

**LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CON IMPLICACIONES ECONOMICAS:  
REFLEXIONES CON ÁNIMO CONSTRUCTIVO**

**XXVIII JORNADAS COLOMBIANAS DE DERECHO TRIBUTARIO**

**18, 19 y 20 de febrero de 2004**

Manuel José Cepeda Espinosa  
Magistrado Corte Constitucional

Antes de compartir con ustedes algunas ideas sobre el álgido tema de las sentencias de la Corte Constitucional que tienen repercusiones económicas, quisiera transmitirles mis sentimientos de gratitud. Es mucho lo que debo agradecerle al Instituto Colombiano de Derecho Tributario, orientado por prestantes juristas como su actual Director, el Doctor Alfredo Lewin Figueroa, cuya autoridad en la materia se refleja tanto en su merecido prestigio profesional como en el éxito que ha tenido su libro sobre la jurisprudencia constitucional tributaria, ya citado en varias sentencias de la Corte Constitucional. A él, así como a los demás integrantes de los Consejos Directivo y Académico, quiero agradecerles esta honrosa invitación. Además, le agradezco al Instituto su invaluable colaboración académica en la fascinante pero frecuentemente incomprendida labor del juez constitucional. Los conceptos presentados por el Instituto a la Corte cuando ésta lo ha invitado a pronunciarse sobre disposiciones tributarias sometidas a revisión constitucional, han enriquecido las ponencias de los magistrados sustanciadores y han aportado elementos de juicio de especial relevancia para las deliberaciones de la Corporación. Finalmente, a todos los miembros del Instituto debo agradecerles – ya como académico en receso temporal – la admirable constancia con la cual se reúnen cada año a reflexionar sobre temas de la hacienda pública y del derecho tributario, en jornadas como ésta, que hoy me complazco en clausurar.

Como han sido tres días de intenso trabajo, seguramente estimulado por las intervenciones de los profesores nacionales y extranjeros invitados, no los voy a agobiar con un largo discurso sobre el tema que quiero compartir con ustedes, el de las sentencias constitucionales con repercusiones económicas.

## **La necesidad de que el debate sea leal y constructivo**

Quisiera aclarar que estimo no solo necesario sino saludable que las sentencias de la Corte Constitucional sean objeto de debate académico y también público. No solo porque quizás no hay nada más aburrido que torear en una plaza vacía, sino porque una de las funciones del control constitucional es la de estimular un diálogo democrático sobre el significado de las reglas básicas del juego plasmadas en la Constitución y que a todos nos afectan de alguna u otra manera. Además, del debate académico y público respetuoso siempre surgen ideas constructivas.

Preocupa, sin embargo, que el debate se agote en un tira y afloje por defender el terruño de cada cual. Así como no comparto la tesis de que el derecho constitucional es materia exclusiva de los abogados, no creo que la economía sea un asunto reservado a los economistas.

Pero inquieta más que, en ese tira y afloje, cualquier argumento valga, así encierre una contradicción. Por ejemplo, no se puede al mismo tiempo sostener, primero, que la Constitución de 1991 fue demasiado generosa en derechos, reguló en detalle aspectos que inciden en la formulación de políticas públicas y hace muy fácil atacar las leyes en que se articulan las políticas económicas, y, luego, rasgarse las vestiduras porque la Corte Constitucional profiere a petición de tirios y troyanos tantas sentencias en esas materias donde previamente se ha dicho que se abonó el terreno para el litigio constitucional. La verdad es que la Corte Constitucional no se mete en todo, sino que la meten en todo.

Valga recordar que la Corte no es laxa en materia de admisión de demandas de inconstitucionalidad. En promedio rechaza el 43% de todas las demandas. Lo que sucede es que tampoco puede convertirse la acción de inconstitucionalidad, que es ciudadana y pública, en una especie de recurso de casación. Y en materia de tutelas la Corte es aún más severa: selecciona menos del 5% de los fallos de tutela enviados para eventual revisión.

Además de estas preocupaciones e inquietudes, hay algo que verdaderamente alarma, desde una perspectiva académica. Se trata de la simultaneidad de dos

discursos que parecen irreconciliables. Por ejemplo, ante la pregunta de si la confianza ha mejorado hay dos discursos paralelos. El primer discurso es respecto de la Corte. Se dice que ella ha minado la confianza de los agentes económicos porque sus sentencias han creado inseguridad jurídica - algo por lo demás extraño porque lo que ha hecho la Corte es garantizar, en aras de la seguridad jurídica, que las reglas básicas del juego que están en la Constitución se cumplan así ello implique que reglas inferiores a la Constitución sean invalidadas. El segundo discurso es respecto de los buenos resultados económicos alcanzados: se dice, en sentido contrario al primer discurso, que la confianza de los inversionistas privados ha aumentado, que la confianza de los consumidores también, que la credibilidad en el pago de la deuda se ha incrementado a tal punto que han disminuido las tasas de interés y han bajado los spreads de bonos colombianos, en fin.

Mi invitación, muy comedida y respetuosa, es a que el debate no solo continúe sino que se intensifique y profundice, pero que ello ocurra partiendo de los hechos. Es a esos hechos a los que quisiera referirme en esta oportunidad.

Voy a resaltar tres hechos que estimo claves: (i) la controversia sobre las sentencias con impacto económico es de vieja data, (ii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el tema ha evolucionado mucho dentro del mantenimiento de unas constantes imperiosas, y (iii) en otros países, aún del norte, ha pasado lo mismo con las cortes constitucionales, no precisamente por un supuesto tropicalismo jurídico.

**(i) LAS SENTENCIAS CON IMPLICACIONES ECONÓMICAS HAN SIDO PROFERIDAS DESDE HACE MÁS DE NOVENTA AÑOS Y NO SON FRUTO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991.**

El primer hecho es que la controversia en torno a las decisiones judiciales con implicaciones económicas no es un fenómeno que surja en Colombia a raíz de la Constitución de 1991 y de la creación de la Corte Constitucional. Con frecuencia se olvidan los siguientes datos. Primero, que la acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de la cual se han proferido las sentencias con impacto económico, no es un invento del constituyente de 1991. Existe entre nosotros desde 1910 y fue introducida en un contexto de reformas encaminadas a darle garantía a las minorías

políticas. Y el control automático de los decretos legislativos dictados en uso de los estados de excepción se remonta, en su forma actual, a 1968. Segundo, también se olvida que mucho antes de 1991 la Corte Suprema de Justicia profirió sentencias en las cuales se declararon inexecutable total o parcialmente leyes o decretos con fuerza de ley con implicaciones económicas. Tercero, precisamente por eso, los fallos constitucionales con implicaciones económicas han estado presentes en la agenda pública nacional desde mucho antes de 1991. No puedo detenerme en cada una de las muchas sentencias que hoy le achacarían a la Constitución de 1991 pero que en realidad fueron proferidas al amparo de la Constitución de 1886 cuando el control constitucional lo ejercía la Corte Suprema de Justicia.

### **Las reformas tributarias por emergencia económica y los cambios de jurisprudencia.**

Ustedes recordarán muy bien las sentencias sobre las reformas tributarias adoptadas por estado de emergencia económica. En 1974 la Corte Suprema avaló dicha reforma de emergencia, pero en 1983 (Abril 12) la Corte Suprema, 13 contra 11, declaró inconstitucional prácticamente toda una reforma tributaria adoptada por el mismo instrumento de la emergencia económica. En el campo financiero, también fueron controvertidos los fallos relativos a la emergencia económica de 1982, cuando la Corte Suprema de Justicia invalidó parcialmente algunos decretos dictados para estatizar algunas instituciones financieras y tipificar penalmente los autopréstamos. Todo lo anterior ocurrió en virtud del control automático de los decretos dictados por el presidente en desarrollo de un estado de excepción.

### **Las sentencias de los años treinta y el activismo judicial**

Pero la controversia es aún más antigua. Para comenzar, cabe recordar la sentencia de 10 de marzo de 1933 sobre el plazo a partir del cual podrían empezar a ejecutarse las variaciones en las tarifas de aduanas (¿seis meses a noventa días después de sancionada la ley correspondiente?), un tema que por su importancia en la época había sido tratado en varias normas constitucionales.

Y como no mencionar la sentencia de Noviembre 12 de 1937 - decidida por un conjuer ante el empate que se presentó en la Corte Suprema de Justicia - sobre el

nuevo auxilio de cesantía creado en 1934. El demandante sostuvo que dicho auxilio debía aplicarse retroactivamente. Quienes salvaron el voto sostuvieron que sólo se aplicaba, en respeto a los derechos adquiridos, a los nuevos contratos celebrados después de la ley que creó las cesantías porque no se podía imponer a los empleadores, así fuera en aras del interés social, una nueva obligación derivada de una ley posterior y no prevista en los contratos. La mayoría opinó lo contrario y apeló al concepto, también innovador para la época, de la retrospectividad, es decir, al efecto inmediato de las leyes laborales. Esta innovadora tesis condujo a que las cesantías tuvieran que ser pagadas a todos los trabajadores con contrato o relación vigente, así tales relaciones fueran anteriores a la ley de 1934. En este caso perdió la santidad del contrato y ganó la intervención estatal por vía de la creación de un derecho social laboral especial. Pero dos años después sucedió lo contrario.

En Septiembre 4 de 1939, la Corte Suprema de Justicia, dividida 8 contra 5, declaró inconstitucional varios artículos de la Ley 125 de 1937 relativa al polémico tema de la industria bananera. Como lo hizo la Corte de Estados Unidos en el famoso caso *Lochner v New York*, que tumbó las primeras regulaciones del New Deal impulsado por el presidente Roosevelt, en Colombia la Corte Suprema protegió la libertad de contratar del empleador con sus trabajadores y la actividad privada en la industria bananera frente a la intervención económica del gobierno y contra una eventual expropiación. Esta sentencia dijo que la intervención estatal en la economía -ya expresamente autorizada por la Reforma de 1936- debía hacerse integralmente por medio de una ley aprobada por el Congreso, no por decreto basado en una ley, ni siquiera en una ley de facultades extraordinarias. Ello, unido a otros factores, condujo, como se recordará, a que la Constitución fuera reformada en 1945 para permitir que la intervención estatal en la economía se hiciera “por mandato de la ley”, no “por medio de leyes” como dispuso la enmienda de 1936 impulsada por el Presidente Alfonso López Pumarejo.

### **Una sentencia polémica sobre la equidad.**

El tiempo no me permite citar muchas otras sentencias de la Corte Suprema de Justicia dictadas al amparo de la Constitución anterior que tuvieron profundas implicaciones económicas como la famosa sobre la Junta Monetaria (sentencia de diciembre 14 de 1973, votación 13 contra 12) o las múltiples sobre la economía del

café, (sobre la retención cafetera, sentencia de 19 de noviembre de 1969 o sobre la Federación de Cafeteros, sentencia de 14 de octubre de 1970). Pero recuerdo una, de los años setentas, que llevó a que en la Constitución de 1991 se tratara el punto de la equidad. Como es bien sabido, desde 1936 se permitió en Colombia la expropiación sin indemnización por razones de equidad calificadas en una ley aprobada por mayoría absoluta de los congresistas. Cuando la Corte Suprema revisó la Ley 1 de 1972 que aplicó esa disposición constitucional para la expropiación sin indemnización de los predios o zonas costeras del Archipiélago de San Andrés y Providencia que hubieren sido adjudicados como tierras baldías a una persona que no fuera colombiana por nacimiento o vendidas a un extranjero, la declaró inexecutable en ese punto (Sentencia de Noviembre 27 de 1973). Lo más trascendental de esta sentencia fue que la Corte Suprema, dividida 14 contra 11, concluyó que las razones valoradas por el Congreso como equitativas, no eran realmente razones de equidad. Ello llevó a que la Constitución de 1991 prohibiera a cualquier juez controvertir si una razón dada por el Congreso para expropiar era equitativa o no lo era. En el Acto Legislativo 1 de 1999 se derogó esta prohibición.

### **Sentencias con condicionamientos desde hace casi un siglo**

Las sentencias con condicionamientos, es decir, que declaran executable una ley siempre y cuando sea interpretada en determinado sentido compatible con la Constitución y no en otro, incompatible con normas superiores también son de vieja data. Cabe recordar que uno de los primeros fallos de este tipo versó precisamente sobre una norma legal de contenido económico. Fue una sentencia de 1912, o sea de hace más de 90 años, sobre los derechos de los propietarios de ciertas minas. La parte resolutive dijo así: decláranse “inexecutables los artículos 2° de la Ley 40 de 1905, primera parte del 5° de la Ley 21 de 1907 y 6° de la misma Ley, en cuanto comprendan a los propietarios de minas de esmeraldas que hayan redimido legalmente a perpetuidad la propiedad de sus minas, antes de la vigencia del Decreto número 48 de 1905; en todo lo demás son executables dichos artículos”. (Sentencia de Agosto 2 de 1912; votación 7 contra 2)

En conclusión, el primer hecho olvidado es que las sentencias con implicaciones económicas, de inexecutableidad o con condicionamientos, no son fruto de la

Constitución de 1991. Existen desde hace más de noventa años y desde entonces han despertado controversia.

**(ii) DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991 LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL HA EVOLUCIONADO EN TRES ETAPAS.**

El segundo hecho olvidado es que ha habido una evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre cuestiones con implicaciones económicas. Me limitaré a presentarles una visión de conjunto, haciendo énfasis en la tendencia general, no en las excepciones o variantes temáticas y me basaré exclusivamente en las sentencias de la Sala Plena, es decir, sentencias de constitucionalidad y fallos de unificación en tutela. A mi entender, la jurisprudencia constitucional de la Corte Constitucional, en materias económicas *-grosso modo-* se puede agrupar en tres etapas, desde 1991 hasta la fecha.

La primera está comprendida por el período 1992-1997 y corresponde a las sentencias de la Corte anteriores a la crisis económica. La segunda etapa corresponde al período 1998-2000 donde la Corte profirió las sentencias sobre la emergencia económica con la cual se creó el 2 por mil, sobre el UPAC, el Plan Nacional de Desarrollo y el primer fallo sobre los salarios de los servidores públicos. Se trata de la etapa que despertó la controversia sobre el impacto económico de las sentencias de la Corte y cronológicamente se inscribe en los últimos tres años del periodo de los magistrados elegidos en 1993. La tercera etapa empezó en el año 2001 y ha continuado hasta la fecha.

**Dos constantes sobresalientes**

Antes de señalar las características principales que diferencian la jurisprudencia constitucional en estas tres etapas, quisiera resaltar lo que es común a todas ellas. En efecto, a lo largo de estas tres etapas sobresalen dos constantes. La primera es la importancia que la Corte le ha asignado al principio del estado social de derecho fundado en el trabajo y la solidaridad. La segunda es la trascendencia que la Corte le ha dado al principio de dignidad humana que irradia toda la Carta de Derechos y que ha sido un referente permanente del control constitucional, así en algunos casos ello

sea tan solo implícito. Las diferencias que se presentaron en el seno de la Corte entre los magistrados que conformaron la opinión mayoritaria y los magistrados que salvaron el voto tienen que ver con debates interpretativos en torno al alcance del estado social de derecho en el contexto colombiano o respecto de las implicaciones de la Carta de Derechos para el juzgamiento de normas de contenido económico. Pero tanto unos como otros toman como premisas estas dos constantes.

### **Diferencias en las tres etapas**

En cuanto a las características que diferencian cada una de las tres etapas quisiera resaltar tan sólo la principal. Esta tiene que ver con el grado de detalle con el cual la Corte Constitucional define los límites constitucionales aplicables en cada caso, lo cual se refleja en la parte resolutoria de las sentencias y, por supuesto, tiene que ver con el meollo del debate acerca de si la Corte profirió una sentencia que distorsiona la política económica, desconoce las restricciones presupuestales y cierra el margen de acción de las autoridades tanto económicas como políticas.

Así en la primera etapa –periodo 1992-1997- la Corte rara vez fijó reglas jurisprudenciales específicas que pudieran tener implicaciones económicas, pero sí profirió muchas sentencias de trascendencia económica. Entre estas se destacan las que revisaron las leyes relativas a la apertura económica y a las privatizaciones. La mayoría de estas sentencias declararon ajustadas a la Constitución las normas juzgadas y contaron con pocos salvamentos de voto. Inclusive muchas de ellas fueron unánimes. Por eso, en esta primera etapa algunos colegas de la academia criticaban la Constitución de 1991 por ser, a su juicio, “neoliberal”. En cambio en la segunda etapa, a pesar de que la composición de la Corte era esencialmente la misma, sucedió algo diferente. A tal punto que mis colegas académicos dejaron de decir que la Constitución de 1991 era “neoliberal”. En efecto, en esta segunda etapa – periodo 1998-2000- la mayoría de las sentencias declararon inexecutable las normas juzgadas o introdujeron condicionamientos detallados sobre diversos aspectos de contenido económico. En esta segunda etapa las sentencias de exequibilidad condicionada, además de enunciar de manera general la interpretación de la norma juzgada que sería conforme a la Constitución, indicaron en detalle cuáles eran las reglas específicas que se seguían del condicionamiento general. En esta etapa la mayoría de las sentencias tuvieron muchos salvamentos de voto, lo cual

muestra que fueron decisiones difíciles, que al interior de la Corte hubo un debate cuidadoso y álgido de los temas y que operaron los controles internos dentro de la misma Corporación.

En la tercera etapa la mayoría de las sentencias también ha suscitado numerosos salvamentos de voto, con la única excepción de la sentencia en que se declaró inexecutable el artículo que estableció de manera indiscriminada el IVA del 2% para algunos bienes y servicios de primera necesidad, la cual fue unánime. En esta tercera etapa la mayoría de las sentencias son de executibilidad y cuando la Corte ha estimado necesario introducir un condicionamiento, no ha entrado a fijar de manera detallada reglas con implicaciones económicas.

### **Características de la tercera etapa y los fallos sobre salarios públicos.**

Quisiera resaltar algunos elementos adicionales que caracterizan esta tercera etapa. En primer lugar, la Corte ha tenido en cuenta con mayor frecuencia el impacto de sus sentencias con el fin de determinar si ante una declaratoria de inexecutableidad procede diferir a una fecha futura los efectos jurídicos del fallo. Así, en la sentencia C-737 de 2001 difirió los efectos de la inexecutableidad, por vicios de trámite, de la ley que modificó el régimen de regalías. La Corte confirió al Congreso un plazo extenso de más de un año para que expidiera una nueva ley al respecto. Podría citar otros ejemplos de sentencias de inexecutableidad con efectos diferidos pero por razones de tiempo me abstengo de hacerlo. En segundo lugar, la Corte ha concluido que las necesidades del contexto macroeconómico, en especial de orden fiscal, sí pueden ser invocadas como justificación jurídicamente válida para limitar el alcance de principios constitucionales. El primer ejemplo de ello lo constituyen las sentencias sobre la ley de ajuste fiscal en las entidades territoriales (C-540 de 2001 y C-579 de 2001). En ellas la Corte estimó compatible con la Constitución que se limitara la autonomía de las entidades territoriales, entre otros, para sanear sus finanzas, controlar su endeudamiento y reducir su déficit. En tercer lugar, la Corte ha resaltado que cuando existe entre los economistas una controversia legítima en torno a aspectos críticos de la política macroeconómica, la Corte no debe tomar partido en dicho debate y reconocer que el legislador dispone de un amplio margen para diseñar las reglas que han de orientar las decisiones macroeconómicas. Un claro ejemplo de ello es la sentencia C-404 de 2001 en la cual la Corte declaró executable los requisitos para que la Nación pudiera endeudarse en el exterior, los

cuales eran diferentes a los requisitos establecidos para ese efecto a las entidades territoriales. En cuarto lugar, la Corte ha sostenido que el alcance de la Constitución debe apreciarse desde una perspectiva dinámica, no estática, de tal forma que los cambios en el contexto socioeconómico pueden ser relevantes al momento de interpretar el margen con el cual cuentan el legislador y el ejecutivo al momento de diseñar determinadas políticas públicas con incidencia macroeconómica. Por eso, quienes han diseñado la política pública tienen tanto la posibilidad como la carga argumentativa de mostrar que una norma se justifica para responder a las necesidades cambiantes de orden socioeconómico que inspiraron una decisión determinada. El ejemplo típico son los fallos relativos al incremento anual de los salarios de los servidores públicos cobijados por la ley anual de presupuesto, que tanta polémica –saludable por lo demás- han generado. Como se recordará en el año 2001 la Corte Constitucional cambió su jurisprudencia en cuanto a si éstos deberían ser, todos, indexados con la inflación del año inmediatamente anterior. En la sentencia C-1433 de 2000 -la primera sobre el punto- la Corte había ordenado que se aplicara la regla de la indexación para todos los salarios de los servidores públicos. En cambio, en la sentencia C-1064 de 2001 la Corte estimó que las autoridades competentes debían tener un mayor margen de acción para definir la política de salarios públicos teniendo en cuenta las restricciones presupuestales. Entonces, si bien reiteró que el artículo 53 de la Constitución y otras normas concordantes protegen el derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios de los servidores cobijados por la ley anual de presupuesto, admitió que este derecho podía ser limitado para atender prioridades del gasto público social en un contexto de déficit fiscal, alto desempleo y bajo crecimiento económico. No obstante, advirtió que la limitación de este derecho debía respetar el principio de progresividad de tal manera que a mayor salario mayor fuera la limitación, con lo cual los salarios bajos no tuvieran que soportar esta carga e inclusive en las escalas salariales inferiores el aumento se hiciera preponderantemente con base en la inflación. En este segundo fallo, el primero de la nueva Corte sobre el tema, se advirtieron expresamente dos cosas que pasaron desapercibidas: (a) que las autoridades que diseñan la política salarial para el sector público tienen la carga de justificar en cada caso el alcance de las limitaciones a este derecho -por ejemplo en razón de las restricciones presupuestales existentes, la necesidad de estimular la generación de empleo, y las prioridades de gasto público- y (b) que le correspondía al Congreso de la República expedir las normas que precisaran los criterios con los cuales se debía conciliar el

derecho a mantener el poder adquisitivo de los salarios, de un lado, con las prioridades de la política macroeconómica, de otro lado. Así, la Corte reconoció que el Congreso es el primer llamado a definir el asunto y que sólo ante su silencio, es legítimo que la Corte indique cuáles son los criterios de conciliación que han de aplicarse. En el tercer fallo sobre el mismo tema proferido el año pasado C-1017 de 2003 la Corte reiteró esta jurisprudencia. Algunos han visto esta tercera sentencia, la segunda de la nueva Corte sobre el tema, como un cambio jurisprudencial. Pero no lo es. Lo que sucedió en el año 2003 fue que las autoridades que diseñaron la política salarial en el sector público partieron de la base de que la Constitución sería reformada en esta materia por el artículo 14 del referendo. Por eso, como se dio por hecho que la Constitución sería reformada en lo que respecta a salarios de servidores públicos, ni se aplicó la sentencia del año 2001 al definir el aumento del año 2003 ni se defendió en los memoriales que se enviaron a la Corte Constitucional la congelación de salarios. Adicionalmente, el Congreso había decidido que para el año 2003, en cualquier caso, los salarios inferiores a dos salarios mínimos deberían ser incrementados con base en el aumento del IPC del año 2002. Eso fue lo que aplicó la Corte en la sentencia C-1017 de 2003 adoptada en la semana siguiente a la votación del referendo, cuando vencían los términos judiciales para decidir. Pero en lo que respecta a los salarios públicos superiores a dos mínimos, no se adoptaron por vía legislativa parámetros para determinar cómo se haría el aumento en las escalas salariales medias y altas después de cuatro años continuos de políticas de ajuste fiscal. Ante ese silencio del legislador, la Corte aplicó el principio de prohibición de limitaciones excesivas a los derechos y señaló que la restricción máxima, para ese año y dados los silencios mencionados, podía llegar hasta la mitad del aumento a los salarios bajos, mientras no se demostrara, como no se había demostrado en el proceso, que se justificaba en el nuevo contexto una limitación mayor.

Valga anotar que en esta tercera sentencia sobre los salarios de los servidores públicos la Corte reiteró que las restricciones presupuestales valoradas por la política macroeconómica podían justificar la limitación de los derechos. No sobra recordar que por esa misma razón la Corte ha admitido que normas legales para controlar el gasto público se ajustan a la Constitución. Inclusive topes de gasto global han sido declarados constitucionales, como sucedió con el artículo 92 de la Ley 617 de 2000 que prohíbe que hasta el año 2005 el crecimiento anual de los gastos de personal de las entidades públicas nacionales supere, en promedio, el 90%

de la meta de inflación esperada para cada año y que a partir del 2006 estos gastos crezcan en términos reales. Es una sentencia que respalda el ajuste fiscal a nivel nacional, muy importante pero que ha pasado desapercibida (C-459 de 2002).

La quinta y última característica de esta tercera etapa que quisiera resaltar es que la Corte ha valorado la importancia de que a través de procesos democráticos en el seno del Congreso de la República se ensayen fórmulas novedosas para lograr objetivos de la política macroeconómica. A tal punto ha sido la Corte respetuosa de las deliberaciones y decisiones del Congreso respecto del mejor camino para alcanzar metas de política macroeconómica que ha admitido, inclusive, que dicho camino comprenda retrocesos en la protección de los derechos laborales. Mencionó el ejemplo más reciente. A principios de este año la Corte tuvo que resolver si varias normas claves de la reforma laboral que disminuían el alcance de algunos derechos laborales violaban la Constitución. La Corte en la sentencia C-038 de 2004 concluyó que sí era constitucionalmente admisible que se disminuyera el ámbito de protección laboral para introducir mayor flexibilidad en el mercado laboral con miras a estimular la generación de empleo y dijo que la Corte no sería el árbitro entre corrientes económicas enfrentadas en torno a si la flexibilización laboral realmente incrementaría el empleo.

### **El fallo sobre el IVA no es una excepción.**

Se podría pensar que algunos fallos de esta tercera etapa no responden a las características que he mencionado. Sin embargo, los contra ejemplos que a veces son mencionados, en realidad no lo son. Tomemos el caso de la sentencia sobre el artículo 116 de la Ley 788 de 2002 que creaba de manera indiscriminada un IVA del 2% para bienes y servicios de primera necesidad antes exentos o excluidos. Creo que todas las características de la tercera etapa anteriormente enunciadas se predicen de esta sentencia en la cual se declaró inexecutable dicho artículo 116, a pesar de que otros de la misma ley fueron declarados constitucionales. En ella no se fijaron reglas detalladas que restrinjan el margen de acción del Congreso de la República. Así, no se condicionó que los ingresos provenientes de este IVA fueran destinados a gasto público social, como lo sugirió públicamente, después del fallo, un estimado amigo economista. Semejante condicionamiento habría representado, en este preciso caso, una interferencia en las prioridades de gasto que han de ser definidas en el proceso

democrático. Además, la Corte no acogió lo que propusieron algunos intervinientes en el proceso en el sentido de que la Corte declarara inexecutable algunas denominaciones de bienes y servicios, pero declarara constitucionales otras denominaciones. La Corte se rehusó a remplazar al Congreso en la decisión acerca de qué bienes y servicios debían ser gravados con el IVA y cuáles no debían serlo. Esa decisión corresponde al legislador en virtud tanto del principio de legalidad como del canon según el cual no hay tributación sin representación. Adicionalmente, la Corte valoró el contexto socioeconómico e institucional en que el Congreso decidió extender el IVA a productos y servicios de primera necesidad que antes estaban excluidos o exentos, y admitió que la ampliación de la base era una decisión que podía tomar el Congreso siempre que previamente existiera (sin entrar a calificar por ello su suficiencia) una deliberación pública, no a puerta cerrada, en el seno de las Cámaras sobre las implicaciones que ello tenía para la progresividad y la equidad del sistema en su conjunto, teniendo en cuenta tanto el lado de los ingresos como el lado del gasto. Igualmente, la Corte interpretó los alcances del derecho al mínimo vital al momento de determinar el significado del principio según el cual la carga tributaria debe respetar la capacidad económica de las personas, en especial de las de bajos ingresos que apenas logran sobrevivir con el ingreso que tienen. La Corte concluyó esto, sin impedir de manera absoluta que el legislador considere opciones para ampliar la base del IVA, sin inmunizar bienes y servicios frente a este gravamen y sin excluir absolutamente a las personas de bajos ingresos del deber, que todos tenemos, de contribuir a financiar al Estado dentro de conceptos de justicia y equidad. En cuanto a si procedía diferir hacia el futuro los efectos de un fallo con claras implicaciones económicas, la Corte estimó que ello no era necesario dado que la norma declarada inconstitucional entraría a regir el 1º de enero de 2005 lo cual le permitía al Congreso rediseñar el instrumento para hacerlo compatible con la Constitución.

Las sentencias de la tercera etapa indican que la Corte ha considerado necesario tener en cuenta las implicaciones socioeconómicas de sus fallos así como las restricciones de la política fiscal. En todas ellas salta a la vista que la Corte valora el contexto socioeconómico, lo considera relevante para una interpretación vivificante de la Constitución, incorpora los elementos de éste que son pertinentes para ponderar los principios enfrentados y delinear sus alcances e, inclusive, aprecia si las consecuencias económicas de un fallo inciden en el goce efectivo de derechos o en

la realización de principios constitucionales, lo cual justifica permitir que normas declaradas contrarias a la Carta sean aplicadas durante un lapso prudencial mientras las autoridades competentes superan o mitigan el impacto negativo de la inconstitucionalidad.

**El costo de los derechos ha sido relevante pero no determinante en las tres etapas.**

Lo que estas sentencias también muestran de manera evidente es que en la Corte nunca, en las tres etapas de su jurisprudencia, ha sido carta ganadora el siguiente argumento: como la protección de determinado principio constitucional cuesta dinero, entonces la vulneración de dicho principio debe ser permitida por la Corte. No deja de ser preocupante que algunas voces le pidan a la Corte que si defender la Constitución llega a tener un costo económico, cierre los ojos y deje pasar la violación. ¿En qué lugar del mundo una Corte Constitucional ha sostenido que los derechos sólo serán garantizados si su protección no cuesta nada? Una cosa es reconocer que obviamente los recursos son escasos y existen restricciones presupuestales, y otra cosa bien distinta es admitir que los derechos sean violados para ahorrar recursos económicos. La Corte ha reconocido lo primero en múltiples fallos, pero no ha admitido lo segundo. Es que una estadística negativa no da licencia para violar derechos, así como una sentencia no borra la dura realidad de la escasez de recursos. El problema es más complejo y la Corte ha tenido en cuenta los elementos que lo hacen tan difícil.

Y que no se diga que el problema reside en los derechos sociales y económicos, debido a que éstos son los que generan mayor gasto. Sin duda, el derecho a la seguridad social sólo puede ser garantizado mediante gasto público de conformidad con las decisiones que hayan tomado el Congreso y el Ejecutivo y, por lo tanto, una sentencia de la Corte en ese ámbito, puede tener costos económicos. Pero también las libertades básicas tienen una dimensión prestacional que exige gasto público. El ejemplo obvio, en Colombia, es la protección militar de las carreteras para que las personas puedan viajar por Colombia. La libertad de movimiento no consiste solamente en que las autoridades se abstengan de obstaculizar la circulación de las personas. El goce efectivo de la libertad de movimiento requiere de un Estado capaz de crear y mantener las condiciones mínimas de infraestructura y seguridad para

circular. Y eso, cuesta dinero. Por eso un libro clásico sobre el tema intitulado el “Costo de los derechos”, de Stephen Holmes - profesor de Georgetown - y Cass R. Sunstein - profesor de Chicago- lleva como subtítulo - “por qué la libertad depende de los impuestos” (The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W.W. Norton & Company. New York. London, 1999). El propósito básico del libro es mostrar cuánto cuesta mantener un Estado con la capacidad institucional de proteger la libertad, no los derechos sociales y económicos que ahora está de moda colocar en la picota pública. La dicotomía entre derechos de libertad -que supuestamente no cuestan dinero- y derechos socioeconómicos -que sí cuentan- es artificiosa. Por eso, el primer capítulo de este libro se denomina: “Todos los derechos son positivos”, o sea, todos los derechos cuestan y su goce efectivo depende en alguna medida del gasto público.

¿Cuánto cuesta, en Colombia, proteger el derecho a la vida? ¿Cuánto vale garantizar la libertad física? Mucha plata. De ahí que a un colega - que no comparte ningún fallo de la Corte con implicaciones económicas - no le gusten las políticas de seguridad porque implican mucho gasto público e impiden reducir el déficit fiscal. Su solución: derogar toda la Carta de Derechos. Pésima solución, no sólo en el plano de los principios, sino de la práctica. ¿Será que si el derecho a la libertad física o el derecho a la vida no figuran en la Constitución, no es necesario el gasto público para proteger a los habitantes de un país de los peligros de la violencia o de los riesgos provenientes de las enfermedades, los accidentes y el envejecimiento?

Se dirá que ese no es el problema. Se advertirá que de lo que se trata es de impedir que los jueces distorsionen las políticas públicas cuando protegen un derecho o que generen gasto público alterando las prioridades fijadas por las autoridades económicas competentes y debatidas por el Congreso de la República mediante procesos abiertos y democráticos.

### **La importancia constitucional de la calidad de las políticas públicas.**

Pienso que la fuerza de este argumento depende de unas premisas que no siempre se dan realmente en Colombia. La primera premisa es que las políticas públicas en Colombia han sido muy bien concebidas, diseñadas e implementadas. Todos sabemos que eso no es así, salvo contadas excepciones. La segunda premisa endeble

es que las políticas públicas son objeto de una amplia y transparente deliberación democrática en nuestro país. Tampoco es cierto, por lo menos en los casos en los cuales los jueces han protegido derechos. Por ejemplo, ¿Cuándo se debatió democráticamente qué medicamentos y tratamientos están cubiertos por el Plan Obligatorio de Salud y cuáles no lo están? Estoy seguro que cuando ese debate democrático se lleve a cabo, el POS que hoy es definido por autoridades administrativas cambiará significativamente y las tutelas en materia de derecho a la salud serán muy pocas y de bajo impacto.

O quizás no, diría un observador de un tema análogo en los Estados Unidos. Quizás el debate democrático es insuficiente para decidir, dentro de un sistema de aseguramiento, quién se puede curar o vivir y quién debe soportar su enfermedad hasta morir. Así lo sugiere un libro publicado en 1997 sobre el tema, no en Colombia sino en los Estados Unidos. Su título parece el de una película de Hollywood, pero es un libro serio, escrito por un profesor de la Universidad de Chicago – Richard Epstein. Se llama “Peligro mortal: nuestro derecho inalienable a la salud” (Mortal Peril: Our Inalienable Right to Health Care? Addison-Wesley Publishing Company, Inc. New York. 1997). No piensen que es una crítica a la tutela o a los jueces colombianos. No. Las estrellas del libro - y también los malos de la película - son los jueces norteamericanos que, según Epstein, con sus fallos protegiendo la salud han distorsionado el sistema en su conjunto, a pesar de que en dicho país el tema de la salud ha estado en el primer orden de la agenda política. Por fortuna, allá a nadie se le ha ocurrido derogar el derecho a la salud, prohibir que los jueces lo protejan o reformar los mecanismos para acceder a la justicia.

Pero esto nos lleva al tercer hecho al cual quería referirme respecto del debate sobre las sentencias de la Corte Constitucional con implicaciones económicas. Se trata de los referentes del debate acerca de cuál ha de ser el papel del juez constitucional. Se ha vuelto un lugar común decir que en Estados Unidos y en Europa, los jueces constitucionales jamás harían lo que hacen en Colombia. Equivocado. Los hechos muestran lo contrario.

**(iii) EL DERECHO COMPARADO MUESTRA QUE LAS SENTENCIAS CON IMPLICACIONES ECONÓMICAS EXISTEN AÚN EN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA.**

Es sorprendente -por decir lo menos- que los referentes del derecho comparado esgrimidos por quienes se lamentan de lo que ellos califican de extraño o excesivo intervencionismo de la Corte Constitucional, continúen siendo ejemplos puntuales anteriores a la segunda guerra mundial. Se olvida, o quizás se oculta, que el constitucionalismo experimentó en Estados Unidos y en Europa una transformación profunda desde la década de los cincuentas.

Los referentes del derecho comparado invocados por los críticos de la Corte son dos: el conflicto entre el Presidente Roosevelt y la Corte Suprema de Justicia en los Estados Unidos y las competencias limitadas del Consejo Constitucional francés creado en la Quinta República para evitar así lo que los franceses temen desde el viejo régimen: el gobierno de los jueces, como lo llamó Lambert, el autor siempre consultado en estas materias. Ambos hechos son, sin duda, ciertos y relevantes. Pero son reflejo de otras épocas, ya lejanas, caracterizadas por concepciones restrictivas del estado constitucional, del alcance del principio de la separación de poderes y del papel de la rama judicial en la preservación de los pilares fundamentales de la democracia constitucional, así como por un marcado escepticismo acerca de la fuerza de los derechos constitucionales y de las implicaciones jurídicas del principio de la dignidad humana.

Pero las cosas han cambiado mucho en los últimos cuarenta años. Tanto que los críticos de la Corte Colombiana se sentirían en pleno trópico si tuvieran que vivir lo que ha pasado en los países del norte. Menciono algunos ejemplos con el mayor respeto por las Cortes de Europa y Estados Unidos que han proferido las siguientes sentencias:

**Una corte económica europea que se transformó en Corte Constitucional regional.**

Primero, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con sede en Luxemburgo. El magnífico ensayo del profesor español Pedro Herrera Molina publicado en las Memorias de estas jornadas del Instituto me relevan de citar ejemplos de sentencias de dicho Tribunal que han tenido profunda trascendencia económica y, por supuesto, política e institucional. Me limito a resaltar lo obvio:

para construir la comunidad económica europea se consideró necesario crear un tribunal dedicado a resolver controversias económicas en su origen, contenido e implicaciones, relativas a las reglas de juego para la edificación de un mercado común. Así, mientras que en Colombia algunos deploran que se profieran algunos fallos sobre temas que tienen una dimensión económica, en Europa hay un Tribunal dedicado precisamente a eso. Observadores agudos de la evolución de ese Tribunal, como el profesor de Oxford Alec Stone Sweet, (*Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe*. Oxford University Press, New York. 2000). señalan que a raíz de los casos Costa en 1964 y Simmenthal en 1978 (sobre la supremacía del derecho comunitario), Van Grend Loos en 1963 y Van Duyn en 1974 (sobre el efecto directo del derecho comunitario), Von Colson en 1984 y Marleasing en 1990 (sobre la interpretación del derecho nacional de una manera conforme con el derecho comunitario) y Francovich en 1991 (sobre responsabilidad estatal patrimonial), dicho Tribunal se transformó en una especie de corte constitucional regional que protege derechos básicos con trascendencia económica en el ámbito de su competencia europea. El litigio en el Tribunal ha aumentado vertiginosamente, en especial en virtud del artículo 177 del Tratado de Roma que permite a particulares alegar que reglas o prácticas nacionales de un estado son contrarias al derecho comunitario. El juez nacional puede, y en ciertos eventos debe, referir el punto al Tribunal Europeo para determinar cuál es la interpretación correcta del derecho comunitario. Los casos referidos con base en el artículo 177 pasaron de 352 en el periodo 1971-1975 a 1084 en el periodo 1991-1995, o sea que se triplicaron en dos décadas. ¿Se podría construir un mercado común sin un Tribunal que defina la interpretación de las reglas comunes de juego?

### **Ejemplos de Alemania, donde existe el principio de estado social de derecho.**

Segundo, las sentencias del Tribunal Constitucional Federal de Alemania son también ilustrativas. Sólo menciono dos sentencias alemanas de la década de los noventas con grandes implicaciones socioeconómicas. En 1991 el Tribunal profirió una sentencia sobre la reducción del tamaño de la administración pública después de la reunificación de Alemania. Dicha reducción, efectuada en virtud del Tratado de la Unión, comprendía el despido de servidores públicos de Alemania del Este. El Tribunal concluyó que la medida era compatible con la ley fundamental porque se había previsto un periodo de transición de seis meses de un empleo a otro, con el

70% de la remuneración anterior. No obstante, concluyó que sería inconstitucional tratar de manera igual a mujeres embarazadas y mujeres en licencia de maternidad, (que no podían ser despedidas) así como a discapacitados, personas de la tercera edad y cabezas singulares de familia (que debían tener prioridad en el reemplazo), puesto que éstos grupos de servidores eran diferentes a los demás servidores públicos (que sí podían ser despedidos sin condiciones adicionales) para efectos del diseño y aplicación de una política de despidos. Así, sin que exista en la ley Básica Alemana una Carta de Derechos sociales tan generosa como la colombiana, en todo caso con fundamento en el principio de estado social de derecho, en la libertad de escoger profesión u oficio, y en la igualdad, el Tribunal Constitucional protegió a ciertos servidores públicos frente al despido y creó una especie de lo que aquí se ha llamado “retén social”.

El otro caso alemán que quiero mencionar costó, según un constitucionalista germano – 7.3 billones de marcos. Se trata de la sentencia de 1994 sobre una contribución para la industria del carbón. A grandes rasgos, en dicha sentencia se juzgó una carga tributaria, creada hacia 20 años, que recaía inclusive sobre los consumidores domésticos de electricidad para financiar la estabilización de los precios del carbón. El Tribunal consideró que esta carga, así concebida, violaba la igualdad y los principios que rigen las exacciones parafiscales y dispuso que fuera suprimida antes del 1 de Enero de 1996. Compadezco al ministro de finanzas de la época.

### **El caso italiano de las pensiones.**

Tercero, recordemos las sentencias de la Corte Constitucional Italiana, en materia de pensión de vejez. Las protuberantes diferencias en los regímenes de pensión de vejez -fruto principalmente de leyes especiales- llevó a que la Corte italiana se pronunciara en múltiples fallos sobre si estas diferencias violaban el principio de igualdad. Desde 1988 la Corte estimó que el respeto por la discrecionalidad del Parlamento impedía a los jueces corregir las desigualdades en materia pensional. Después de reiterar esa tesis durante cinco años, en 1993 la Corte concluyó que no se podía continuar confiando en que el problema sería solucionado por el legislador. Entonces decidió que la existencia de grandes diferencias para el cálculo de las pensiones según los diversos sectores de la economía era violatoria del principio de

igualdad. Y fue más lejos: ordenó armonizar y racionalizar las diferencias e introducir los correctivos antes de que se expidiera el nuevo presupuesto o, de lo contrario los jueces establecerían los criterios de nivelación. ¡Qué susto!

### **Ejemplos de Francia, donde se le temía al fantasma del gobierno de los jueces.**

Cuarto, miremos un par de sentencias francesas, país donde por el temor al gobierno de los jueces se creó un Consejo Constitucional con competencias muy limitadas si se lo compara con las cortes constitucionales europeas. En 1982 el Consejo Constitucional se pronunció sobre una ley de nacionalizaciones. Entre las decisiones que adoptó al juzgarla se destacan las siguientes: a) violó el principio de igualdad haber excluido de las nacionalizaciones a los bancos cuyo capital pertenecía mayoritariamente a sociedades mutuales o cooperativas del sector financiero, b) violó el principio de estado de derecho permitir que algunos órganos de las entidades nacionalizadas tuvieran la facultad de decidir, de manera discrecional y sin control, sobre la transferencia de algunas propiedades públicas al sector privado, c) violó el derecho a recibir una indemnización justa el método específico establecido en la ley para calcular el valor de cambio de las acciones inscritas en bolsa. Cuatro años más tarde, en 1986, el Consejo Constitucional se pronunció sobre una ley que hacía lo contrario, es decir, una ley de privatizaciones. En su decisión el Consejo Constitucional condicionó la validez de la ley a que no se privatizaran los servicios públicos que denominó “necesariamente nacionales” ni tampoco los “monopolios de hecho”. ¿Cuánto habrán contribuido estas sentencias a petrificar el tamaño del Estado francés?

### **Ejemplos de Estados Unidos sobre el derecho a la salud.**

Quinto, si miramos hacia los Estados Unidos, se podrían mencionar muchas sentencias a pesar de que la Constitución no garantiza expresamente derechos sociales. Tan sólo citaré ejemplos en el ámbito del derecho a la salud, que tanta alarma han generado en dicho país, según el libro que cité. El profesor Epstein deplora que lo que él denomina el “derecho del hospital a excluir pacientes” se haya, sencillamente, esfumado. En 1961 la corte del caso Manlove (Delaware) consideró civilmente responsable a un hospital privado que se rehusó a brindar atención de emergencia a un paciente que confió en la práctica de dicho hospital de prestar un

servicio en esos casos. Luego, en 1975 la corte del caso Guerrero (Arizona) dijo que la atención de emergencia debía ser prestada a los indigentes de manera gratuita y que esta protección se extendía a los inmigrantes ilegales, el afortunado mexicano Guerrero. Estos y otros fallos, llevaron al Congreso de Estados Unidos a responder. No lo hizo contra los jueces, sino regulando las consecuencias de las doctrinas judiciales. En una ley presupuestal de 1986 (El Consolidated Omnibus Budget Reconciliation Act) creó reglas para asegurar la atención de ciertos pacientes en condiciones de emergencia. La obligación del hospital es hacer un diagnóstico y en caso de verificar la existencia de una emergencia, estabilizar al paciente para que pueda ser transferido a otro hospital para continuar el servicio. Así, se buscó controlar los costos y distribuir racionalmente los recursos escasos hacia ciertos pacientes prioritarios, como los niños. Pero los jueces tomaron, a la letra, lo que ordenaba la ley, se queja el profesor Epstein. Deplora entonces el caso Baby K, en el cual una corte federal de apelaciones (del 4to. circuito) decidió que un hospital que admita a un paciente acefálico, en este caso la bebé K, está obligado, si su madre lo solicita, a estabilizar su condición médica de manera gratuita, aun si los protocolos del hospital consideran inapropiado continuar los tratamientos en situaciones como ésta en que no hay ninguna esperanza de recuperación. El juez cambió las prioridades de gasto público y de la política de salud plasmada en la ley, se lamenta el profesor de Chicago.

Por consideración a mis amigos economistas no me detengo en ninguna sentencia norteamericana en materia tributaria. Son muchísimas, a nivel federal, estatal y, además, establecen prohibiciones absolutas de gravar ciertas actividades específicas como por ejemplo algunas asociadas a la libertad de prensa (Caso Grosjean decidido en 1936). Es que en Estados Unidos, para alarma de quienes diseñan las políticas tributarias, se toma muy en serio la máxima sentada por el magistrado Marshall según la cual el poder de imponer tributos es el poder de destruir (“the power to tax is the power to destroy” caso Mcculloch decidido en 1819).

Las sentencias anteriormente mencionadas seguramente desilusionarán a quienes soñaban con vivir en el norte, donde los jueces constitucionales, según creían ellos, no profieren sentencias con implicaciones económicas. He recordado estas sentencias, no para aterrorizarlos ante la duda de si este humilde servidor judicial planea seguir los ejemplos del norte, sino para resaltar un hecho elemental resumido

en el dicho clásico de la economía: no hay almuerzo gratis, ni en Colombia, ni en Estados Unidos ni en Europa. Cuando un país decide ser un estado constitucional respetuoso de los derechos de las personas, asume un costo, no por un supuesto tropicalismo jurídico o por insensibilidad fiscal de los constituyentes o de los jueces, sino por haberse dejado orientar por la convicción íntima de que así lo exige tomar en serio la dignidad humana, la democracia y el estado social de derecho.

### **Una particularidad colombiana desapercibida.**

Nada impide que después de un proceso democrático el constituyente decida que la regla sentada en una sentencia de la Corte Constitucional debe cambiar. Precisamente por eso la Constitución de 1991 es relativamente fácil de reformar. Es mucho menos rígida que la de Estados Unidos, Francia, Alemania o Italia, donde lo que dice el juez constitucional puede terminar siendo la última palabra. Ha pasado desapercibido que ya cinco reformas constitucionales han apuntado a dejar sin fundamento sentencias de la Corte Constitucional en Colombia. El propio referendo de 2003 en materia de salarios buscó permitir la congelación de salarios públicos medios y altos y, como se recordará, la Corte declaró constitucional que ello pudiera suceder, como lo hizo con las otras reformas constitucionales que han echado para abajo algunas de sus sentencias. En Colombia, no en teoría sino en realidad, el constituyente tiene la última palabra, si el legislador no encuentra un camino para lograr fines legítimos por medio de instrumentos compatibles con la Constitución.

### **PREGUNTAS PARA AVANZAR CONSTRUCTIVAMENTE EN EL DEBATE SOBRE LAS SENTENCIAS CON IMPLICACIONES ECONÓMICAS**

Esto nos lleva al tema final que quiero abordar. Hacia dónde apunta esta controversia entre abogados y economistas? ¿Cómo avanzar de manera constructiva en este debate sobre la compatibilidad de las restricciones constitucionales y las restricciones económicas?

Creo que es necesario abrir espacios de diálogo entre economistas y abogados, y también entre quienes diseñan las políticas públicas y quienes las revisan en su calidad jurídica, así como entre quienes protegen los derechos y quienes miden

cuanto cuestan. Pero para que ese diálogo sea constructivo debe no solo ser respetuoso sino partir de una visión global de la evolución de la jurisprudencia, dejar atrás el mito de que sólo en Colombia los jueces constitucionales adoptan decisiones en estos campos, reconocer que de lado y lado existen prejuicios infundados sobre lo que anima al interlocutor, tratar de construir unas premisas comunes de las cuales partir y no ocultar la complejidad del tema.

Las siguientes preguntas muestran que la agenda del diálogo es amplia y difícil:

-¿Con qué criterios se deben armonizar o priorizar los valores de la eficiencia y de la justicia en cada caso concreto? En otras palabras ¿Cómo introducir en las políticas de saneamiento fiscal la cuestión del goce efectivo de los derechos para todos sin destruir esas políticas y, de otro lado, cómo introducir en los análisis jurídicos sobre el alcance de los derechos la cuestión de las restricciones presupuestales sin sacrificar los derechos? Y, siendo provocadores, ¿Deben ser los derechos una variable en la formulación de políticas económicas y debe ser el dinero un valor en la definición de las doctrinas constitucionales?

- Adicionalmente, ¿cómo conciliar las consideraciones de tipo macro y de tipo micro? ¿Cómo puede un juez, al decidir un caso individual que plantea un problema micro, incluir en su análisis jurídico consideraciones de orden macro? Por ejemplo, ¿Puede un juez decidir al resolver un conflicto entre una persona de la tercera edad que requiere un tratamiento de alto costo que no está en el POS y la EPS a la cual está afiliado pero se niega a autorizarlo, que ninguno de los dos tiene la razón porque los recursos escasos para la salud serían mejor asignados en beneficio de los habitantes pobres de la costa pacífica de Colombia que no tienen ni idea que ese caso existe y por supuesto no son parte en el proceso judicial? Y, viceversa, ¿Debe quedar, hasta la eternidad, en manos de los expertos que sin participación democrática diseñaron el POS con base en consideraciones macro, la decisión de quienes han de morir y quienes han de vivir en cada caso futuro que llegue a la justicia?

- Además, ¿Cuál es el peso que deben tener las visiones estáticas y dinámicas de un mismo problema? Los jueces tienden a mirar un caso en el más corto plazo: el presente, no por miopía, sino porque parten de la base de que las reglas básicas de

juego plasmadas en una Constitución deben aplicarse inmediatamente y que su misión como jueces es impedir que sean violadas precisamente para preservar el proyecto constitucional de largo plazo plasmado en la Carta. Los economistas, en buena hora, miran las consecuencias futuras de las decisiones presentes y los efectos perversos de las buenas acciones inmediatas. ¿Pero cómo puede un juez admitir la violación actual de un derecho para no alterar los beneficios que para el goce de ese mismo derecho por parte de otras personas se derivarían en el futuro? Y, de otro lado, ¿cómo incorporar en la protección inmediata de un derecho las variables que permitan hacer sostenible todo el sistema del cual depende que ese derecho pueda seguir siendo garantizado efectivamente en el futuro?

- ¿Será posible avanzar en el diálogo entre economistas y abogados si ambos no miran hacia otras disciplinas que les permitirían identificar qué los une y qué los separa? Por ejemplo, ¿Cuáles son los supuestos éticos que subyacen en las visiones económicas predominantes y en los argumentos constitucionales prevalecientes? ¿En qué se diferencian las imágenes psicológicas, sociológicas y antropológicas sobre el comportamiento humano individual y colectivo que inspiran las tesis económicas y jurídicas? ¿De qué manera incorporan ambas disciplinas el fenómeno del poder y que podrían ambas aprender de la ciencia política? En fin.

- Finalmente, ¿en qué forma deben hacerse públicas no solo las consideraciones empíricas sino los juicios de valor que están detrás de toda decisión que implica distribuir recursos escasos para proteger un derecho y no otro, o para garantizar un derecho más que otro? En esa perspectiva, ¿qué significado debe tener en ese debate público la Carta de Derechos que valoró lo que antes eran intereses legítimos y los transformó en derechos constitucionalmente asegurados?

Sobre estas preguntas se ha escrito mucho, principalmente en Estados Unidos, no sólo en las últimas cuatro décadas sino en los momentos críticos del origen y la evolución de la economía y el derecho contemporáneo. Sin embargo, ello se olvida con demasiada frecuencia cuando en uno y otro campo se ha llegado a consensos tan reduccionistas como asfixiantes. En verdad es difícil encontrar un camino de diálogo constructivo que no pase por mirar más allá de esos consensos intradisciplinarios cuya solidez depende precisamente de no mirar hacia fuera, ni hacia atrás.

Quizás las preguntas que han animado este debate no son sólo relevantes para el derecho y la economía. También lo son y, quizás más, para la ética, la ciencia política y otras disciplinas. Cada una tiene herramientas conceptuales distintas para identificar problemas, analizarlos y solucionarlos. Mi invitación hoy es a no oír a Shakespeare cuando dijo “matemos a todos los abogados”, ni a otro autor menos famoso que se inventó los chistes sobre las predicciones que hacen los economistas y las explicaciones que dan sobre por qué éstas fallaron. Ambas disciplinas, así como otras, tienen mucho que aportar. Mi invitación es a continuar un diálogo constructivo en que todos podemos enriquecernos con nuevas visiones y enfoques, siempre dentro del respeto a las instituciones centenarias y los principios esenciales en que se fundan las democracias y los estados de derecho. Es lo mínimo.