

LA COMPLEJIDAD EN LA DECISIÓN JUDICIAL. SOSTENIBILIDAD FISCAL VS.
ESTADO SOCIAL: UNA MIRADA DESDE EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

(2008-2017)

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
JOSÉ LUÍS VILLAMIZAR RODRÍGUEZ

Trabajo de grado presentado para optar por el título de Magister en Derecho Administrativo

Dirigida por el doctor
JORGE CARVAJAL

UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
BOGOTÁ D.C.
2016

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	5
A. Contextualización del tema	5
B. Planteamiento del problema	10
C. Justificación	11
D. Objetivos	13
E. Hipótesis	14
F. Metodología	15
G. Itinerario	16
1. EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO	17
1.1. ¿Qué es el realismo jurídico clásico?	17
2. ESCUELAS INFLUYENTES EN EL REALISMO JURIDICO	23
2.1. El Realismo Jurídico Clásico	23
2.2. La Escuela Escandinava	24
2.3. La Escuela Anglosajona	28
2.3.1. Representantes de la Escuela Anglosajona	31
2.4. Diferencia entre el Realismo Jurídico Escandinavo y Realismo Jurídico Americano	33
2.5. La apreciación de Dworkin	34
2.6. La justicia	34
2.7. Relación con el Estado Social de Derecho	38
3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA ECONOMÍA	50
3.1. La sostenibilidad fiscal en la interpretación del derecho	51
3.2. Concepto económico y jurídico de sostenibilidad fiscal	53
3.3. La sostenibilidad fiscal en el marco económico internacional	58
3.4. Relación de la sostenibilidad fiscal con la garantía de los Derechos Constitucionales	60
3.5. La garantía de los derechos asistenciales frente al criterio de sostenibilidad fiscal	66
4. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	68
4.1. Activismo judicial y justicia dialógica	80
4.2. Comportamiento Judicial en la toma de decisión	83
4.3. ¿Qué es el control de convencionalidad?	87

A.	Control de constitucionalidad	88
B.	Control de convencionalidad.....	91
4.4.	El Juez como materializador de la justicia a través de la herramienta de control de convencionalidad.....	96
4.5.	Impacto económico de las sentencias judiciales	98
A.	Sentencia T-760 de 2008 Acceso a la salud	103
B.	Sentencia T – 397 de 2009 Vivienda y Proyecto Productivo de los desplazados	111
C.	<i>Sentencia C-258 de 2013 Efectos regulación del Riesgo de Vejez</i>	121
D.	Sentencia T – 743 de 2013 Ser Pilo Paga	125
E.	<i>Sentencia C-154 de 2016 Creación de la Sala de Descongestión Sala Laboral Corte Suprema de Justicia y su impacto fiscal</i>	133
F.	Sentencia T-480 del 2016 Vinculación Madres Comunitarias e impacto fiscal	147
4.6.	Tendencias económicas presentes en las decisiones judiciales	152
A.	Populismo.....	154
B.	Populismo judicial.....	158
5.	APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO.....	165
	BIBLIOGRAFÍA.....	170

RESUMEN

El Estado Social de Derecho se erige como la formula política acogida por el Constituyente de 1991; su principio fundamental es el respeto de la dignidad humana y, consecuentemente, el logro de la justicia material sobre la formal. Esta filosofía impone en la actividad judicial el deber de proteger y garantizar tanto los derechos fundamentales como los prestacionales. Sin embargo, el Estado Colombiano presenta problemas económicos que ponen en entre dicho la posibilidad de materializar el contenido de los fallos. Este trabajo pretende resolver, a partir del realismo jurídico clásico, la cuestión acerca de sí es posible o no limitar el poder judicial de su prerrogativa de fallar sin atender a la situación económica del país. Se trata de un esfuerzo de mantener la autonomía de los jueces, pero también de concretar una solución que garantice la justicia material, a través de la descripción y análisis de una posición filosófica determinada y el examen de algunos casos que muestran la necesidad de que los jueces realicen un análisis económico de derecho al momento de proferir sus fallos.

PALABRAS CLAVE: Estado Social de Derecho, justicia material, actividad judicial, problemas económicos, realismo jurídico clásico, fallos.

ABSTRACT

The rule of law stands as the host policy formulated by the Constituent Assembly of 1991; its fundamental principle is respect for human dignity and, consequently, the achievement of material on formal justice. This philosophy prevails in judicial activity duty to protect and guarantee fundamental rights both as prestacionales. However, the Colombian government has economic problems that put in between that the possibility of materializing the content of faults. This work aims to solve, from classical legal realism, the question about whether it is possible or not to limit the judiciary of its prerogative to fail without Attendant to the economic situation of the country. It is an effort to maintain the autonomy of judges, but also to realize a solution that ensures the material justice, through the description and analysis of a particular philosophical position and examining some cases show the need for judges conduct an economic analysis of law when proffering their failures.

KEYWORDS: rule of law, material justice, judicial activity, economic, legal realism classic, failures.

INTRODUCCIÓN

A. Contextualización del tema

La Constitución Política de 1991 incorporó el esquema del Estado Social de Derecho como filosofía rectora del ordenamiento jurídico colombiano; en este sentido, pregona el artículo primero de la misma que “Colombia es un Estado social de derecho [...] [fundado] en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Al respecto, la CORTE CONSTITUCIONAL sostuvo que:

El Estado Social de derecho hace relación a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas o sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección [...] [exige] esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance [...] [el] fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dinerarios para desenvolverse en sociedad (*Sentencia T-426/1992*, M.P.: GAVIRIA DÍAZ, C.).

De lo referido se desprenden al menos dos apreciaciones: por una parte, el Estado Social de Derecho hace referencia a una de múltiples formas de organización política, cuya principal característica es el respeto de la dignidad humana, de la otra y en simultánea, al ser un mandato político, constituye un principio que debe orientar la actividad de la organización, es decir, debe ser una guía para la dinámica legislativa, administrativa y judicial.

El Estado, por definición moderna del concepto, se entiende como una organización política y jurídica, para resguardar la vida en sociedad, a través de la imposición de normas sobre un territorio determinado y un poder público (PÉREZ VILLA, 2005)¹. Este se puede regir por diversas filosofías políticas que responden a las necesidades de un momento histórico determinado (DE OTTO, 1998). Así, en tiempo cercanos a la Revolución Francesa, ante la ausencia de normas estables y la sujeción del derecho a la voluntad del Monarca, surgió el Estado de Derecho, el cual se caracteriza por el respeto al derecho escrito y la jerarquía de las normas o el principio de legalidad; posteriormente, ante la necesidad de que las diversas posiciones políticas intervinieran más activamente en la creación del derecho, se creó el Estado Democrático, cuyos principales postulados son la pluralidad y la participación; más recientemente, en la Alemania posguerra, frente a la difícil situación económica que dejó el conflicto y, secuencialmente, las necesidades de la población, se erigió el Estado Social, el cual se sustenta en el principio de la dignidad humana y la creación de políticas públicas tendientes a solventar las necesidades de la población (RESTREPO ESCOLA, 1997). Coherentemente, cada organización política asumirá una forma de Estado, dependiendo de las situaciones que la caractericen.

El Estado Colombiano tomó una posición intermedia respecto a las filosofías mencionadas y, teniendo como eje, el respeto de la dignidad humana, y los principios de la participación y el pluralismo y la legalidad, incorporando como guía la figura del Estado Social de Derecho. Esta

¹ Conviene referenciar que el concepto moderno de Estado proviene de tiempos posteriores a la Revolución Francesa; hasta entonces, existían otras visiones ya perceptibles en Grecia, con la *polis* y en Roma, con el *Imperium* y la *Republica Christiana*. En esta nueva concepción se define como un conjunto de órganos políticos –legislativo, ejecutivo y judicial- cuyo funcionamiento proviene de una Constitución (Organización Política; poder público) con el principal propósito de garantizar la vida y el respeto de los demás derechos del individuo frente a la sociedad, a través de la imposición de normas sobre un territorio (Organización Jurídica) (PÉREZ VILLA, 2005). Es preciso, en consecuencia, afirmar que en el Estado son plenamente diferenciables las funciones políticas y las jurídicas.

actitud, como lo afirma BOBBIO (1986), responde a la necesidad de las sociedades modernas de que la justicia y la democracia formal, es decir, solamente reconocidas en las declaraciones políticas, se vuelvan más reales.

La incorporación de esta fórmula política, además, constituye un principio que debe proyectarse en la actividad de los diferentes órganos del Estado; el legislador debe crear, derogar y modificar las leyes de acuerdo a la premisa de mantener o mejorar el nivel de vida de las personas residentes en el territorio nacional, el ejecutivo debe administrar los recursos a través del respeto de las normas y el judicial debe garantizar la justicia real y no formal.

Cabe destacar la función del Órgano Judicial en el Estado Social de Derecho, pues es la más comprometida con esta filosofía política; en efecto, los jueces son materializadores de la justicia frente a la formalidad de las declaraciones políticas. Dicho de otro modo, ellos se encargan de que la justicia sea una realidad (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/1992)². Véase el siguiente ejemplo; el constituyente primario determinó que en el Estado Colombiano es un derecho fundamental la igualdad ante la ley y las autoridades (C. Pol. art., 13) (este es apenas un reconocimiento político escrito en la Constitución), conforme con esto, el Legislador creó disposiciones para regular este derecho como el procedimiento de la acción de tutela, pero es el

² La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades, como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender.

Juez quien en casos reales y concretos hace que estas disposiciones no sean solo declaraciones políticas sino una realidad estatal.

El Juez es, entonces, el operador principal en este modelo de Estado, pues, a través de sus funciones de resolver controversias y declarar el derecho (ANGULO BOSSA, 2004), materializa la justicia real en el sentido de que garantiza que los derechos de las personas –principales en lo social- realmente existan como cosas concretas –V.gr., vivienda, alimentación, salud etc.-

Ahora bien, como se puede percibir la actividad judicial genera una serie de erogaciones por parte del Estado; por ejemplo, si un Juez a través de una tutela determina que a Sócrates se le debe garantizar el derecho a la salud a través de un acompañamiento constante de una enfermera, el Estado deberá disponer del dinero necesario para pagar los servicios de esta profesional y los materiales que se necesiten. Sin embargo, lo relativo a la distribución de los recursos del Estado está en cabeza del Presidente de la Republica (Ejecutivo) a través de la proposición del plan nacional de desarrollo para la aprobación del Congreso (Legislativo).

Coherentemente, en el Estado se perciben funcionarios que son elegidos popularmente y otros que se vinculan al Estado a través del concurso y el cumplimiento de requisitos de ley (ALEXY, 2006). En el primer caso, se encuentran los Senadores y los Representantes a la Cámara (el Congreso), el Presidente de la República, los Alcaldes etc. (C. Pol. art, 260), quienes son elegidos a través del voto popular programáticamente y quienes son responsables ante su elector por sus propuestas. Del otro lado, se encuentran los jueces de la República, quienes no son elegidos por el pueblo y consecuentemente solo son responsables por el cumplimiento o no de la ley. Conforme con esto, se encuentra que el Legislativo y el Ejecutivo están de cierta manera vinculados a sus electores, quienes en caso de no estar de acuerdo con su programa de gobierno podrán utilizar

figuras como la revocatoria del mandato; así se ve en la Constitución cuando cita “Quienes elijan gobernadores y alcaldes, imponen por mandato al elegido el programa que presentó al inscribirse como candidato (...) La ley reglamentara el ejercicio del voto programático” (art., 259). Al respecto, GÓMEZ SIERRA (2010) determina que “[cuando] el mandato es imperativo las personas designadas para ocupar cargos en cuerpos deliberativos están obligadas a ceñirse a instrucciones dadas por sus electores [...] [se] diferencia así del mandato representativo o libre, en el que no hay materias vedadas para los funcionarios, quienes siguen nada más que los dictados de sus conciencias” (p. 161). En contraste, el judicial se erige como independiente para fallar conforme a la ley y a una concepción de justicia armónica con el Estado Social³; recuérdese que según la norma de normas “los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley [...]” (art., 230) y de la misma manera “[...] [sus] decisiones son independientes [...]” (art., 228). Desde esta perspectiva, a los jueces les corresponde fallar con independencia de la manera como el Legislativo y el Ejecutivo administre los recursos económicos del Estado.

Empero, la realidad económica colombiana muestra la necesidad de hacer ajustes en el manejo de los recursos pues aunque la economía está en desarrollo aún se presentan deficiencias, originadas, en parte, en la corrupción y los malos manejos administrativos (SÁNCHEZ, 2013). Se deben tomar medidas efectivas pues los recursos no son suficientes. Un claro ejemplo es que actualmente en Europa a muchas personas se les garantizan derechos prestacionales, no obstante, ante la falta de recursos, los sistemas prestacionales han tenido que reducir su cobertura, pues de lo contrario en el futuro el gobierno no va a poder mantener los estándares mínimos de vida.

³ Aunque la norma Constitucional del artículo 230 sólo precisa que los jueces están sometidos al imperio de la Ley, uno de los valores o axiomas a los cuales tiende la actividad judicial es la justicia; así se ve en el Preámbulo. Por lo anterior, se afirma que también está sometido a su concepción de justicia.

Colombia no es ajena a esta necesidad. Existe un ejemplo claro de que las sentencias judiciales deben acoplarse a la realidad económica; se trata de lo sucedido con las madres comunitarias, a quienes a través de un fallo, se les reconoció el derecho a recibir un salario mínimo y a unas prestaciones, pero, en razón de las 50.000 madres comunitarias registradas en el país, eso costaba más de \$850 mil millones; frente a esto, el ministro de Hacienda en su momento dijo que aunque tenía que cumplir la orden judicial no contaba con los recursos y que la única opción era modular esa sentencia y se puso un plazo de cumplimiento a dos años (NUNVALLE, 1995). La idea de modular los fallos es poder seguir cumpliendo con la garantía de los derechos sin poner en riesgo la economía por cuenta de las decisiones judiciales.

No se trata simplemente de una posibilidad, sino de la garantía del principio de sostenibilidad fiscal del Estado elevado a rango constitucional mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, el cual legitima al Procurador General de la Nación o a alguno de los Ministros para que formulen un incidente de impacto fiscal con el propósito de que se module, modifique o difiera los efectos de un fallo problemático.

B. Planteamiento del problema

Si, por una parte, los jueces son independientes para proyectar sus fallos conforme a la ley y su concepción de justicia y, a su vez, su actividad, determinadora de la justicia real dentro del Estado Social de Derecho, genera erogaciones económicas para el Estado y, de la otra, la realidad económica del país muestra deficiencias, por lo que se recomienda hacer ajustes en el manejo de los mismos, e incluso se crea un incidente para que los jueces modifiquen, difieran o modulen los efectos de sus fallos; surge un problema práctico en la actividad judicial. Se trata de que si bien los jueces son independientes para fallar, su actividad no se puede limitar a una declaración

netamente formal de derecho sino a una búsqueda de la justicia real, y, desde esta óptica, deben propender porque sus fallos se ejecuten. Esta situación se puede traducir en una cuestión *¿Cuál ha sido la postura del juez constitucional colombiano frente al criterio de la sostenibilidad fiscal y la necesidad de proveer una justicia material que realice los derechos sociales?*

Conviene determinar el alcance del problema planteado; este hace referencia a la cuestión de la interpretación constitucional en el marco del Estado Social de Derecho a la luz de la realidad económica del país. En la actualidad hay, de cierta manera, una grieta muy grande entre los fallos de los jueces y su impacto económico, quienes en el afán de hacer cumplir las disposiciones constitucionales –especialmente aquellas referidas a derechos prestacionales-, defender el modelo de Estado y velar por los derechos fundamentales de los Colombianos, en verdad terminan haciendo que estos últimos sean regresivos y convierten la filosofía del Estado en una utopía irrealizable.

C. Justificación

La pregunta planteada constituye un problema práctico para la actividad judicial pues de su respuesta va a depender la manera cómo van a fallar los jueces y la manera cómo van a concebir la administración de justicia los estudiosos del derecho; si se responde afirmativamente, es decir, aseverando que los jueces deben seguir la indicación de hacer ajustes al manejo de los recursos y que, en consecuencia, deben limitar sus fallos a los peculios existentes, estos van a dejar de fallar tan protectoramente como lo venían haciendo y van a buscar más administrar recursos que administrar justicia; *contrario sensu*, si se responde negativamente, los jueces van a seguir fallando independientemente de cómo se administre el dinero de la organización política obligando a que se generen recursos para satisfacer los derechos de las personas.

A sí mismo, este estudio se justifica desde la perspectiva del litigante y del estudioso de la ciencia jurídica, pues, de la manera como fallen los jueces, depende la manera como se va a estudiar el derecho; esto se refirma cuando se percibe que el derecho es una ciencia o un arte práctico (HERVADA XIBERTA, ¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico clásico, 2004) y ni el litigante ni el estudioso buscan simplemente conocer el derecho sin hacerlo ni construirlo sino más bien utilizarlo para solucionar casos concretos.

Por otra parte, esta investigación está dirigida a los académicos, a los jueces, o a los simples estudiosos del derecho, y, en particular, Magistrados de la República. Con ella se pretende aportar soluciones prácticas y herramientas conceptuales y teóricas a ciertos problemas típicos de la sociología y la Filosofía del Derecho, que derivan justo del Derecho Público, en donde se regulan las relaciones del Estado y sus instituciones con los particulares. A pesar de que los pronunciamientos de los jueces tienen una fuerza vinculante, no se ha investigado absolutamente nada al respecto de los efectos reales de sus decisiones, ni sobre las prácticas cotidianas que los magistrados, como jueces, llevan a cabo para proferir sus sentencias. Es desde la metodología, que se podría investigar los presupuestos desde los cuáles ellos dictan sentencia. De la mano de la hermenéutica jurídica, la teoría crítica y la metodología, partimos del hecho de que cualquier idea o cualquier práctica pueden ser sometidas a revisión para comprobar que exista la coherencia necesaria entre el discurso y sus efectos contextuales. En otras palabras, es necesario establecer con suma claridad cuál es el marco de reflexión político económico que desarrolla la Corte Constitucional en la modulación de fallos relacionados con principios de orden social. También busca ilustrar de manera sencilla, comprensible y didáctica a todos los públicos, en la importancia y complejidad de la tarea del juez constitucional, para que se entienda la razón de ser de las

decisiones que irradian a todas las esferas del saber jurídico y de la sociedad; sus efectos prácticos, sus impactos económicos y las consecuencias para la forma en que pensamos el derecho y los órdenes sociales.

Las anteriores líneas, conducen ineludiblemente a reflexionar y sopesar el papel realizado hasta el momento por parte de nuestro juez constitucional dentro de este Estado Social de Derecho, para determinar si está cumpliendo o no cabalmente el mandato de garante de los derechos organizados en la parte dogmática del máximo estatuto, o si por el contrario su misión está encaminada a un mero cotejo de normas de distinta categoría sin alcance concreto, lo que la convierte en un simple legislador negativo, como aspiran muchos de sus detractores que no entienden su función y los efectos de sus providencias.

D. Objetivos

El objetivo general de este trabajo es, conforme al planteamiento del problema y su justificación, **establecer** desde la perspectiva de los jueces la relación entre modelo económico y realización de los derechos sociales. Para concretar este, se deberán proponer otros objetivos específicos, a saber; (1.) **confrontar** los debates entre juristas y economistas sobre el papel que cumple los jueces en la realización del Estado Social de Derecho, (2.) **analizar** los fallos de la Corte Constitucional que involucren la materialización de los derechos sociales con el fin de establecer las tendencias que se establecen en política económica, determinando si los fallos tienen una connotación populista, asistencialista o distribucionista y, finalmente, (3.) **establecer** si los fallos proferidos por la Corte Constitucional se enmarcan dentro de las tendencias de justicia material contemporánea.

E. Hipótesis

Se pretende evidenciar lo difícil, especial y crucial que es la hermenéutica constitucional, teniendo en cuenta las características de las normas supremas. Aquellas son de textura abierta, expresan valores y principios, están sujetas a diversas interpretaciones según el cáliz o la óptica filosófica, política, social e incluso religiosa del intérprete. Por las anteriores razones algunos analistas sostienen que la constitución no tiene significado propio, sino que su sentido no es más que aquel que establecen los jueces constitucionales en sus sentencias. Esta afirmación deberá ser ponderada con el fin de determinar su grado de certeza, pues la misma constituye un parámetro fundamental para repensar la tarea instrumental de dicha Corporación en lo que respecta al grado de liberalidad de la interpretación constitucional y su incidencia regulatoria de los principios materiales o económicos establecidos en la Constitución. Al respecto se pueden evidenciar al menos tres apreciaciones:

- A partir de la modulación de algunos fallos sobre derechos sociales, la Corte Constitucional ha evidenciado una asimetría frente a la relación entre modelo económico y realización de los derechos sociales, evidenciándose una diversidad de lógicas o perspectivas que se pueden determinar o establecer a partir de diversos enfoques sociológicos, económicos y discursivos.
- Aunque el objetivo de la Corte Constitucional sea hacer valer la Constitución y con ella los derechos fundamentales, al ignorar el impacto económico de las sentencias dentro de su discurso, el efecto inmediato es hacer regresivos a los derechos fundamentales.
- Aunque la estructura de la Constitución Política de Colombia actual y las acciones de la Corte Constitucional estén guiadas por las directrices del Estado Social de Derecho, al

ignorar el impacto económico de las sentencias, los jueces socaban las bases del Estado Social de Derecho y lo hacen imposible. (se quitaron los párrafos)

F. Metodología

Se elaborará una tesina para responder al problema expuesto: conforme con esto, se propondrá una hipótesis nueva frente al problema de la interpretación judicial en el marco del Estado Social de Derecho y economía nacional. Para lograrlo se hará una descripción teórica del realismo jurídico clásico, en tanto filosofía de solución, y su relación con el Estado Social de Derecho y la práctica judicial. A su vez se hará un análisis de los argumentos y una crítica de las posiciones contrarias. Bien se podría llamar este método: descriptivo, analítico y descriptivo.

El método utilizado es cualitativo, por cuanto el interés de los autores es buscar el significado de los fenómenos de interpretación judicial frente al Estado Social de Derecho, reflexionar sobre la situación real misma, no se mueve en la esfera de cuantificar datos, sino de dar prioridad a la comprensión y sentido al papel que cumplen los jueces colectivos o cooperados, en la realización del Estado Social de Derecho, en sus decisiones enfrentado al modelo económico y realización de los derechos sociales.

Es también inductiva, por cuanto se busca una aproximación con las situaciones reales, explorándolas, describiéndolas y comprendiéndolas. El método será analítico en la medida en que el desarrollo de la investigación buscare la recolección posterior, análisis de la información, para una concreción de conceptos.

Las fuentes serán tanto primarias como secundarias, pues el tema a investigar tiende a abordar temáticas económicas, jurídicas, políticas y sociales, siendo de vital importancia consultar todo

tipo de fuente. Y la técnica se basará principalmente en revisión documental de cómo actúan los jueces unipersonales y colectivos o cooperados al decidir.

G. Itinerario

Esta tesina está dividida en dos capítulos principales: el primero, se ocupa del realismo jurídico clásico y su relación con el Estado Social de Derecho y la práctica judicial; entre tanto, el segundo, se dedica a los diferentes pronunciamientos teóricos respecto a la relación de la Ciencia Jurídica con la economía. Finalmente, en tercer momento, se ofrecerá la conclusión como respuesta al problema formulado.

Se quitó el párrafo.

1. EL REALISMO JURÍDICO CLÁSICO

En este capítulo se presentaran los principales postulados teóricos del realismo jurídico clásico, en cuanto filosofía del Derecho aplicable al problema de la interpretación constitucional frente a los problemas de recursos del país: inicialmente, se definirán las notas características de esta filosofía, después, se hará un análisis del concepto de justicia en esta teoría, y, finalmente, se relacionarán los postulados con los lineamientos del Estado Social de Derecho.

1.1. ¿Qué es el realismo jurídico clásico?

La filosofía es principalmente ontología (GARCÍA MORENTE, 2010). Así las cosas, la primera pregunta del filósofo del derecho es ¿Qué es el Derecho? No obstante, si se analiza con detenimiento no se trata de una pregunta netamente teórica sino que, por el contrario, tiene un amplio sentido práctico. Tanto el juez como el litigante –sin dejar de lado a aquellos profesionales del derecho que ejercen otros oficios (p.ej. Notario, Ministro, Senador, etc.)-, e incluso el estudiante de derecho, se realiza este cuestionamiento buscando satisfacer una necesidad práctica: determinar qué es lo que va a aplicar. ¿Será acaso que el derecho es la norma emitida por quién tiene poder legislativo? O ¿Serán que el derecho tiene raigambre en una noción superior de justicia que puede ir en contravía del derecho legislado? La respuesta a estos interrogantes se materializa en la actividad diaria del jurista quien se enfrenta al debate moral de aplicar normas que puede considerar injustas. Es por ello, que si se quiere realizar un estudio respecto a la actividad del juez –jurista por excelencia-, se debe iniciar por definir en que consiste el arte o la ciencia que aplica a diario.

Según algunos autores, Derecho –en sentido etimológico- proviene de las voces latinas *directum* y *dirigere* que, traducidas al castellano, significan conducir, enderezar, gobernar, llevar

rectamente una cosa de un lugar a otro (CASADO, 2008). Por consiguiente, en sentido amplio es sinónimo de lo recto, lo igual, lo neutro, lo dirigido –sin torcerse o desviarse- y, en sentido concreto, quiere decir *jus*, expresión que en la Roma antigua se usaba para designar el derecho creado por el hombre (*lex humana*) en oposición al derecho sagrado (*Fas* o *lex divina*)- (GONZÁLEZ-DÍAZ-LOMBARDO, 2004). Como se puede deducir el derecho es, por lo menos desde su concepto etimológico, es la norma que rige, rectamente, esto es, sin torcerse hacia ningún lado, la vida de las personas para hacer posible la convivencia social. Es tanto tal determina la conducta de las personas; es decir, les indica a los seres de naturaleza racional, la manera de conducirse en sociedad.

En efecto, la persona humana, definida por Beocio como la “sustancia individual de naturaleza racional” (GAY BOCHACA, 2004, pág. 343), es, en principio, libre para actuar y desenvolverse acorde a su naturaleza reflexiva. Empero, en sociedad, esta libertad no es plena; por el contrario, se encuentra restringida por reglas aplicables por igual a todos los integrantes del conglomerado social, orientadas a disciplinar las relaciones entre los individuos, cómo diría en célebre frase Rousseau (1984) “el hombre nace libre y, sin embargo, vive en todas partes entre cadenas” (1984, pág. 5). De ahí que, como lo afirma GAY BOCHACA (2004), la palabra derecho, que, como se afirmó líneas atrás se deriva de la voz latina *dirigiere*, enlaza una regla de conducta o un modo de actuar. De este modo, el derecho hace parte del conjunto de reglas morales que dirigen las relaciones sociales –valores, principios, motivaciones-, con la particularidad de ser el único cuya violación conlleva a una sanción, y por lo tanto, el único que se basa en la capacidad de utilizar un poder superior al individuo, el poder Estatal (SORIA VERDE, 2011).

Se vislumbra, pues, que el derecho es esencial para el recto funcionamiento de la sociedad, de ahí que definirlo resulte ser importante, aunque determinarlo a fin de aplicarlo resulte ser eminentemente más práctico. En efecto, es una necesidad humana; no puede existir un conglomerado social sin un cuerpo de normas que regule la conducta del individuo como miembro de la colectividad. Incluso en los pueblos más primitivos existían normas obligatorias que determinaban la conducta de las personas, generalmente, eran dictadas por los jefes o caciques quienes tenían la facultad de regular el funcionamiento de cada tribu y sus relaciones con otros pueblos. Una clara referencia en la cual se puede evidenciar la veracidad de esta afirmación se puede evidenciar en la siguiente cita del historiador griego Heródoto:

Como los pueblos norafricanos enemigos –considerados por aquel entonces como barbaros-, establecían treguas para comerciar, y cómo no establecían contacto directo sino que los oferentes de una mercancía la colocaban en la playa y se retiraban; venían presuntos comparadores y ponían al lado lo que ofrecían en cambio, y se retiraban también, y si los oferentes estimaban justa la contraoferta, recogían la mercancía y se retiraban para que los del otro banco recogieran la que se le dejaba a cambio (DE JOUVENEL, 2009, pág. 45).

Como se percibe, el orden jurídico con la intervención de una autoridad encargada de hacerle cumplir es función fundamental para la convivencia pacífica de toda agrupación humana, pues el Derecho es elemento cohesionador que garantiza su existencia; la ausencia de reglas y cada cual pretenderá actuar a su voluntad de imponer sus propias reglas y hacer justicia por sí mismo. Por medio del derecho, los inevitables conflictos que se suscitan entre los individuos se resuelven de manera pacífica conforme a las reglas dictadas por la sociedad. El derecho, en consecuencia, es el medio racional para resolver los conflictos sociales.

El Realismo Jurídico Clásico es una teoría de la justicia y del derecho elaborada a partir de la actividad práctica del jurista (HERVADA XIBERTA, 2000). A su vez, es un esfuerzo por

concretar una filosofía práctica de la ciencia jurídica que responda a las necesidades de la sociedad actual a partir de la revaloración de la filosofía griega y su tradición escolástica.

Del Derecho, en cuanto conocimiento sistemáticamente organizado, se dice que es en parte especulativo y en parte práctico. La ciencia jurídica es especulativa, cuando se trata como un conocimiento que refleja la realidad pero sin hacerla o construirla (precisamente el término “especulativo” viene del latín *speculum* que significa “espejo”); piénsese en un documento que describa el régimen de transición pensional incorporado en la Ley 100 de 1993 (art., 36), pero no tome, ni desarrolle, una postura frente a los posibles problemas para su aplicación expuestos anteriormente por la doctrina jurídica, por ejemplo, el referente a la posibilidad de acumular o no los tiempos de servicios oficiales y las cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales ante la ausencia de una norma que en los regímenes anteriores permitiera hacerlo, cuando se habla del derecho de esta forma se está especulando, es decir, se está buscando reflejar una realidad pero no desarrollarla, pues quien lo lea sabrá cómo es esta realidad pero no sabrá aplicarla.

Entre tanto, el Derecho es una ciencia práctica o arte, cuando quien lo posee sabe hacer algo, sabe materializar estos conocimientos en el plano real, es decir, frente al ejemplo del régimen de transición, sabe cómo hacer para obtener una pensión con base en la acumulación de tiempos de servicios al sector público y cotizaciones al ISS. Faltan conocimientos especulativos para hacer una cosa en el mundo de lo jurídico; sin embargo, el Derecho es una ciencia eminentemente práctica; esto se percibe en que cuando una persona busca un abogado no lo busca para que le describa cómo funciona el ordenamiento legal, sino, por el contrario, para que lo materialice y de esta manera le resuelva un problema (por ejemplo, la negativa de la entidad correspondiente para

otorgar una pensión con base en el criterio de que en los regímenes anteriores no existe norma que permita la acumulación de semanas).

De lo expuesto hasta aquí se puede afirmar algo, el jurista (también conocido con menos precisión conceptual como abogado) se dedica a poner en práctica conocimientos especulativos del Derecho, develando qué es lo justo en las relaciones sociales, en la sociedad; es, por así decirlo, “el técnico de la justicia”, el que sabe de lo justo y de lo injusto en casos concretos.

Se atribuye al genio romano la transformación del saber del Derecho en un arte o ciencia; cabe mencionar que este se caracterizaba por ser eminentemente práctico y poco dado a las especulaciones filosóficas (de eso se encargaron en su momento los griegos) (VILLEY, 1983). Los romanos definieron el Derecho como “la ciencia de lo justo y de lo injusto” (HERVADA XIBERTA, 2004, pág. 7); de ahí que utilizaran el termino jurista para designar al hombre que conocía de la ciencia jurídica, es decir, a quién la tenía en su poder. En latín la palabra *ius* o *jus* (la letra j no es más que una i alargada) quiere decir “derecho” y de ahí se denominaron juristas quienes se dedican al derecho. Se ha afirmado que el Derecho es una ciencia netamente practica; ahora, se puede decir, que es el jurista quien práctica el derecho.

Toda ciencia responde a una necesidad humana pues como arte consiste en saber hacer, saber producir y cosas similares. El Derecho, al ser una ciencia, surge frente a una causa o necesidad. Esto queda claro cuando percibimos que la actividad del jurista se genera a partir de una solicitud que le hace otro, ya sea su cliente, ya sea el fiscal o el demandante –cabe afirmar, que es jurista el litigante, el asesor y, principalmente, el juez-. Al respecto podría anotarse el siguiente ejemplo; una persona necesita realizar una demanda en contra de su empleador porque no le ha pagado su salario ni sus prestaciones sociales, para esto busca la asesoría de un jurista, quien se encargará de

poner en movimiento el aparato judicial frente al problema de su cliente; será también un jurista, el abogado de la contraparte, quien buscará desacreditar las peticiones del demandante, y finalmente, el juez, jurista por antonomasia, será quien decida si concede las pretensiones solicitadas por el demandante a través de su apoderado. A su vez, y como consecuencia de que se construya a partir de la actividad judicial, la filosofía realista clásica del derecho, delimita la ciencia jurídica en el poder judicial; “si dentro de las funciones o poderes del Estado queremos delimitar el arte del derecho, no acudiremos al Parlamento o poder legislativo, ni al gobierno o poder ejecutivo; acudiremos al judicial” (HERVADA XIBERTA, 2004, pág. 9).

Sobre este tema, aparece ya decantado por la doctrina extranjera que el realismo jurídico es una doctrina filosófica que identifica al derecho con la fuerza estatal o con la probabilidad asociada a las decisiones judiciales, comparte con las diferentes corrientes del realismo filosófico una consideración unitaria de la ciencia y la filosofía, el uso del análisis como método, y el pluralismo como metafísica, así como una visión del mundo naturalista y anti-idealista.¹ El realismo jurídico se desarrolló en el siglo XX, contra el formalismo conceptual que había caracterizado a la ciencia jurídica del siglo anterior. Como antecedente del realismo clásico, se indica a los sofistas griegos. Entre ellos destaca Trasímaco, para quien el derecho es la voluntad del más fuerte.

Para los realistas jurídicos el derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal. Esto supone que el concepto de validez pasa a un segundo término, mientras que el concepto de vigencia (eficacia) se convierte en piedra angular del conocimiento del derecho. La función jurisdiccional recupera un rol preponderante. El derecho se

contiene, principalmente, en los precedentes judiciales y en las sentencias dictadas por los tribunales; una ley que no se aplica es una ley muerta.

Criterios contrarios, a los de Kelsen y Hart para quienes el derecho está formado sólo por normas fundadas en otras normas. Esta mentalidad considera que la ciencia jurídica sólo puede dedicarse a estudiar las normas válidas. La forma en que estas normas son efectivamente cumplidas, aplicadas, obedecidas o eludidas no es objeto de la ciencia del derecho, sino de otra disciplina diferente: la Sociología jurídica. (Recordemos que la postura de Kelsen y Hart adoptaron una actitud crítica frente al sociologismo jurídico).

Para la mayoría de los filósofos y sociólogos, las características del realismo jurídico contemporáneos, se hayan al menos en las argumentaciones de tres escuelas que tienen que ver con su nacimiento: la clásica, la estadounidense, la escandinava; la rusa, y la interpretación jurídica del francés Michel Troper.

2. ESCUELAS INFLUYENTES EN EL REALISMO JURIDICO

2.1. El Realismo Jurídico Clásico

Está se basa en diversas orientaciones filosóficas tales como, raíces en la filosofía clásica griega, escolásticas y del iusnaturalismo escolástico. El realismo jurídico clásico, denominado así por tener su raíces en el realismo filosófico, en la cual los objetos son susceptibles de ser

conocidos, es decir, que son ellos en sí mismos y no lo que el sujeto conoce de él, el objeto que se conoce por medio de los sentidos, como lo expone Aristóteles.

Aristóteles al exponer la teoría funcional, dice que es natural la racionalidad del ser humano donde se deriva su naturaleza humana y que es inherente la dignidad del mismo. Para el realismo jurídico, el ser humano es titular natural de derechos por solo el hecho de serlo; expuesto lo anterior se expone claramente la vinculación del realismo jurídico clásico con iusnaturalismo escolástico, no siendo este su única fuente, pasando por varias etapas.

También se vincula el Realismo Jurídico con el derecho romano y la máxima *res iusta* o cosa justa según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto: “dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo” (DURÁN, 2010, pág. 28). Es entonces el Realismo Jurídico Clásico una teoría de la justicia y del derecho de distribución a cada uno según su derecho.

El Realismo Jurídico Clásico afirma que la justicia es una cosa real y concreta en cada caso, por tanto la actividad del jurista se trata de encontrar dicha justicia en cada situación jurídica. (HERVADA, 1988)

2.2. La Escuela Escandinava

Surgió a comienzos del siglo XX en los países de Suecia y Dinamarca, su argumentación se caracteriza no sólo por su rechazo al iusnaturalismo, sino también al positivismo normativista y formalista. Frente a estos últimos, la crítica se centra en el método que utilizan en la elaboración de los conceptos jurídicos. (FASSÓ, 1988) Para esta, el Derecho es un fenómeno psíquico

colectivo, que consiste en la existencia de derechos subjetivos y deberes como algo diferente de la realidad empírica, los que caben sólo dentro del imaginario humano, de donde deriva su fuerza vinculante. (FASSÓ, 1988), ha sido considerado como su fundador, creando en Suecia la Escuela de Uppsala, la que reaccionó frente al idealismo metafísico dogmático dominante, señala, como una de sus ideas centrales, que el Derecho constituía una idea de poderes suprasensibles de carácter mágico y, por tanto, una idea falsa, siendo los conceptos de los que se sirve la ciencia jurídica entidades místicas o metafísicas a las que no corresponde ninguna realidad. (HAGERSTROM & Sandin, 1964).

El profesor Oliver Wendell Holmes, resalta que su clave es una teoría sobre los hechos a partir de los cuales comprobamos la existencia de la norma (esta consideración de los hechos no tiene nada que ver con el papel de la situación de hecho a la que se aplica una norma mediante el silogismo judicial). La base de estas teorías está en un empirismo teórico elaborado ya por los ingleses del XVII: no hay más conocimiento que el proporcionado por los sentidos. Pues los empiristas como John Locke no fueron completamente coherentes con sus presupuestos epistemológicos; partieron de los datos sensoriales como única fuente del saber, pero al mismo tiempo defendieron la existencia de leyes naturales y realidades similares no cognoscibles empíricamente. Ocurrió que los positivistas del siglo XIX tampoco adoptaron ese empirismo, sino que se ciñeron a los textos legales emanados de los parlamentos. Los realistas del siglo XX sí fueron coherentes, porque no admitieron otra realidad que el hecho empírico. Esta asunción derivó hacia lo que podríamos llamar Positivismo psicológico.

Los filósofos suecos planteaban que la norma jurídica no se presenta como realidad jurídica, pues los jueces deciden en base a reglas formuladas por ellos mismos en vista de la utilidad social,

estas normas sólo sirven como proposiciones verbales. (OLIVECRONA, 1980). Desde el punto de vista de Olivecrona, se opone a las escuelas que consideran el derecho como una realidad, inclusive desconociendo la normatividad, esto como resultado del desconocimiento de la diferencia entre derecho de “toda conducta social”; dicho lo anterior la esencia de la norma jurídica no es más que un modelo para la conducta del hombre compuesto por imágenes de acciones propositivas, las que no constituyen mandatos aunque se encuentren expresadas de manera imperativa. El mandato supone una persona que manda y otra a la cual se dirige el mandato, y aquí sólo existen ‘aserciones’, en el sentido de una acción a realizar. (OLIVECRONA, 1980). No se trata de la obediencia a una orden coercitiva, sino de imperativos impersonales que conforman la impresión subjetiva de que se debe obedecer. Termina este autor señalando que las normas jurídicas no son normas garantizadas por la fuerza, sino normas. Y concluye que el Derecho es la organización de la fuerza, y ésta a su vez, no es un medio para realizar el Derecho, ni constituye un objeto o contenido del mismo. (OLIVECRONA, 1980).

La fuerza, entendida de este modo, se refiere a la convicción del sujeto que se constriñe a sí mismo en la realización de una conducta normada por la ley, en la creencia de que su incumplimiento acarreará una sanción. Es la sugestión, como fenómeno psicológico, la que operaría en el cumplimiento de la norma jurídica por parte de los ciudadanos, unida a la habitualidad de las prácticas y la función instrumental del lenguaje.

Esta última aseveración de Olivecrona es compartida por otro realista, el danés Alf Ross, para quien la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas es su propiedad determinante, por encima de la validez meramente formal y del contenido moral de las mismas. La interpretación de la vigencia del derecho sólo puede ser sostenible si se realiza una síntesis del realismo

psicológico y el realismo conductista. Ross identifica su punto de vista como conductista en la medida en que busca hallar consistencia y predecibilidad en la conducta verbal, exteriormente observada del juez. Y es psicológico en cuanto la consistencia es la de un todo coherente de significado y motivación, cuya base es la hipótesis de un juez gobernado y motivado por una ideología normativa cuyo contenido conocemos (ROSS, 1970). OLIVECRONA, Karl. Op.cit. 134pp Puesto que la ciencia del derecho se compone de normas, puede ser denominada normativa, pero para este autor, las proposiciones cognitivas no pueden consistir en normas. Tienen que consistir en aserciones referentes a normas, es decir, aserciones que enuncian que ciertas normas son 'derecho vigente'. El carácter normativo de la ciencia del derecho significa que se trata de una doctrina referente a normas, y no de una doctrina compuesta de normas. Las normas jurídicas sirven como esquema de interpretación para un conjunto correspondiente de actos sociales, el derecho en acción, de manera tal que se hace posible comprender estos actos como un todo coherente de significado y motivación. Para Ross, las normas son obedecidas porque se las vive como socialmente obligatoria. OLIVECRONA, Karl. Op.cit. 134pp. Destacan en síntesis, que la eficacia o vigencia real de las normas jurídicas es la propiedad determinante, por encima de la validez meramente formal y del contenido moral de las mismas. Lo que define al Derecho no son las normas aisladamente consideradas, sino las instituciones, el sistema, por lo que el análisis de los fenómenos jurídicos debe hacerse en su conjunto. Resultado del pensamiento del siglo XIX, ya que los positivistas entendieron que los hechos jurídicos estaban integrados por la voluntad del Estado. Pues a finales del siglo XIX y principios del XX, la jurisprudencia sociológica había rechazado esa reducción del derecho a la voluntad legisladora. A pesar de la reacción kelseniana (que se produce a partir de los años 20 del siglo pasado) los intentos teóricos

de identificar el derecho con hechos diferentes a la actividad del Estado continúan la más radicalidad es la escandinava.

2.3. La Escuela Anglosajona

Esta escuela llamada también Escuela del realismo jurídico americano; los realistas norteamericanos buscan demostrar que el derecho está íntimamente ligado con la política y que las normas solo son predicciones de lo que los jueces dirán en sus decisiones. Es una corriente relativista, que aplica un método empirista y tiene un enfoque funcional. Estos trabajos se pueden inscribir dentro de lo que se conoce como antiformalismo o antipositivismo. (DÁVILA, 2017). Es así como se puede hablar de un avance del precedente judicial, donde el método de casos sea el más adecuado para los jueces.

La concepción de Holmes es que el derecho es una profecía, el derecho predice lo que harán los Tribunales en sus decisiones. Para Llewellyn aquello que los jueces hacen respecto de las disputas es el derecho mismo. El derecho se considera entonces en: - Un derecho real, es decir, una decisión específica en el pasado relativa a una situación- - Un derecho probable, es decir, un vaticinio relativo a una decisión específica en el futuro. (DÁVILA, 2017)

Se cambió el párrafo con una nueva fuente.

Cardozo resaltó la necesidad de que los jueces estén alertas a las realidades sociales, al fundamentar que es indispensable un análisis comprensivo del proceso judicial, que requiere un conocimiento íntimo de los factores que forman e influyen al derecho, porque el proceso judicial incluye tanto la creación como el descubrimiento de las reglas mismas. Cardozo enfatizó los límites de la utilización de la lógica deductiva en la solución de los problemas legales; pero, a diferencia de éste, estaba imbuido de un idealismo ético que le permitía relajar la regla cuando ésta, al ser demasiado fiel al precedente, podía ser inconsistente con la justicia. (CARDOZO, 2004)

No obstante, las decisiones de los tribunales son inciertas e impredecibles; asimismo, las reglas y precedentes sobre los que se fundan son la expresión de los valores morales y de las políticas públicas existentes en una sociedad determinada. A diferencia del realismo norteamericano, el realismo escandinavo tiene un acercamiento metodológico mucho más especulativo hacia los problemas jurídicos, y le presta menos atención a las peculiaridades de las decisiones judiciales. No obstante, comparten lo esencial, al adoptar una actitud empirista hacia la vida humana y, por ende, hacia el derecho.

Con antecedente de la escuela tradicional caracterizada por el formalismo, comienzan a surgir los principales aportes de esta nueva forma de investigación del derecho que en síntesis como lo señala Llewellyn:

“1. La concepción del derecho como un fluir, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho.

2. La concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.

3. La concepción del derecho como un fluir, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho.

4. La concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.

5. La concepción de la sociedad como un fluir, y como un fluir típicamente más rápido que el derecho, de manera que siempre existe la probabilidad de que cualquier porción del derecho necesite ser reexaminada, para determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir.

6. El divorcio temporal entre Ser y Deber Ser a efectos de estudio. El argumento es sencillamente que no se puede hacer inteligentemente ningún juicio sobre lo que debería hacerse en el futuro con respecto a cualquier parte del derecho sin conocer objetivamente, tanto como sea posible, lo que dicha parte del derecho está haciendo en este momento.

7. La desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales.

8. Desconfianza hacia la teoría según la cual las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas son el factor operativo preponderante en la producción de decisiones judiciales.

9. La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado.

10. Una insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos, y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar esos efectos.

11. La insistencia en el ataque constante y programático sobre los problemas.”
(LLEWELLYN, 1931, pág. 1236)

2.3.1. Representantes de la Escuela Anglosajona

Nace de un grupo de juristas estadounidenses, destacados por sus argumentaciones y enseñanzas como son: Roscoe Pound, Karl Llewellyn, Oliver Wendell Holmes, Jerome Frank.

Roscoe Pound trató de independizar al derecho del dogmatismo, de la exégesis lógico-deductiva y del historicismo. Expone que el derecho es un instrumento social, y al juez como un sujeto libre para la toma de decisiones, por tal no debe estar sujeto a la voluntad de un legislador, que no está acorde con la realidad social. Para una efectiva actividad judicial, el derecho debe reconocer, delimitar y proteger los diferentes intereses que demanda la sociedad. (POUND, 1938)

) A su vez, manifestaba la idea de que el derecho como instrumento social, cambiante y de transformación no debía reñir con la estabilidad, sino buscar ese equilibrio que exige la presión de los intereses sociales. Aunado a lo anterior se debe adaptar la regla estricta con el arbitrio discrecional, y conjugar la seguridad general con los intereses individuales. El autor desdeñaba la idea de la ciencia del Derecho como una ciencia independiente obtenida por sí misma, sin tener en cuenta otros saberes. (POUND, 2004, pág. 582). El autor va en defensa del common law norteamericano y su espíritu, la doctrina de los precedentes basados en el juzgamiento desde unos principios obtenidos a partir de una experiencia judicial y no por reglas establecidas arbitrariamente por el legislador, en la medida en que los fallos se basen en principios de la experiencia judicial se estará más cerca de alcanzar la justicia. (POUND, 1963)

Para concluir, el autor defiende de la idea del derecho como una ciencia de ingeniería social, que busca la ordenación e relaciones humanas, esta no desde un punto de vista estático, al contrario

visto como una actividad, un movimiento y avance constante, siendo relevante la confianza en el operador jurídico dejando atrás las posturas arcaicas. (POUND, 1963)

Karl Llewellyn, representante del realismo jurídico americano, partidario de la renovación metodológica y basada en la práctica del precedente, propone la ruptura del formalismo jurídico y del neopositivismo, estableciendo que las doctrina con sus reglas no permiten resolver un caso en concreto y que cada litigio actualiza el derecho. (CARDESÍN, 2001)

Oliver Holmes concibe el derecho como el resultado de la historia y que del estudio de la la misma más las teorías del derecho se puede revelar su esencia, como lo expuesto por los demás autores Holmes va en contra del formalismo y la rigidez que imperaba por aquel tiempo, y que el derecho no solo es un conjunto de reglas lógicas determinadas por ley, es un cuerpo cambiante y que se moldea conforme el transcurrir el tiempo.

Holmes expuso que el desarrollo del derecho debe ser impulsado por las costumbres y la política tienen un poder sobre las mismas, es así la aplicación de políticas públicas, tiene una fuerte relación con el derecho. Entre muchos casos, el fallo de la Corte Suprema de Massachusetts en 1896, en plena aplicación a las teorías económicas de laissez faire, estando Holmes en desacuerdo con los colegas del Tribunal, exponía la defensa judicial con respecto a la normatividad laboral, en temas como el salario mínimo, límite al horario de trabajo y legalizar los sindicatos obreros todo esto en contra de la mayoría el Tribunal. Holmes también abogó por la no intromisión del judicial con el legislativo, también limitar a los jueces en su interpretación de la ley, siendo estas sujetas la revisión parlamentaria.

Jerome Frank destacado en el movimiento del realismo jurídico, aduce que la oscuridad de las normas no proviene de ellas, sino de la incertidumbre de los hechos, expone el jurista que los tribunales superiores se ocupan de la interpretación del derecho, más los de primera instancia son lo que fijan los supuestos facticos y de allí nace la disparidad en la interpretación, de la interpretación de los hechos no de las normas, es donde juez hace un proceso mental para fundamentar la sentencia, este se ve enfrentado a la verdad procesal y la verdad material, y la concurrencia de los hechos tendrían vaguedad en cuanto a precisión, testigos con dificultades para comunicarse, falsos testimonios, o una apreciación errónea por parte del juzgador. Es decir, estas sentencias no son pronosticables, por la diversidad de litigio, por cuanto algunos precedentes muestran dudas con respecto a los casos difíciles. (FRANK, 2001)

2.4. Diferencia entre el Realismo Jurídico Escandinavo y Realismo Jurídico Americano

El Realismo Jurídico Americano, nace en Estados Unidos como oposición al positivismo legalista, que imperaba por aquella época donde la norma no era justa, sino contradictoria, se dice que el Realismo Jurídico Americano, no tuvo como tal una Escuela, sino unos defensores y principales exponentes, a diferencia del Realismo Jurídico Escandinavo, y su Escuela Científica del Derecho desarrollada en países bajos. El Realismo americano, expone que el juzgador no solo debe ser un mecánico judicial, afirmando lo que dicen los tribunales, este debe también hacer derecho. Por su parte, la escandinava tiende a ser más positivista, estando de acuerdo con la existencia de una constitución y ciertas disposiciones en forma de leyes que deben ser acatadas por la comunidad; entonces, el aporte del realismo escandinavo es: primero, diferenciar entre

derecho y moral; segundo, separar la ciencia jurídica de la sociología jurídica, y tercero distinguir que la política jurídica es una guía para la creación de derecho.

A manera de conclusión, la escuela escandinava expone que el legislador es el creador de derecho, y que el juez solo posee el derecho de acción, limitando así al juez, diferente rasgo trae la norteamericana que expone que no se debe limitar al juez para aplicar la ley, es una utopía, siendo el juez creador de derecho, y no el legislador y la máxima: “el derecho es lo que los jueces dicen que es”.

2.5. La apreciación de Dworkin

Dworkin, se opone a la aplicación del realismo jurídico, en razón a que le brinda al operador judicial, atribuciones que son del legislador, aduce que los jueces están llamados para garantizar derechos individuales y no crearlos. Dice que este tipo de “superpoder” puede generar arbitrariedades, excusándose en la discrecionalidad del juez. A su vez, este cuestiona los fallos de los jueces inferiores y el acatamiento a los precedentes judiciales de los tribunales, los cuales se basan en la aplicación de reglas y no en los hechos, a lo que llamo zonas de penumbra.

2.6.La justicia

Toda ciencia, según los postulados de la filosofía realista, posee dos objetos a saber: uno material y otro formal. El primero hace referencia a la materia que se estudia y el segundo a la óptica desde la cual se analiza el primero. En el caso de la ciencia jurídica su objeto material es la conducta humana, entre tanto, su objeto formal es un tema de quiebre entre los sistemas de pensamiento jurídico: para el idealismo el derecho tiene como objeto formal la norma, mientras que, el realismo mantiene que es la justicia (UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA, 2003). Esto quiere decir que el derecho, por lo menos desde esta perspectiva, estudia lo justo o lo

injusto que hay en la conducta de los hombres, es decir, si con su actuar se priva al otro de lo que es suyo, esto es, de lo que le es debido por cuanto le pertenece, mientras que el idealismo, al considerar la justicia como un concepto vacío, el derecho estudia la conducta humana desde la perspectiva de si es conforme o no a las normas promulgadas por la institución del Estado con poder legislativo, tal como lo formulo Kelsen (KELSEN, 2008) a principios del siglo XX.

Conviene detenerse en los argumentos que utiliza el realismo jurídico clásico para mantener, en contrariedad con el positivismo, que el objeto formal del derecho es la justicia. Pues bien, se parte del supuesto de que en el fin de toda ciencia se especifica su objeto formal de estudio y en su realización se concreta su practicidad porque -como se decía líneas atrás- el objeto formal es la óptica desde la cual se analiza el objeto material de un saber; así lo manifestó ARISTÓTELES (2010) al afirmar que “todos los saberes y fundamentos de cualquiera de las ciencias al servicio de la humanidad, incluso las artes, oficios o profesiones se ordenan a un fin expresamente determinado para cada una de ellas” (pág. 20). Ahora bien, la teoría del derecho es construida desde el oficio del jurista, quien se encarga de determinar el derecho de cada uno en una relación jurídica determinada y, generalmente, en tensión. Este planteamiento remite a la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del Digesto del Emperador Justiniano: “dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo” (HERVADA XIBERTA, 2000, pág. 437).

En consecuencia, la función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de establecer lo justo y lo justo constituye el objeto formal del derecho.

Siguiendo esta línea de argumentación, la ley y las reglas jurídicas –de manera general las normas- son una regulación de las acciones humanas que se impulsan por la justicia, que resulta

ser una virtud operativa que consiste en la actividad de dar a cada uno lo suyo y por lo tanto no pueden constituir el objeto formal del derecho como lo plantearía en su momento KELSEN (2008). En este sentido, el estudio de la ciencia jurídica queda expresamente determinado en el acto de justicia y este expresa a su vez todos los saberes que debe poseer el jurista acerca del derecho; de la misma forma que el cardiólogo especifica su conocimiento en la salud del sistema cardíaco y lo determina en la misma recuperada, en el enfermo por su parte, se expresa el conocimiento que el cardiólogo tiene de ésta, de la enfermedad cardíaca.

Ahora bien, conviene preguntarse cuál es la naturaleza del acto justo en el cual se especifica la ciencia jurídica. Es preciso advertir, antes de responder a esta cuestión, que la justicia no es la virtud específica del jurista; verdaderamente, señala el profesor HERVADA (1989), la virtud específica del profesional del derecho es la prudencia porque lo propio del jurista es un saber práctico y por lo tanto una operación de la mente, no un operar de la voluntad que es el objeto de la justicia. Hecha la anterior aclaración se procede a analizar la cuestión planteada; la justicia es la virtud de dar a cada uno lo suyo.

Ésta fórmula de la justicia tuvo dos redacciones romanas ambas contenidas en el Digesto y citadas por LACHANCE (1948): "*ius suum cuique tribuendi*"-justo es dar a cada uno su derecho- y "*suum cuique tribuere*"-dar a cada uno lo suyo- (1948, pág. 45). La discrepancia entre ambas radica su literalidad y se materializa en que la primera habla de dar a cada uno su derecho y la segunda, que ha prevalecido, dice dar a cada uno lo suyo. *Ius suum* y *suum* son sinónimos, porque el derecho de cada uno -en el pensamiento de los autores del realismo aristotélico tomista- es la cosa de cada uno, lo suyo. Luego el *ius* o derecho es la cosa -res- de cada uno (HERVADA XIBERTA, 2000).

Como quedo anotado, la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, en derivación, para ejercer esta virtud se requiere que haya cosas de cada uno y que las mismas estén repartidas. Al respecto el profesor HERVADA (1989) sostiene que:

Dos son, pues, los supuestos de la justicia y el derecho. En primer lugar, el reparto de las cosas, las cosas están repartidas; en segundo lugar, las cosas están o pueden estar bajo el poder de otro. Ambas cosas son obvias; estamos siempre ante verdades elementales y simples (pág. 28).

Se podría afirmar que para que el jurista pueda realizar ejercer la ciencia jurídica se requiere de estos dos supuestos y tarea se centra en restituir lo que es propio de alguien a quien le fue arrebatado y que está en poder de un sujeto distinto a aquel de quien es la cosa. Por otra parte, lo suyo, lo justo, el derecho o *ius* es la cosa que, perteneciendo -estando atribuida o asignada- a un objeto, le debe ser dada. Esa cosa puede ser corpórea o incorpórea. Puede ser un bien mueble, un inmueble; también un cargo, una función o una potestad. En conclusión, la palabra cosa –lo suyo- tiene un sentido muy genérico: “cualquier cosa corpórea o incorpórea que esté atribuida o asignada a un sujeto, capaz de ser interferida por otros” (HERVADA XIBERTA, 1989, pág. 29).

En consecuencia, el realismo jurídico clásico, llama a lo suyo “lo justo” porque se da según justicia. Se dice que la justicia da al titular del derecho exactamente lo suyo, ni más ni menos. En efecto, en castellano la palabra justo es sinónimo de cabal y exacto, por eso, en justicia se da lo exacto y lo cabal (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2016). Al respecto HERVADA (1989) señala que estas realidades ponen de manifiesto las riquezas y las limitaciones de la justicia: las riquezas, porque la justicia es el fundamento de la vida en sociedad en cuyas relaciones dinámicas se encuadra el derecho; si lo se respeta el derecho de cada se logra la paz, uno de los principales postulados que justifican la existencia del Estado. Por el contrario, cuando se permite que no se le dé al otro lo suyo, el acto injusto, surgen conflictos que hacen que la vida en sociedad se aleje de

la paz y se convierta al Estado en un generador de violencia. A la vez, como se decía atrás, esta realidad pone de relieve las limitaciones temporales y procedimentales de la justicia, ésta no se logra sin el cumplimiento de los procedimientos efectivos en el restablecimiento del derecho y esto implica cierto desgaste temporal.

Hechas las anteriores anotaciones, corresponde ahora hablar de la justicia como derecho. Antes se debe aclarar que el derecho es anterior a la justicia por cuanto el acto justo consiste en una garantía del derecho. Pues bien, se puede hablar de la justicia como derecho pues la persona que ha sido privada de lo que es suyo tiene la potestad –el *ius*- a reclamar lo que se le ha arrebatado y es precisamente en ese escenario que el jurista ejerce su ciencia. Se puede deducir que el derecho al acceso a la justicia se derivan otros derechos como el derecho a participar activamente de los procesos ante la administración de justicia, la potestad de que el afectado por el acto injusto –la víctima- reclame lo suyo, lo que le corresponde, su derecho y evidentemente el derecho a que los medios de reclamación sean eficaces y garantistas.

2.7. Relación con el Estado Social de Derecho

Una de las principales aspiraciones de la filosofía del Estado Social de Derecho es el logro de la justicia material o real y el abandono del formalismo en la interpretación del derecho; en este sentido afirmó en su momento la Corte Constitucional que:

(Con el nuevo modelo de Estado, se presenta una) pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-406/1992).

Es decir, que este modelo de Estado debe constituir un principio operativo de la conducta de los funcionarios del Estado, especialmente de los jueces, quien en lo adelante deberán velar, no

por la mera aplicación del derecho, sino por la solución real de los conflictos que se ponen en su conocimiento.

Según la sentencia T-264 de 2009 la forma de liberar la tensión entre el formalismo en este caso el procedimiento y el derecho material, pues el primero se debe subordinar al segundo, es que ese formalismo o procedimiento debe ser visto como instrumento para la efectividad de derechos subjetivos a lo dicho reza:

“Como puede verse, las citadas cláusulas de derecho fundamental establecen diversas garantías que se complementan entre sí. Sin embargo, puede generarse una tensión aparente entre el respeto por la plenitud de las formas del juicio y la prevalencia del derecho sustancial, que supone una subordinación de los procedimientos al derecho material. La solución a esta tensión se encuentra en la concepción de las formas procedimentales como un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos, y no como fines en sí mismas.”

Por ejemplo, si se les reconoce el derecho a la salud a todos los ciudadanos, pero no la afiliación a una entidad prestadora de la salud (EPS), simplemente se hace una declaración formal que en la práctica no existe. Frente a estos formalismos “el realismo jurídico rechaza semejante concepción del derecho por ser falsa e injusta” (HERVADA XIBERTA, 2004, pág. 31). El derecho no es primariamente la facultad moral, sino la cosa en cuestión es debida. Esto manifiesta que esta corriente filosófica del derecho busca el logro de la justicia material;

Que el derecho no se quede en el plano meramente formal, sino que se realice en el plano real, es una cuestión jurídica, lo que, dicho en otros términos, es afirmar de que se trata de una cuestión de justicia. Y constituyen la tarea de los juristas, entre ellos los jueces. Como el derecho no es simplemente facultad moral –aunque haya facultades morales que son derecho-, los juristas y entre ellos los jueces deben interpretar las leyes en función no del derecho en sentido formal, sino del

derecho en sentido real (o mejor, realista). De acuerdo con que esta interpretación, debe hacerse en función de las circunstancias concretas, pero no es aceptable quedarse en una interpretación meramente formal (HERVADA XIBERTA, 2004, pág. 33).

Se puede percibir que el Estado Social de Derecho y el Realismo Jurídico Clásico están altamente relacionados en la medida en que buscan apartar de la práctica judicial los comportamientos netamente formales y materializar la justicia a través de actos concretos expresados en la jurisprudencia.

Por lo anterior, la jurisprudencia, en cuanto resultado del oficio del jurista, ha adquirido un papel dominante en el derecho colombiano. Como sostiene LÓPEZ MEDINA (2002) el precedente se ha posicionado como una garantía para la realización de los derechos. Esto pese a la idea tradicional de que en el sistema romano-germánico la jurisprudencia constituye apenas una fuente auxiliar para la interpretación de la ley (tal como lo establece el citado artículo 230 de la Constitución Política). Hoy por hoy, los fallos judiciales, especialmente los proferidos por los órganos de cierre tales como la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, contienen verdaderas normas de derecho y, por lo tanto, deben ser acatados por los jueces de instancia y aplicados a los casos análogos.

De modo que en el Estado Social de Derecho el precedente judicial se toma como una garantía de los derechos constitucionales. Véase, por ejemplo, que en la parte resolutive de la Sentencia T-406/1992 –citada con anterioridad– se dispone que “En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias [...] la doctrina constitucional señalada en esta sentencia tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades [...]”. Esto debe relacionarse con la manera como se interpreta el artículo 85 Superior referente a los derechos de aplicación inmediata. Como se evidencia no se trata simplemente de una pauta de interpretación sino de una

orden concreta de tutelar los derechos sociales, económicos y culturales, pese a no estar contenidos en el mencionado artículo y no encontrarse ubicados dentro del título segundo del capítulo primero de la Norma de Normas (derechos fundamentales), cuando sucedan acontecimientos similares.

Este posicionamiento de la jurisprudencia es el resultado de un des escalonamiento de la sacralidad de la ley y una mayor preocupación por la realización de la justicia, lo cual incluso en contravía de la usual idea de seguridad jurídica. A nivel nacional, la discusión sobre el valor de la jurisprudencia tiene su principal antecedente en el Código Judicial (LEY 61/1886), el cual se enarbolo como una fórmula legal de solución, y luego pasó a las normas generales sobre fuentes del derecho, que estaban contenidas en el Código Civil y la Ley 153 de 1887, en tanto relanzamiento y renovación de las disposiciones civiles. La regulación del precedente en Colombia nació, pues, como instrucciones a los jueces en las normas procesales vigentes y luego se concretaron en las normas del Derecho Civil que, durante mucho tiempo, contuvo unívocamente los principios generales del derecho. Sin embargo ese arraigo cambió con el tiempo. Los principios generales del derecho se mudaron, en gran parte, hacia el Derecho Constitucional. Y allí recibieron una marcada reinterpretación.

La jurisprudencia en la Colombia republicana nació excesivamente fuerte –al punto de tratarse de una doctrina legal-, posteriormente fue reducida a fuente meramente auxiliar de uso potestativo en la actividad de los jueces –tratándose de doctrina probable- y luego, en un proyecto típicamente contemporáneo, ha buscado una nueva forma en la figura del “precedente judicial” que era más bien característico del sistema anglosajón de derecho. A través del precedente se intenta un adecuado balance entre los deberes de coherencia con los eslabones jurisprudenciales del derecho y el mantenimiento, en todo caso, de la independencia judicial. La noción de “doctrina

probable”, que había sido usada a fines del XIX para negar el valor fuerte de la jurisprudencia, ha sido reinterpretada en el XXI en la construcción de la doctrina del precedente judicial vinculante (LÓPEZ MEDINA, Eslabones del derecho, 2016). Se cierran así los círculos. En la primera etapa, la doctrina del precedente nació fuerte, luego se debilitó y en la actualidad vuelve a ser relativamente fuerte. En la segunda, el régimen de vinculatoriedad de la jurisprudencia nació en el Derecho Procesal como instrucción para los jueces, se movió luego bajo el control de la dogmática e ideología del Derecho Civil y se ha mudado, y de manera permanente por ahora, a los terrenos del Derecho Constitucional y, una vez más, a los del Derecho Procesal. Lo anterior se percibe en que el Código General del Proceso, como lo había hecho alguna vez el Código Judicial, busca orientar a los jueces en el tema de cómo articular las fuentes del derecho que deben aplicar en el proceso. Esto se replica en el Código Contencioso Administrativo y de Procedimiento Administrativo en el cual se habla del deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, e incluso se crea el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Ahora bien, es claro que el conjunto de fallos judiciales (entendidos bajo perspectiva de la doctrina del precedente jurisprudencial) siguen una marcha muy decidida hacia su consolidación como fuente primaria de derecho en Colombia.

Según el estudio realizado por LÓPEZ MEDINA (2016), en los últimos años la Corte Constitucional ha acabado de construir un complejo sistema de monitoreo y aplicación de la doctrina del precedente. Hasta el año 2002 se fijaron, por decirlo de alguna manera, las reglas sobre el valor del precedente. Ahora, en los últimos años se ha construido el “consecuente normativo”, un sistema efectivo de consecuencias y sanciones a la falta de coherencia con el precedente vertical y horizontal. Así las cosas, la doctrina del precedente está construida por una

proposición hipotética compleja, con un “antecedente” y un “consecuente” cada vez más definidos, tal como en los sistemas de derecho anglosajón.

Coherentemente, la doctrina contemporánea del precedente nació y se consolidó en el terreno constitucional irrumpiendo actualmente en el derecho procesal general (especialmente en el procesal administrativo). Es posible, en consecuencia, afirmarse que el precedente constitucional tomó el liderazgo frente a las resistencias ideológicas que se planteaban, muy naturalmente, desde la concepción napoleónica del Derecho Civil. Con el tiempo, es claro que el precedente ordinario se ha acercado notoriamente al constitucional y que actualmente posee una conceptualización y una disciplina común (LÓPEZ MEDINA, 2016). Estos esfuerzos han sido hechos por la Corte Constitucional, que ha fundamentado el precedente en la misión institucional de cierre y unificación de jurisprudencia de todas las Altas Cortes (SU-1184/2001). Por esa vía, la doctrina del precedente se predica, en un régimen unitario, de todo el sistema de jurisprudencia que proviene de las Altas Cortes del país y que afecta, por tanto, todas las ramas diferenciadas del derecho que tienen cierre especializado.

Por otra parte, la Constitución Política de 1991, tal como se señaló, establece en su artículo primero que Colombia es un Estado Social de Derecho fundamentado 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. Los contenidos filosóficos de este canon no son sólo declaraciones de la ideología política del constituyente; estos son considerados al presente principios que comprometen a las autoridades encargadas de interpretar la ley; de manera que, tanto las normas vigentes con anterioridad como las posteriores a la Carta Política deben sujetarse a un ejercicio hermenéutico constitucional, de manera que su aplicación se definirá a luz de los mandatos nomoárquicos.

A propósito, la Corte Constitucional asiente que el aludido artículo precisa la organización política a partir de sus singularidades ontológicas o esenciales. “[No se trata[n] de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser” (Sentencia T-406/1992) y, en adherencia, deontológicamente la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho deben gobernarse por estos principios. Como se testimonia, el constituyente colombiano asumió una postura filosófica *realista racionalista* del derecho según la cual del *ser* del Estado se desprende el *deber ser* de las autoridades que lo representan (DURÁN, 2010). Es decir, los principios, filosóficamente mandatos nomoarquicos, son normas jurídicas actuales que valen de modelo necesario para la interpretación de la ley “por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto”.

Aparte de lo prescrito en el artículo primero de la Constitución, no existe en tanto tal un inventario taxativo de principios interpretativos, por esa razón su determinación incumbe a los jueces de manera elemental. No se trata de un mando ilimitado que conduzca a la creación de principios absurdos y sin sustentos normativos sino de mandatos desprendidos de los textos constitucionales, de ahí que se hable de determinación y no de creación judicial.

En consonancia, la jurisprudencia ha fijado la igualdad como un principio primordial en materia de interpretación; ello con sustento a lo prevenido en el artículo 13 de la Constitución según el cual “todas las personas [...] recibirán la misma protección y trato por parte de las autoridades y gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades” (C. Const. C-504/2014; C-415/2014). Si bien es cierto que está consagrada como un derecho fundamental, desprendido del principio del reconocimiento de la persona humana como un ser digno, cuya garantía a modo del

leseferismo se efectiviza principalmente a través de la abstención del Estado de realizar actividades discriminatorias, visto bajo la lupa del Estado Social de Derecho, también es un mandato nomoarquico para las autoridades de propugnar por tomar “acciones afirmativas” –las cuales incluyen las medidas de discriminación inversa o discriminaciones positivas- para que los derechos, especialmente aquellos de contenido prestacional, se garanticen a todos los miembros del conglomerado (C. Const. C-964/03) y de esta manera la ficción jurídica de la igualdad se convierta en una realidad. Esto no consiste en la puritana idea del Estado gendarme de no dar injustificadamente tratos diferenciados a las personas, adicional a ello, implica asistirles inclusive económicamente para que puedan acceder a servicios públicos como la educación (hoy en día derecho fundamental) en igualdad de condiciones, lo cual lógicamente no envuelve que la medida de los derechos deban ser iguales, tal como lo haría un modelo económico de cohorte socialista, pues “[no] existe ningún derecho ilimitado ni todos los derechos son iguales” (HERVADA XIBERTA, 2004, pág. 28), al contrario, se funda en que la totalidad de las personas logren acceder a ellos acorde a los recursos disponibles.

Cabalmente es el capitalismo el modelo económico que moviliza el Estado Social de Derecho; esto se comprueba cuando la jurisprudencia identifica este modelo como el capaz de servir a la garantía de los derechos por ostentar dos elementos; uno “cuantitativo” y otro “cualitativo”. El inicial describe la ampliación progresiva del catálogo de derechos susceptibles de garantía, de los derechos civiles y políticos a los derechos prestacionales, asentándose en la idea del “Estado de Bienestar”; mientras que el segundo reseña la intervención del Estado en la economía como la manera de obtener recursos para la efectividad de los derechos, fundándose en los postulados del Estado constitucional democrático (CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-406/92). Así las

cosas que el trabajo como forma de capitalización individual –o creación de riqueza- y la solidaridad como medio para que los menos favorecidos accedan en igualdad de condiciones a los derechos sociales toman una preeminencia indefectible en el Estado Colombiano al ser forzosos para la realización de la igualdad, al punto de ser consagrados como principios constitucionales, de manera que se respete la propiedad privada como un derecho con funciones sociales y ecológicas, la creación de empresa y la posibilidad de tener una posición dominante en el mercado siempre y cuando no se abuse de ella.

No obstante, la solidaridad no es óbice para que los jueces limiten los derechos para la población en general, por el contrario, se parte del supuesto de que cuando el constituyente eligió el Estado Social como forma política pronosticó lógicamente que era sostenible para que la gran mayoría de las personas tuvieran la garantía de sus derechos prestacionales en igualdad de condiciones y de manera progresiva. Ello no envuelve que no se puedan hacer ajustes acordes a los recursos disponibles. Más aún, en virtud del Acto Legislativo 03 de 2011, la sostenibilidad fiscal se considera un criterio orientador de la política económica (Consejo de Estado. Rad. 25000-23-26-000-1999-00002-05) Congruentemente en la actualidad puede reducirse la medida de los derechos siempre que no se afecte su núcleo esencial. Esto implica que los jueces deben interpretar las normas de modo que todos contribuyan a la sostenibilidad del sistema y a la realización de sus providencias. Respecto a este último aspecto, en aclaración de voto el magistrado Eduardo Carvajalino Contreras, sostuvo:

Recuérdese que el espíritu del legislador al momento de implementar y reformar la seguridad social, se encuentra cimentado bajo el principio constitucional del respeto a las meras expectativas, progresividad y en especial la protección del derecho adquirido, co-creando regulaciones que mejoren la vida digna de los ciudadanos, sin que puedan ser afectados so pretexto de vulnerar el citado principio de sostenibilidad financiera, pues aunque se encuentra sustentado en la calidad de servicio público, lo cierto es que el acaecimiento pensional no se configura por una donación gratuita girada por los fondos del Estado, sino es

fundante en el concepto de justicia distributiva finalista, donde el ciudadano aporta para obtener las prerrogativas ofrecidas por el Sistema de Seguridad Social Integral, salvo que se hayan efectuado al fondo de solidaridad, y por lo tanto, los afiliados son propietarios de sus aportes para lograr la protección de la siniestralidad a que han estado inmersos al recorrer su vida, siendo la entidad de seguro social simples administradoras de dichos fondos como lo ordena la Constitución Política de Colombia (Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, Exp. 33-2015-249).

Lo anterior, por cuanto la Corte Constitucional, de manera reiterada, ha sostenido la necesidad de proteger los derechos adquiridos, siempre que hayan sido obtenidos con justo título y sin fraude de la ley, especialmente en materia pensional (Sentencia C-258/2013). De manera que, como lo sostuvo la Sala Plena de la Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Rad. 25000-23-26-000-1999-00002-05), la sostenibilidad fiscal no debe entenderse como un principio operativo de la actividad judicial sino como un criterio orientador de la política económica:

Que Colombia erija la sostenibilidad fiscal como criterio orientador de su política económica refleja la madurez adquirida por el Estado en la administración de las finanzas públicas, puesto que no cabe duda que el equilibrio entre ingresos y gastos, entre pretensiones económicas y sociales y posibilidad de asegurarlas, entre progresividad en la atención de las necesidades colectivas y capacidad para asegurarlas, entre disponibilidad de recursos y atención de necesidades, etc., es condición necesaria para la administración prudente de los recursos del Estado. Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de sostenibilidad fiscal -incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos-, es claro que, por lo menos, alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que produzcan crisis fiscales que no atienden la prioridad de gasto con los recursos escasos. Por esto, elevar a rango constitucional la sostenibilidad fiscal, en el contexto indicado, ayuda a construir políticas públicas serias y maduras que atiendan la necesidad de prevenir esas crisis. Desde este punto de vista, que el Estado no simplemente pueda gastar sino que lo haga con orden y disciplina; y que no sólo atienda las necesidades de la población sino que consulte la capacidad real de pago para hacerlo, entre otras relaciones posibles, es una perspectiva responsable sobre la manera de realizar el gasto público, en un contexto de seriedad y compromiso con el país, desde el punto de vista de su capacidad para asumir proyectos y obligaciones. En esta medida, la sostenibilidad fiscal “orienta” -como lo expresa el art. 334 de la Constitución Política- las actuaciones de todas las ramas

y órganos del Estado, de manera que inspira una especie de línea conductora de gestión de los recursos públicos, y de los proyectos asociados a su inversión, sometiendo al sentido que infunde la adopción de decisiones económicas. No obstante la Corte añadió que no se trataba de un principio, porque: “64.4. Ahora bien, si se estudia detalladamente el contenido de la reforma constitucional, la Sala advierte que en ninguno de los textos reformados o adicionados a la Constitución se hace referencia a que la sostenibilidad fiscal sea un ‘principio’. Esa previsión solo está contenida en el título del Acto Legislativo 4 de 2011, el cual aunque pueda tener algún valor interpretativo, en modo alguno tiene la condición de disposición constitucional autónoma, en tanto no afecta el Texto Superior. En cambio, el Acto Legislativo define a la SF como un ‘marco’ que tiene la función de ‘orientar’. La acepción usual de esos conceptos indica que la SF, así entendida, consiste en un patrón o guía para la actuación de las autoridades del Estado. Al carecer de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados, sino que es un herramienta que solo adquirirá validez y función constitucionalmente relevante cuando permita cumplir los fines para los cuales fue prevista.

Esto en discordancia con lo dispuesto en la exposición de motivos del Acto Legislativo 03 de 2011, en donde se afirma que la sostenibilidad fiscal no sólo es un derecho sino también un principio que debe elevarse a rango constitucional (CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta 451 de 2010). Así las cosas, los jueces no se encuentran limitados por ella, es decir, no tienen como tal el deber de fallar de acuerdo con las políticas económicas vigentes. No obstante, deben procurar la justicia material, la cual se traduce en fallos que no se queden simplemente en el plano formal sino que sean realizables.

En conclusión, tanto en la filosofía realista clásica del derecho como en la idea del Estado Social de Derecho, el jurista –por excelencia el juez- es el principal órgano encargado de la realización de los derechos en el plano material, y su arte, la jurisprudencia la garantía de que las disposiciones legales no son simplemente declaraciones formales sino contenidos prácticos. Allí su punto de conexión y la derivada importancia de resguardar la autonomía del operador jurídico

frente a los manejos de los recursos por parte del administrativo. Como se examinará en los acápites siguientes no se trata de una autonomía formal y absurda, como sería reconocerles independientes para proferir fallos imposibles de ejecutar, sino de una autonomía para fallar de acuerdo a un análisis económico del derecho.

3. LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y LA ECONOMÍA

El Estado Social de Derecho es aquel en el que los ciudadanos se someten a normas y leyes que se suponen están por encima de la voluntad individual y de otras formas de poder, más aun, es el Estado mismo, como institución, quien busca que los individuos y colectivos gocen de las mismas leyes. En este sentido, el marco jurídico y el sistema jurídico no son meramente coercitivos, sino que se enuncia en ellos de manera explícita cuáles son los bienes, garantías y servicios del individuo y los grupos dentro de dicha sociedad. Se habla de Estado Social de Derecho, cuando el Estado se preocupa de manera política, procesual, procedimental y sistémica por la realización de sus individuos mediante el disfrute de tales derechos.

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son aquellos derechos que tienden a dignificar la vida humana y que pueden ser traducidos como un bien subjetivo (LACHANCE, 1948). Se trata de todos aquellos derechos que apelan a lo más esencial de la condición humana. Esto quiere decir que si se les suprime del individuo, o se les niega al individuo el acceso a ellos, estamos incurriendo en una abierta deshumanización.

La racionalidad formal es un acuerdo de las sociedades modernas según el cual los individuos se someten al poder simbólico de las normas, aceptando que ellas están formuladas en *pro* de perseguir el bien de la colectividad, sobre el bien individual exclusivo (HERMANN-HOPPE, 2014). Puede entenderse como una etapa en que las sociedades descubren un poder abstracto del lenguaje, que por medio de acuerdos y normas se garantiza una convivencia en sociedad y se pretende dirimir los conflictos mediante tales acuerdos.

Aunque no hay una definición clara de ideología, podemos echar mano de dos autores. Según Marx, se entiende por ideología todos aquellos presupuestos que heredamos de la tradición, conceptos que se han fosilizado y que son utilizados como instrumento de poder (POSNER, 2005). Según Marx, la ideología hace pasar, como natural, ideas que, en verdad, son susceptibles de crítica y de cambio. Dentro de un sistema ideológico no se puede pensar distinto, por un lado, porque el individuo ha sido acostumbrado a pensar de una única manera. Por el otro, porque cualquier intento de crítica es visto como un atentado contra el *statu quo* por parte de la hegemonía que controla el poder y que se justifica a través de la mentada ideología.

Se habla en esta investigación de impacto económico, refiriéndose a las consecuencias económicas que tiene poner en marcha una decisión, que en el caso concreto es un mandato directo de los jueces, y también lo que cuesta en dinero ponerla en marcha. Por normas sustantivas se entiende aquellas que desarrollan un derecho y lo delimitan. Por normas procesales aquellas que hablan sobre cómo llevar a cabo la concreción de un derecho progresivo. Un derecho progresivo es todo aquel cuya materialización es, por necesidad, un proceso. No se puede concretar de inmediato, sino que requiere de un diseño, unos pasos y una arquitectura tanto conceptual, como procedimental. Por el contrario, un derecho se hace regresivo cuando una población ya lo ha conquistado, en un acto político cualquiera, y lo pierde de nuevo.

En este capítulo se expone una línea argumentativa respecto a la interpretación judicial del derecho en el marco de la economía. Con este propósito se usaran tres ejemplos jurisprudenciales que han afectado ampliamente la economía nacional.

3.1.La sostenibilidad fiscal en la interpretación del derecho

En el año 2011, mediante el Acto Legislativo 03, se adicionó el artículo 334 de la Constitución Política en el sentido de que se estableció el criterio de *sostenibilidad fiscal*. A partir de ello, las Ramas y Órganos del Poder Público deben propender por actuar en un marco de colaboración armónica; en este sentido, la sostenibilidad fiscal se instituyó para usarse como un instrumento que permita alcanzar de manera progresiva, conforme a la dinámica de los derechos asistenciales, los cometidos del Estado Social de Derecho.

A su vez, esta adición constitucional facultó al Procurador General de la Nación y a los Ministros de Gobierno para promover un *incidente de impacto fiscal* con la finalidad de modular, modificar o diferir los efectos de una sentencia proferida por una de las Altas Cortes, cuando su cumplimiento pueda afectar las finanzas públicas.

Congruentemente, para establecer los posibles resultados de la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal mediante del incidente de impacto fiscal en las decisiones judiciales dentro de las distintas jurisdicciones contenciosa, se parte del supuesto de que por medio de la aparente “colaboración armónica de las ramas del poder público” se condiciona la hermenéutica de los jueces a la aplicación de este criterio que fue elevado a rango constitucional en medio de la coyuntura política y económica actual.

Al respecto, se formula la hipótesis de que la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal son instituciones que se instrumentalizan para la consecución de los intereses económicos del Gobierno de turno y de la política monetaria internacional; y que si bien, como lo establece la mentada adición, los Derechos Fundamentales no podrán ser menoscabados en razón a este trámite, pasa por alto que este último, dada su naturaleza *incidental*, procede en contra de toda sentencia, incluso de las originadas en el ejercicio de acciones constitucionales como la tutela y

las acciones populares, no obstante estar motivada en una violación de Derechos o un daño antijurídico por lo al que diferir o modular sus efectos de una sentencia se puede estar retrasando el restablecimiento del derecho y en definitiva el acto justo.

A partir de estos postulados, en el presente acápite se pretende reflexionar en torno a la aplicación de esta figura en el ordenamiento jurídico colombiano y sus efectos respecto a la autonomía judicial. Lo anterior bajo el entendido de que se viene desarrollando la idea de que es necesario una análisis económico del derecho para que las providencias judiciales no se queden en el plano formal sino que se realicen en el plano real conforme a los postulados constitucionales y teóricos que irradian la actividad de los operadores jurídicos. Esta figura, desde cierta perspectiva *sui generis*, pues son pocos sus símiles en ordenamientos internacionales, no ha estudiada a profundidad por la academia, de ello da fe que son pocos los títulos que en la actualidad hablan del tema, por lo que el presente es pertinente ante la escasez de criterios hermenéuticos, teóricos e históricos, que puedan aplicar los jueces y la academia en general para utilizar en el estudio de esta figura.

3.2. Concepto económico y jurídico de sostenibilidad fiscal

La incorporación del concepto sostenibilidad fiscal en los ordenamientos jurídicos y el la doctrina atiende a distintos procesos de reflexión y análisis de las políticas macroeconómicas referentes, por una parte, al gasto público y, de la otra, de cómo éste impacta en las finanzas del Estado. De manera que, un primer tópico de dicho concepto hace referencia especialmente a la idea que se tiene de los derechos asistenciales y de cómo estos constituyen o no parámetros de obligatorio cumplimiento para el Estado.

Tal como lo sostiene FERRAJOLI (2002), en la última veintena de siglo, en la mayoría de los países de Occidente, los derechos asistenciales han sido objeto de ataques y restricciones crecientes por parte de los políticos considerados liberales. Por ello, la constitucionalización de tales derechos y las políticas de bienestar, las cuales constituyen tal vez la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo XX, han sido así puestas en discusión y corren el riesgo de verse comprometidas.

A partir de la adición de los textos constitucionales se logró darle a este criterio un carácter vinculante frente a la actividad de los órganos del poder público, garantizando de esta manera su uso por considerársele dotado de fuerza normativa, tal como lo establece el artículo cuarto de la Constitución, y congruentemente una garantía fuerte en cuanto a su aplicación:

Con el proceso de globalización se ha venido solidificando una línea del pensamiento económico-fiscal, la cual, dentro del derecho de la Hacienda Pública y del constitucionalismo economicista implementado en Colombia a partir de 1991, que pretende constitucionalizar los principios presupuestales, a través de normas de la más alta jerarquía, mediante las cuales se establecen parámetros de prudencia y mesura con relación a la gestión presupuestal, en aras de la consecución de lo que se denomina sostenibilidad financiera, que no es otra cosa que una herramienta fiscal para mantener dicho equilibrio.

La sostenibilidad fiscal, tal como se afirmó líneas atrás, está estrechamente relacionada con el manejo de las finanzas públicas. Por ello, esta figura es susceptible de ser abordada desde el análisis económico del derecho, toda vez, que son los efectos de este criterio orientador de la economía, de rango constitucional, sobre la materialización de la actividad de los jueces, esto es, las sentencias, los que serán objeto específico de este apartado.

Pues bien, el análisis económico del derecho es una teoría que formula un esquema disciplinario que pretende ofrecer un enfoque científico para racionalizar las decisiones públicas o privadas, y que ostenta como característica primaria ser una herramienta auxiliar del derecho, es decir, un criterio hermenéutico para su interpretación (MEDINA ROMERO, 2012). Así las cosas, esta teoría procura ofrecer fundamentos, instrumentos y métodos econométricos aplicables a la ciencia jurídica con el fin de proponer argumentos económicos para vigorizar, corregir, o perfeccionar un argumento legal indagando la eficiencia del costo del beneficio social. El tratadista mexicano MIGUEL ÁNGEL MEDINA ROMERO (2012) expresa al respecto:

Al tratarse de una materia interdisciplinaria, el AED, con elementos no sólo jurídicos y económicos, sino también estadísticos, antropológicos, sociológicos, filosóficos e históricos, tiene un carácter mucho más integral que otras materias que tienen por objeto una sola disciplina. Finalmente, el AED, entre muchos de los beneficios que conlleva su aplicación, sirve para orientar el contenido en la redacción de normas o de quienes las aplicarán, logrando así el objetivo de buscar su eficiencia; asimismo, ayuda en la anticipación del resultado que las diversas normas producirán en el mundo real, toda vez que se vive en una sociedad con recursos escasos y necesidades humanas ilimitadas; así, el derecho sólo servirá si permite alcanzar los objetivos deseados, al menor costo posible, evitando el desperdicio de recursos (pág. 247).

Se desprende de lo expuesto que es menester discurrir que la teoría del Análisis Económico del Derecho ofrecerá a la investigación en desarrollo, referente a la posibilidad de que los jueces limiten sus fallos a la existencia real de recursos para que no se queden en el plano ideal sino se realicen en el ámbito material, una serie de criterios orientadores que permitirán delimitar los costos que puede asumir la organización política en razón a los beneficios que puede recibir y permitirá replantear la sostenibilidad fiscal en términos de oferta, demanda, equilibrio, costos, estrategia y cambios para cumplir eficientemente los cometidos del Estado Social de Derecho.

Siguiendo esta línea de argumentación, la incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal en la Carta Política de 1991 ocurrió al tiempo con una coyuntura económica internacional que posteriormente se referirá. En medio de esta combinación de factores y circunstancias que caracterizan la actualidad económica, un gran número de Estados tuvieron que incorporar en sus ordenamientos jurídicos políticas de ajuste fiscal; en el caso colombiano el argumento para la implementación de estos ajustes acató a la necesidad de tener un instrumento que permita lograr de manera progresiva y no regresiva los cometidos sociales del Estado Social de Derecho.

Cabe destacar que a partir del Consenso de Washington⁴ en 1990 la mayoría de Estados optaron por un ajuste fiscal que propendiera por destacar el papel de cumplir las finanzas públicas saneada y sostenibles en la promoción de la estabilidad macroeconómica y el crecimiento de las naciones. Al respecto la doctrina afirma:

Los estudios indican que una situación fiscal saneada resulta esencial para conseguir la estabilidad macroeconómica, cuya importancia para el crecimiento sostenido y la reducción de la pobreza es objeto de un consenso cada vez mayor. Un ajuste fiscal de alta calidad puede asimismo movilizar el ahorro interno, aumentar la eficiencia de la asignación de recursos y ayudar a cumplir los objetivos de desarrollo (Daniel, Davis, Fouand, & Van Rijckeghem, 2006).

Empero, la sostenibilidad fiscal, para los efectos de este trabajo, se entenderá en los términos en que la Corte Constitucional la define, toda vez que se reconoce que su jurisprudencia es vinculante para la actividad interpretativa. La mentada Corporación, una vez analizada la

⁴ Este término fue acuñado en 1990 por el economista norteamericano JOHN WILLIAMSON, quien trató de concretar las “verdades” sobre la política económica que eran compartidas por el *establishment* mundial. En el respectivo título, el autor renio las premias y sugerencias comunes a la ideología neoliberal más genuina, que entonces gobernaba todas las instituciones representativas del poder global, en especial las afincadas en el corazón de la capital de Estados Unidos: el Gobierno, el Congreso y el Senado.

sostenibilidad fiscal desde el punto desde enfoques *ex post* y *ex ante* y otros conceptos económicos como la restricción presupuestal intertemporal (RPI), se acercó a la definición de la misma, afirmando:

[...] se tiene que el criterio de SF está dirigido a disciplinar las finanzas públicas, de manera tal que la proyección hacia su desarrollo futuro reduzca el déficit fiscal, a través de la limitación de la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos. Esto a partir de la evaluación de esa diferencia entre los distintos presupuestos sucesivos y de los factores endógenos y exógenos que la aumentan o reducen (Sentencia C288/2012).

Esta definición es sistemática pues aborda la sostenibilidad fiscal no solo desde una perspectiva jurídica –pues se trata de una norma incorporada al ordenamiento jurídico nacional– sino desde una perspectiva económica al examinar tal como se manifiesta en la tendencia global.

Al respecto:

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 mesura 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 (GUERRERO VINUEZA, 2012, pág. 80).

Sin embargo, si se quiere comprender el concepto de sostenibilidad fiscal es menester e debe abordar el concepto de impacto fiscal. En este sentido:

El análisis de la sostenibilidad fiscal puede resultar oportuno en la actual coyuntura, en la medida que algunos gobiernos de la región y la mayor parte de las economías industrializadas, han venido implementando políticas fiscales contra cíclicas para compensar los efectos de la crisis financiera internacional, con consideraciones

relativamente marginales en cuanto a la solvencia futura de sus finanzas públicas. [...] Los libros de texto señalan que las finanzas públicas de un país son sostenibles, en la medida que el gobierno sea consecuente inter-temporalmente con su restricción presupuestaria. Esto implica que la política fiscal debe estar orientada en el largo plazo a la generación de ahorros (superávits primarios) que garanticen honrar la deuda pública (LOZANO & CABRERA, 2009, pág. 20).

3.3. La sostenibilidad fiscal en el marco económico internacional

El fenómeno de la globalización, tal como se expuso líneas atrás, favoreció la implementación de criterios y políticas fiscales que determinaron las diferentes conexiones económicas de los Estados entre sí, suscitando con ello una aparente estabilidad monetaria tanto a nivel interno como externo. Se originan de esta manera los parámetros macroeconómicos que propenden por la implementación de medidas que solidifiquen una buena calificación de la deuda pública, un régimen cambiario estable, medios pertinentes para el intercambio comercial, emisiones de dinero intervenidas, disminución del gasto público, entre otros varios aspectos, que evitan situaciones económicas tan difíciles como las que afrontan actualmente algunos países europeos como Grecia.

En efecto, Europa resulta ser un referente en materia de sostenibilidad fiscal toda vez que con la creación de la Unión Europea los Estados del Continente han buscado, por una parte, la unificación regional en términos políticos y, a su vez, la adopción de un modelo económico basado en políticas macroeconómicas y fiscales afines a los intereses de la organización. De acuerdo con esto, se exalta la conformación del Banco Central Europeo y la implementación del Euro como única moneda en la región; estos aspectos, dan cuenta interés particular de los europeos en regular

las políticas económicas de cada Estado para propender por la búsqueda del bienestar de la comunidad internacional.

Lo anterior, ha originado que varios organismos multilaterales habitualmente manifiesten a los gobiernos sugerencias en materia económica, concatenadas a la incorporación de políticas e instrumentos jurídicos que propugnen por condiciones afines a la dinámica económica global. Sea suficiente con precisar que medidas como la reducción del tamaño del Estado, la privatización de los bienes y servicios que originalmente estaban a cargo del Estado –sin que ello implique el traslado de los deberes estatales-, la implementación de gasto contra cíclico –particularmente en los Estados que se satisfacen de los hidrocarburos- entre otros, ha propiciado a que países en desarrollo económico como Colombia adopten medidas internas inclinadas a garantizar la sostenibilidad fiscal y la confianza económica de los demás Estados.

De manera tal, que se viene consolidando una corriente en el derecho económico, generalmente establecido en el régimen de la Hacienda Pública, tendiente a: por una parte, incorporar en los ordenamientos jurídicos criterios, principios o reglas con carácter normativo que preceptúen lineamientos de prudencia y moderación en la gestión del presupuesto, para con ello garantizar que las altas y bajas presupuestales se conserven al margen de un camino de sostenibilidad –en efecto, son normas que además de determinar las competencias en el ámbito presupuestal también propugnan por la prudencia y la moderación, previniendo el excesivo déficit o endeudamiento insostenible de las entidades estatales; por lo tanto, se trata de normas que contribuyen al cumplimiento de las intenciones de la estabilidad presupuestal; de la otra, se busca despojarles de discrecionalidad a los Estados en el manejo de las finanzas públicas para introducir

parámetros estables y permanentes que contribuyan al desarrollo económico y social de los países y las regiones económicas.

3.4. Relación de la sostenibilidad fiscal con la garantía de los Derechos Constitucionales

La doctrina ha consolidado una clasificación de los derechos humanos fundada en el desarrollo que a lo largo de la historia han tenido los mismos. Lo anterior, a partir de criterios de análisis y de reflexión relacionados con el ámbito frente a su aplicación y garantía. En este sentido, se habló de derechos de primera, de segunda, de tercera y hasta de cuarta generación.

En lo que refiere al desarrollo de los mismos, los derechos de la primera generación o libertades públicas consisten en garantías que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de esta y se niegan las posibilidades del ser (BARRAONDO LÓPEZ, 2012). En su sentido más concreto, se tratan fundamentalmente de la libertad de las personas y la participación en la vida política de los ciudadanos. Se conocen como derechos civiles y políticos, y sirven para proteger al individuo de los excesos del Estado, de manera que su garantía está en la abstención del Estado. A modo de ejemplo, el derecho a la libertad religiosa es garantizado por el Estado a través de la no realización de actividades que interfieran en el desarrollo del mismo, por ello se habla de la abstención.

Por su parte, los derechos de segunda generación, también conocidos como derechos asistenciales o sociales, se caracterizan por que no son simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga al Estado, por ello, a diferencia de los de primera generación, estos no implican la abstención sino precisamente el actuar del Estado (BARRAONDO LÓPEZ, 2012). En ellos individuo es situado en el marco social en la condición de acreedor de ciertos

bienes que debe dispensarle la organización política. Estos están relacionados con la equidad y comenzaron a ser reconocidos por los Gobiernos después de la Primera Guerra Mundial. Su objetivo es asegurar a los diferentes miembros de la comunidad política la igualdad de condiciones y de trato. Incluyendo el derecho al trabajo, a la vivienda digna, a la educación y a la salud, así como la seguridad social y las prestaciones por desempleo.

Los derechos de tercera generación, por otra parte, se vinculan con el concepto de solidaridad por cuanto a través de ellos se busca resguardar la paz, al entorno, el patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social (BARRAONDO LÓPEZ, 2012). Todos estos derechos, como se deduce, se unifican en su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de esfuerzos y cooperaciones en un nivel universal.

Finalmente, los derechos de cuarta generación ya se registran en el vocabulario de los constitucionalistas, dentro de estos se incorporan haberes como la salud sexual y reproductiva; de la misma manera, se añaden dentro estos los que se deban tener frente al vertiginoso desarrollo de la tecnología y las comunicaciones, es decir, derechos como el acceso al internet y al uso de aparatos tecnológicos (BARRAONDO LÓPEZ, 2012).

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-008 de 1992 reafirma lo complicada que resulta la tarea de establecer a cuál de las citadas categorías corresponde la calidad de derecho fundamental, por ello, asegura que en cada caso en particular es menester realizar un análisis constitucional para establecer si un haber tiene el carácter de fundamental. En este sentido, PETER HABERLE (1997) define el concepto de derecho fundamental así:

[...] los derechos fundamentales constituyen hoy en día el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, aunque con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo “Estado constitucional” que merezca el nombre (1997, pág. 37).

El doctrinante Alemán desarrolla el concepto de *libertad cultural* como un producto del ejercicio de la libertad individual o la libertad colectiva, la cual puede verificarse en el ámbito político, económico y cultural con el fin de establecer el grado de incidencia directa o indirectamente sobre los derechos fundamentales. En tal sentido, el Estado constitucional – como cultura – es el encargado de garantizar los derechos que por naturaleza tiene el hombre y que en conjunto son definidos como derechos culturales (derechos humanos y ciudadanos); desde esta perspectiva todo derecho se cumple desde la perspectiva cultural.

Frente a este argumento, se deduce una cavilación en torno a las aspiraciones que han sido confirmadas a lo largo de los últimos años en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, fruto del análisis y la reflexión realizado por las diferentes sociedades – habitualmente las más desarrolladas – concernientes al papel del ciudadano en el mundo globalizado y el modo en que ello sobrelleva a la reivindicación de derechos y libertades que cedan al individuo un pleno desarrollo.

Así las cosas, en el marco constitucional y legal en materia de Derechos Humanos entre el Estado y los ciudadanos, no solo se circunscribe al ordenamiento jurídico interno, sino que conjuntamente debe tener en cuenta los diversos instrumentos internacionales que habiendo sido ratificados por el Estado le obligan a su observancia, esto es, se traza un derecho supranacional cuyo cimiento reside en la noción de ciudadanía universal.

El reconocimiento en el derecho positivo de los derechos humanos – de derechos inherentes a la dignidad humana – es un asunto relativamente moderno y, a la vez, sigue en desarrollo. Congruentemente, el reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales a nivel nacional no es un fenómeno lineal, unidireccional u ordenado. En contraste, prospera a propulsiones, casi a tropezones, en función de las necesidades y de las reivindicaciones de las sociedades de cada tiempo y lugar, así como de la capacidad y voluntad política de los Estados, de forma individual o concertada, para dar respuesta a tales reivindicaciones.

Así las cosas, los derechos humanos pueden ser definidos como aquel “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional” (PÉREZ LUÑO, 1983, pág. 23).

Ahora bien, conforme con los argumentos de FERRAJOLI (2002), en lo que refiere a la supranacionalidad, los derechos fundamentales más allá de ser reconocidos por el ordenamiento jurídico interno – formalismo - personifican *per sé*, una pertenencia inseparable al ser humano dentro del concepto de ciudadano universal, en virtud del cual éstos no solo son vinculantes atendiendo a la legislación interna sino implica un aspecto allende las fronteras:

En particular y, sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no solo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos (FERRAJOLI, 2002, pág. 26).

En correspondencia con la igualdad jurídica se halla que todos aquellos derechos o acuerdos, que contribuyen a la generación de condiciones de igualdad y equidad entre los

asociados son de por si forzosos, así, el derecho a la salud, la educación, el mínimo vital, la propiedad entre otros, consiguen ser examinados desde el reflejo de derechos fundamentales:

Los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o forma de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de Derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado – luego del reconocimiento constitucional como derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia – también al Estado Social-, que se ha desarrollado (FERRAJOLI, 2002, pág. 25).

Ahora bien, el Acto Legislativo 03 de 2011, mediante el cual se eleva rango constitucional la sostenibilidad fiscal, instituye la prohibición de perturbar los derechos fundamentales cuando se pretende verificar la evaluación que plantea la sostenibilidad fiscal, dicho de otra manera, no es posible desconocerlos ni sobresaltarlos en correspondencia con los fines que busca dicha institución. Sin embargo, en relación de los derechos nombrados como asistenciales económicos y culturales, no existe restricción cualquiera al instante de llevar a cabo la aplicación del mentado criterio, de lo cual se colige que resulte válido valorar la utilidad o no al momento de acoger medidas que garanticen su protección.

Esta tipología de derechos, tal como se expresó líneas atrás, brota en la evolución del constitucionalismo clásico al constitucionalismo social, es decir, florecen a partir del reconocimiento que hace el Estado de instrumentos sustanciales y procedimentales que garantizan además del bienestar, el desarrollo del ciudadano expresados en disposiciones de contenido

económico y social; de ahí que pueda aseverarse que poseen su origen en el Estado Social de Derecho.

Entre los derechos asistenciales se hallan, entre otros, los concernientes a la familia, los derechos de los niños, los derechos de la mujer, los derechos de otros grupos demográficos, la seguridad social -conjunto de medidas que aseguran a una persona condiciones de vida dignas-, los servicios públicos, etc. La Constitución Política de Colombia alude derechos sociales, económicos y culturales que, en discrepancia con la generalidad de los derechos fundamentales – de aplicación inmediata, esto es, que tienen potencia jurídica por sí mismos, sin necesidad de que previamente se realice un desarrollo legislativo-, por su naturaleza son de aplicación gradual, seguridad social, salud, educación, acceso a la cultura, acceso a la propiedad, derecho a una vivienda digna, promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad, etc. (HENAO HIDRÓN, 2014).

Los derechos culturales esbozan el amparo y fomento de las ciencias y de las bellas artes, también alusivos al patrimonio histórico y cultural de los pueblos, expresiones artísticas que en general establecen mecanismos de defensa y conservación del elemento cultural. Respecto de ellos, se matiza el derecho de propiedad, desde la perspectiva de función dinámica y positiva frente a los intereses de la comunidad, la Norma de Normas garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a la ley, pero advierte que el interés privado debe ceder ante el interés público o social. Se conserva el principio de la función social de la propiedad, tal como a partir de la reforma de 1911 aparecía en la Carta de 1886, pero se le agrega la función ecológica, y la protección a las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Desde de esta función social, se confirma la expropiación como un dispositivo de rango constitucional que plasma los objetivos subscritos a la propiedad privada en *pro* del interés general, esta institución jurídica es el medio de que el Estado dispone para conseguir que la propiedad privada inscriba al patrimonio público y de este modo se estabilicen las condiciones de ejecutar obras de interés general. La organización política puede conseguir ese propósito por la vía judicial y previa indemnización. Es decir, que si decae la negociación directa con el propietario, tendrá que acudir ante los jueces y obtener una sentencia que decrete la expropiación.

Empero, tal y como lo señala HÄBERLE (1997), en esta clasificación asimismo logra integrarse el derecho al trabajo bajo un criterio de integralidad y de fin en la propiedad. Al respecto:

Trabajo y propiedad se encuentran en una relación interna y externa, material y funcional, a pesar del antagonismo con el que frecuentemente se presentan en la historia constitucional y social. [...] La propiedad y el trabajo en el sentido de la Constitución se constituyen mutuamente (1997, pág. 245).

Reflexiona el doctrinante una categoría de derechos prestacionales, los cuales se plantean como derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo tuviera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría también obtenerlos de los particulares, tales como la vivienda, la educación, trabajo entre otros.

3.5. La garantía de los derechos asistenciales frente al criterio de sostenibilidad fiscal

El reconocimiento Estatal de los derechos asistenciales o sociales es el fruto de la meditación ideológica y política del siglo XX. Estos son susceptibles de calificarse como innovadores y relativamente nuevos -si se les compara con los derechos fundamentales-, aspecto

que ha llevado a gran parte de la doctrina a valorar si en realidad estos logros sociales exhiben o no la calidad de derechos:

Estos derechos les corresponden, antes de prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universales, y cuya violación, por el contrario, no consiste en actos o comportamientos sancionables o anulables sino en simples omisiones, que no resultan coercibles ni justiciables (FERRAJOLI, 2002).

A la par esbozan un examen de exigibilidad apoyado en la valoración que hacen de los derechos de libertad tradicionales, en función de las expectativas negativas que plantean, es decir, restricciones o prohibiciones de carácter general y abstracto, frente a las expectativas positivas de los derechos sociales, luego de indicar que sólo de los primeros aplica el concepto de exigibilidad y por tanto de los cuales se puede predicar su justiciabilidad.

En este sentido, ABRAMOVICH & COURTIS (2002) señalan como la adopción de la mentada tesis es poco conveniente por cuanto desarrolla un enfoque paleo-liberal del Estado mínimo, concerniente exclusivamente a la función de garante del orden interior y la defensa exterior y, por reflexionar que excluye dos aspectos básicos en su aplicación; el primero de ellos el alusivo a la correspondencia que concurre entre los derechos sociales –de expectativa positiva– en el propósito de garantizar los nombrados derechos fundamentales clásicos, indicando con ello un claro factor de conexidad que a la vez implica un carácter sancionable o reparable frente a las consecuencias que puede generar su desconocimiento⁵.

⁵ Señalan los autores como los derechos clásicos y los derechos sociales contienen expectativas tanto positivas como negativas: “[...] aun los derechos sociales a la salud, a la protección del medio ambiente o a la educación imponen al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto. Y también los clásicos derechos civiles o políticos – desde la libertad de expresión del pensamiento, al derecho al voto – requieren, por parte de la esfera pública, no solo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y de su tutela” (ABRAMOVICH & COURTIS, 2002, pág. 10).

Por otra parte, consideran también, que esta posición omite el carácter vinculante de las prohibiciones y las obligaciones inmediatas y graduales que instituyen los diferentes instrumentos internacionales que se han suscritos por los Estados en defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo principal referente puede ser el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en virtud del cual se solicita a los Estados implementar mecanismos de carácter progresivo en defensa de esta categoría de derechos.

Según los citados, no es posible realizar diferenciación alguna adentro del esquema de los derechos fundamentales a partir de la valoración de las expectativas negativas o prohibiciones y de las expectativas positivas que conllevan unos y otros (ABRAMOVICH & COURTIS, 2002). Establecen, por vía de ejemplo, que el derecho a la salud, al medio ambiente, la educación entre otros, los cuales, a pesar de tener un carácter asistencial o de expectativas positivas, asignan al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que componen su objeto; al igual que aquellos derechos denominados tradicionalmente “civiles y políticos” –descritos como de expectativas negativas – únicamente no requieren para su amparo de prohibiciones sino que también obligan al Estado que suministre de dispositivos e instituciones encaminados a garantizar su aplicación.

4. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La actividad judicial, cuyo principal objetivo es el declarar el derecho y brindar la solución de controversias jurídicas, es una de las actividades básicas del Estado; sin ella, no se podría propender por la existencia de un orden social justo en la sociedad. En efecto; los jueces son la

autoridad pública que sirve en un tribunal de justicia y que se encuentra investido de la potestad jurisdiccional para interpretar y aplicar las normas jurídicas o lo que es lo mismo a decir “función judicial”. La gran importancia de esta función es tal que las personas o funcionarios – los jueces- a cuyo cargo se encuentra, constituyen una de las tres ramas del poder público que conforman el Estado. Al respecto la Corte Constitucional sostiene que:

La autonomía e independencia de la Rama Judicial respecto de las otras ramas, así como la de cada uno de los funcionarios que la conforman, es condición esencial y necesaria para el correcto cumplimiento de su misión. Estas elementales consideraciones se encuentran presentes en la Constitución de 1991, desde su preámbulo y sus primeros artículos, en los que repetidamente se invoca la justicia como una de las finalidades del Estado y se alude a la intención de alcanzar y asegurar la vigencia de un orden social justo. Para ello, más adelante, el Título VIII de la carta política determina entonces el diseño institucional de la Rama Judicial y establece las funciones de los distintos órganos que la integran. Sobre estas bases, en años recientes esta función ha sido definida por el legislador (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-238/2011).

Como se denota, la autonomía judicial radica según algunos, en que los funcionarios sólo están sujetos a la Ley para proferir sus providencias (CONSTITUCIÓN POLÍTICA art. 230); piense en un Juez que dependa del concepto de un funcionario del ejecutivo para fallar, sería inconsistente en la medida en que la función de jurista y la del ejecutivo es distinta, por lo tanto su visión respecto a un asunto será diferente.

Sin embargo, este concepto de que el operador judicial este únicamente apegado a la Ley, a través de la historia y la evolución jurídica, practicada por funcionarios judiciales y la doctrina de juristas eméritos, ha llevado ampliarla mediante la entronización de los fuentes formales del derecho, bajo el entendido de que el concepto ley como fuente formal,

comprende: el Bloque de Constitucionalidad, la Ley, la costumbre, los contratos, los tratados internacionales ratificados por Colombia, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre modulaciones al ordenamiento jurídico conforme al artículo 243 de la Constitución Política.

En lo referente a la jurisprudencia, se advierte que esta debe ser acatada en forma discrecional, tal como lo señala la doctrina:

El principio de legalidad se amplió para aceptar la llegada del poder complementario e innovador de la jurisprudencia, con dicha innovación se desarrollaba a su vez la comprensión del ideal de “Estado de derecho”. este criterio napoleónico, de discrecionalidad por el juez, por políticas de descongestión judicial, se está convirtiendo en obligatoriedad del precedente, con alguna autonomía razonada, que justifique su desconocimiento, por lo que como enseña la doctrina, parafraseando al Dr. Diego López Mediana la Corte Constitucional emprendió una creación en cuanto a una directriz entre los años 1995 a 2001, afirmando que en virtud del principio de igualdad (art.13 CN), en tratándose primero de los jueces y posteriormente los particulares y funcionarios públicos, estos poseían el deber y obligación de derecho objetivo, que consistía en la aplicación de las normas jurídicas acorde a la interpretación sólida que de ellas hicieren los jueces, desde el inicio de dicho deber también es dable a que los ciudadanos posean un derecho subjetivo reclamable a adquirir el trato igualitario, por consiguiente, que sus casos y/o asuntos sean resueltos bajo la luz de la normativa, y que esta normativa sea idónea y coherente con las decisiones que jueces han tomado anteriormente (LÓPEZ MEDINA, 2016, pág. 21).

Para resolver el interrogante ¿En que se cimenta la independencia de la justicia en Colombia?, Es importante resaltar, que ella no ha sido extraña a la fuerte influencia de las escuelas del realismo francés, desde la época de la independencia y actualmente, que preconiza la teoría del derecho positivo sobre el respeto a la Ley y solo con la expedición de la constitución de 1991 y la creación de la Corte Constitucional se habrá camino la entronización del realismo jurídico influenciado por las escuelas del derecho norteamericano, pues en diversas decisiones se ha señalado en síntesis :

(Tal como lo da a entender entre otras decisiones la sentencia C – 538 del 5 de Octubre de 2016, Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA que al tratar el tema de la autonomía e independencia judicial advierte:)

“Que la independencia y autonomía en el ejercicio de la actividad jurisdiccional son presupuestos esenciales e ineludibles para el cabal funcionamiento de la actividad de administración de justicia, bien sea de carácter permanente o temporal. Esto bajo el entendido que la labor del operador judicial está basada, exclusivamente, en la comparación que realiza el juez entre los hechos y el ordenamiento jurídico aplicable (silogismo judicial), actividad de la que debe surgir una decisión que sirva a los intereses del Derecho y del orden justo.

Reitera, que con base en esta perspectiva el inciso primero del artículo 230 C.P. establece que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, desarrollando las máximas del derecho internacional en los derechos humanos. En especial el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disposición integrante del bloque de constitucionalidad colombiano, en prever que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” En igual sentido, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual también integra el bloque de constitucionalidad, determina que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Advierte lo anterior, por ser la garantía más importante que tienen los ciudadanos, en términos de confianza en la actividad de adjudicación como instancia pacífica, razonable y definitiva para la solución del conflicto, cimentado bajo, los principios también de los derechos fundamentales del debido proceso, legalidad, respeto a los derechos adquiridos, y confianza legítima, entre otros.

Reafirma, Independencia e imparcialidad, en ese orden de ideas, que crean la obligación del juez de resolver los asuntos que se someten a su jurisdicción a partir del Derecho como parámetro objetivo y fundado en el análisis racional y lógico de la evidencia puesta a su consideración. Esto exige, entonces, que el juez esté separado de circunstancias o intereses particulares, familiares, políticos, religiosos y económicos, que desvíen dicho análisis, en las condiciones de objetividad.

Pues, el principio de legalidad, como enseña la doctrina y la jurisprudencia, define a los órdenes jurídicos y vincula a la definición del Derecho con el régimen democrático. En esencia, con base en este principio, las actuaciones del Estado o aquellas de los particulares que tengan significancia legal, se gobiernan a través de reglas previamente dispuestas, suficientemente conocidas y establecidas por órganos representativos con un origen democrático directo o indirecto. Este principio, como es bien conocido, es uno de los pilares sobre los que se sustenta la cláusula del debido proceso y, de una manera más amplia, todo Estado constitucional y democrático.

Advierten, que el principio de legalidad, asimismo, es uno de los rasgos característicos para la conformación del Estado liberal democrático, el cual busca regular la vida social y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos conforme a un parámetro objetivo, conocido y fruto de la deliberación pública. La ley, entonces, sirve como marco para la validez y funcionamiento del aparato estatal, así como para la garantía para los ciudadanos, en términos de delimitación del grado de interferencia de los órganos públicos en el ámbito privado.

Resaltan, que el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (*government of laws, not of men*), esto es, “un sistema de gobierno que rechace las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales” (...), y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley.

Desde una visión contemporánea, no simplemente se trata de la búsqueda de la respuesta única y excluyente que otorgue el derecho legislado a cada supuesto fáctico, sino que es evidente que la labor judicial es esencialmente interpretativa. Esto quiere decir que la independencia e imparcialidad es evaluada en términos de la racionalidad y transparencia del ejercicio hermenéutico del juez, en un ámbito de tener presente la jurisprudencia y la doctrina anteriores con el fin de hacer realidad uno de los postulados de la democracia del trato igual de los ciudadanos ante el ordenamiento jurídico.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que

“la autonomía del juez implica que para el desarrollo de su función institucional, esto es solucionar los conflictos que de acuerdo con su especialidad son sometidos a su conocimiento, deba aplicar el derecho, labor que supone, sin embargo, una o varias operaciones, las cuales se hallan precisamente resguardadas por la garantía de la autonomía funcional. Antes de la adjudicación, el juez atribuye significado a los enunciados normativos, esto es, interpreta los textos en los que aparecen las fuentes. En la gran mayoría de los casos, el juez tendrá la posibilidad de elegir entre dos o más interpretaciones razonables y la autonomía judicial legitima esa elección y protege el

criterio interpretativo justificadamente adoptado. (...) Pero no solo la interpretación precede la adjudicación del derecho. Hay también otros actos utilizados en el razonamiento judicial. Antes de aplicar una norma para resolver el caso, el juez también establece jerarquías axiológicas entre principios y pondera su relevancia y peso ocasionales, elige la norma en la cual se subsumen los hechos, determina la existencia de normas implícitas, derivables solo de un conjunto de disposiciones, etc. Además de esto, al juez en la generalidad de las especialidades le son presentadas pruebas con base en las cuales hallar demostrados los supuestos de hecho que dan lugar a la aplicación de las respectivas reglas, evidencias que, por lo tanto, requieren ser judicialmente valoradas. (...) Tanto en el primer tipo de actuaciones como en la apreciación de los elementos de convicción, el operador judicial está igualmente protegido y le es garantizado un ámbito de independencia. (Corte Constitucional, sentencia C-084 DEL 2016 LUIS ERNESTO VARGAS SILVA)”

Deja en claro la corte, que partir de estos criterios, el precedente analizado distingue entre dos vertientes en que se expresa la imparcialidad judicial. La primera, de carácter subjetivo, radica en que el juez no debe tener ningún interés personal, directo o indirecto en el asunto, de manera que estos le resulten ajenos y, por lo mismo, no exista ningún factor externo a la valoración judicial para la resolución del caso sometido a la jurisdicción. La segunda, de carácter objetivo, tiene que ver con la necesidad que el caso concreto sea novedoso para el juez, de manera que no haya formulado un juicio concreto sobre el mismo en una oportunidad anterior. En términos de la Corte, “En esa medida la imparcialidad subjetiva garantiza que el juzgador no haya tenido relaciones con las partes del proceso que afecten la formación de su parecer, y la imparcialidad objetiva se refiere al objeto del proceso, y asegura que el encargado de aplicar la ley no haya tenido

un contacto previo con el tema a decidir y que por lo tanto se acerque al objeto del mismo sin prevenciones de ánimo.

De una simple lectura desprevenida, se observa su intención globalizadora de las escuelas del realismo jurídico norteamericano, cuando reitera:

“El contenido expuesto de los principios de independencia e imparcialidad judicial son compartidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En lo que tiene que ver la independencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tribunal Constitucional vs. Perú expresó que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces y, para tales efectos, los diferentes sistemas políticos han ideado procedimientos estrictos, tanto para su nombramiento como para su destitución. Los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, establecen que: La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.”

“Asimismo, la concepción objetiva y subjetiva de la imparcialidad, antes explicada, también se refleja en el derecho internacional, particularmente en el ámbito del sistema universal de derechos humanos. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado del monitoreo del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha expresado que “La imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del párrafo 1º del artículo 14. La “imparcialidad” del tribunal supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entiende y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes. En los casos en que la ley estipula los motivos para recusar a un juez, corresponde al tribunal considerar

ex officio esos motivos y reemplazar a los miembros del tribunal a los que se haya recusado. Normalmente, no se puede considerar que un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado, es un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14.

“Según lo expuesto, la independencia judicial es un requisito esencial de la práctica jurisdiccional en un Estado democrático, a través de la cual se asegura que el juez esté libre de coacción, de cualquier naturaleza e intensidad, en el proceso de adjudicación. Un catálogo comprehensivo sobre los deberes que para el Estado y los particulares se derivan de la independencia judicial se encuentra en los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura. Si bien este documento no tiene el carácter propio y autónomo de una norma de derecho internacional, en todo caso ha sido utilizado sistemáticamente por tribunales de derechos humanos como criterio interpretativo sobre el contenido y alcance de esta materia. A su vez, la Corte encuentra que dichos Principios guardan unidad de sentido con la manera en que la jurisprudencia constitucional ha contemplado la independencia judicial en el orden jurídico nacional. De allí que conformen un parámetro útil para la comprensión de esta garantía constitucional en el caso del derecho interno.

“Conforme con este estándar, la independencia del poder judicial se garantiza a partir de los siguientes criterios:

La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

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 judicatura será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley.

No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley.

Toda persona tendrá derecho a ser juzgada por los tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. No se crearán tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios.

El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes.

El Estado proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones.

“Ahora bien, la imparcialidad judicial radica en la necesidad que la actividad del juez esté libre de intereses personales o la existencia decisiones previas por parte del mismo funcionario judicial,

las cuales vicien o configuren prejuizgamiento frente la potestad de adoptar una decisión objetiva y sujeta exclusivamente a la interpretación del Derecho ante los hechos soportados en el material probatorio correspondiente.

“El instrumento usualmente utilizado para la evaluación de la imparcialidad del juez es la fijación de un régimen de impedimentos y recusaciones dentro de los procesos judiciales. La jurisprudencia constitucional ha asumido esta materia en varias oportunidades, siendo una de las más recientes la sentencia C-532 de 2015, en la cual la Corte analizó la constitucionalidad de la norma que regula el trámite del recurso de apelación dentro del procedimiento disciplinario, precisamente ante el cargo por presunta afectación del deber de independencia e imparcialidad del funcionario encargado de conocer dicho recurso. Por ende, en este apartado se hará referencia a las reglas que se extraen de dicho precedente:

La previsión de un régimen de impedimentos y recusaciones, tanto en el marco del procedimiento judicial como administrativo, está vinculado con el deber de imparcialidad y transparencia que guía la función pública y, como se ha señalado en precedencia, particularmente la actividad jurisdiccional. Asimismo, este régimen tiene un estrecho vínculo con la protección del derecho al debido proceso, así como la igualdad ante la ley.

A pesar de tratarse de mecanismos que guardan unidad de propósito, responden a supuestos diferentes. El impedimento es una expresión oficiosa del funcionario respectivo, el cual “abandona la dirección de un proceso.” En la recusación, en cambio, uno de los sujetos procesales y ante la negativa del funcionario concernido a formular su impedimento, solicita que se sustraiga del caso. Esto bajo el supuesto que es necesario evaluar “si el interés de quien se acusa de tenerlo es tan fuerte, que despierta en la comunidad una desconfianza objetiva y razonable de que el juez podría no obrar conforme a Derecho por el Derecho mismo, sino por otros intereses personales”.

La previsión de normas sobre impedimentos y recusaciones es también desarrollo de obligaciones estatales de derechos humanos, en especial aquellas que vinculan la necesidad de contar con un juez independiente e imparcial a la cláusula de debido proceso. En este sentido, la Sala se remite a las consideraciones hechas en precedencia sobre el contenido y alcance del artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La jurisprudencia ha sido consistente en concluir que el régimen de impedimentos y recusaciones tiene una importancia central en términos de garantía la imparcialidad del juez. Así por ejemplo, en la sentencia C-019 de 1996, al estudiarse la exequibilidad de algunos artículos del Código de Procedimiento Civil referentes a los impedimentos y las recusaciones, la Corte sostuvo que:

“Las normas que consagran las causales de impedimento y recusación, se han dictado, precisamente, para garantizar la imparcialidad del juez. El que existan las causales, fijadas por la ley y no por el capricho de las partes, garantiza, dentro de lo posible, la imparcialidad del juez y su independencia de toda presión, es decir, que sólo esté sometido al imperio de la ley”.

“Esta concepción es reiterada en la sentencia C-365 de 2000, la cual, al estudiar la constitucionalidad de algunas disposiciones del mismo Código, resaltó la relación entre el régimen de impedimentos y recusaciones con el derecho al debido proceso. Sobre el particular, expresó que “ estas instituciones, de naturaleza eminentemente procedimental, encuentran también fundamento constitucional en el derecho al debido proceso, ya que aquel trámite judicial, adelantando por un juez subjetivamente incompetente, no puede entenderse desarrollado bajo el amparo de la presunción de imparcialidad a la cual se llega, sólo en cuanto sea posible garantizar que el funcionario judicial procede y juzga con absoluta rectitud; esto es, apartado de designios

anticipados o prevenciones que, al margen del análisis estrictamente probatorio y legal, puedan favorecer o perjudicar a una de las partes”

“Conforme a los argumentos expuestos, se tiene que la independencia e imparcialidad son aspectos definitorios del ejercicio de la actividad jurisdiccional. Por lo tanto, es imperativo que el juez ejerza su función sin que medie ningún interés o circunstancia que altere la objetividad en la actividad de adjudicación (imparcialidad subjetiva), o sin que haya prejuizado sobre el asunto sometido a su jurisdicción (imparcialidad objetiva). De la misma manera, la actividad jurisdiccional debe estar protegida de toda injerencia que altere el análisis judicial, el cual está circunscrito a la confrontación entre el orden jurídico y los hechos del caso, a fin de proponer la solución basada en una interpretación razonable tanto de dichas normas como del material probatorio acreditado en el trámite.” (C-538 del 5 de Octubre de 2016)

4.1. Activismo judicial y justicia dialógica

Dentro del desarrollo del control de convencionalidad, entronizado en el artículo 93 de la Constitución, resulta habitual que los operadores judiciales (por ejemplo, la Corte Constitucional), a nivel mundial revisen los contenidos de fondo y forma de las leyes, a la luz de lo que exige la Constitución. Dicha situación, tan común, ha planteado al menos dos preguntas de enorme relevancia pública. La primera se refiere al modo en que se lleva adelante la *revisión judicial*. La cuestión es: ¿Por qué es que los jueces, y no los legisladores, quedan a cargo de la tarea principal, en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué se da por sentado que los legisladores, en cuanto representantes del pueblo- de todos nosotros- van a conocer menos, o van a tratar peor que los jueces, los fundamentales valores constitucionales?

Lo cierto es que, si existen sesgos nos afectan a todos (también a los jueces), no sólo o fundamentalmente a los legisladores, a mas que son los jueces quienes tienen contacto directo con la comunidad, y conocen de primera manos, las necesidades apremiante de los más necesitados y desprotegidos, pero para cumplir con decisiones razonadas, como lo enseña el profesor GARGARELLA (2011), se debe acudir a la figura, del constitucionalismo dialógico. Esta es una práctica (impulsada, en muchos casos, desde el poder Judicial) que se ha desarrollado nuevamente y con fuerza desde comienzos de la década de 1980, y que responde de un modo no tan novedoso y por demás interesante, que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía, al estilo del primitivo estilo del derecho político Romano, donde las decisiones se tomaban por la mayoría con la participación del pueblo y sus gobernantes. Lo cual es posible en la actualidad a través del fortalecimiento de las democracias representativas.

Algunas, Cortes latinas han copiado dicho modelo de gobernanza, con intervención de todos los ciudadanos y representantes de las ramas del poder público y los organismos de control, para adoptar por mayoría sus decisiones, respetando claro está, las directrices del constituyente primario, que es la voluntad del Pueblo, o la voluntad de Dios, como enseña Santo Tomas. Lo que lleva adelante un atractivo ejercicio de tipo dialógico, bajo el entendido que existen asuntos que requieren la intervención de todas las ramas del poder, y de los ciudadanos afectados, sin arrogarse la decisión final o única en la materia: entendió que la gravedad del problema, y las genuinas dudas y dificultades existentes en relación con la mejor forma de resolverlo, requieren una reflexión democrática, prolongada en el tiempo con intervención de todos los sectores que tengan interés y

se encuentren afectado, de esta forma se elude la tradicional, muy imperfecta y tosca manera de encarar, cuestiones públicas de interés general, permitiendo que los interesados, asuman la responsabilidad quien les corresponde, para en equidad y con carácter esencialmente dialógico o conversacional: entren en discusión directa el poder político, con la asistencia de diferentes organizaciones ciudadanas, para así dar forma a una solución más ajustada a la dimensión y dificultad del problema en juego y contribuir a formar una sociedad más pacífica.

En esta forma la Rama Judicial, está dejando poco a poco, atrás- sin más, una cantidad de “saberes” y prejuicios muy instalados dentro de nuestra comunidad jurídica, y cumpliendo con los deseos, de los juristas modernos, de que las teorías, la costumbre y prácticas del pasado, no son las llamadas a gobernar ni a reglamentar a la sociedad del presente, de allí que hoy exijan a los operadores judiciales, decisiones razonadas, sopesadas en el conocimiento científico, entendido con la evolución de las ciencias, a pesar de las duras críticas de algunos retrogradados, que no entienden, que las formas posibles de las respuestas dialógicas son numerosas, e incluyen posibilidades, de que los órganos judiciales, puedan fortalecer los mecanismos destinados a monitorear el cumplimiento de sus sentencias, con la ayuda de la ciudadanía; tribunales que exhortan a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos, o les advierten sobre el carácter inconstitucional de ciertas alternativas; tribunales que en lugar de imponer una solución a los legisladores, establecen plazos dentro de los cuales estos últimos deben remediar una situación de violación de derechos; tribunales (y este en nuestro ejemplo favorito) que comienzan a tomar en serio el análisis de los debates legislativos, para asegurar que ellos expresan un proceso genuino de aprendizaje mutuo o, en otros términos, que esos debates no resulten meras pantallas destinadas a avalar una legislación impulsada por grupos de interés, o una decisión que el Ejecutivo se niega

a discutir y mejorar junto con la oposición en el Congreso, como lo predicaban los profesores de derecho constitucional progresistas (GARGARELLA, 2011) con el fin de construir una sociedad más justa y hacer realidad, el principio constitucional sobre la autonomía de las ramas del poder, los organismos de control, pero su obligación de laborar en forma armónica.

El activismo judicial radica en la práctica y concepción del juez mismo como limitador de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución junto con derechos por ella pregonados. Esto, por cuanto la justicia dialógica reclama un mayor protagonismo de los tribunales y que las sentencias sean creadoras de derecho, con la intención de generar un cambio en la legislación, la jurisprudencia o la sociedad.

4.2.Comportamiento Judicial en la toma de decisión

En este orden de ideas, si el derecho constitucional tiene una alta vocación consuetudinaria y al juez le toca hacer su interpretación, acorde con los usos y prácticas modernas que el impone el día a día de los ciudadanos, acorde con la aceleración de los avances de la ciencia, su información y la aplicación del control de convencionalidad, no se puede predicar en forma categórica la obligatoriedad de jurisprudencia permanentes o estáticas, salvo que se traten de principios y valores constitucionales, pues de lo contrario, llegaríamos al dislate jurídico de crear una camisa de fuerza, sobre la evolución de las normas de comportamiento social o su estatización, aspectos estos, contrarios a la voluntad del constituyente primario de su deseo natural de evolucionar, y del deber del Poder Judicial de ser, uno más, de los promotores de las deliberaciones democráticas a través de una justicia dialógica.

Por ello, la academia jurídica, enseña que la interpretación es un fenómeno muy importante en el debate jurídico contemporáneo en la medida que el derecho es una actividad interpretativa o

argumentativa. Nos indica, que la interpretación ha cobrado interés debido a tres factores principales: -1.- A que se ha creado conciencia sobre la centralidad que ella tiene en la actividad judicial. 2.- Porque los jueces han adquirido un papel protagónico en la vida política. 3.- Porque la interpretación jurídica no es un tema pacífico ya que no existe una sola teoría o metodología que genere consenso entre los estudiosos o prácticos del derecho.

Ese auge de la interpretación es natural, advierte la academia, puesto que a través de sus sentencias los jueces empiezan a producir un impacto considerable en la vida cotidiana, razón por la cual la sociedad empieza a interrogarse acerca de la cómo controlar la actividad de esos funcionarios pues con sus decisiones afectan la vida, los derechos de las personas y los intereses de algunos grupos privilegiados u abandonados. Sin pasar por alto que la interpretación juega un papel esencial en el trabajo judicial en la medida que solo acudiendo a ella desentraña el espíritu de la norma y logra aplicarla a un caso concreto.

Así las cosas, al no existir un modelo que domine y sea aceptado en ese campo, resulta razonable que se multipliquen los diversos enfoques, métodos, modelos Tópicos, Hermenéuticos, Argumentativos, y publicaciones, con Criterio histórico, sistemático, teleológico, pragmático, consecuencialista, valorativo y de ponderación de intereses, respetando los precedente y logrando un Equilibrio reflexivo como lo proponen los diferentes autores nacionales y extranjeros, bajo estrategias distintas para alcanzar el mayor grado de racionalidad, justicia y legitimidad en las decisiones judiciales.

Empero en este empeño, de una justicia autónoma e independiente, no pueden los operadores judiciales desconocer, cambiar o alterar los principios y valores, que a partir de la constitución de 1991, constituyen autentico derecho, pues tienen fuerza vinculante, como se viene

soslayando por la propia Corte constitucional al pregonar una actividad armónica entre los poderes y los órganos de control (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406/92).

En síntesis, para entender el comportamiento judicial, o la Teoría Política Positiva del Derecho, debemos partir del concepto de que el derecho, es un escenario judicial, es el material, a partir del cual los operadores judiciales elaboran sus decisiones, dado que desde la perspectiva legalista no se suministra respuestas razonables a todos los conflictos jurídicos creados por los seres humanos y sobre los cuales tienen el deber de pronunciarse, por lo que forzosamente los jueces, tienen que acudir a otras fuentes de enjuiciamiento, incluyendo opiniones o juicios personales o sociales de naturaleza política, religiosa, cultural, académica y de sus propias particularidades, por lo que nos encontramos con que al razonar existen cosas que no encuadran en un modelo legalista de decisión que de una u otra forma atraviesan el derecho; pues los jueces, son simplemente trabajadores humanos que reaccionan del mismo modo que lo hacen otros trabajadores en las condiciones del mercado laboral en que actúan, por tanto no son formalistas o legalistas, los legalistas resuelven el caso aplicando la ley o haciendo uso de métodos de razonamiento que se pretenden distintos, tales como el razonamiento jurídico por analogía, no legislan y no miran fuera del texto jurídico convencional, básicamente las leyes, las disposiciones constitucionales y los precedentes, ello es un dominio autónomo de conocimiento y técnica.

Pero si los operadores judiciales son legalistas, entonces ¿Qué son acaso? ¿Simplemente académicos con toga? Científicos sociales han llegado a la conclusión de que son simples profesionales que aprenden destrezas y valores en la hermenéutica jurídica, y que razonan al igual que todos los seres humanos lanzando juicios reflexivos, fruto del pensamiento y la razón, aleatorios, fruto del azar, intuitivos basado en el sentimiento o palpito, y necios producto de un

conocimiento errado por excepción, y gozan de una relativa independencia, por estar subordinados al ordenamiento jurídico, a la doctrina probable, el precedente y la economía. Algunos como jueces unipersonales se encuentran subordinados a las directrices judiciales del superior jerárquico.

La fenomenología del enjuiciamiento proporciona intuiciones útiles acerca de la motivación y comportamientos de los operadores judiciales pues a la hora de emitir una decisión tienen tanta libertad como límites. Libertad porque al emitir un juicio implica una elección de conceptos y precedentes, límites porque al emitirlo es cosa de deliberar o de contrapesar alternativas y antecedentes judiciales. Empero, esta libertad y límites operan en formas diferentes cuando se tratan de decisiones de jueces unipersonales o colectivos o cooperados, pues en estos últimos, los juicios de comportamiento judicial tienen más limitaciones que libertades ya que por regla general los juicios aleatorio o intuitivo están demarcados dentro de los antecedentes o comportamientos histórico de la corporación o del cuerpo colegiado, ya que las decisiones se toman por el consenso mayoritario y por tanto es difícil que se impongan credos religiosos o políticos unipersonales, ya que el resto, que no lo compartan no lo permiten y por ello a nivel mundial se sostiene que las decisiones de los cuerpos colegiados que administran justicia son más transparentes e imparciales que los unipersonales, porque no se trata del querer o el capricho de un solo individuo, sino de lo que desee la mayoría de la colectividad, como decisión democrática.

Sin embargo, los cuerpos colegiados como la Corte Constitucional gozan de una zona de razonabilidad más amplia, ya que en los casos del derecho constitucional están más implicadas sus emociones porque el texto constitucional no aporta muchas guías y los sentimientos pueden invalidar factores sistémicos que inducen a frenar su propio ejercicio de discrecionalidad, sobre todo en temas de interés general con convergencias e ideologías políticas diferentes, como cuando

se toman decisiones por los cuerpos colegiados en lo referente a temas como el aborto, la guerra, la paz, etc. La racionalidad en economía significa consistencia elemental y racionalidad instrumental, ello es ajustar los medios a los fines, pero nunca prohibir, limitar o mutilar los derechos sociales nacidos o reconocidos, pues ello sería retroceso.

4.3.¿Qué es el control de convencionalidad?

El Control de Convencionalidad en asuntos de Derechos Humanos se esgrime como una herramienta clave para la defensa de la tarea del juez –la cual, según se ha visto, consiste en determinar qué es lo justo (el derecho) en una situación concreta- con independencia de las tendencias políticas y económicas del momento, pero buscando siempre la realización de la justicia material, es decir, que sus fallos se ejecuten y no se queden simplemente en el plano formal por ausencia de recursos. Esta afirmación se hace desde la lógica de que muchas veces el Legislativo y el Ejecutivo pueden, en virtud de sus políticas estatales o tendencias económicas, limitar derechos prestacionales de las personas a través de la creación de normas –*como el referido Acto Legislativo O3 de 2011-* y sanciones –*como las producidas por el control disciplinario que ejerce la procuraduría sobre las autoridades administrativas-*; frente a esta situación aparece el mecanismo referenciado como una salvaguarda de los derechos y herramienta practica para que el Juez pueda fallar con independencia de estas situaciones. En este acápite se analizará el Control de Convencionalidad, en cuanto a enfoque que sirve como guía de la interpretación judicial en casos concretos en los que se limitan los derechos prestacionales reconocidos en instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

La primera necesidad que surge, una vez propuesto el tema que se tratará en este aparte, es la de precisar concretamente de que se va a hablar, lo que equivale a responder la pregunta de ¿qué

es el Control de Convencionalidad? Pues bien, como se mencionó anteriormente este es una “herramienta judicial”. Es decir, es un instrumento que sirve para ejercer la actividad judicial en aquellos casos en los cuales el Legislativo creó una norma que desconoce el derecho internacional, caso en el cual procederá a aplicar la superior por autorización expresa de la Corte. Es pertinente detenerse un poco a explicar este concepto

A. Control de constitucionalidad

Resulta que en los sistemas constitucionales positivos de tradición romano germánica, como el Colombiano, la teoría jurídica se construye sobre la jerarquización de normas (KELSEN & GASIO, 1995); bien puede recordarse la muy trillada “pirámide kelseniana” con la cual los interpretes del profesor alemán buscaron esquematizar esta concepción organizada del sistema normativo; en esta, existe una “Norma Fundamental”, una “norma superior”, de la cual surge y a la cual debe limitarse todo el sistema jurídico (pág. 95)⁶. Al respecto el artículo 4 de la Constitución Política resalta: “[la] Constitución es norma de normas [...] [en] todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Esto quiere decir, que la Constitución, pese a ser una declaración de tipo político, es una norma vinculante desde la perspectiva jurídica, en cuanto tal, determina qué contenidos pueden tener las normas inferiores (llámense Leyes, Decretos, Actos Administrativos, Reglamentos, etc.,) o qué contenidos no pueden contradecir, por así decirlo, establece los parámetros materiales para la formación de las normas nuevas. A su vez, la norma de normas, establece las reglas formales procedimentales para la creación de las normas inferiores, esto es, determina quién, cómo, cuándo

⁶ En su publicación ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, KELSEN (1995) afirma que el Estado es un sistema de normas estructuradas jerárquicamente que derivan en su conjunto de una norma superior. En consecuencia, en su entender, el derecho constituye el fundamento de validez del ordenamiento jurídico y, a la vez de la legitimidad del poder político.

y dónde se puede crear. De esta forma, cada norma superior dicta las reglas materiales y formales para la validez de la norma inferior y de esta manera se crea la pirámide normativa y una cadena de validez. Esto se conoce como principios de supremacía constitucional y de jerarquía normativa, al respecto la Corte Constitucional sostuvo:

La supremacía de la Constitución Política sobre el resto de prescripciones del sistema de derecho nacional, es un principio estructurante del orden jurídico: el conjunto de prescripciones que integran el derecho positivo, se ordena en un sistema normativo, en virtud de la unidad y coherencia que le imprimen los valores, principios y reglas establecidas en la Constitución. En otras palabras, el orden jurídico de la sociedad política se estructura a partir de la Carta Fundamental. Por eso, ha dicho la Corte: ‘La posición de supremacía de la Constitución - ha dicho esta Corporación - sobre las restantes normas que integran el orden jurídico, estriba en que aquélla determina la estructura básica del Estado, instituye los órganos a través de los cuales se ejerce la autoridad pública, atribuye competencias para dictar normas, ejecutarlas y decidir conforme a ellas las controversias y litigios que se susciten en la sociedad, y al efectuar todo esto, funda el orden jurídico mismo del Estado’ (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415/2012)

Según este postulado, para que una norma sea válida, es decir para que produzca efectos en el sistema jurídico, deberá ser material y formalmente compatible con la Constitución: en primer orden, su contenido material debe corresponder con lo dispuesto por la norma de normas, entre tanto, desde el punto de vista formal, debe cumplir con los requisitos previstos por la misma para su elaboración. Así las cosas, a modo de ejemplo, una norma que contradice algún derecho reconocido en la Constitución –V. gr. Una norma del Congreso que facultad a los jueces para imponer la pena de muerte frente a las disposición del artículo 11 Superior que la proscribe-, sería inválida o una norma creada por una autoridad que no tiene la competencia para hacerlo, o en condiciones distintas, sería también inválida –V. gr. Regular lo concerniente al derecho de petición

como una ley ordinaria frente al mandato de regularlo por una ley estatutaria por ser un derecho fundamental-. Siguiendo esta línea de argumentación, con este principio se incorpora al ordenamiento jurídico, la revisión judicial de las normas, esto es conocido como control de constitucionalidad y les corresponde, en principio, a todos los jueces de la república, puesto que todos pueden conocer jurisdicción constitucional, cuando conocen tutelas.

La jurisdicción constitucional es la potestad del órgano judicial, especialmente de la Corte Constitucional, para interpretar y revisar la compatibilidad de otras normas con las normas de la Constitución y resolver las controversias de manera definitiva. La inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez debe ser declarada por esta autoridad, pues aunque sea notoria o evidente, ésta debe ser declarada por alguien competente. Existen, como lo señala la doctrina (QUINCHE RAMÍREZ, 2013), dos modelos de control de constitucionalidad, a saber: (i) el control concentrado y (ii) el control difuso. El control concentrado, en primer lugar, surgió después de la Segunda Guerra Mundial y es aquél que, como su nombre lo indica, “concentra” toda la revisión de la validez normativa en un sólo Tribunal. Entre tanto, el control difuso, surgido con anterioridad al concentrado, supone que cualquier juez puede revisar la constitucionalidad de las normas.

En Colombia existen un sistema mixto para el control de constitucionalidad, pero la única Corporación competente para declarar formal y definitivamente la inconstitucionalidad de una norma es la Corte Constitucional. Al respecto la Corte afirmó que:

La titularidad del poder judicial de control de constitucionalidad abstracto, ha sido radicada en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. En la primera, respecto de normas constitucionales, legales, decretos a los que la Constitución les asigna fuerza de ley, y otros

actos con contenido material de ley o que forman parte del trámite legislativo. Al Consejo de Estado, en relación con ‘decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional’. Con tal sistema de control judicial se busca que en la expedición de las normas que integran el ordenamiento jurídico, se respete la jerarquía de la Carta Fundamental, como norma de normas, de modo que en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplique las disposiciones constitucionales, tal como lo preceptúa el artículo 4° constitucional (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-415/2012).

B. Control de convencionalidad

De acuerdo con lo anterior, de la posibilidad de realizar control constitucional por parte de las autoridades judiciales respecto de las normas creadas por el Legislativo y en algunos casos por el Ejecutivo, surge la figura del control de convencionalidad. Esta es una herramienta reciente y en desarrollo que ha sido acogida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) (QUINCHE RAMÍREZ, 2013). Se refiere a la revisión de congruencia entre las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que deberán realizar tanto los jueces, como las autoridades de los Estados parte de la Convención.

Se estará preguntando el Lector por qué se habla del control de constitucionalidad en un acápite dedicado al control de convencionalidad. Pues bien; la respuesta es que en términos de lo explicado sobre el primero: el control de convencionalidad (concentrado) es competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la CIDH es la única organización que puede conocer de violaciones a la Convención y, conforme con esto, la única que puede resolver sobre el fondo

sobre las mismas)⁷. No obstante, fruto de la globalización, la tendencia hacia la creación de un derecho común internacional ha evolucionado de forma que la CIDH reconoce una especie de control difuso de la convencionalidad, es decir, la posibilidad de que los jueces nacionales apliquen de manera preferente las normas contenidas en la convención. Es decir: “los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad” (FERRER MACGREGOR, 2010, pág. 177).

En el contexto de este documento, la anterior cita se traduce en que los jueces colombianos, juristas al fin de todo, son, al mismo tiempo, guardianes de la Constitución y protectores de la Convención Interamericana de Derechos Humanos lo que implica una mejor protección y garantía de los derechos esenciales de la persona humana, dentro de los cuales se encuentran derechos prestacionales. Haciendo la salvedad de que es así sólo en los casos que conocen acciones de tutela, pues en los demás casos atienden al derecho internacional por la existencia del bloque de constitucionalidad y lo aplican efectivamente como derecho y no como ejercicio del rol de guarda de la Constitución.

Esto tiene sustento normativo en el artículo noveno de la Constitución Política según el cual “[las] relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho

⁷ El sistema americano, en tanto sistema regional de protección de los derechos humanos, se funda en la Convención Americana de Derechos Humanos; “Pacto de San José”. El mismo se organiza a través de dos órganos; por una parte se encuentra la Comisión con sede en Washington cuyo función es de intermediación, es decir, a ella acuden los particulares para que se encargue de presentar una demanda, de la otra, la Corte con sede en San José con funciones jurisdiccionales sobre los Estados por petición de la Comisión.

internacional aceptados por Colombia”. A consideración de la Corte Constitucional la declaración del artículo noveno;

[Significa] ni más ni menos que nuestro país se acoge en un todo a los principios del derecho internacional que han sido aceptados, no sólo dentro de los parámetros de los tratados Públicos ya sean éstos bilaterales o multilaterales, o de los acuerdos suscritos dentro del marco de los organismos internacionales a los cuales el Estado ha adherido -en particular, la Organización de las Naciones Unidas, ONU-, sino también a aquellos que se derivan de los usos y costumbres internacionalmente consagrados (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-170 de 2005)

Según esto, el precedente judicial acepta y hace suyos los principios del *pacta sunt servanda* y *res inter alios acta*, que obliga al Estado a respetar y cumplir de buena fe lo pactado en los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Así mismo, la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), preceptúa en su artículo 14 que “[todo] Estado tiene el deber, en sus relaciones con otros Estados, de conformar su conducta al derecho internacional y al principio de que la soberanía de cada Estado está sujeta a la primacía del derecho Internacional”. Esto en armonía con lo prevenido por el artículo 27 común de las Convenciones de Viena, el cual dispone que no está permitido invocar el derecho interno como justificación para desconocer las obligaciones que emanan del derecho internacional de los tratados.

De la misma manera, la doctrina jurídica en materia internacional asevera que en el artículo segundo de la Resolución del 13 de septiembre de 1989 (nacida de la sesión que en la fecha tuvo lugar en Santiago de Compostela) se señala, con diferentes términos, que ningún Estado se puede substraer a su responsabilidad internacional por la violación de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción con el argumento de que la materia corresponde esencialmente a su

jurisdicción interna (LEÓN GÓMEZ, 2006). A su vez afirman que los tratados generan para los Estados las obligaciones de reconocer, garantizar, promover y respetar. La primera de dichas obligaciones tiene efectos que van adelante de una mera incorporación formal de las disposiciones de los tratados al derecho interno. Demandando la adopción de medidas, inclusive legislativas, tendientes a que la organización jurídica asuma un talante respetuoso hacia estos derechos, y para que las personas sometidas a la jurisdicción del Estado puedan acceder al disfrute de los mismos en condiciones de igualdad y no discriminación. La garantía supone, también, la obligación de hacer respetar tales derechos, compromiso que demanda una actividad positiva del Estado para prevenir las violaciones de los derechos, y para perseguir y castigar a los autores de las violaciones. De manera que “[la] obligación de respetar es de carácter negativo en cuanto supone el deber de no hacer, interferir, obstaculizar, coartar o restringir el disfrute de los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción”, “[la] obligación de garantía contiene como elemento inseparable el de protección” y “[la] obligación de prevenir incluye la producción de normas de cualquier índole que determinen los marcos y límites de actuación de los agentes privados que con su accionar puedan afectar el pleno y efectivo disfrute de los derechos protegidos” (LEÓN GÓMEZ, 2006, págs. 135,136).

Es preciso, una vez esbozado un concepto de control de constitucionalidad, determinar las particularidades de esta herramienta judicial: en primer lugar, es conveniente afirmar, que es susceptible de ser aplicada por todos los jueces nacionales cuando se vislumbre un problema de discordancia entre las leyes internas y la Convención IDH. Por otra parte, se aplica sobre una serie de normas internacionales como lo son el Protocolo de San Salvador; el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; la

Convención de *Belém do Para* para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera; que integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos (HITTERS, 2009). Así mismo este control, al ser difuso, puede ser ejercido por cualquier autoridad judicial sin que medie una solicitud.

Entre tanto, la principal consecuencia de la aplicación del control de convencionalidad, es la declaración de invalidez en un caso concreto de normas internas: al respecto cita la doctrina que:

Cuando dicho cuerpo jurisdiccional -luego de hacer el control de marras-, dispone que en el caso concreto se violó la convención, tal pronunciamiento es vinculante (arts. 62.3 y 68.1 del Pacto), y el Estado -tal cual vimos-, tiene la obligación de adaptar y en su caso modificar el derecho interno, incluyendo la propia Constitución como ocurrió en el caso de La Última Tentación de Cristo, bajo apercibimiento de incurrir en Responsabilidad Estatal. Esto quiere significar que desde esta vertiente la decisión interamericana no implica una abrogación automática del precepto local, pues es el país quien debe cumplir con el pronunciamiento regional (HITTERS, 2009, pág. 120).

Lo anterior, deja de manifiesto que los Estados no modifican inmediatamente su ordenamiento interno a través del control de convencionalidad, sino que, para que esto suceda, se requiere un esfuerzo del legislativo. Y es apenas lógico, pues como se ha sostenido, existe una división clara entre las tareas del legislativo y el judicial. Al respecto, el magistrado argentino Oscar Zas, en el caso "Vizzoti" dijo:

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permite (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, 2005, pág. 357)

En dicho momento se afirmó que esta línea hermenéutica debía ser aplicada al denominado "Control de Convencionalidad". Conforme a lo sustancial de este precedente todos los jueces deben ejercer el mentado control entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Así las cosas, constituye criterio hermenéutico, que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

4.4.El Juez como materializador de la justicia a través de la herramienta de control de convencionalidad

Como se ha manifestado en reiteradas ocasiones el juez, en el Estado Social de Derecho, se encarga de hacer efectiva la justicia, de materializar el contenido de las declaraciones de derechos –Constitución Política- a través de providencias basadas en la ley y en el precedente judicial. El control de convencionalidad coadyuva en la tarea del juez, especialmente, en aquellos casos en que los derechos humanos prestacionales se limitan por ideologías políticas y económicas;

el, en virtud de su independencia, podrá desconocer normas internas y darle aplicabilidad a normas internacionales que se supone están más depuradas de ideologías políticas y económicas locales.

El principio hermenéutico señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido acato y recibo en los despachos judiciales más desarrollados de Colombia. Al sentido, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Medellín sostuvo:

La Constitución de 1991, en virtud del bloque de constitucionalidad, desarrolla esos pactos y tratados y los hace obligatorios en nuestra Legislación interna. (arts. 93 y 94 de la C.P.), y a nivel de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está la Convención Americana, que es ley especial del derecho Internacional, dentro del Sistema Interamericano y fue suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, donde se encuentran consagrados los derechos humanos de los Estados ratificantes, acordando el respeto y garantías como instrumentos de aplicación e interpretación frente a la responsabilidad del Estado parte del sistema Interamericano de protección a los derechos humanos. Este instrumento Internacional hace parte de nuestro ordenamiento y fue aprobada por la Ley 16 de 1972, en él se obliga al Estado y en consecuencia a sus agentes a la protección, promoción y garantía de los derechos humanos allí consagrados así como el deber de reparar integralmente en caso de violación. Esa garantía, protección y no vulneración de los Derechos Humanos es la responsabilidad internacional del Estado e implica el resarcimiento si fuere posible del derecho vulnerado, la reparación y la garantía de no repetición por parte de los agentes del Estado y a ello se encuentran obligados los Jueces internos cuando de un asunto de tal categoría se encuentra bajo su conocimiento, aun de forma oficiosa, por el denominado principio de Convencionalidad, de reciente creación por la Jurisprudencia Internacional, en concreto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en sencillos términos se refiere a la congruencia de las normas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que deben realizar los jueces y las autoridades del Estado Parte. Por cuanto tal obligación surge por el principio de Buena Fe de los tratados y el principio pacta sunt servanda, que obliga al Estado a velar por el cumplimiento del tratado, aún por las autoridades judiciales, evitando con ello que se mermen los efectos del tratado por leyes internas contrarias.

Lo anterior en cumplimiento de lo preceptuado por la Corte IDH, en el caso: Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia, expresó que el control de convencionalidad alcanza a todos los

funcionarios vinculados a la administración de justicia, así como a cualquier autoridad pública de los Estados americanos (ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES, 2005). Es decir, que no sólo la Rama Judicial debe realizar dicho control, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como departamental y municipal.

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que es procedente en todo asunto aplicar el control de convencionalidad, toda vez que existen límites puestos por el derecho internacional, que le impiden a Colombia, sin razones atendibles jurídicamente, hacer regresivos los derechos sociales o el nivel de derechos de esta índole ya alcanzados por los nacionales, tales como empeorar o disminuir los salarios o la estabilidad en el empleo, o el derecho a la permanencia en éste, a no ser que concurra una justa causa, por lo que se reitera, que deberá dársele aplicación al control de convencionalidad para darle prevalencia a la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 26 y 4 y 7 de su Protocolo adicional, transcritos, que consagran los principios de progresividad y de no regresividad de la legislación.

4.5. Impacto económico de las sentencias judiciales

Si se acepta que la sentencia de un juez, especialmente de los Magistrados, es, por definición, parte de integral de su discurso, aunque no exclusivamente de él, entonces, al someter al análisis la sentencia, es de esperarse que se analice el discurso mismo de los jueces (ALEXY, 2006). Para proferir una sentencia, los jueces cuentan con una serie de recursos discursivos que toma prestados del acervo cultural, en términos generales, con el fin de delimitar un problema, tener en cuenta las pruebas y basarse en ciertos fundamentos otorgados por la Constitución, la ley, las normas, tratados, la tradición, las consideraciones de los expertos, la academia, los saberes y otras fuentes. Cuáles recursos discursivos se privilegian, las elecciones, dan pistas de los

presupuestos ideológicos y desnudan más a fondo la situación problema. Es con el propósito de sacar a la luz esos presupuestos que se adelanta el siguiente análisis. Por tal motivo, lejos de ser una exhaustiva reproducción de los pormenores de las sentencias que vienen a continuación, esta exégesis se hace con el fin exclusivo de dar cuenta de ella de manera integral, pero siempre con vistas a que sirva para el análisis crítico del discurso, la hermenéutica jurídica y el análisis económico del derecho.

Pues no puede, desconocerse que en Colombia, quedo claro cuando se discutió en varias reuniones el proyecto del Acto Legislativo No. 03 de 2011, que las decisiones de los operados judicial, no están atados a la disponibilidad fiscal, pues aunque la estabilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país, deben prevalecer los derechos económicos, sociales y culturales que son los fines de todo Estado legítimamente constituido, pues dicha institución no puede servir de fundamento para que como este, si se le puede llamar principio no eclipsa ni prevalece sobre el Derecho de contenido social a que tienen derecho los ciudadanos, con la finalidad de salvaguardar el contenido esencial del Estado Social de Derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial los derechos sociales, estableciendo la sostenibilidad fiscal como criterio y, por ende, suprimiendo las expresiones que hacen referencia a su carácter de principio, pues no puede desconocerse que el fin de las autoridades de cualquier Estado, no es desarrollar sus funciones en la atención del derecho social, como simples pagadores, sino, que sus funciones están encaminadas también, a encaminar esfuerzos para obtener, proteger, administrar mediante la figura de los impuestos o contribuciones, el capital necesario y desarrollar mediante fondos de solidaridad asistencialista o inversionistas, con mentalidad diferente de “monte píos”,

las necesidades sociales de la población. Aspecto este último sobre el cual los colombianos carecen de una verdadera cultura social, en especial sobre lo que se entiende por justicia distributiva.

El término de la palabra, justicia distributiva no es neutro, al escucharlo generalmente se supone que se trata de un mecanismo o principio para distribuir las cosas. Para darle un sentido neutro, es mejor hablar de las pertenencias (posesiones) de las personas. El objeto de la justicia de la pertenencia, debe analizarse desde tres temas principales: a) el origen justo de la adquisición. b) su transmisión justa entre personas. c) la premisa de que nadie tiene derecho sino está legitimado bajo las anteriores circunstancias. De donde se infiere, que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a la pertenencia que posee según la distribución y su aportación. Una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos, (justicia de las transferencias), por ello la justicia de la pertenencia es histórica; pues depende de lo que en realidad legítimamente ha ocurrido. Todos los principios de justicia distributivos son pautados, a cada quien según su mérito moral, necesidades, su producto marginal, lo aportado. Etc. Combinado con principios finales. Ello es dando a cada cual lo prometido, salvo que se trabaje con mentalidad asistencialista, caso en el cual, en este último se debe analizar su grado de pobreza y necesidad, acordes con el art 334 de la Constitución Política que establece:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, 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 deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.

El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan completo para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, 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 (Negrillas fuera de texto).

Razonamientos, estos que también tienen como fuente lo indicado en igual sentido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Rad. 25000-23-26-000-1999-00002-05), cuando parafraseo respecto a sus antecedentes y trámite legislativo, características constitucionales y desarrollos legales, que no es principio ni eclipse ni prevalece sobre el Derecho. No puede desnaturalizar la sentencia ya proferida, cuando en síntesis advirtió:

La iniciativa del Proyecto de Acto Legislativo No. 03 de 2011 fue gubernamental, y su publicación se realizó en la Gaceta No. 451 de 2010 de la Cámara de Representantes, el 23 de julio del mismo año. La propuesta consistió en adoptar un *derecho* que contribuyera –dentro del marco del Estado Social de Derecho- a proteger a todos los demás, y a darles continuidad bajo las diferentes condiciones que enfrentara la economía para atender sus deberes sociales. En la exposición de motivos se señaló que “de este derecho se deriva el deber de todas las ramas y órganos del poder público para que sus decisiones sean acordes con la sostenibilidad fiscal”. Además, manifestó que la sostenibilidad fiscal era importante para el desarrollo de la economía y permitía reducir –a largo plazo- la pobreza, la

desigualdad y la equidad intergeneracional. Sin embargo, es bueno precisar que empezando este procedimiento, el artículo 1 del *proyecto de Acto Legislativo* No. 016 de 2010 Cámara, que modificaba el 334 de la Constitución Política –tal como lo presentó el Gobierno Nacional- no se refirió, no aludió, no incorporó, al que luego se convertiría en reforma constitucional, bajo el nombre de *incidente de impacto fiscal*. (...) Por último, en la *tercera ponencia* de este debate (tercer debate en la segunda vuelta) se declaró estar de acuerdo en establecer los mecanismos tendientes a evitar el desborde del gasto público, sin embargo, que este objetivo se podía cumplir sin necesidad de elevar a rango de principio, y menos de derecho fundamental, la sostenibilidad fiscal. A su vez, se estableció que aunque la estabilidad fiscal es importante para el progreso económico y social de un país, deben prevalecer los derechos económicos, sociales y culturales. Respecto a las implicaciones del proyecto, se adujo que éste no señaló quién define si determinados gastos contravienen el derecho a la sostenibilidad fiscal. Se expuso que con el proyecto se intentaba crear un marco que limitaba el presupuesto, el plan y todas las leyes, sin que fuera claro quién debía adoptar ese marco, quién lo interpretaba y quién lo aplicaba y bajo qué grado de discusión democrático. Propuso modificaciones, entre las que se encontraban: establecer la sostenibilidad fiscal en el marco de la dirección general de la economía, aclarando que bajo ninguna circunstancia se pueda invocar aquella por autoridad alguna para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección. En particular, por fin se planteó –por primera vez- la posibilidad de promover un: “... incidente de impacto fiscal, a petición del Procurador General de la Nación o del Gobierno, ante la Corte Constitucional, con el fin de estudiar si se modulan o difieren los efectos que puedan tener las demandas de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la Constitución, contra las leyes, contra los derechos con fuerza de ley, sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos, de los proyectos de ley que hayan sido objetados por el gobierno como inconstitucionales, de los proyectos de leyes estatutarias, sobre las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela, y sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben, para evitar alteraciones a la sostenibilidad fiscal” –Pág. 3, gta. 310 de 2011-. Lo anterior se propuso con la finalidad de salvaguardar el contenido esencial del Estado Social de Derecho y la efectividad de los derechos constitucionales, en especial los derechos sociales, estableciendo la sostenibilidad fiscal como criterio y, por ende, suprimiendo las expresiones que hacen referencia a su carácter de principio. Por lo expuesto, se conceptuó favorablemente al proyecto, pero con las modificaciones señaladas. (...) Fue en esta etapa del proyecto –el séptimo debate de ocho; o lo que es igual, el tercer debate de la segunda vuelta; es decir, a un solo debate de terminar el procedimiento de reforma constitucional-, se incluyó el incidente de impacto fiscal, como un mecanismo interpuesto,

principalmente, para diferir o modular los efectos de las decisiones judiciales de la Corte Constitucional.

A. Sentencia T-760 de 2008 Acceso a la salud

(En cada sentencia, iniciar con una brevísima descripción de los hechos, en no más de tres líneas; esto para ubicar al lector en la controversia judicial):

En esta sentencia, la Corte Constitucional toma varios casos (acumulación de tutelas), en los que se invoca la protección del derecho a la salud, el acceso a servicios de salud, que les fueron negados a los accionantes. Las situaciones a sometimiento de estudio fueron: acceso a servicios de salud contemplados en el plan obligatorio de salud, acceso a servicios de salud no incluidos dentro del POS; acceso a los servicios de salud que requiere un menor para su adecuado desarrollo; reconocimiento de incapacidades laborales cuando no se cumplen los requisitos de pago oportuno; acceso a los servicios de salud en condiciones de integralidad; acceso a los servicios de salud de alto costo y para tratar enfermedades catastróficas, así como a los exámenes diagnósticos; acceso a los servicios de salud requeridos por personas vinculadas al Sistema de Salud, en especial si se trata de menores; acceso a los servicios de salud cuando se requiere desplazarse a vivir en lugar distinto a aquel en que reside la persona; libertad de elección de la ‘entidad encargada de garantizarle el acceso a la prestación de los servicios de salud y duda acerca de la inclusión del lente intraocular en el POS y procedencia del recobro, solicitud EPS que pedía el reembolso oportuno de los gastos de un servicio médico no cubierto por el POS.

La Corte Constitucional acumulo los casos con el fin tener una muestra lo más comprensiva posible del tipo de problemas que han llevado a los tutelantes a acudir a la justicia constitucional para obtener la satisfacción de sus derechos y determinar las problemáticas

determinantes en la falta de acceso efectivo al sistema de salud, hasta la financiación de los servicios médicos no POS, pasando por la dificultad en resolver los desacuerdos entre los interesados sin acudir a la acción de tutela. Estos problemas han llevado a que la mayor proporción de acciones de tutela que se presentan en el país traten sobre el derecho fundamental a la salud, sin que las órdenes que ha impartido la Corte, caso por caso, así como todos los jueces del país, hayan conducido a la superación de tales problemas. En realidad, los órganos responsables del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela, pues no las cumplen.

El estudio de estos procesos permite a la Corte, analizar las diferentes facetas del derecho fundamental a la salud y valorar sus implicaciones siempre con la finalidad de garantizar el goce universal, equitativo y efectivo de este derecho. Esto se refleja en los apartes de esta sentencia sobre las características constitucionales del derecho a la salud, donde se hace una recopilación de algunas de las reglas constitucionales pertinentes al derecho de acceso a los servicios de salud y un mejor uso de los recursos que conforme al presupuesto de la Nación se le asignan manualmente

Es posible afirmar que la aparición de una sentencia de las altas cortes en Colombia, bien sea del Consejo de Estado, o de la Corte Constitucional, es todo un acontecimiento; tanto discursivo, como jurídico. Se trata de los más altos tribunales del país. Sin lugar a dudas, son instancias donde se *hace* derecho en Colombia, interpretando, pues son órganos de cierre encargados de generar doctrina interpretativa respecto a los textos legales que aplican los jueces de instancia. En el caso de la Corte Constitucional, esta es la encargada de sentar la jurisprudencia a partir de los preceptos constitucionales y todo el acervo cultural e ideológico. Uno de los casos más relevantes de los últimos tiempos es la sentencia que habla sobre el derecho fundamental a la

salud, o dicho de otra manera, el reconocimiento de la salud –inicialmente un servicio público– como un derecho fundamental de la persona, cuya garantía es ineludible para el Estado. Se trata de la sentencia T-760/2008 en la cual se supuso la manifestación de la justicia para todos aquellos demandantes que, desde distintos lugares del país, y en diferentes tiempos, vieron vulnerados sus derechos fundamentales de acceso a la salud, siendo marginados, discriminados y excluidos por un sistema que, pese a tener la Ley 100 de 1993 como su arquitectura, no tenía regulación ni especificación concreta.

Dicha providencia estuvo a cargo de Manuel José Cepeda Espinosa como magistrado ponente. La sentencia está dividida en tres grandes secciones principales: los antecedentes, donde se recogen todos los casos particulares representativos, que fueron escogidos para la sentencia general. Las consideraciones y fundamentos, que es la parte teórica y conceptual que recoge los problemas jurídicos de la decisión, un análisis de la salud como derecho fundamental, lo tocante al acceso y sus condiciones, los derechos de los usuarios del sistema de salud, y los patrones recurrentes en la violación a este derecho por parte de las entidades prestadores del servicio; y, por último, la decisión, cuyo único propósito es reivindicar el derecho fundamental a la salud, vulnerado y negado a los usuarios. A la par, la sentencia deja claro que busca reconfirmar la responsabilidad que tiene el Estado colombiano al garantizar el bienestar de sus ciudadanos en lo tocante a la salud, como lo contempla la Constitución misma, y los múltiples instrumentos sobre derechos humanos ratificados por Colombia; de hecho se hace énfasis en que toda la normatividad nacional en este respecto ha evolucionado a la par de la comunidad internacional en la protección de este derecho. En pocas palabras la sentencia busca afianzar el papel que debe cumplir cualquier Estado Social de Derecho. La misma se define la estructura de la decisión así:

Primero se señala que el derecho a la salud es un derecho fundamental, así sea considerado usualmente por la doctrina, como derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional. Segundo, se analizan las características de este derecho fundamental y las reglas pertinentes que ha trazado la jurisprudencia para asegurar un ámbito específico de protección, a saber, el acceso a los servicios de salud. Dichas reglas son luego aplicadas a los casos concretos. Tercero, se derivan las implicaciones que tiene la fundamentalidad del derecho a la salud frente a las fallas de regulación constatadas por la Corte y se imparten las órdenes correspondientes para que las autoridades competentes adopten las medidas necesarias para superar el déficit de protección (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760/2004).

Según la misma sentencia, la Corte Constitucional ha declarado antes de este fallo que el derecho a la salud es un derecho fundamental por tres vías distintas. El primero, es estableciendo una conexión directa con el derecho a la vida, a la dignidad y a la integridad. Segunda, ha establecido su tutelabilidad en los casos en que el demandante está en situación de vulnerabilidad. La tercera vía es fundamentando tal precepto en la Constitución misma, en el bloque de constitucionalidad, en las leyes, tratado y planes obligatorios de salud.

Para ejecutar la tercera vía de la que acabamos de hablar, la Corte Constitucional define como derecho fundamental a todo derecho dirigido a desarrollar la dignidad humana y que sea traducible a un derecho subjetivo. En dicho caso, se establece que el derecho a la salud hace parte inalienable de las mínimas garantías que una persona requiere para llevar una vida digna.

Lo anterior implica que se trata de un derecho fundamental con independencia de cómo se hace efectivo. Esto quiere decir que por el hecho de llevarse a cabo y concretarse bajo las disposiciones que dejó, por ejemplo, la ley 100 de 1993, no implica que el derecho se pueda restringir o denegar a los usuarios por cuestiones procedimentales, dentro de las que se contempla la burocracia, las cuotas, la falta de recursos en ambas partes y el choque de opiniones científicas. Esto es, el sistema servicio de salud prestado a través de Entidades Promotoras mediante afiliación,

por lo menos, a un Plan Obligatorio de Salud, en el caso del régimen contributivo; así como también en el caso del régimen subsidiado. Esto también implica que, aun cuando un ciudadano se encuentre en el régimen contributivo, que pertenece financieramente a la iniciativa privada, él no puede ser excluido, ni se le puede negar el acceso al servicio en ningún caso. También involucra que la acción de tutela sea reconocida por la misma Corte como un mecanismo legítimo y jurídicamente pertinente para la defensa de los casos concretos en que la salud es vulnerada como derecho.

Los casos en que el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos han sido vulnerados por las Entidades Promotoras de Salud consisten en: 1. Aquellos en los que el acceso al sistema fue negado por deuda en la cuota fija. 2. Aquellos en los que no se les daba los medicamentos esenciales en el caso de no estar incluidos en el POS. 3. Los que no podían pagar las cuotas moderadoras de servicios que ya estaban contemplado en las cuotas fijas del POS. 4. La negación al servicio de salud por parte de la EPS cuando un empleador debe alguna cuota fija mensual. 5. Discriminación por orientación sexual, en el caso de conyugue cotizante de un beneficiario o en caso individual. 6. Menores, cualquiera que sea la condición por la cual la entidad prestadora del servicio negó el acceso. Como se evidencia, la mayoría de los asuntos son de naturaleza económica.

Dicho lo anterior, en la parte resolutive se puede encontrar la resolución de todos los conflictos particulares, representativos por su situación, de los miles de casos que la Corte ha recibido y evaluado por situaciones análogas o similares. Así pues, se trata de una sentencia general que busca impactar de modo político en el derecho y en la economía nacional, pues llama a que se garantice la salud como derecho. La parte resolutive cita:

Toda persona tiene el derecho constitucional a que se le garantice el acceso efectivo a los servicios que requiera, esto es, servicios indispensables para conservar su salud, cuando se encuentre comprometida gravemente su vida, su integridad personal, o su dignidad. El orden constitucional vigente garantiza a toda persona, por lo menos, el acceso a los servicios de salud de los cuales depende su mínimo vital y su dignidad como persona. La forma en que se garantiza su acceso al servicio de salud depende de la manera en que la persona se encuentre vinculada al servicio de salud (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-760/2014).

Cabe aclarar que la última parte de la cita, no restringe procedimentalmente el acceso al servicio. Antes bien, habla acerca de un doble carácter de la salud. Sí es un servicio público, y por lo tanto lo pueden prestar los privados en representación de una exigencia estatal, pero es un derecho fundamental en cuanto toca directamente al individuo en la realización de su dignidad y bienestar; no puede ser limitado por cuestiones burocráticas, económicas o empresariales. La sentencia revocó la mayoría de los fallos en instancias anteriores, cuando los fallos afirmaban que la tutela no procedía; sin embargo, negó algunas sentencias en las que la petición estaba por fuera de lugar. Ejemplo de lo anterior son las cirugías estéticas, que no constituyen un atropello a la dignidad del individuo ni de las que la vida y la seguridad del individuo se ven comprometidos en caso de ser negada. Respecto a las políticas estatales, la sentencia ordena de manera global los siguientes aspectos:

Que el Ministerio de la Protección social, la Comisión de Regulación de Salud y el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, adopten las medidas necesarias para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios. Que la Comisión Nacional de Regulación en salud actualice de manera integral los Planes Obligatorios de Salud. Para ello, la comunidad médica y los usuarios, la actualización general de los Planes Obligatorios de Salud. Para lo anterior se especifica que: *“En la definición de los contenidos del POS deberá respetarse el principio de integralidad en función de los servicios de salud ordenados y de la atención requerida para las patologías aseguradas”* (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-760/2014).

Por otro lado, la Corte Constitucional ordena que dicha actualización sea presentada bajo un informe dé al menos una vez al año por parte de la Comisión, ante la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo, notificando novedades. Ordena que la Comisión informe de manera trimestral cuáles servicios fueron negados a los usuarios y las razones, ante la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría. Ordena que la Comisión unifique los planes de beneficios para los niños. Hay otras órdenes importantes que tienen que ver con la autorización de medicinas por fuera del POS; otras que incluyen la asignación del papel del FOSYGA como fiduciaria y cobradora cuando sea pertinente, lo cual incluye al Ministerio de la Protección Social para que regule dicho papel. La Corte Constitucional ordena también que las entidades prestadoras del servicio entreguen una “carta de derechos del paciente” y una “carta de desempeño” a los usuarios, apenas se afilian al sistema. La carta de derechos debe contener, en cuanto menos, los derechos contemplados en la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial, que fue adoptada por Colombia mediante la 34ª Asamblea en 1981 y otros contemplados por la misma sentencia acá analizada. La carta de desempeño es la información básica del desempeño y la calidad de las distintas EPS y de la red de IPS de cada EPS; lo anterior, para garantizar la libertad de escogencia.

Hasta este momento se ha puesto de relieve, de forma positiva, todos los elementos que los magistrados de la Corte Constitucional tuvieron en cuenta para la decisión. Se puede decir que esta parte de confrontar los hechos aducidos por los demandantes con una posición jurídica frente al derecho a la salud como derecho fundamental. Ratificado así por la anterior jurisprudencia y por los tres argumentos ya expuestos. Vistas las cosas desde esta perspectiva, lo que un juez de instancia debe hacer, en consonancia con la información es fundamentar su sentencia con la jurisprudencia existente, los artículos constitucionales, las normas del bloque de constitucionalidad que apoyan la perspectiva y la fundamentación filosófica, con el fin de proteger el derecho a la

salud. Sin embargo, pese a todo lo anterior, la parte resolutive llama la atención al ampliar la cobertura de la garantía del derecho. En el párrafo vigésimo segundo la decisión cita:

Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud que adopte un programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los planes de beneficios del régimen contributivo y del régimen subsidiado teniendo en cuenta: (i) las prioridades de la población según estudios epidemiológicos, (ii) la sostenibilidad financiera de la ampliación de la cobertura y su financiación por la UPC y las demás formas de financiación previstas por el sistema vigente.

Respecto del programa de unificación la Corte aclara que deberá contener:

(i) prever la definición de mecanismo para racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, asegurando que las necesidades y las prioridades en salud sean atendidas y sin que se impida el acceso a servicios de salud requeridos e, (ii) identificar los desestímulos para el pago de cotizaciones por parte de los usuarios y (iii) prever la adopción de las medidas necesarias para estimular que quienes tienen la capacidad económica, efectivamente coticen, y que a quienes pases del régimen subsidiado al régimen contributivo se les garantice que pueden regresar al subsidiado de manera ágil cuando su ingreso disminuya o su situación socioeconómica se deteriore.

[...]

La comisión de regulación en salud deberá remitir a la Corte Constitucional, antes del 1 de febrero de 2009 el programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, el cual deberá incluir: (i) un programa; (ii) un cronograma; (iii) metas medibles; (iv) mecanismos para el seguimiento del avance y (v) la justificación de por qué se presentó una regresión o un estancamiento en la ampliación del alcance del derecho a la salud. Copia de dicho informe deberá ser presentada a la Defensoría del Pueblo en dicha fecha y, luego, deberá presentar informes de avance en el cumplimiento del programa y el cronograma cada semestre, a partir de la fecha indicada.

[...]

En la ejecución del programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficio, la Comisión ofrecerá oportunidades suficientes de participación directa y efectiva a las organizaciones que representen los intereses de los usuarios del sistema de salud y de la comunidad médica. En caso de que la Comisión de Regulación en Salud no se encuentre

integrada para el 1 de noviembre de 2008, el cumplimiento de esta orden corresponderá al consejo Nacional de Seguridad Social en Salud”.

La extensión de la cita se justifica dada la precisión de las órdenes que dio la Corte, la mayoría de ellas son políticas económicas encaminadas a la moderación del gasto presupuestal, pero en ningún momento limitaciones al derecho fundamental a la salud de los Colombianos, pues el papel de los operadores judiciales en sus decisiones es hacer realidad el derecho fundamental que les asiste y una racionalización del gasto o costo por parte de Estado. Precisamente, esta parte de la sentencia es la que más atrae para la presente investigación, porque es un punto de inflexión de sentido en todo el texto. Se trata de la primera y única vez en todo el documento en donde sale a demostrar que los jueces unipersonales o colectivos no pueden atar sus decisiones a los costos o valores económicos de los mismos, por cuanto como se ha sostenido harían nulatorio el derecho, lo que si pueden hacer las Altas Cortes es insinuar orientaciones económicas como lo hizo en la decisión sujeto de análisis.

B. Sentencia T – 397 de 2009 Vivienda y Proyecto Productivo de los desplazados

(En cada sentencia, iniciar con una brevísima descripción de los hechos, en no más de tres líneas; esto para ubicar al lector en la controversia judicial):

En esta sentencia el accionante manifiesta ser víctima de desplazamiento forzado desde hace muchos años, razón por la cual la Red de Solidaridad Social lo incluyó en el Registro Único de Desplazados, señaló que el Gobierno Nacional, por disposición de la Ley 387 de 1997, definió los programas de beneficios para desplazados, que serían coordinados y ejecutados por los entes

nacionales autorizados, quienes se encargarían de suministrar las ayudas humanitarias de emergencia, tales como los subsidios de arrendamiento, vivienda, alimentación, asistencia económica, generación de ingresos y restablecimiento integral.

Afirmó el peticionario que, en su condición de desplazado, ha solicitado varias veces la ayuda humanitaria que proporciona el Gobierno, pero Acción Social Seccional Santa Marta, no había cumplido integralmente con su deber, por lo que consideró vulnerados sus derechos fundamentales.

En este sentido el Juzgado Primero Civil del Circuito de Santa Marta negó el amparo, sosteniendo que el material probatorio aportado al proceso es muy débil frente a lo manifestado por la apoderada de la entidad accionada en la contestación de la solicitud de tutela, donde afirma que el tutelante no requirió la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada. Entonces, como no se cumplen ni el requisito de solicitud de inscripción, preceptuado en el artículo 4° del Decreto 2569 de 2000, ni el precedente constitucional para acceder a la entrega de las ayudas humanitarias y otros beneficios que otorga el Estado a éste grupo poblacional, no se le otorgó el amparo solicitado, pues no agoto el trámite administrativo exigido previamente por el legislador.

De esta forma La Corte Constitucional confirmó el fallo anterior, aduciendo que la especial protección del Estado a que se refiere esta Sala sólo debe concederse a favor de los realmente desplazados, para lo cual, entonces, será fundamental establecer, mediante mínimos elementos probatorios, que el accionante es desplazado, que solicitó su registro y que este fue negado en forma arbitraria, o que su petición no le fue tramitada, pues estamos en presencia de una decisión asistencialista distribuista de recursos.

La sentencia T-397 de 2009, como la T-327 de 2001, T-468 de 2006, y la T-156 de 2008, sentencias que invocan la vulneración a los derechos fundamentales a la dignidad humana, la seguridad social, el interés superior de los niños, la protección especial a la población desplazada, la igualdad y al mínimo vital. En cuanto a la población especial víctimas del desplazamiento, es importante resaltar que la Corte ha señalado que el Registro Único de Población Desplazada (RUPD), son definidos como es un instrumento para acceder a la protección especial del Estado a los desplazados, participar de los programas desarrollados por el gobierno, siendo este registro en si no un derecho fundamental, pero a través del mismo se buscan mermar las nefastas y múltiples violaciones a los derechos fundamentales de las cuales son víctimas los desplazados.

En relación con las personas víctimas del desplazamiento forzado, la Corte Constitucional ha considerado que se trata de sujetos de especial protección que se encuentran en un estado de vulnerabilidad, que, aún si existieren otras acciones judiciales dotadas de eficacia, la tutela constituye un medio de defensa adecuado para conjurar su situación, por tanto, corresponde al juez evaluar en cada caso concreto las circunstancias que rodean al titular de tales derechos.

Adicionalmente, como lo ha señalado aquella Corporación en la citada sentencia:

“...el desplazamiento forzado por ser una situación de hecho no necesita, como requisito indispensable para adquirir la condición de desplazado, ser declarado por ninguna entidad ni pública ni privada para configurarse.”, ni depende de su reconocimiento oficial para que se presente, ‘Cuestión diferente es el hecho de que el Gobierno haya establecido un procedimiento para incluir a la población en un Registro Nacional de Población Desplazada’, ni está sometida a la inscripción

en el Registro Único de Población Desplazada como un requisito sine qua non para la efectividad de los derechos fundamentales de los desplazados, puesto que “no se puede tener como condición sine qua non para el ejercicio de derechos fundamentales de los desplazados la certificación de la ‘condición de desplazado’, o, lo que es lo mismo, considerar que las personas que alegan serlo sólo tienen derecho de protección especial en la medida en que así lo consideren los funcionarios estatales correspondientes”, ni se demuestra únicamente con la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada, en tanto que como lo ha dicho la Corte, “el RUPD es simplemente una herramienta técnica que facilita el desarrollo y ejecución de las políticas públicas que propendan por la protección de los derechos de las personas desplazadas y al mismo tiempo facilita la organización presupuestal, pero no otorga la condición de desplazado, ya que esta es una circunstancia de carácter fáctico que ninguna entidad estatal o particular está facultada para desconocer”.

Teniendo en cuenta los anteriores precedentes el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, conoció de una acción de tutela acumulada bajo radicado No. 2017 00540 01 encaminada a adquirir ayudas humanitarias y subsidio de vivienda, preciso resulta advertir que la sucinta manifestación de ostentar la condición de víctima del desplazamiento forzado, no deriva en la adquisición directa y sin pedimentos adicionales de la vivienda o su calidad de beneficiario del mismo, aspecto que igualmente no enerva la clara necesidad de que eleve pretensión ante la entidad encargada en dicho sentido.

Estudiando los aspectos que acontece en lo que atañe a los pedimentos de subsidio de vivienda elevados por los actores, pues su reclamo fue decidido desfavorablemente por el Fondo Nacional de Vivienda – Fonvivienda-, por contar con «hogar tiene una o más propiedades en un

sitio diferente al de expulsión»; sin que demostraran la interposición de recurso de ley contra la anterior determinación.

En lo que corresponde a la adquisición y entrega del proyecto productivo conforme a las prescripciones del artículo 17 de la Ley 387 de 1997, se encuentra que la regulación ejusdem previó:

“ARTICULO 17. DE LA CONSOLIDACION Y ESTABILIZACION SOCIOECONOMICA. El Gobierno Nacional promoverá acciones y medidas de mediano y largo plazo con el propósito de generar condiciones de sostenibilidad económica y social para la población desplazada en el marco del retorno voluntario o el reasentamiento en otras zonas rurales o urbanas.

Estas medidas deberán permitir el acceso directo de la población desplazada a la oferta social del gobierno, en particular a los programas relacionados con:

1. Proyectos productivos.
2. Sistema Nacional de Reforma Agraria y de Desarrollo Rural Campesino.
3. Fomento de la microempresa.
4. Capacitación y organización social.
5. Atención social en salud, educación y vivienda urbana y rural, la niñez, la mujer y las personas de la tercera edad, y
6. Planes de empleo urbano y rural de la Red de Solidaridad Social”

Así mismo, el Decreto Reglamentario 2569 del 12 de diciembre del año 2000, en sus artículos 25 a 27 define el concepto de estabilización socioeconómica de la población desplazada por la violencia, como «la situación mediante la cual la población sujeta a la condición de desplazado, accede a programas que garanticen la satisfacción de sus necesidades básicas en vivienda, salud, alimentación y educación a través de sus propios medios o de los programas que para tal efecto desarrollen el Gobierno Nacional, y las autoridades territoriales, en el ámbito de sus propias competencias y de acuerdo con la disponibilidad presupuestal».

Programa que, cumple advertir, es adelantado de acuerdo con las políticas públicas fijadas por el Gobierno Nacional para tales efectos, y que es ejecutado por las entidades que lo conforman, con el fin de alcanzar el objetivo de autosostenibilidad económica y reinserción a la vida social de este grupo de ciudadanos. En consecuencia, las solicitudes de reconocimiento de las prerrogativas dispuestas por la Ley 387 de 1997 y sus decretos reglamentarios, debe tramitarse ante cada uno de los organismos que tengan atribuida dicha función.

Por tanto, no puede acudirse precipitadamente a la acción de tutela, para imponer a estas entidades el otorgamiento de los beneficios dispuestos a favor de la población en situación de desplazamiento, pues, compete a ellas en primer lugar, agotar un procedimiento previo mediante el cual sea posible verificar los supuestos que dan lugar a su reconocimiento, garantizando así, un debido proceso, en condiciones de igualdad, no sólo a quien en esta oportunidad se ha convertido en accionantes, sino también a las demás personas que encontrándose en iguales condiciones de vulnerabilidad, han acatado el conducto regular con el anhelo de obtener el restablecimiento de los derechos afectados con ocasión del conflicto armado.

Sobre el particular, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia STL6685 Rad. 53765 del 21 de mayo de 2014, enseñó:

“Conforme lo anterior, debe esta Sala señalar que, contrario a lo afirmado por el Juez constitucional de primera instancia, no es posible acceder a las aspiraciones de la accionante, sin el lleno de los requisitos legales, es decir, pues sería tanto como alterar o modificar procedimientos y requisitos establecidos en el ordenamiento legal, de obligatorio cumplimiento no solo para las instituciones sino para los asociados, afectando inclusive el presupuesto nacional, lo que conllevaría a la vulneración de los derechos a la igualdad y al debido proceso administrativo que le asisten a las demás personas que se encuentran en situaciones similares, por lo que la negativa de ordenar la entrega del apoyo para desarrollar el proyecto productivo – de una tienda de miscelánea tendrá por nombre MISCELÁNEA MARÍA LA ESPERANZA –, no constituye un violación flagrante de derecho fundamental alguno que deba ser protegido por medio de este amparo constitucional excepcional”

En igual sentido, advirtió la Alta Corte en sentencia STP 5663 Rad. 73120 del 8 de mayo de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, que:

“2. Para su procedencia se requiere el cumplimiento de algunos requisitos, siendo uno de ellos y quizás el primero y más elemental, la existencia cierta del agravio, lesión o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que demande la inmediata intervención del juez de tutela en orden a hacerla cesar, motivo por el cual la solicitud de amparo debe contener un mínimo de demostración en cuanto a la vulneración que afecta los derechos que se quieren proteger, pues si no son objeto de

ataque o amenaza carece de sentido hablar de la necesidad de amparo, criterio igualmente sostenido por la jurisprudencia constitucional (T-864/99), al señalar que:

...es indispensable un mínimo de evidencia fáctica, de suerte que sea razonable pensar en la realización del daño o en el menoscabo material o moral del derecho cuya efectividad se solicita a través de la acción de tutela. Por consiguiente, quien pretende la protección judicial de un derecho fundamental debe demostrar los supuestos fácticos en que se funda su pretensión, como quiera que es razonable sostener que quien conoce la manera exacta como se presentan los hechos y las consecuencias de los mismos, es quien padece el daño o la amenaza de afectación.

(...)

4. Así pues, no se advierte en las actuaciones de las entidades demandadas vía de hecho alguna, habida cuenta que acreditado está que han venido actuando conforme a la ley, y en ningún momento se le ha desconocido los derechos que le asisten en su calidad de desplazado por la violencia, situación en la que bueno es precisar, se encuentran muchas familias, sin que demostrara que haya sido objeto de trato discriminatorio que amerite la intervención del juez constitucional.

5. De otra parte, precisa la Sala que el libelista no probó haber presentado solicitud alguna que acredite que las entidades accionadas se hayan negado a resolver sus peticiones, es decir, no existe el presupuesto del cual se deduzca que el Departamento Nacional de Planeación, los Ministerios de Educación, Agricultura y Desarrollo Rural y de Comercio Industrial y Turismo, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural o el Banco de Comercio Exterior de Colombia, estén en la obligación constitucional de atender alguna solicitud elevada por FLORENTINO CELORIO

MOSQUERA, si se tiene en cuenta que cada parte o extremo tiene su carga probatoria necesaria para que el juez adopte la decisión adecuada porque si ante la administración no ha sido debidamente soportada la presentación de la petición, mal pueden ser condenadas las autoridades destinatarias de la misma.

El criterio último referenciado no es nada novedoso si se tiene en cuenta que al respecto la jurisprudencia nacional (T-010/98), ha precisado que:

La carga de la prueba en uno y otro momento del análisis corresponde a las partes enfrentadas: debe el solicitante aportar prueba en el sentido de que elevó la petición y de la fecha en la cual lo hizo, y la autoridad, por su parte, debe probar que respondió oportunamente. La prueba de la petición y de su fecha traslada a la entidad demandada la carga procesal de demostrar, para defenderse, que, al contrario de lo afirmado por el actor, la petición sí fue contestada, resolviendo de fondo y oportunamente. Pero si ante el juez no ha sido probada la presentación de la solicitud, mal puede ser condenada la autoridad destinataria de la misma, pues procesalmente no existe el presupuesto del cual se deduzca que, en tal evento, estaba en la obligación constitucional de responder.

6. En tales condiciones, se concluye que no existe agravio o amenaza a los derechos fundamentales a que hace referencia el demandante, motivo por el cual la acción de tutela incoada resulta improcedente, pues mal haría el juez de tutela ordenarle a las entidades demandadas procedan de la manera como lo pretende la parte actora, cuando ésta no ha acudido a ellas.

7. Finalmente, la Sala no desconoce la difícil situación por la que atraviesa no solo FLORENTINO CELORIO MOSQUERA y su núcleo familiar, sino las demás personas que han

sido víctimas del conflicto armado, pero esa sola situación no genera una responsabilidad directa en las entidades aquí accionadas, toda vez para gozar de los beneficios a los cuales está obligado suministrar el Estado, los ciudadanos deben acudir a él e inscribirse en los diferentes proyectos y programadas que para tales efectos se señalen y en caso que sus peticiones no le sean atendidas ahí sí acudir al presente trámite constitucional, pero no como en este evento en el que si bien el demandante acudió a la Alcaldía Municipal de Cali, también lo es que se abstuvo de recurrir a las demás entidades y programas instituidos por el Gobierno Nacional para la atención y protección de la población desplazada”

En esta decisión y como en todas las anteriores se observa que la Corte Constitucional hace esfuerzos con el fin de que la atención a la clase menos favorecida como son los desplazados, no se convierta en “comensales” del estado, sino que los beneficios y derechos que le asisten como poblaciones menos favorecidas, se adquieran a través de una comprobación de su estado y como se deben de distribuir proporcionalmente los recursos con que se cuenta previamente determinados por el legislador, así mismo fomentar o entronizarles la capacidad de producción colectiva, ello en hacerlos competentes en el trabajo de grupo para que obtengan las correspondientes utilidades y sean económicamente sostenibles hacia futuro, por eso la Corte instruye como debe entenderse la reglamentación de proyectos productivos y hacer más competitivo las tierras de los campesinos y la población indígena, por tanto esta decisión no es populistas, sino por el contrario engendró políticas distributivas y asistencialistas desde el ámbito intelectual o de proyección, evitando como es normal en este país, que no se extravíen los recursos para que lleguen a las poblaciones más vulnerables y sean laboralmente competitivas.

C. Sentencia C-258 de 2013 Efectos regulación del Riesgo de Vejez

En esta sentencia se estudia la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 referente al régimen de pensiones de los Senadores y Representantes a la Cámara frente a los cargos de violación del derecho a la igualdad y violación del principio de sostenibilidad fiscal, toda vez que, a consideración de los actores, no resulta equitativo que los reajustes y sustituciones del valor de las pensiones de estos no pueda ser inferior al 75% del salario mensual recibido, por todo concepto, durante el último año. Respecto de esta demanda la corte declaró inexecutable que se realice sobre el salario recibido durante el último año por todo concepto, entre otras porque la Constitución Política busca preservar el sistema de pensiones a través de la desaparición de los regímenes especiales y exceptuados.

La Corte Constitucional, hace algunas reflexiones sobre la incidencia el Acto Legislativo 01 de 2005, encaminados a proteger la destinación de los fondos públicos de la seguridad social, pero en ningún momento a reducir las pensiones de los altos funcionarios, salvo las adquiridas en forma fraudulenta o ilícita. Lo anterior, en el entendido que la causa y el motivo que dan lugar al nacimiento de los derechos fundamentales, son totalmente diferentes y compatibles entre sí. Recuérdese que el espíritu del legislador al momento de implementar y reformar la seguridad social, se encuentra cimentado, por lo menos en inicialmente, bajo el principio constitucional, de la aportación a un fondo de forma tripartita (Estado, Empleador y trabajador dependiente o independiente), el respeto a las meras expectativas, progresividad y en especial la protección del derecho adquirido, cocreando regulaciones que mejoren la vida digna de los ciudadanos, sin que puedan ser afectados so pretexto de vulnerar el principio de la sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política, pues aunque se encuentra sustentado en

la calidad de servicio público, lo cierto es que el acaecimiento pensional no se configura por una donación gratuita girada por los fondos del Estado, sino por el contrario es fundante en el concepto de justicia distributiva finalista, donde el ciudadano aporta para obtener las prerrogativas ofrecidas por el Sistema de Seguridad Social Integral, salvo que se hayan efectuados al fondo de solidaridad y, por lo tanto, los afiliados son propietarios de sus aportes para lograr la protección de la siniestralidad, a que ha estado inmerso en el recorrer de su vida y la entidad de seguridad social son simples administradores de dichos fondos como lo ordena la Constitución Política de Colombia, en especial el artículo 48 y 128 y, Decreto Ley 1650 de 1977 y No. 433/1971 (CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sentencia de enero 27 de 1995 Radicado 7109).

Por lo que la Corte Constitucional, en forma reiterada, ha establecido la necesaria protección de los derechos adquiridos de los beneficiarios del subsistema de seguridad social en pensiones, tal como fue decantado en sentencia C – 258 de 2013 donde esta Alta Corporación señaló que el artículo 58 superior indica “[...] se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores [...]”, así como el Acto Legislativo 01 de 2005 reitera que se “[...] respetará los derechos adquiridos con arreglo a la Ley [...]”; protegiendo de manera contundente los derechos adquiridos y meras expectativas en los regímenes de transición para los afiliados y pensionados, siempre y cuando, estos hayan sido obtenidos con justo título, sin fraude a la Ley ni abuso del derecho.

Los anteriores argumentos se cimientan, también en lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al señalar, sabiamente, que las condenas solicitadas al régimen pensional y su modificación no constituyen facultades *ultra* y *extra petita* para el Juez Colegiado, pues es obligación del funcionario judicial interpretar el querer del demandante y su

configuración económica, como lo señaló en sentencias SL 11042 de 2014 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo y sentencia SL 580 de 2013 de la M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Así mismo es del caso anotar, que las decisiones de la rama judicial, encaminadas a proteger los derechos sociales, adquiridos por los ciudadanos, no han sido extrañas a la responsabilidad fiscal dirigidas a la promoción de la sostenibilidad financiera, en cuanto sean útiles para su realización sostenibilidad, y deben ser tenidas como herramientas al servicio de los principios y fines del Estado Social de Derecho.

En efecto, como lo ha expuesto en forma reiterada la doctrina y la jurisprudencia nacional, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconocidos tanto en la Constitución Política, como en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, tienen la característica, a diferencia de los fundamentales, de ser progresivos y de naturaleza prestacional, esto es, su desarrollo genera erogaciones a cargo del Estado y, por regla general, no pueden ser regresivos, es decir, no se puede disminuir su nivel de protección, salvo que exista una debida justificación de acuerdo con las circunstancias sociales y económicas, en que su regulación pueda volverlos ineficientes, insostenibles e inequitativos, y como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia C-288/12 cuando expreso:

“El primer aspecto que se encuentra en el Acto Legislativo demandado es integra a la Constitución el concepto de sostenibilidad fiscal. Este criterio, según la doctrina económica, no es unívoco. Sin embargo, las diferentes definiciones apuntan a encuadrarlo en la necesidad que los Estados mantengan una disciplina fiscal que evite la configuración o extensión en el tiempo de déficit fiscales abultados, que pongan en riesgo la estabilidad macroeconómica. [...] Desde una perspectiva más general, algunos autores definen el concepto de SF como “la necesidad de un gobierno por conseguir recursos para cubrir el déficit fiscal; es decir, en el cumplimiento de la restricción intertemporal del gobierno, la cual requiere que el valor presente de los flujos esperados

del resultado primario sea igual al valor actual de la deuda corriente. De este modo, la deuda en el largo plazo será igual a cero.” Agregan que desde el punto de vista macroeconómico, la importancia de la SF radica en que “dicho análisis puede determinar las medidas de política económica que el gobierno debe asumir. En particular, evalúa si, dada la capacidad de recaudación de ingresos fiscales y la estructura de financiamiento, la política de gastos puede mantenerse en el largo plazo. [...] Una política fiscal insostenible, por ejemplo, conlleva a mayores tasas de interés y de inflación.” Esta comprensión de la SF es sostenida por otros autores, quienes indican que “[e]l análisis de la sostenibilidad fiscal determina si un gobierno puede seguir indefinidamente un conjunto de políticas fiscales dada, sin cambios de esa política en el futuro [...] en la práctica, la política fiscal se ha considerado sostenible si se estabiliza la relación entre la deuda y el producto interno bruto.”

Por lo que fuerza concluir, que la Rama Jurisdiccional del Estado Colombiano, no ha sido ajena en sus decisiones judiciales, al impacto económico que implica su creación y su sostenibilidad financiera, como lo predicen algunos jurisconsultos que buscan, más bien justificar la actuación irresponsable de algunos administradores de los bienes del Estado, con carencia de iniciativa y creación intelectual para obtenerlos, pues la función de un buen administrador no solo es la conservación de los recursos, sino la iniciativa para crearlos, obtenerlos y multiplicarlos, pues en la medida en que pasa el tiempo, los derechos sociales fundamentales van en aumento y no en decrecimiento.

No se puede desconocer, que los derechos sociales fundamentales están en permanente creación, acorde con las necesidades que se van presentando en el duro recorrer del hombre por el planeta tierra, y por ello, los constitucionalistas progresistas modernos, son defensores de las acciones de amparo o de tutela, por cuando los derechos fundamentales, nacen como los árboles, tal como lo enseñan las escuelas americanas del derecho, ello es, los árboles no nacen árboles, necesitan de una “semilla” o una “cepa” para su nacimiento, y precisamente, la tutela no es más que una cepa, mediante la cual el ciudadano, hecha la semilla, para ver si el derecho que él considera

fundamental, pelea o no, por ello nace su discusión en los juzgados, se madura la discusión ante los jueces colectivos (tribunales) hasta llegar ampliamente discutido y difundido por los ciudadanos a las Altas Cortes, quien tiene la última palabra. En otras palabras, en sociología política, se logra la figura de la gobernanza, ello es, la participación del ciudadano o del pueblo, constituyente primario, en la creación de la Ley.

Por ello, si se habla de interpretación de la Ley, por los funcionarios judiciales, se hace imperioso reflexionar sobre lo que se entiende por justicia dialógica, o tridimensional de los poderes para actuar en forma armónica en beneficio de sus gobernados.

D. Sentencia T – 743 de 2013 Ser Pilo Paga

(En cada sentencia, iniciar con una brevísima descripción de los hechos, en no más de tres líneas; esto para ubicar al lector en la controversia judicial):

En esta acción, el tutelante expone que en la Institución Educativa donde se encuentra el estudiante, no cuenta con un profesor de química desde el 10 de mayo de 2012, los alumnos y los padres de familia le han solicitado a la Secretaría de Educación del Huila vincular un nuevo docente. Esta, sin embargo, se ha negado, porque la Institución Educativa no cuenta con la cantidad de estudiantes necesaria para realizar el nombramiento solicitado. La zona en la que está ubicada la Institución Educativa ha sido afectada por desplazamientos, lo cual hace que el número de estudiantes aumente y disminuya constantemente.

En este sentido, el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Colombia, Huila, declaró improcedente la acción de tutela y negó el amparo solicitado mediante providencia del doce (12) de abril de dos mil trece (2013). El fallo, en resumen, sostiene que la decisión de no vincular a un docente de química a la Institución Educativa no fue arbitraria, ni vulneró ningún derecho fundamental, porque fue adoptada en cumplimiento del Decreto 3020 de 2002, que es una norma del orden nacional en plena vigencia.

Adicionó, que la Secretaría respetó los criterios que determinan la conformación de la planta de docentes en las instituciones de las zonas rurales, es decir, el número de alumnos matriculados y registrados. Tales criterios deben cumplirse estrictamente, pues buscan evitar el absurdo de que se nombre un docente por cada alumno, lo que sería una quiebra al presupuesto público. Con estos argumentos las anteriores precisiones, el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Colombia, Huila, descartó que se hubiera presentado la vulneración iusfundamental alegada por el tutelante.

La Corte Constitucional bajo el caso de estudio, dislumbra que se presentó la vulneración del derecho fundamental a la educación en sus facetas de adaptabilidad y aceptabilidad, la infracción del derecho a acceder a la educación superior en igualdad de oportunidades, dada la desventaja que supuso para los estudiantes de la Institución Educativa el hecho de haber presentado el Icfes sin haber tenido acceso a los conocimientos básicos que les permitirían aspirar a obtener un buen resultado en las pruebas.

Frente a ese evento específico, la infracción iusfundamental verificada en esta ocasión puede superarse, ya que cualquier estudiante del país puede presentar el Icfes cuantas veces sea necesario, hasta obtener los resultados que requiere para acceder a la educación superior. Pensando

en esa posibilidad, y en el interés que el accionante y sus compañeros manifestaron en continuar con sus estudios universitarios, la Sala adoptó una medida que les permita ponerse al día en sus conocimientos en el área de química, para que, si así lo desean, presenten el examen en iguales condiciones como los demás estudiantes del país.

De esta forma, La Corte Constitucional ordeno que una vez se posesione el docente de química que deberá ser vinculado a la Institución Educativa, el rector de la Institución Educativa debe adoptar las medidas logísticas y administrativas que estime pertinentes para asegurar que el accionante y los demás estudiantes que se encontraban en su misma situación pero no interpusieron acción de tutela, asistan a las clases de química que se impartirán en el plantel educativo el próximo año, para actualizarse en los contenidos curriculares a los que no tuvieron acceso.

Lo anterior, por cuanto la educación es un derecho social fundamental, establecido en el artículo 67 Superior, es así como tiene una doble connotación de derecho y servicio público, en cuanto a esto la Corte manifiesta tener cuatro componentes esenciales como los son disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad:

“-Asequibilidad o disponibilidad:

El componente de asequibilidad alude a la satisfacción de la demanda educativa por dos vías: impulsando la oferta pública y facilitando la creación de instituciones educativas privadas. Pero, además, supone que dichas instituciones y los programas correspondientes estén disponibles para los estudiantes. Eso implica que reúnan ciertas condiciones que pueden variar dependiendo del contexto, como infraestructura, materiales de estudio, instalaciones sanitarias con salarios competitivos, bibliotecas, tecnología, etc. En suma, el componente de disponibilidad de la educación comprende i) la obligación estatal de crear y financiar instituciones educativas; ii) la

libertad de los particulares para fundar dichos establecimientos y iii) la inversión en recursos humanos y físicos para la prestación del servicio.

-Accesibilidad:

La dimensión de accesibilidad protege el derecho individual de ingresar al sistema educativo en condiciones de igualdad o, dicho de otra manera, la eliminación de cualquier forma de discriminación que pueda obstaculizar el acceso al mismo. De manera más concreta, se ha considerado que esas condiciones de igualdad comprenden i) la imposibilidad de restringir el acceso por motivos prohibidos, de manera que todos tengan cabida, en especial quienes hacen parte de los grupos más vulnerables; ii) la accesibilidad material o geográfica, que se logra con instituciones de acceso razonable y herramientas tecnológicas modernas y iii) la accesibilidad económica, que involucra la gratuidad de la educación primaria y la implementación gradual de la enseñanza secundaria y superior gratuita.

-Adaptabilidad:

El requisito de adaptabilidad cuestiona la idea de que son los estudiantes quienes deben ajustarse a las condiciones de prestación del servicio educativo que imperan en cada establecimiento, y exige, en contraste, que sea el sistema el que se adapte a las necesidades de los alumnos, valorando el contexto social y cultural en que se desenvuelven, con miras a evitar la deserción escolar. Por esa razón, la satisfacción del componente de adaptabilidad se ha vinculado con la adopción de medidas que adecuen la infraestructura de las instituciones y los programas de aprendizaje a las condiciones requeridas por los estudiantes, en particular, por aquellos que hacen parte de grupos poblacionales de especial protección, como las personas con discapacidades o con capacidades intelectuales excepcionales, los niños trabajadores, los menores que están privados de su libertad, los estudiantes de grupos étnicos minoritarios, las mujeres en estado de embarazo y los

alumnos que residen en zonas rurales. La aspiración específica del componente de adaptabilidad consiste, en últimas, en asegurar que los estudiantes permanezcan en el sistema educativo.

-Aceptabilidad:

La Observación General Número 13 del Comité Intérprete del PIDESC (Comité DESC) exige que la forma y el fondo de la educación, incluyendo los programas de estudio y los métodos pedagógicos, sean aceptables. Esto supone que sean pertinentes, adecuados culturalmente y de buena calidad. También, que se ajusten a los objetivos de la educación mencionados en el artículo 13 del pacto y a las normas mínimas que apruebe cada Estado en materia de enseñanza.

Además, la aceptabilidad educativa involucra un componente de equidad. De ahí que la Observación General haya calificado como posibles discriminaciones con arreglo al pacto “las agudas disparidades de las políticas de gastos que conduzcan a que la calidad de la educación sea distinta para las personas que residen en diferentes lugares”

Para finalizar, se considera importante precisar que el cumplimiento del componente de aceptabilidad, en la dimensión correspondiente a la garantía de la calidad educativa, debe examinarse en el marco de los consensos a los que haya llegado cada sociedad acerca de sus prioridades en materia educativa. En su tercer informe de seguimiento al Programa de Educación para Todos, la UNESCO se refirió a tal situación en los siguientes términos:

“Aunque las tentativas para definir qué es una educación de calidad suscitan numerosas controversias, en este tercer Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo se pone de manifiesto que existen bases sólidas para un entendimiento común. La cuestión de la calidad debe

contemplarse teniendo en cuenta la manera en que las distintas sociedades definen la finalidad de la educación. En la mayoría de ellas se plantean dos objetivos principales: el primero estriba en garantizar el desarrollo cognitivo de los educandos; el segundo en hacer hincapié en que la educación estimule su desarrollo creativo y afectivo para que puedan adquirir valores y actitudes que les permitan ser ciudadanos responsables. Por último, la calidad ha de pasar por la prueba de la equidad, ya que un sistema de educación que discrimina a un grupo específico, cualquiera que sea, no cumple con su misión”.

El deber estatal de reglamentar los estándares mínimos que regirán la prestación del servicio educativo, cobra, por eso, especial importancia a la hora de verificar el cumplimiento del componente de aceptabilidad educativa en su faceta de calidad en un caso concreto. Establecidos esos presupuestos básicos, la tarea del Estado consistirá en asegurar su plena observancia, de conformidad con el principio de progresividad y prohibición de retroceso intrínsecos a la cobertura de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales, como la educación.

Por lo demás, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia han considerado que una educación aceptable implica: un adecuado control y vigilancia de la actividad educativa, la prohibición de castigos físicos y tratos humillantes o degradantes, la adopción de medidas destinadas a garantizar que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías étnicas y la capacitación de los docentes

Derecho fundamental que al tenor del artículo 67 de la Carta Magna, igualmente comporta una función social, en la medida que persigue la adquisición de conocimientos y acceso «a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura, persiguiendo formar “al colombiano en

el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”.

Adiciona el artículo 69 superior en el inciso 4º, que:

“El Estado facilitará mecanismos financieros que hagan posible el acceso de todas las personas aptas a la educación superior”

Fue en el marco de tal regulación y bajo el principio de solidaridad, que el Gobierno Nacional por intermedio del Ministerio del Ramo, creo el **programa ser pilo paga** con el propósito de facilitar el acceso a la educación superior de los ciudadanos colombianos que demuestren el cumplimiento de sendos requisitos, otorgándoseles becas o créditos condonables para el financiamiento y acceso a programas de pregrado en instituciones de educación superior.

El Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, hizo efectivo los lineamientos económicos de la H. Corte Constitucional de la sentencia T- 743 de 2013 para hacer efectivo el derecho a la educación de NICOLAS VANEGAS BUSTOS admitido en la Universidad de los Andes para el programa de arquitectura, por ser beneficiario de Ser Pilo 3 .

En este caso, de manera constante se daban repuestas negativas por parte de las entidades estatales convocadas en relegar el derecho adquirido por Nicolás Vanegas Bustos para acceder al programa gubernamental SER PILO PAGA 3, cuando tuvieron conocimiento con anterioridad a esta acción de la admisión en la Universidad vinculada, es que logra demostrarse fehacientemente la vulneración del derecho invocado en el escrito de amparo.

Aunado a que la integración del joven Vanegas Bustos no se materializo por trámites administrativos entre los intervinientes estatales y educativos, que en manera alguna es atribuible al accionante.

Aspecto antepuesto que conduce a ordenar a las instituciones involucradas en el proceso de selección y otorgamiento del beneficio, que incluyan a Nicolás Vanegas Bustos en la lista de beneficiarios del programa «ser pilo paga – tercera versión» y adopten las decisiones pertinentes para hacer efectivo el crédito ofrecido; una vez se acate lo precedente, gestione la asignación de los recursos y ayudas que el programa contempla.

Ahora, como para la calenda de esta determinación judicial es un hecho notorio el inicio de clases en las instituciones educativas superiores, se compelerá a la Universidad de los Andes para que posterior a solicitud que eleve el convocante requiriendo su continuidad en el programa educativo, adelante los trámites obligatorios para reservarle el cupo en el segundo periodo académico de 2017.

En esta sentencia a vía de ejemplo la Corte Constitucional refuerza unos de los elementos para cumplir con el núcleo de constitución de vida digna cimentado que para hacerlo realidad el estado debe garantizar el derecho al trabajo, la seguridad social y la educación, pues el fin de esta última se cimenta en la capacitación del ser humano como una herramienta de producción y por ello a nivel mundial se ha sostenido que los doctores no son más que obreros calificados en un arte, en ciencia u oficio. Al entrar en hacer realidad el programa de educación ser pilo paga esta decisión no es populista sino que está encaminada de ser asistencialista para la formación del educado y despertar en los demás ciudadanos una competencia intelectual para obtener los beneficios como

mejor estudiante y en el fondo también tiene políticas económicas encaminadas a unan mejor distribución de los recurso destinados a la capacitación de los ciudadanos a nivel Nacional.

E. Sentencia C-154 de 2016 Creación de la Sala de Descongestión Sala Laboral Corte Suprema de Justicia y su impacto fiscal

En esta sentencia, la Corte examina el trámite seguido para la aprobación del proyecto de ley estatutaria 187/14 Cámara y 078/14 Senado, Que modifica los artículos 15 y 16 de la Ley 270 de 1996 estatutaria de la Administración de Justicia, integrando a la Sala de Casación Laboral un nuevo tipo de funcionario judicial en la Alta Corte denominado “Magistrado de Descongestión” que decidirá en “Sala de Descongestión”, para lo cual establece su ámbito de competencias, el periodo de transición en el que actuarán, los parámetros generales sobre rendimiento, metas y gestión; los requisitos para acceder a dicho empleo, el procedimiento de elección, así como la fuente de recursos para el funcionamiento de dichas Salas y de la planta de personal a ellas adscrita.

En esta sentencia, observamos que los comentarios sobre las políticas y característica del modelo de administración de justicia de la escuela anglosajona, se entronizan en la legislación colombiana en forma mucho más fuerte, ya que esta sala de decisión integrada por 12 magistrados, deberá brindar obediencia al precedente judicial, y abnegación a la disidencia, pues no les está permitido crear nuevas forma de interpretación de la ley, sino hacer respetar y cumplir con los lineamientos de la Sala de casación laboral, quien seguirá con la función constitucional de unificar la interpretación a nivel nacional, por ello cualquier disidencia o salvamento de voto fomentada por los magistrado de descongestión, deberá ser discutida en el seno de la sala de casación laboral

de la Corte Suprema, no se trata en nuestro sentir, de prohibir o fomentar la abnegación a la disidencia, sino por el contrario, concretar y buscar seriedad, transparencia, ponderación, legalidad y un juicio reflexivo en la contradicción en decisiones judiciales.

En esta sentencia, del estudio que se hace en lo tocante a la funcionabilidad de la Sala de descongestión, su ámbito de competencias, el periodo de transición en el que actuarán, los parámetros generales sobre rendimiento, metas y gestión; los requisitos para acceder a dicho empleo, el procedimiento de elección, así como la fuente de recursos para el funcionamiento de dichas Salas y de la planta de personal a ellas adscrita; se respeta el principio de legalidad, que vincula a la definición del Derecho con el régimen democrático. En esencia, con base en este principio, las actuaciones del Estado o aquellas de los particulares que tengan significancia legal, se gobiernan a través de reglas previamente dispuestas, suficientemente conocidas y establecidas por órganos representativos con un origen democrático directo o indirecto. Este principio, como es bien conocido, es uno de los pilares sobre los que se sustenta la cláusula del debido proceso y, de una manera más amplia, todo Estado constitucional y democrático.

Asimismo, este principio es uno de los rasgos característicos para la conformación del Estado liberal democrático, el cual busca regular la vida social y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos conforme a un parámetro objetivo, conocido y fruto de la deliberación pública. La ley, entonces, sirve como marco para la validez y funcionamiento del aparato estatal, así como para la garantía para los ciudadanos, en términos de delimitación del grado de interferencia de los órganos públicos en el ámbito privado. Así también se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una

parte, la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (government of laws, not of men), esto es, “un sistema de gobierno que rechace las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarca por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y previsible, basado en normas generales” (...), y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley en sentido general.

En desarrollo a este principio la Corte, analiza el impacto fiscal de la decisión, pero sin pretender fijar un monto, como pretenden algunos juristas que se haga en las decisiones judiciales, aspectos que se reitera no corresponde a los operadores judiciales, pero si su observancia, cumplimiento, respeto y recomendaciones para quienes deben hacerlo, al crear o reglamentar el derecho cuando advirtió:

“Es constitucional que los recursos necesarios para la creación de las Salas de Descongestión Laboral provengan de los ahorros que se generen por la supresión o modificación de otras dependencias de la Rama Judicial (artículo 3°)

109.- El artículo 3° del proyecto de ley estatutaria bajo examen establece lo siguiente:

“Artículo 3°. Los recursos necesarios para la creación de las Salas de Descongestión Laboral de que trata la presente ley, provendrán de los ahorros que se generen por la supresión o modificación de otras dependencias de la Rama Judicial que autorice la Constitución o la Ley, manteniendo los cupos vigentes de gasto de dicha entidad.

Para la designación de los Magistrados de descongestión, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia deberá contar con la disposición de los recursos, acreditada por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, o por quien haga sus veces.”

Para el Procurador General de la Nación el primer inciso de este artículo es inconstitucional puesto que, a su juicio, pone en riesgo el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia (art. 229 C.P.) debido a que es un hecho notorio que la Rama Judicial tiene déficit en materia de dependencias, jueces y empleados.

Dicho riesgo, en su sentir es latente porque es posible que, a causa de la ausencia de recursos, nunca puedan implementarse las salas de descongestión laboral en razón a que, para integrarlas, habría que suprimir otros despachos también congestionados.

Señaló, a título de ejemplo, que para cubrir la creación de las doce plazas de magistrados de descongestión Laboral que se pretende implementar habría que eliminar, como mínimo, veinte magistrados de Tribunal Superior de Distrito Judicial, muy posiblemente de la misma área laboral o su equivalente en magistrados auxiliares de las Altas Cortes. Por lo anterior, tanto el Gobierno como el Congreso “deben habilitar otras fuentes de financiación para la creación de las Salas de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia”⁸.

La Academia Colombiana de Jurisprudencia también cuestiona, más con argumentos de inconveniencia que de inconstitucionalidad, esta iniciativa. Sin embargo, el resto de intervinientes consideran que dicho artículo se aviene a la Constitución.

110.- La Corte declarará el precepto exequible. En efecto, la valoración de costos y el acuerdo gubernamental con la medida llevan a que ésta no pueda entenderse e implementarse de manera que produzca una afectación del acceso a la administración de justicia en los términos que adujo el Jefe del Ministerio Público. Por el contrario, la creación de nuevos despachos especializados en el trámite de recursos de casación laboral contribuye a que se ataque el represamiento de procesos sin fallo, situación que lesiona el derecho fundamental de todos los usuarios a una justicia pronta y efectiva. Este argumento lógicamente es normativo, no fáctico, y no podría ser de otra manera, pues se enmarca en las competencias que el constituyente otorgó a este Tribunal. Con todo, el efecto útil de la norma implica que esté llamada a tener sentido y aplicación práctica como consecuencia de una interpretación sistemática que considere también la teleología de la disposición.

⁸ Folios 342 y 343, cuaderno principal.

111.- Es indiscutible que la garantía de los derechos constitucionales requiere de recursos económicos⁹ de allí que el artículo 95-9 Superior imponga a toda persona en Colombia contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de equidad y justicia.

De esta manera, como los recursos no son ilimitados, las autoridades responsables de la planeación, aprobación y ejecución del presupuesto deben observar un uso responsable de los dineros públicos, en todo caso sin menoscabar el núcleo esencial de los derechos fundamentales (art. 334 Superior) o generar por la ausencia de financiamiento un déficit de su protección efectiva.

Adicionalmente, el amplio ámbito de configuración del Legislador en materia económica le permite, como ocurre en este caso, definir la fuente de financiación que considere más apropiada para implementar los doce nuevos despachos que integrarán la Corte Suprema de Justicia. La norma bajo examen determinó que los recursos provendrán de los ahorros que se generen por la supresión o modificación de otras dependencias de la Rama Judicial que autorice la Constitución o la ley.

En este punto, debe tenerse en cuenta que el proyecto de presupuesto de la Rama Judicial es elaborado por la Gerencia para su aprobación por el Consejo de Gobierno Judicial, el cual debe ser remitido al gobierno nacional para posterior aprobación por el Congreso de República (arts. 254 y 255 C.P.), de esta manera existen suficientes controles por parte de las tres ramas del poder público para determinar si existen o no los recursos para poner en funcionamiento las medidas de descongestión que plantea el proyecto.

112.- De acuerdo con ello, el argumento de Procurador implica que no es el tipo de fuente de financiación lo que genera la supuesta inconstitucionalidad, sino el riesgo de que la selección de los despachos a suprimir no sea la más apropiada.

Este eventual peligro en la aplicación de la medida no permite a la Corte declarar su inconstitucionalidad, pues su competencia se circunscribe a análisis normativos, no fácticos. La sentencia C-750 de 2008¹⁰ reiteró este límite en los siguientes términos “Los aspectos de

⁹ En el prólogo del libro de los profesores Stephen Holmes y Cass Sunstein titulado *El Costo de los derechos*, se enseña que: “En una medida muy importante, nuestros derechos siguen dependiendo día tras día, de cuánto se esté dispuesto a gastar en ellos y de cómo se lo quiera hacer. Los derechos se tienen que pelear en la arena política, no sólo en el plano normativo. El Estado, finalmente, no tiene recursos ilimitados, y alguien tendrá a su cargo la tarea de decidir qué funciones se privilegian por sobre otras”. Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 23.

¹⁰ MP Clara Inés Vargas Hernández.

conveniencia, oportunidad, efectividad y utilidad (...) son materias ajenas a las funciones jurídicas que le han sido asignadas a la Corte Constitucional como guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución.”

Con todo, esta norma no implica necesariamente un plazo o una orden para suprimir ciertas dependencias, de hecho, los detalles sobre la implementación de la norma aún no están definidos y por eso escapan a un análisis de constitucionalidad. En todo caso esta Corte estima, a diferencia de lo que plantea el concepto del Procurador, que la disposición no afecta el acceso a la administración de justicia si se implementa a partir de una interpretación sistemática y teleológica de la medida, la cual concuerda con el procedimiento legislativo y el sentido de los requisitos de aprobación de este tipo de disposiciones.

113.- En efecto, la norma se limita a establecer el título presupuestal, pues como lo establece la Constitución, no hay gasto si no se ha decretado conforme a ley anterior (art. 346 CP), por eso para esta Corte resulta evidente que ese objetivo del inciso –ser el título presupuestal- no pretende cuestionar la existencia de ciertos despachos judiciales ni mucho menos ordenar su desaparición.

Esta conclusión se sigue de varios elementos adicionales a la interpretación sistemática y teleológica de la disposición bajo examen. Efectivamente, por medio de esta norma el Legislador contempló una fuente de financiación para este programa de descongestión. Con todo, si una vez aprobado el programa se considera que para su puesta en marcha es preciso acudir a nuevos recursos, el Congreso puede proferir preceptos que persigan tal efecto, los cuales, lógicamente estarán sujetos a las previsiones constitucionales sobre la validez de las disposiciones que generen gastos.

114.- En este caso, la Corte ha constatado que el proyecto bajo examen se ha expedido de conformidad con las previsiones sobre el análisis del impacto fiscal a fin de convertirse en el título presupuestal (fundamentos 33 y ss. de esta sentencia). En efecto, el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 determina lo siguiente:

“Artículo 7º. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

La jurisprudencia de esta Corporación ya se ha pronunciado sobre el alcance de este artículo y los elementos que debe analizar la Corte al ejercer el control constitucional. La Sentencia C-874 de 2005¹¹ estableció que se deben estudiar tres temas para verificar que una disposición cumple con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003: (i) la exigencia actual de las previsiones del artículo; (ii) si se incluyó en la exposición de motivos no solo el costo fiscal, sino también la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo y; (iii) si el Ministerio de Hacienda y Crédito Público rindió su concepto al respecto.

La Corte consideró que el deber de rendir concepto sobre el impacto fiscal ante el Congreso de la República en el trámite legislativo reposa en cabeza del Ejecutivo, sin embargo la ausencia de dicho concepto no puede implicar la parálisis del trámite del proyecto de ley, cuando ello se da como consecuencia del incumplimiento del Gobierno al no haberse pronunciado de acuerdo con lo establecido en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003.

¹¹ M.P. Clara Inés Vargas Hernández. En ese caso se analizó una objeción presidencial presentada en contra de una ley orgánica que establecía que los consulados de ciudades donde hubiera una población superior a 10.000 colombianos, tendrían que contratar personal adicional para prestar asesoría a dicha población. Según el Gobierno, tal disposición vulneraba el artículo 151 de la Constitución Política por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 7 de la ley 819 de 2003. La Corte declaró infundada la objeción presidencial.

Por su parte, la sentencia C-700 de 2010¹² estableció las siguientes subreglas sobre el alcance de la jurisprudencia constitucional en relación con el Marco Fiscal de Mediano Plazo y las obligaciones correlativas del Congreso:

- (i) las obligaciones previstas en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 constituyen un parámetro de racionalidad legislativa, que cumple fines constitucionalmente relevantes como el orden de las finanzas públicas y la estabilidad macroeconómica,
- (ii) el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley 819 de 2003 corresponde al Congreso y principalmente, al Ministro de Hacienda y Crédito Público. Por lo tanto, en el caso de que los congresistas tramiten un proyecto que incorpore estimativos erróneos sobre el impacto fiscal, sobre la manera de atender esos nuevos gastos o sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, le corresponde al Ministro de Hacienda intervenir en el proceso legislativo para ilustrar al Congreso acerca de las consecuencias económicas del proyecto;
- (iii) el hecho de que el Ministro de Hacienda y Crédito Público no intervenga en el proceso legislativo, no vicia de inconstitucionalidad el proyecto de ley; y
- (iv) el informe presentado por el Ministro de Hacienda y Crédito Público no obliga a los congresistas a acoger la posición del Ministerio pero sí a revisar el impacto fiscal del proyecto.

Por su parte, La Sentencia C-866 de 2010¹³ reiteró las subreglas establecidas en la sentencia C-700 de 2010, en particular, la que dispone que el hecho de que el Ministerio de Hacienda no haya

¹² M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En ese caso se analizó una objeción presidencial presentada en contra de una ley orgánica que establecía que las Asambleas Departamentales determinarían el tope a pagar por concepto de prestaciones sociales a los diputados. Según el Gobierno Nacional, la norma iba en contra del Marco Fiscal de Mediano Plazo y la ley anual de presupuesto. En esa oportunidad no se hizo ninguna referencia al impacto fiscal en la exposición de motivos del proyecto, no obstante el Ministerio de Hacienda presentó su concepto en contra del proyecto, en la medida en que consideró que era una medida no se podía ejecutar financieramente sin afectar otros rubros del presupuesto de los departamentos. Se declaró fundada la objeción presidencial.

¹³ MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En esta oportunidad, la Corte revisó una objeción presidencial presentada en contra de una ley que otorgaba beneficios económicos a todo servidor público que hubiera sido víctima de secuestro, toma de rehenes o desaparición forzada, posteriormente a la terminación del periodo para el que fue designado. Según el Gobierno Nacional, la norma era incompatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo, en la medida en que se imponían nuevos gastos presupuestales, pero no era claro para quien iban dirigidos dichos beneficios y quiénes debían asumir su costo, ya que afectaría el presupuesto de todas las entidades que hubieran sido empleadores de las víctimas, en la medida en que la norma establecía que el responsable de pagar tal beneficio era el empleador inmediatamente anterior de la víctima. En ese caso, se evidenció que no se había hecho ninguna referencia al impacto fiscal del proyecto en la exposición de motivos y que el Ministerio presentó su concepto el mismo día en que fue aprobado el proyecto

rendido su concepto ante el Congreso de la República, no vicia la constitucionalidad del proyecto de ley.

115.- En este caso, se evidencia que la norma objeto de estudio cumple con las previsiones del artículo 7º de la Ley 819 de 2003. La aplicación de las subreglas sobre los contenidos del artículo 7º en este proyecto de ley, muestra que se cumplieron todas las etapas y que no hubo reparo alguno sobre la viabilidad fiscal de las medidas de descongestión”

Así, mismo preciso más o menos los costos anuales de funcionamiento de la sala de descongestión, empero en ningún momento en forma imperativa, cuando resalto.

“Impacto fiscal del desarrollo estatutario:

33.- En relación con la exigencia del artículo 7 de la Ley 819 de 2003,¹⁴ esta Corporación ha precisado que el requisito allí establecido es responsabilidad tanto del Ejecutivo como del Legislador¹⁵, pero no es una limitación para que el Congreso desarrolle su función legislativa.¹⁶

De conformidad con lo que establece el artículo 7º de la Ley 819 de 2003, “por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones,” en todo proyecto de ley, ordenanza o acuerdo que ordene gastos o conceda

de Ley en cuarto debate. A pesar de lo anterior, esta Corporación declaró infundada la objeción presidencial por considerar que la obligación del Congreso de revisar el impacto fiscal de la norma surgía una vez el Ministerio de Hacienda rindiera su concepto y en este caso no se había podido analizar, debido a que éste se radicó el mismo día en que se aprobó el proyecto.

¹⁴ Ley 819 de 2003, Artículo 7º. “Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la exposición de motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la Gaceta del Congreso. Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberá contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces.”

¹⁵ Corte Constitucional. C-929 de 2006.

¹⁶ Corte Constitucional. C-502 de 2007.

beneficios tributarios debe hacerse explícito cuál es su impacto fiscal y establecerse su compatibilidad con el marco fiscal de mediano plazo que dicta anualmente el Gobierno Nacional.

Para el efecto dispone que en las exposiciones de motivos de los proyectos y en cada una de las ponencias para debate se debe incluir expresamente los costos fiscales de los mismos y la fuente de ingreso adicional para cubrir los mencionados costos.

De la misma manera, dicha regulación dispone que durante el trámite de los proyectos el Ministerio de Hacienda debe rendir concepto acerca de los costos fiscales que se han estimado para cada una de las iniciativas, así como sobre la fuente de ingresos para cubrirlas y sobre la compatibilidad del proyecto con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Es por ello, que esta Corporación ha reconocido que el mencionado art. 7° de la Ley 819 de 2003 se erige como una importante herramienta tanto para racionalizar el proceso legislativo como para promover la aplicación y el cumplimiento de las leyes, así como la implementación efectiva de las políticas públicas.¹⁷

Sin embargo, también se ha señalado que esta herramienta no constituye una barrera para que el Congreso ejerza su función legislativa y mucho menos una carga de trámite que recaiga sobre el legislativo exclusivamente, puesto que es el gobierno quien cuenta con los elementos técnicos para efectuar los estimativos de los costos fiscales de un determinado proyecto.

34.- En el asunto bajo examen, el primer inciso del artículo 3 del proyecto de ley previó que los recursos necesarios para la creación de las Salas de Descongestión Laboral provendrán de “los ahorros que se generen por la supresión o modificación de otras dependencias de la Rama Judicial que autorice la Constitución o la Ley, manteniendo los cupos vigentes de gasto de dicha entidad”.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-662 y C-850 de 2009.

Durante todo el trámite legislativo, las ponencias que sirvieron de fundamento a los debates tanto en comisión como en Plenaria tuvieron en cuenta este aspecto fiscal, al punto que en dichos documentos se incluyó una sección denominada “valoración el costo”¹⁸ en la cual se expresó:

Partiendo de la conformación y organización actual de la Sala Laboral, se puede concluir que el costo anual de la implementación de la descongestión proyectada en esta propuesta tiene un costo anual de \$21.774.376.289

En el siguiente cuadro se puede observar el valor de cada uno de los cargos que conformaría las 4 salas de descongestión y su proyección anual:

<u>DESPACHOS</u>	<i>CANTIDAD (4 salas)</i>	<i>VALOR (por empleo)</i>	<i>VALOR TOTAL (4 salas)</i>
<i>Magistrado Titular</i>	12	448.996.279	5.387.955.348
<i>Magistrado Auxiliar</i>	36	348.926.475	12.561.353.084
<i>Auxiliar Judicial grado 1</i>	12	71.824.775	861.897.304
<i>Conductor</i>	12	35.076.721	420.920.651
<i>SUBTOTAL</i>			<u>19.232.126.387</u>

<u>SECRETARIA</u>	<i>CANTIDAD</i>	<i>VALOR (por empleo)</i>	<i>VALOR TOTAL</i>
<i>Auxiliar Judicial grado 3</i>	12	59.347.111	712.165.328
<i>Citador grado 5</i>	4	35.697.821	142.791.284
<i>Escribiente Alta Corporación</i>	7	54.071.162	378.498.134
<i>Oficial Mayor Alta Corporación</i>	12	86.705.340	1.040.464.076
<i>Profesional Especializado</i>	2	134.165.540	268.331.080
<i>SUBTOTAL</i>			<u>2.542.249.902</u>

¹⁸ Gacetas del Congreso números 277 de 11 de mayo de 2015, 177 de 10 de abril de 2015 y 315 del 20 de mayo de 2015.

<i>TOTAL ANUAL</i>		<u>21.774.376.289</u>
---------------------------	--	------------------------------

El Gobierno Nacional a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público¹⁹ estimó que el costo de la implementación de la iniciativa legislativa tendría un valor estimado de “\$26,8 mil millones anuales” y proyectado dicho monto por los ocho años de duración máxima de la medida, los recursos públicos a invertir ascenderían a “\$214,9 mil millones” (precios de 2015).

Resaltó que en consideración a que la fuente de financiación es el ahorro que se genere con la supresión o modificación de otras dependencias de la Rama Judicial, y aun no existe una estimación de la cuantía de dichos ahorros, el Ministerio no tuvo objeción presupuestal al proyecto estatutario.

Recordó que mediante la Ley 1743 de 2014 se establecieron alternativas de financiamiento para la Rama Judicial, y su artículo 2 prescribió que los recursos que ingresen al Fondo para la Modernización, Descongestión y Bienestar de la Administración de Justicia durante los primeros cuatro (4) años de vigencia de esa ley serían destinados a la puesta en marcha “del sistema oral establecido en el Código General del Proceso, en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Penal, así como a la creación de los juzgados de extinción de dominio”, por lo que con cargo a dichos recurso podría financiarse la implementación de la Salas de Descongestión Laboral previstas en el proyecto estatutario.

Con dicha precisión, el Ministerio no manifestó inconformidad alguna a la iniciativa, con lo cual queda satisfecho el presupuesto sobre su impacto fiscal.

35.- En suma, la Corte Constitucional concluye que desde el punto de vista formal el proyecto cumplió a cabalidad los requisitos constitucionales y legales exigidos para su aprobación, y en consecuencia declarará su exequibilidad por este aspecto.”

¹⁹ Folios 70 y 71, cuaderno principal.

Reafirma la autonomía e independencia de la decisión judicial, cuando advierte que los gastos, costos o afectación al presupuestó nacional corresponde a quienes tienen la iniciativa gubernamental o legislativa y al Ministerio de Hacienda cuan dejo en claro en su decisión:

“El alcance de la jurisprudencia constitucional en relación con el Marco Fiscal de Mediano Plazo y las obligaciones correlativas del Congreso

119.- Como se expuso anteriormente, la Corte ha establecido que el Ministerio de Hacienda es el encargado de vigilar que los proyectos de ley presentados en el Congreso de la República sean compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo. En el presente caso, el Ministro no se opuso a la financiación del proyecto, lo que implica su aceptación a la implementación de la medida porque no implicaba una nueva presión sobre las finanzas públicas que pudieran alterar la estabilidad fiscal.

120.- De acuerdo con ello, es claro que esta norma requeriría de financiación, con todo, la misma disposición prevé una fuente de recursos que proviene de la misma Rama Judicial. Nunca fue entendido por los participantes en el trámite legislativo que el propósito de la disposición fuera decretar la desaparición de despachos judiciales que se requieran para hacer efectivo el derecho a la administración de justicia, de hecho su texto no implica necesariamente que se vayan a suprimir o no ciertas dependencias. Es una hipótesis pero no una orden y, en todo caso, la realización de ese supuesto dependerá de múltiples factores que habrán de analizar las autoridades competentes y que, por la naturaleza de la situación, no son parte de un análisis de constitucionalidad. La supuesta afectación del acceso a la administración de justicia es simplemente una eventualidad que no puede ser escrutada en sede constitucional por tratarse de un supuesto indeterminado e indeterminable.

No obstante, aunque la eventual duda planteada por el Procurador puede tener relevancia constitucional, la interpretación de la norma permite afirmar que se trata de una medida que surge para promover el acceso a la administración de justicia. Por eso no podría interpretarse como un mecanismo para restringir el acceso. Este objetivo es guía de interpretación de la norma y sólo así podrían entenderse ella y sus desarrollos posteriores. Esta conclusión se refuerza con base en el principio hermenéutico del efecto útil, según la cual se debe elegir aquella interpretación que dote

de consecuencias jurídicas al ordenamiento, y desechar aquellas que tengan el resultado contrario. Además, la interpretación de la norma debe orientarse a contenidos constitucionales que garanticen la efectividad del derecho sustancial²⁰ especialmente en el caso de preceptos que, como este, han dejado en claro su objetivo de garantizar acceso pronto y efectivo a la administración de justicia.

En desarrollo del principio del efecto útil de las normas es evidente que las disposiciones contenidas en este proyecto de ley estatutaria deben tener recursos para ser implementadas. Efectivamente, el artículo 3º prevé una fuente de financiación que no implica un impacto económico porque proviene de movimientos presupuestales internos dentro de la Rama Judicial. Además, la Corte reitera la posibilidad de que el Legislador, si lo considera oportuno y en cumplimiento de los requisitos constitucionales para las normas que generan gasto público, pueda expedir nuevas disposiciones para efectos de financiar este programa de descongestión.

Estas actuaciones implican necesariamente la obligación de las autoridades competentes de hacer un análisis e implementación presupuestal que permita la adecuada financiación de los cargos creados en beneficio del acceso a la administración de justicia y en cumplimiento de la Constitución.

121.- Por otra parte, podría alegarse que hay una violación al artículo 122 CP porque si aún no existe el presupuesto para los cargos de descongestión, no podrían haberse creado. Con todo, para entender el alcance del inciso segundo del artículo 3º bajo examen, es necesario distinguir la creación de los cargos y su provisión efectiva. Como se ha visto hasta ahora, la norma hace referencia a la creación de los cargos y plantea una forma de financiación con los recursos provenientes de los ahorros que se generen por la supresión o modificación de otras dependencias de la Rama Judicial. La disposición implica movimientos internos dentro de la Rama, a lo cual el Ministerio de Hacienda no presentó oposición. Con todo, la previsión legal no impide que el Congreso, en ejercicio de sus facultades y con el lleno de los requisitos, pueda expedir normas que contemplen otras fuentes de financiamiento si lo considera procedente. Todo ello bajo la consideración del objetivo de la norma: promover el acceso rápido y eficiente a la administración de justicia sin adoptar medidas que puedan desnaturalizar ese propósito. Por los argumentos previos

²⁰ Sobre este principio y la línea jurisprudencial que lo ha aplicado puede verse la sentencia C-929 de 2014, MP Mauricio González.

es que no podría entenderse la norma como regresiva en el sentido de que prevé la eliminación de despachos indeterminados. La interpretación sistemática y teleológica del precepto impide considerar que ella obliga a cerrar despachos que atienden las necesidades de administración de justicia de los ciudadanos.

Además, la Corte insiste en que la creación y provisión de los cargos no está necesariamente condicionada al ahorro que logre hacer la Rama Judicial si los recursos resultaran insuficientes, pues en esa hipótesis el Congreso puede expedir, con el lleno de los requisitos para el efecto, nuevos gastos.”

F. Sentencia T-480 del 2016 Vinculación Madres Comunitarias e impacto

fiscal

Sin embargo, en reciente providencia, la Sala plena, parece haber retrocedido... Revisar)

En esta sentencia, los jardines infantiles oficialmente, su misión empezó hace 30 años, a través de un documento Conpes, que creó los hogares comunitarios como una forma de amparar a la población infantil más vulnerable en zonas urbanas y rurales. Luego, a través de la Ley 089 de 1989, se constituyó como un programa fundamental del Estado que ha tenido variación conforme al gobierno de turno, y se ha discutido si tienen o no vinculación laboral, mediante el artículo 4º del Decreto 1340 de 1995 se reestructuro dicho programa de “Hogares Comunitarios”, mediante trabajo solidario de las madres que quisieran participar como contribución voluntaria, negando cualquier tipo de relación laboral y contractual entre las madres comunitarias y el ICBF, pero se les vinculo al régimen pensional y de seguridad social acorde con lo señalado en el literal j) del artículo 5º del Acuerdo 21 de 1996 señalando que “las madres comunitarias como titulares del derecho a la seguridad social, serán responsables de su vinculación y permanencia en el sistema de seguridad social integral, de conformidad con lo normado por la Ley 100 de 1993, sus decretos reglamentarios y demás disposiciones que se expidan sobre la materia.”, dejando exclusivamente

sobre las madres la obligación y la carga del pago de su seguridad social sin ningún tipo de apoyo por parte del Estado.

Su retribución por realizar actividades en el Hogar de Bienestar Comunitario es que reciben una beca por parte del ICBF, que son los recursos que se asignan a las familias para atender a los niños, de los cuales se deben sufragar gastos de material didáctico, aseo personal, parte de alimentación y servicios públicos, pues su labor se considera como voluntaria, altruista y solidaria. Ante esta situación y mediante la decisión de tutela T- 628 del 10 agosto del 2012, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, donde analizó el régimen jurídico del programa de Hogares Comunitarios del Bienestar Familiar, la naturaleza jurídica de las madres comunitarias, el cierre y reubicación de los programas comunitarios, el derecho a la igualdad, dignidad humana y seguridad social de las madres comunitarias, la Corte constitucional ordenó en ese entonces al ICBF adoptar medidas para que, de forma progresiva pero rápida, las madres comunitarias tuvieran al menos un salario mínimo legal y un contrato de trabajo, con las garantías de la seguridad social. En el año 2013 el Ministro de Hacienda de Hacienda, Mauricio Cárdenas, se comprometió a iniciar el proceso de formalización laboral acorde con lo advertido en la sentencia anterior, lo cual no cumplió; en octubre de 2013, el Ministro del Interior, Aurelio Iragorri, suscribió un acuerdo para cumplir con lo prometido a partir de enero de 2014 en apoyo de la campaña electoral, del presidente Santos, quien sacó a relucir el tema y en una carta abierta refrendó el compromiso de otorgarles contrato laboral, sueldo fijo igual a un salario mínimo y prestaciones de ley, sin que ello implique otorgarles la calidad de funcionarias públicas, pues dicha potestad constitucional no la tienen ni los Ministros, ni la Corte Constitucional

Una vez reelecto el presidente Santos, su palabra empeñada quedó en manos de Cristina Plazas, una abogada que había sido concejal de Cambio Radical, alta consejera para la Equidad de la Mujer y secretaria privada del presidente Santos, quien reestructuro y aplico una nueva metodología para llevar adelante el programa y no cumplió lo ofrecido a las madres comunitarias, lo que dio lugar a que estas protestaran e iniciaran las acciones de tutela correspondiente en defensa de sus derechos fundamentales, de la protección del trabajo y de la seguridad social, para cumplir con el núcleo esencial de vida digna entronizado en la constitución, todo lo cual es un hecho notorio para el país.

En la sentencia T- 480 de 2016 la Corte Constitucional desconoce tajantemente lo que en la sentencia T- 628 de 2012 se había advertido, y al revivir la misma situación fáctica, desconoció la vinculación laboral de todas las madres comunitarias del país y ampara solo a 106 madres comunitarias peticionarias en lo relacionado con la seguridad social, lo cual para el año 2016, consagra la obligación de ser cotizante a todos los ciudadanos, sin importar su tipo de vinculación laboral, ya que al régimen de la seguridad social contribuyen: empleadores, trabajadores, dependientes o independientes y pensionados, en lo referente a la salud y al riesgo de vejez; sino no han obtenido esta última, lo que ha creado ciertos malestares a nivel nacional, sumado a la objeción que hace el Presidente a la ley del Congreso de la República, con el fin de cumplir la decisión de la Corte Constitucional del año 2012, sin estar el primero legitimado; al decir de paso, que el acto legislativo 03 del 2011 (impacto fiscal), como ya se ha advertido en varios acápites de esta tesis, no aplica cuando se trata de la entronización y reglamentación de los derechos fundamentales del trabajo, la educación, y la seguridad social, como elementos esenciales para desarrollar y hacer progresivo el derecho fundamental de la vida digna.

En desarrollo de lo anterior, los argumentos expresados en los medios de comunicación, entre los cuales se encuentra las palabras, del Doctor Lenin Pérez Vanegas, quien resalta con suficiente criterio jurídico que:

“La Sentencia T 480 de 2016 de la Honorable Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, reconoció los derechos fundamentales a la igualdad, a la dignidad humana, al mínimo vital, y al trabajo de 106 madres comunitarias, ante la negativa por parte del ICBF y el Estado del pago de los aportes parafiscales y pensionales durante su vinculación, amparando los anteriores derechos en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social, y bajo el principio de supremacía de la realidad sobre las formalidades, teniendo presente que una vez reunidos los tres elementos de la relación laboral se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen; En ese mismo sentido y con el anterior precedente hicieron transito los proyectos de Ley del Senador Alexander López Maya, con radicados 127 de 2015 de Senado y 277 de 2016 de cámara, con los que buscaba regular el servicio público de atención a la primera infancia, estableciendo la estabilidad laboral reforzada de las madres comunitarias a través de su vinculación directa al ICBF con contratos laborales, el pago de prestaciones sociales, y reconocimiento de una pensión vitalicia equivalente a un salario mínimo, el cual fue aprobado por el Congreso de la Republica.

La presente iniciativa fue objetada por el Presidente Juan Manuel Santos haciendo uso de sus funciones constitucionales, bajo el supuesto de la supremacía de la sostenibilidad económica y fiscal del Estado, y señalando que el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia, no obliga al Estado a hacer extensivo el derecho al resto de madres comunitarias al ser un fallo de tutela con efectos inter partes, sin embargo la anterior aseveración para justificar la negativa y objeción de la ley por parte del jefe de la cartera ejecutiva, resulta a todas luces denigrante e ilegal, y desconoce los derechos laborales, y fundamentales amparados en los pactos y convenios suscritos por el país a través del bloque de Constitucionalidad, en la implementación de un trabajo digno y en óptimas condiciones, los cuales no pueden ser desconocidos y vulnerados, por el Estado quien tiene el compromiso de desarrollarlos e implementarlos, teniendo presente que si bien es cierto se utiliza como precedente el fallo de tutela emitido por la Corte, el proyecto de ley no obedece más que al desarrollo de las normas constitucionales y protección de los derechos consagrados en nuestra carta Magna, al realizar una reconocimiento de derechos y regular una

situación anómala en torno a la vinculación histórica de las madres comunitarias, por lo anterior podemos afirmar que no existen supuestos legales que soporten la negativa del Gobierno al reconocimiento de los derechos laborales y su responsabilidad de empleador frente a las madres comunitarias.

Dentro de los beneficios y cambios sustanciales desconocidos por el Gobierno, que se pretendían implementar con la ley, se encuentran la formalización de más de 65 mil madres comunitarias, la estabilidad laboral, y el acceso integral al sistema de seguridad social y prestacional en igualdad de condiciones a los trabajadores colombianos; reconocer la labor realizada por las familias y mujeres de los hogares de bienestar comunitarios es dignificarlas como personas y reconocer el esfuerzo que realizan hace décadas en beneficio de la sociedad.

Una vinculación laboral dentro de los parámetros del proyecto de ley objetada, brindaba sin duda alguna una seguridad jurídica y prestacional a las madres trabajadoras, eliminaba la intermediación de las entidades administradoras del servicio del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar, y aseguraba la optimización de los recursos del Estado, que se acortan con las comisiones de la intermediación dentro de la cadena burocrática y de contratación establecida al interior del ICBF.

Por otra parte, el problema planteado por la actual directora del ICBF la Dra. Cristina Plazas, respecto a la vinculación laboral directa por parte del Instituto, es resuelto por el artículo 4 del proyecto de ley al señalar: “La vinculación laboral de las madres comunitarias y FAMI que prestan el servicio público de atención integral a la primera infancia en los Programas del ICBF será de carácter laboral y adelantará en forma directa con el ICBF o preferiblemente mediante la contratación de las organizaciones conformadas por madres comunitarias y FAMI. En todo caso, se deberá garantizar su vinculación con vocación de estabilidad laboral y contrato a término indefinido, garantizando todas las prestaciones sociales y de seguridad social a las que tienen derecho. Su remuneración no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente o proporcional al tiempo de dedicación al programa...”

Facultando de esta manera al ICBF, para realizar las vinculaciones de forma directa respetando los puestos de trabajo y garantías de las madres comunitarias.

En torno al argumento principal esgrimido por el Estado, y basado en el principio de la regla fiscal, de igual manera se queda corto, debido a que muchos de los recursos que demandara la aplicación e implementación del reconocimiento de derechos se encuentran garantizados y en la

actualidad se quedan entre los operadores, intermediarios y especuladores que tienen a cargo la contratación al interior del instituto.” (PEREZ, 2017).

Por otro lado, es del caso resaltar que la prestación del servicio humano en Colombia, tiene tratamiento diferenciado cuando es en el sector particular o en el sector oficial, y por ello de vieja data, la Corte Constitucional, tiene adoctrinado, que la teoría del contrato realidad, no aplica en el sector oficial, pues este último, por mandato constitucional está sometido a un presupuesto que debe determinar el monto de la carga prestacional laboral del mismo, para no desfasarlo y por tanto, solo por ley pueden crearse los cargos, su denominación, funciones y remuneración en el sector oficial y clasificarlos en empleados públicos y trabajadores oficial. Lo que ha dado lugar a la presunción de “la modalidad contractual y no presunción de contrato”. Ver entre otras la sentencia C- 614 del 2009 con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretell

4.6.Tendencias económicas presentes en las decisiones judiciales

La actividad judicial tendiente a la materialización de los derechos sociales –perceptible en un conglomerado de Fallos- y la actividad administrativa de la economía nacional, están en conexión en la medida de que las decisiones de los Jueces generan erogaciones para el erario; esta postura se ha reforzado con la exposición de una triada de Sentencias en las cuales se declaran derechos sociales y, consecuentemente, se ordena al Estado –específicamente, a las Autoridades Administrativas- cubrir las prestaciones reclamadas en los casos en concreto. En el primer fallo (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760/2008) se reconoce el derecho al “acceso a la salud” a un ciudadano y, de acuerdo con esto, se ordena a la Comisión de Regulación de la Salud que adopte un sistema de unificación gradual del sistema de salud colombiano; del mismo modo, en la segunda providencia (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-025/2004) se ordenan

medidas de protección especial a la población desplazada por el conflicto interno; finalmente, en el último caso (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258/2013), se analiza la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 4 de 1992, respecto de los cargos propuestos por los demandantes nombrados como “violación directa al principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución” y “(del) principio de sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política”; al respecto, la Corte decidió la inexequibilidad de algunas de las expresiones de la norma acusada y la exequibilidad de las restantes; sin embargo, lo importante de resaltar aquí es que manifestó en la parte resolutoria que “quienes tienen a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones decretadas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 deberán en el marco de su competencia tomar las medidas encaminadas para hacer efectivo el presente fallo”, ordenando tácitamente erogaciones para las Entidades de tipo administrativas. Corresponde ahora analizar si los Fallos Judiciales están empapados por tendencias económicas, tales, como el populismo, el asistencialismo y el redistribucionismo.

La importancia de este análisis radica en que si se logra percibir una tendencia económica estable en la práctica judicial se podrán establecer, en virtud del principio de seguridad judicial, criterios fijos para el litigio; dicho de otra manera, estos criterios, podrán servir para predecir la manera como los jueces van a fallar en un caso en concreto. Conviene recordar que la seguridad jurídica es un principio del Derecho que se basa en la certeza del ordenamiento jurídico, tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación, y que significa que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, ordenado o permitido por el judicial (GALLEGO MARÍN, 2012); este ha sido reconocido por la Corte Constitucional (C-250/2012) como un refuerzo del principio de igualdad consagrado en la Constitución (art., 13), pues ante los mismos hechos el juez debe fallar igual a como ya lo han hecho sus predecesores, o, como cita el adagio latino, “a igual

razón, igual derecho” (‘Ubideam ratio, edem ius’), y, por lo tanto, se le atribuye rango superior en el ordenamiento jurídico. Desde esta óptica, el análisis propuesto se justifica pues constituye una herramienta para la práctica judicial, a través de la cual, como se vio en el primer acápite, se construye la Filosofía del Derecho.

A. Populismo

Para los efectos propuestos es necesario definir las tendencias económicas expuestas por la doctrina; a saber, el populismo, el asistencialismo y el redistribucionismo (CANOSA USERA, 1993). El populismo, en cuanto tendencia económica, es una corriente ideológica que sostiene la reivindicación del rol del Estado como defensor de los intereses de la generalidad de una población a través de la seguridad social con el fin de lograr la justicia social y el Estado de bienestar. Al respecto cita LÓPEZ RODRÍGUEZ (2011):

[...] Resulta factible construir un concepto de populismo desde una vertiente económica. Dicho concepto permitiría combinar, no sólo la principal motivación que impulsa a los proyectos populistas: la equidad social, entendida ésta como una mejora continuada de la distribución del ingreso y de aquellas áreas que afectan con mayor intensidad a las clases más desfavorecidas (salud, educación y seguridad), sino los principales aspectos de las políticas fiscales que desarrollan: expansión del gasto público, incremento en la intervención estatal, ausencia de políticas de financiación sostenibles en el largo plazo y minimización del papel del sector privado en la economía.

Lo anterior, sin embargo, no agota las posibilidades de un concepto totalizador del populismo que agrupe a la dimensión económica con las dimensiones de lo político y lo social. El comportamiento económico y el proceso de diseño y ejecución de las políticas públicas, entre las que resalta, la política fiscal, y la justificación de estos aspectos en la búsqueda de mayor equidad social, constituye una de los rasgos que dinamiza el ideario político y los postulados de cambio social de los gobiernos populistas. De ello, la importancia de un concepto de populismo desde una vertiente económica (LÓPEZ RODRÍGUEZ, 2011, pág. 9)

En la anterior cita, se pueden percibir algunas características del populismo; a saber (i) la equidad social es entendida como una mejora continuada de la distribución del ingreso y de aquellas áreas que afectan con mayor intensidad a las clases más desfavorecidas, a su vez (ii) la implementación de políticas fiscales basadas en la expansión del gasto público, el incremento en la intervención estatal, y la ausencia de políticas de financiación sostenibles en el largo plazo y minimización del papel del sector privado en la economía. Ahora bien; como definir es mostrar las notas características de un concepto, podemos definir el populismo a través de estas características, como una tendencia o afición a lo popular en lo referente a la política; en términos más sencillos, como una inclinación de las autoridades a actuar conforme a lo que ‘la mayoría’ considera pertinente, con independencia de que existan o no razones que lo justifiquen.

A.A. Populismo negativo

Definido el concepto de “populismo” es procedente afirmar que este ha sido comprendido de manera negativa y positiva (LÓPEZ RODRÍGUEZ, 2011). En su acepción negativa, el populismo o “derechismo” (GAMBONE, 2009) se refiere al uso de medidas de gobierno destinadas a ganar la simpatía de la población, especialmente si esta posee derecho a voto, aún a costa de tomar medidas contrarias a la realidad estatal. No obstante, a pesar de las características antiestatales que pueda presentar, su principal objetivo es preservar el poder y la hegemonía política a través de la popularidad entre las masas. En este sentido, afirma la doctrina que sectores socialistas y comunistas han utilizado el término “populista” para definir a sus Gobiernos que, aun favoreciendo a los sectores populares (especialmente a la clase proletaria), no tienen el objetivo de terminar con el sistema capitalista (LÓPEZ RODRÍGUEZ, 2011). Al respecto SARLO (2011) sostiene que:

La crisis de la representación política es una condición necesaria pero no una condición suficiente del populismo. Para completar el cuadro de situación es preciso introducir otro factor: una «crisis

en las alturas» a través de la que emerge y gana protagonismo un liderazgo que se postula eficazmente como un liderazgo alternativo y ajeno a la clase política existente. Es él quien, en definitiva, explota las virtualidades de la crisis de representación y lo hace articulando las demandas insatisfechas, el resentimiento político, los sentimientos de marginación, con un discurso que los unifica y llama al rescate de la soberanía popular expropiada por el establecimiento partidario para movilizarla contra un enemigo cuyo perfil concreto si bien varía según el momento histórico —«la oligarquía», «la plutocracia», «los extranjeros»— siempre remite a quienes son contruidos como responsables del malestar social y político que experimenta «el pueblo». En su versión más completa, el populismo comporta entonces una operación de sutura de la crisis de representación por medio de un cambio en los términos del discurso, la constitución de nuevas identidades y el reordenamiento del espacio político con la introducción de una escisión extra-institucional (pág. 149).

Así las cosas, se puede determinar que una práctica es populista en sentido negativo cuando, ante la ausencia de valoración de la opinión del pueblo en las actividades estatales, que presentan los intereses de las clases económicamente más bajas (el proletariado), consideradas como una mayoría con intereses homogéneos autoevidentes que no requerirían así del pluralismo político, destruyendo la posibilidad del disenso político y del crecimiento económico por vías privadas, como contrarios a los de las más altas (la burguesía), en tanto fomentadoras de la actividad económica privada.

A.B. Populismo positivo

No obstante lo anterior, también existe una acepción positiva del populismo —pese a que la más conocida sea la negativa— entendida como la ideología que pretende que el pueblo —por ejemplo, los campesinos, obreros, pequeños empresarios y los profesionales trabajadores— sea quien ostente el poder en los estados democráticos, en contra así de las clases dominantes (GAMBONE, 2009). Siguiendo esta línea de argumentación, los movimientos de este tipo se han

basado en las ideas políticas de la cultura autóctona sin necesariamente reivindicar el nacionalismo, y oponiéndose de manera permanente al imperialismo:

El ‘populismo’ es un término que al igual que ‘liberal’, ‘socialista’ o ‘conservador’ puede significar casi cualquier cosa. Es un término que varía de acuerdo a quien lo expresa. Es frecuentemente usado peyorativamente y ligado al término ‘derechismo’. Sin embargo, como todas las palabras que han sido manipuladas por la prensa o descalificada por los académicos, el ‘populismo’ tiene un significado preciso [...] La más exacta definición sería la de un movimiento del pueblo (granjeros, obreros, autónomos y pequeños empresarios) que se oponen al gobierno y a las élites corporativas. Como expresión del pueblo (y no de las élites, sean éstas de derecha o de izquierda), el movimiento es socialmente conservador; que se preocupa por la preservación de los valores ‘tradicionales’, la familia, la comunidad.

El populismo es una filosofía política transversal que desafía las tradicionales dicotomías ideológicas entre burgués/obrero e izquierda/derecha... El capitalismo cosmopolita y las élites burocráticas son vistas como una amenaza para el ‘pueblo’, es decir, como elementos alógenos que no comprenden sus verdaderas necesidades e intereses. El populismo es también un amplio movimiento que trasciende las divisiones de clase, raciales y geográficas. Está basado en el apoyo voluntario, las ideas políticas nacidas de la cultura autóctona y elementos de ideologías políticas más formales que entran en diálogo con el populismo solo hasta el punto de que estas ideologías han calado profundamente en la cultura popular (GAMBONE, 2009).

Conforme con lo anterior, se consideran prácticas populistas en sentido positivo aquellas que promueven el desarrollo de la clase obrera para intentar igualarla a la situación de la burguesía a través de la defensa de la democracia directa, la descentralización del poder administrativo, la comarcalización, el derecho a veto y el uso del referéndum.

B. Populismo judicial

Hasta aquí se ha definido el concepto de populismo general y su acepción negativa y positiva; sin embargo, esta elaboración se ha construido sobre la base de la política y específicamente de la economía. Atendiendo a que el propósito de este acápite es determinar si existe algún tipo de populismo en las líneas argumentativas utilizadas por los fallos judiciales (especialmente en los referenciados al inicio del capítulo, Vr.g. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencias T-760/2008; T-025/2004 y C-258/2013) es el momento de determinar ¿en qué consistiría el populismo judicial?

Se dijo que el populismo se divide en dos acepciones; la positiva y la negativa. Ambas opciones se materializan, como se vio, en prácticas de las autoridades –legislativas, ejecutivas y judiciales- aunque lo que ocupa en este momento es la de los jueces. En sentido positivo, el populismo consistiría en que los jueces utilicen líneas argumentativas tendientes a igualar la situación de las clases menos favorecidas con las más favorecidas. Se podría pensar, desde esta lógica, que el Juez en un Estado Social de Derecho es un funcionario populista en sentido positivo pues se encarga de “mejorar las penurias de las poblaciones menos favorecidas” (CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-426/1992); sin embargo, como se expuso más arriba, una de las características generales del populismo es la reivindicación del rol del Estado como defensor de los intereses de la generalidad de una población a través de una tendencia de las autoridades a actuar conforme a lo que “la mayoría” considera pertinente, con independencia de que existan o no razones que lo justifiquen (esto, también, en relación con el objetivo del populismo de mantenerse en el poder de cualquier manera). Siguiendo esta línea argumentativa, el Juez, como se analizó en el acápite introductorio, está limitado por la ley al momento de proferir sus providencias, por lo tanto, no puede imponer una ideología populista en sus decisiones sin razones

que la justifiquen; así mismo, no tiene interés en mantenerse en su cargo, pues la función judicial, cuando se ha accedido a ella por medio del concurso de méritos, es permanente hasta la edad de jubilación. Las mismas razones, al desvertebrar la posibilidad judicial general de populismo, sirven para negar la posibilidad de que existan prácticas populistas en sentido negativo.

2.4. Redistribucionismo

Otra de las tendencias económicas actuales es el llamado redistribucionismo; esta ideología concibe la realidad a partir de una concepción social igualitarista, que sostiene que el capitalismo funciona bajo una forma de reproducción de condiciones materiales que plantean una oposición entre el capital y el trabajo (HERMANN-HOPPE, 2014). Al respecto sostiene DE JOUVENEL (2009) que:

El redistribucionismo comenzó con la creencia de que unos tenían muy poco y otros demasiado y para expresarlo más claramente dos fórmulas toman cuerpo espontáneamente. A la primera podríamos llamar objetiva, y a la segunda subjetiva. La objetiva se basa en el estilo de vida decente por debajo del cual nadie debería caer y por encima del cual solo unos tipos de vida dentro de un margen serían aceptables. La subjetiva no se basa en una noción objetiva del bien, sino en lo que toscamente podría describirse así: “el rico sentiría menos la pérdida que el pobre la ganancia”, o más toscamente aún, como que una determinada pérdida de renta significaría menos para el más rico que la consecuente ganancia económica para el pobre (págs. 73,74).

2.4.1. Imposibilidad de redistribucionismo judicial

Conforme con lo anterior, la ideología redistribucionista surge por la desigualdad social y se basa en “quitar” al “rico” un poco de lo que tiene y dárselo al “pobre”. Esta ideología, aunque pintoresca desde el punto de vista político por recordar las historias de Robin Hood, desde el punto de vista jurídico no tienen validez, más cuando se ha precisado que la actividad del juristas –y por

autonomasia del juez- consiste en determinar lo que le corresponde a cada persona en una relación social conforme al análisis de un título. Precisamente, en los fallos estudiados se acudió a un título natural –los derechos fundamentales de las personas- para generar erogaciones para el Estado; sin embargo, estas no son hechas porque se considere el Estado un “rico” o “burgues” sino por el pacto social que lo creo, en virtud del cual debe amparar por satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

2.5. Asistencialismo

Por asistencialismo, en cuanto ideología política y económica con posibles efectos en las líneas argumentativas de los operadores judiciales, se define como una actitud orientada a resolver problemas sociales a partir de la asistencia externa en lugar de generar soluciones estructurales. Como se percibe, la característica central de esta ideología es la prestación de asistencia externa en un caso en concreto. “El asistencialismo se limita a abastecer las necesidades básicas de la población sin ejercer un mayor cambio sobre la realidad existente, y generando algún grado de dependencia entre los programas y los usuarios” (FUENTES DESTARAC, 2008, pág. 9). Por lo anterior, es correcto afirmar que esta ideología económica es la acción o conjunto de acciones que llevan a cabo las instituciones estatales con la finalidad de prestar socorro, favor o ayuda a individuos o grupos de individuos en condiciones de desprotección o de vulnerabilidad, de manera temporal o permanente.

3.3.1. Asistencialismo vs. Subsidiaridad

Junto con el concepto de asistencialismo se erige el de subsidiariedad; aunque ambos son principios determinantes de la actividad estatal, a su vez, tienen diferencias sustanciales entre sí. Mientras que el principio de subsidiariedad se postula como “el motor del Estado social” ya que ayuda a coordinar las acciones de la sociedad con miras al bien común (ARIZMENDÍ POSADA, 2001), el asistencialismo limita las capacidades del ser humano al proveer los servicios sin llegar

a la solución de los problemas sociales. Señala ARIZMENDI POSADA (2001) que el llamado principio de subsidiariedad hace parte del derecho natural y es uno de los que tiene mayor importancia en una comprensión social del Estado. Al respecto señala:

Los que gobiernan deben proteger la comunidad y los individuos que la forman. A los gobiernos les ha confiado la naturaleza la conservación de la comunidad, de tal manera, que esta protección o custodia del público bienestar no es sólo la ley suprema, sino el fin único (pág. 10).

Conforme con esto, el Estado social debe funcionar con base en la subsidiariedad, de forma que se ayude a las personas residentes en el territorio nacional a llegar a un desarrollo humano real, pero brindando herramientas para que ellos mismos por sus medios y capacidades lo logren:

El principio de la acción supletoria y subsidiaria de Estado en los campos que le son propios e indispensables para la realización del bien común, cuanta con estos elementos constitutivos: la justicia social, la libertad, la seguridad, la paz, la solidaridad. Por lo cual son objetivos permanentes del Estado, que ha de intervenir tanto cuanto sea necesario en su búsqueda (ARIZMENDÍ POSADA, 2001, pág. 16)

Así mismo;

Todo influjo social debe por naturaleza prestar auxilio a los miembros del cuerpo social, nunca absorberlos y destruirlos [...] el Estado tiene el derecho a intervenir cuando situaciones particulares de monopolio creen obstáculos al desarrollo. Pero, además, puede ejercer funciones de suplencia en situaciones excepcionales, cuando sectores sociales o sistemas de empresas demasiado débiles o en vías de formación, sean inadecuados para su cometido (ARIZMENDÍ POSADA, 2001, pág. 23).

Así las cosas, el principio de subsidiariedad en el Estado Social de Derecho se erige como una ayuda y un acompañamiento, en el entendido que hay muchos sectores que por sus propios medios no

pueden surgir y necesitan de un impulso. En consecuencia, involucra un predominio de los aspectos sociales de la economía sobre sus aspectos individuales. A su vez, este principio se traduce en una serie de prácticas enmarcadas por el neoliberalismo tendientes a la habilitación de las condiciones para que las personas puedan acceder a los servicios con los cuales se ha de satisfacer sus derechos económicos; se trata de medidas como la prohibición y sanción de los monopolios, la promoción y colaboración en el desarrollo de la actividad económica de los particulares, y la implementación de sistemas tributarios y políticas de gasto social tendientes a la estabilidad monetaria. De allí que, el principio de subsidiariedad “es un criterio sólido para la realización de procesos de desconcentración del poder y delegación de las funciones entre los varios niveles de autoridad al interior de las entidades estatales” (ARIZMENDÍ POSADA, 2001, pág. 8).

En consecuencia, el asistencialismo, en cuanto priva a un grupo de orden inferior de sus competencias y habilidades, ya que si le brinda todo lo que necesita sin permitir que se esfuerce en obtenerlo por sí mismo, es contrario al principio de subsidiariedad que constituye cimiento del Estado Social, cuyo raigambre se encuentra en el artículo primero de la Constitución. Es correcto afirmar que en vigencia del Estado Social –y consecuentemente, del principio de subsidiariedad- debe haber tanta acción de la sociedad como sea posible y tanta acción del Estado como sea necesario para el logro del bien común; dicho en otros términos, el Estado ha de intervenir siempre que sea necesario para regular y redistribuir, pero debe fomentar una actuación autónoma de la sociedad para que ésta empiece a desenvolverse sola. Aquí surge la gran diferencia con el asistencialismo, en el que hay poca acción de la sociedad y una gran actuación del Estado. MALDONADO (2000) afirma:

El gran reto que constituye la subsidiariedad es la adecuación de organización, unidades, planes y políticas que correspondan a la flexibilidad y la transformación, más o menos acelerada, de la vida de las sociedades y de sus organizaciones y estructuras [...] el sentido íntegro de la subsidiariedad como un problema administrativo, político y jurídico, pero además ecológico y social. En el que hay una generación y ampliación de las condiciones efectivas que permitan el desarrollo de la ciudadanía y de la vida en comunidad (2000, pág. 54).

En el entendido de lo anterior, es lógico afirmar que la actividad estatal debe valerse de herramientas para la consecución del bien común; en sentido contrario, se debe erradicar las prácticas contrarias a este objetivo. Al respecto ALAYÓN (1980) afirmó que: “si creemos que la mera implementación de algunas actividades de bienestar social, sin apuntar a la erradicación de las causas profundas del atraso y la dependencia, es la “fórmula” y la panacea para solucionar los problemas sociales, estaremos sin duda inmersos en el cretinismo del asistencialismo” (1980, pág. 86). Desde esta óptica, Colombia tiene un claro problema de asistencialismo en estrategias de acción social.

La anterior idea se refuerza en las sentencias analizadas en este capítulo pues como bien se afirmó, en todas se reconocen derechos sociales y consecuentes erogaciones para el Estado a favor de las personas que solicitan la protección, pero no se mencionan estrategias para la solución de los problemas estructurales que llevan a la desprotección de los derechos, dejándole esta tarea al Órgano Político (Congreso). Otro ejemplo, con el fin de reforzar esta afirmación, es el ya mencionada del programa de “Madres Comunitarias”, a cuyos miembros, el poder judicial concedió una mensualidad en razón a que estas personas brindan apoyo a las madres más pobres del país; con esta decisión, tácitamente se volvió dependientes del bono que les reconocen a las

señoras y, paralelamente, se produjo una posición negativa pues ya no hacen uso de sus capacidades para conseguir ingresos.

3.3.2 Tendencia asistencialista de los fallos judiciales

Se puede apreciar que los fallos de la Corte Constitucional referenciados en este acápite tienen una tendencia asistencialista; esto se comprueba en la misma apreciación que da origen a este trabajo, según la cual, los fallos judiciales que reconocen derechos sociales generan erogaciones para el Estado, pero no interfiere con soluciones estructurales de los problemas sociales. El apreciado Lector se podría preocupar, pues si algo quedó claro, líneas atrás, es que el asistencialismo resulta nocivo para la economía de un Estado. Sin embargo, debe tranquilizarse por dos razones; primera, porque en este trabajo se habla del asistencialismo como práctica judicial y no como política estatal, segunda, porque en el Estado la implementación de políticas económicas es un asunto que le corresponde al Ejecutivo y al Legislativo, en este sentido, la tarea de los jueces se sintetiza en el reconocimiento del ius – del derecho- en una relación social concreta (V.gr. en el contrato de trabajo, en la compraventa, en el matrimonio, etc.). Conviene ocuparse especialmente de la primera razón, pues la segunda ya fue expuesta en el primer capítulo dedicado al realismo jurídico clásico y sin embargo, será más desarrollado en el capítulo de “aportes para la solución del problema”.

Como bien se ha dicho, la política estatal actual es la que corresponde a la del Estado Social de Derecho, y con ella el principio de subsidiaridad. Esta debe orientar la actividad de las autoridades; sin embargo, dentro del Estado las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, son plenamente diferenciables, cada una tiene sus atribuciones y deberes. Desde esta lógica, el judicial se reduce a declarar el derecho y a solucionar conflictos concretos que se ponen en su conocimiento; no ha imponer mejores estructuras sociales o a mejorar las penurias de la población en general (sólo busca estos efectos en quienes acuden a ella), de esto se encarga el Legislativo y el Ejecutivo.

Queda en consecuencia probado que en las líneas argumentativas de los órganos judiciales colombianos impera el asistencialismo en cuanto tendencia económica y que esta situación no vulnera el Estado Social de Derecho sino que es consideración directa de la actividad filosófica del jurista –‘dar a cada cual lo suyo’-.

5. APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO

Al inicio de este documento se analizó el papel de los jueces en el Estado Social de Derecho; se dijo que estos cumplen una tarea fundamental en el mismo, pues se encargan, ni más ni menos, que de materializar la protección de las personas a través del reconocimiento de derechos. También se afirmó que los fallos judiciales, consecuentemente, generan erogaciones de tipo económico para el Estado que muchas veces no son posibles de cumplir ante la ausencia de recursos; piénsese de nuevo en el ejemplo del fallo de tutela en el cual se le concedía un salario mínimo a las 50.000 madres comunitarias que trabajan en el territorio nacional; como se manifestó en su momento, el Ministro de Hacienda insinuó que esta decisión no podía materializarse inmediatamente, sino que el judicial debía conceder plazos para incorporarla en el presupuesto nacional. A partir de esta situación, se planteó el problema de la posibilidad o no de limitar a los jueces en sus fallos para que el contenido de los mismos este sujeto a la existencia de los recursos económicos respecto de las entidades accionadas.

Posteriormente, se habló de la existencia de una filosofía del Derecho que estaba muy acorde con los postulados teóricos del Estado Social de Derecho; se trata del Realismo Jurídico Clásico como fórmula de solución del problema mencionado líneas atrás. Esta teoría de la justicia y del Derecho, elaborada a partir del análisis del oficio del jurista, postula la necesidad de cambiar el pensamiento formalista en la interpretación de la ciencia jurídica y, consecuentemente, la lucha

por el logro de una justicia real. A su vez, como se aclaró en su momento, la Corte Constitucional afirmó en reiterados fallos que la inclusión de la formula política del artículo primero de la constitución busca que en el Estado, a partir del reconocimiento de la dignidad humana, se logre la justicia material. Hallada la relación entre esta teoría y la fórmula política, se procedió a exponer un marco teórico respecto a la interpretación constitucional y el análisis del Derecho respecto a la economía. De esta exposición se puede concluir que la ciencia jurídica debe desarrollar su objeto de estudio con la ayuda de otras ciencias como la economía, sin embargo, no por eso pierde su independencia, pues su método, tendiente a determinar lo justo y lo injusto en las relaciones sociales, es único, no se comparte con otro sistema organizado de conocimientos. Llega ahora el momento para hablar de las conclusiones de este esfuerzo teórico: se aspira a que con estas se presente una hipótesis de solución del problema esbozado.

A los jueces no se les puede limitar a fallar conforme a la existencia de recursos económicos en el Estado, por dos razones a saber; porque el Juez es independiente al momento de fallar, con la única anotación de que sus decisiones deben estar basadas en el respeto de la ley y porque el manejo de los recursos económicos corresponde a las funciones ejecutiva y legislativa, mientras que la función judicial se encarga netamente de declarar derechos conforme a los hechos que se ponen en su conocimiento y solucionar conflictos, dicho desde la óptica de la filosofía elegida para responder el problema, el jurista solo se encarga de determinar lo justo – es decir, el derecho- en las relaciones sociales, finalmente, porque el espíritu protector y defensor de la justicia real implícito en la formula política del Estado Social de Derecho, debe irradiar la práctica judicial.

Las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales dentro del Estado son plenamente diferenciables; la primera, como se dijo, se encarga, principalmente, de crear, modificar y derogar

normas; entre tanto, la ejecutiva, de administrar los recursos del Estado para el cumplimiento de la ley y finalmente, la judicial, de dirimir conflictos aplicando la ley y declarar derechos conforme a los hechos que se ponen en su conocimiento. Desde esta lógica, la actividad de los jueces, al ser plenamente diferenciable de la actividad de los demás funcionarios del Estado, es autónoma; así lo expresó el Constituyente de 1991 cuando aseveró que “los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley” (C. Pol. art., 230) y también que “[...] [sus] decisiones son independientes [...]” (art., 228). Así las cosas, el Ejecutivo no puede someter a los jueces a fallar conforme a sus políticas de gobierno –recordemos que mientras que los primeros son elegidos por sus proyectos por el pueblo, los segundos son posicionados simplemente por su conocimiento de la ciencia jurídica y su experiencia en el terreno judicial-, por el contrario, debe cumplir a cabalidad y de la manera más perfecta el contenido de las Decisiones Judiciales.

El lector podría desanimarse pensando que esta tesina ha caído en error al separar tan drásticamente la función Ejecutiva de la Judicial; pero esta división se somete a la lógica de la práctica judicial pues cuando el Gobierno, las Entidades, las Alcaldías etc., deben invertir parte de su presupuesto en el cumplimiento de los fallos judiciales, no es por una cuestión caridad o simple liberalidad, sino por una cuestión de justicia, pues a través de un proceso algún funcionario judicial llegó a la conclusión de que el Estado estaba incumpliendo sus obligaciones enmarcadas por la fórmula del Estado Social de Derecho y desde esta lógica lo condenó a cumplir con su filosofía de existencia, así mismo, si no existiera esta separación con tendencia a afirmar la autonomía de los jueces, se hablaría de que el accionado judicial –el Estado o sus entidades- tiene la posibilidad de “aconsejar” al juez como fallar, lo cual no es lógico en ningún proceso, esto equivaldría a insinuar que es el Órgano Ejecutivo quien en últimas declara el derecho –lo justo- en una situación concreta.

Por otra parte; tomando de apoyo también en la drástica separación de las funciones de los jueces y la de las autoridades administrativas y legisladores, se puede afirmar que las decisiones de los jueces no deben atender a la existencia o no de recursos al momento de emitir sus fallos. Esto se percibe en que el manejo de los recursos corresponde al Ejecutivo, mientras que la declaración de derechos –cosas justas- es tarea de los Jueces; ambas orientadas por el Estado Social de Derecho. El alcance de esta apreciación es que al Ejecutivo le corresponde dentro de sus tareas pagar las erogaciones que los jueces en justicia determinaron como derecho. No tienen estos una posibilidad distinta pues el incumplimiento de una orden judicial, prevista como de posible cumplimiento por parte del juez, tiene consecuencias jurídicas negativas para el actor –V.gr. El desacato de una decisión judicial genera consecuencias penales-.

La tarea del Juez, en el marco del Estado Social de Derecho, es materializar las declaraciones formales de derechos expresadas en la Ley – por eso se dice que están sujetos a la Ley-, es decir, este se encarga de que las normas del Estado efectivamente se cumplan y no se queden solo escritas en los Códigos, Leyes, Contratos etc. A partir de esta noción, los funcionarios judiciales deben interpretar la Constitución y fallar de una manera garantista. Conforme con esto, es claro que la respuesta al problema planteado es la negación de limitaciones a los jueces en su actividad con respecto a la existencia de recursos en el Estado.

Siguiendo esta línea de argumentación, se pudo observar que los Fallos Judiciales tienen la posibilidad de ser analizados dentro de las tendencias económicas Estatales, pues existe una relación intrínseca entre los primeros y estas, en el sentido de que las decisiones que reconocen derechos económicos generan erogaciones para el Estado. A su vez, que la tendencia perceptible en las líneas argumentativas usadas por los órganos judiciales –específicamente en las

providencias expuestas- es hacia el asistencialismo; es decir, a la solución de problemas concretos dejando de lado las soluciones estructurales. Sin embargo, en su momento se aclaró que esto no representa un problema para el desarrollo de las actividades estatales pues la función filosófica del Juez es, conforme a la definición de justicia como ‘dar a cada cual lo suyo’, determinar que es ‘lo suyo’, ‘lo justo’ o ‘el derecho’ en una relación social concreta. En este sentido, corresponde a los órganos legislativos y judiciales propugnar por la solución de problemas estructurales dirigidos por la búsqueda del bien común.

Se retiró conclusión de voto de Carvajalino, conforme a lo sugerido.

Así mismo, ya es hora que en el Estado colombiano se entronice, como principio democrático, el respeto y la obediencia de la destinación social del recaudo del impuesto, como opera en los países desarrollados, mediante fondos bien administrados con expectativa de crecimiento a través de políticas de inversión rentable, para atender únicamente los fines para lo cual se hizo el recaudo, y no para que el funcionario o los funcionarios que los administran, los manejen a su antojo, al estilo tienda de barrio, con destinaciones diferentes. Ante lo cual se necesita una verdadera política de control interno con responsabilidad administrativa y penal sobre su verdadera destinación.

BIBLIOGRAFÍA

(Se Incluyó nueva bibliografía de los textos sobre realismo jurídico anglosajón...)

- FRANK, J. (2001). *Derecho e incertidumbre*. México, D.F.: Fontamara.
- ABRAMOVICH, V., & COURTIS, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- ALAYÓN, N. (1980). El asistencialismo en la política social y en el trabajo social. *Revista Acción Crítica*, 56-100.
- ALEXY, R. (2006). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales.
- ANGULO BOSSA, J. (2004). *Las instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Bogotá: Editorial Leyer.
- ARISTÓTELES. (2010). *Ética a Nicómaco*. Buenos Aires: Editorial El Ateneo.
- ARIZMENDÍ POSADA, O. (2001). El principio de subsidiariedad y el problema de las fronteras del Estado y la sociedad civil. *Revista Dikaión*, 11,24.
- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES. (2005). *La Corte y los derechos: un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*. México: Editorial Siglo Veintiuno.
- BARRAONDO LÓPEZ, M. (2012). *Los derechos humanos en la globalización: mecanismos de garantía y protección*. Madrid: Editorial Alberdania SL.
- BOBBIO, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México: Ediciones Porrúa.
- CANOSA USERA, R. (1993). *Interpretación constitucional y forma política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARDESÍN, J. (2001). Enseñando al hombre blanco, abogando por la justicia india. Un contexto antropológico político para The Cheyenne Way de Llewellyn y Hoebel. *Prehistoria No.* 5, 29-54.
- CARDOZO, B. (2004). *La Naturaleza de la Función Judicial*. Granada : Editorial Comares.
- CASADO, L. (2008). *Diccionario de Derecho*. Buenos Aires: Valleta Ediciones.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. (23 de Julio de 2010). *Gaceta 451*. Obtenido de Exposición de motivos Acto Legislativo sobre sostenibilidad fiscal (hoy Acto Legislativo 03 de 2011): http://serviciospub.sic.gov.co/~oparra/serv_57/SISPI/Consultas/cgacetapdf.php

- Daniel, J., Davis, J., Fouand, M., & Van Rijckeghem, C. (2006). *Ajustes para la estabilidad y el crecimiento*. Washington: Fondo Monetario Internacional.
- DÁVILA, C. (2017). *Introducción a la Filosofía del Derecho. Metafísicas del Derecho*. Bogotá: Leyer.
- DE JOUVENEL, B. (2009). *La ética de la redistribución*. Madrid: Ediciones Encuentro.
- DE OTTO, I. (1998). *Derecho Constitucional*. Madrid: Ariel.
- DURÁN, J. (2010). *Introducción a la filosofía del derecho: una concepción convivente e integradora del derecho*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- FASSÓ, G. (1988). *Historia de la Filosofía del Derecho*. Madrid: Pirámide.
- FERRAJOLI, L. (2002). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERRER MACGREGOR, E. (2010). *El control difuso de constitucionalidad en el Estado constitucional*. México: Ediciones Universidad Autónoma de México.
- FUENTES DESTARAC, M. (2008). *¿Asistencialismo o inversión social?* Guatemala: Aldea Global.
- GALLEGO MARÍN, C. (2012). El concepto de seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho. *Revista de la Universidad de Caldas*, 70-90.
- GAMBONE, L. (17 de Marzo de 2009). *El verdadero rostro del populismo*. Obtenido de Angelfire: <http://www.angelfire.com/folk/celtiberia/populismo.html>
- GARCÍA MORENTE, M. (2010). *Lecciones preliminares de filosofía*. México: Editorial Porrúa.
- GARGARELLA, R. (2011). *Constitucionalismo dialógico*. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad de Buenos Aires.
- GAY BOCHACA, J. (2004). *Curso de Filosofía*. Madrid: Ediciones Rialp SA.
- GÓMEZ SIERRA, F. (2010). *Constitución Política de Colombia: anotada*. Bogotá: Editorial Leyer.
- GONZÁLEZ-DÍAZ-LOMBARDO, X. (2004). *Compendio de historia del derecho del Estado*. México: Limusa: Noriega Editores.
- GUERRERO VINUEZA, Á. (2012). La sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. *Criterio Jurídico*. Vol. 12. Núm. 1, 79-126.
- HÄBERLE, P. (1997). *La libertad fundamental en el Estado Constitucional*. Lima: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Perú.

- HAGERSTROM, A., & Sandin, T. (1964). *Philosophy and Religion. Traducción al ingles.* Londres: George Allen & Unwin Limited.
- HENAO HIDRÓN, J. (2014). *Panorama del Derecho Constitucional Colombiano.* Bogotá: Editorial Temis.
- HERMANN-HOPPE, H. (2014). *Economía y ética de la propiedad privada.* Londres: Innisfree.
- HERVADA XIBERTA, J. (1989). *Cuatro lecciones de Derecho Natural (parte especial).* Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra (EUNSA).
- HERVADA XIBERTA, J. (2000). *Lecciones propédeuticas de Filosofía del Derecho.* Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra (EUNSA).
- HERVADA XIBERTA, J. (2004). *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico clásico.* Bogotá: Editorial Temis.
- HERVADA, J. (1988). Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico. *Díkaion (Vol. II), Universidad de la Sabana.*
- HITTERS, J. (2009). *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación.* México: Ediciones de la Universidad Autónoma de México.
- KELSEN, H. (2008). *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- KELSEN, H., & GASIO, G. (1995). *¿Quién es el defensor de la Constitución?* Madrid: Editorial Tecnos.
- LACHANCE, L. (1948). *Le concept de droit selon Aristote et Saint Thomas.* Paris: Ediciones Montréal.
- LEÓN GÓMEZ, A. (2006). *La aplicación judicial de los tratados internacionales.* Bogotá: Editores Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- LLEWELLYN, K. (1931). *Some Realism about Realism Responding to Dean Pound.* Cambridge: Harvard Law Review.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2002). *El derecho de los jueces.* Bogotá: Editorial Legis & Universidad de los Andes.
- LÓPEZ MEDINA, D. (2016). *Eslabones del derecho.* Bogotá: Editorial Legis.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. (2011). *La política fiscal de los gobiernos populistas latinoamericanos: entre la internacionalidad política y la viabilidad económica.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOZANO, I., & CABRERA, E. (2009). Una nota sobre la sostenibilidad fiscal y el nexo entre los ingresos y gastos del Gobierno Colombiano. *Borradores de Economía.* Núm. 579., 1-26.

- MALDONADO CATAÑEDA, C. (2000). *Derechos Humanos, solidaridad y subsidiariedad*. Bogotá: Instituto de Humanidades de la Universidad de la Sabana.
- MEDINA ROMERO, M. (2012). El Derecho Administrativo y el análisis económico: consideraciones preliminares para el caso de México. *Anuario Jurídico y Económico Escurialisense*. Núm. XLV., 235-258.
- NUNVALLE. (8 de Junio de 1995). Sin plata para cumplir con una tutela en Nariño. *El Tiempo*, págs. 11-12.
- OLIVECRONA, K. (1980). *El Derecho como hecho*. Barcelona: Labor Universitaria.
- PÉREZ LUÑO, A. (1983). La fundamentación de los Derechos Humanos. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* Núm. 35, 8-65.
- PÉREZ VILLA, J. (2005). *Derecho Constitucional general y Colombiano*. Bogotá: Editorial Leyer.
- PEREZ, L. (30 de Enero de 2017). *Dilema Laboral de las madres comunitarias en Colombia*. Recuperado el 01 de Mayo de 2017, de Las Dos Orillas: <https://www.las2orillas.co/dilema-laboral-las-madres-comunitarias-colombia/>
- POSNER, R. (2005). *Análisis económico del derecho en el common law, en el sistema romano-germánico y en las naciones en desarrollo*. Bogotá: Editorial Temis.
- POUND, R. (1938). *The Formative Era of American Law*. Boston: Little, Brown and Company.
- POUND, R. (1963). *The Spirit of the Common Law*. Boston: Beacon Press.
- POUND, R. (2004). *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*. Granada: Comares.
- QUINCHE RAMÍREZ, M. (2013). *El control de constitucionalidad*. Bogotá: Ediciones de la Universidad del Rosario.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (21 de Junio de 2016). *Diccionarios*. Obtenido de Diccionarios de la lengua española: <http://dle.rae.es/>
- RESTREPO ESCOLA, R. (1997). *Teoría del Estado*. Pamplona: Ediciones de la Univerisdad de Navarra (EUNSA).
- ROSS, A. (1970). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- ROUSSEAU, J. J. (1984). *El contrato social*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- SÁNCHEZ, C. (17 de Junio de 2013). Aseguraría recursos para tutelas impagables. *El Nuevo Siglo*, pág. 7.
- SARLO, B. (2011). *Audacia y cálculo*. Buenos Aires: Editorial Suramericana.

SORIA VERDE, M. Á. (2011). *Psicología jurídica: un enfoque criminológico*. Barcelona: Delta Publicaciones.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA. (2003). Características que identifican y constituyen la particularidad del programa de derecho de la Universidad Católica de Colombia. *Philosophica Juris*, 5-29.

VILLEY, M. (1983). *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona: Ediciones de la Universidad de Navarra (EUNSA).

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-426 de 1992*. M.P: GAVIRIA DÍAZ, C.

- *Sentencia T-008 de 1992*. M.P: MORÓN DÍAZ, F.
- *Sentencia T-406 de 1992*. M.P: ANGÁRITA VARÓN, C.
- *Sentencia T-518 de 1998*. M.P: CIFUENTES MUÑOZ, E.
- *Sentencia T-025 de 2004*. M.P: CEPEDA ESPINOSA, M.
- *Sentencia T-760 de 2008*. M.P: CEPEDA ESPINOSA, M.
- *Sentencia T - 397 de 2009*. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
- *Sentencia T-264 de 2009*. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- *Sentencia C-170 de 1995*. M.P: NARANJO MESA, V.
- *Sentencia C- 250 de 2012*. M.P: SIERRA PORTO, H.
- *Sentencia C-415 de 2012*. M.P: GONZÁLEZ CUERVO, M.
- *Sentencia C-238 de 2012*. M.P: PINILLA PINILLA, N.
- *Sentencia C-258 de 2013*. M.P: PRETELT CHALJUB, J.
- *Sentencia T-743 de 2013*. M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- *Sentencia SU-1184 de 2001*. M.P: MONTEALEGRE, E.
- *Sentencia C-538 de 2016*. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- *Sentencia C-084 de 2016*. M.P: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
- *Sentencia C-154 de 2016*. M.P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
- *Sentencia T-480 del 2016*. M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS

CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Sentencia del veinticinco (25) de noviembre de dos mil catorce (2014). Radicado: 25000-23-26-000-1999-00002-05. M.P: GIL BOTERO, E.

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, Sala Laboral. *Sentencia del seis (6) de mayo de dos mil dieciséis (2016).* Expediente No. 11001-31-05-033-2015-00249-01. M.P: CAGUASANGO, D.

JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN. *Sentencia del cinco (5) de noviembre de dos mil trece (2013),* Radicado No.: 2013- 0121.