiciales con la sostenibilidad fiscal. No obstante, el IIF fue incorporado al ordenamiento jurídico colombiano bajo la premisa de que era necesario abrir espacios de deliberación y diálogo entre los jueces y los administradores como una manifestación del principio constitucional de colaboración armónica entre las diferentes autoridades públicas.³¹

Desde un concepto cualificado de deliberación, no es plausible reconocer tal carácter deliberativo al IIF. Tratándose de procesos judiciales, la deliberación por la que propende el constitucionalismo es previa a la decisión del juez, con la participación de los ciudadanos y bajo la idea de que los argumentos son los que corresponden a una discusión constitucional. Finalmente, no hay una verdadera deliberación si previamente se ha establecido que prevalecerán los argumentos consecuencialistas de una de las partes (ministros o procurador), o cuando el resultado del debate conduce a desnaturalizar la función esencial de los intervinientes en la discusión.

Técnicamente, el IIF es un recurso contra una decisión judicial de una alta corte que propicia un debate que se centra exclusivamente en los argumentos económicos. Se trata de una deliberación desequilibrada porque se asigna la última palabra, en materia de derechos, al plan de cumplimiento que presenta el ministro o el procurador, y no a la decisión adoptada por el juez.³² El IIF tampoco constituye un espacio amplio y genuino de discusión dentro del proceso, como las audiencias que convoca la Corte Constitucional en los casos de decisiones estructurales o de control de constitucionalidad con relevancia especial.

Por otra parte, en la Sentencia C-1052/2012, la Corte Constitucional declaró que la inclusión del IIF en una etapa avanzada del trámite legislativo de la reforma constitucional no fue una violación de los principios de consecutividad e identidad flexible.³³ Sin embargo, esa decisión de la Corte Constitucional no es un argumento concluyente para negar que el IIF fue aprobado sin deliberación de calidad porque fue propuesto en la parte final (séptimo debate) del trámite del Acto Legislativo 3 de 2011.

El mismo déficit deliberativo afectó al proceso de aprobación de la Ley 1695 de 2013, durante el que se omitió una discusión pausada, profunda y técnica sobre temas centrales, como la prevalencia del plan de cumplimiento sobre la decisión de las altas cortes. Afortunadamente, la Corte Constitucional de Colombia declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 14 de esa ley, bajo el entendido de que el plan de cumplimiento no es obligatorio para las autoridades judiciales.³⁴ Sin embargo, no se puede perder de vista que la intención del legislador era vincular al

³¹ Acto Legislativo 03/2011, Proyecto de Acto Legislativo 16/2010, Cámara, Exposición de Motivos, *Gaceta del Congreso*, año XIX, núm. 451, 23 de julio de 2010, pp. 21-23.

³² Al respecto, ver Ley 1695 de 2013, artículo 14, y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014.

³³ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052/2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014.

juez, incluso cuando este considerara que no eran atendibles los argumentos formulados en el IIF.

En conclusión, se puede compartir el objetivo de aumentar el grado de deliberación dentro de la sociedad, pero esto no implica negar la falta de idoneidad del mecanismo escogido (IIF), la existencia de otras herramientas disponibles o ya implementadas para obtener el mismo fin y, desde luego, la contradicción al aprobar un mecanismo para aumentar la deliberación sin el debate mínimo que la misma herramienta pretende fortalecer.

2.2. El mito sobre el activismo judicial de la Corte Constitucional de Colombia

Una de las críticas reiteradas a la Corte Constitucional de Colombia consiste en sostener que muchas de sus decisiones desbordan el ámbito de sus competencias y resultan inimaginables en otros tribunales del mundo. También se afirma que la Corte asume una posición extraña para un órgano judicial y adopta decisiones que tienen un alto impacto económico.³⁵ Como respaldo de estos argumentos se citan frecuentemente los mismos casos sobre indexación salarial, estado de cosas inconstitucional, atención a la población en situación de desplazamiento y garantía del derecho a la salud.

Aunque las decisiones mencionadas tienen una importancia central dentro del ordenamiento jurídico colombiano y han sido esenciales para avanzar en la protección de los derechos fundamentales, estas sentencias no constituyen islas o casos exóticos para el constitucionalismo colombiano y global.³⁶ Por el contrario, otros tribunales del mundo profieren órdenes que tienen el mismo o mayor grado de impacto en la economía. Los siguientes tres casos pueden ilustrar esta idea.

En el año 2016, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania decidió una demanda que pretendía evitar la participación del Banco Central Europeo (BCE) en los fondos de rescate europeos y limitar las operaciones de compra de deuda a los países en crisis financiera. La demanda, presentada en el año 2012, se basaba en la cláusula de la Constitución Alemana de 1949 que establece que la disposición del

³⁵ Salomón Kalmanovitz, “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional”, *Economía Colombiana*, núm. 276, noviembre, 1999, pp. 124-130.

³⁶ En Colombia, las intervenciones judiciales en la economía son muy antiguas. Desde principios del siglo XX existe una acción pública de constitucionalidad que permite a los ciudadanos fijar la agenda del control de constitucionalidad e incluir temas económicos. Además, es posible encontrar casos ante la Corte Suprema de Justicia con efectos económicos generalizados, a título enunciativo, sobre: la vigencia de tarifas aduaneras (1933), la retrospectividad del auxilio de cesantía (1937), la intervención del Estado en la industria privada (1939), la expropiación sin indemnización por razones de equidad (1973), la declaración de inconstitucionalidad de reformas tributarias (1983) (Manuel José Cepeda Espinosa, *Las sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004).

presupuesto le corresponde exclusivamente al legislador nacional. Para los recurrentes, el programa de compra de deuda pública establecido por el BCE usurpaba las competencias de las autoridades nacionales alemanas y violaba una prohibición comunitaria relacionada con la financiación monetaria de los Estados miembros de la Unión Europea.

Prevía formulación de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) –que avaló esas medidas–, el Tribunal Constitucional de Alemania señaló que el Banco Central Alemán (Bundesbank) podía participar en ese tipo de operaciones financieras realizadas por el BCE, siempre que contara con la supervisión del Gobierno y del Parlamento.³⁷

Por su parte, en los años 2012 y 2013, el Tribunal Constitucional Portugués declaró la inconstitucionalidad de los presupuestos aprobados por el Parlamento de ese país porque estos incluían recortes a los salarios de los servidores públicos y al sistema de educación. Según el tribunal, ese tipo de medidas eran discriminatorias en relación con las cargas que debían soportar los ciudadanos en tiempos de crisis financieras.³⁸

En tercer lugar, en Argentina, en 2008, la Corte Suprema ordenó medidas estructurales en relación con la población asentada en las urbanizaciones localizadas en la cuenca de los ríos Matanza y Riachuelo de la Ciudad de Buenos Aires. El tribunal profirió múltiples órdenes después de un proceso que se desarrolló con destacables escenarios de participación que han sido considerados como paradigmáticos en términos de activismo dialógico.³⁹

Desde luego, también se puede hacer referencia a verdaderas sentencias estructurales de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁴⁰ o de la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁴¹ Pero, si se pone la atención en los tres ejemplos mencionados inicialmente, todos han tenido un impacto económico potencial superior a las decisiones frecuentemente citadas de la Corte Constitucional de Colombia. Una decisión desfavorable del Tribunal Constitucional de Alemania sobre el sistema de rescate europeo habría generado una crisis en toda la Unión Europea o habría causado una modificación del sistema de integración económica más desarrollado del mundo. Ni qué decir de las consecuencias macroeconómicas de las decisiones del Tribunal

³⁷ Tribunal Constitucional Federal de Alemania, Sentencia de la Sala Segunda de 21 de junio de 2016, 2 BvR 2728/13, pars. 1-220.

³⁸ Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdao nº 353/2012 y Acórdao nº 187/2013.

³⁹ Paola Bergallo, “El caso Mendoza, una experiencia de judicialización cooperativa”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Caso Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483, 1954.

⁴¹ Corte Constitucional de Sudáfrica, Caso Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others, CCT11/00, 2000, ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000; y Caso Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and Others, 24/07, 2008 ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC); 2008 (5) BCLR 475 (CC), 19 de febrero de 2008.

Constitucional de Portugal o de los recursos financieros necesarios para cumplir con las medidas ordenadas en el Caso Mendoza.

La conclusión que se impone es la negación de la tesis que afirma que los jueces no están habituados a tomar decisiones con consecuencias económicas, y que la Corte Constitucional de Colombia es una especie de súper activista inédita en el constitucionalismo global. Aunque las más importantes decisiones de la Corte Constitucional tienen un impacto económico comparable con las de otros tribunales, la diferencia radica en que, en Colombia, ese impacto se usa como fundamento para la creación de una reacción de tipo tecnocrático. Por el contrario, en los Estados a los que se ha hecho referencia previamente, no hay un planteamiento sólido tendiente a introducir mecanismos para debilitar las competencias de los tribunales constitucionales por el solo hecho del impacto financiero de sus decisiones.

La realidad es que la Corte Constitucional, por regla general, ha sido sensible al impacto económico de sus decisiones y muchas de las sentencias más importantes de la Corte Constitucional de Colombia no ordenan el gasto de un solo céntimo, y otras se limitan a ordenar el pago de una prestación que había sido reconocida previamente por el legislador.⁴² En los casos de tutela que ordenan garantizar una prestación preestablecida por el legislador, y en los de decisiones de constitucionalidad que ratifican la validez de una ley, cualquier acusación de impacto fiscal debe dirigirse contra el legislador y no contra el juez constitucional.

Asimismo, desde antes de la aprobación del Acto Legislativo 3 de 2011, la Corte había reconocido la existencia de límites a determinadas normas constitucionales con el fin de proteger la estabilidad económica y el orden fiscal. En definitiva, lo que en Colombia se denomina activismo judicial, en muchos casos, no corresponde con fenómenos que han sido descritos de esa forma en el constitucionalismo global.⁴³

2.3. Consecuencias negativas del IIF en la actitud del juez constitucional: la infraaplicación judicial de la Constitución

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

⁴² “Sin embargo, es esencial tener en cuenta que este activismo no fue tan importante como lo sugieren los críticos de la Corte. En el periodo 1998-2006, las sentencias sobre derechos sociales han tenido que ver principalmente con casos sobre derechos sociales prestacionales, pero para casos de pago de lo debido. En esos casos, la protección del derecho ya está previamente autorizada por una disposición legal” (María Paula Saffon y Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011, p. 94).

⁴³ Kent Roach, *The Supreme Court on Trial*, Toronto, Irwin Law, 2001, pp. 3-223.

Frente a la existencia de un mecanismo como el IIF, el juez constitucional puede tener dos conductas opuestas. La primera opción es que el juez asuma una exagerada generosidad en la protección de los derechos constitucionales porque sabe que el Gobierno bloqueará su decisión mediante la utilización del IIF. De esta manera, ante la opinión pública, el juez aparecerá como el protector de los derechos, y el Gobierno, como un obstáculo para su garantía. En Italia, a este tipo de sentencias se denomina como *decisiones Pilatos*.⁴⁴

Esta primera opción es perjudicial porque instaura un modelo de populismo judicial, aumenta la conflictividad entre los poderes públicos (el mal denominado choque de trenes) y no aporta a la protección efectiva de los derechos constitucionales. Sobre este aspecto resulta paradójico que, desde el razonamiento económico, se critique el costo que los *choques de trenes* producen para el desarrollo económico pero, al mismo tiempo, se apoye la existencia de un IIF que tiene como objetivo la confrontación directa entre el criterio del Gobierno y el de las corporaciones judiciales. A lo anterior se agrega la incertidumbre que produce en el mercado el aumento de la indeterminación sobre el momento en el que se pone fin a un litigio ante un tribunal interno.⁴⁵

La segunda potencial consecuencia del IIF en la actitud judicial es precisamente la opuesta a la anterior. El juez se puede proponer evitar el bloqueo de sus decisiones mediante el uso del IIF. Para lograr ese objetivo, el juez constitucional puede asumir una espontánea y exagerada autorrestricción que torne ineficaz el sistema judicial de garantía de los derechos. Esto conduciría al escenario que Lawrence Sager denomina infraaplicación judicial de la Constitución. Este fenómeno se caracteriza por la autorrestricción extrema de los jueces, la ausencia de garantías para los derechos constitucionales y el alejamiento entre las promesas de la Constitución en materia de derechos de bienestar y los mínimos garantizados por los tribunales.⁴⁶

Paradójicamente, con esta segunda actitud, los jueces dejarían de adoptar sentencias de las que Owen Fiss denomina estructurales.⁴⁷ En el caso colombiano, este tipo de decisiones han contribuido a racionalizar, planificar y construir políticas públicas eficientes. En el largo plazo, el cumplimiento de las órdenes contenidas en las decisiones estructurales cuesta menos que la inacción o la formulación de políticas públicas de bajo impacto.⁴⁸

Tanto el populismo judicial como la infraaplicación judicial de la Constitución son dos escenarios poco deseables institucionalmente. Esta idea es compartida por

⁴⁴ Elisabetta Crivelli, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003.

⁴⁵ Al respecto, ver Clavijo, *op. cit.*, pp. 35 y 58.

⁴⁶ Lawrence Sager, *Juez y democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 101-107.

⁴⁷ Owen Fiss, *El derecho como razón pública*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, pp. 21-76.

⁴⁸ César Rodríguez (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Ediciones Uniandes, 2009, pp. 7-760.

quienes defienden la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de la acción de las autoridades públicas y por quienes se oponen a la constitucionalización de ese parámetro.

La conclusión de la segunda parte de este artículo complementa la inferida en la primera parte. Ambas deducciones permiten afirmar que el IIF no es la única herramienta que se puede utilizar para desarrollar el criterio de sostenibilidad fiscal y, por el contrario, este genera un daño cierto y grave al sistema de protección de los derechos fundamentales.

Además, el IIF ostenta una muy discutida idoneidad para alcanzar los fines que justifican su implementación (i. e., racionalizar los efectos económicos de las decisiones judiciales). En analogía con el argumento del presidente de los Estados Unidos Franklin D. Roosevelt, quien señalaba que era necesario “salvar a la Constitución de la Corte y a la Corte de ella misma”, se puede afirmar que es necesario “salvar a los derechos fundamentales de la sostenibilidad fiscal y a la sostenibilidad fiscal del incidente de impacto fiscal”.⁴⁹

Aunque esas dos conclusiones son suficientes para objetar el IIF dentro del ordenamiento jurídico colombiano, aún queda por demostrar que su regulación y los primeros IIF presentados ante la Corte Constitucional de Colombia generan problemas adicionales a los comentados en esta sección. Ese será el propósito de la parte final de este artículo.

3. Comentarios a algunos elementos de la Ley 1695 de 2013 y a los primeros incidentes de impacto fiscal

La Ley 1695 de 2013 es la norma que regula el procedimiento de un IIF. La configuración concreta del IIF en esa ley y los primeros IIF que fueron presentados ante la Corte Constitucional permiten colegir otras críticas a esta herramienta. Ningún comentario de los que se formularán a continuación implica la aceptación del IIF como mecanismo idóneo para racionalizar los efectos económicos de las decisiones judiciales. Tampoco el hecho de que alguna de las críticas se supere posteriormente puede ser interpretado como una forma de negar los presupuestos básicos de este trabajo que rechazan el establecimiento de un IIF dentro del ordenamiento constitucional colombiano.

En esta sección se criticará una especial visión del control fiscal que se centra en los jueces y no en las demás autoridades públicas (Gobierno y Congreso). Se

⁴⁹ “We have, therefore, reached the point as a Nation where we must take action to save the Constitution from the Court and the Court from itself. We must find a way to take an appeal from the Supreme Court to the Constitution itself. We want a Supreme Court which will do justice under the Constitution—not over it. In our Courts we want a government of laws and not of men” (Franklin D. Roosevelt, Discurso pronunciado y transmitido por radio el 9 de marzo de 1937. Disponible en: <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=15381>).

objectará la legitimación activa del IIF de un funcionario sin legitimidad democrática, ni disponibilidad de recursos técnicos para determinar el impacto fiscal de una decisión judicial (e. g., procurador general). Además, se resaltará la ambigüedad de la cláusula que habilita la interposición de un IIF bajo la fórmula “alteración seria de la sostenibilidad fiscal”.

3.1. La particularidad del control fiscal del Gobierno a los jueces y no de estos al Ejecutivo o al legislador

El sistema de control fiscal que se consolida con el IIF opera desde el Gobierno o la Procuraduría hacia el poder judicial. Este esquema difiere de los modelos de protección de las finanzas públicas que tienen como objetivo evitar que los parlamentos o las administraciones causen alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

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

El esquema de control fiscal contemporáneo más importante ha sido establecido en el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria de 2012. En la Unión Europea, la regla fiscal tiene como destinatarios a los Gobiernos de los Estados miembros. Estos deben presentar presupuestos equilibrados en cada uno de los ejercicios fiscales.⁵⁰ Al contrario de lo que se estableció en Colombia, en Europa son los jueces de la UE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y la Comisión quienes, a petición de uno de los Estados miembros, pueden sancionar al Estado que no incorpore la regla fiscal o que presente un presupuesto con un déficit superior al establecido en el Pacto Fiscal Europeo.

Mientras que en Estados Unidos y en Europa la regla de oro fiscal se fijó como un límite al poder ejecutivo y se establecieron mecanismos judiciales para sancionar su incumplimiento, en Colombia se utilizó a la inversa, como un mandato para

⁵⁰ El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria establece un máximo de déficit estructural anual de 0,5%. Los países con fuerte depresión pueden aumentar el déficit, pero con mecanismos legales y constitucionales de estabilización. Las multas por el incumplimiento del pacto pueden ser de hasta 0,1% del PIB.

limitar al poder judicial con una intervención de los ministros del Gobierno o del procurador general.

Sobre este último punto, la Corte Constitucional de Colombia estableció que el IIF no constituye una lesión grave a la autonomía judicial y al principio de separación de poderes.⁵¹ No obstante, la utilización de la regla fiscal y del IIF para permitir que el Gobierno o la Procuraduría ataquen las decisiones del poder judicial tiene una consecuencia negativa adicional, en un contexto caracterizado por el bajo grado de desarrollo del Estado de bienestar.

En concreto, es razonable inferir que no tiene el mismo efecto incluir un IIF dirigido a limitar las decisiones judiciales en un Estado del norte global con un alto nivel de construcción de sus políticas sociales, en el que la garantía de los derechos es espontánea y este se materializa en políticas públicas, que incluirlo en un Estado del sur global en el que el bienestar es una tarea pendiente y la intervención judicial constituye el eje del sistema de protección de los derechos de los ciudadanos.

De esta manera, la combinación entre la aplicación inversa del control fiscal y el bajo desarrollo de las promesas sociales de la Constitución en Colombia convierten al IIF en una amenaza grave al sistema interno de protección de los derechos de los ciudadanos. Por esa razón, en buena hora la Corte Constitucional declaró inexequibles algunas disposiciones de la Ley 1695 de 2013 por violación de la reserva de Ley Estatutaria en relación con su potencial aplicación al procedimiento de acción de tutela.⁵² Eso significa que, desde el año 2014, el IIF no procede contra las sentencias de revisión de tutela.

Ahora bien, es importante señalar que la Corte Constitucional de Colombia ha admitido recursos de nulidad contra las sentencias de revisión de tutela, en los que la autoridad encargada de cumplir las órdenes proferidas por el tribunal argumenta que el contenido de dichas órdenes tiene un alto impacto fiscal. En algunos casos, la Corte Constitucional ha sido sensible a ese argumento y ha moderado, modulado y modificado sus órdenes. Con esta práctica, la Corte ha permitido que se canalicen los mismos argumentos del IIF por medio del recurso de nulidad, con lo cual subsisten algunos de los riesgos para la eficacia del sistema de protección de los derechos constitucionales señalados en este artículo.⁵³

3.2. La inexplicable legitimación activa absoluta del procurador general

El Acto Legislativo 3 de 2011 y la Ley 1695 de 2013 establecen la legitimación activa absoluta del procurador general para interponer un IIF. Se trata de una facultad

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-288 y C-1052 de 2012.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870/2014.

⁵³ Por todos, se puede consultar el caso de la protección de los derechos laborales de las madres comunitarias (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-480/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos, y Auto 186 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos).

que genera una preocupación relacionada con las razones que justifican la intervención de una entidad que no tiene una posición institucional relacionada con la valoración de las finanzas públicas (e. g., Procuraduría) y la exclusión de otras instituciones que están diseñadas para ese tipo de análisis (e. g., Contraloría).

En primer lugar, esta posibilidad de intervención del procurador resulta redundante porque el Decreto 262 de 2000 (art. 7.12) ya establece que ese funcionario tiene facultades para intervenir en determinados procesos judiciales con el fin de defender intereses generales (e. g., sostenibilidad fiscal). Eso quiere decir que la posición del Ministerio Público sobre los efectos económicos de una posible sentencia pudo ser presentada durante el trámite del proceso y antes de la sentencia. No existen razones institucionales para que el procurador pueda reiterar esa posición después de que se ha adoptado la decisión judicial o para que la omisión de intervenir en el momento procesal oportuno valide una intervención posterior a la sentencia.

En segundo lugar, los presupuestos que fundamentaron la aprobación del IIF señalan que este instrumento pretende que la voz económica, consecuencialista, autorizada y especializada sea escuchada dentro del proceso de deliberación judicial sobre la protección de un derecho. No obstante, ninguna de estas condiciones está asignada a la Procuraduría General de la Nación porque su posición institucional no es la de una entidad técnica especializada en asuntos económicos.

Una prueba de que la Procuraduría carece de la especialización y experticia necesarias para interponer un IIF se encuentra en el IIF que esa misma entidad interpuso contra la Sentencia C-101/2013 de la Corte Constitucional. En esa decisión judicial, la Corte ordenó la realización de un concurso de méritos para proveer los cargos de procurador judicial que eran designados discrecionalmente por el procurador general.⁵⁴

Según la Procuraduría, se requerían seis años para cumplir la orden proferida por la Corte Constitucional. Sin ningún fundamento técnico serio, la entidad se limitó a dividir las etapas del proceso de selección en seis años y a señalar que ese era el tiempo necesario para elegir meritocráticamente a los procuradores judiciales. Este ejemplo muestra que si la Procuraduría carece de un equipo económico capaz de formular un plan de cumplimiento para órdenes que comprometen a su propia institución, esa deficiencia será todavía mayor cuando se trate de otras decisiones judiciales que puedan comprometer las finanzas nacionales.

Por esa razón resulta incomprensible que el Consejo de Estado haya declarado que la legitimación del procurador para interponer un IIF es absoluta y superior a la de los ministros. En efecto, según el Consejo de Estado, el procurador no debe

⁵⁴ Procuraduría General de la Nación, *Incidente de impacto fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013*, p. 12.

demostrar la existencia de una relación funcional con la entidad que le solicita iniciar el IIF, mientras que este requisito sí se aplica a los ministros.⁵⁵

La atribución de legitimación activa a la Procuraduría para interponer un IIF demuestra que hubo un déficit de deliberación en el proceso de aprobación de la reforma constitucional y de la ley que reguló este mecanismo. Esa deficiencia condujo a dotar de una herramienta de control fiscal a una entidad que no tiene esa función dentro del diseño institucional establecido en la Constitución de 1991.

Este argumento aparece respaldado por los problemas que ha enfrentado el propio ministro de Hacienda para sustentar sólidamente los IIF. En un caso reciente de IIF interpuesto contra la Sentencia C-492/2015, el ministro debió subsanar las deficiencias de su recurso inicial que carecía de razones suficientes, pertinentes y específicas para ser admitido por parte de la Corte Constitucional.⁵⁶ Aunque finalmente el IIF fue admitido y decidido, eso solo ocurrió después de varios esfuerzos del ministro de Hacienda para sustentar el IIF. Si el funcionario encargado de las finanzas públicas tiene problemas para argumentar sólidamente un IIF, resulta evidente que la carga será mucho más onerosa cuando se trata de una entidad ajena a estos conocimientos, como la Procuraduría General.

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

La mayor parte de los IIF presentados hasta el momento genera varios problemas e interrogantes. En primer lugar, estos IIF reflejan un problema de ambigüedad respecto de la expresión *alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal* contenida en el artículo 334 de la Constitución.

Por ejemplo, en unos casos, la Procuraduría General de la Nación entiende que ocurre una alteración seria de la sostenibilidad fiscal cada vez que el cumplimiento de una decisión judicial implica hacer una *erogación significativa*. En otros casos, la misma Procuraduría asimila la alteración fiscal con un *gasto no previsto*. En una tercera hipótesis, la misma entidad encuentra que existe alteración de la sostenibilidad fiscal por *ausencia de autonomía presupuestal*. Como se puede inferir, la indeterminación de la primera fórmula se ha solventado con otras todavía más indeterminadas.⁵⁷

En segundo lugar, existen problemas para determinar el grado que debe tener la alteración de la sostenibilidad fiscal para que proceda el IIF. No es posible determinar

⁵⁵ Consejo de Estado, Auto de 28 de mayo de 2013, Asunto: IJ 250002326000199900002-04 y 2000-00003-04, M. P. Enrique Gil Botero.

⁵⁶ Corte Constitucional de Colombia, Auto 184 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa, y Auto 233 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁷ Procuraduría General de la Nación, Incidente de impacto fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013, p. 2.

si es suficiente la alteración del presupuesto de una entidad, de un ente territorial, o si es necesaria una afectación de todo el presupuesto nacional.⁵⁸ Sin duda, la expresión “alteración seria” es infortunadamente ambigua e indeterminada.

Finalmente, es importante señalar que la Ley 1695 de 2013 incurrió en una omisión legislativa porque no prevé ninguna forma de control judicial sobre el desarrollo del plan de cumplimiento cuando se ha decidido favorablemente el IIF. Es decir, la ley no permite que los jueces intervengan para verificar que se cumpla la decisión judicial bajo los parámetros del plan de cumplimiento presentado por el ministro o el procurador. Se podrá afirmar que, en caso de incumplimiento, se puede iniciar un proceso nuevo de tutela o constitucionalidad. Sin embargo, lo ideal habría sido fomentar una actividad dialógica y cooperativa entre los poderes del Estado para lograr el cumplimiento de una decisión judicial de manera compatible con la preservación de la sostenibilidad fiscal. En teoría, al menos, esa era la lógica que inspiraba la incorporación del IIF.

4. Conclusiones

La Corte Constitucional afirmó que el IIF no es una violación de la autonomía judicial porque no se coacciona, condiciona o influencia al juez antes de adoptar su decisión.⁵⁹ Sin embargo, el tribunal se abstuvo de analizar si algunos de esos tres fenómenos ocurren en el momento de decidir el propio IIF que se tramita con posterioridad a la sentencia. Para conjurar ese riesgo, la propuesta de este artículo es que los argumentos relacionados con la sostenibilidad fiscal sean manifestados durante el procedimiento judicial. De esa manera, una vez proferida la sentencia, adquiere un carácter definitivo y debe ser cumplida sin posibilidad de ser recurrida.

Sin duda alguna, existe un menor grado de presión sobre el juez cuando los argumentos consecuencialistas hacen parte de la deliberación dentro del procedimiento inicial, y la Corte es libre de tenerlos en cuenta en una decisión que pondrá punto final al desacuerdo. Por el contrario, hay una limitación excesiva de la autonomía judicial cuando se establece un incidente de trámite obligatorio contra una decisión en firme y se cuestionan directamente las órdenes proferidas por la Corte Constitucional. Si se reconoce la facultad de la Corte para diferir los efectos de sus decisiones en un IIF, nada impide mantener esa misma competencia, pero sin una intervención posterior a la decisión final.

Esta propuesta se enmarca dentro de un constitucionalismo sensible a la protección de los derechos y al costo de las decisiones judiciales. El objetivo de este artículo ha sido cuestionar el mecanismo de IIF, como un primer paso dentro de la larga deliberación necesaria para construir un sistema sólido de garantía efectiva de los

⁵⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁵⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/2012.

derechos y un Estado de bienestar avanzado, y ubicar correctamente las amenazas a la sostenibilidad fiscal en Colombia. Muchas de esas amenazas se encuentran, sin duda alguna, lejos de los tribunales y de los ciudadanos que reclaman legítimamente la protección judicial de sus derechos.

Bibliografía

- ARANGO, Rodolfo, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011.
- BERGALLO, Paola, “El caso Mendoza, una experiencia de judicialización cooperativa”, en Roberto Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, pp. 225-238.
- BREWER-CARÍAS, Allan, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011, pp. 303-338.
- CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CLAVIJO, Sergio, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes. El caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 27-66.
- _____, “La Corte Constitucional y el fin de los regímenes pensionales especiales”, *La República*, 21 de mayo de 2013. Disponible en: http://www.larepublica.co/la-corte-constitucional-y-el-fin-de-los-reg%C3%ADmenes-pensionales-especiales_38967.
- CEPEDA ESPINOSA, Manuel José, *Las Sentencias de la Corte con implicaciones económicas: reflexiones con ánimo constructivo*, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, 2004.
- _____, “Social and Economic Rights and the Colombian Constitutional Court”, *Texas Law Review*, núm. 89, 2011, pp. 1699-1705.
- COMANDUCCI, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, pp. 90-112.
- CONSEJO DE ESTADO, Auto de 28 de mayo de 2013, Asunto: IJ 250002326000199900002-04 y 2000-00003-04, M. P. Enrique Gil Botero.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia T-595/2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- _____, Sentencia C-253/2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.
- _____, Sentencia C-1052/2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- _____, Sentencia C-870/2014, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- _____, Sentencia T-480/2016, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- _____, Auto 184 de 2016, M. P. María Victoria Calle Correa.

- _____, Auto 233 de 2016, M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- _____, Auto 186 de 2017, M. P. Alberto Rojas Ríos.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, Caso *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (CCT11/00), 2000. ZACC 19; 2001 (1) SA 46; 2000 (11) BCLR 1169, 4 de octubre de 2000.
- _____, Caso *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street Johannesburg v. City of Johannesburg and Others* (24/07), 2008, ZACC 1; 2008 (3) SA 208 (CC); 2008 (5) BCLR 475 (CC), 19 de febrero de 2008.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).
- CRIVELLI, Elisabetta, *La tutela dei diritti fondamentali e l'accesso alla giustizia costituzionale*, Padova, Cedam, 2003.
- DAVIS, Fergal, "Parliamentary Supremacy and the Re-Invigoration of Institutional Dialogue in the UK", *Parliamentary Affairs*, vol. 67, 2014, pp. 137-150.
- DIXON, Rosalind, "Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong-form versus weak-form judicial review revisited", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 3, 2007, pp. 391-418.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.
- EWING, Keith, "The Human Rights Act and Parliamentary Democracy", *The Modern Law Review*, vol. 62, núm. 1, enero, 1999, pp. 79-99.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7 ed., Madrid, Trotta, 2010.
- _____, *Democracia y garantismo*, 2 ed., Madrid, Trotta, 2010.
- FERRERES COMELLA, Víctor, "Amending the national Constitutions to Save the Euro: Is This the Right Strategy?", *Texas International Law Journal*, vol. 28, núm. 2, 2013, pp. 223-240.
- FISS, Owen, *El derecho como razón pública*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- GARDBAUM, Stephen, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- KALMANOVITZ, Salomón, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional", *Economía Colombiana*, núm. 276, 1999, pp. 124-130.
- NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, Incidente de Impacto Fiscal contra la Sentencia de la Corte Constitucional C-101 de 2013.
- RISHWORTH, Paul, "Interpreting Enactments: sections 4, 5, and 6", en Paul RISHWORTH *et al.*, *The New Zealand Bill of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 116-167.
- ROA ROA, Jorge Ernesto, "El modelo de constitucionalismo débil y la legitimidad democrática de la justicia constitucional en Colombia", *Serie de Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia*, núm. 40, 2015, pp. 1-22.

- ROACH, Kent, *The Supreme Court On Trial*, Toronto, Irwin Law, 2001.
- RODRÍGUEZ, César (coord.), *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes - Facultad de Derecho - Ediciones Uniandes, 2009.
- SAFFON, María Paula y Mauricio GARCÍA-VILLEGAS, "Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, núm. 1, 2011, pp. 75-107.
- SAGER, Lawrence, *Juez y democracia*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia 45/1989.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, Sentencia de la Sala Segunda de 21 de junio de 2016, 2 BvR 2728/13.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL, Acórdao 353/2012.
- _____, Acórdao 187/2013.
- TUSHNET, Mark, *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.
- _____, "Varieties of Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, núm. 1, 2016.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista Precedente*, núm. 25, 2006, pp. 37-68.