

---

# LA PRUEBA DE RAZONABILIDAD Y LA ESTABILIDAD DE LAS REGLAS DE JUEGO\*

---

*María Mercedes Cuéllar\*\**

Conoce al enemigo y concóctete a ti mismo; nunca te encontrarás en peligro en cien batallas. Cuando no sabes nada del enemigo pero te conoces a ti mismo, tienes igual probabilidad de ganar o perder. Si no conoces al enemigo ni a ti mismo, puedes estar seguro de estar en peligro en todo combate.

*Sun Tzu*

No deja de sorprender que una persona que se precia de haber estado involucrada, desde hace muchos años, en el ejercicio de la economía pública, desde el gobierno, el Banco Central y la actividad privada y gremial, como es mi caso, desconociera por completo la existencia de “el principio de proporcionalidad”, componente de otro concepto denominado “la prueba de razonabilidad”. Estos, constituyen una de las herramientas conceptuales y teóricas fundamentales del constitucionalismo moderno, con particular incidencia en el estudio constitucional de normas de alcance económico (Bernal Pulido, 2003; Hart Ely, 1997). La anterior confesión de culpa la hago sin mayor pudor, pues tengo la certeza de que mis colegas economistas podrían, si quisieran, formular el mismo *mea culpa*. No me sorprendería si encontrásemos uno o varios casos análogos de ignorancia inexcusa-

\* Conferencia presentada en el seminario “Diálogo entre abogados y economistas sobre la Constitución en el aspecto económico”, organizado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Club El Nogal, 8 y 9 de octubre de 2004.

\*\* Presidente del Instituto Colombiano de Ahorro y Vivienda (ICAV), icavpres@icav.com. Quiero expresar mis agradecimientos a la doctora Catalina Botero y a los doctores Eduardo Montealegre y Gustavo Morales por su colaboración en este trabajo. Fecha de recepción: 24 de febrero de 2005, fecha de aceptación: 15 de marzo de 2005.

ble entre los abogados. Apostaría a que muchos de ellos desconocen siquiera la existencia del concepto de “sostenibilidad fiscal” o de “función de bienestar” y, peor aún, la relevancia de estos conceptos para la aplicación correcta de la Constitución.

El texto se divide en tres partes. La primera explica la prueba de razonabilidad. En la segunda se presenta un breve análisis de algunas sentencias de la Corte para discernir si ha aplicado dicha prueba y cuáles han sido los cambios y efectos de la jurisprudencia que han generado una reacción de los economistas. Y en la tercera se presentan las conclusiones.

## LA CONSTITUCIÓN Y LA PRUEBA DE RAZONABILIDAD

El cambio constitucional de 1991 no fue sólo un cambio en los contenidos de las normas constitucionales. Siguiendo la tendencia de las constituciones más modernas del mundo, también implicó un cambio fundamental en el papel y la ubicación de la Constitución en el ordenamiento jurídico. La Constitución anterior, insertada en la teoría constitucional de los siglos XIX y las primeras décadas del XX, se ocupaba de organizar las competencias básicas de las ramas del poder, a la manera de un manual de funciones de una empresa, y tan solo de manera tangencial y secundaria mencionaba algunos derechos de las personas que las autoridades debían respetar. Para cumplir esos derechos, bastaba, por regla general, que el Estado se abstuviera de hacer cosas (no matar, no detener sin orden judicial, no interceptar la correspondencia, etc.). Además, no existían garantías importantes para asegurar la primacía de la Constitución: ni acción de tutela, ni cortes constitucionales fuertes y autónomas, por solo mencionar algunas de las hoy más conocidas.

La nueva Constitución contiene, como es apenas natural, lo que yo llamo “el manual de funciones” (los abogados la llaman “la parte orgánica”); pero, además, amplía sustancialmente la parte de los derechos (la llamada “parte dogmática”). Esa ampliación no es simplemente cuantitativa. Es cierto que la nueva Constitución enuncia muchos más derechos que la anterior, pero la diferencia entre una y otra es, sobre todo, cualitativa. A diferencia de lo que sucedía antes de 1991, esa nueva Carta de derechos no es simplemente un postulado de buenas intenciones, o una directriz que se puede o no tener en cuenta. Por el contrario, esa Carta de derechos constituye un conjunto de normas jurídicas tan vinculantes y obligatorias como las normas que sancionan el homicidio en el Código Penal, o las que dicen que para transferir un inmueble se necesita una escritura pública.

Además de que hay que tomarse muy en serio la Constitución –esa amplia Constitución– resulta que esa norma es más importante que cualquiera otra norma, política, programa o decisión del ordenamiento jurídico. La ampliación del catálogo de derechos, la fuerza normativa y la prevalencia de la Constitución constituyen el cambio más importante de la Constitución de 1991.

Ahora bien, lo cierto es que esos nuevos derechos implican, no una abstención del Estado, sino, por el contrario, una conducta activa, positiva y diligente del Estado para hacerlos realidad. Y cuando digo “conducta activa, positiva y diligente”, léase una enorme inversión de recursos públicos.

Como consecuencia, tenemos un catálogo de derechos a los que no se les puede tomar del pelo. Y para hacerlos cumplir se han creado en todas las constituciones modernas instituciones semejantes a nuestra Corte Constitucional.

El constitucionalismo reconoce, sin embargo, que no es materialmente posible garantizar todos esos derechos, a todos los colombianos, de manera inmediata. Ello sería, por supuesto, el mundo ideal: todos los colombianos tendrían una vivienda digna, un servicio de salud integral, una educación primaria gratuita, y un trabajo fijo y estable, con remuneración justa. No es una utopía inalcanzable: los países nórdicos, por ejemplo, se acercan a ese ideal. Pero, por lo pronto, estamos en la obligación de construir una serie de criterios que permitan –dentro del marco de la Constitución– priorizar, moderar y limitar el cumplimiento de esos derechos, en atención a la precariedad de nuestras arcas públicas y según las prioridades de las mayorías democráticas. En principio, entonces, el juez constitucional debe ejercer un control “débil” de constitucionalidad, para no suplantar el proceso democrático.

No obstante, como ya se había mencionado, en el derecho constitucional contemporáneo existen dos reglas fundamentales: 1) hay un componente mínimo de los derechos constitucionales “costosos” que resulta directamente exigible por los ciudadanos a los jueces, y 2) se debe respetar el principio de progresividad, salvo poderosas razones constitucionales. Respecto a este último, se ha sentado doctrina en el sentido de que el avance de los derechos sociales o económicos debe ser progresivo y que lo ya alcanzado no es susceptible de retroceso (esto se consagra en el principio de progresividad que, en general, prohíbe la adopción de medidas regresivas en la protección de un derecho social). En cuanto a la existencia de un componente de los derechos “costosos” directamente exigible, la doctrina ha entendido que existen algunos aspectos de los derechos sociales o económicos

—como el derecho de los menores a la educación pública y gratuita hasta el noveno grado— que por expresa disposición constitucional tienen prioridad en el gasto público y no pueden ser negociados o mermados en el foro democrático. En consecuencia, se ha sostenido que frente a estos derechos —como al derecho a tener un abogado de oficio o a gozar del servicio de justicia— el ámbito de acción del legislador o del gobierno se reduce y el control de constitucional es más estricto o exigente.

Así pues, los ciudadanos pueden exigir a las autoridades el cumplimiento de todos esos derechos (vía, por ejemplo, la acción de tutela, la acción de cumplimiento, o la acción de inconstitucionalidad para que la Corte saque del mundo jurídico una ley que los viole), pues no son simples “buenos propósitos”; pero en cuanto se refiere a la mayoría de los derechos sociales, lo cierto es que es válido introducir limitaciones a los mismos, pues no es posible garantizarlos todos, a todo el mundo, al mismo tiempo. La satisfacción inmediata integral y universal de esos derechos puede conducir a la violación de otros principios constitucionalmente protegidos, como la estabilidad fiscal o la protección del valor de la moneda.

La pregunta relevante es: ¿cómo identificar el contenido de los derechos, bienes y valores constitucionales que realmente resultan vinculantes para el gobierno y que debe ser garantizado por la Corte? Si esto estuviera claro sabríamos si una sentencia se extralimitó —porque fue más allá del contenido constitucionalmente protegido de un derecho— o si, por el contrario, lo que hizo esa corporación fue simplemente cumplir con su tarea como guardiana de la Constitución.

Allí es donde entra a jugar la prueba de razonabilidad. Originalmente concebida para evaluar las limitaciones al derecho a la igualdad (¿es razonable que un minero de socavón se pensione un poco más temprano que, digamos, un publicista, o por el contrario, esa diferencia de trato viola el principio de igualdad?), hoy en día esta prueba se aplica, en términos generales, a toda limitación introducida por el legislador a un derecho consagrado en la Constitución. Esta prueba parte de la idea de que no es posible establecer de manera absoluta y a priori, de una vez y para siempre, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho constitucional. Ahora bien, toda restricción a un derecho se debe soportar en muy buenas razones constitucionales. Ante la inexistencia de buenas razones constitucionales aflora la parte del derecho que no puede ser restringida y la medida debe ser declarada inconstitucional.

En suma, la pregunta que intenta contestar la prueba es la siguiente: ¿es razonable la limitación que el legislador —o el ejecutivo— ha intro-

ducido al derecho a la igualdad, o al derecho a la educación gratuita, o al derecho a una remuneración mínima vital y móvil, o al derecho a la propiedad y a la libertad de empresa, desde el punto de vista de los restantes derechos, principios y valores de la propia Constitución?

La prueba, a su vez, debe responder varios interrogantes. El llamado “principio de proporcionalidad” es tan sólo uno de ellos. No voy a entrar aquí a explicar cada uno, y ni siquiera intentaré profundizar en lo que corresponde al “principio de proporcionalidad”. Por ahora me limito a decir, como testimonio de la complejidad de este principio, que por mis ojos pasaron varios libros, de más de 700 páginas cada uno, que procuran explicar tan sólo cómo funciona este principio, el cual, repito, no es sino uno de los principios que se examinan al aplicar la prueba de razonabilidad.

Sin embargo, creo haber entendido que lo que el juicio de razonabilidad exige es que existan muy buenas razones para restringir o limitar un derecho o un bien constitucionalmente valioso. En este sentido, si se expide una medida –económica o de cualquier otro tipo– que afecta un derecho constitucional –como los derechos de los trabajadores o algunos derechos sociales– y que va en contravía del principio de progresividad de estos derechos, es necesario demostrar: 1) que la medida se orienta a la búsqueda de una finalidad constitucional (son finalidades constitucionales, por ejemplo, mantener la estabilidad monetaria o promover los derechos de los sectores más pobres y vulnerables); 2) que en sí misma no constituye un medio inconstitucional (como por ejemplo sería expropiar a todo el mundo para satisfacer el derecho a la salud de la población); 3) que es útil y necesaria para alcanzar la finalidad propuesta, y 4) que el beneficio que alcanza es mayor al costo constitucional que genera. Así por ejemplo, para lograr mantener el valor de la moneda no se podría sacrificar todo el gasto social, pues el costo constitucional en un Estado social sería mayor al beneficio alcanzado.

En suma, lo que debe quedar claro es que los derechos constitucionales, y en particular los derechos fundamentales, son un límite a la política económica. En consecuencia, cualquier limitación o disminución del alcance o garantía de estos derechos debe tener una justificación suficiente, en términos del principio de proporcionalidad. En este sentido corresponde a quienes diseñan una política pública que afecta negativamente un derecho, demostrar que tal afectación es necesaria para alcanzar una finalidad constitucional tan importante como el derecho que se restringe. Adicionalmente, deben demostrar que la medida es útil, necesaria y estrictamente proporcionada respecto de la finalidad perseguida. En este sentido resulta importante recordar que la Constitución es una norma que vincula a todas las personas, incluyendo a los economistas<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Botero, Catalina. “Estado Social de Derecho y Economía Social de Mercado

La pregunta que surge, entonces, para economistas y abogados es si el principio de proporcionalidad constituye verdaderamente un límite a la arbitrariedad o al activismo judicial o si, por el contrario, genera mayor inseguridad jurídica y disfrazada el decisionismo judicial.

Pero antes de entrar en ese análisis de caso concreto, quiero dejar constancia de lo siguiente: me parece importante que los diseñadores de política pública económica entendamos y asimilemos la prueba de razonabilidad y su componente más complejo, el principio de proporcionalidad. De lo contrario, seguiremos enfrentando el escollo traumático de los fallos de inconstitucionalidad de la Corte. También me parece fundamental que los abogados comprendan todo lo que está en juego en una política económica, sus efectos y las consecuencias de su inaplicación. Incluso, estas consideraciones son esenciales para la aplicación correcta de la prueba de razonabilidad.

Luego de comprender y traducir una de las herramientas de interpretación más importantes de algunas de las sentencias de la Corte, procederé a exponer ciertas consideraciones sobre la forma en que la Corte ha aplicado esta prueba en determinados casos concretos, y luego presentaré algunas reflexiones sobre la autonomía del Banco de la República, que me ha concernido de manera más directa en los últimos años, aunque se salga un poco del tema específico. En esta segunda parte pretendo mostrar, además, cómo algunas de estas sentencias utilizan otras técnicas de interpretación y cómo han generado, en muchos casos, un importante impacto fiscal y una enorme incertidumbre jurídica.

## CASOS ESPECÍFICOS

### GASTO PÚBLICO

#### **Salarios de los servidores públicos**

Respecto de la presunta inconstitucionalidad de la ley anual de presupuesto, por no incorporar en sus partidas el monto de recursos requerido para que el aumento de los salarios de los servidores públicos sea por lo menos equivalente al incremento del ipc, la Corte se ha pronunciado en más de una ocasión y de manera diversa.

En este contexto ha de tenerse en cuenta que el artículo 25 de la Carta Política señala:

en Colombia: algunas ideas preliminares sobre la relación entre la Constitución y la política económica”.

El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.

A su vez, el artículo 53 de la Constitución, entre otras cosas, dice:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo.

En los fallos de inexecutable proferidos hasta el año 2000, en general, primó la tesis de que no existen razones económicas válidas frente a la restricción de los derechos constitucionales. Los argumentos relacionados con las condiciones macroeconómicas o la existencia de otros derechos, bienes y valores constitucionales fueron considerados irrelevantes por la Corte y rechazados en las sentencias. No obstante, tales argumentos, como es apenas obvio, ya en el pasado constituían una razón de peso para la actuación del ejecutivo y legislativo.

Dentro de ese marco, frente a la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 547 de 1999, en la Sentencia C-1433 de 2000 se establece que como mínimo cada año se deberá producir un aumento general de salarios, para todos los empleados públicos, equivalente al incremento del IPC. Ello con el fin de resguardar a los trabajadores del impacto negativo que en sus ingresos laborales produce la pérdida del poder adquisitivo y el encarecimiento del costo de vida en una economía inflacionaria.

En la sentencia se plantea que la situación fiscal del país no es suficiente justificación para desconocer el ajuste salarial de los empleados públicos. En efecto, la Corte indica que la definición del monto salarial se debe ajustar a las normas constitucionales de las cuales surge, con claridad meridiana, el deber constitucional de conservar el valor real de los salarios. En consecuencia, resulta constitucionalmente obligatorio efectuar los ajustes periódicos por IPC, así como los incrementos adicionales que se justifiquen, atendiendo a los diferentes factores de orden político, social y económico que puedan afectar el valor real de la remuneración.

Sin embargo, frente a otra demanda similar de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuesto 628 de 2000 –por la no incorporación de los montos requeridos para aumentar los salarios de los servidores públicos con el IPC–, la Corte cambia de jurisprudencia (Sentencia C-1064 de 2001). En primer lugar, establece que la sentencia anterior no da pie para hablar de cosa juzgada porque las circunstancias que rodean cada ley de presupuesto son diferentes. En segundo lugar, es-

tablece que se tiene que respetar el derecho de todos los servidores en las escalas salariales superiores a recibir un aumento salarial nominal. De no ser así, la limitación se tornaría en desconocimiento del derecho a la movilidad salarial. Sin embargo, considera que el aumento salarial para estos servidores no necesariamente tiene que ser equivalente al IPC, sino que puede ser proporcional a su nivel salarial en función del criterio de progresividad. En otras palabras, el aumento de los salarios puede ir disminuyendo gradualmente a medida que sube la escala salarial, de tal manera que el porcentaje de aumento de los que ganan menos sea mayor que el de los que ganan más.

En esta sentencia se desarrolla la teoría de que los derechos constitucionales no son absolutos, que pueden ser limitados y que dentro de las obligaciones constitucionales también existe la responsabilidad del Estado por el manejo de la política macroeconómica.

Dentro de ese marco, establece la Corte que para aquellos servidores que devengan salarios superiores al promedio ponderado es razonable, en un Estado social de derecho y en un contexto socioeconómico como el vigente, que su derecho sea limitado, atendiendo criterios de progresividad, equidad y proporcionalidad.

Con esa nueva jurisprudencia se dio marcha atrás al fallo anterior, en aras del principio de progresividad consistente en que en un Estado social de derecho quienes están mejor en la sociedad pueden ser llamados a apoyar a aquellos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, situación de indefensión o desprotección o en estado de marginación.

En el año 2003 se presenta una tercera demanda contra la ley de presupuesto con el mismo argumento (Sentencia C-1017 de 2003) y en los mismos términos de las anteriores. La sentencia, además de esgrimir los argumentos jurídicos para determinar que la constitucionalidad de la ley de presupuesto no es cosa juzgada, establece que si bien la limitación al incremento de los salarios de los servidores públicos puede durar varios años, ésta debe ser transitoria y estar en función de la situación económica. Además, fija un parámetro para definir la limitación del derecho a la remuneración mínima vital y móvil: el 50% del IPC para los trabajadores públicos que devenguen 2 o más salarios mínimos, y el IPC para aquellos que ganan hasta 2 salarios mínimos.

También establece que la proporcionalidad debe llevar a que el incremento de los salarios de los servidores públicos de las escalas superiores no puede ser igual o mayor al de las escalas inmediatamente inferiores. De lo contrario se desconocerían los principios de equidad y progresividad. Además, establece que entre una y otra escala o grado

salarial las distancias entre los porcentajes de aumento no pueden ser grandes con el fin de evitar diferencias desproporcionadas<sup>2</sup>. Por último, señala que la limitación al derecho constitucional no constituye una deuda que adquiere el Estado con cada servidor público y sujeto a reembolso al final de un determinado período.

Tres sentencias distintas en tres años consecutivos en un tema enormemente sensible para la economía nacional y para la política económica del gobierno. Sólo en la segunda y la tercera, sin embargo, se aplicó la prueba de razonabilidad y se admitieron las razones que expuso el gobierno para limitar transitoriamente los derechos<sup>3</sup>. Además, en la tercera sentencia se fijan una serie de parámetros para definir las limitaciones del derecho, so pretexto de que el Congreso no los ha definido mediante ley.

Ahora bien, ¿cómo podemos tener algún nivel de certeza sobre las decisiones futuras de la Corte en esta materia?, ¿estas decisiones están justificadas por la aplicación del principio de proporcionalidad que acá se discute? Al respecto, la Sentencia C-931 de 2004 deja serias inquietudes cuando anota: “El Estado debe garantizar que dentro de la vigencia del Plan de Desarrollo de cada cuatrienio, se avance progresivamente en los incrementos salariales que les corresponden, en forma tal que les permita a los servidores públicos alcanzar la actualización plena de su salario, de conformidad con el índice acumulado de inflación”.

¿Acaso con este planteamiento se está contradiciendo y revisando lo establecido en la Sentencia C-1017 de 2003, según la cual la limitación del derecho constitucional de los salarios de los servidores públicos no constituye una deuda del Estado?

<sup>2</sup> La intensidad del juicio de razonabilidad que se le aplique al derecho vulnerado depende de la relevancia de los valores que se podrían poner en riesgo con la medida objeto de análisis. El fin de la medida es la reducción del déficit fiscal que amenaza gravemente la prosperidad general, la prioridad del gasto social y el principio de solidaridad. Se considera que el fin es imperioso y el medio elegido no está prohibido en el ordenamiento jurídico y es necesario y proporcionado para alcanzar el fin propuesto.

<sup>3</sup> En el marco de un Estado social de derecho, en virtud del principio de solidaridad, quienes están mejor pueden ser llamados a apoyar a aquéllos que se encuentran en estado de vulnerabilidad, indefensión o desprotección o estado de marginación. En este caso, considera la Corte que no es desproporcionado limitar el derecho que tienen los servidores públicos con mejores salarios a mantener el poder adquisitivo, con el fin de no afectar el gasto social. Adicionalmente, la Corte lo considera acorde con los criterios de proporcionalidad y progresividad en la medida en que es una limitación temporal.

## Vivienda

El caso de la vivienda es particularmente ilustrativo de la evolución de las definiciones de la Corte y quizás uno de los que ha promovido mayores controversias. Cabe destacar, antes de profundizar en el tema, que en 1998 estalló una crisis en el sistema financiero, con particular énfasis en el hipotecario, producto del incremento desmesurado de las tasas de interés y de una caída sin precedentes de los precios de la finca raíz.

### *Política de vivienda*

En una primera instancia, ante las demandas presentadas por los deudores hipotecarios, el Consejo de Estado en fallo de 1999 declaró la nulidad del artículo 1.º de la Resolución 18 del 30 de junio de 1995 de la Junta Directiva del Banco de la República, donde se establecía el mecanismo de cálculo de la corrección monetaria (74% de la DTF), pues consideró que el componente principal del UPAC debía ser el IPC y que las tasas de interés eran un elemento accesorio, apenas optativo. De este modo, estimó ilegal que la fórmula de cálculo de la corrección monetaria estuviese basada exclusivamente en la DTF.

Posteriormente, la Corte Constitucional en Sentencia C-383 del mismo año se pronunció respecto del artículo 16 literal f de la Ley 31 de 1992, según el cual la Junta Directiva del Banco de la República debía determinar la fórmula del UPAC “procurando que refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía”. En esta sentencia, la Corte estima que en la fórmula de cálculo del upac no se puede incluir la DTF, pues al reflejar los movimientos de la tasa de interés de la economía, cuando éstos son superiores al IPC, se afecta el derecho a una vivienda digna. Según la Corte, la introducción de ese factor encarece el crédito en desmedro del deudor y a favor de la entidad financiera. Además, considera que el Congreso estaba invadiendo la autonomía que la Constitución le asignó a la Junta Directiva del Banco de la República, al expedir una ley por medio de la cual le impartía instrucciones en el sentido de cómo establecer la fórmula de cálculo del UPAC. Así las cosas, la Corte declara inexecutable la norma, lo que implica la obligación inmediata de adecuar el saldo de las obligaciones hipotecarias en UPAC a su incremento en el IPC, excluyendo el efecto de la DTF.

Ese mismo año, ante una demanda de inconstitucionalidad de las normas que soportaban el sistema de financiación de vivienda UPAC, la Corte (Sentencia C-700) estimó que eran contrarias a la Constitución

por encontrarse contenidas en decretos legislativos expedidos por el Presidente y no en leyes emanadas del Congreso. En esta ocasión, la Corte optó por emitir un fallo ultractivo, dándole al gobierno y al Congreso un período de tiempo para cumplir con sus obligaciones. La Corte decidió que la vigencia de dichas normas se prorrogaría como máximo hasta el 20 de junio de 2000, mientras el Congreso de la República expedía una ley marco sobre financiación de vivienda que sustituyera las normas declaradas inconstitucionales.

En esa misma sentencia, la Corte reiteró que se debían adecuar las obligaciones en UPAC al incremento en el IPC y devolver a los deudores lo que hubieran cancelado en exceso. Posteriormente, la Sentencia C-747 del mismo año declaró la inexequibilidad del artículo 121 del Decreto-Ley 663 de 1993, que autorizaba la capitalización de intereses en créditos de largo plazo, en el sentido de excluir dicha posibilidad para la financiación de vivienda, con el argumento de que ésta desborda la capacidad de pago de los deudores y, por tanto, no constituye un sistema adecuado de financiación de vivienda. La Corte, también en este caso, difirió los efectos de inconstitucionalidad hasta el 20 de junio de 2000.

Ahora bien, en desarrollo de los lineamientos de las sentencias C-700 y C-747 de 1999 se expidió la Ley 546 de 1999 que modificó el régimen hipotecario de UPAC a UVR, según lo ordenado por la Corte, y declaró la reliquidación de las deudas.

Dicha ley fue demandada y en Sentencia C-955 de 2000 se estableció una intervención permanente a la tasa de interés que se cobra sobre los créditos de vivienda. La Corte señaló que dicha tasa debería ser la menor del mercado y que en el caso de la vivienda de interés social ésta debería ser aún menor. El argumento sostenido en esta ocasión es que las condiciones económicas de los créditos de vivienda, sobre un bien mérito, no pueden estar sujetas a las fluctuaciones del mercado sino que deben ser intervenidas y controladas por el Estado.

Las implicaciones económicas de este conjunto de decisiones fueron considerables tanto para los deudores hipotecarios como para las entidades financieras y el gobierno. Los deudores vieron reducidos tanto el saldo de sus créditos como los costos financieros. El gobierno y el sector financiero, en particular el hipotecario, cargaron con los costos. Con la sola decisión de reliquidar las deudas se impuso un enorme costo fiscal (cerca de \$3 billones), parte del cual (70%) fue subsanado con cargo a inversiones forzosas del sistema financiero y parte (30%) con cargo a recursos del presupuesto nacional.

Con la imposición de topes a las tasas de interés no sólo se interfirió con el costo financiero de la operación crediticia, sino que se rompió

el equilibrio contractual, en contra de las entidades financieras, al ordenarse la reducción de la tasa de interés sobre contratos ya pactados con cargo a las finanzas de las mismas entidades.

En contraste con los fallos mencionados, la Sentencia C-936 de 2003, que trata el *leasing* habitacional, introduce la prueba de razonabilidad. Esta sentencia abre el espacio para que exista más de un sistema de financiación de vivienda, y para que en lo referente a la vivienda no familiar y de estratos altos exista la posibilidad de otorgar créditos con base en reglas de mercado. De esta manera se reduce la camisa de fuerza introducida en las sentencias anteriores en lo que se refiere a la política de vivienda.

### *Recuperación de cartera*

En lo que respecta a la recuperación de la cartera por parte de los establecimientos de crédito, no sobra recordar que en 1998 el gobierno (Decreto Legislativo 2331 de 1998, en ejercicio de las facultades otorgadas por el Decreto 2330 de 1998 –emergencia económica–) diseñó, entre otras medidas, un sistema de alivios que, además de contemplar una reducción temporal de las cuotas, y mejoras en las condiciones financieras de los créditos hipotecarios financiados con cargo a un gravamen temporal a los movimientos financieros, introdujo la posibilidad de que los bancos recibieran en dación de pago los inmuebles hipotecados cuando la deuda superaba el valor de la vivienda. De esta forma se posibilitó saldar la obligación de los deudores con la sola entrega del inmueble.

La Sentencia C-136 de 1999 condicionó la exequibilidad de esta norma a la aceptación obligatoria de la dación en pago por parte de los establecimientos de crédito y condicionó el empleo de los recursos provenientes del gravamen financiero en beneficio de los deudores, el sector financiero cooperativo y la banca pública, excluyendo expresamente a la banca privada. Esta decisión se basó en la Sentencia C-122 de 1999, que había declarado la constitucionalidad parcial y condicionada del Decreto 2330 de 1998<sup>4</sup>. En este fallo, la Corte arguye que las raíces del problema económico y financiero tenían sus

<sup>4</sup> La Sentencia C-122 de 1999 declara la exequibilidad del Decreto 2330 de 1998 (emergencia económica y social) pero sólo en relación y en función de las personas y sectores materialmente afectados por las circunstancias críticas a que éste alude y que son exclusivamente los siguientes: los deudores individuales del sistema de financiación de vivienda UPAC; el sector de las organizaciones solidarias que desarrollan actividades financieras y de ahorro y crédito, se encuentren o no intervenidas o en liquidación, y las instituciones financieras de carácter público.

orígenes en errores en el manejo de la política económica y que sus efectos eran previsibles y subsanables sin acudir al estado de emergencia económica. Adicionalmente, la Corte cuestionó que la crisis del sector financiero fuera sistémica.

Respecto de la problemática de los deudores hipotecarios, señaló que estos no fueron plenamente informados de los compromisos financieros que adquirieron y que la Constitución debe protegerlos de una evolución desfavorable de las condiciones. De esta manera, el costo de la obligatoriedad de recibir en dación en pago los inmuebles quedó en cabeza de la entidad financiera.

Por otra parte, la Sentencia C-252 de 1998, emitida con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad, declaró exequibles los artículos 2229 del Código Civil y 694 del Código de Comercio –que establecen la prohibición de prepago de las deudas sin anuencia del acreedor– y condicionó dicha exequibilidad a que se exceptuaran los créditos de vivienda, haciendo obligatoria la aceptación de prepago para estos casos por parte del acreedor. Esta decisión tiene sustento en que los créditos de vivienda están regulados por normas específicas de intervención del Estado.

Por último, la argumentación alrededor del cobro de la cartera vencida no deja de ser preocupante. La Sentencia C-955 de 2000, al parecer, estableció que, adicional a los beneficios contemplados en la ley –abonos producto de la reliquidación de los créditos y condonación de los intereses de mora–, las entidades financieras debían reestructurar los créditos, de suerte que todos los deudores quedaran al día. En consecuencia, todos los procesos ejecutivos hipotecarios en curso al 31 de diciembre de 1999 se debían dar por terminados.

Esta apreciación fue ratificada en el Fallo de Tutela 701 de 2004. En éste se establece que uno de los objetivos tanto de la Ley de Vivienda como de la sentencia de control de constitucionalidad fue posibilitar a los deudores acceder a la vivienda a través de créditos ajustados a la Constitución, dada la crisis generalizada de pagos de los deudores, para lo cual los alivios debían lograr restablecer, en lo posible, su capacidad de pago. Según la Corte, esto sería prácticamente imposible para los deudores en mora si los procesos ejecutivos continuaban, debido, entre otras cosas, a la cláusula aceleratoria que hace exigible el monto total de la obligación. Ello implicaba, para dicha corporación, la pérdida del inmueble, por la imposibilidad del deudor de reunir los recursos correspondientes al monto total de la obligación<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> La Corte precisa que aunque con la terminación de todos los procesos ejecutivos vigentes en 1999, las entidades bancarias tienen la carga de iniciar nuevamente

La sentencia se basa en uno de los principios constitucionales relativos a la protección del derecho a la vivienda: “gastos soportables”, desarrollado por la doctrina internacional de los derechos humanos, que señala que los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deben ser de un nivel que no impida ni comprometa el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas<sup>6</sup>.

Respecto de toda esta jurisprudencia, es preciso señalar que entre los distintos costos que asume una entidad financiera cuando otorga crédito, además del que se le reconoce al ahorrador por sus recursos y los costos administrativos en que incurre la entidad, está el riesgo de la operación (crediticia y de mercado).

No es un secreto que el costo de financiar créditos para vivienda de interés social es mayor que el de otro tipo de vivienda, como tampoco constituye ningún misterio que las operaciones crediticias de largo plazo tienen más riesgo y costo que las de corto plazo y que, en el caso de la vivienda, esto es aún más significativo si, además de ser difícil y engorrosa la recuperación de las garantías (alrededor de 5 años), la Corte introduce decisiones no incorporadas en la ley para hacerla más lenta y compleja. Este tipo de medidas, que en apariencia benefician a los más necesitados, terminan produciendo efectos contraproducentes.

Como consecuencia de la limitación a la tasa de interés que se cobra sobre los créditos de vivienda y de la protección que se les extendió a los deudores hipotecarios frente al cobro de la cartera vencida, se desestimuló la colocación de crédito hipotecario, en particular de la vivienda de interés social (vis), frente al otorgamiento de crédito de consumo o comercial, donde hay libertad en el cobro de la tasa de interés y menores riesgos y gastos administrativos. En consecuencia, la cartera hipotecaria pasó del 81% (en 1997) de la cartera total de la banca hipotecaria, al 53% (en 2004); y de \$18 billones de cartera, hoy se tienen \$13 billones.

procesos ejecutivos en caso de que el deudor se constituya nuevamente en mora, ello no genera consecuencias irrazonables, por cuanto tienen las mismas garantías reales. A los demandados, en cambio, de seguirse adelante con la ejecución, les sería prácticamente imposible recuperar sus viviendas, con lo cual se perdería una de las finalidades esenciales de la Ley 546 de 1999.

<sup>6</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 4: El derecho a una vivienda adecuada (pár. 1 del art. 11 del Pacto), Consejo Económico y Social, sexto período de sesiones, documento E/1991/23, 13 de diciembre de 1991. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que los Estados partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso. Además, deberían crear subsidios de vivienda para los que no se pueden costear una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda, entre otras.

Algo similar puede ocurrir con las normas (Ley 861 de 2003 y Decreto 1762 de 2004) que establecen el patrimonio inembargable de las mujeres cabeza de familia, que pueden terminar excluyéndolas del acceso al crédito.

En estas sentencias –excepto en la relacionada con el *leasing* habitacional– el principio de proporcionalidad simplemente se ignora, introduciéndose no sólo enormes rigideces a la financiación de vivienda sino una enorme protección al deudor hipotecario, sin que para ello medien consideraciones de ninguna índole diferentes al derecho a la vivienda digna.

La duda que surge frente a esas sentencias es si la Corte fue fiel a la protección genuina del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vivienda digna o si, por el contrario, se sacó del sombrero –con todo respeto– argumentos que no surgen propiamente de la Constitución. De la lectura de estas sentencias no parece claro que la Corte se haya detenido a pensar en los efectos constitucionales de su decisión, es decir, en los efectos reales sobre el derecho a la vivienda digna no sólo de quienes en ese momento tenían créditos de vivienda sino de los futuros solicitantes. ¿No ha debido la Corte entonces, según la prueba de razonabilidad, preguntarse por los efectos de sus decisiones? ¿No es un paso requerido de dicha prueba averiguar si el efecto real de la decisión judicial es más costoso que el respeto por la normatividad vigente? Estas también parecen preguntas relevantes en un diálogo de este estilo entre economistas y abogados.

Estas anotaciones no obstan para reconocer que la crisis del sistema hipotecario estaba causando un enorme desequilibrio social, al haberse disparado los saldos de las deudas hipotecarias frente al valor de los inmuebles, que llegaron a caer en más del 40% en términos reales, y que, frente a esta situación, ni el gobierno ni el Congreso parecían tener en su momento conciencia ni intención de buscar algún tipo de solución efectiva.

### **Ingresos tributarios**

Por su parte, la Sentencia C-776 de 2003, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el 2% de IVA generalizado, tumbó la norma respectiva por vicios de trámite y con argumentos de equidad, eficiencia, progresividad e igualdad.

En este caso, la Corte sostuvo que si bien el legislador dispone de un amplio margen de acción para estructurar la política tributaria y tiene la potestad de decidir qué bienes y servicios grava con el IVA o excluye de dicho tributo, el ejercicio de esta facultad no es ilimitado,

como no lo es ninguna competencia en un Estado constitucional, aunque en cualquier caso es preciso respetar el marco constitucional. Ahora bien, para encontrar si dicha disposición vulneraba derechos constitucionales, la Corte utilizó la prueba de razonabilidad.

La Corte concluyó que la norma demandada vulneraba, irrazonablemente, el derecho al mínimo vital de la población más pobre y vulnerable. Para llegar a esta decisión, la Corte partió de una definición reiterada del derecho fundamental al mínimo vital, según la cual este derecho consiste básicamente en la posibilidad de acceder a unas condiciones mínimas que aseguren a las personas una subsistencia digna. Se trata de condiciones básicas, ineludibles para cualquier individuo, que escapan a su voluntad y que se enmarcan en el concepto de dignidad humana y, por tanto, la política tributaria propuesta vulnera los principios de equidad y progresividad tributaria<sup>7</sup>. La cuestión era entonces, como lo manda el juicio de razonabilidad, averiguar si la restricción del mínimo vital vía imposición del iva generalizado era razonable. La Corte entendió que una carga de esta naturaleza sobre una población que carece incluso de recursos suficientes para satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas resulta desproporcionada –y por lo tanto irrazonable o inconstitucional– si ésta no se acompaña de políticas efectivas que compensen la afectación al mínimo vital de estas personas. En este caso, la Corte encontró que tales medidas no existían y que, en consecuencia, la norma era inconstitucional.

Además, la Corte estableció que dada la trascendencia de la norma, ésta no fue suficientemente debatida en el Congreso. Al respecto, consideró que el artículo 116 violó de manera manifiesta los principios de progresividad y de equidad que rigen el sistema tributario, interpretados armónicamente con el derecho al mínimo vital en un Estado social de derecho. Según la Corte, tales principios se violan cuando “de manera indiscriminada, sin el mínimo de deliberación pública en el seno del Congreso exigido por el respeto al principio de no tributación sin representación, se modifica un sistema tributario, con graves falencias tanto en el lado de los ingresos provenientes de tributos con diseño progresivo como en el lado del gasto encaminado

<sup>7</sup> Sentencia T-653 de 2004: El mínimo vital tiende a proteger, por ejemplo, el acceso de las personas más vulnerables a una alimentación básica mínima, sin elemento suntuario alguno, que impide que la persona se vea seriamente afectada en su salud e integridad. Para la Corte, cuando una persona de bajos recursos adquiere dichos alimentos –cuando una persona compra una panela– lo hace para satisfacer necesidades básicas urgentes y no por que esté haciendo ejercicio pleno de su libertad como consumidor. Al mismo tiempo, señala que en estos casos no parece razonable derivar de la capacidad adquisitiva de esta persona la idea de que, por esa razón, goza de similar capacidad impositiva.

a cumplir fines redistributivos; mediante la ampliación de la base del IVA a todos los bienes y servicios de primera necesidad, de los cuales depende ineludiblemente el goce efectivo del derecho al mínimo vital de un amplio sector de la población del país, dadas las insuficiencias de la red de protección social” (Sentencia C-776 de 2003).

En suma, para la Corte no es constitucionalmente aceptable que se imponga una carga tributaria sobre los recursos de primera necesidad sin que se establezcan medidas compensatorias para los sectores económicamente más débiles y vulnerables. En esta sentencia aparece claramente la aplicación de la prueba de razonabilidad y constituye un buen caso de estudio a fin de indagar si en verdad esta prueba limita la discrecionalidad judicial o, por el contrario, esconde el activismo judicial.

En particular, lo que la Corte considera como mínimo vital despierta enormes inquietudes. Al respecto en varias sentencias (C-1433 de 2000, C-1017 de 2003, C-1064 de 2001, T-776 de 2003, T-653 de 2004, C-038 de 2004, T-754 de 2004, entre otras), incluida la mencionada, se sienta jurisprudencia en el sentido de que el derecho al mínimo vital es un derecho cuyo contenido debe definirlo el juez de tutela, atendiendo a las características de cada caso y a partir de un análisis cualitativo y no cuantitativo de las necesidades específicas de los afectados. También se anota que las prestaciones derivadas del derecho al mínimo vital no se pueden identificar con el salario mínimo ni con una valoración numérica de las necesidades biológicas mínimas. En consecuencia, no es del todo clara la argumentación que en este sentido sirvió para declarar inexecutable la norma.

Este tipo de apreciaciones introduce una enorme incertidumbre frente a decisiones que al respecto adopte el ejecutivo y el legislativo, en la medida en que no existen garantías sobre la definición que en sentencias futuras utilice la Corte. Al respecto cabe recordar otro concepto de este tipo, ya comentado para el caso de la vivienda, que es el referido al gasto soportable (Sentencia C-963 de 2003 y Sentencia T-701 de 2004).

### **Derechos adquiridos**

La Sentencia C-038 de 2004, que estudia la constitucionalidad de la Ley 789 de 2002 que modificó la jornada laboral, la indemnización por despido injustificado y la remuneración de los dominicales, es de particular interés para este estudio. En dicha sentencia se establecen diferencias entre la definición de un derecho adquirido y otro potencial: los derechos adquiridos gozan de protección constitucional

y no pueden ser desconocidos por leyes posteriores, mientras que las meras expectativas no gozan de esa protección. Esto significa que la ley no puede desconocer situaciones jurídicas consolidadas durante la vigencia de una regulación anterior, pero en cambio puede modificar regulaciones abstractas, aunque éstas impliquen erosionar las probabilidades o esperanzas de alguna persona de obtener algún día un derecho, si la normatividad modificada hubiera permanecido inalterada.

Al respecto anota la Corte que si se admitiera que una mera expectativa pudiera impedir el cambio legislativo, se llegaría a la petrificación del ordenamiento jurídico, puesto que frente a cada nueva regulación alguna persona podría objetar que la anterior normatividad le era más favorable, y no podría entonces ser suprimida.

Entre las razones que argumenta la Corte para declarar exequibles las normas demandadas que flexibilizaban la jornada laboral está el que la exposición de motivos del proyecto de ley, las ponencias y los debates en las cámaras fueron suficientemente amplios y convincentes en la demostración de que la finalidad de las medidas era la de cumplir con otro precepto constitucional: la generación de empleo. En otras palabras, la Corte encontró que las normas demandadas restringían de manera razonable el alcance del régimen laboral anterior, pues según las amplias e importantes razones aportadas al proceso buscaban el logro de una finalidad constitucionalmente importante y resultaban útiles y estrictamente proporcionadas al logro de dicha finalidad.

Frente a la divergencia de opiniones expresadas por especialistas en generación de empleo, la Corte considera que la respuesta adecuada a ese interrogante es que el juez constitucional debe ser deferente con la opción tomada en el debate democrático, y por ello en principio debe aceptar los argumentos económicos propuestos en las estrategias para combatir el desempleo adoptadas por el Congreso, salvo que éstos sean manifiestamente irrazonables.

En este caso, el legislador y el gobierno hicieron la tarea completa: justificaron ampliamente la disminución en la protección al derecho al trabajo, y mostraron como las estrategias propuestas fueron cuidadosamente estudiadas, justificadas y debatidas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia, en cuanto se trata de medidas regresivas en la protección de un derecho social, pero donde el retroceso no puede aparecer excesivo frente a los logros que se pueden alcanzar en términos de generación de empleo. “De no ser así, la prohibición *prima facie* de retroceso en la protección de los derechos laborales carecería de verdadera eficacia jurídica” (Sentencia C-038 de 2004).

Sin embargo, en la Sentencia C-754 de 2004 existen otros planteamientos respecto de los derechos adquiridos. En ésta, frente a una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4.º de la Ley 860 de 2003 que reduce el período de vigencia del régimen de transición en materia pensional, se realiza un amplio análisis de las diferencias que ha establecido la Corte respecto de lo que considera derecho adquirido y derecho potencialmente adquirido. La Corte concluye en este caso que el derecho sí estaba adquirido, en razón de que en la Ley 100 de 1993 se había fijado este derecho previamente. La verdad es que no se entiende cómo situaciones que son idénticas llevan a conclusiones opuestas.

### **Banco de la República**

En materia de cambios constitucionales, hay un aspecto que se reconoce como de especial importancia y sobre cuyas implicaciones todos son o eran conscientes en el momento de su adopción: la autonomía del Banco de la República, sujeta a un control político del Congreso sobre sus actividades. El haberse tenido conciencia respecto de su alcance ha contribuido a que sea exitoso y objeto de menos controversia.

Sin embargo, vale la pena recordar que el ejercicio del control político sobre las actividades del Banco en un comienzo enfrentó la resistencia por parte de éste, lo que se tradujo en una animadversión del Congreso con la Junta, situación que en más de una ocasión ha debilitado la posición del Banco, así ninguna iniciativa legislativa o constitucional orientada a modificar sus funciones haya prosperado hasta la fecha. Ello no obsta para que ocasionalmente se haya limitado su autonomía en razón a que la Junta, en general, ha sido vulnerable frente a amenazas del Presidente de la República o del Ministro de Hacienda de promover la introducción de cambios legales o constitucionales, sin que el Banco cuente con elementos adecuados para defenderse, diferentes de su credibilidad.

Aun así, cabe destacar que si bien no ha prosperado ninguna iniciativa de cambio a nivel del Congreso, no ha ocurrido lo mismo a nivel jurisprudencial. La Corte, en efecto, modificó las funciones de la Junta del Banco de la República al restarle importancia al objetivo de reducir la inflación e incorporar dentro del objetivo de coordinación con la política económica general la generación de empleo y el crecimiento (Sentencia C-481 de 1999); lo anterior en el entendido de que el objetivo del Banco de mantener la capacidad adquisitiva de la moneda no puede desconocer los objetivos de desarrollo económico y social previstos por la Carta:

En la medida en que el Estado como un todo tiene el deber también de buscar el pleno empleo de los recursos humanos (art. 334 C. P.), entonces puede resultar perfectamente razonable recurrir a una política de gasto público activa, incluso con algún déficit presupuestal y una política monetaria más laxa. Esta estrategia puede tener algunos impactos inflacionarios, pero en esas coyunturas puede ser considerada necesaria por los agentes económicos, incluyendo a los propios miembros de la Junta Directiva del Banco de la República.

En esta sentencia, la Corte aplica tangencialmente la prueba de razonabilidad en su análisis.

Por otro lado, la Corte en más de una sentencia también ha defendido la autonomía del Banco frente a posibles injerencias del legislador y el ejecutivo. Es el caso, por ejemplo, de la Ley 546 de 1999 que delegó en el gobierno la facultad de determinar la fórmula de cálculo del valor de la UVR: la Corte declaró (Sentencia C-955 de 2000) inexecutable dicha delegación por estar esa facultad asignada en la propia Constitución a la Junta del Banco de la República. Ello no impide que en otras circunstancias la propia Corte le haya ordenado al Banco cómo debe calcular e intervenir en la determinación de la tasa de interés; como se comentó en lo referido al cálculo de la corrección monetaria y de la tasa de interés que se cobra sobre los créditos hipotecarios. Hasta la fecha, los fallos relacionados con las funciones del banco central, con excepción de todo lo relacionado con la política de vivienda, en la práctica no han modificado de manera sustancial la forma como aquel opera.

## **RESUMEN Y CONCLUSIONES**

### **EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Con la expedición de la Constitución de 1991 se buscó un cambio en términos de la preservación de los derechos fundamentales, en particular, los de las clases menos favorecidas. A pesar de que los distintos gobiernos han buscado a través del tiempo en mayor o menor grado esa política, por uno u otro motivo los resultados han distado de ser los mejores. Basta recordar que la política del presidente Barco se basó en la lucha contra la pobreza absoluta y que, como se ha visto en los más importantes foros multilaterales de los últimos años, éste es un anhelo urgente e indeclinable del mundo civilizado. En ese sentido, es válido concluir que era preciso crear instrumentos e instituciones diferentes de los que se tenían antes de 1991 para acelerar el proceso.

Al respecto, en Cuéllar (2000) se concluye que la población en Colombia está sometida a enormes grados de incertidumbre, no sólo en lo que se refiere a su seguridad personal, sino en todo lo relacionado

con su seguridad económica, lo cual induce la formación de capital social perverso. Se llega a esta conclusión en razón a que en Colombia, si bien se puede hablar de una tendencia grande a la asociación en búsqueda de fines comunes, esta asociación por lo general se basa en la desconfianza interpersonal (una de las más elevadas del mundo), lo que lleva, entre otras, a la conclusión que el capital social surge más para delinquir o para protegerse de los demás (guerrillas, grupos paramilitares, etc.) que para dedicarse a actividades productivas y a la búsqueda del bienestar colectivo.

La Corte ha sido consciente de la necesidad de extender esa mayor protección social a la población, y en ese sentido es válido su esfuerzo en la búsqueda de la preservación de los derechos fundamentales. Es impresionante la transformación que la población viene experimentando en términos de la percepción que tiene, entre otros, de los derechos pensionales, salariales, de salud y respecto de la eficacia y oportunidad de los sistemas de pago. En este sentido, la población ha comenzado a entender que el acceso a una pensión o la atención en salud constituye un derecho y no un favor o un privilegio.

Sin embargo, en el agregado los resultados están lejos de ser los mejores. El ingreso per cápita del país cayó, al pasar de US\$2.158 a US\$1.779 entre 1994 y 2003. Su distribución, medida en términos del coeficiente de Gini (0,6), en 2003 no sólo es una de las peores del continente, sino que empeoró en la última década; así mismo, el desempleo pasó del 10,1% en 1990 al 20% en 1998, así haya caído al 15,5% en 2004, y el indicador de pobreza aumentó del 51,53% en 1997 al 59,8% en 2000.

Estos resultados señalan que si bien a nivel del individuo han mejorado las percepciones y condiciones de la población favorecida, no puede inferirse que haya ocurrido algo similar a nivel colectivo. ¿A nivel constitucional qué es más importante: los derechos individuales o el bienestar colectivo? En la Carta Política, al tiempo que se establecen diversos mecanismos a través de los cuales el individuo puede hacer valer sus derechos, se consagra que los derechos sociales que tienden al mejoramiento del bienestar colectivo tienen prelación sobre el interés individual. Este es un caso típico de tensión constitucional que sus intérpretes tienen que armonizar en procura de evitar lo que viene ocurriendo.

#### EVOLUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

Hasta 1991 fueron esporádicas las veces en que las altas cortes interfirieron en el manejo económico. A partir de entonces, esta interfe-

rencia aparece día a día. Con excepción de las normas relacionadas con la autonomía del Banco de la República, en su momento no hubo conciencia a nivel de la asamblea constituyente, ni del gobierno, de las implicaciones que tendría sobre el manejo de la política económica el nuevo ordenamiento jurídico. No de otra manera se entiende la enorme controversia en torno a los fallos y los traumatismos que han surgido por cuenta de su aplicación.

La discordia vigente entre economistas y abogados, respecto de los fallos de la Corte, con frecuencia se vincula con el modelo económico que teóricamente está incorporado en la Constitución, el cual, en opinión de muchos, riñe con el modelo de economía de mercado puesto en vigencia por el ejecutivo. Cabe señalar algunos apartes del libro de Carlos Bernal Pulido (2003) relacionados con las implicaciones de haber adoptado como derrotero en Colombia el Estado social de derecho:

En el período de entreguerras, la dogmática de los derechos fundamentales se había desarrollado bajo la concepción del liberalismo, que suponía un Estado abstencionista y una persona autónoma. El Estado social se define, por el contrario, como un Estado intervencionista; y la persona que presupone es un individuo carente, necesitado.

Dentro de ese marco, sin restarle importancia al debate en torno al modelo económico, la Corte interpreta la Carta como lo sugiere Bernal Pulido (2003):

Las normas que tipifican los derechos fundamentales sociales no son sólo un medio para la realización de la libertad; dichas normas tienen la finalidad propia de ofrecer a todos los individuos las condiciones mínimas para satisfacer sus necesidades básicas y para sobrellevar una existencia digna. Los derechos fundamentales sociales o de prestación revisten, en este sentido, el carácter de derechos atribuidos sobre todo a quienes carecen.

Así, del carácter vinculante emana el deber de perseguir el fin preciso, lo que implica que el legislador tiene el deber de adoptar medidas encaminadas a obtener la finalidad constitucional y que la inactividad legislativa es en principio incompatible con la Constitución.

En otras palabras:

La nueva Constitución que consagra el Estado social de derecho es garantista por antonomasia y no admite quedarse en la retórica de la defensa de los derechos. Reclama supremacía dentro del ordenamiento jurídico, sus normas son directamente aplicables, prioriza la materialización del derecho frente a la literalidad de la propia ley y erige a la Corte Constitucional en guardián de su integridad, que es tanto como decir de su efectividad<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> López Obregón, Clara Eugenia. "La Corte Constitucional: usurpadora o garantista".

Teniendo en cuenta estos hechos, el estudio de la evolución de los fallos de la Corte permite extraer diversas conclusiones que contribuyen al mejor entendimiento de lo que está ocurriendo.

Primero, cabe destacar que el tipo de análisis que en general realiza la Corte frente a la constitucionalidad de las normas, relacionado con la aplicación de principios de justicia –como es el caso de la equidad, igualdad y progresividad–, no difiere de manera sustancial del que siempre se ha realizado –o pretendido realizar– a nivel económico en el ejecutivo y el legislativo para la toma de decisiones. Sin embargo, éste no ha sido el caso, y quizás ahí se encuentre la falla más protuberante del ejecutivo y el legislativo, en lo relacionado con la prevalencia de los derechos fundamentales constitucionales, su fuerza vinculante y el que la Constitución sea norma de normas.

En segundo lugar, de los fallos proferidos por la Corte es posible identificar no sólo diferentes tendencias “ideológicas”, sino también la utilización de por lo menos dos o tres metodologías de análisis diferentes, lo cual por obvias razones conduce a resultados diametralmente opuestos.

En una primera cosecha de sentencias, que se extiende más o menos hasta el año 2000, en la mayoría de los casos se desconocen las razones que pudo argüir en su momento el Congreso o el ejecutivo –de tipo fiscal o presupuestal, entre otras– para restringir el alcance de ciertos derechos constitucionales. La Corte consideró que los derechos son absolutos y que nada puede justificar su restricción o limitación.

En una segunda cosecha de sentencias, que se extiende del año 2000 hasta comienzos de 2004, se tiende a utilizar la prueba de razonabilidad. Es así como los fallos incorporan una importante reflexión sobre el deber constitucional del Estado de responder en materia económica<sup>9</sup> y admiten la posibilidad constitucional de limitar y condicionar la aplicación de los derechos constitucionales. Para justificar la limitación de los derechos, la Corte arguye que las medidas

<sup>9</sup> “Artículo 334. La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Éste intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

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

restrictivas buscaban una finalidad constitucional necesaria, útil y estrictamente proporcionada al objeto perseguido con dicha finalidad. En otras palabras, siempre y cuando el cambio introducido no afecte un derecho constitucional sin plena justificación, y el medio y el fin utilizados, a su vez, sean proporcionales y constitucionales.

Dentro de esta segunda cosecha de sentencias, la justificación de las iniciativas y el debate a que fueron sometidas las leyes en el seno del Congreso fueron considerados esenciales. Esto, en principio, podría significar un gran avance sobre los planteamientos anteriores, en la medida en que se le introdujo flexibilidad a las normas con base en consideraciones relacionadas con el alcance de otros derechos constitucionales, como es por ejemplo la estabilidad macroeconómica del país o la generación de empleo.

En lo que se podría considerar como una tercera cosecha de sentencias –fallos recientes relacionados con los derechos adquiridos en materia pensional en el período de transición (Ley 100 de 1993) y de salarios de los servidores públicos (C-754 de 2004 y C-931 de 2004)–, si bien se utiliza la prueba de razonabilidad (a semejanza de lo ocurrido con la segunda cosecha de sentencias) se introducen cambios de jurisprudencia, sin que sean del todo claras las razones para ello.

Los fallos correspondientes a la primera cosecha de sentencias –en los que prima la tesis de que los derechos constitucionales son absolutos–, aunque se pueden considerar por algunos válidos desde un punto de vista jurídico e ideológico, implicaron en todo caso enormes erogaciones y por ende enfrentaron serias dificultades presupuestales, y el resultado llegó inclusive a ser contraproducente por la enorme presión fiscal que generaron. La segunda cosecha de una u otra manera, al incorporar elementos de razonabilidad y progresividad, reduce o retarda el impacto fiscal de las sentencias, haciendo más viable su cumplimiento. Sin embargo, con la tercera cosecha parece darse marcha atrás en esa materia, en la medida en que, si bien se utiliza el juicio de razonabilidad, se cambia de postura sin que para ello sean evidentes y explícitas las razones.

De estos hechos y de los salvamentos y aclaraciones de voto frente a las distintas sentencias se concluye que no existe consenso al interior de la Corte respecto de la metodología a ser utilizada en los fallos de constitucionalidad: la que considera absolutos los derechos constitucionales, la que acepta su limitación o la que, aunque acepta su limitación, opta por la vía del cambio de jurisprudencia. Así, dependiendo de la teoría prevaleciente en su momento en el seno de la Corte Constitucional, cualquier cosa puede ocurrir. Basta con seña-

lar que la gran mayoría de las sentencias se deciden por un estrecho margen y que siempre queda la constancia de quienes discrepan de la metodología utilizada y de las conclusiones a que se llega en la respectiva sentencia. En consecuencia, independientemente de que el ejecutivo y el legislativo atiendan los razonamientos incluidos en las distintas pruebas o juicios de constitucionalidad, cualquier cosa puede ocurrir.

#### EL GASTO SOCIAL Y SU FINANCIAMIENTO

Es claro que la Constitución de 1991 le extendió una serie de derechos a la población y que éstos tienen costos. También es claro que los Estados se configuran en función de las responsabilidades de gasto que se les asignan. En los Estados comunistas, donde se busca que estos suplan todas las necesidades económicas y sociales de la población, simplemente desaparece la propiedad privada y el manejo de todos los recursos y de la producción queda a cargo del Estado; en los países de inspiración socialdemócrata se respeta la propiedad privada, pero se dota al gobierno de recursos en función de los gastos a ser atendidos. Tal es el caso, por ejemplo, de países como Noruega, Suecia o el Reino Unido, donde los ingresos del gobierno central fluctúan entre el 36 y el 40% del PIB. En la medida en que se reduce la responsabilidad del Estado respecto de la atención de los derechos constitucionales disminuye ese porcentaje: en Estados Unidos esa proporción es del 20,7%.

En el caso colombiano, si bien la Constitución estableció una serie de derechos y mecanismos para hacerlos exigibles, la asamblea constituyente no se ocupó de la necesidad de facilitar que el gobierno obtuviera los recursos requeridos para atenderlos, y esto tampoco parece haber sido un problema para la mayoría de las sentencias de la Corte. Así, uno de los interrogantes que enfrenta el país es cómo conciliar el que la Constitución haya creado una serie de responsabilidades de gasto –independientemente de que sea al gobierno y al legislativo a quienes corresponda definir cómo se financian– y que, a su vez, la Corte con frecuencia no encuentre razonable la forma como se obtienen los recursos para financiarlas.

Por lo pronto, la enorme presión de gasto, en buena medida derivada de la Constitución, ha inducido la práctica duplicación de la participación de los ingresos del gobierno nacional en el PIB –del 8,4% en 1990 pasa al 15% en 2004 (proyectado)–, y aun así no ha sido posible reducir el déficit (5,6% del PIB en 2003), sin que dichas cifras incluyan una serie de fallos judiciales recientes, como es por ejemplo el caso de la Sentencia C-754 de 2004 sobre pensiones y de

la sentencia del Consejo de Estado de 2001 sobre salarios de la rama judicial.

Para atender los gastos crecientes ha sido preciso promulgar, desde 1990, 20 leyes que contemplan modificaciones a las normas tributarias —algunas declaradas inexequibles por parte de la Corte—, y habrá que realizar muchas más, a menos que se llegue a algún acuerdo que incluya tanto la cuantificación de los recursos que se requieren para atender las necesidades de gasto contempladas en la Constitución como la forma de suplirlas de manera progresiva. No se puede desconocer que Colombia, con US\$1.800 per cápita, no puede hacer en materia social lo que hace un país industrializado con US\$30.000 o US\$40.000.

La definición de lo que se considera gasto público social y su financiamiento reviste la mayor importancia, pues constituye uno de los puntos más álgidos del debate en torno al contenido y alcance de la Constitución de 1991. Por lo pronto, esta definición ha quedado a cargo de la Corte, en la medida en que no se ha tramitado una ley estatutaria al respecto. Esto no obsta para anotar que su definición a nivel legal, además de que puede llegar a ser muy complejo y generar graves problemas, no obvia el problema.

No se puede ignorar que para su funcionamiento un Estado no sólo necesita recursos para atender el gasto social —definido como gasto en salud, educación, etc.—; su complemento es la administración del Estado y la necesidad de proteger en su integridad física a la población y asegurarle algún grado de seguridad jurídica a sus ciudadanos. Tampoco se puede desconocer que se requiere de inversión en infraestructura para generar actividad productiva y, en consecuencia, bienestar y empleo. Priorizar el gasto no es tarea fácil: en determinadas circunstancias una carretera puede llegar a ser más importante que una escuela o un puesto de salud.

Por lo pronto, los criterios que han prevalecido en la Corte dificultan, por no decir imposibilitan, el manejo ordenado del gasto público, en la medida en que con frecuencia, a raíz de los fallos de constitucionalidad, por una parte, surgen necesidades de gasto no previstas y, por otra, en los fallos de constitucionalidad relacionados con las normas tributarias se concluye, cuando afectan a los estratos más pobres, que este tipo de tributos sólo se puede imponer cuando su producto se destine a gasto social. Estas consideraciones podrían ser razonables si todos los gastos sociales estuviesen financiados y la necesidad de la mayor tributación obedeciese a factores diferentes de la necesidad de aumentar los ingresos para atender los gastos crecientes del Estado, incluidos los sociales, lo que no es el caso en Colombia.

## LA PRUEBA DE RAZONABILIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Si no se incorporan en el diseño y justificación de las políticas económicas los parámetros introducidos en la Carta Política, que sirven de referencia para los fallos de constitucionalidad de la Corte, ésta continuará realizando análisis económicos parciales, con base en criterios que en buena medida responden a definiciones subjetivas que resultan, cuando menos, ambiguas.

La subjetividad en las decisiones de política siempre ha existido y continuará existiendo, independientemente de quién realice el análisis. La diferencia es que cuando lo hacen las autoridades económicas y el Congreso, de una parte, se responde más a las inclinaciones políticas de quienes fueron elegidos por votación popular y, de otra, no están sujetas a apreciaciones parciales de la realidad económica, sino a una visión de conjunto que incorpora la disponibilidad de recursos y la necesidad de priorizar su asignación, dado que son escasos.

Aun así, cabe destacar —a semejanza del pensamiento expresado por Winston Churchill respecto de la democracia, cuando anotaba: “se ha dicho que la democracia es la peor forma de gobierno, si se exceptúan todas las demás”— los planteamientos de Bernal Pulido (2003) respecto a la prueba de razonabilidad y el principio de proporcionalidad:

... aunque la aplicación del principio de proporcionalidad no constituya un procedimiento objetivo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador, sí cumple en la mayor medida posible, y en comparación con los criterios alternativos, las exigencias de racionalidad y de respeto de las competencias del Parlamento.

Estas apreciaciones validan la utilización de la prueba de razonabilidad como la metodología más idónea para la realización de juicios de constitucionalidad, cuando se presenten casos difíciles en los que surjan colisiones relacionadas con el alcance de los diferentes derechos constitucionales.

Con todo y ello, como él mismo lo anota, la utilización de esta prueba no implica necesariamente que sea dable esperar la permanencia de la jurisprudencia. Bernal, dentro del marco de su análisis, señala que en el ámbito de constituciones como la colombiana los cambios de jurisprudencia buscan subsanar vacíos o acomodar la constitucionalidad de las normas a las circunstancias cambiantes en los países, sin que para ello sea preciso reformar permanentemente la Constitución a nivel del Congreso. Estas apreciaciones tienen de más y de menos. ¿Es dable contar con algún grado de seguridad jurídica? ¿Ello no implica la transferencia de funciones del legislativo a

la rama judicial? Aun así, haciendo caso omiso de estos interrogantes, y a pesar de su importancia, Bernal señala que en los casos en que se producen cambios de jurisprudencia es preciso realizar una justificación intensa del fallo, exigencia que no se compadece con lo que ocurre en Colombia.

En resumen, respecto de la enorme controversia y malestar que generan los fallos de constitucionalidad, la responsabilidad recae sobre más de uno: de una parte, es preciso que las autoridades económicas y el Congreso ahonden en la comprensión del contenido de la Carta, la reglamenten –mediante leyes estatutarias, por ejemplo– y profundicen en la comprensión de las metodologías utilizadas por la Corte para sus fallos. Asimismo, deben entender que la Corte tiene la función de proteger la Constitución respecto de políticas o decisiones económicas que puedan afectarla. En consecuencia, deben hacer mucho más explícita la justificación de las políticas y decisiones de esta naturaleza. Si bien no se obvian todos los problemas, al quedar explícitamente demostrado que con sus políticas el ejecutivo y el legislador buscan una mayor armonización de los bienes, valores y derechos constitucionales eventualmente en conflicto, se tendería a reducir la discrecionalidad de la Corte, lo que garantizaría, al menos parcialmente, la recuperación de la seguridad jurídica.

Y un mínimo de seguridad jurídica es fundamental para el funcionamiento de cualquier Estado. A ello también contribuiría el que, al menos en lo que toca con la metodología a ser utilizada para los fallos, la permanencia de la jurisprudencia y la argumentación para su cambio, se logre algún grado de consenso y constancia en el seno de la Corte, a fin de que sus fallos sean más predecibles: no es lo mismo, por ejemplo, sostener que los derechos fundamentales son absolutos que aceptar que en ocasiones estos se pueden limitar legítimamente.

#### **LIMITACIÓN DE PODERES**

Es un hecho que tanto el ejecutivo como el legislativo perdieron terreno frente a la rama judicial. La pregunta es dónde están los límites entre las funciones de unos y otros. En otras palabras, cuál es el contenido constitucionalmente protegido de los derechos, principios y valores constitucionales. En la Carta se le asignó al ejecutivo y al legislativo la responsabilidad del manejo de la política económica, y ello está plenamente aceptado por la Corte en diversas sentencias, así con frecuencia se señale que es preciso que el legislativo regule el alcance de la Constitución y que las omisiones en este frente responden precisamente a la intromisión de la Corte en asuntos que, de estar regulados, no darían pie a su intervención.

No es dable ignorar que el Congreso juega un papel fundamental en materia constitucional: no sólo elige a los magistrados de la Corte Constitucional, sino que puede aprobar leyes estatutarias limitando su amplio margen de discrecionalidad. Aun así, cabe preguntarse si la Corte se ha extralimitado en el desempeño de sus competencias al darle a las normas constitucionales de contenido económico un alcance que éstas no tienen, como con frecuencia se afirma.

El buen funcionamiento de un Estado depende de la estabilidad de las reglas de juego y de la garantía que tengan los ciudadanos de sus derechos individuales y de propiedad, lo cual a su vez depende de la adecuada separación de los poderes públicos. Sobre ello influye de manera fundamental que el Estado disponga del financiamiento requerido para atender los gastos que se le asignan (North y Weingast, 1989). De lo contrario, como ha sido el caso en Colombia, se torna forzoso cambiar recurrentemente las normas, en particular las tributarias, introduciendo no sólo inestabilidad en las reglas de juego, sino un gran estímulo a la búsqueda de prebendas, que casi necesariamente resultan de la aprobación de cada ley tributaria. Esta situación lleva a que la población canalice más sus esfuerzos hacia la búsqueda de rentas que a la realización de actividades productivas, lo cual no aporta mucho a la búsqueda de una sociedad más equitativa y con mayor bienestar.

La importancia del papel de las instituciones en el desarrollo de las naciones no es discutible. Tampoco es discutible que éstas no surgen de un día para otro sino que son producto de la interacción entre éstas y las organizaciones que se ven afectadas por ellas (North, 1990). Por eso no es sorprendente que un cambio constitucional de la envergadura del que se produjo en Colombia con la Constitución de 1991 requiera de tiempo para digerirse, asimilarse y consolidarse. Pero, dado el caos que vive el país en los más diversos frentes, es preciso no escatimar esfuerzos en la aceleración del proceso y en la búsqueda de entendimiento, al menos en términos del lenguaje, de quienes manejan los distintos factores de poder.

De no lograrse algún tipo de entendimiento, pasarán muchos años (ya llevamos 14) antes de que el país recupere algún grado de certidumbre respecto de las reglas de juego, lo cual le presta un flaco servicio a la estabilidad nacional y al crecimiento económico.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bernal Pulido, C. 2003. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Cuéllar, M. M. 2000. *Colombia un proyecto inconcluso. Valores, instituciones y capital social*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, tomo II.
- Hart Ely, J. 1997. *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores.
- North, D. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York, Cambridge University Press.
- North, D. y W. Barry. 1989. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth Century in England", *The Journal of Economic History* 49, 4.
- Sun Tzu. 2002. *El arte de la guerra*, Bogotá, Editorial Panamericana, 4.<sup>a</sup> reimpresión.