

# La “intervención judicial de la economía”: ¿es compatible con el mercado y con la democracia?<sup>1</sup>

Profesor Bernardo Gaitán Quijano, *in memoriam*

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE<sup>2</sup>

## RESUMEN

Algunos jueces en Colombia, en el último cuarto de siglo, han adquirido un rol inusitado en la economía, a partir de una discutible interpretación del alcance de la cláusula del Estado Social de Derecho. El texto muestra el divorcio entre lo que la Constitución dispone en materia económica y lo que ciertas decisiones judiciales ordenan.

**Palabras clave:** Constitucionalización del Derecho, Estado Social de Derecho, libertad económica, leyes de intervención económica, principio de legalidad presupuestal, fallos estructurales, tridivisión del poder.

“THE JUDICIAL INTERVENTION OF THE ECONOMY”: IS IT CONSISTENT WITH THE MARKET AND DEMOCRACY?

## ABSTRACT

In the last quarter-century, some Colombian judges have gained an unusual role in the economy based on a questionable interpretation and extent of the clause of Social Rule

- 1 Fecha de recepción: 12 de abril de 2018. Fecha de aceptación: 15 de junio de 2018. Para citar el artículo: SÁNCHEZ LUQUE, G. (2018). “La ‘intervención judicial de la economía’: ¿es compatible con el mercado y con la democracia?”, en *Revista Con-texto*, n.º 49, pp. 105-134. DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n49.06>
- 2 Profesor de Derecho Constitucional del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y de la Pontificia Universidad Javeriana. Docente del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Ha sido titular del curso de Derecho administrativo de la Universidad Nacional de Colombia. Actualmente es Magistrado del Consejo de Estado. Correo-e: [gsanchezluque@yahoo.fr](mailto:gsanchezluque@yahoo.fr)

of Law. This text shows the rupture between what the Constitution stipulates in economic matters, and what certain judicial decisions have ordered.

**Keywords:** Constitutionalization of Law, Social Rule of Law, economic freedom, economic intervention Law, Structural failures, principle of legal Budget, Three-Way separation of power.

### INTRODUCCIÓN<sup>3</sup>

Un rasgo distintivo de este cuarto de siglo de vigencia de la Constitución de 1991 ha sido la denominada "constitucionalización" del Derecho. Un fenómeno positivo para muchos: la Constitución –ese texto antes lejano y distante– se ha acercado a la gente del común; los distintos ramos del Derecho se han "impregnado" de los principios y valores de un constitucionalismo garantista; los preceptos constitucionales, especialmente los referidos a derechos de contenido económico y social, antes programáticos, han pasado a ser disposiciones exigibles gracias a la labor judicial.

En fin, se dice, estamos ante un "nuevo Derecho"<sup>4</sup>, que ha sabido "privilegiar" la parte dogmática de la Constitución (principios, valores y derechos) sobre una concepción "formalista" y "decimonónica" anclada en una perspectiva meramente "orgánica". En resumen: de una eficacia apenas simbólica del Derecho, se ha pasado a una eficacia real y tangible.

Una mirada distinta de estos veinticinco años revela otro panorama: hay una exagerada invocación de la Constitución en todo tipo de controversia, jurídica o no. La ley ha venido perdiendo su fuerza reguladora de la convivencia social y, en contrapartida, la Constitución también está dejando su contenido de regla suprema del ordenamiento. Cuando todo es constitucional... ¡nada es constitucional!

Quizás más que una constitucionalización del Derecho, lo que en realidad se ha dado es una "judicialización" de la convivencia. Al tradicional reglamentarismo constitucional insulso que ha signado estos dos siglos de vida republicana (Constituciones exhaustivas, agotadoras, casuistas, detalladas...), se ha añadido un fenómeno más complejo: todo asunto –sin importar su naturaleza– puede hoy en día llegar a ser ventilado ante los jueces.

De esta "judicialización" de la vida social no ha sido ajeno el ámbito económico. Un asunto que, aunque cuenta con una regulación muy completa y articulada en la Carta de 1991<sup>[5]</sup>,

3 Conferencia dictada en el XII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional "Balance a 25 años de jurisprudencia", en Pasto (Nariño, Colombia), el 28 de septiembre de 2017, se publica con la amable autorización de sus organizadores. Agradezco muy especialmente a mis colegas Ángela Rueda, Juan Felipe Baene, Perla Molina, Andrea López, María Alexandra Ortiz y Max Rodríguez por su colaboración en la consulta y organización de algunas de las fuentes bibliográficas; a Margarita Forero, Carolina Moyano, lo mismo que a Margarita Forero, Carolina Moyano, Fabricio Mantilla, Miguel Polo y Santiago García por sus valiosos comentarios.

4 Para MARCO AURELIO, todo es desde siempre del mismo género, que se atiene a ciclos, sin que haya diferencia entre si es en cien años o en doscientos o en un tiempo por determinar que se verá de nuevo lo mismo (tomado del Prólogo del profesor FABRICIO MANTILLA a CORRAL TALCIANI, *Estudios sobre contratos y obligaciones*, Bogotá, Ibáñez, 2016).

5 Son muchos los asuntos que son tratados con cierto grado de detalle por la Constitución en materia

en la denominada "Constitución Económica"<sup>6</sup>, tiene un desarrollo distinto en múltiples decisiones judiciales. Asistimos a una suerte de constitucionalismo judicial paralelo, que ha diseñado un marco jurídico diferente al adoptado por el Constituyente. El afán de materializar los fines del Estado ha relegado a un segundo plano el rol fundamental de toda Constitución: el reparto básico del poder. El de ser esa competencia de las competencias.

Sin haber superado el fetichismo legalista (la ley como panacea), ni el fetichismo constitucional (la Constitución, remedio para todos los males), la vía que parece imponerse ahora es una suerte de fetichismo jurisprudencial (las decisiones judiciales como respuesta a problemas estructurales y mecanismo de transformación de la sociedad). Una justicia que en aras de lograr la materialización de los cometidos sociales del

económica. El rol determinante del Estado aparece en temas como los tributos (Arts. 95-9, 150-12, 154, 215, 294, 287-3, 300-3, 313-4, 362, 363 CN); la distribución de competencias y recursos, el sistema general de participaciones y el régimen de regalías (Arts. 287-4, 356 a 364 CN); las limitaciones al derecho a la propiedad: reserva estatal del subsuelo (Art. 332 CN), declaración de extinción de dominio (Art. 34 CN), la ocupación temporal en casos de guerra (Art. 59 CN), las condiciones especiales de enajenación de bienes inmuebles con el fin de preservar el patrimonio cultural de San Andrés (Art. 310 CN), la reglamentación de los usos del suelo (Art. 313-7 CN), el establecimiento de monopolios como arbitrios rentísticos (Art. 336 CN) y la expropiación (Art. 58 CN). También están las leyes "programa" de planeación económica, esa aplicación de la racionalidad a la actividad económica que se descompone en programas sectoriales, proyectos y unidades de obra (Arts. 150-3, 151, 154, 200-3 y 339-344 CN); las leyes de facultades extraordinarias (150-10 CN); los estados de excepción en especial el de emergencia económica (Art. 215 CN) y la técnica de leyes "marco", "generales" o "cuadro" que regulan el ejercicio de competencias económicas del gobierno y, al hacerlo, fijan directrices, principios, orientaciones en el sentido de una política, en materias tan determinantes como deuda pública, el comercio exterior, la relación entre la moneda nacional y las divisas, el régimen aduanero, la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y el régimen de prestaciones sociales mínimas de los trabajadores oficiales, las actividades financiera, bursátil y aseguradora y otras relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados por el público. Así mismo, están las funciones de inspección, vigilancia y control (Arts. 15, 150-8, 189-22, 189-24, 189-26, 372 in fine; 333 inc. 3º, 370, etc.); el régimen monetario (Arts. 150-13, 150-22, 371 a 373 CN); la función pública autónoma de control fiscal (Arts. 117, 119, 267 a 274 CN); la constitución ecológica (Arts. 8, 58, 79, 82, 95.8, 313.7 CN); las reglas generales de contratación pública (Art. 90, 150-9, 150-14, 150 in fine y 189-23, 211, 266, 295, 300.9, 313.3, 352 CN); la prohibición de decretar auxilios (Arts. 136-4 y 315 CN) y la regulación económica que emana de las autoridades administrativas (370, 371 CN). Los derechos de contenido económico y social son el capítulo central del constitucionalismo social, estrechamente vinculados al mandato dinámico de igualdad del Artículo 13 CN: derecho a la asistencia pública (Arts. 44, 46 y 47 CN), el derecho a la seguridad social (Art. 48 CN), el derecho a la salud (Arts. 49 y 50 CN), el derecho a la vivienda digna (Art. 51 CN), el derecho a la recreación (Art. 52 CN), entre otros. Hay otros derechos con contenido económico: *habeas data* (Art. 15 CN), reconocimiento de la personalidad jurídica (Art. 14 CN), el derecho al reconocimiento a la dignidad humana, el derecho a la libre expresión y difusión de pensamientos (Art. 20 CN), el derecho al trabajo en condiciones justas (Art. 25 CN) básico en todo proceso productivo, el derecho que lo complementa: la libertad de escoger profesión y oficio (Art. 26 CN), el derecho a la formación, ejercicio y control del poder político (Arts. 40 y 103 y ss. CN) y la vigilancia de la gestión pública (Art. 270 CN). Asuntos todos en que en su definición juega un rol determinante el legislador, dentro de un amplio margen de apreciación, como lo ha señalado la Corte Constitucional.

6 Vid. BREWER CARÍAS, ALAN, "Reflexiones sobre la constitución económica", en VVAA, *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Civitas, 1991, tomo V, pp. 3840 y ss.; BASSOLS COMA, MARTÍN, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos, 1988 y ARIÑO ORTIZ, GASPAR y otros, *Principios de Derecho Público Económico*, Madrid-Bogotá y Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, 2003.

Estado puede arrogarse competencias que no posee, pues la parte "orgánica" debe ceder a los enunciados "dogmáticos".

La Constitución, como Código que es—de los asuntos fundamentales del ordenamiento jurídico, esto es, de los que sirven justamente de cimiento o fundamento al Estado—, debe ser considerada en su conjunto, pues cada título, cada capítulo y cada artículo que la componen, no pueden ser aplicados ni interpretados aislada o insularmente.

Cada una de las partes del texto constitucional hace parte de un todo y, por ello, debe buscarse la correspondencia y armonía entre ellas. Un estudio compartimentado de la Constitución, donde unas partes—arbitrariamente definidas caso por caso— valen más que otras, no solo constituye una lectura incompleta, sino que puede convertirse en un camino hacia una peligrosa y antidemocrática concentración de funciones.

La aplicación de la teoría económica en la explicación del Derecho—que es el rasgo definitorio del análisis económico del Derecho— AED— no es realmente una novedad en el ámbito de la cultura jurídica occidental, como algunos afirman. Este texto no pretende interpretar económicamente el Derecho, ni subrayar que el sistema jurídico debe tener como fin la eficiencia económica, como plantea la doctrina clásica de *law and economics*<sup>7</sup>. Tampoco nos proponemos ver el Derecho como un objeto de estudio desde el punto de vista económico. Acá no analizaremos las normas desde los presupuestos de la teoría económica. La originalidad, según Gaudí, es volver al origen. La originalidad de este documento será regresar a la siempre estrecha relación entre Economía y Derecho.

Como advierte CARNELUTTI, la propiedad es un fenómeno económico antes que jurídico. No en vano se trata de palabras que tienen una base próxima: Economía viene del griego *oikos* que quiere decir casa y dominio viene del latín *dominium* que, a su vez, viene de *domus*, que quiere decir casa. Y el hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuando ha tomado algo que le sirve para satisfacer una necesidad, quiere retenerlo para sí. Y el contrato, como la propiedad, es un fenómeno económico antes de ser jurídico: es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes<sup>8</sup>.

La Economía antecede al Derecho, y no al revés. Y respecto de aquella, el Derecho es apenas un instrumento. Por eso, más que relecturas del Derecho desde categorías económicas, hay que estudiar la Economía y sus difíciles relaciones con el Derecho. Habría que reformular esa disciplina tan de moda para hablar de un "análisis jurídico de la Economía": de la aplicación de la teoría jurídica en el ámbito de la Economía. No deberían sorprendernos las estrechas y—a la vez— difíciles relaciones entre Derecho y Economía.

Con la perspectiva sentada, el texto pretende presentar esa dualidad de Constituciones en materia económica: la diseñada por el Constituyente de 1991 y la que se ha venido perfilando de manera paralela a partir de decisiones judiciales. La primera parte de este texto se dedicará a presentar el rol determinante que la Constitución ha asignado al binomio legislador-administración, por una parte, en la definición y, por otra, en los presupuestos para poderlas llevar a cabo. En la segunda, se estudiarán esos nuevos

7 Cfr. POSNER, RICHARD, *Economic analysis of law*, Little Brown and Company, Boston y Toronto, 1973.

8 CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Temis, 2000, pp. 9-12.

roles que se ha autoasignado el juez en la Economía, en el diseño y control de políticas públicas y en la asignación de gasto público.

## 1. ECONOMÍA Y LEY EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

Si los actos económicos tienen por objeto satisfacer las necesidades materiales de las personas, habrá que reconocer que Economía y Derecho son dos hermanos que van de la mano. Pero la hermana mayor es, sin duda, la Economía. Primero, está la necesidad y, luego, el medio jurídico para satisfacerla: a las "leyes naturales" del mercado (oferta y demanda) les dará forma el contrato, sin duda una de las instituciones más importantes del Derecho. La participación en la actividad económica se rige por sus propias "leyes", por ejemplo, la ley de los rendimientos marginales decrecientes, la ley de costos decrecientes; la primera y segunda leyes de Gossen (utilidad decreciente); en fin, las "leyes naturales" de la demanda y, su contrapartida, de la oferta. Esa mano invisible que, según Smith, es la interacción del interés individual y la competencia. Pero, la Economía en nuestro país –según la Constitución– no solo se rige por las leyes del mercado, sino también por el Derecho objetivo que emana de la soberanía del Estado. Y la regla fundamental que adoptó el constituyente se puede sintetizar así: solo por excepción puede la ley delimitar el alcance de la libertad económica, como pasa a verse.

### 1.1. Intervención de la Economía y ley en el Estado social de Derecho

La Economía es el estudio de las actividades que, con dinero o sin él, implican transacciones de intercambio entre las personas y, por ello, estudia cómo el hombre y la sociedad emplean los recursos escasos que pueden ser usados alternativamente para producir diferentes bienes y distribuirlos para el consumo presente y futuro entre distintas personas o grupos sociales, y analiza los costos y beneficios de perfeccionar los modelos de aplicación de recursos<sup>9</sup>.

Si la Economía es el estudio de la manera como las personas y la sociedad terminan por elegir el empleo de recursos productivos escasos<sup>10</sup>, economía y libertad, en democracia, van de la mano. En efecto, la libertad económica, conocida en el siglo XIX como libertad de comercio e industria<sup>11</sup>, uno de los elementos definidores del régimen económico previsto en nuestra Constitución, tiene múltiples manifestaciones<sup>12</sup>: la libertad de empresa (fundamento de la actividad particular), la libertad de competencia (derecho a participar en la actividad económica sin ser discriminado) y los derechos de los consumidores.

La libertad entendida como la plenitud de hacer cada cual su antojo –recordaba el rector FERNANDO HINESTROSA– jamás ha existido y tampoco es concebible una libertad completa, entendida como un poder blanco que solamente se vería limitado por el

9 SAMUELSON, PAUL A., *Economía*, México, McGraw-Hill, 1984, p. 2.

10 *Ibíd.*

11 MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN, *Derecho administrativo económico I*, Madrid, La Ley, 1988, p. 128.

12 DE LAUBADÈRE, ANDRÉ, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, 1979 p. 192.

aparecimiento del derecho ajeno, aserto para cuya demostración habría que comenzar recordando que el negocio jurídico es una figura social, cuya administración y empleo, igual que su exposición doctrinaria, parten –y tienen que partir– de la experiencia, que se inicia con la presencia de un código cultural común y de una prudencia y providencia grandes de las gentes<sup>13</sup>. Si rastreamos sus orígenes, y despojamos la materia de las especulaciones ideológicas, un importante antecedente de la intervención del Estado en la economía lo encontramos en el Derecho romano, cuando se comenzó a codificar las decisiones de los pretores<sup>14</sup>, para darle así seguridad jurídica a las relaciones económicas.

Por eso podríamos decir que muchas reglas del Código Civil –tributarias del Derecho romano-, en tanto normas jurídicas, comenzando por la que dota de fuerza vinculante al Contrato (*lex contractus o lex inter partes*, Art.1602 C.C.), son de alguna manera disposiciones que intervienen la Economía. En efecto, conforme a la teoría normativa del contrato, este –como la ley– es fuente de Derecho objetivo, al facultar a los particulares a crear reglas para regir sus intercambios económicos. Y el código entra en juego bien con un marcado acento supletivo, ya por la vía de normas de orden público<sup>15</sup>.

Pero hay más. Entre nosotros, durante el régimen colonial, la metrópoli intervenía totalmente la economía de sus colonias desde la Casa de contratación de Sevilla<sup>16</sup>. No había libertad de mercado y solo se podía comerciar con España. Después, a mediados del siglo XIX, el Olimpo radical –dentro del proceso de “descolonización”– desmanteló el sistema económico y fiscal colonial e introdujo el librecambismo, al que se opondrán las sociedades democráticas (de artesanos).

De alguna manera, el “silencio” de la Constitución de 1886 en materia económica configuraba una genuina “Constitución económica”, esta sí claramente neutra, que defería al legislador la definición del papel del Estado en estas materias. La legislación –civil, mercantil y laboral, por ejemplo– gozaba de una verdadera libertad de configuración, que hoy no permiten los textos reglamentaristas de la Constitución. Una indefinición constitucional genuina que permitía al legislador –dotado de más flexibilidad– adoptar las disposiciones respectivas.

Ahora, como ya se indicó, la autonomía negocial no ha sido libérrima. Las partes no pueden a su antojo pactar lo que quieran. Los artículos 6, 16, 1519 y 1523 del C.C. sancionan, nada menos que con objeto ilícito, todo pacto contrario a Derecho. Regla

13 HINESTROSA, FERNANDO, “Función, límites y cargas de la autonomía privada”, en *Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá, Universidad Externado, 1986, pp. 12 y ss.

14 Proceso que bien podría decirse que comenzó con ADRIANO, quien comisionó al jurista SALVIO JULIANO para dar una redacción definitiva a las reglas y procedimientos edictales de tiempos anteriores. Cumplida que es la obra codificadora, conocida con el nombre de Edicto perpetuo –*edictum perpetuum*–, se pone fin al laboreo secular del pretor (IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Barcelona, Ariel, 1993, p. 33). Dicha revisión tuvo como efecto acabar con la función creadora de nuevo derecho que hasta entonces tuvo el edicto como fuente de derecho, puesto que quedó permanentemente fijado (ÁLVAREZ CORREA, EDUARDO, *Curso de Derecho romano*, Bogotá, Pluma universitaria, 1979, p. 99).

15 Art. 16 C.C. No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

16 “La Real Hacienda chupa, literalmente, la sangre de la economía americana” CABALLERO ESCOBAR, ENRIQUE, *Historia Económica de Colombia*, Bogotá, Oveja Negra, 1986, p. 53.

retomada por los artículos 104, 105 y 899 del C.C. Igual sucede con la libertad de asociación<sup>17</sup> que, como toda libertad, no es absoluta y su ejercicio debe encauzarse dentro del marco constitucional y legal, como ya lo destacaba el juez constitucional en vigencia de la anterior Constitución de 1886<sup>[18]</sup>.

Sin embargo, para muchos será KEYNES, padre de la teoría macroeconómica, quien concibió el intervencionismo estatal al afirmar que si la economía capitalista es obra de humanos, también puede ser controlada por estos, siempre y cuando se conozcan las relaciones causales y asociativas que existan entre sus variables más importantes: si el Estado tiene los tres monopolios más determinantes (impuestos, gasto público y de impresión del dinero), el Estado debe intervenir la economía buscando un fin social: invertir<sup>19</sup>.

Así, el *Welfare State* –hijo del *New Deal*–, de la mano de KEYNES, surgió de la crisis de los años 30 del siglo XX, que puso en entredicho el capitalismo. Al convertir al Estado en motor regulador de los desequilibrios económicos, perfiló una particular forma de intervención económica<sup>20</sup>.

Otros estiman que apareció unos años atrás. Hace un siglo, en 1918, en toda Europa despierta una tendencia a buscar la intervención del Estado –con teorías con fuerte componente jurídico como la de los servicios públicos– y se dijo que el Estado debía entrar (intervenir) en la economía y regular la propiedad privada y socializar los medios de producción.

El Estado del bienestar –cuyo origen algunos remontan a la sociedad fabiana– busca a toda costa la igualdad social y económica. De la mano de COLE, LASKI y LINDSAY, el laborista ATLEE impuso el Estado del bienestar en Inglaterra –después de la Segunda Guerra Mundial– a través de la nacionalización de las empresas, mediante la expropiación. Entre nosotros, el populismo latinoamericano de corte peronista pregonó también un intervencionismo de Estado. No faltan los que lo remontan a Bismark.

Cualquiera sea su génesis, lo cierto es que, si el Estado es lo que hace, en el modelo social el Estado debe ejercer una acción constante a través de la legislación y de la administración que realice la idea social del Derecho<sup>21</sup>: un salto a un Estado del bienestar, esto es, predominantemente administrativo o de prestaciones o, quizás, o como dice GARCÍA PELAYO, un Estado *manager*<sup>22</sup>. En otros términos, supone agregar un componente social adicionado al Estado de Derecho, y como tal lo hace responsable de un programa de transformaciones económicas y sociales.

17 Cfr. Artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención americana o Pacto de San José sobre derechos humanos, Artículo 16 de la Ley 16 de 1972 y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 22 de la Ley 74 de 1968.

18 Corte Suprema de Justicia, sentencias de 17 de febrero y 16 de junio de 1976, M.P.: EUSTORGIO SARRIA.

19 KEYNES, JOHN MAYNARD, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México, Fondo de Cultura Económica, 1965.

20 KEYNES, JOHN MAYNARD, *The end of laissez-faire*, BN Publishing, 2009.

21 GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1995, p. 56.

22 *Ibid.*, p. 36.

Ahora, salvo FORSTHOFF<sup>23</sup> –quien afirma que Estado de derecho y Estado social de Derecho son ideas antitéticas que no se pueden hermanar–, la doctrina dominante estima que el Estado social no deja de ser de Derecho. Para autores como Abendroth<sup>24</sup>, DOEHRING<sup>25</sup>, BACHOF<sup>26</sup>, GARCÍA PELAYO<sup>27</sup> y PÉREZ LUÑO<sup>28</sup>, la cláusula Estado social de Derecho no renuncia a las garantías jurídico formales del Estado de derecho (particularmente la división de poderes y el principio de legalidad<sup>29</sup>), ni tampoco a sus garantías materiales (la ley como expresión de la voluntad general –principio democrático– y la reserva de ley como principal garantía de la libertad).

La fórmula Estado social no renuncia, pues, al Estado de Derecho, tan solo le da a este un contenido económico y social<sup>30</sup>. El Estado Social de Derecho no solo no niega los valores básicos del Estado democrático liberal, sino que pretende hacerlos más efectivos dándoles una base y un contenido material<sup>31</sup>, lo que incluye el deber de asistencia social (vía subsidios, por ejemplo). En definitiva, no son dos conceptos contradictorios, sino dos dimensiones o momentos del Estado de Derecho<sup>32</sup>.

Entre nosotros, las reformas constitucionales de 1936<sup>[33]</sup>, de 1945<sup>[34]</sup> y de

- 23 FORSTHOFF, ERNST, "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en VVAA, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 69 y ss.
- 24 ABENDROTH, WOLFGANG, "El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político" en VVAA, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 9 y ss.
- 25 DOEHRING, KARL, "Estado social, Estado de Derecho y orden democrático" en VVAA, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 9 y ss.
- 26 BACHOF, OTTO, *Jueces y constitución*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 42-43.
- 27 GARCÍA PELAYO, *op. cit.*, p. 17.
- 28 PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1995, pp. 212 y ss.
- 29 El propio HELLER, en su clásico texto "¿Estado de Derecho o dictadura?", aseguró que sin las seguridades propias del Estado de Derecho contra detenciones y condenas arbitrarias por parte de jueces dependientes de un Dictador, sin el principio de la legalidad de la administración, la burguesía no puede espiritual ni económicamente vivir (HELLER, HERMANN, *Escritos políticos*, Madrid, Alianza Universidad, 1985, p. 299). ZAGREBELSKY, a pesar de plantear una clara reivindicación de un Derecho construido a partir de principios y valores, concluyó que si el Derecho no se respetase, tal vez tendríamos un Estado más constitucional, pero desde luego ya no un Estado constitucional democrático (ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El Derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2002, p. 153).
- 30 GARCÍA PELAYO, *op. cit.* p. 17.
- 31 *Ibid.* p. 26.
- 32 *Ibid.* p. 54.
- 33 Fuertemente influida por la Constitución de WEIMAR, la Constitución española de 1931, la centenario Constitución de Querétaro de 1917 y, claro está, el solidarismo de LÉON DUGUIT, dispuso que el Estado podía intervenir por medio de leyes en la explotación de las industrias y empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho. Un rol determinante tuvo el Maestro ECHANDÍA, quien en el proceso de discusión dijo que una cosa es echar discursos y otra es decir en dos palabras, expresar un precepto, o hacer una prohibición, o dar una orden, que sí van a aumentar los poderes del Estado frente al individuo; mucho más que todos esos discursos sobre protección al trabajo, vale un artículo muy corto presentado por el gobierno, que dice que el Estado podrá intervenir en la economía privada (TIRADO MEJÍA, ÁLVARO y VELÁSQUEZ, MAGDALA, *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá, Oveja Negra, 1982, p. 19).
- 34 Esta importante reforma llevada a cabo en la segunda administración de LÓPEZ PUMAREJO, para muchos el complemento práctico de la de 1936, dispuso que solamente mediante planes y programas previamente aprobados por la ley preexistente puede el Congreso decretar las obras que hayan de emprenderse o



1968<sup>[35]</sup> introdujeron el constitucionalismo social y la intervención del Estado en la economía. La Constitución de 1991, al adoptar un esquema de economía social de mercado erigió a la libertad económica como uno de sus pilares, pero al mismo tiempo previó un esquema intervencionista no solo para garantizar a los distintos agentes económicos el acceso al mercado, sino también para proteger a la colectividad de los excesos en que podría caer el sistema económico, dada la asimetría real de las relaciones. Y en ese papel correctivo juega un rol determinante la ley.

En efecto, en el Estado social de Derecho, la ley, a más de cumplir el rol tradicional de reguladora de la vida social como exteriorización del principio democrático (y por ello manda, prohíbe, permite o castiga como señala el Art. 4 del Código Civil), se ocupa también de la formulación de políticas públicas, aunque por razones de orden técnico juegue un rol determinante el gobierno y, por ello, la legislación material toma muchas veces forma de decretos y leyes marco y la mayor parte de los proyectos de ley en estos temas, sean de iniciativa privativa del Gobierno<sup>36</sup> (arts. 154 CN y 152 LOC).

Si el mercado es la fuerza implícita que hace mover la economía, desde el punto de vista jurídico es la libertad. El sistema económico en democracia exige libertad de empresa, que convive con la competencia. Y son varios derechos de libertad los que están en juego en las relaciones económicas. En primer lugar, el derecho de libre asociación (Art. 38 CN), especialmente en su faceta positiva, esto es, la atribución o facultad de fundar, integrar, desarrollar o disolver voluntariamente distintas formas asociativas con el objeto de alcanzar un propósito definido (entre los múltiples posibles está el económico)<sup>37</sup>, como en su faceta negativa implica que nadie pueda ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada.

continuarse y fomentar la economía nacional y las empresas útiles o benéficas. En el informe de Comisión para segundo debate de ese acto reformativo revela que se buscó permitir la acción del gobierno en materia de intervención, pues hasta entonces solo podía llevarse por medio de leyes, como lo determinó la Corte Suprema de Justicia, lo cual a juicio de sus autores no es posible ya que el legislador no puede fijar todos los pormenores de todas las complejas regulaciones jurídicas que requiere un acto cualquiera de intervención en la vida económica. De ahí la fórmula "por mandato de la ley", de modo que el legislador únicamente consignará los lineamientos generales de la intervención y al Ejecutivo corresponderán las reglamentaciones indispensables para hacerlas operar debidamente (Anales de la Cámara de Representantes, 22 de noviembre de 1944, n.º 20, p. 217).

35 Fortaleció a la rama ejecutiva en materia económica y dispuso una planificación técnica que subordinaba toda la actuación estatal, tanto en el orden nacional como territorial. Como advierte el profesor Vidal Perdomo, si bien la planeación había sido instalada en nuestras instituciones por la reforma de 1936 y la de 1945 lo complementó hablando de planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, no se convirtieron en leyes las iniciativas de planeación, como el plan decenal de desarrollo del gobierno ALBERTO LLERAS. Por ello, esta reforma de 1968 dispuso con claridad que la fijación de los planes y programas se dejara a la competencia del legislador (VIDAL PERDOMO, JAIME, *Historia de reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2009, pp. 262 y ss.).

36 GARCÍA PELAYO, *op. cit.* p. 39.

37 Ya previsto en el Acto Legislativo n.º 1 de 1936, Artículo 20 (Artículo 44 de la CN de 1886) y en los Arts. 633 y siguientes del Código Civil y Art. 27 de la Ley 153 de 1887.

La libertad de empresa integra, a su vez, varias "sublibertades"<sup>38</sup>: la libertad de inversión, esto es, el derecho a establecerse o de instalarse dentro de los límites del bien común (Art. 333 CN); la libertad de organización o creación de empresas, esto es, la facultad de ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de "emprender" actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; libertad de acceso al mercado<sup>39</sup> o libertad de entrada y la libertad de contratación o libertad negocial que supone la facultad de elegir proveedores y clientes.

Un mercado en libre competencia exige la protección constitucional de la libertad económica, que beneficia tanto a los agentes económicos –en tanto no debe haber obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad lícita– como a los consumidores, principales beneficiarios de la competencia<sup>40</sup>. Un mercado que no solo debe mirarse en el contexto nacional o interno, sino que también debe hacerse en el contexto internacional, porque el Estado debe promover la internacionalización de la economía (Art. 226 CN) y la integración económica con los demás países latinoamericanos (art. 27 CN).

Sin embargo, la razón de ser del mercado no es su existencia misma, sino que debe ser un mecanismo orientado a la asignación eficiente de bienes y servicios necesarios para todos los habitantes del territorio nacional. De tal manera que el ejercicio de esas libertades, conforme a nuestra Constitución, impone una intervención eficaz del Estado. Pero –como en democracia– las decisiones económicas esenciales de la sociedad y del individuo no pueden ser adoptadas por una autoridad central (como ocurría en la antigua Unión Soviética), el sistema de mercado lo hace. De ahí que la Constitución sea muy cautelosa para evitar que el Estado se convierta en un obstáculo y no en un facilitador del mercado.

Con esta perspectiva, la Constitución limita la libertad económica y por ello la somete al bien común; le impone una función social a la empresa; le atribuye responsabilidad en el ejercicio de la libre competencia; ordena que la ley delimite su alcance cuando así lo exija el interés social (Art. 333) y manda que el Estado intervenga para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y, de manera especial, para asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (arts. 334 y 366).

Debido a las externalidades propias del mercado, la Constitución prevé un papel directivo del Estado en la economía, que se expresa tradicionalmente en las funciones de policía administrativa: las funciones de regulación (fundamentalmente en cabeza de las comisiones de regulación) así como de inspección, vigilancia y control (usualmente en cabeza de las Superintendencias).

38 DE JUAN ASEÑO, ÓSCAR, *La Constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 154.

39 ARIÑO ORTIZ, *op. cit.*

40 Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Informe de ponencia sobre el régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado*, Ponentes IVÁN MARULANDA, GUILLERMO PERRY, JAIME BENÍTEZ, ANGELINO GARZÓN, TULLIO CUEVAS y GUILLERMO GUERRERO en *Gaceta Constitucional* n.º 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, pp. 7 y ss.

Las funciones de policía administrativa corresponden a un rol de un Estado vigilante de las actividades económicas con el objeto de verificar su sujeción al ordenamiento jurídico. Función represiva, sancionatoria y correctiva, que busca reprimir acciones u omisiones antijurídicas de los vigilados. Derecho correccional que se exterioriza en facultades de inspección, vigilancia y control, es una manifestación del poder de intervención del Estado para la racionalización de la economía<sup>41</sup>.

Pero la tarea del Estado no se limita a ello, sino que impone también la asunción de roles más directos de intervención como son los propios del Estado social de derecho, de imponer unilateralmente decisiones de orden económico a los agentes del mercado. Entre los múltiples mecanismos, se cuentan: monopolios estatales, colectivización de los bienes de producción, asociarse con los particulares para conjuntamente adelantar una actividad económica, establecer los precios o afectar las variables económicas (algo que por supuesto rompe la libre competencia), entre otras modalidades posibles. Y, también desde su finalidad, se pueden presentar distintos tipos de intervención de finalidades puramente fiscales, de políticas y salarios, etc.

En muchos sectores de la economía asegurar un mercado en competencia no basta para garantizar los ambiciosos fines constitucionales que se traza el Estado social de derecho. La intervención del Estado, por instrumentos distintos de los tradicionales de policía administrativa, impone un rol más activo. Intervención económica que se hace a través de distintos mecanismos autorizados por la ley, como la destinación del gasto público a un sector, por ejemplo, mediante el otorgamiento de subsidios a la oferta –inversiones que no se trasladen a la tarifa– o a la demanda –con recursos públicos se ayuda a pagar los consumos– la imposición de tributos y el aprovechamiento de las economías de escala, entre otros.

Como derecho de todos (Arts. 88 y 333 CN), la libertad económica tiene no solo la habitual garantía de la reserva de ley, sino también de una tipología especial: la de intervención económica, con rasgos muy peculiares que se explican en una férrea defensa de la libertad.

Tipología legislativa que impone una regulación detallada de las atribuciones de intervención estatal para promover la libre competencia, impedir prácticas que constituyan competencia desleal o abuso de posición dominante en el mercado, regular situaciones de monopolio natural y asegurar los derechos de los usuarios. Y, por lo mismo, al tratarse de leyes de intervención económica, según lo ordena el numeral 21 del Artículo 150 de la Constitución Nacional, en armonía con el Artículo 334, deben precisar los fines, alcances y los límites a la libertad económica.

Así, por ejemplo, en el ámbito de la prestación de los servicios públicos domiciliarios los instrumentos de intervención estatal, conforme al artículo 3º de la Ley 142 de 1994, son definidos como todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esa ley, en especial las relativas a las siguientes materias: la regulación; la inspección, vigilancia y control; el otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos; la

41 RIVERO ORTEGA, RICARDO, *El Estado vigilante*, Madrid, Tecnos, 2000.

promoción y apoyo a las personas que presten los servicios públicos; la organización de sistemas de información; la protección de los recursos naturales; el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y la gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios<sup>42</sup>.

Instrumentos concebidos, como lo ordena el Artículo 150-21 CN, para el logro de los fines constitucionales y legales, entre los que se destaca la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (art. 366 inc. 2 CN, Art. 2.2 de la Ley 142). Y, por ello, el legislador presta especial cuidado a la asignación de recursos con los que se pretende brindar las condiciones que permitan una igualdad real y efectiva en el acceso a estos servicios. Disposiciones que están en consonancia con el mandato dinámico del Artículo 13 CN, esto es, el logro de una igualdad material a través de la materialización del modelo social de economía de mercado. Intervención que ordena la Constitución, pero que, según ella, se hace por mandato de la ley y se concreta por la administración.

Ahora, la 'solidaridad tarifaria'<sup>43</sup> debe ser expresada a través de una política pública que solo atañe definir al legislador. Y por ello, la concesión de subsidios a los usuarios de menores ingresos, como instrumento de intervención estatal en el mercado, según el numeral 21 del Artículo 150 CN y el numeral 3.7 del Artículo 3 de la Ley 142 de 1994, es regulada en detalle por esa ley (arts. 2.1, 2.8, 2.9, 3.2, 5.3, 11.3, 53 *in fine*, 86 a 104).

Aunque el Artículo 334 CN dispone que el Estado intervendrá "por mandato de la ley", la misma Constitución señala las peculiaridades de ese mandato legal, lo cual impide asimilar la actual intervención a la perfilada en la reforma constitucional de 1945, que usó las mismas expresiones, pero con el propósito de robustecer el rol de la Administración. En efecto, según el numeral 21 del Artículo 150 de la CN, las leyes de intervención económica deben precisar los fines y alcances de la intervención y los límites a la libertad económica.

Un tipo de ley que impone constitucionalmente al legislador la regulación de los más mínimos detalles, y por ello su carácter "reglamentarista", como que suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento. Cumplimiento que atañe exclusivamente a las autoridades de que trata la ley. Y, por ello, los jueces no pueden arrogarse una competencia –de que carecen– para pretender su cumplimiento y menos para diseñar políticas públicas diferentes a las decididas por el representante del pueblo<sup>44</sup>.

42 Algunos, por el contrario, tienen un concepto más restringido de intervención económica estatal y sostienen que intervenir implica exclusivamente el desarrollo de la actividad económica, como sería el caso de la toma de posesión de instituciones financieras. Intervenir, literalmente, significa "venir entre", de modo que se asimilaría al Estado gestor.

43 Cfr. SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en Contexto, *Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, n.º 19, pp. 41 y ss.

44 De acuerdo con la historia fidedigna del establecimiento de esta norma, que revela su exposición de motivos, la norma constitucional exige que los nuevos desarrollos legales, hagan previsión en torno a los fines y alcances de la intervención del Estado en el sector de servicios públicos, así como también

Leyes de intervención económica que están concebidas con ese nivel de detalle para garantizar las múltiples libertades económicas en juego, en especial al usuario, y en últimas brindar seguridad jurídica, presupuesto esencial de toda sociedad y base para relaciones económicas estables.

En una democracia liberal, las leyes fruto de la soberanía estatal deben acomodarse a las leyes naturales de la economía y no viceversa. Porque la economía antecede al Derecho y este no es sino un simple instrumento para facilitar la manera como las personas deciden la forma en que utilizarán los recursos para satisfacer sus necesidades (capital, mano de obra, tierra). El Estado social de Derecho no es sinónimo de planificación central de la economía, propia de un modelo totalitario comunista.

Ahora, como toda política pública, necesita recursos para su materialización. Y un principio bifronte universalmente admitido es base misma de la democracia: el poder de imposición y el poder de definición de presupuestos solo corresponden a las corporaciones públicas de representación popular, como pasa a exponerse.

## 1.2. Gasto público y reserva de ley en el Estado Social de Derecho

El principio de legalidad tributaria tiene una larguísima tradición en el constitucionalismo<sup>45</sup> y se asocia con la idea misma de democracia. Por ello, muchos lo llaman "principio de representación popular en materia tributaria" en cuanto pretende dotar de legitimidad a esa prestación pecuniaria que el Estado impone coercitivamente<sup>46</sup> y que —en últimas— afecta el derecho de propiedad, en cuanto determina el aporte que cada contribuyente hace al financiamiento de los gastos que demanda el cumplimiento de los fines del Estado<sup>47</sup>.

En consonancia con este principio está el de legalidad del gasto, la otra cara de la misma moneda: en tiempo de paz no se puede percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas, ni hacer erogación con cargo al tesoro que no se halle incluida en el de gastos —universalidad— (arts. 150 núms. 11 y 12, 338 y 345 CN).

Mientras la programación, aprobación y modificación compete privativamente a los órganos de representación popular; la ejecución de los presupuestos, por su parte, atañe exclusivamente a la administración y la aprobación de su liquidación, a su vez, corresponde a los órganos de representación popular. Por eso se habla de "competencias alternas". De otro lado, el control de la gestión fiscal compete a la Contraloría, que no puede interferir en la administración. El Gobierno en materia presupuestal queda, pues, sometido al representante del pueblo, pues este no solo lo autoriza a gastar, sino que le hace control en la ejecución.

los límites de tal intervención en relación con el principio de libertad económica consagrado en el Artículo 150, numeral 21 de la Constitución (HOMMES RODRÍGUEZ, RUDOLF *et al.*, Exposición de motivos al Proyecto de Ley 197 de 1992 - Senado, en *Gaceta del Congreso* n.º 162, 17 de noviembre de 1992).

45 Cfr. Cláusula XII de la Carta Magna Libertatum de 1215 y Artículo 14 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

46 FONROUGE, GIULIANI, *Derecho financiero*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 316 y 317.

47 FERREIRO LAPATZA, JOSÉ JUAN, *Curso de Derecho financiero español*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 47.

El principio democrático se traduce en varias expresiones: las erogaciones deben ser previamente decretadas por ley (Art. 346 CN) y deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas (Art. 345 CN). No es constitucionalmente posible ejecutar un gasto (aunque esté previsto en una ley) si no ha sido incluido en la ley de apropiaciones. La ley de apropiaciones es, entonces, el único título de gasto. El presupuesto marca así un límite preciso de la acción fiscal del Gobierno (fuerza restrictiva): el ejecutivo no puede recaudar tributo que no figure en el presupuesto, ni exceder en ninguna cantidad los gastos autorizados que este autorice<sup>48</sup>.

Ahora, la ley de apropiaciones no implica que las partidas forzosamente deban ser ejecutadas por el Gobierno. La decisión de decretar un gasto tiene un fuerte componente político: el Gobierno lo prepara y el Congreso evalúa su incorporación al presupuesto; dos decisiones marcadas por criterios de oportunidad. Una vez decretado el gasto, la decisión de hacerlo dependerá de las prioridades del gasto público y la magnitud de los recursos disponibles. O lo que es igual, una partida incluida en el presupuesto no tiene que ser "irremediamente ejecutada", porque se trata de una autorización máxima de gasto, para que las autoridades administrativas competentes tengan un margen de discrecionalidad<sup>49</sup>.

En otros términos, el presupuesto viene a ser un estimativo de ingresos que se espera recibir en una vigencia fiscal y una autorización máxima de gasto limitativa de la posibilidad de gasto gubernamental, pero los ingresos han de ser obligatoriamente percibidos por el gobierno<sup>50</sup>.

De manera que la Constitución busca someter al Gobierno en materia presupuestal al representante del pueblo, para hacerle control en la ejecución del gasto público. Según este principio democrático, las erogaciones deben ser previamente decretadas por ley (Art. 346 CN) y deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser, efectivamente, realizadas (Art. 345 CN).

Estas dos expresiones del principio de legalidad (tributario y de gasto) —que ha acogido sin excepción nuestro constitucionalismo bicentenario— adquieren mayor importancia en el marco del Estado social de Derecho, en cuanto el Estado asume un programa de transformaciones económicas y sociales en cabeza exclusivamente, según la Constitución, de los órganos de representación popular y, claro está, de la administración en su aplicación. Nadie distinto del Congreso puede modificar la estimación de los gastos previstos en el presupuesto —en virtud del principio democrático<sup>51</sup>—; los ingresos, en cambio, por las inevitables variaciones de los ciclos económicos, pueden resultar inferiores a lo previsto.

Ahora, el ejecutor no puede ser otro que el Gobierno, pues como administrador de la política económica general del Estado ostenta delicadas responsabilidades de orden

48 JARAMILLO, ESTEBAN, *Tratado de ciencia de la Hacienda Pública*, Bogotá, Temis, 1974, p. 494.

49 BETANCUR ESCOBAR, LUIS IGNACIO, "Acciones constitucionales y gasto público", en VV.AA. *Retos y perspectivas del Derecho administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2009, pp. 93 y ss.

50 DUVERGER, MAURICE, *Hacienda Pública*, Barcelona, Bosch, 1968, pp. 180-181.

51 Cfr. TRUJILLO ALFARO, JORGE LUIS, *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2007, p. 208.

macroeconómico. Así, aun teniendo recursos suficientes, es del resorte exclusivo de la administración reducir o aplazar la ejecución de partidas, si advierte, por ejemplo, tendencias inflacionarias.

Como es un instrumento que busca orden, el presupuesto debe ajustarse a las metas macroeconómicas que solo maneja el Gobierno –en coordinación con la Junta Directiva del Banco de la República– dado que ostenta la capacidad técnica y el conocimiento idóneo de la disponibilidad de recursos para asegurar su ejecución y, por ello, la Constitución le asigna el manejo de la política fiscal nacional, como responsable de la política económica y de desarrollo del país. Atribución que, por supuesto, no es arbitraria, sino que está sometida a condiciones muy exigentes, previstas en la normatividad orgánica.

Jurídicamente, el presupuesto es un "acto condición", es decir, un acto sin el cual un órgano del Estado no puede ejercitar su competencia. Si los presupuestos son limitados, no puede ser indiferente la forma como se asignan los recursos públicos a través de subsidios, en tanto estos tienen un enorme impacto en la economía, en la redistribución de ingreso e incluso –indirectamente– en el medioambiente, porque pueden llegar a estimular el despilfarro.

El presupuesto nacional es un instrumento de política pública, el más determinante en cuanto se ocupa de definir qué, cómo y cuánto puede gastar el Gobierno anualmente. Una ley especial (Arts. 150-11 y 346 CN), como son las de intervención económica, pero que a diferencia de estas exige un procedimiento particular para expedición: la programación, elaboración, presentación, aprobación, modificación y ejecución está prevista en la ley orgánica, norma rectora y documento matriz del sistema presupuestal (Art. 151, 349 a 352 CN), a la cual debe sujetarse el Congreso al expedir la ley anual de presupuesto.

Preceptiva orgánica con carácter autolimitante, en tanto señala los procedimientos a los que el Congreso debe sujetarse al expedir los respectivos presupuestos anuales, en orden a homogeneizar y armonizar la materia. Normas que ostentan superior jerarquía desde la Constitución de 1886<sup>[52]</sup>, dado su carácter suprallegal o cuasiconstitucional, y dentro de esta modalidad normativa, la ley orgánica por excelencia es la ley de presupuesto<sup>53</sup>.

De ahí que todo derecho constitucional de desarrollo progresivo solo puede lograr en democracia su materialización con la adopción de medidas de orden económico que permitan su acceso real y efectivo a través de acciones previstas por el legislador y ejecutadas por la Administración. En otros términos, los cometidos sociales del Estado social de Derecho (Art. 1 CN) –que lo distinguen del Estado de Derecho en cuanto a su naturaleza y cometidos<sup>54</sup> y que se logran usualmente con la asignación de subsidios que buscan promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (Art. 13 CN), deben seguir las reglas presupuestales enunciadas y –claro está– estar sometidos a lo reglado por las leyes de intervención económica sectoriales.

52 Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 27 de septiembre de 1971, M.P.: Luis Sarmiento Buitrago.

53 Asamblea Nacional Constituyente, *Ponencia sobre la función legislativa* en Gaceta Constitucional n.º 51, 16 de abril de 1991, p. 3.

54 SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, 'La solidaridad...op. cit.', p. 41.

Ahora, como la administración es y ha sido renuente a cumplir con sus funciones (así sucedía también antes de 1991), ha hecho carrera el recurrir a los jueces para que estos asuman competencias ajenas a su rol constitucional. Y el resultado es que asistimos, no en los textos constitucionales sino en su aplicación, a una intervención judicial de la economía, como pasa a verse.

## 2. JUEZ Y ECONOMÍA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

El Estado es lo que hace<sup>55</sup> y su impacto debe valorarse a partir de sus ejecutorias. En el apartado anterior, quedó claro que es el legislador a quien compete definir las políticas públicas y los recursos para poderlas llevar a cabo, al paso que –según la Constitución– a la administración corresponde materializar dichas políticas. ¿Cuál es el rol, entonces, de los jueces en el diseño de políticas públicas y en materia de ordenación de gasto?

### 2.1 Juez y políticas públicas en el Estado social de Derecho

La expresión “políticas públicas” es atribuida a HAROLD LASSWELL y DANIEL LERNER<sup>56</sup>, quienes a mediados del siglo XX las concibieron como *las opciones más importantes*. El Estado es un medio, un instrumento para cumplir los fines que la sociedad se propone al organizarse jurídicamente mediante una Constitución. Los fines del Estado determinan sus funciones. En un Estado de Derecho, la legislación, la administración y la justicia son modalidades de función pública para el cumplimiento de los fines del Estado y, como tales, son instrumentos de garantía de los derechos, cada una en el ámbito de su competencia: la ley configura los derechos al regular sus límites y alcances; la administración se encarga de cumplir y hacer cumplir la ley, y el juez, al desatar las controversias, aplica e interpreta la ley. En el marco del Estado social de Derecho, las autoridades competentes no solo cumplirán estos cometidos tradicionales, sino que, además, al aumentar sus fines por una agenda ambiciosa de cometidos sociales, el Estado tendrá un rol más activo y, en consecuencia, sus autoridades también.

Así, la función legislativa, como emanación de la voluntad general, ya no es solo el límite liberal al poder y un mandato configurador de las libertades individuales (faceta negativa o de abstención de la reserva de ley), sino que en el Estado social de Derecho también se revela como un mandato programático configurador de los derechos económicos y sociales<sup>57</sup> (faceta positiva de la reserva de ley). La ley adquiere un rol protagónico como definidora de las políticas públicas.

55 LASKI, HAROLD, *A grammar of politics*, New Delhi, Surjeet Publications, 2003.

56 LASSWELL, HAROLD Y LERNER, DANIEL, *The policy sciences: Recent developments in Scope and Methods*, PALO ALTO, Stanford University Press, 1951.

57 Según PICHARD, “los ‘derechos sociales, económicos y culturales’ o ‘derechos a’[...] implican la idea de un crédito que permite exigir a otro un comportamiento y, sobre todo, una prestación. Ese otro puede ser el Estado o, de manera más general, la colectividad, ya sea que se trate de la totalidad o de alguna de sus partes, particularmente apta para soportar esa carga. Ya no se trata, entonces, de un *poder de actuar*, sino



La función administrativa, que por definición es ejecutiva, está encargada —en el Estado Social de Derecho— de la garantía material de esos derechos de contenido económico y social, de poner en ejecución las políticas públicas previamente definidas por el legislador y de prestar los servicios que estén a cargo del Estado.

La función judicial, entre nosotros, no cambia su rol de controladora de la legislación y de la administración (control constitucional y control de legalidad, respectivamente). Y, si bien la función judicial, encargada de la solución de los conflictos, también hace efectivos los derechos caso por caso, en modo alguno —como algunos sostienen— puede llegar a sustituir al legislador en el rol de definición de políticas públicas, ni a la administración en su delicada misión de hacerlas realidad.

Si la defensa de los derechos es la razón del Estado (Art. 2 CN) y todas las autoridades (legislativas, administrativas y judiciales) tienen dentro del ámbito de sus competencias un papel de garante de los mismos, ninguna de ellas puede arrogarse el monopolio de la garantía de los fines del Estado. Y ninguna está autorizada constitucionalmente para asumir funciones que no tiene.

En el marco social de derecho, el juez no puede asumir competencias para la definición de políticas públicas. Y no lo puede hacer porque (i) no tiene la competencia constitucional para hacerlo; (ii) en democracia, el juez no es el representante del pueblo (carencia de legitimidad democrática); (iii) el juez carece de competencia técnica para adoptar este tipo de medidas; (iv) el juez tampoco tiene competencia alguna en materia de fuentes de financiación, y (v) en la práctica sus decisiones no comprometen su responsabilidad política (porque no es su rol) ni de ninguna otra índole, lo cual es inadmisibles en un sistema democrático. Como ya se indicó, la intervención de la economía prevista en la Constitución corresponde a dos autoridades: el legislador que adopta la política pública y la administración que la pone en ejecución. La Constitución no previó una "intervención judicial de la economía" que ha venido dándose en la práctica a golpe de decisiones judiciales, sin articulación alguna con las autoridades sectoriales, dispersa, carente de soportes técnicos, atomizada y sin reglas.

El ámbito de la oportunidad y de la conveniencia —que es el propio de las políticas públicas— es ajeno al juzgador. No es rol del juez —so pretexto de garantizar derechos<sup>58</sup>—

de un *poder de exigir*. El Estado debe, entonces, no solo limitarse sino, además, organizar las relaciones entre los individuos para que el *derecho a* sea satisfecho o, si es el caso, satisfacerlo directamente él mismo. En los *derechos a* hay, por consiguiente, un factor de crecimiento infinito del poder del Estado, típico del socialismo" (PICHARD, MARC, *Le droit à. Étude de législation française*, Paris, Economica, 2006, pp. 47 y ss.).

58 Para CARBONNIER, dos circunstancias crearon un clima favorable para esta transformación dentro de las ciencias humanas, el lugar conquistado por la psicología, a expensas de la sociología (los sociólogos confieren un lugar prevalente a las instituciones, los psicólogos al individuo), y dentro del discurso ideológico, la exaltación permanente de los derechos humanos, que implica cierto retroceso de los valores colectivos (el pueblo, la democracia, la república) [...] La pululación de derechos subjetivos es un factor de inflación del derecho. La pasión por el Derecho en nuestra sociedad es la exaltación de la proyección desordenada de una infinidad de pasiones individuales, en contraposición las unas con las otras. *Ego contra ego*. (CARBONNIER, JEAN, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion, 2006, pp. 121 y ss.).

concebir, por ejemplo, su esquema ideal carcelario, de atención a desplazados, de prestación de los servicios de salud, vivienda, educación o servicios públicos domiciliarios, por ejemplo.

En otras palabras, a los jueces no les corresponde formular juicios de valor sobre la conveniencia o la oportunidad de las decisiones de política pública legislativa, como tampoco sobre las medidas de ejecución que adopte la administración para el cumplimiento de los fines a su cargo. Tampoco el juez puede llegar a definir cuál es la mejor opción para llevar a cabo los fines sociales del Estado, desde el punto de vista técnico, administrativo o financiero.

El rol del juez se contrae a determinar si hay o no afectación a los derechos, pero so pretexto de ello no puede convertirse en el sucedáneo del legislador ni de la autoridad administrativa, ni convertirse en un evaluador de la conveniencia o no de una política pública, de la forma como ha de ejecutarse o las alternativas posibles. Como dice Böckenförde, si se encomendara al juez la aplicación inmediata de derechos fundamentales sociales mediante la concesión de pretensiones jurídicas concretas y reclamables, debería entonces desempeñar al mismo tiempo el papel del legislador y del administrador; se vería en cierto modo empujado a ello<sup>59</sup>.

Las alternativas de gestión para mejorar la eficiencia de la gestión de recursos escasos en los distintos ámbitos de acción de la intervención estatal en la economía son ajenas a la actividad judicial. Estos son asuntos que corresponden a un estudio de conveniencia político y económico que, mientras no afecte la validez de la norma que lo adopte (legal o administrativa) escapan al ámbito de acción de los jueces.

No hay precepto constitucional ni legal alguno que permita hablar de una intervención judicial en la economía, el juez no puede sustituir a autoridad alguna para manejar estas materias, ni para cuestionar la conveniencia u oportunidad de las medidas que estas adopten, ni para adoptar medidas que tienen enorme impacto en el entorno macroeconómico. Las decisiones judiciales se han venido convirtiendo en un instrumento de intervención en la economía con el que –con la mejor buena intención– se pretende solucionar problemas propios de la prestación, especialmente relacionados con la asignación de recursos en materia de gasto social y han desplazado a las autoridades constitucionalmente competentes.

Así se ha impuesto a las autoridades la construcción de obras públicas, a asignar subsidios judiciales distintos y paralelos de los previstos en la legislación con lo cual se ha contribuido, como advierte Palacios Mejía, no solo a la expansión del gasto público,

59 Según BÖCKENFÖRDE, para asegurar los derechos sociales fundamentales se necesita una acción estatal activa positiva que exige medidas del legislador y de la Administración que procuren el acceso a los bienes materiales y participación en ellos. En un ordenamiento constitucional democrático basado en el principio de la articulación de poderes, son tareas que corresponden en primer lugar al legislador legitimado democráticamente de manera directa y, en segundo término, a la Administración y no pueden resolverse por la vía de una interpretación del enunciado constitucional (BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 76 y ss.).

sino a su asignación ineficiente e ineficaz, que puede crear problemas fiscales adicionales a las entidades territoriales<sup>60</sup>.

A más de la carencia de competencia jurídica –esto es, la atribución, la función o la facultad–, el juez tampoco ostenta la competencia técnica para adoptar estas decisiones. El juez no tiene la pericia, habilidad, aptitud o idoneidad para intervenir en asuntos económicos. Las decisiones económicas judiciales no son una respuesta adecuada y eficaz a los problemas que se pretenden solucionar.

Estos fallos propician –sin proponérselo, claro está– un incentivo perverso: justifican la renuencia consuetudinaria de la administración a cumplir su rol de ejecutora de la ley, al punto de que, en ocasiones, ha llegado a exigir se recurra previamente ante los jueces, para que estos vía fallo le exijan hacer lo que por mandato legal le corresponde.

En efecto, paradójicamente, estas decisiones en las que el juez sustituye a la ley y a la administración en un particular rol "garantista" han llevado a que el legislador no asuma su rol en debida forma de revisión de las políticas públicas –cuando ellas muestran debilidades– y a que la administración deje de lado su labor ejecutora de la ley y obligue a las personas a acudir a los jueces.

Si de resultados se trata, ya se está viendo cómo ese mesianismo constitucional ha degenerado en otra frustración institucional más. Decisiones judiciales animadas de buenas intenciones que ofrecen resultados modestos. Los denominados "fallos estructurales"<sup>61</sup> y "estados de cosas inconstitucional"<sup>62</sup> no solo no han solucionado los graves problemas que pretendían resolver, sino que han contagiado a los fallos de esa "eficacia simbólica" del derecho que se pretendía solucionar. Muchas ilusiones y pocas soluciones... ¿Ilusiones que terminarán en desengaños?

La división del trabajo también aplica en la Constitución. Según ARISTÓTELES, en todas las Constituciones hay tres elementos: deliberativo, ejecutivo y judicial; si estos elementos están bien establecidos, necesariamente también lo está el régimen. De modo que la división funcional de los poderes asegura un buen gobierno<sup>63</sup>. Quizás sería bueno no solo insistir en la concepción liberal (que garantiza la libertad), sino también en esta concepción aristotélica que garantiza los buenos resultados<sup>64</sup>.

Una separación de poderes genuina no debe contraerse a la garantía de los derechos por la limitación al ejercicio del poder, sino también en la división del trabajo –de acuerdo

60 PALACIOS MEJÍA, HUGO, *El Derecho de los servicios públicos*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, pp. 91-152.

61 Por ejemplo: desplazados (T-025 de 2004, Autos 109 de 2007 y 025 de 2010) y salud (T-760 de 2008).

62 V. g. cárceles (T-153 de 1998 y T-388 de 2015); docentes (SU-559 de 1997); jubilados (T-068 de 1998); no pago oportuno de salarios (T-289 de 1998) y Cajanal (T-016 de 2010).

63 ARISTÓTELES, *Política*, Libro IV, 14, 1298 a, Madrid, Gredos, 1988, p. 260.

64 SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "El juez del 'nuevo Derecho'": Del gobierno de los oidores al gobierno de los jueces ¿Neoconstitucionalismo o neocolonialismo?", en HERRERA MERCADO, HERNANDO y MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO (directores académicos) *Arbitraje 360º, El árbitro y la función arbitral, naturaleza de la función arbitral*, t. 1, vol. 1, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2017, pp. 35 y ss.

no solo con las competencias jurídicas, sino también con las competencias técnicas— que permita obtener mejores resultados de las distintas facetas del poder público<sup>65</sup>.

La política económica, esto es, ese conjunto de variables que determinan el manejo de la economía (*i.e.*, crediticia, fiscal, salarial, cambiaria, monetaria, comercio exterior, inversión extranjera, ambiental, etc.) cuenta con la injerencia de distintas autoridades, según las competencias que traza la Constitución y materializa el legislador, pero que deben funcionar “armónicamente”, en concordancia con un programa macroeconómico. Política económica general que exige poner de acuerdo instrumentos tan disímiles como el presupuesto, la planeación y el mantenimiento del poder adquisitivo de la moneda.

De modo que la división del trabajo, tanto en economía como en la Constitución, implica la especialización. Y en uno y otro, todos salen ganando con un aumento de la productividad y la defensa del principio democrático y la supremacía de la Constitución, en tanto norma atributiva de competencias, por excelencia.

Si los jueces no tienen los elementos de juicio para medir los efectos redistributivos de sus decisiones en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ¿tienen incentivo para limitar los órdenes de gasto si no tienen que arbitrar los gastos que entrañan los fallos emitidos, al no subordinarse al marco constitucional y legal que fija las competencias de intervención y —por supuesto— las de orden presupuestal?

## 2.2 Juez y gasto público en el Estado Social de Derecho

Como ya se indicó, las políticas públicas —en democracia— son una construcción colectiva de metas comunes, en la que el Estado juega un rol de coordinación y dirección, para orientar el comportamiento de los múltiples actores, y al hacerlo necesariamente fija prioridades en la agenda pública y, por supuesto, de gasto público.

De conformidad con el principio de legalidad del gasto, corresponde al Gobierno decidir libremente si incluye o no en los presupuestos los gastos decretados por el Congreso previamente. En efecto, las órdenes de gasto contenidas en las leyes ordinarias no entrañan un forzoso deber de gasto, ni las partidas incorporadas al presupuesto constituyen deberes de gasto, porque son solo autorizaciones máximas de gasto. Admitir que el juez pudiera ordenar un gasto incorporado en la ley de apropiaciones implicaría quebrantar el sistema presupuestal.

Con esta perspectiva, la Corte Constitucional, al estudiar el párrafo del Artículo 9 de la Ley 393 de 1997 que previó la improcedencia de la acción de cumplimiento respecto de normas que establezcan gastos, concluyó:

[...] resulta insólita la pretensión que se expresa con la fórmula según la cual ‘todo gasto ordenado por las normas legales habrá de ejecutarse’, que pretende erigir un sistema presupuestal

65 En este sentido vid. SAMPER, JOSÉ MARÍA, *Derecho público interno de Colombia*, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1974, t. II, p. 122 y ss. y GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho constitucional*, en Cámara de Representantes e Instituto de Estudios Constitucionales CARLOS RESTREPO PIEDRAHITA, *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1998, p. 69.

inflexible, apto para servir de escarmiento al abuso o ligereza de la democracia que ordena gastos que a la postre no se realizan. Los recursos del erario provienen de los impuestos de los ciudadanos. De su manejo desordenado y descuidado no puede surgir la receta para curar el mal que con razón se censura<sup>66</sup>.

No hay razón alguna para que estas consideraciones, apoyadas en claros textos constitucionales, solo se prediquen de la acción de cumplimiento y no se puedan aplicar en las otras "acciones constitucionales", populares y de tutela, especialmente<sup>67</sup>. Ahora, si no se puede ordenar la ejecución de los gastos decretados por el legislador, mucho menos podrá el juez ordenar gastos que no hayan sido previstos anticipadamente en una ley.

Tomemos un solo ejemplo. En el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, la Constitución de 1991 diseñó una política pública de subsidios para ese sector. Luego de dejar claro que los servicios públicos no pueden ser prestados gratuitamente, al establecer que el criterio de "costos" es un parámetro constitucional para la fijación del sistema tarifario (Art. 367 CN), dispuso que los subsidios deben focalizarse en las personas de menores ingresos para que estas puedan pagar las tarifas de los servicios públicos que cubran sus necesidades básicas y que solo puede cubrir sus necesidades básicas, vale decir, al "consumo básico de subsistencia".

La Constitución, pues, en materia de subsidios en servicios públicos domiciliarios, concibió un esquema responsable fiscalmente que, si bien altera drásticamente y positivamente la tarifa a favor de los usuarios de menores recursos, lo hace sobre la base de que no es posible la gratuidad del servicio. Sin embargo, al margen de los mandatos constitucionales y legales, se ha venido creando por la vía de la acción de tutela un Derecho de los servicios públicos paralelo, que al contrariar el esquema de intervención económica en ese sector ha abierto la posibilidad de crear "subsidios judiciales", que bajo nombres sugestivos, dice proteger derechos fundamentales, en materias en las que el legislador con arreglo a la Constitución ya dejó un marco de protección generoso y racional de los derechos económicos y sociales en juego.

Es importante advertir que la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de algunas normas de la legislación sectorial, encontró que hay unos eventos excepcionales en tanto "sujetos especiales de protección" (escuelas, centros de reclusión, hospitales, entre otros<sup>68</sup>). Más allá de lo discutible que sea convertir en "legislación" fallos de tutela por la vía de la modulación de las normas legales, este pronunciamiento no solo reprochó la denominada "cultura de no pago", sino que limitó la "excepción jurisprudencial" a los eventos enunciados.

66 Corte Constitucional, Sentencia C-157 de 1998 [fundamento jurídico 5].

67 Cfr. SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO, "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?" en MOLINA B., CARLOS MARIO y RODRÍGUEZ R. LIBARDO (coordinadores académicos) *El Derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, t. II, Bogotá, Universidad de Medellín y Editorial Temis, 2010, pp. 481 y ss.

68 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003 [fundamento jurídico 5.2.].

Con todo, vía fallos de tutela, se extendió esta “excepción jurisprudencial” de pago de los servicios públicos a los usuarios de menores ingresos que, no obstante haber recibido su subsidio de ley, se abstengan de pagar y que esgriman que en sus hogares hay niños o personas de la tercera edad (“mínimo vital”). Tendencia jurisprudencial que, por supuesto, está animada de las mejores intenciones, pues tiene el propósito de hacer efectivos —a su manera— los cometidos sociales del Estado de derecho, con desconocimiento de los mandatos constitucionales y legales.

Más allá del desconocimiento de la cosa juzgada constitucional, estas decisiones de tutela han supuesto no solo el replanteamiento del esquema de prestación, sino que sus decisiones —en la práctica— han afectado las finanzas de las empresas.

Por vía de tutela, se ha señalado que las empresas de servicios públicos domiciliarios no pueden suspender los servicios, a pesar del incumplimiento del pago, cuando el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional<sup>69</sup> o esté debidamente acreditado que se trata de usuarios que carecen de recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio<sup>70</sup>.

De acuerdo con esas decisiones de tutela, si la persona a la que se le preste el servicio no puede “cancelar” de manera inmediata la deuda, la entidad debe mantener la prestación del servicio y, con la aquiescencia de aquel, deberá elaborar acuerdos de pago con plazos amplios y cuotas flexibles teniendo en cuenta la capacidad económica del usuario<sup>71</sup>: “la inopia no puede prevalecer sobre el acceso a tal suministro [del servicio de agua]”<sup>72</sup>.

Según estos fallos de tutela, cuando en el hogar objeto de interrupción habitan sujetos de especial protección constitucional (como niños, mujeres cabeza de familia, desplazados, personas en situación de discapacidad, adultos mayores, enfermos, etc.), la facultad de corte del servicio público domiciliario no es absoluta<sup>73</sup> porque los usuarios están en condiciones de “debilidad manifiesta” (atendiendo criterios de edad y condición física), circunstancia que “debe ser estimada a la hora de determinar la constitucionalidad de la suspensión del servicio de agua por falta de pago”<sup>74</sup>.

La jurisprudencia ha extendido este criterio a casos en que el tutelante haga parte del sistema de identificación de potenciales beneficiarios de programas sociales —SISBEN<sup>75</sup>, y no solo ha amparado, sino que ha “advertido” al prestador que se abstenga de suspender

69 Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2009 [fundamento jurídico 5] aunque conviene advertir que como, en este caso, se negaron las pretensiones, esta afirmación no pasó de ser un *obiter dictum*. Reiterado en muchos pronunciamientos, *i.e.*, Sentencia T-717 de 2010 [fundamento jurídico 32] y Sentencia T-034 de 2016 [fundamento jurídico 5.5].

70 Corte Constitucional, Sentencia T-614 de 2010 [fundamento jurídico 4.6].

71 Corte Constitucional, Sentencia T-740 de 2011 [fundamento jurídico 8].

72 Corte Constitucional, Sentencia T-273 de 2012 [fundamentos jurídicos 4.9 y 5.5].

73 Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2011 [fundamento jurídico 3]; Sentencia T-980 de 2012 [fundamento jurídico 6]; Sentencia T-270 de 2007 [fundamento jurídico 6]; Sentencia T-179 de 2013 [fundamento jurídico 7] y Sentencia T-761 de 2015 [fundamento jurídico 5.1].

74 Corte Constitucional, Sentencia T-179 de 2013 [fundamento jurídico 7] y Sentencia T-864 de 2013 [fundamento jurídico III].

75 La tutela no procedía porque se configuró “hecho superado”.

el servicio si los demandantes en tutela "no pueden cumplir con las obligaciones para costear las cuotas del acuerdo de pago"<sup>76</sup>.

Es más, el criterio jurisprudencial se ha extendido a eventos en que media reconexión ilegal del servicio de agua, por tratarse de una mujer que "afirma ser desplazada y encontrarse en una situación de extrema pobreza" que vive con 5 menores de edad<sup>77</sup>. También cuando "el tutelante ha hecho uso de una vía ilegal para obtener el suministro de agua potable, debido a la apremiante necesidad sentida, al verse privado el líquido vital y sin ningún sustento laboral que le permitiera en ese momento generar dinero para cancelar la deuda" y ya no se encuentra "reconectado en forma irregular"<sup>78</sup>.

O incluso cuando admite que la empresa actuó de forma diligente al suspender el servicio debido a que se demostró que "el accionante estaba realizando un mal uso del líquido, desperdiçándolo y reconectándose múltiples veces de manera fraudulenta [...] causando así daños en las viviendas de los vecinos", no obstante, lo cual ampara los derechos invocados, pues el tutelante es una adulta mayor que "debe recibir una especial protección constitucional"<sup>79</sup>.

Aunque los fallos de tutela reconocen que "no es tarea del juez constitucional dirimir las diferencias de orden económico que hayan surgido entre las partes, con ocasión del no pago del valor del agua potable consumida", se aduce que sí lo es "proteger los derechos fundamentales, garantizados por la Constitución"<sup>80</sup>. De modo que "al hacer una interpretación sistemática de las normas constitucionales aplicables al caso" y "en aplicación directa de la Constitución" la jurisprudencia de tutela ha concluido que no es posible suspender la prestación de los servicios, debido a la mora en el pago de la contraprestación económica<sup>81</sup>.

Por esta vía, paulatinamente, se ha venido creando un "subsidio judicial", paralelo y contrario al que autorizó la Constitución y previó la ley de intervención económica correspondiente. ¿Acaso no todo subsidio debe ser creado mediante una norma con fuerza de ley? Este criterio jurisprudencial no solo no se aviene a los mandatos constitucionales y legales que gobiernan la materia, sino que contradice las decisiones que la Corte Constitucional ha adoptado como juez constitucional. En efecto, al decidir la constitucionalidad de los mandatos legales, la Corte dejó en claro (i) que la pretensión de que el subsidio cubriera la totalidad del costo de la necesidad básica sería posible si existieran suficientes recursos, luego de satisfechas otras necesidades más apremiantes, y si otros principios cedieran íntegramente su preeminencia al de igualdad; (ii) que los órganos de representación popular, al decretar los gastos –el subsidio definitivamente lo es–, se ven constreñidos a distribuir de manera racional y forzosamente parcial los recursos disponibles y (iii) que una alternativa maximalista de la igualdad –subsidio total– habría conducido a un

76 Corte Constitucional, Sentencia T-573 de 2013 [fundamentos jurídicos 3.1 a 3.4].

77 Corte Constitucional, Sentencia T-928 de 2011 [fundamentos jurídicos 28 a 39].

78 Corte Constitucional, Sentencia T-925 de 2012 [fundamento jurídico 6].

79 Corte Constitucional, Sentencia T-242 de 2013 [fundamento jurídico 5.7].

80 Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2011 [fundamento jurídico 5.3].

81 Corte Constitucional, Sentencia T-270 de 2007 [fundamento jurídico 6.2].

sacrificio muy grande al principio de eficiencia en la prestación de los servicios públicos que exige que la reposición de los costos y la obtención de un determinado margen se garantice a las empresas públicas y privadas que se ocupan de los servicios públicos<sup>82</sup>.

Tampoco se acompasa con otras decisiones de constitucionalidad, según las cuales, (i) como el contrato de servicios públicos es oneroso, su incumplimiento puede acarrear la terminación por parte de la empresa<sup>83</sup>; (ii) el concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (Art. 367)<sup>84</sup>, y (iii) que el usuario que se abstiene de pagar los servicios públicos no solo incumple sus obligaciones con los prestadores, sino que, además, no obra conforme al principio de solidaridad y dificulta que las empresas presten el servicio con criterios de eficiencia<sup>85</sup>.

Si los objetivos de políticas sociales se logran de manera gradual, de conformidad con el marco fiscal y de gasto de mediano plazo ¿las decisiones judiciales tienen en cuenta la disponibilidad presupuestal de cada vigencia anual presupuestal? ¿Es razonable la orientación del gasto público en materia de subsidios por la vía de decisiones judiciales tomadas sin tener en cuenta el marco jurídico aplicable y solo considerando la "garantía" de los derechos fundamentales que se afirman vulnerados?

¿Existe cálculo dentro del gasto anual en subsidios de cuál es el monto de estos subsidios paralelos, a qué equivale del PIB nacional en un año o cuál es el porcentaje que corresponde al presupuesto de cada vigencia? Y, aún más, ¿cuál es la autoridad responsable de hacer seguimiento y evaluación de los programas públicos que involucran subsidios de creación judicial?

¿Por qué hemos pasado de 7 mil tutelas falladas en Colombia en 1992 a la exorbitante cifra de 12 mil tutelas que llegan a la Corte cada día para su revisión eventual? ¿Un éxito desbordado del amparo a la colombiana? ¿O un activismo judicial descontrolado que ha supuesto una suerte de "judicialización de la convivencia"? ¿O este "tutelatón" es el síntoma de la indolente inacción de un ejecutivo, que ni cumple ni hace cumplir la ley?

¿Habrá alguna relación entre el incremento de la actividad judicial en materia económica y la desmejora en la calificación obtenida en 2017 por Colombia en el Índice Global de Competitividad (IGC), donde el entorno macroeconómico (-9) fue el pilar en el que el país obtuvo su mayor caída y donde se aprecia un deterioro significativo en materia de instituciones, entre las cuales se destaca la eficiencia en el gasto público (-33)<sup>86</sup>? ¿Habrá alguna incidencia de este desordenado rol judicial en la economía con los resultados del IFN reportados en la edición 2018 de Doing Business-DB, según los cuales Colombia descendió al puesto 59 entre 190 economías?<sup>87</sup>.

82 Corte Constitucional, Sentencia C-566 de 1995 [fundamento jurídico 3.2].

83 Corte Constitucional, Sentencia C-389 de 2002 [fundamento jurídico 5.6].

84 Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2003 [fundamento jurídico 3].

85 Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003 [fundamento jurídico 5.1].

86 Institute for Management Development (IMD), "Anuario mundial de competitividad 2017". Informe de resultados, disponible en el sitio web del DNP <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Anuario%20Mundial%20de%20Competitividad.pdf>

87 Banco Mundial, "Doing Business 2018". Informe de resultados para Colombia, Departamento Nacional



Se ha venido creando un constitucionalismo paralelo<sup>88</sup> al adoptado en los textos que conspira contra la certeza que debe orientar las relaciones humanas, incluidas, claro está, las económicas. Una "mutación constitucional" en la que el juez, sin cambiar formalmente el texto de la Constitución –porque no puede hacerlo o al menos no debería hacerlo– opta por un cambio material al formular su propia e íntima convicción de lo que a su juicio debería ser la Constitución: ¿constitucionalismo dual: dualidad de asignación de competencias, la que en desarrollo de la soberanía hace la Carta y la que en la práctica los jueces se atribuyen en sus "precedentes"?

Son muchos los riesgos que entrañaría la generalización de asignación de subsidios judiciales, monetarios o en especie, para otros ámbitos (*i.e.*, la construcción de soluciones de vivienda) y, en general, los riesgos que entraña el deseo de materializar vía tutela otros derechos asistenciales mediante la asignación de recursos no previstos en las partidas presupuestales, o la de ordenar las autorizadas sin contar con los criterios técnicos con los que cuenta el Gobierno, para hacer efectivo cualquier derecho de contenido económico y social –escogido arbitrariamente– previsto en la Constitución.

Toda decisión de intervención estatal impacta las unidades económicas específicas que forman el sistema económico y sus relaciones entre sí, entre ellas, las empresas y los consumidores. Estos últimos reaccionan a variables como subsidios en tanto afectan el costo de producción, el precio por unidad y la demanda del producto (microeconomía). Pero también impacta la economía en su conjunto, el todo, tanto el nivel general de precios como el de gastos, en la definición y determinación del ingreso nacional y sus variables asociadas, en especial a largo plazo (macroeconomía).

## CONCLUSIONES

1. Si la Constitución es fundamentalmente un reparto de competencias, las autoridades solo pueden hacer lo que ella les atribuya. El intérprete no está autorizado para que sustituya, altere o cambie su texto. Interpretar un contrato no es modificarlo. No es posible "privilegiar" una parte de la Constitución (la dogmática) sobre otra (la orgánica), porque la Constitución es un todo y no se puede dividir en partes para efectos distintos de los pedagógicos –además, ¿la división del poder o el principio de legalidad

de Planeación, documento disponible en el sitio web del DNP en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Doing%20Business%202018.pdf>

88 Dice TARUFFO: "La 'justicia del caso individual' que se invoca en contraste con la 'justicia de las normas' ha llegado a ser en los últimos años un *leitmotiv* más bien generalizado en el ámbito de varias orientaciones *posmodernas* de la teoría del derecho [...] Cuáles sean los criterios en función de los que el juez debería determinar caso por caso esta 'justicia reequilibradora' de los defectos sociales sigue siendo asunto del todo misterioso; parece más bien que los sostenedores de esta orientación no desean siquiera imaginar 'decisiones según criterios', y pretendan que el juez no pueda hacer otra cosa que decidir los casos individuales según una especial sensibilidad suya para la tutela de los sujetos discriminados. No parece que haya necesidad de mayores ahondamientos para entender que aquí se concibe una decisión desvinculada de cualquier regla [...] y, por lo tanto, remitida exclusivamente a la sensibilidad individual del juez" (TARUFFO, MICHELE, *Sobre las fronteras: Escritos sobre la justicia civil*, Bogotá, Temis, 2006, p. 182 y ss.).

presupuestal son meros asuntos orgánicos?—. La defensa de la Constitución es no solo de su supremacía, sino también de su integralidad, es decir, de todas y cada una de sus disposiciones (Art. 241 inc. 1 CN).

2. Es hora de hacer un alto en el camino. La defensa de los derechos es tarea de todas las autoridades, cada una en el ámbito de la competencia que le asignó la Constitución. Acudir recurrente y sistemáticamente al juez es síntoma de una gravísima enfermedad, de una anomia crónica que no se sana con paliativos.

3. El mercado es un distribuidor de tareas, decía Adam Smith, tan severo como cualquier regulación social. Pero tan antiguo como el mercado (la economía) es el Derecho (intervencionismo). La intervención no es históricamente nueva ni reciente<sup>89</sup>.

Si admitimos, como lo hace la Constitución, que las leyes "jurídicas" intervengan las del mercado competitivo, acá también es importante la distribución de tareas. La división de trabajo permite el aumento de la productividad y, por ende, conduce a una mayor productividad: al concentrarse cada hombre en una tarea, podía producir más que si hubiera tenido que manejar, por sí solo, cada una de las fases del trabajo.

4. El principio de legalidad del gasto hace parte de esos mandatos que han estado en todas nuestras constituciones, una suerte de "Constitución intemporal", porque corresponde a esas convicciones compartidas propias de un modelo liberal democrático bicentenario. La política de un Estado es el presupuesto. Lo demás podría decirse que no son más que aspiraciones (contenidas en una Constitución o en múltiples leyes) que solo se materializan cuando se hacen las respectivas apropiaciones.

5. El "subsidio judicial" riñe con el esquema constitucional y legal previsto al efecto, y altera en forma considerable la viabilidad del esquema de prestación al incentivar el no pago. Este "subsidio judicial", atomizado y anárquico, no permite establecer su costo ni identificar los beneficios esperados, tampoco garantiza reglas de juego claras y transparentes, ni mucho menos hacerlo dentro de un marco de disciplina fiscal, como ordena la Constitución. La política de gasto público en subsidios, que impone un manejo eficiente y óptimo de los escasos recursos públicos con que se cuenta, no puede quedar sin norte diluida en multitud de fallos judiciales inconexos.

6. La regla siempre será la libertad y la ley solo puede y debe aparecer para defenderla. Esta premisa general también aplica, por supuesto, al ámbito económico. Lo fundamental es la libertad económica y la intervención es y debe ser excepcional; por ello, la cuidadosa redacción del Artículo 150-21 de la CN sobre las leyes de este tipo.

7. ¿Asistimos a un cambio constitucional no expreso a partir de interpretaciones que han generado una ruptura del esquema económico previsto en la Constitución: costumbres constitucionales contra el Derecho constitucional escrito<sup>90</sup>? ¿La indefinición del modelo económico, la neutralidad económica de la Constitución, la relatividad y ambigüedad de las cláusulas constitucionales económicas, en fin, las cláusulas económicas abiertas, autorizan al juez a intervenir en la economía?

89 SÁCHICA, LUIS CARLOS, *Constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá, 1983, p. 238.

90 SCHNEIDER, HANS PETER, *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 48.

8. No se ha medido el costo de este paulatino, ¿e irreversible?, proceso de judicialización de la vida económica, que se ha traducido en una suerte de "gobierno de los jueces", que sin contar con competencias (ni jurídicas ni técnicas) interviene en la economía.

9. Fines y medios son interdependientes en democracia. La "democracia procedimental" es de esencia de la institucionalidad liberal<sup>91</sup>.

10. Las instituciones de intervención económica previstas en la Constitución de 1991 están convulsionadas: ¿Vamos hacia un desarrollo leviatánico del Estado, de un Estado del bienestar paralelo y alejado del que regula la Constitución? ¿La intervención económica regulada y limitada que está en los textos tiende a desaparecer sin que se niegue su existencia –mutación constitucional– y es sustituida por otra poderosa que parece no conocer límite alguno?

11. ¿La postulación de los derechos humanos a escala mundial, bajo la nomenclatura alemana de "derechos fundamentales", entraña una revisión radical del rol del Estado con políticas de gasto público intenso que deben adoptarse a costa aun de los repartos de competencias y de los efectos macroeconómicos perversos que podrían causar? ¿Esta confusión de competencias es la mejor vía al Estado del "mejor estar", al Estado del bienestar, el otro nombre de la fórmula política adoptada en el Artículo 1º de la Constitución?

12. El juez no es la autoridad más indicada para tomar decisiones sobre elección de las mejores alternativas para emplear los limitados recursos que son susceptibles de usos alternativos para producir bienes y servicios para el consumo presente y futuro. Una decisión judicial no es la vía adecuada para dirigir la actividad y la conducta de los hombres frente a los escasos medios de que dispone para satisfacer sus necesidades y buscar su bienestar.

13. En economía, las decisiones son siempre difíciles. La economía no puede en realidad prever, juega con aproximaciones. Y si los bienes son escasos y hay que darles el mejor uso posible, la toma de decisiones que el Estado comparte con el mercado, en economías mixtas como la nuestra, ¿conviene hacerla por la vía desarticulada y poco técnica de los "laboratorios" judiciales?

14. La economía responde mejor a los incentivos que a las órdenes, por ello, las leyes de intervención están rodeadas de las particularidades anotadas. Una intervención diferente a la precisa y detallada de la ley, que por lo mismo intenta brindar certeza y predictibilidad, como es la que en la práctica se está haciendo a través de ciertas decisiones judiciales, altera el clima de seguridad jurídica que exige el mercado y tiene, a pesar de sus buenas intenciones, un efecto desestimulante para los agentes económicos y estímulos de efectos impredecibles a los usuarios.

15. La forma del poder, para retomar la afortunada expresión del profesor RUBIO LLORENTE<sup>92</sup>, la da la Constitución, y esa tarea la termina la ley. Por ello, hay que volver

91 Algunos plantean incluso que se está afectando gravemente el equilibrio de poderes. Cfr. MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y OÑATE ACOSTA, TATIANA, *La "dignidad" de la Corte Constitucional*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Editorial Ibáñez, 2013, p. 85.

92 RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, *La forma del Poder, estudios sobre la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

por el camino de la norma, de la regla, del derecho, de la ley que nos hace libres. Regresar con serenidad a los textos de la Constitución como un todo que ordena y coordina. Al acuerdo al que llegamos hace un cuarto de siglo y que sigue la tradición republicana de un constitucionalismo liberal bicentenario. Los jueces no están en democracia para formular políticas públicas ni para controlar su ejecución. ¿Constitucionalismo social por la vía judicial?

La economía en Colombia se judicializó en los últimos cinco lustros. Los actores económicos (agentes, usuarios y hasta autoridades competentes) esperan cada vez más de las señales que envían los fallos judiciales para adoptar las decisiones económicas. Si el orden económico y social supone la creación de condiciones para el desarrollo integral, no sorprende—infortunadamente— que en una declaración de emergencia económica hace unos años, se haya expresado en los motivos que un factor de alteración y amenaza del orden público económico y social fueran ciertas decisiones judiciales<sup>93</sup>. Hayek<sup>94</sup> advirtió los riesgos de la extensión de la reglamentación gubernamental de cualquier parte de la economía, pues “una necesidad interna” la forzaría a extenderse. La Constitución de 1991 responde adecuadamente a esos riesgos y obliga al legislador a precisar los fines y alcances de la intervención económica y los límites a la libertad económica. ¿Entre nosotros ese fatal pronóstico se ha venido cumpliendo este último cuarto de siglo por cuenta no tanto de la planificación expansiva—que tanto temía Hayek— sino de una muy particular “intervención judicial de la economía”?

## BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, WOLFGANG (1986). “El Estado de Derecho democrático y social como proyecto político”, en VVAA, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ÁLVAREZ CORREA, EDUARDO (1979). *Curso de Derecho romano*, Bogotá, Pluma universitaria.
- ARIÑO ORTIZ, GASPAR y otros (2003). *Principios de Derecho Público Económico*, Madrid-Bogotá y Fundación de Estudios de Regulación, Madrid.
- ARISTÓTELES (1988). *Política*, Madrid, Gredos.
- BACHOF, OTTO (1987). *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas.
- Banco Mundial (1988). “Doing Business 2018” Informe de resultados para Colombia, Departamento Nacional de Planeación, documento disponible en el sitio web DNP en <https://colaboracion>.

93 Decreto 4975 de 2009, que declaró una emergencia social. El decreto fue declarado inexecutable en Sentencia C-252 de 2010, pero curiosamente, en Sentencia C-253 de 2010, se mantuvo temporalmente el Decreto legislativo 127 de 2010 que creó nuevas fuentes de recursos para la salud pública (impuestos a los licores, el tabaco y los juegos de azar), a pesar de haberse configurado una evidente inconstitucionalidad por consecuencia.

Existe un caso bastante curioso: la Sentencia C-722 de 2015 declaró inexecutable una autorización de tráfico ferroviario por 24 horas para sacar carbón represado, ¿para “mantener” la Sentencia T-672 de 2014, que había tutelado el “derecho a la tranquilidad” al impedir el uso por el horario señalado?

94 HAYEK, FRIEDRICH (2011). *Camino de servidumbre*, Madrid: Alianza.

- dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Doing%20Business%202018.pdf Bassols Coma, Martín, *Constitución y sistema económico*, Madrid, Tecnos.
- BETANCUR ESCOBAR, LUIS IGNACIO (2009). "Acciones constitucionales y gasto público", en VV.AA. *Retos y perspectivas del Derecho administrativo*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft.
- BREWER CARÍAS, ALAN (1991). "Reflexiones sobre la constitución económica", en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española*, Madrid, Civitas, t. V, pp. 3840 y ss.
- CABALLERO ESCOVAR, ENRIQUE (1986). *Historia Económica de Colombia*, Bogotá, Oveja Negra.
- CARBONNIER, JEAN (2006). *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Paris, Flammarion.
- CARNELUTTI, FRANCESCO (2000). *Cómo nace el Derecho*, Bogotá, Temis.
- Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional*.
- Colombia, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso*.
- Colombia, Corte Constitucional, sentencias <http://corteconstitucional.gov.co/>
- Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencias <http://cortesuprema.gov.co/>
- DEJUÁN ASENJO, ÓSCAR (1984). *La Constitución económica española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- DE LAUBADÈRE, ANDRÉ (1979). *Droit public économique*, París: Dalloz.
- DOEHRING, KARL (1986). "Estado social, Estado de Derecho y orden democrático", en VV.AA., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DUIVERGER, MAURICE (1968). *Hacienda Pública*, Barcelona: Bosch.
- FERREIRO LAPATZA, JOSÉ JUAN (2000). *Curso de derecho financiero español*, Madrid: Marcial Pons.
- FONROUGE, GIULIANI (2001). *Derecho financiero*, Buenos Aires: Depalma.
- FORSTHOFF, ERNST (1986). "Concepto y esencia del Estado social de Derecho", en VV.AA., *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL (1995). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid: Alianza Universidad.
- GONZÁLEZ, FLORENTINO (1998). *Lecciones de Derecho constitucional*, en Cámara de Representantes e Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, *Derecho Constitucional Colombiano Siglo XIX*, t. II, Bogotá: Imprenta Nacional.
- HAYEK, FRIEDRICH (2011). *Camino de servidumbre*, Madrid: Alianza.
- HELLER, HERMANN (1985). *Escritos políticos*, Madrid: Alianza Universidad.
- HINESTROSA, FERNANDO (1986). "Función, límites y cargas de la autonomía privada", en *Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Externado en su centenario*, Bogotá: Universidad Externado.
- IGLESIAS, JUAN (1993). *Derecho Romano: Historia e Instituciones*, Barcelona: Ariel.
- Institute for Management Development (IMD). "Anuario mundial de competitividad 2017" Informe de resultados, disponible en el sitio web del DNP <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Anuario%20Mundial%20de%20Competitividad.pdf>
- JARAMILLO, ESTEBAN (1974). *Tratado de ciencia de la Hacienda Pública*, Bogotá: Temis.
- KEYNES, JOHN MAYNARD (1965). *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, México: Fondo de Cultura Económica.
- KEYNES, JOHN MAYNARD (2009). *The end of laissez-faire*, BN Publishing.

- LASKI, HAROLD (2003). *A grammar of politics*, New Delhi: Surjeet Publications.
- LASSWELL, HAROLD & LERNER, DANIEL (1951). *The policy sciences: Recent developments in Scope and Methods*, Palo Alto: Stanford University Press.
- MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y OÑATE ACOSTA, TATIANA (2013). *La "dignidad" de la Corte Constitucional*, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Editorial Ibáñez.
- MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO y OÑATE ACOSTA, TATIANA (2016). Prólogo a Corral Talciani, *Estudios sobre contratos y obligaciones*, Bogotá: Ibáñez.
- MARTÍN RETORTILLO, SEBASTIÁN (1988). *Derecho administrativo económico I*, Madrid: La Ley.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO (1999). *El derecho de los servicios públicos*, Bogotá: Derecho Vigente.
- PERDOMO, JAIME (2009). *Historia de reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE (1995). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid.
- PICHARD, MARC (2006). *Le droit à. Étude de législation Française*, Paris: Economica.
- POSNER, RICHARD (1973). *Economic analysis of law*, Little Brown and Company, Boston y Toronto.
- RIVERO ORTEGA, RICARDO (2000). *El Estado vigilante*, Madrid: Tecno.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO (1993). *La forma del poder, estudios sobre la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SÁCHICA, LUIS CARLOS (1983). *Constitucionalismo colombiano*, Temis: Bogotá.
- SAMPER, JOSÉ MARÍA (1974). *Derecho público interno de Colombia*, Bogotá: Biblioteca Banco Popular.
- SAMUELSON, PAUL A. (1984). *Economía*, México: McGraw-Hill.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO (2004). "Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios", en *Con-texto, Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, n.º 19, pp. 41 y ss.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO (2010). "La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?", en MOLINA B., CARLOS MARIO y RODRÍGUEZ R. LIBARDO (coords. académicos). *El derecho público en Iberoamérica, Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, t. II. Bogotá: Universidad de Medellín y Editorial Temis.
- SÁNCHEZ LUQUE, GUILLERMO (2017). "El juez del "nuevo Derecho": Del gobierno de los oidores al gobierno de los jueces ¿Neoconstitucionalismo o neocolonialismo?", en HERRERA MERCADO, HERNANDO y MANTILLA ESPINOSA, FABRICIO (dirs. académicos). *Arbitraje 360º, El Árbitro y la Función Arbitral, Naturaleza de la Función Arbitral*, t. 1, vol. 1. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- SCHNEIDER, HANS PETER (1991). *Democracia y Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- TARUFFO, MICHELE (2006). *Sobre las fronteras: escritos sobre la justicia civil*, Bogotá: Temis.
- TIRADO MEJÍA, ÁLVARO y VELÁSQUEZ, MAGDALA (1982). *La reforma constitucional de 1936*, Bogotá: Oveja Negra.
- TRUJILLO ALFARO, JORGE LUIS (2007). *Presupuesto: una aproximación desde la planeación y el gasto público*, Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- VIDAL PERDOMO, JAIME (2009). *Historia de reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos*, Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- ZAGREBELSKY, GUSTAVO (2002). *El derecho dúctil*, Madrid: Trotta.