INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO, EN CASOS DE MINA ANTIPERSONA, DE CARA AL ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA AUTONOMÍA JUDICIAL

LEONARDO DE JESÚS ARISTIZÁBAL ZULUAGA
C.C. 1.036.928.579

NATALY VARGAS OSSA
ASESORA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA LATINOAMERICANA – UNAULA
ESCUELA DE POSGRADOS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MEDELLÍN

2020

Tabla de Contenido

Introducción……...4

1. Capítulo 1.

Principio de sostenibilidad fiscal bajo el marco del Estado Constitucional de Derecho ……...…….....12

1.1 El Estado Constitucional de derecho alcance y características…….13

1.2 El Acceso a la Justicia……20

1.3 Autonomía e independencia judicial……...26

1.4 Concepto, alcance y límites del principio de sostenibilidad fiscal……..36

1.5 El principio de Sostenibilidad Fiscal y la Corte Constitucional…….46

1.6 El principio de Sostenibilidad Fiscal y el Consejo de Estado…….53

1.7 Los derechos de las víctimas: verdad, justicia y reparación y el principio de sostenibilidad fiscal…….…….……60

2. Capítulo 2.

Incidencia del principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reparación de daños en casos de mina antipersona …..…….....67

2.1 El control de convencionalidad y las minas antipersona ……...…...68

2.2 El Hecho del tercero en materia de minas antipersona como causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado……..73

2.3 Los fundamentos de responsabilidad extracontractual del Estado…….....79

2.4 Los regímenes de imputación de la responsabilidad extracontractual en caso de mina antipersona: Falla en el servicio, riesgo excepcional, daño especial……..82

2.5 La sostenibilidad fiscal y la responsabilidad del Estado por mina antipersona……..…85

2.6 Las tensiones entre el principio de sostenibilidad fiscal, incidente de impacto fiscal, el principio de autonomía judicial y el acceso a la justicia…….....90

2.7 Excesos del poder judicial o materialización de derechos al establecer la responsabilidad del Estado por minas antipersona …….……96
3.Conclusiones……102
4. Bibliografía……....104

Introducción

Esta monografía jurídica aborda las tensiones que se presentan en el principio de sostenibilidad fiscal y los principios de acceso a la administración de justicia y la autonomía judicial. Para presentar el problema planteado se efectúan las siguientes consideraciones.

Existe una situación problemática que es objeto de estudio en cuanto a la responsabilidad que se pueda imputar al Estado por minas antipersona. Se debe indicar que cuando se hace un juicio de responsabilidad del Estado el Juez debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal, de conformidad con lo ordenado en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011.

Precisamente, se indica que la sostenibilidad fiscal es una limitante al derecho a obtener una reparación por parte del Estado. También que ésta se torna en un condicionamiento para los Jueces al decidir casos de responsabilidad del Estado por mina antipersona y por tanto se pone en riesgo su autonomía judicial.

Adicional a lo anterior, habrá que indicar que una situación problemática que se presenta tiene que ver con la tensión que se vislumbra entre este principio constitucional – *sostenibilidad fiscal- el incidente de impacto fiscal,* y los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, como son la dignidad humana, la solidaridad, la obligación del Estado de proteger a todas las personas en sus derechos, bienes, creencias y libertades.

Todos estos casos de responsabilidad del Estado por mina antipersona tienen un trasfondo que pueden ser analizados en relación con en el principio de sostenibilidad fiscal, porque si se hace prevalecer éste último sobre los fundamentos de responsabilidad del Estado, se exoneraría de toda indemnización o reparación en desmedro de los derechos de las víctimas y evitándose así masivas condenas en contra del Estado y dándose prevalencia al principio de sostenibilidad fiscal sobre los derechos de las víctimas.

Asimismo, debe señalarse que en el objeto de estudio se determinan las implicaciones del principio de sostenibilidad fiscal en la responsabilidad extracontractual del Estado y se establece, efectivamente, que no se está ampliando la responsabilidad del Estado con la utilización del control de convencionalidad en la responsabilidad por minas antipersona y no se desconoce el principio de sostenibilidad fiscal. A la par se determina que el principio de sostenibilidad fiscal choca o condiciona la autonomía judicial y el derecho al acceso a la administración de justicia.

Adicional a lo que se viene presentando del problema de investigación, se hace una crítica a los Jueces sobre el impacto que tienen sus decisiones en las finanzas de la nación, y se ha dicho que algunas providencias constituyen excesos del poder judicial. Lo que también es objeto de estudio

Por otra parte, la formulación del problema es el siguiente: ¿Cuál ha sido la incidencia del principio de sostenibilidad fiscal en la responsabilidad extracontractual del Estado, en casos de mina antipersona, de cara al acceso a la justicia y a la autonomía judicial?

También es necesario señalar que la importancia de la presente monografía se basa en los siguientes aspectos:

Tiene un impacto y beneficio académico, porque da cuenta del principio de sostenibilidad fiscal y si éste se convierte en un condicionamiento para el Juez administrativo para establecer una responsabilidad extracontractual del Estado en casos de minas antipersona, municiones sin explotar y artefactos explosivos improvisados.

Igualmente, se muestra el estado actual de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado y como han establecido caracterización, límites, alcance y aplicación del principio de sostenibilidad fiscal.

Además, como justificación de la importancia de la monografía jurídica, se tiene que establece a partir de instrumentos internacionales como lo es la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el compromiso u obligación internacional del Estado de prevenir la violación de los Derechos Internacionales. También la Convención de Otawa aprobada mediante Ley 554 de 2000, que dispone unas claras obligaciones en cabeza del Estado de desminar todo el territorio nacional y la convención de Ginebra, junto con sus protocolos que establecen una obligación de protección para que las personas no sean vinculados a los conflictos armados, lo que es conocido como el principio de distinción.

Como consecuencia de lo anterior, se advierte que el uso por parte del Juez contencioso administrativo del control de convencionalidad para atribuir responsabilidad al Estado por minas antipersona, no constituye una ampliación de la responsabilidad del Estado.

Asimismo, debe señalarse que éste es un trabajo pertinente por demás, porque desarrolla uno de los temas más novedosos en los últimos años en el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado, como es el principio de sostenibilidad fiscal y su incidencia en las decisiones de los Jueces en casos de mina antipersona.

También, con esta investigación, se buscó analizar la incidencia del principio de sostenibilidad fiscal en la responsabilidad extracontractual del Estado, en casos de mina antipersona, de cara al acceso a la justicia y a la autonomía judicial.

Igualmente, fue propósito de esta monografía describir el concepto, alcance y límites del principio de sostenibilidad fiscal bajo el marco del Estado Constitucional de Derecho, a partir de la doctrina, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, asimismo estudiar las implicaciones del principio de sostenibilidad fiscal con relación al derecho al acceso a la justicia y la autonomía judicial bajo el marco del Estado Constitucional de Derecho e identificar cómo incide el principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reparación de daños en casos de mina antipersona, a partir de los fundamentos que sustentan la responsabilidad extracontractual del Estado, bajo un estado Constitucional de Derecho.

La monografía jurídica tiene como fundamento teórico la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado y la teoría económica del derecho, en la cual se abordan elementos fundamentales para la realización de esta monografía, como es el caso de la sostenibilidad fiscal, teorías del Estado Constitucional y los Derechos Constitucionales Fundamentales.

Para el estudio de la responsabilidad del Estado y el principio de sostenibilidad fiscal se acudió a la doctrina nacional así como a decisiones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. .

En esta monografía jurídica se utiliza un método cualitativo sistemático jurídico. Por cuanto busca explicar, estudiar autores, bases de datos y Jurisprudencia en relación con el principio de sostenibilidad fiscal y su incidencia en la responsabilidad extracontractual del Estado en casos de minas antipersona.

La información que se requirió para realizar esta monografía jurídica se recolectó en bibliotecas de distintas instituciones, tales como: universidades de Antioquia:, en bases de datos como *ebsco*, *e*-libro, entre otras, libros, revistas jurídicas, en la doctrina, en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, así como en fuentes bibliográficas.

También, se puede señalar que la monografía jurídica se divide en dos capítulos, el primero denominado: *"principio de sostenibilidad fiscal bajo el marco del Estado Constitucional de Derecho"* En este primer capítulo se abordan temas trascendentales para la monografía jurídica, como el relacionado con el Estado Constitucional de derecho, el alcance y sus características, en el que se hace un recorrido por los diferentes tipos de Estados que han existido y rescatando sus características principales.

Sobre el tema del Estado Constitucional, se hace referencia a dos elementos esenciales de este tipo de Estado: uno tiene que ver con la autonomía e independencia judicial que es un pilar de este tipo de Estado. Otro de los temas abordados, es el relacionado con los Derechos Constitucionales Fundamentales, los cuáles no siguen el vaivén de las mayorías o el principio democrático. También se hace relación al derecho a la tutela judicial efectiva, en el cual se encuentra incluido el acceso a la administración de justicia.

En este primer capítulo también se aborda el concepto, alcance y límites del principio de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal. Asimismo, se aborda el entendimiento que le ha dado la Corte Constitucional y el Consejo de Estado al principio de sostenibilidad fiscal en términos genéricos, esto es, en casos diversos a las minas antipersona para luego concretarlos precisamente en el caso específicos de las minas antipersona y cómo incide el principio de sostenibilidad fiscal.

Se estudia el criterio de la Corte Constitucional y cómo ha abordado el tema de la Sostenibilidad Fiscal en el estudio de constitucionalidad de leyes, de Actos Legislativos y en sede de revisiones de acciones de tutela y por parte del Consejo de Estado en sus diferentes secciones. Otro aspecto analizado por la monografía jurídica tiene que ver con las sentencias de la Corte Constitucional en relación con los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación en relación con la sostenibilidad fiscal.

El segundo capítulo de la monografía se denomina: *"Incidencia del principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reparación de daños en casos de minas antipersona".* En este capítulo se examina con precisión la incidencia de la sostenibilidad fiscal, el incidente de impacto fiscal y las implicaciones al derecho al acceso a la administración de justicia y la autonomía e independencia judicial.

Otro de los aspectos que aborda el segundo capítulo, hace referencia al control de convencionalidad y la mina antipersona. Se analizan varias sentencias del Consejo de Estado, en las que se condena al Estado Colombiano haciendo uso del control de convencionalidad

y recordando, en especial, las obligaciones internacionales en relación con las obligaciones de demarcación y vigilancia consagradas en la Convención de Ottawa.

Hay un elemento fundamental en la responsabilidad del Estado por mina antipersona y es el relacionado que en la mayoría de los casos estos artefactos explosivos no son sembrados por el Ejército Nacional, sino por grupos organizados al margen de la Ley. La pregunta necesaria que surge es cómo atribuir responsabilidad al Estado por hechos que no ha causado él mismo y si es procedente aplicar el hecho del tercero como una causal de exoneración de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano.

Debe precisarse que se abordan los temas de la sostenibilidad fiscal y las minas antipersona en el entendido que luego de efectuar un rastreo jurisprudencial sobre decisiones de responsabilidad extracontractual del Estado, se advirtió un asunto que llama la atención la Jurisprudencia del Consejo de Estado en su Sección Tercera y es el relacionado con la forma en como lo entiende unos de los magistrados Guillermo Sánchez Luque en la que indica de forma reiterativa que el hecho de condenar al Estado con ocasión de minas antipersona en su criterio comporta un desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal. En este punto es donde se une la sostenibilidad fiscal con las minas antipersona.

No obstante lo anterior, no es que se desconozca que la sostenibilidad fiscal opera en términos generales para las diferentes decisiones incluidos casos de responsabilidad del Estado, sólo que en la monografía se pretendió acentuar este análisis sobre un criterio que la Jurisprudencia de la Sección tercera ya había llamado la atención y es el relacionado con la sostenibilidad fiscal y las minas antipersona al momento de definir la responsabilidad extracontractual del Estado.

Los asuntos que se describen en los subcapítulos siguientes tienen que ver con los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, en los principios de la solidaridad, la equidad, la justicia y la dignidad humana y si los mismos son desconocidos por el principio de sostenibilidad fiscal.

También se hace un estudio posterior sobre los títulos de imputación con ocasión de las minas antipersonas. El título de imputación del que se ha hecho uso para establecer responsabilidad por parte del Estado ha sido la falla en el servicio, en especial cuando se ha considerado que se han desconocido o inobservado obligaciones de carácter internacional, como es la Convención de Otawa o la Convención Interamericana de Derechos Humanos. También se ha aplicado el riesgo excepcional cuando el Estado es el que ha sido quien ha creado el riesgo y también deberá analizarse el daño especial.

Un asunto muy importante analizado por este capítulo, tiene que ver con lo relacionado con la sostenibilidad fiscal y la responsabilidad del Estado por mina antipersona, porque se ha manifestado recurrentemente por el magistrado Guillermo Sánchez Luque, en sus salvamentos de voto, que el hecho de recurrir al control de convencionalidad implica un desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal, que es una obligación de los Jueces tener en cuenta en sus providencias.

Se establece que, efectivamente el principio de sostenibilidad, se traduce en una limitación del derecho al acceso a la administración de justicia e, igualmente, es una limitación a la autonomía judicial, lo que afecta la división de poderes, en especial la autonomía e independencia del Juez, que es una de las garantías de cualquier Estado Constitucional.

Por otro lado, se ha demostrado a lo largo de la monografía jurídica la tensión existente entre los Derechos Constitucionales Fundamentales, con el principio de sostenibilidad fiscal. Esta tensión también es muestra de la tensión que se puede presentar entre la misma Constitución con su parte primera y la Constitución económica.

En efecto, se muestran como resultados de la monografía jurídica, lo relacionado con la tensión que también se presenta entre el principio de sostenibilidad fiscal y los principios de acceso a la administración de justicia y la autonomía e independencia judicial, toda vez que

el Juez no debe tener ninguna limitante que lo ate para tomar determinadas decisiones, el Juez es libre y su única limitante es el propio ordenamiento jurídico.

Un resultado claramente establecido por parte de la monografía, es señalar que el principio de sostenibilidad fiscal se torna, necesariamente, en una limitante para el Juez Administrativo, lo que a la par limita el acceso a la administración de justicia que no debe ser observado meramente en términos formales del acceso a la justicia sino en la posibilidad que se decida efectivamente el caso y la vulneración de la autonomía judicial como principio fundamental del Estado constitucional porque éste principio limita al Juez a la hora de adoptar la decisión, pues tendrá en cuenta condiciones económicas al momento de proferir su sentencia.

Capítulo 1

1. Principio de sostenibilidad fiscal bajo el marco del Estado Constitucional de Derecho

En este capítulo se aborda el sentido que ha dado la Corte Constitucional al concepto de sostenibilidad fiscal y cómo lo utilizó incluso antes del Acto Legislativo 03 de 2011 que modificó el artículo 334 constitucional, análisis que hizo partir de la Ley 819 de 2003, igualmente, el análisis constitucional posterior al Acto Legislativo. Asimismo, este capítulo aborda la forma como se recepcionó en el Consejo de Estado la sostenibilidad fiscal a partir del análisis de sentencias de la Sección Segunda, Tercera y Cuarta.

Igualmente, se realiza una aproximación a los conceptos de autonomía judicial, que se traduce en que el Juez no debe tener ninguna limitante y el acceso a la administración de justicia, la cual no puede ser entendida sólo en términos formales, sino que debe entenderse como el acceso efectivo o idóneo, según los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

También debe indicarse que el Estado Constitucional de Derecho tiene como características especiales el respecto por la división de poderes, en el cual se encuentra al autonomía judicial y, además de ello, en la prevalencia de los Derechos Constitucionales fundamentales, los cuales ostentan la característica especial de ser antimayoritarios. Es por esto por lo que, los Derechos Constitucionales Fundamentales, se tornan en un límite o una barrera infranqueable, tanto para el Estado como para los particulares.

Otros de los aspectos que se analizan en este capítulo, tiene que ver con los derechos de la víctimas, pues quienes sufren los daños a la vida y a la salud ocasionados por la las mina antipersona son víctimas del conflicto armado y, en ese sentido, se aborda desde la Ley de Víctimas y restitución de tierras -Ley 1448 de 2011-, algunas decisiones de la Corte Constitucional relacionadas con el tema y en las que también se ha hecho uso del argumento de la sostenibilidad fiscal.

1.1 El Estado Constitucional de derecho: alcance y características

Carlos Andrés Bernal Castro, aborda la pregunta ¿cómo entender el Estado Social de Derecho? haciendo las siguientes consideraciones: el Estado Social de Derecho, como concepto jurídico, tiene elementos de varios tipos de Estados, como son el Estado Liberal, el Estado democrático y el Estado Social.

El Estado liberal tiene como propósito claro limitar el poder, y garantizar las libertades negativas[1], como sucede, por ejemplo, en la libertad de cultos, libertad de conciencia y derechos similares en los que el Estado no debe intervenir.

Para Carlos Andrés Bernal la libertad en un Estado Democrático, se concreta *"en la capacidad de participar libremente en la toma de decisiones dentro del mismo"*.[2] La democracia en este tipo de Estado no se agota en la democracia representativa, sino que avanza a la democracia participativa, con la posibilidad clara que los ciudadanos pueden participar activamente en la conformación y en el control del poder público, ejerciendo, por tanto, un permanente control al poder.

El Estado Social, tal y como lo habíamos manifestado cuando se hacía alusión al Estado Liberal, tiene una clara diferencia con éste por cuanto es claro que el Estado Social busca garantizar una igualdad material y no se agota en una simple igualdad formal en la forma como se entiende el Estado Liberal. La igualdad material que busca materializar el Estado

---

[1] BERNAL CASTRO, Carlos Andrés. La Corte Constitucional dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad. En: SANIN RESTREPO, Ricardo. Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana – Legis. 2006. P. 248, caracteriza la garantía del Estado de no hacer o de materializar las libertades negativas en los siguientes términos: "Se manifiestan como libertades negativas todos aquellos derechos individualmente en los que el Estado no se encuentra obligado a mover su estructura para que cada individuo los materialice, pues lo que se pide de parte de él es la no participación, (El no hacer) [sic], con la finalidad que cada individuo los desarrolle a su manera, eso sí, lo que se pide al Estado es el respeto para evitar que el u otro los vulnere".

[2] *Ibídem*. P. 249

Social, se traduce en los derechos económicos, sociales y culturales como la salud, la educación y la vivienda.

El Estado Social de Derecho tiene elementos de estos tres tipos de Estado, porque, por un lado, respeta la libertades negativas, pero, además de ello, propende por una igualdad material y, claro está, tiene como unos de sus ejes fundamentales la democracia participativa, sin excluir obviamente la democracia representativa.

El Estado Constitucional[3] de derecho tiene como característica esencial el sometimiento de todo el Estado a la Constitución. Obviamente, en un Estado constitucional, se debe pregonar la existencia de los Derechos Constitucionales Fundamentales, que claramente se concretan como un límite o una barrera infranqueable, que ni el Estado, ni los particulares, pueden sobrepasar.

El Estado Constitucional de Derecho tiene como nota característica la existencia de los Derechos Fundamentales, los cuales han sido definidos[4] como barreras infranqueables que el Estado no puede sobrepasar. En consecuencia, en un Estado Constitucional, el Estado y sus agentes tienen la obligación de respetar los Derechos Fundamentales.

En este orden de ideas, y para citar al Constitucionalista Italiano Maurizio Fioravanti, quien hace una diferenciación entre el Estado de Derecho,[5] el cual tiene como característica propia

---

[3] *Ibídem.* P. 247 "De esta enumeración, se puede concebir el objeto del Estado de Derecho en la sumisión del Estado a las normas de derecho, de tal forma que la norma fundamental del sistema jurídico, que en este caso es la Constitución Nacional, sea la norma rectora por medio de la cual se debe desempeñar la actividad del mismo – por eso se habla en últimas en últimas de Estado Constitucional de Derecho"

[4] CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-046 de 2014. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. "[…] y que las garantías constitucionales operan como barreras infranqueables a la actividad de la institución".

[5] FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo experiencias históricas y tendencias actuales. Editorial Trotta. Madrid. 2014. P. 72: "Pero hay que decir que, en conjunto, en Europa resulta todavía difícil darse cuenta del notable alcance del paso histórico que se está dando del Estado de Derecho fundado en la primacía de la Ley al estado constitucional fundado en la supremacía de la Constitución. En particular, por lo que se refiere al tercer punto de nuestro modelo constitucional relativo al equilibrio entre los poderes, en Europa hay todavía una fuerte tendencia a buscar un poder esencial e íntegramente representativo del pueblo soberano, y por ello rigen todavía las concepciones monistas de la democracia tendentes a identificar un poder por excelencia del que derivan, en cierta medida, los otros poderes".

el sometimiento del Estado a la Ley, por contraposición al Estado Constitucional, en el cual el Estado se somete a la Constitución como norma suprema a partir de la cual deben resolverse todas las controversias que se presenten.

Precisamente, este constitucionalista italiano, aborda el estudio de la Constitución Federal Americana como modelo constitucional, no para desarrollar esta Constitución, sino, por el contrario, para tomarla como referente o modelo constitucional como él la denomina. Esto por los rasgos que se pueden evidenciar en esta Constitución como son: la supremacía de la Constitución, la ordenación de poderes y la existencia de derechos fundamentales.

La Constitución es la Ley suprema del país, ostentando la característica de norma jurídica. La supremacía constitucional implica que está por encima de la voluntad popular. La ley es la manifestación de la voluntad de la mayoría. En un Estado de Derecho se daba prelación a la decisión de la mayoría, esto se trasforma en un Estado Constitucional en el cual la Constitución tendrá supremacía frente al legislador.

Maurizio Fioravanti, determina *"La Constitución como ordenación de poderes"*[6] que se traduce en lo que ha sido característico de los Estados y la división de poderes, sus competencias específicas y la no intromisión de uno sobre los otros. Lo que a todo lugar garantiza los pesos y contrapesos: *checks and balans.* Se pregona un equilibrio entre poderes. Es clara la pretensión de la limitación del poder

Otra característica tiene que ver con el control constitucional que se debe efectuar entre la Constitución Política y una norma jurídica.. La existencia de un tribunal constitucional permite identificar otro elemento característico del Estado Constitucional. En Colombia, por ejemplo, éste control es difuso, por cuanto no sólo la Corte Constitucional lo ejerce, sino que también se encuentra en cabeza del Consejo de Estado, en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad, así como todo Juez en la excepción de inconstitucionalidad o la

[6] Ibídem. P. 68

inaplicación de una norma por ser contraria a la Constitución. Por lo que se afirma que en determinados eventos todos los jueces son Jueces de constitucionalidad.

Manuel García Pelayo refiere[7] al Estado Constitucional como una trasformación de lo que él denomina el Estado legal, en este último se da una primacía de la Ley sobre los demás actos. Por el contario, en el Estado constitucional se manifiesta lo que se conoce como la supremacía constitucional, surge entonces el control de constitucionalidad donde la Constitución adquiere valor normativo y debe ser cumplida como cualquier norma del Estado. Igualmente, como característica del Estado constitucional señala que la división de poderes hace que las decisiones del parlamento no sean absolutas[8].

Por su parte, María José Añón señala las características del Estado Constitucional. Uno de esos rasgos es la limitación del poder, lo que trae aparejado la materialización de los derechos de las personas y el carácter normativo de la Constitución porque tal y cual como lo establece la Constitución, no es un documento político[9], sino jurídico, por tal motivo puede ser exigible judicialmente.

Otro aspecto característico del estado constitucional es la eficacia directa del texto constitucional, sin necesidad de una norma de rango inferior que lo desarrolle para predicar ese rasgo. También es cualidad de este tipo de Estado la existencia de los derechos constitucionales fundamentales pues el Estado se dirige a la protección de los mismos. Añón, citando a L. Ferrajoli, señala sobre los derechos fundamentales: *"[…] están*

---

[7] GARCÍA PELAYO, Manuel. Estado legal y estado constitucional de derecho. Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. N° 82. Universidad Central de Venezuela, Caracas, P. 33

[8] Ídem. P. 39 señala: "[…] un Estado constitucional de derecho no admite que las decisiones del parlamento sean absolutas, omnicompetentes y *eo ipsojustas*, sino que la validez de tales decisiones depende de la concordancia con la Constitución. Estado democrático de Derecho significa, así, un sistema donde la democracia se ejerce dentro de los límites fijados por la Constitución".

[9] AÑON, María José. Derechos fundamentales y Estado Constitucional. En: cuadernos constitucionales de la cátedra fradique furio ceriol N°40. Valencia, 2002. P. 26 "[…] la consideración de la Constitución como auténtica norma jurídica. De ahí el carácter normativo que se le atribuye. En este sentido, la Constitución –y la carta de derechos que incorpora- no es un documento político, sino una auténtica norma jurídica, con eficacia directa en el conjunto del ordenamiento jurídico".

constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías […] en el modelo de Estado constitucional, el Derecho y el poder encuentran su legitimidad en un presupuesto de orden externo que no es sino la persona como valor, y la primacía axiológica de este postulado sobre cualquier otro"[10].

Otra cualidad relacionada con el Estado Constitucional tiene que ver con el papel del Juez, porque en este modelo el Juez crea derecho, para proteger los derechos, las garantías y las libertades, aspecto que, *"En sus pronunciamientos, la Corte Constitucional ha determinado la supremacía constitucional y del Juez como creador de derecho desde los derechos fundamentales, al aceptar un modelo estatal que tiene como privilegio la Constitución y la responsabilidad institucional de garantizar y proteger los derechos de los ciudadanos, concepciones que caracterizan al Estado constitucional"*[11]

.

El Estado Constitucional[12] tiene un claro propósito, y es limitar el poder, el uso desbordado del mismo. También la materialización de los derechos, las libertades y garantías es una clara finalidad de este tipo de Estado.

Esta monografía no tiene nada que ver con el derecho penal, sin embargo, Juan Gabriel Gómez Albarello e Iván Orozco Abad[13] hacen alusión a los conceptos constitucionalismo – legalismo, la reconstrucción del nuevo constitucionalismo, los derechos individuales en relación con los bienes colectivos. Asuntos que se identifican plenamente con el Derecho

---

[10] Ibídem. P. 29

[11] VELASCO CANO, Nicole y LLANO, Jairo Vladimir. Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en el contexto colombiano. Novum Jus. ISSN 1982-6013. Volumen 9 N° 2. Julio - Diciembre 2015. P. 68 -69

[12] PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. EL Ministerio Público en el Estado Social de Derecho. Bogotá. Procuraduría General de la Nación, 2006: P.. 66. "Son rasgos sobresalientes de este modelo de Estado, la supremacía de la Constitución, su valor normativo, la creación de un tribunal Constitucional encargado de hacer valer la fuerza vinculante de la norma de normas, equilibrio entre los poderes del Estado, el protagonismo de los derechos fundamentales , que pueden ser aplicados por la totalidad de los jueces , que bajo este esquema se conciben como jueces constitucionales y la institucionalización de auténticos órganos de control del poder público".

[13] GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel y OROZCO ABAD, Iván. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: editorial Temis. 1999. P. 285

Constitucional y, en específico, con el Estado Constitucional de Derecho que es el objeto de estudio que se está caracterizando.

Las Constituciones contemporáneas tienen sustento en los Estados democrático, social y liberal, estos elementos se encuentran en el Estado Social del Derecho. En específico, se tiene en cuenta el modelo de justicia del Estado liberal como garantía de la no injerencia en la esfera individual. Citando a Dworkin, refieren a los derechos como: *"Cartas de triunfo frente a los objetivos colectivos perseguidos por el legislador y el gobierno"*.[14]

Ahora bien, dentro del Estado Constitucional de Derecho, se ha indicado la importancia que adquieren los Derechos Constitucionales Fundamentales, como nota característica de este tipo de Estado. Por ejemplo, Robert Alexy en su obra *"epílogo a la teoría de los derechos fundamentales"* claramente hace referencia al concepto de los Derechos Fundamentales, caracterizando los mismos.

Identificando los derechos fundamentales como principios, y en el entendido de Robert Alexy como mandatos de optimización: *"[…] Los derechos fundamentales tienen el carácter de principios y de que los principios son mandatos de optimización"*[15]. Los Derechos Fundamentales entendidos como conquista de la humanidad frente al poder estatal y como principios como lo señala Robert Alexy.

Por su parte, en nuestro medio, Tulio Elí Chinchilla Herrera en su texto *"La mayoría no existe. Reglas cuantitativas de la democracia"*, hace alusión a un tema que se aborda en esta monografía y es el referente a las constantes tensiones que se han presentado entre Derechos Constitucionales Fundamentales y el principio democrático. Debe manifestarse que se señaló en la proyecto de acto legislativo que el principio de sostenibilidad fiscal es una manifestación del principio de interés general.

---

[14]Ibídem. P. 117

[15] ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y bienes muebles de España. . Madrid. 2004. P. 13

Sin embargo, se encuentran los Derechos Fundamentales que son antimayoritarios como lo caracteriza Chinchilla Herrera. Y, precisamente, como característica del Estado Constitucional de Derecho, se tienen los Derechos Constitucionales Fundamentales como una clara manifestación o característica esencial de este tipo de Estado.

Para el caso que nos ocupa, es clara la tensión del principio democrático o de interés general o bien común, que en este caso se concreta en el principio de sostenibilidad fiscal, pues se ha echado mano del argumento del interés general como sustento o justificación de la prevalencia del mismo. No obstante lo anterior, se tiene un Derecho Constitucional Fundamental como es el acceso a la administración de justicia y el principio fundamental de un Estado Constitucional de Derecho que se concreta en la independencia y autonomía judicial, clara manifestación de la separación de poderes.

Chinchilla Herrera indica claramente que los Derechos Fundamentales, en relación con las mayorías, estos no siguen el rumbo de las mismas, porque precisamente son conquistas que se deben garantizar a las personas. En consecuencia, los Derechos Fundamentales no están al vaivén de las mayorías.

Tulio Elí Chichilla Herrera pasa a caracterizar lo que es un Derecho Fundamental. Para ello cita su propia obra *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, en la que claramente indica que un Derecho Fundamental[16] es una situación ventajosa, en el que se funda el sistema jurídico constitucional y en el que se agregaría que estos derechos pueden ser exigibles a través de un mecanismo jurídico como sería la acción de tutela.

---

[16] CHINCHILLA HERRERA. Tulio Eli. La mayoría no existe. Reglas cuantitativas de la democracia: En: Legado del Saber. Contribuciones de la Universidad de Antioquia al conocimiento. Medellín. 2003. P. 35 "Defino un derecho fundamental como aquella situación subjetiva ventajosa que por tener una sustentación axiológica sólida – derivar de un valor ético fundante del orden constitucional, verbigracia la dignidad humana-, está dotada del máximo nivel de garantías jurídicas reforzadas, como el supremo poder de reclamación que una persona puede hacer a la comunidad en la que vive. Son derechos originalmente derechos morales [sic] llamados a proyectarse sobre la juridicidad por su hondo anclaje en la ética discursiva compartida por los integrantes de las sociedades occidentales".

Continuando con Chinchilla Herrera, señala que los Derechos Fundamentales son antimayoritarios, lo cual se manifiesta así: *"Uno de los rasgos de tales derechos en la sociedad democrática es su fuerza resistente frente a metas u objetivos de carácter colectivo por deseables que éstos parezca"*[17]. Manifiesta categóricamente el autor, que los motivos o razones de interés común o general no son un argumento válido para desconocer los Derechos Constitucionales Fundamentales, porque estos últimos protegen a la persona frente a las mayorías.

1.2 El Acceso a la Justicia

El Derecho al acceso a la justicia es omnicomprensivo porque, precisamente, garantiza otros Derechos Fundamentales, como por ejemplo la seguridad social y la propiedad privada. Este derecho ha sido también incorporado como parte de la tutela judicial efectiva[18].

Precisamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 10 dispone: *"Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la*

---

[17] Ibídem. P. 35

[18] PERRINO, Pablo Esteban. El Derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción Contencioso Administrativa. En: Revista de Derecho Público.2003. P. 6-9 expone lo siguiente sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva: "El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva es muy amplio, ya que despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, al acceder a la justicia; segundo, durante el desarrollo del proceso; y finalmente, al tiempo de ejecutarse la sentencia. Dentro de dicho esquema, la tutela judicial efectiva comprende el reconocimiento de los siguientes derechos: a) a ocurrir [sic] ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil. b) a acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa. c) a un juez natural e imparcial. d) a la eliminación de las trabas que impidan u obstaculizan el acceso a la jurisdicción. e) a la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión evitándose incurrir en hermenéutica ritualista (*in dubio pro actione*) f) a que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados. g) a la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial. h) a peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende. i) al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse la sentencia. j) a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas k) a impugnar la sentencia definitiva. l) a tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada. m) al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable. n) a contar con asistencia letrada".

determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

El derecho al acceso a la justicia encuentra sustento a nivel internacional en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como a nivel regional con la Convención Interamericana de Derechos Humanos[19] que reconocen este Derecho Humano, específicamente, como garantías judiciales en el artículo 8.

Precisamente, descendiendo al ordenamiento jurídico colombiano, encontramos que la Constitución Política,[20] en su artículo 229, garantiza el derecho al acceso a la justicia como un Derecho Fundamental., gozando de una protección especial. Y es por esto por lo que, se torna este derecho en una barrera infranqueable frente al Estado y se debe analizar su caracterización, alcance y límites para entender, de esta forma, si el principio de sostenibilidad fiscal se torna en una limitación para el ejercicio de cualquier persona de este Derecho Humano y Fundamental.

Y es que el derecho al acceso a la justicia, en términos prácticos, se convierte en una condición de materialización de otros derechos, porque mientras las personas no puedan acceder a la justicia, necesariamente, no podrán materializar sus otros Derechos Constitucionales y de otro nivel, como los de orden legal. En consecuencia, negar el acceso a la justicia, es negar los demás Derechos Constitucionales Fundamentales y demás derechos porque precisamente, por intermedio del acceso a la justicia, es que se logran materializar y proteger los derechos que han sido desconocidos por las autoridades o particulares..

---

[19] CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 16 de 1972. Artículo 8: "1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter […]"

[20] CONSTITUTICIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. ARTICULO 229. **"**Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado".

Por otro lado, Rocío Mercedes Araújo Oñate, hace referencia a los conceptos acceso a la justicia y tutela judicial efectiva; principalmente, frente a este último, se indica que puede ser novedoso en nuestro ordenamiento jurídico y que fue concebido como una garantía de la posguerra, segunda guerra mundial, en especial su origen se remonta a la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y en la Constitución Española de 1978.

Ahora bien, atendiendo a la primera caracterización que pretende efectuar la autora en relación con el derecho al acceso a la justicia, señala que se relaciona con la impartición de justicia y, consecuentemente, con el derecho a impartir justicia. Se corresponde con varios artículos de la Constitución Política de Colombia de 1991 que van desde los principios fundamentales, como son los artículos 1 y 2, 29, que trata sobre el debido proceso, y los artículos 228 y 229. Igualmente, tiene sustento en la Ley estatutaria de administración de justicia[21] – Ley 270 de 1996.

También se señala como un valor constitucional, pues así está consagrado en el preámbulo, de igual forma, es catalogado el acceso a la justicia como un Derecho Constitucional Fundamental, por tal motivo, no está al vaivén de las mayorías y, en consecuencia, se torna en un derecho antimayoritario. Una característica importante, y que materializa precisamente este valor y Derecho Fundamental, es la prevalencia que la Constitución le otorga al derecho sustancial, sobre el derecho adjetivo.

Por ejemplo, sobre la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal, se señala que el proceso es el medio para hacer efectivo el derecho sustancial y por tanto las normas

[21] CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 270 de 1996. Artículo 1o. "Administración de Justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.
ARTÍCULO 2o. Acceso a la Justicia. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público".

procesales no deben hacer uso de formalismos excesivos[22]. El fin del proceso es efectivizar el derecho sustancial.

Araujo Oñate citando una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre garantías judiciales en estados de emergencia para sustentar su análisis sobre el acceso a la Justicia-, señala que éste no puede vislumbrarse en términos formales, esto es, con el análisis de la existencia o no del mecanismo, sino de que el mismo sea efectivo, o en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea un mecanismo idóneo[23].

Igualmente, la relación que guarda el derecho al acceso a la justicia con el derecho a la tutela judicial efectiva, entendiendo que el derecho al debido proceso y el acceso a la administración de justicia constituyen el derecho a la tutela judicial efectiva. En nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, se ha considerado que el derecho a la tutela judicial efectiva guarda estrecha relación con el derecho al acceso a la justicia[24].

---

[22] PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio. La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contenciosa administrativa. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 43, número 119, enero – junio de 2013 P. 655-703, Universidad Pontificia Bolivariana. En: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4828829 Página 675: "Dicha prevalencia del derecho sustancial significa que las formas o procedimientos son instrumentos, medios para la aplicación del derecho material, pero ello no le resta importancia a las normas procesales, sino que genera el juez u operador jurídico, aplique las normas procesales de forma flexible, dúctil o maleable, pues como lo señala el Tribunal Constitucional español en Sentencia del 6 de Junio de 1991, en aplicación de las normas procesales se debe impedir el uso de formalismos o rigorismos excesivos, o de interpretaciones del texto legal, absolutamente lineales o literales que impiden la normal consecución del fin que la norma o normas persiguen, omitiéndose el estudio del fondo del problema en consideración a la forma y solo a ella (STC 128/1991 de 6 de Junio).

[23] ARAÚJO OÑATE, Rocío Mercedes. Acceso a la Justicia y Tutela Judicial Efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. Revista Estudios Socio-Jurídicos. 2011. P.. 253 en la que indica citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "… [sic] la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de derechos reconocidos por la convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido, debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla". Y continúa ilustrando sobre supuestos en los que la Corte ha establecidos casos en los que no existe recurso judicial efectivo, así "… [sic] no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resultan ilusorias. Ello puede ocurrir por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión, o, por cualquier causa, no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial" (p. 254).

[24] Ibídem P.253, así: "[…] También la Corte Constitucional ha señalado que el derecho fundamental de acceso a la justicia guarda estrecha relación con el derecho al recurso judicial efectivo como garantía necesaria para

Por tal motivo, se concluye que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye el acceso a la justicia, en términos de Rocío Araújo Oñate, es omnicomprensiva[25], que incluye el acceso a la justicia pero no se agota en él, materializando las garantías que de él se derivan, protegiendo derechos e intereses legítimos.

Aunado a lo anterior, se tiene que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el derecho o garantía a la tutela judicial efectiva en el entendido que esta se traduce en garantizar principalmente recursos efectivos. Esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se garantiza formalmente con el mero hecho de garantizar el recurso de acceso, sino que, por el contrario, se traduce en una materialidad del mismo en el sentido que el recurso debe ser efectivo o idóneo.

Se reitera, el carácter de la tutela judicial efectiva no debe ser operativo y, ante todo, el fin último de la justicia será materializar el derecho sustantivo. Porque de nada sirve garantizar el acceso a la administración de justicia si no se garantiza el derecho sustancial.

Por su parte, el Consejo de Estado[26], especialmente en su Sección Tercera, ha hecho uso de la tutela judicial efectiva para resolver casos de hechos, omisiones de la administración que

---

asegurar la efectividad de los derechos, como quiera que "no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso. Funda la Corte dicha relación en el principio constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho formal, advirtiendo por lo tanto que el derecho a acceder a la justicia no cumple su finalidad con la sola consagración formal de recursos y procedimientos, sino que requiere que estos resulten realmente idóneos y eficaces".

[25] Ibídem. Pág. 268

[26] MELÓN SANDOVAL, Yolanda, ORTEGA MARTÍNEZ, Edwin Danilo: El Derecho a la tutela judicial efectiva y aplicación al medio de control reparación directa en Colombia. Trabajo de grado para optar el título de abogado. En: https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/1671 P. 106. "En igual sentido el Consejo de Estado encuentra que el referido concepto del derecho fundamental de acceso a la justicia para esta época se enmarca dentro de la efectividad material del derecho sustancial, y para ello se soporta en la Tutela Judicial Efectiva, el principal deber del Estado, representado por órganos jurisdiccionales de permitir el acceso de los administrados a un proceso contencioso y su directa participación en él, interpretando la normatividad procesal como el medio de efectivización del derecho sustancial". Y continúa " […] el derecho fundamental de acceso a la justicia no se entiende agotado con el mero diseño normativo de las condiciones de operatividad y debe

han causado un daño al administrado en los que, por ejemplo, en relación con las copias simples, se les ha dado valor probatorio[27] con el argumento de materializar el derecho sustancial sobre el formal, también en otros casos en los que precisamente ha garantizado estos derechos.

No garantizar los derechos al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva ha sido considerado por los tribunales nacionales como la vulneración a los Derechos Fundamentales, así por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional T-799 de 2011, se indicó: *"De esta forma, el derecho de acceso a la administración de justicia constituye un presupuesto indispensable para la materialización de los demás derechos fundamentales"*[28] y continúa la sentencia: *"Por consiguiente, el derecho de acceso a la administración de justicia se erige como uno de los pilares que sostiene el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, toda vez que abre las puertas para que los individuos ventilen sus controversias ante las autoridades judiciales y de esta forma se protejan y hagan efectivos sus derechos"*[29]. Y la sentencia T-268 de 1996, que estableció: *"no es posible el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el Legislador sin que se garantice adecuadamente dicho acceso"*,[30] lo que claramente se traduce en una denegación de justicia, lo que se torna preocupante porque al negarse esta garantía se están vulnerando otros Derechos Constitucionales Fundamentales.

---

tenerse en cuenta que frente a la garantía de la tutela judicial efectiva, el deber primigenio del Estado –representado por los jueces y tribunales- es precisamente el de prestar el servicio de la jurisdicción, posibilitando el libre acceso de las partes al proceso y permitiendo su directa participación; objetivo al cual se accede cuando se atiende al contenido de las garantías superiores y se aplican con mayor amplitud y en sentido más razonable las formas y requisitos que regulan la actuación procesal".

[27] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA. Radicado: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). C.P. Dr. Enrique Gil Botero.

[28] CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-799 de 2011. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[29] Ídem.

[30] CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-268 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell.

Además, se analiza este derecho como la posibilidad cierta y eficaz en que cualquier persona pueda materializar un derecho que se encuentre vulnerado o conculcado por una autoridad pública o un particular. Acá es donde adquiere relevancia jurídica el argumento persistente en el que se ha indicado que el derecho a la tutela judicial efectiva es un presupuesto o una condición[31] necesaria para la realización de otras libertades, derechos y garantías.

Precisamente, de este Derecho Constitucional Fundamental se desprende una condición clara y es que haya efectividad, es por esto por lo que, la tutela judicial se llama efectiva lo que implica que la sentencia se cumpla sin dilaciones injustificadas. Es por esto por lo que se puede afirmar con total certeza, que ningún sentido tiene un proceso judicial en el que no se pueda predicar efectividad[32] de su decisión.

1.3 Autonomía e independencia judicial

Diego M. Papayannis hace una caracterización muy importante de los conceptos independencia, autonomía e imparcialidad y cómo deben de entenderse. Una característica que se ha indicado de los conceptos independencia, imparcialidad y neutralidad, es que los mismos están íntimamente relacionados con el Estado Constitucional, conceptos que no son sinónimos tal cual se pasa a explicar.

La independencia hace referencias a garantías institucionales que liberarán al sentenciador de presiones externas e internas, por ejemplo, el nombramiento que es por concurso; por su parte, la imparcialidad se relaciona con la objetividad de la decisión, esto es, que no haya

---

[31] NOROÑA TORRES, Daniel Fernando. Tutela judicial efectiva de los derechos de la naturaleza. Tesis de grado para obtener el título de abogado de Daniel Fernando Noroña Torres de la Universidad de San Francisco de Quito.2014. P. 16. Citando a Marinoni señala: "No es por otro motivo que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como el más importante de los derechos, precisamente por constituir el derecho a hacer valor los propios derechos"

[32] Ibídem. P. 17 citando a Sumaria Benavente: "En todo caso el término "efectividad" que se le añade a concepto de tutela jurisdiccional invoca y se dirige más hacia el resultado que consiste en que la tutela jurisdiccional debe adecuarse al derecho material para llegar a la plena realización de la justicia del caso sobre la base de un proceso justo".

prejuicio con una de las partes; mientras que la neutralidad se materializa cuando el Juez sólo razona con las normas válidas y fundamenta su decisión sólo en ellas[33].

Lo anterior, por una sencilla razón, y es que uno de los fundamentos del Estado Constitucional es que éste tiene como sustento la separación de poderes, la cual se concreta o materializa precisamente en la existencia de una división de poderes, en las cuales se encuentran unas tareas a cada poder y que se manifiesta precisamente en lo referente al poder judicial, que este no debe recibir recomendaciones, presiones, y debe ser independiente para lograr de esa forma una justicia autónoma y libre.

Ese es un postulado claro del Estado Constitucional; total independencia de los Jueces de tal forma que pueda administrar justicia sin ninguna limitante, y de forma libre, que su única limitante sea el ordenamiento jurídico. De lo contrario, no se podría hablar de justicia. En consecuencia, no puede existir Estado Constitucional sin Jueces independientes, esto es, que no tengan ningún tipo de presión, ni limitante para ejercer su rol dentro del Estado.

Respecto de la independencia, ésta puede ser externa, en la cual no se deben presentar interferencias de otros poderes, e interna, que busca garantizar la autonomía del juicio y no reconocer jerarquías dentro del aparato jurisdiccional. La independencia interna se vincula con la igualdad, sobre todo en lo relacionado con el precedente[34] porque el operador judicial no debe desconocer el principio de igualdad.

---

[33] PAPAYANNIS, Diego M. Independencia, Imparcialidad y neutralidad en la aplicación del Derecho. En: MARTÍNEZ ZORRILLA, David y VIAL DUMAS, Manuel. Pensando al Juez. Madrid, Marcial Pons. 2019. P. 133.

[34] AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El debido proceso. Opinión Jurídica, 4(7), 2005. 89-105. Recuperado a partir de https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1307 "Cada vez cobra mayor importancia el precedente judicial como límite en la tarea de aplicación y su interpretación. El Juez debe actuar conforme al imperio de lo normativo, pero su actuación no puede sacrificar el principio de igualdad como en los casos del respeto que se debe a una decisión proferida por un alto tribunal cuya función sea unificar la jurisprudencia nacional"

Así, por ejemplo, Papayannis caracteriza la independencia y la imparcialidad como valores. La independencia,[35] indica el autor, suele relacionarse con garantías institucionales, como por ejemplo el acceso y permanencia de los Jueces en el cargo, también que haya autonomía respecto de los otros poderes y servidores judiciales, que no hayan indebidas intervenciones, ni limitaciones por parte de los otros poderes, ni de otros jueces: *"Un juzgador es independiente si se desenvuelve en un marco institucional adecuado que lo protege de las influencias externas"*.[36]

La imparcialidad, por su parte, se refiere a la ausencia de prejuicios y a no tener intereses en la decisión del proceso, ni ningún tipo de cercanía con las partes que hacen parte del proceso, y se relaciona por el autor con *"estados mentales"*[37] que caracteriza como: *"conscientes o inconscientes"*[38], haciendo referencia, entonces, a los sesgos y prejuicios que pueden tener los juzgadores. Por eso el autor caracteriza la imparcialidad como un estado mental *"Es por ello que la imparcialidad si puede ser concebida como un estado mental a este respecto*"[39].

Por su parte, se caracteriza la impartialidad, como que el Juez no ha de ser parte, el Juez no puede efectuar las facultades de las partes[40] porque no es ni accionante, ni accionado y el

---

[35] PAPAYANNIS, Diego M. Independencia, Imparcialidad y neutralidad en la aplicación del Derecho. En: MARTÍNEZ ZORRILLA, David y VIAL DUMAS, Manuel. Pensando al Juez. Madrid, Marcial Pons. 2019. P. 133. "Probablemente, la idea más difundida sea que la independencia y la imparcialidad son conceptos distintos, aunque íntimamente relacionados. La independencia, por influencia de los ordenamientos positivos estatales, suele asociarse con ciertas garantías institucionales que permiten al juzgador liberarse en alguna medida de las presiones externas en el momento de tomar sus decisiones. Entre estas garantías se incluyen el nombramiento mediante procedimientos neutrales (sin intervención de la política) [sic], la estabilidad en el cargo, la autonomía respecto de otros poderes del Estado, la intangibilidad de su salario, entre muchas otras".

[36] Ídem. Página 134

[37] Ibídem. P. 134

[38] Ibídem. P. 135

[39] Ibídem. P. 135

[40] HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel. Derecho Procesal Moderno. Distintas visiones alrededor de esta disciplina. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.2013. P. 6 Citando a Adolfo Alvarado Velloso, indica: "En la concepción de Alvarado Velloso, la discusión que las partes tienen dentro de un proceso se efectúa en forma dialogal y dialéctica ante un tercero (juez), que en su carácter de autoridad: a) es *impartial*, es decir, no ostenta la calidad de pretendiente ni la de resistente, y, por lo tanto, no puede ni debe hacer las tareas propias de la parte; (…)"

proceso judicial se establece ante un tercero que no tiene las facultades de las partes. Por lo tanto, la impartialidad es una manifestación de la imparcialidad[41].

Por otro lado, Luisa Fernanda García Lozano, explica cómo el modelo de Estado[42] que se adopte influye, necesariamente, en la concepción de la Independencia Judicial. Para ello señala que la transformación de independencia judicial de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho se concreta en que: *"[…] la independencia judicial ya no es sólo un arreglo de procedimientos que permite una reflexión dentro del mismo derecho para constituirse asimismo, sino por el contrario la parte sustantiva del ESD es el que impera para materializar la independencia"*[43].

La independencia judicial[44] tiene como rasgos fundamentales: la creación de un Consejo Superior de la Judicatura como institución autónoma que responda a los pilares del Estado Constitucional y que sea administrada por los Jueces sin que interfieran las otras ramas del poder público; despolitizar la rama judicial al establecer claramente como medio para el ingreso, la permanencia y el ascenso, el concurso de méritos; contar con su propio presupuesto; ser administrada por Jueces.

Logrando con lo anterior que el Gobierno no pueda interferir en sus decisiones y dotándola de plena autonomía, lo que hace que tenga independencia para que no sea cooptada por el

---

[41] RAMÍREZ CARVAJAL. Diana María. Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el Juez. En: Revista diálogos de saberes. Revista 30, enero – junio de 2009 P. 276 señala: "La importancia del principio de imparcialidad se concentra en las potestades que le permiten aplicar al Juez como sujeto impartial e imparcial, para obtener la perspectiva del litigio, más completa y verdadera, de aquellas que le presentan las partes como sujetos parciales".

[42] GARCÍA LOZANO, Luisa Fernanda. La incidencia del concepto estado de derecho y estado social de derecho en la independencia judicial. En: Revista prolegómenos, derechos y valores. Volumen XIV, número 27, enero – junio de 2011 P. 181-198

[43] Ídem. P. 193

[44] Ibídem. P. 185 : "Con respecto a la independencia judicial, se determinó [que con] el uso de un modelo neoinstitucionalista[,] la idea era establecer instituciones y modelos de organización que respondieran a los pilares del estado de derecho: reglas, procesos e instituciones, entonces a nivel latinoamericano se trata el tema en virtud de las reformas implementadas de forma institucional u objetiva: creación del Consejo Superior de la Judicatura, carrera judicial, capacitación a jueces y magistrados desde el enfoque del Estado de Derecho, entre otros. Revisar la literatura sobe el tema refleja cómo se determina la independencia judicial a partir de la evidencia de los factores institucionales implementados gracias a los cambios de constitución o reformas que vivió Latinoamérica. (POPKIN: 2004. En: BURGOS: 2004)".

Gobierno, y, de esta forma, poder actuar con independencia, imparcialidad y neutralidad. El principio de la independencia judicial se materializa con la independencia clara que debe existir entre quien crea la norma y el órgano que la debe aplicar, esto es, el Juez.

Precisamente, analizando la independencia judicial en el Estado Social de Derecho, se vislumbra que en este tipo de Estado se busca una justicia social, materializando los Derechos Sociales, Económicos y culturales, que trae aparejado diferentes mecanismos de protección de los derechos, las libertades y las garantías con medios tales como: la acción de tutela y las demás acciones constitucionales que tiene establecida la Constitución Política.

Respecto de la discrecionalidad del Juez, ha indicado la Corte Constitucional que los jueces en sus providencias gozan de autonomía e independencia. Así lo ha señalado, por ejemplo, en las sentencias de tutela T-238 de 2011 y T-446 de 2016, y, en el aspecto probatorio, tienen discrecionalidad para valorar las pruebas: sentencia T-261 de 2013. Es por esto por lo que, la discrecionalidad tiene una íntima relación con la autonomía y la independencia judicial, porque al operador jurídico gozar de estos atributos, tiene cierta libertad, cierto margen para decidir, sin que esté limitado indefectiblemente a una situación o decisión, porque en esos eventos no tendría autonomía el juez y su decisión sería una “camisa de fuerza”.

Ahora bien, el hecho que el Juez sea autónomo e independiente tiene otros ingredientes particulares, y es que tampoco se asemeja a arbitrariedad por parte del Juez, porque este tendrá límites dentro del mismo ordenamiento jurídico, tales como la Constitución y los Tratados Internacionales, porque la autonomía e independencia tampoco puede llevar a lo que se ha caracterizado por algunos doctrinantes[45] como la tiranía judicial.

[45] BREWER CARÍAS, Allan R. La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el poder ejecutivo asumiendo el poder absoluto. Editorial jurídica venezolana. Caracas. 2017. P. 238

En este orden de ideas, desde la Corte Constitucional[46] se reitera el mandato constitucional, en el cual establece que los Jueces no pueden ser arbitrarios en sus decisiones, pues esa libertad que reconoce el ordenamiento jurídico encuentra límites en el mismo.

Por su parte, Juan Antonio García Amado se pregunta por la discrecionalidad con que puede contar el Juzgador, analizando, desde los distintos paradigmas, como el formalismo ingenuo del siglo XIX de la escuela de la exégesis y la jurisprudencia de conceptos, han pretendido negar la discrecionalidad del Juez.

Por ejemplo, se hace relación a la exégesis, en la cual se puede predicar que el Juez era autónomo o independiente en un sentido, más no en otro. Por un lado, podría ser independiente porque no dependía de la rama ejecutiva. Pero por otro lado, se le negaba autonomía por cuanto era un autómata de la Ley, o como otros lo han calificado el Juez era la boca de la Ley, un títere de la Ley en sentido estricto. El Juez no tenía independencia, pues tenía que razonar conforme a lo establecido en la Ley, el Juez simplemente se dedicaba a repetir las palabras del texto legal.

Se predica, por ejemplo, unas únicas respuestas correctas para la resolución de los casos, lo que equivaldría a establecer que la Ley, y las disposiciones normativas, tienen establecidos todas las respuestas a los casos que se puedan presentar.

---

[46] CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-066 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil "Así entonces, para sustentar el fundamento de las distintas decisiones, los jueces dentro de la órbita de sus competencias, son autónomos e independientes y en sus providencias "sólo están sometidos al imperio de la ley (art. 230 C.P.)", gozan de la potestad de valorar las pruebas allegadas al proceso de acuerdo a las reglas de la sana crítica y según los parámetros de la lógica y la experiencia. El reconocimiento de esa discrecionalidad no significa que el juez esté facultado para decidir arbitrariamente el asunto sometido a su consideración, pues la libertad en la valoración probatoria está supeditada a la Constitución y la ley. Por ello, esta Corporación ha indicado […] Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables".

Es así que la discrecionalidad[47] se asocia a la libertad con que puede contar el operador jurídico en la resolución de los conflictos que se someten a su resolución, es decir, el Juez no tiene ninguna limitación más allá del propio ordenamiento jurídico. Se relaciona también con los márgenes que tiene el Juez para decidir, lo cual se traduce en la autonomía e independencia que caracterizan la labor judicial, no existiendo así una única solución, sino por el contrario, múltiples soluciones. Las resoluciones no están preestablecidas sino que están en constante formación, que es lo que hace del derecho un ejercicio racional.

José Germán Burgos indica que en la rama judicial, tanto los Jueces como los fiscales, en estricto sentido, no tienen superior jerárquico, y lo que en realidad se da en relación con los jueces es un superior funcional, más no en jerarquía, porque todos los jueces son autónomos e independientes.

Tanto a los Jueces, como a los fiscales no se les puede recomendar decisiones por parte de otros Jueces o de otros fiscales porque, sin lugar a dudas, se reconoce su autonomía e independencia judicial[48].

En consecuencia, la independencia es entendida por el autor como que el operador judicial esté totalmente desprovisto de cualquier juicio o prejuicio, es decir, que éste sea libre para adoptar su decisión, que no tenga ninguna limitante, que no sea presionado por ningún factor externo, ni que se les hayan hecho ningún tipo de insinuaciones, o le den recomendaciones

---

[47] GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? En: Isegoria N 35. Julio – Diciembre 2006. P. 151-152 "¿Qué significa aquí discrecionalidad? Con este término aludimos a la libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por cien, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico".

[48] QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2000. P 168 obra en la que señala: "[…]la jurisdicción tiene que ser independiente de los otros dos poderes […] cada juez es independiente de todos y de todo, también lo es frente a los mal denominados superiores jerárquicos […] en la rama jurisdiccional no hay jerarquía […] solamente hay grados de conocimiento".

para decidir en uno u otro sentido, que como se ha dicho en el marco del anterior párrafo ni siquiera pueden provenir de la propia rama judicial, porque actuar de esta forma, es cercenar su autonomía e independencia judicial.

En relación con la autonomía judicial se predica del mismo Juez su propia jurisprudencia, aquí es donde se habla de jurisprudencia, por los principios de confianza legítima y el derecho a la igualdad el Juez debe respetar sus propias decisiones. En ese sentido, y dentro de la autonomía judicial, se tiene que el Juez, cuando se va apartar de sus decisiones, tiene una carga de la argumentación y debe motivar debidamente la razón por la cual se apartaría de su decisión, esto con la finalidad de no vulnerar la confianza legítima y el principio de igualdad en relación con el tratamiento igualitario que se le debe dar a situaciones similares.

Asimismo, la autonomía y la independencia judicial se concreta en la forma de acceder a un cargo en la propia rama judicial porque, precisamente, los Jueces adquieren su condición por un concurso de méritos el cual es realizado por el propio Consejo Superior de la Judicatura.

Debe señalarse que, de conformidad con el artículo 132 de la Ley 270 de 1996, se establecen las formas de provisión de los cargos de la rama judicial. La Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T-319 de 2014, indicó: *"Respecto a la provisión de cargos en la Rama Judicial, el artículo 132 de la ley 270 de 1996 establece que la provisión de estos puede hacerse de tres formas: en propiedad, en provisionalidad o en encargo"*[49].

También se advierte la Independencia Judicial como una garantía institucional, por cuanto es una garantía establecida por las propias instituciones de nuestro Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, se considera que el principio de autonomía judicial tiene una relación íntima con los derechos, las garantías y las libertades fundamentales, especialmente con el derecho al debido proceso.

[49] CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-319 de 2014. Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos.

De la misma manera, la autonomía judicial le permite al Juez optar por varias soluciones a un problema jurídico desde la argumentación y la racionalidad judicial, es decir, al Juez, el ordenamiento jurídico, le permite optar por varias soluciones frente a un mismo problema concreto.

Los Jueces deben ser libres para interpretar las disposiciones jurídicas. Incluso, José Germán Burgos manifiesta que la autonomía judicial se entiende como un Derecho Fundamental del operador judicial, citando para ello, la sentencia C-678 de 2007 y concluye categóricamente así*: "En este escenario, al funcionario judicial no se le puede imponer un modo especial para orientar su razonamiento y su decisión"*.[50] La independencia judicial también hace parte del debido proceso, porque sin independencia no podrá materializarse el debido proceso, pues un Juez que esté sesgado no garantizará el debido proceso.

Danilo Rojas Betancourth, analiza la independencia judicial, desde dos aspectos: como institución y como derecho. La independencia judicial como institución se concreta principalmente sobre la idea de la separación de poderes y como derecho en la materialización de los derechos.

Evidentemente, como se ha indicado en precedencia, para el autor[51] concebir la independencia judicial como institución o derecho tiene implicaciones diferentes, pues al concebirla como institución se agota en la separación de poderes, en tanto, entenderla como derecho, va más allá en el sentido que se concibe como presupuesto para materializar otros derechos.

Incluso, puede afirmarse que el objetivo que persigue Danilo Rojas Betancur es claro y se vislumbra fácilmente, en el entendido que pretende demostrar que la independencia judicial

---

[50] BURGOS, José Germán. Independencia Judicial en Colombia. Una aproximación descriptiva a la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 1994 – 2007. En: Novum Jum, Vol 2, N° 1, 2008. P. 178 y 179

[51] ROJAS BETANCOURT, Danilo. La independencia judicial: institución y derecho. En: SILVERA SARMIENTO, Astelio y SEPÚLVEDA AGUIRRE, Jovany Arley. La independencia judicial y las reformas a la justicia. Medellín: editorial, Sello editorial coruniamericana. 2017. P. 201

tiene una doble connotación como institución y como derecho, no debiéndose agotar en la visión como institución. Para ello manifiesta claramente: *"En términos generales, conforme a la anterior línea descrita, es claro que la Corte Interamericana ha sido consecuente en sostener que la IJ, además de constituir la materialización de la separación de poderes en el marco del Estado de Derecho, comporta una exigencia estatal de respeto y garantía de los derechos de la ciudadanía"*[52].

Los argumentos más convincentes de Rojas Betancur son aquellos con los que sustenta la independencia judicial como derecho, y precisamente, cuando afirma que el principio de la independencia judicial se convierte en presupuesto para otros Derechos Fundamentales, Así lo plantea: *"[…] Se debe decir que, el papel fundamental de la IJ es la realización de los demás derechos que pretenden ser reivindicados, adjudicados y reparados con las decisiones judiciales en cualquiera de sus órbitas y niveles*"[53].

La imparcialidad se refiere a la ausencia de perjuicios y no tener interese en la decisión, para ello se ha diferenciado la imparcialidad de la independencia en el sentido que la independencia se refiere a la no dependencia que debe tener el Juez frente a otros poderes e incluso frente a los jueces. La imparcialidad por su parte establece frente a las partes: *"En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto de litigio"*[54].

Por su parte, respecto de la calidad de neutralidad ha considerado la Corte Consticional en la sentencia C-762 de 2009 que esta característica se concreta cuando el operador judicial es neutro tanto frente a la causa como frente a la persona lo cual hizo en los siguientes términos: *"[…] obre efectivamente como tercero neutral, tanto ante el sujeto disciplinado como ante la causa misma y el objeto o situación fáctica que se analiza. Un tercero que además deba*

---

[52].Ibídem P. 201
[53] Ibídem. P. 210-211
[54] AGUILÓ REGLA, José. Imparcialidad y aplicación de la Ley. Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial. Madrid. 2009. P. 97

desarrollar sus competencias, sin prejuicios ni posturas previas que afecten su ánimo y la sana crítica para actuar y en su momento decidir"[55].

1.4 Concepto, alcance y límites del principio de sostenibilidad fiscal

El principio de sostenibilidad fiscal se encuentra en el Título XIII de la Constitución Política, el cual trata sobre el régimen económico y de la hacienda pública, capítulo 1, que trata de las disposiciones generales, y el artículo 334 desarrolla este principio constitucional. El mencionado artículo refiere que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y la intervención del mismo en un marco de sostenibilidad fiscal. Se indica que el marco de sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.

A renglón seguido, dispone el artículo constitucional que este principio de sostenibilidad fiscal debe orientar a las ramas y órganos del poder público. También se establece el incidente de impacto fiscal, frente a sentencias de las máximas corporaciones judiciales sobre las consecuencias sobre las finanzas públicas para evitar alteraciones serias a la sostenibilidad fiscal. El parágrafo del artículo 334 dispone que no se podrá utilizar el principio de sostenibilidad fiscal para desconocer Derechos Fundamentales.

Sobre el incidente de impacto fiscal, se debe indicar que tiene por objeto modificar, modular, o diferir los efectos de las sentencias de las altas corporaciones judiciales para hacer efectiva la sostenibilidad fiscal de las entidades que han sido condenadas. Es un instrumento procesal que puede usar el Procurador General del Nación o uno de los Ministerios de Gobierno con el objeto antes mencionado.

Por ejemplo, se han estudiado las implicaciones que tiene modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia, por ejemplo parafraseando a Alejandro Gaviria Cardona, el Juez decide con base a razones de hecho, de derecho y probatorias y se ha cuestionado como éste

[55] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-762 de 2009. Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

incidente podría afectar la cosa juzgada de la que goza la sentencia. Señalando igualmente que, con el incidente de impacto fiscal, no se garantiza la efectividad de la decisión sino la sostenibilidad fiscal de la entidad[56].

Es claro entonces que con el artículo 1 del Acto Legislativo 03 de 2011 se introduce una profunda reforma constitucional en lo relativo al papel del Estado en la economía, pues se encuadra en el principio de sostenibilidad y se hace un desarrollo constitucional de éste principio, que termina afectando a toda la institucionalidad, pues, señala el referido Acto Legislativo, que el principio de sostenibilidad debe orientar a todas las ramas y órganos del Estado. La sentencia judicial goza de la inmutabilidad, sin embargo, el incidente de impacto fiscal afecta la sentencia en el sentido que se modula, altera o modifica el cumplimiento de la misma.

Ahora bien, para entender el alcance histórico del principio de sostenibilidad fiscal, se debe adentrar en el proyecto de acto legislativo número 016 Cámara, *"Por el cual se establece el derecho de sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho"* y analizar su exposición de motivos para establecer qué fue lo que se pretendió con esta reforma constitucional. Una primera observación que se puede hacer del enunciado normativo tiene que ver con que, a diferencia de cómo quedó aprobado el Acto Legislativo, este inicialmente hacía referencia a establecer la sostenibilidad fiscal como un derecho.

En lo que respecta a la exposición de motivos de la sostenibilidad fiscal que se plasmó en el mencionado proyecto de Acto Legislativo, para conocer el alcance histórico de la mencionada reforma constitucional se tiene que se hace referencia a aspectos como: El Estado Social de Derecho y la economía, en el que se señala que el aumento del gasto público afecta directamente las tasas de interés, lo que incide directamente en los ajustes

[56] GAVIRIA CARDONA, Alejandro. Sentido y alcance del incidente de impacto fiscal en Colombia, revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, n° 35, Julio – diciembre 2018. P. 399. "El argumento de la Corte Constitucional con relación al IIF, a todas luces, es falaz, en cuanto modular, diferir o modificar los efectos de la sentencia es lo mismo que modular, diferir o modificar el contenido de la misma, máxime cuando a través de este lo que se busca no es garantizar la efectividad de la decisión sino la sostenibilidad fiscal de la entidad condenada".

macroeconómicos. Por lo tanto, acá se hace uso de argumentos económicos, y macroeconómicos como: las tasas de interés y la inflación, las tasas de cambio, entre otros argumentos de índole económica.

En ese sentido, se hace referencia al Estado Social de Derecho[57] que trae consigo los derechos económicos, sociales y cultures o también conocidos como derechos de segunda generación. Frente a estos derechos es que es persistente el proyecto de reforma constitucional. Se señala en la exposición de motivos que el gasto público –seguridad social, vivienda digna, educación, deporte, recreación- se debe limitar y una forma de lograr ese propósito es con el establecimiento de la sostenibilidad fiscal. Precisamente, sostiene la exposición de motivos, que limitando el gasto público se podrán materializar esos derechos.

Un segundo aspecto mencionado en la exposición de motivos, es el relacionado con la sostenibilidad como derecho, y es que en el proyecto de Acto Legislativo se hizo referencia a esta como derecho[58] y no como principio como quedó definitivamente establecido en el Acto Legislativo. Es así que el título de la exposición de motivos del Acto Legislativo es: *"La sostenibilidad fiscal, un derecho que contribuye a proteger a todos los demás derechos"*. Lo cual podría llevar a pensar que se trataría de un súper derecho, que tendría superior jerarquía a los demás derechos, pues de lo contrario no los podría proteger.

---

[57] GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SENADO Y CÁMARA. Gaceta 451. 23 de Julio de 2010". P. 23. En: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/ "La propuesta de Acto Legislativo que aquí se sustenta, tiene por objeto proteger la efectividad de los derechos propios del Estado Social de Derecho ante los diversos avatares del ciclo económico nacional e internacional, incorporando en la "Constitución económica" el derecho a la sostenibilidad fiscal, así como el deber de las ramas y órganos del Estado de protegerlo, y como consecuencia contribuir a la continuidad y a la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, en su conjunto".

[58] GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SENADO Y CÁMARA. Gaceta 451. 23 de Julio de 2010". P. 24. En: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/ "Igualmente, al consagrar que la sostenibilidad fiscal no sólo es un deber del Estado, sino también un derecho de todos, se espera que este precepto constitucional contribuya a crear conciencia ciudadana, a sentar las bases para que el Legislador adopte en los planes de desarrollo y en las normas presupuestales las reglas que estime pertinentes con el fin de proteger, desde el frente fiscal, la sostenibilidad fiscal de la nación y a definir responsables del cumplimiento de dichas reglas".

Señala el Gobierno Nacional que se configuran "desórdenes fiscales" cuando el gasto público es excesivo. Esto por cuanto se parte de la idea que se encuentran limitaciones fiscales y, por tanto, se deben establecer límites al gasto y esto se lograría con la sostenibilidad fiscal.

Ahora bien, en lo referente a la sustentación de la responsabilidad de los diferentes órganos[59] del poder público en aras de la sostenibilidad fiscal, se sostiene en el proyecto de Acto Legislativo que corresponde al legislador, junto con el Gobierno, definir el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales y que al Juez le correspondería de alguna manera darle aplicación. Lo anterior denota claramente el propósito de la reforma de limitar al Juez. A quien corresponde definir el alcance y contenido de un derecho es al Juez.

También a la sostenibilidad fiscal se le mencionado como un principio[60] superior. Reitera este proyecto de reforma que éste principio materializa la superioridad del interés general, esto es, se utiliza un argumento de mayorías para otorgarle mayor prevalencia.

Para el 16 de noviembre de 2010, fecha de la ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010 Cámara, 019 Senado *"Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal"*, se indicaba que atender a la población desplazada podía costar 30 billones de pesos lo que equivaldría al 9% del Producto Interno Bruto. Al igual que lo que costaba atender a los reinsertados. Él tema pensional que se menciona en el proyecto de Acto Legislativo como*: "una bomba por desactivar"* señala que para la época se destinan

---

[59]*Ídem.* P. 23. "Desde el punto de vista de la distribución de competencias en el Estado, corresponde ante todo al legislador, en coordinación con el ejecutivo, definir el contenido y alcance concretos de los derechos sociales y económicos, sin dejar de tener en cuenta la situación fiscal y de la política económica general. Dicho alcance deberá, en cada caso particular e incluso en ocasiones de manera general, ser aplicado por los jueces, lo cual resalta la importancia de la colaboración de todas las ramas y órganos del poder público de alcanzar una sostenibilidad fiscal que garantice, de manera efectiva la prestación y el goce de los derechos, dentro de las garantías y limitaciones impuestas al Estado". Página 22

[60] GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SENADO Y CÁMARA. Gaceta 919. 18 de Noviembre de 2010. P. 2. En: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/ "Para ello, es muy importante un principio superior que le indique a las diferentes Ramas y Órganos del Poder Público, la obligación que tienen de colaborar armónicamente entre sí para alcanzar la sostenibilidad fiscal, en beneficio de todos los colombianos". Página 3. Gaceta 919 "Se hace urgente que los Jueces de la República por lo menos utilicen como criterio auxiliar de su actividad la sostenibilidad fiscal, antes de emitir fallos que impliquen pagos billonarios que impliquen la búsqueda de nuevos recursos"

23.2 billones en el presupuesto del 2011 para el tema de pensiones. El derecho a la pensión entre parejas del mismo sexo, así como la afiliación a beneficios para parejas del mismo sexo en el sistema de salud se vislumbra como un problema y parte de decisiones judiciales por la necesidad de invertir nuevos recursos para este propósito.

Igualmente, se argumenta que las decisiones para materialización del derecho a la salud en materias de servicios médicos NO - POS cuando los jueces ordenan el recobro ante el Fosyga hoy Adres - administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud, son temas que en criterio de los legisladores afectan la sostenibilidad fiscal del Estado colombiano.

En la ponencia para segundo debate del proyecto de Acto Legislativo se hace alusión nuevamente a que el principio de la sostenibilidad fiscal tiene relación con el principio de primacía del interés general[61], se indica además que se hace necesario de un principio superior.

Ahora bien, en cuanto a lo manifestado por la doctrina, Lenin Esteban Pérez Vanegas, hace referencia a la sostenibilidad en Colombia[62], como un principio lesivo del Estado Social de Derecho, en el cual se deben garantizar en mayor medida los derechos económicos, sociales y culturales o también conocidos como los DESC. Precisamente, se indica que el principio de sostenibilidad fiscal tiene que ver con políticas neoliberales que buscan o pretenden que los gastos del Estado se reduzcan y se puede aumentar el pago de la deuda externa.

Se plantea que la Constitución está en tensión por cuanto, por un lado, se establece el Estado Social de Derecho, los derechos, las garantías fundamentales, los derechos económicos sociales y culturales, pero por otro, está el principio de sostenibilidad fiscal. La limitación,

---

[61] GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SENADO Y CÁMARA. Gaceta 989. 30 de Noviembre de 2010. P 2. En: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/ "(…) Principio fundamental de la sostenibilidad, el cual reitera el principio de la primacía del interés general sobre el particular".

[62] PÉREZ VANEGAS, Lenin Esteban. La sostenibilidad fiscal en el Marco del Estado Social de Derecho en Colombia. En: Revista virtual legem. P. 101

en consecuencia, de los derechos sociales, lo que hace que se presente una tensión en la Constitución. Frente a los impactos del principio de sostenibilidad fiscal, se describen en el aspecto judicial – jurídico, en lo económico, en lo social y en lo político. En el aspecto Judicial,[63] plantea el autor, la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal hace ineficaz el Estado Social de Derecho.

Asimismo, el concepto sostenibilidad en nuestro ordenamiento jurídico no se ha venido utilizando sólo a partir del Acto Legislativo 03 de 2011, sino que, por el contrario, este concepto ha tenido utilización mucho antes de esta reforma constitucional, por ejemplo, se hace alusión al concepto sostenibilidad fiscal, el cual es relacionado con el gasto público y la forma en como éste ha sido reducido, en especial, lo relacionado con el desempeño fiscal de los Municipios y Departamentos[64] de Colombia y la forma como estos adquieren su sostenibilidad fiscal.

Como antecedentes de la sostenibilidad fiscal como principio constitucional, está que en el año de 1996 se expide la Ley 344 de 1996, que tiene por objeto racionalizar el gasto público, mantener el equilibrio financiero y garantizar los principios de economía, eficacia y celeridad. También, y como acciones para lograr la sostenibilidad fiscal en los gobiernos subnacionales, se expidieron normas como la Ley 617 de 2000, también conocida como ley de ajuste fiscal, la cual tuvo como propósito la racionalización del gasto público.

---

[63] Ídem. 103. "Otro impacto de la sostenibilidad fiscal, es en el área de la justicia, cuando las Cortes y los Jueces apliquen los mandatos del Estado Social de Derecho consagrados en la Constitución Política, se agudizaría la crisis fiscal y para resolverla recurrirá entonces a coartar los derechos económicos sociales y culturales plasmados en la misma, desconociendo los tratados internacionales y el bloque de constitucionalidad, que le dan el carácter de derechos fundamentales a los DESC".

[64] SÁNCHEZ TORRES, Fabio y ZENTENO GONZALES, Jannet. Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional. El caso de Colombia. En: Centro de Estudios Sobre Desarrollo Económico. Facultad de Economía de la Universidad de los Andes. En: https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2011-37.pdf "En un principio no se establecieron reglas claras en materia de sostenibilidad fiscal, lo que ocasionó que en la década de los noventa muchas entidades territoriales incurrieran en aumentos desproporcionados del gasto, déficit territorial y sobreendeudamiento. Frente a esta crisis fiscal, a finales de los noventa y principios de la primera década del siglo XX se dictaron una serie de medidas de responsabilidad y disciplina fiscal enfocadas principalmente en el control del gasto [Ley 617 de 2000], el fortalecimiento de los ingresos de recaudo propio [Ley 488 de 1998 y 788 de 2003] , la reforma de las transferencias intergubernamentales [Ley 715 de 2001] [sic] y la regulación al crédito territorial [Ley 358 de 1997] ".

Otra norma anterior al Acto Legislativo que desarrolla el concepto de sostenibilidad fiscal, es la Ley 819 de 2003, que es una norma orgánica en materia de presupuesto, que dispone en su artículo 7, que en cualquier proyecto de ley, de ordenanza o de acuerdo, para las que ordene gasto u otorgue beneficio tributario, se establece que debe ser compatible con el marco fiscal del mediano plazo, el nivel de deuda pública y su sostenibilidad y los costos fiscales de las exenciones tributarias.

La Ley 549 de 1999, por la cual se establecen normas tendientes a financiar el pasivo pensional de las entidades territoriales, en su artículo 1, indica que con la finalidad de asegurar la estabilidad económica del Estado, debe haber una cobertura de los pasivos pensionales a su cargo. Lo que importa mencionar acá es que esta Ley hace referencia al concepto de garantizar la estabilidad económica del Estado como propósito claro de esta disposición.

De igual manera, Juan Camilo Restrepo hace referencia a las recientes reformas[65] en hacienda pública, caracterizando lo que él denomina regla fiscal y sostenibilidad fiscal, haciendo y señalando las reglas fiscales de estabilidad y responsabilidad fiscal en Colombia.

Frente a la regla fiscal y de sostenibilidad fiscal, se señala por este autor que corresponde a procesos de políticas económicas con un fin claro, y es atendiendo a la razón de que los recursos son limitados. Se busca limitar los gastos de la administración pública, que en otros tiempos habían hecho inviables muchos municipios y departamentos, y, consecuente con todo esto, las reglas fiscales pretenden limitar la discrecionalidad del gobierno

[65] RESTREPO, Juan Camilo. Hacienda Pública. 10 Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015 P. 684 - 685

Juan Camilo Restrepo señala el concepto de política fiscal[66], indicando que es una parte de la política monetaria, de crédito exterior o de una política económica, por eso se llama a cierto fragmento de la Constitución como Constitución económica, que tiene como claro propósito limitar al legislador y a la administración.

Primero fueron limitados los gastos de los Municipios y los Departamentos, no obstante, hasta el año 2011 no existían límites para el Gobierno Nacional.[67] Precisamente, con la expedición de la Ley 1473 de 2011, se buscó garantizar la sostenibilidad a largo plazo y estabilidad macroeconómica y señalando en el ámbito de aplicación al Gobierno Nacional Central.

Precisamente, en el establecimiento de la sostenibilidad como principio, se ha hecho referencia por Álvaro Pío Guerrero Vinuenza quien ha indicado que la sostenibilidad fiscal es sinónimo de equilibrio presupuestal. Y quien, además, señala que ante la colisión del principio de sostenibilidad fiscal con un derecho fundamental, deberá prevalecer éste último.
.

Se señala por este autor que los principios tienen una dimensión de importancia, por lo cual, cuando se presenta una colisión entre principios, el operador jurídico en cada caso concreto, deberá determinar cuál principio tiene mayor importancia que el otro. Pero frente a los principios, se ha establecido que se diferencian entre principios en sentido estricto y las

---

[66] Ídem. P. 684 - 685. "En este sentido, la política fiscal es una parte, además de la política monetaria, de crédito exterior, entre otros, de la política económica de los estados configurados bajo los criterios señalados en nuestra Constitución, descritos en párrafos atrás, y que en todo caso no responde a un sistema económico socialista.
Bajo estas consideraciones generales, reglas fiscales, en estricto sentido, son normas relacionadas con la política fiscal, entendida esta última como aquella parte de la política económica y que se refiere específicamente al ámbito de la planeación, aprobación [manifestación expresa de la voluntad social] y ejecución de recursos financieros públicos, y que tiene al presupuesto como instrumento eje de su desarrollo".

[67] Idem. P. 701. "En materia de finanzas territoriales la implementación de las normas antes descritas han tenido buenos resultados. Sin embargo, en cuanto a los gastos del Gobierno Central no existía hasta 2011 regla que limitara de forma cuantitativa el ejercicio de la política fiscal en este nivel estatal y, por otra parte, era imperante la implementación de una norma constitucional que, siendo aplicable a todas las ramas del Estado, integrara finalmente todo el ordenamiento existente en materia de estabilidad y sostenibilidad fiscal"

directrices. Frente a los primeros, se refiere a valores superiores; frente a los segundos, se refiere a una norma programática.

Es por esto por lo que en éste último aspecto, y frente a la ponderación, existen varios autores que hacen alusión al asunto, por ejemplo, Robert Alexy, refiere a los principios como mandatos de optimización que deben ser concretados en cada situación y que la colisión entre los mismos *"solo admiten aquellas soluciones para las colisiones que representen la máxima realización posible de todos los bienes iusfunamentales implicados"*.[68] También, en nuestro medio, Carlos Bernal Pulido se ocupa[69] de la ponderación, y señala que ésta aplica para los principios, los cuales no tienen claramente establecido que debe hacerse, por eso se predica que los principios son abiertos.

Retomando la pregunta sobre si la sostenibilidad es un principio en sentido estricto o una directriz, considera Guerrero Vinuenza que la sostenibilidad fiscal no reúne las características de principio, porque éste no está reconociendo un valor históricamente establecido en la sociedad y que se trata de una simple directriz hacia los Jueces.

Se entiende la sostenibilidad fiscal como un asunto dirigido a limitar el gasto por el reconocimiento de derechos[70]. Continúa Guerrero Vinueza afirmando que La sostenibilidad fiscal tiene como propósito la salud fiscal y la materialización de los derechos, y que, como

---

[68] ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. Madrid. Colegio de Registradores de la propiedad, Mercantiles y bienes muebles de España.2004.P. 37

[69] BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. Universidad Externado de Colombia. 2003 P. 225

[70]GUERRERO VINUENZA, Álvaro Pía. Sostenibilidad Fiscal y Principios en el Estado Social de Derecho. En: Revista criterio jurídico. Santiago de Cali. V. 12 N1. P 99: "Esto nos permite —vistos los antecedentes y motivos del acto legislativo en comento, mismo que ya forma parte del conjunto normativo constitucional colombiano— afirmar que la intención legislativa —que obviamente tendrá en cuenta el juez para resolver un conflicto en el que involucren las finanzas públicas— fue la de i) propender por la salud financiera del sistema y ii) limitar el exagerado gasto social por el reconocimiento de derechos.
En este sentido, "el principio de sostenibilidad fiscal", tal como lo venimos hablando, se constituye en un principio, pero con las características y la naturaleza de "directriz" o "norma programática", en razón a que el Congreso de la República, en su condición de "constituyente derivado", le dio el trámite constitucional y legal válido".

característica especial, se tiene que va dirigida a todas las ramas y órganos estatuidos en el ordenamiento jurídico.

Por su parte, Francisco R. Barbosa Delgado, efectúa una reflexión sobre la sostenibilidad fiscal y el principio de separación de poderes, haciendo referencia a lo decidido por la Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, mediante el cual se declaró ajustado a la Constitución el Acto Legislativo 03 de 2011 que trata sobre el principio de sostenibilidad fiscal y fue caracterizado en palabras de la Corte Constitucional como *" […] un espacio de interlocución entre los mencionados funcionarios y las altas cortes"*. Sobre esta interlocución,[71] plantea los peligros de la materialización de la separación de poderes con el establecimiento del incidente de impacto fiscal.

Ahora bien, refiriéndose al incidente de impacto fiscal, que es el instrumento procesal mediante el cual se concreta la sostenibilidad fiscal, se ha considerado que es un medio diseñado para la reflexión de los impactos fiscales de las decisiones de las altas Cortes, el cual procede a solicitud del Procurador General de la Nación o de un Ministro, para modular o diferir la decisión judicial. La decisión del impacto fiscal[72] de las decisiones judiciales es competencia de los Magistrados de las Altas Cortes, y éste incidente procede sólo a petición de la Procuraduría General de la Nación o a uno de los ministros de Gobierno.

---

[71] BARBOSA DELGADO. Francisco, R. La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia. Revista de Derecho Público, 33. Universidad de los Andes (Colombia). P. 12 -13 "En el caso concreto, pensar que el fundamento del espacio de interlocución son los efectos de una sentencia judicial, y quien produce el espacio son los ministros y el procurador general de la nación, plantea serias dudas sobre el equilibrio de la rama judicial en el marco de la separación de los poderes. No es posible imaginar que una vez se profiera la decisión judicial, otra rama del poder público pueda proponer un incidente de impacto fiscal en torno a los efectos del fallo. Esa sola acción de órganos ajenos a la rama judicial frente a la intangibilidad del fallo genera la violación de la cláusula de separación de los poderes. El hecho que sean las altas cortes quienes decidan sobre ese incidente no sanea la acción previa de cuestionar lo cuestionable".

[72] AYALA REYES, Sandra Milena. El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal en Colombia. Trabajo de grado para obtener el título de magíster en Derecho Público. Universidad Santo Tomás. 2016 P. 66 indica: "En consecuencia el principio de Sostenibilidad Fiscal es un instrumento orientador, donde las autoridades judiciales no están obligadas a realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones. Este análisis le corresponde realizar a los Ministros de Gobierno y al Procurador General de la Nación cuando deciden promover el incidente".

Finalmente, es de resaltar por demás, que el incidente de impacto fiscal tiene una característica especial y es la improcedencia del mismo frente acciones de tutela. Así lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-870 de 2014, que estudió la constitucionalidad de la Ley 1695 de 2013, argumento que es reiterado por David Acevedo Gutiérrez, así: *"la regla de procedencia dispuesta en la ley 1695 de 2013, respecto del incidente impacto fiscal, no aplica en relación con las providencias proferidas en acciones de tutela"*[73].

1.5 El principio de Sostenibilidad Fiscal y la Corte Constitucional

Se debe precisar que antes de la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011, que establece el principio de sostenibilidad fiscal, se profirieron múltiples sentencias por parte de la Corte Constitucional que tienen en cuenta la sostenibilidad fiscal, esto es, el Tribunal Constitucional ha efectuado un análisis del impacto fiscal.

La Corte Constitucional profirió la sentencia C-870 de 2014, en la que se decidió demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1695 de 2013 que desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política. Para ello limitó el incidente de impacto fiscal[74] a los efectos de la sentencia y no sobre el contenido de la sentencia, reiterando para ello el argumento del atributo de la cosa juzgada de las sentencias. Por lo cual, considera ajustado a la Constitución que se puedan hacer modificaciones –modular, modificar o diferir- la sentencia de manera excepcional.

---

[73] ACEVEDO GUTIÉRREZ, David. La sostenibilidad fiscal en el marco de las decisiones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Trabajo de grado para optar el título de Especialización en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. 2015. P.19

[74] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-870 de 2014. Magistrado Ponente. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. "En sexto lugar, el alcance del incidente de impacto fiscal se encuentra restringido a los efectos de la sentencia y no al contenido de la providencia en sí misma considerada, lo que implica que la decisión adoptada está protegida por la garantía de la cosa juzgada constitucional. En virtud de lo anterior, el Acto Legislativo No. 03 de 2011 realiza una diferenciación entre la decisión adoptada en una sentencia y sus efectos, esto es, mientras "el primer momento está cobijado por los efectos estrictos de la cosa juzgada constitucional, lo que significa la imposibilidad de reversar la decisión de amparo, no sucede lo mismo con las órdenes de protección".

También la Corte Constitucional, mediante la sentencia C—492 de 2015, estudió la constitucionalidad[75] de un impuesto establecido en la Ley 1607 de 2012, en el cual declaró, entre otros, una constitucionalidad condicionada de permitir la sustracción de las rentas de trabajo exentas a un periodo gravable siguiente a la expedición de la sentencia.

Posteriormente, mediante el Auto 233 de 2016 de la Corte Constitucional, se resolvió el incidente de impacto fiscal respecto de la sentencia C-492 de 2015 que solicitó el Ministro de Hacienda y Crédito Público, por cuanto la aplicación de la sentencia implicaría una reducción de $ 335.000 millones de pesos para la declaración de renta[76] que debía presentarse en el año 2017, afectándose los ingresos públicos y de contera la sostenibilidad fiscal. La Corte Constitucional aceptó los argumentos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y moduló por un año gravable adicional los efectos de la sentencia C-492 de 2015, esto es, a partir del año fiscal 2017.

Por otro lado, las sentencias C-286 de 2009, C-315 de 2008 y C-398 de 2010 tienen como parámetro de constitucionalidad el presunto desconocimiento de la Ley orgánica de presupuesto en relación con el análisis de impacto fiscal que se debe efectuar y la correspondiente fuente de financiación en los términos de la Ley 819 de 2003. Por ejemplo, en la sentencia C-398 de 2010 se decidió la objeción por inconstitucional[77] por el Presidente de la República por diversas razones, pero la que interesa para esta monografía, es la

---

[75] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-492 de 2015. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. "El artículo 10 (integral) es declarado exequible, con la condición de que el cálculo de la renta gravable alternativa para empleados, obtenida en virtud de los sistemas IMAN e IMAS-PE, permita la sustracción de las rentas de trabajo exentas, en los términos previstos por el artículo 206-10, primera frase, del Estatuto Tributario".

[76] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Auto 233 de 2016. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público calcula que, a partir de la información disponible a nivel individual de los declarantes personas naturales del impuesto de renta para el año gravable 2013, de los formularios 210 y 230, la Sentencia C-492 de 2015 implicaría una reducción aproximada de $ 335.000 millones de pesos en el recaudo correspondiente al año gravable 2016, cuya declaración en la renta debe presentarse a finales de 2017.

[77] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-398 de 2010. M.P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. "Para el Gobierno Nacional, el proyecto de ley que se objeta es contrario al artículo 7° de la Ley Orgánica 819 de 2003 y, en consecuencia, contraría también el artículo 151 de la Constitución Política, el cual consagra la superior jerarquía de las normas orgánicas".

relacionada con que el proyecto de ley no ha considerado el impacto fiscal[78] en los términos de artículo 7 de la Ley 819 de 2003.

El contenido y alcance del impacto fiscal en proyectos de Ley lo establece la Corte Constitucional como *"[…] un parámetro de racionalidad legislativa, que está encaminado a cumplir propósitos constitucionalmente valiosos, entre ellos el orden de las finanzas públicas, la estabilidad macroeconómica y la aplicación efectiva de las leyes"*[79]

La sentencia C-625 de 2010 trata sobre las objeciones presidenciales al proyecto de ley sobre la vasectomía y ligadura de trompas. Proyecto de ley que fue objetado por razones de inconstitucionalidad por el Gobierno Nacional, porque considera que el mismo, al establecer de manera gratuita los servicios médicos con el objeto de lograr la anticoncepción, iba en contravía del marco fiscal de mediano plazo En esta sentencia la Corte Constitucional declaró infundadas las objeciones por inconstitucionalidad, y estableció que inicialmente, en proyectos de ley, corresponde al Congreso evaluar los impactos fiscales que se deben determinar entre los gastos[80] que genera la iniciativa y lo trazado como política económica por parte del gobierno.

En la sentencia C-765 de 2012 se estudia la constitucionalidad del proyecto de Ley Estatutaria *"por medio de la cual se establecen disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los*

---

[78] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-398 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo "En este sentido, el artículo 9° del proyecto de ley materia de estas objeciones presidenciales contempla la apropiación de recursos no sólo para garantizar el aseguramiento de las personas diagnosticadas con epilepsia, que a primera vista puede resultar loable, sino también para la investigación científica, la introducción de tecnología de punta (que contrasta con la tecnología media prevista en la Ley 100 de 1993) [sic] y la capacitación del recurso humano. Por otra parte, el proyecto de ley introduce un esquema especial de financiación de la población diagnosticada con epilepsia que no se encuentre afiliada al Régimen Contributivo o al Subsidiado, que en la terminología de la Ley 100 denominamos "vinculados".

[79] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA) Sentencia C-315 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

[80] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia-625 de 2010. Magistrado Ponente: Dr.: Nilson Pinilla Pinilla así: "una vez el Congreso ha valorado, mediante las herramientas que tiene a su alcance, la compatibilidad entre los gastos que genera la iniciativa legislativa y las proyecciones de la política económica trazada por el Gobierno. Así, si el Ejecutivo considera que las cámaras han efectuado un análisis de impacto fiscal erróneo, corresponde al citado Ministerio el deber de concurrir al procedimiento legislativo, en aras de ilustrar al Congreso sobre las consecuencias económicas del proyecto"

derechos de las personas con discapacidad". La Corte aclara que se trata de una Ley Estatutaria, en cuanto hace referencia a un Derecho Constitucional Fundamental relacionado con el derecho a la igualdad.

Sobre el impacto fiscal se consideró en esta sentencia que la Ley 819 de 2003, que adiciona normas orgánicas de presupuesto, la cual es una norma orgánica, goza de superioridad y en el nivel de las leyes debe ser tenida en cuenta por el legislador, pero la obligación de realizar un análisis es exigible en el entendido que se ordenen gastos u otorguen beneficios tributarios.

Frente al asunto que en el proyecto de ley se hayan otorgado beneficios tributarios, se aclara por el tribunal constitucional que el proyecto de ley estatutaria no otorga ningún beneficio tributario, frente al segundo aspecto considera la Corte que la norma tampoco está ordenando gastos por cuanto, por el contrario, se relaciona con la expedición de una política pública.

El establecimiento de los programas, proyectos que deban ejecutarse para lograr la materialización de los derechos de la población no están determinados en el proyecto de ley, pues eso corresponderá al Departamento o al Municipio, de acuerdo a las obligaciones de cada entidad responsable del cumplimiento de la ley, por lo cual, en sentido estricto, con el proyecto de ley estatutaria no se estaba ordenando un gasto. En consecuencia, al no generarse ni un beneficio tributario, ni un gasto, no era necesario efectuar un análisis de impacto fiscal por parte del proyecto de ley estatutaria.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha tenido diversos pronunciamientos ante el principio de sostenibilidad fiscal, en demandas de constitucionalidad no sólo frente a proyectos de ley, sino también precisamente frente al propio Acto Legislativo 03 de 2011 que modifica el artículo 334 de la Constitución Política y consagra como principio constitucional la sostenibilidad fiscal .

Precisamente, en la sentencia C-132 de 2012, estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011, actos que de conformidad con el artículo 241 numeral 1 de la

Constitución sólo son demandables por vicios de procedimiento[81] en su formación, en esta demanda de constitucionalidad la Corte se declaró inhibida para proferir un fallo de fondo el demandante confrontó la Constitución, en especial, la consagración del Estado Social de Derecho con relación al principio de sostenibilidad fiscal, y los derechos económicos sociales y culturales, además de los Derechos Fundamentales que en criterio del demandante se encontraban en riesgo con el principio constitucional de sostenibilidad fiscal.

En la aclaración de voto del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto sobre el alcance de la sostenibilidad fiscal, señaló: *"La sostenibilidad fiscal no fue concebida como un "derecho fundamental" o una especie de "derecho colectivo" en cabeza de toda la población, sino tan sólo como un criterio de actuación, armonización y coordinación",*[82] además indica lo que debe entenderse[83] por sostenibilidad fiscal.

La sentencia C-288 de 2012 estudió la constitucionalidad nuevamente del acto legislativo 03 de 2011 y la Ley 1473 de 2011 por medio de la cual se establece una regla fiscal. En este proceso constitucional se demanda nuevamente el Acto Legislativo por considerar que se sustituyó[84] la Constitución, entre otros, en lo relacionado con la vigencia de los Derechos Fundamentales y la administración de justicia configurándose un exceso del poder de

---

[81] Aclaración de voto a la sentencia C- 132 de 2012. Magistrado Dr. Humberto Antonio Sierra Porto expuso: "estimo que la Corte, en los términos del artículo 241 Superior, carece de competencia para pronunciarse sobre los denominados vicios de competencia o materiales. De tal suerte que, ante demandas ciudadanas por sustitución de la Constitución, lo procedente era una declaratoria de inhibición por falta de competencia y no una por inepta demanda".

[82] Aclaración de voto a la sentencia C- 132 de 2012. Magistrado Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

[83] Ídem. ¿Qué debe entenderse realmente por sostenibilidad fiscal en relación con la actividad judicial?. Una respuesta simple, de sentido común, apunta a que exista un equilibrio fiscal, es decir, que los gastos previstos u ordenados para el pago de una sentencia estén previstos o presupuestados.

[84] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-288 de 2012. Magistrado Ponente. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. "(…) (i) el poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales; (ii) por virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede modificar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta; (iii) para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que en su conjunto le dan su identidad; (iv) la Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles y, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello; el poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución; y (v) solo el Constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución".

reforma. Indica la Corte, en esta sentencia, que la autonomía e independencia de los Jueces es una manifestación de la separación de poderes. La Corte Constitucional llega a la conclusión de que no se sustituyó la Constitución porque los presupuestos del Estado Social del Derecho garantizados en la Constitución se mantienen incólumes y se trataba de una reforma que afecta es la hacienda pública y que los fines esenciales del Estado no habían cambiado.

Ahora bien, y en relación con acciones de tutela, se tiene que la Corte Constitucional profirió la sentencia de unificación SU-037 de 2019, en la que revisó una acción de tutela interpuesta contra el Consejo de Estado, Subsección A, de la Sección Tercera por considerar vulnerado el Derecho Fundamental al debido proceso.

El Consejo de Estado había condenado al Congreso de la República por la responsabilidad del legislador, en este caso, por una tasa aduanera[85] que fue declarada inconstitucional[86] por la Corte Constitucional. Sostuvieron los accionantes que la providencia de la Corte Constitucional tenía efectos hacia el futuro y argumentaron que cuando se pagó la tasa, esta gozaba de la presunción de constitucionalidad y la sentencia del Tribunal Constitucional tiene efectos hacia el futuro[87].

La Corte aclara que, en términos generales, las sentencias de la propia Corte, cuando declara la inconstitucionalidad tienen efectos hacia futuro y respeta las situaciones jurídicas consolidadas, a menos que la Corte, en su decisión, indique los efectos de la misma. Acá se hace relación a la responsabilidad del Estado por las leyes inconstitucionales y la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador.

---

[85] Ley 633 de 2000. Artículos 56 y 57.
[86] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-992 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
[87]CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia SU-037 de 2019. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez. "En este orden de ideas, cuando esta Corporación declara la inconstitucionalidad de una norma sin retrotraer los efectos de su determinación, convalida de contera las situaciones jurídicas consolidadas a su amparo entre el instante en el que entró en vigencia y la fecha de la sentencia, pues las actuaciones adelantadas en ese lapso, en principio, se reputan como legítimas por haber sido ejecutadas en consonancia con el derecho positivo vigente".

Respecto del concepto que tiene la Corte Constitucional sobre la sostenibilidad fiscal y si la misma es un derecho, un principio, una directriz o un criterio o herramienta, precisamente en la sentencia C-753 de 2013, providencia en la que se estudió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 19 la Ley 1448 de 2011, que dispone que en materia de víctimas se debía garantizar la sostenibilidad fiscal. En esta sentencia de Constitucionalidad se establece que el derecho a la reparación de las víctimas es fundamental[88] y la sostenibilidad fiscal no lo puede desconocer porque es un mero criterio orientador[89].

Mediante la sentencia C-093 de 2018, se estudia una objeción por razones de inconstitucionalidad e inconveniencia del proyecto de ley de prevención de infertilidad y su tratamiento. Entre las razones que se aducen se sustenta el desconocimiento del criterio de sostenibilidad fiscal. Este proyecto de Ley reguló derechos sexuales y reproductivos que son fundamentales[90] razones por las cuales la sostenibilidad fiscal no los puede menoscabar *"[…] la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales"*[91].

---

[88] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA) Sentencia C-753 de 2013. Magistrado Ponente Dr.: Mauricio González Cuervo expuso "[…] el derecho a la reparación de las víctimas es fundamental y no puede ser limitado, negado o desconocido por razones de sostenibilidad fiscal ya que se ha considerado que este es solo un criterio orientador de las ramas del poder para conseguir los fines del Estado. Bajo la misma lógica, la estabilidad fiscal tampoco se constituye en un criterio que pueda limitar o socavar los derechos fundamentales"

[89] Ídem. "En efecto, el derecho a la reparación de las víctimas es fundamental y no puede ser limitado, negado o desconocido por razones de sostenibilidad fiscal ya que se ha considerado que este es solo un criterio orientador de las ramas del poder para conseguir los fines del Estado. Bajo la misma lógica, la estabilidad fiscal tampoco se constituye en un criterio que pueda limitar o socavar los derechos fundamentales"

[90] CORTE CONSTITUCIONAL.(COLOMBIA). Sentencia C-093 de 2018. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo: "En tal sentido, las cuentas que se han efectuado, al no incorporar ninguna de las variables aquí anotadas, resulta no solo exacerbada sino además especulativa. Pero a ello –por si no fuere bastante– debe agregarse además un argumento de enorme trascendencia, y es que la sostenibilidad fiscal no puede invocarse como sustento para menoscabar, restringir el alcance o negar la protección efectiva derechos fundamentales en virtud de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 334 constitucional, lo cual en el presente caso es aplicable a los mentados derechos reproductivos, de carácter fundamental, y bajo las condiciones anotadas en la presente providencia".

[91] Ídem.

1.6 El principio de Sostenibilidad Fiscal y el Consejo de Estado

El artículo 334 Constitucional ordena que la sostenibilidad fiscal debe orientar a los órganos del poder público. Por ejemplo, se ha advertido como la Corte Constitucional, principalmente en el ejercicio del control constitucionalidad frente a leyes que han ordenado gastos, ha hecho uso del marco fiscal de mediano plazo como criterio para tener en cuenta al momento de decidir sobre la constitucionalidad o no de estas leyes.

Ahora bien, en este subcapítulo se analizarán algunas providencias de la Sección Segunda, Cuarta y Plena del Consejo de Estado. Las sentencias que se seleccionaron se debió a la importancia jurídica según el autor de esta monografía, como en el ejemplo del régimen pensional de la Policía, régimen pensional de los congresistas, en tema de impuestos como la sostenibilidad fiscal es una causal de anulabilidad de los actos administrativos en esta especialidad y, finalmente, en el caso de acción popular que ordenaba compra de predios para materializar derechos colectivos.

Precisamente, el Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, dentro del proceso radicado 11001-03-15-000-2012-01718-00(REV), en sentencia del 05 de Marzo de 2019, resolvió un recurso extraordinario de revisión contra sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado que había revocado a su vez sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en decisión que había ordenado reliquidar la pensión de vejez a un ex congresista quien argumentaba que se le debía aplicar la Ley 4 de 1992.

El Consejo de Estado, resolviendo este recurso extraordinario de revisión, estableció que la Sección Segunda del Consejo de Estado incurrió en un error al ordenar la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta la Ley 4 de 1992, toda vez que esto aumentaría la pensión en más de un 100%, pues esta era una pensión que estaba en cerca de los $ 6.000.000 y quedaría en los $ 13.000.000. En consecuencia, se estableció que no tenía derecho a que el fondo de previsión social del Congreso de la República –Fonprecon- debiera reliquidar la pensión.

Ahora bien, en la argumentación para acceder a la revisión que se solicitaba, la Sala Plena del Consejo de Estado hace uso del acto legislativo 01 de 2005, en el que se indica la sostenibilidad financiera o sostenibilidad fiscal[92] del sistema y éste es uno de los argumentos de los que se hace uso para dejar sin efectos la sentencia de la Sección Segunda y en su lugar confirmar la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó la reliquidación de la pensión de vejez.

Por su parte, la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 03 de Septiembre de 2018 en radicación número 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13), resolvió una demanda de nulidad simple o nulidad objetiva presentada contra el artículo 2 del Decreto 1858 de 2012, por medio del cual se fijó el régimen pensional y asignación de retiro del personal del nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

Indicaron los demandantes que vulneraba los límites materiales establecidos en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004, pues esta Ley dispone para quienes a la entrada en vigencia de la Ley no se les exigirá para el otorgamiento de la asignación de retiro forzada un tiempo de servicio que no será inferior a 15 años, ni superior a 20 años.

El artículo 2 del Decreto 1858 de 2012 estableció que para la asignación de retiro se exigiría un tiempo de servicio que no sería inferior 20, ni superior a 25 años con lo cual claramente se presentó un exceso de la facultad reglamentaria, porque ese asunto era de reserva del legislador. En consecuencia, se aumentó el servicio para acceder a la asignación de retiro para los policías del nivel ejecutivo que se hubiere vinculado antes del 30 de noviembre de 2004.

---

[92] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA VEINTE ESPECIAL DE DEICISIÓN. Radicado: 11001-03-15-000-2012-01718-00(REV). Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés. Expuso lo siguiente: "Para la Corte Constitucional "[…] la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones […] motivó la unificación de las reglas y la eliminación de beneficios desproporcionados".

En efecto, el Presidente de la República no tuvo en cuenta la ley marco, esto por cuanto el régimen prestacional de la fuerza pública es un asunto de reserva de Ley. Incurriéndose en un exceso de la facultad reglamentaria por haberse establecido nuevas y superiores exigencias.

Los límites materiales al Gobierno Nacional, en cuanto a la asignación de los policías, se encuentran en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004. En esa sentencia se hizo un análisis del principio de sostenibilidad fiscal,[93] porque obviamente fue una providencia que tenía efectos económicos y en la cual, necesariamente, se debía hacer el análisis de impacto fiscal de la misma, en la que claramente se estableció que frente a la afectación del principio de sostenibilidad fiscal, se señaló que el mismo no podía entenderse como un condicionamiento a los Jueces por cuanto necesariamente se estarían materializando cientos de derechos de integrantes de la Policía Nacional. El Consejo de Estado, anuló este decreto que incrementaba requisitos para otorgar derechos a policías del nivel ejecutivo para tener derecho a la asignación de retiro.

---

[93] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13) Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés. "Respecto de los efectos económicos que puedan generar la decisión que acá se toma y su posible afectación al principio de sostenibilidad fiscal, que si bien es un principio constitucional introducido en el artículo 334 Superior mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, que se ha constituido como un criterio de orientación para los diversos órganos del poder público y como tal le preocupa a la Sala su imperativa observancia; se debe precisar que no pueden entenderse como un condicionamiento a los jueces para responder al modelo económico del Estado sin importar la transgresión a los Derechos que los compela a modificar o retardar los efectos de las sentencias que han dispuesto su necesaria protección. […] el ejercicio autónomo de la función jurisdiccional nunca puede ser visto como una amenaza a la sostenibilidad financiera del Estado, puesto que dentro de un escenario que admite y promueve la colaboración armónica entre los poderes, la independencia del juez tiene razón de ser en cuento al rol que desempeña orientado a garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de las controversias"
"[…] Por tanto, al ponderar en el marco de la metáfora de la balanza los derechos prestacionales laborales que se protegen por vía de esta providencia con respecto de los gastos que puede generar su cumplimiento y protección en clave de fines esenciales del Estado Social y Democrático de Derecho, es dable establecer que el sacrificio económico es menor frente al menoscabo de los Derechos Constitucionales Fundamentales involucrados y a los principios incorporados en la Carta Fundamental que dan razón de ser al andamiaje democrático sobre el que se funda la Nación, además del daño irreparable que se generaría a la tridivisión de poderes y a la autonomía e independencia de la Rama Judicial".
"[…] Por tanto, el ejercicio autónomo de la función jurisdiccional nunca puede ser visto como una amenaza a la sostenibilidad financiera del Estado, puesto que dentro de un escenario que admite y promueve la colaboración armónica entre los poderes, la independencia del juez tiene razón de ser en cuento al rol que desempeña orientado a garantizar los derechos de los ciudadanos y servir de vía pacífica e institucionalizada para la resolución de las controversias".

En esta sentencia, el Consejo de Estado hace unas consideraciones sobre si la sostenibilidad fiscal es un principio, un criterio o una herramienta, para lo cual la caracteriza como un criterio de orientación: *"[…] se ha constituido como un criterio de orientación para los diversos órganos del poder público y como tal le preocupa a la Sala su imperativa observancia"*.[94]

Por otro lado, y en relación con los Derechos Fundamentales, se tornan en una limitante del principio de sostenibilidad fiscal la Corte Constitucional en la sentencia C-870 de 2014 declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 2 de la Ley 1692 de 2015, en el entendido que el incidente de impacto fiscal no aplica en relación con providencias proferidas en el marco de la acción de tutela.

Retomando la providencias del Consejo de Estado, se tiene que la Sección Cuarta, en providencia del 10 de Septiembre de 2015 en la radicación 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025) en el proceso de nulidad simple contra el Decreto 1609 de 2013, por la cual se aprueba la enajenación de Isagen, se esgrimió como argumento por parte de uno de los demandantes, para lograr la nulidad del Decreto, que este desconocía el principio de sostenibilidad fiscal.

El Consejo de Estado, en su Sección Cuarta, concluyó categóricamente que el Gobierno Nacional no desconoció el principio de sostenibilidad fiscal,[95] porque indicó que la sostenibilidad fiscal no se traduce ni en un derecho, ni en un principio, sino en un criterio

---

[94] Ibídem.

[95] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN CUARTA. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). Consejero Ponente: Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas. "Ahora bien, por tratarse de un criterio orientador de la actividad de las ramas del poder público, la jurisprudencia constitucional ha advertido que la sostenibilidad fiscal no es un principio ni un derecho, esto es, que no representa un fin esencial del Estado y que, por consiguiente, no persigue fines autónomos ni establece mandatos específicos. Se trata, al decir de la Corte Constitucional, de una herramienta para la orientación de la economía que no solo permite alcanzar progresivamente los fines del Estado social de derecho, sino que busca reducir el déficit fiscal y priorizar el gasto público social".

orientador y que, por el contrario, se traduce en una herramienta de orientación en la economía.

Por tanto, recuerda el Consejo de Estado que la sostenibilidad fiscal es un criterio financiero orientador, mecanismo para atender el gasto público, tiene como propósito también el control del déficit fiscal. La decisión del gobierno nacional estuvo precedida de estudios técnicos, razón por la cual no se desconoció la sostenibilidad fiscal, la variables macroeconómicas y el flujo entre ingresos y gastos públicos, es por esto por lo que, en criterio del Consejo de Estado, no se demostró una afectación de la sostenibilidad fiscal, una decisión que tuvo en cuenta un sustento económico y financiero.

También la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia del 12 de marzo de 2015, dentro del proceso de nulidad simple en contra del Acuerdo 100 de 2009 del Municipio de Bucaramanga, en el cual se estableció que el hecho generador de las estampillas en el contrato *"la actualización de los estudios y diseños a la fase III y construcción del viaducto de la carrera novena y sus obras complementarias"* sería sobre un 1% y no sobre un 2% como se tenía establecido para los demás contratistas. Se argumentó, por parte del demandante, una vulneración del principio de igualdad en materia tributaria o también conocido como equidad tributaria, en el entendido que daba un tratamiento diferenciador a unos contratistas respecto de otros. El Consejo de Estado desestimó este argumento.

No obstante, el argumento que tuvo en cuenta la Sección Cuarta del Consejo de Estado para declarar la nulidad del mencionado acuerdo municipal, tiene que ver con el principio de sostenibilidad fiscal, principio que como se ha mencionado anteriormente, no estaba consagrado únicamente desde el artículo 334 Constitucional modificado por el Acto Legislativo 03 de 2011, sino que, por el contrario, el mismo tiene existencia como parámetro para estudiar la Constitucionalidad de leyes, sino también la legalidad de actos administrativos a partir de la Ley 819 de 2003.

En este caso se consideró desconocido el principio de sostenibilidad fiscal y que para una reducción de ingresos para el Municipio de Bucaramanga se debió tener en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal, al haberse concedido un beneficio tributario, el cual se tradujo en la reducción de la tarifa que tiene como propósito una reducción total o parcial de una obligación tributaria y que coloca al beneficiario en un situación preferencial.

Según el Consejo de Estado, se incumplieron las previsiones del artículo 7 de la Ley 819 de 2003, que es una norma orgánica de presupuesto, porque cuando se produce un gasto adicional o una reducción de ingresos como sucedió en el presente caso, se debe establecer el análisis de impacto fiscal del acuerdo municipal *"los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo"*[96] lo que no sucedió en el presente caso y por lo cual se declaró nulo el acuerdo. Esto es, se tuvo en cuenta un criterio de sostenibilidad fiscal para hacer el estudio de legalidad del acto administrativo.

Por otro lado, la providencia del Consejo de Estado de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de fecha 5 de noviembre de 2013, en la que se conoció una acción popular que se interpuso en contra de del Ministerio de Medio Ambiente y otros, en la que se solicitó entre otras medidas, la protección de los cerros orientales de Bogotá, como zona de reserva natural en el que solicitaba igualmente la adopción de medidas por las construcciones que se estaban autorizando. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca que conoció el proceso de acción popular, en primera instancia, consideró que la reserva forestal estaba en riesgo.

Precisamente, una de las órdenes que adoptó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la sentencia de primera instancia, fue ordenarle al Ministerio de Ambiente y a la Corporación Autónoma Regional, a adquirir predios o a expropiarlos. Esta sentencia fue apelada y, sobre este punto, el Consejo de Estado consideró que no se había tenido en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal[97] por las implicaciones que esto conllevaba para el erario

---

[96] CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 819 de 2003. Artículo 7

[97] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicado: 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP) Consejero Ponente: Dr. María Claudia Rojas Lasso. Que expuso: "La Sala destaca que una decisión como la que debe tomarse en esta acción popular, debe equilibrar

público, pues consistía en la compra de predios y modificó esta decisión. Acá un claro criterio de como se entiende la sostenibilidad fiscal desde el punto de vista ambiental.

También debe señalarse que la sentencia del relleno sanitario de doña Juana, con ocasión de la acción de grupo en la que se condenó al Distrito de Bogotá a pagar una indemnización, fue objeto del incidente de impacto fiscal[98] a solicitud del Procurador General de la Nación, en la que se moduló el pago de la condena a efectos de su adecuado cumplimiento a dos pagos por parte de la entidad condenada.

En esta providencia el Consejo de Estado estableció que el plan para cumplir la sentencia no puede desnaturalizar la misma. En esta misma providencia el Consejo de Estado determinó el alcance del concepto sostenibilidad fiscal, aclarando, obviamente el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que ni la Constitución, ni la Ley definen lo que debe entenderse[99] por sostenibilidad fiscal.

---

las cargas y los derechos involucrados, de modo que debe tenerse en cuenta no sólo el costo que representará para el erario público la eventual adquisición de predios sino el respeto por los derechos adquiridos y la articulación de la protección del medio ambiente con el urbanismo y el desarrollo (…) iii) que existe un principio de sostenibilidad fiscal[97] en cuya virtud las autoridades judiciales están obligadas a ponderar el impacto económico de las ordenes que impartan, y que llevó a la creación del incidente de sostenibilidad fiscal".

[98]CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicado: 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ) Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. "Del mismo modo, hace parte de los requisitos o elementos mínimos del proceso judicial que contempla directamente la Constitución, proponer un *"plan concreto para su cumplimiento"*, es decir, para acatar la sentencia. No sobra indicar que ese "plan" no puede desnaturalizar la sentencia, es decir, proponer una forma de cumplirla que burle y haga nugatorio el derecho legítimo de los favorecidos con la condena a que se les pague en una forma y tiempo razonables".

[99]Ídem. "Y pese a que ni la Constitución ni la ley establecen una noción clara y concreta de *sostenibilidad fiscal* –incluso la literatura económica ofrece una variedad amplia de conceptos-, es claro que, por lo menos, alude al equilibrio que debe existir entre la disponibilidad de recursos para atender las necesidades públicas y los gastos que se pueden atender con ellos, para no incurrir en déficits que produzcan crisis fiscales que no atienden la prioridad de gasto con los recursos escasos".

1.7 Los derechos de las víctimas: verdad, justicia y reparación y el principio de sostenibilidad fiscal.

La Ley 1448 de 2011 o Ley de víctimas y restitución de tierras se constituye en una política pública para la atención de víctimas de nuestro país. Precisamente, con esta disposición normativa se pretende materializar los derechos de las víctimas, entre ellos, el que tiene que ver con la reparación integral a las mismas.

Es por esto por lo que, para lograr este cometido, el Estado debe efectuar erogaciones presupuestales, tendientes a otorgar una indemnización administrativa que, en todo caso, si se demanda al Estado, de la reparación judicial se descontará lo que se haya otorgado por reparación administrativa.

La Corte Constitucional, en sentencia C-099 de 2013, estudió la constitucionalidad de los incisos 2 y 3 de la Ley 1448 de 2011, que establecían la posibilidad que la víctima aceptara el contrato de transacción en el cual el Estado Colombiano indemnizaba por el hecho victimizante con un valor superior al establecido por el hecho dañoso, pero, al aceptar esta transacción, la víctima no podía iniciar los procesos judiciales a futuro. Los demandantes de esta disposición consideraban que esas medidas buscaban evitar, de alguna manera, la doble indemnización, a fin de no afectar las finanzas del Estado y lograr la sostenibilidad fiscal y "no quebrar" al Estado.

Es decir, al aceptar la transacción, la víctima se entendía indemnizada plenamente, incluso, esta medida, se considera como una negación de justicia y al acceso a la misma, porque al Estado no se le podrá reclamar más[100] y en consecuencia era una restricción de la acción de reparación directa, lo que incidía directamente en el derecho al acceso a la Justicia.

---

[100] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-099 de 2013 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. "Dada la visión gubernamental según la cual se da mayor relevancia a los costos de la reparación que a la efectividad de los derechos, por una supuesta afectación de la sostenibilidad fiscal, los riesgos de repetición de tales hechos podrían aumentar, así quepan medidas simbólicas de reparación".

Se consideraba que el contrato de transacción era una medida guiada por el principio de sostenibilidad fiscal, por la imposibilidad del Estado de reparar a todas las víctimas. Para ello, lo que se busca con la norma es que efectivamente no se interpusieran procesos judiciales. La Corte Constitucional, en esta sentencia, condicionó la interpretación de la norma, la cual no podía aplicar a los crímenes de lesa humanidad *–torturas, genocidios, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y otros crímenes perpetrados por Agentes del Estado-* que se constituyan en graves violaciones de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Estos incisos fueron derogados por la ley 1753 de 2015.

En la sentencia C-250 de 2012, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, porque, en criterio de los demandantes, vulneraban el derecho a la igualdad, pues lo establecido en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, que dispone que son víctimas del conflicto armado interno quienes hayan sufrido consecuencias del mismo a partir del 1 de enero de 1985, excluye a las personas que hubieren sufrido daños antes de esa fecha establecida.

La Corte Constitucional estableció claramente que ese límite temporal en las medidas a favor de las víctimas, tiene un fin constitucionalmente legítimo, además de considerar que son medidas que tienen proporcionalidad. Para ello, el tribunal constitucional parte del principio que establecer una u otra fecha siempre será cuestionable, por cuanto no se puede tener una certeza clara sobre la fecha en que exactamente surgió el conflicto armado interno.

Para establecer que se trata de una medida proporcionada, usa argumentos económicos e indica que para el Estado sería imposible reparar todos[101] los hechos victimizante, porque no

[101] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 de 2012. MP. Humberto Antonio Sierra Porto: Expuso: "Existen evidentes dificultades para establecer hitos relevantes en un conflicto de larga data como el que ha sufrido Colombia. En esa medida todas las fechas adoptadas pueden ser objeto de discusión y objeciones pues implican adoptar posturas sobre su naturaleza y evolución histórica. Ante esta dificultad se podría sostener que toda delimitación temporal es inconstitucional, pues en principio las medidas de reparación de índole patrimonial deberían ser garantizadas a todas las víctimas, sin embargo, tal postura limitaría de manera desproporcionada la libertad de configuración del Legislador, además que sería abiertamente irresponsable desde la perspectiva de los recursos estatales disponibles para la reparación de los daños causados, pues

es posible, dice la Corte, una reparación económica para todas las víctimas y refiere una responsabilidad con los recursos públicos para no reparar a todas las víctimas pues se indica que no se podrían satisfacer las expectativas generadas. Se puede establecer, claramente, que se está haciendo uso del principio de sostenibilidad fiscal para establecer esta postura económica del Estado frente a las víctimas de la violencia anteriores al 01 de enero de 1985.

En la sentencia C-253 A de 2012, se demanda a través de la acción pública de inconstitucionalidad, entre otros, el artículo 3 de la Ley 1448 de 2001, que hace referencia al límite temporal de las reparaciones administrativas desde el año de 1985 y el parágrafo 4 de dicho artículo, que trata sobre la reparación simbólica para las víctimas de hechos victimizante antes de 1985, por lo cual, se plantea un escrutinio a través del principio de igualdad, como Derecho Constitucional Fundamental presuntamente vulnerado.

Sin embargo, la Corte Constitucional aclara que para realizar este escrutinio y la presunta vulneración del principio de igualdad, se debe tener en cuenta, entre otros aspectos, la potestad de configuración del legislador, además de ello, tener en cuenta el Juicio de proporcionalidad y si ese tratamiento diferenciador persigue un fin constitucionalmente legítimo; al final, declara estarse a lo resuelto en la Sentencia C-250 de 2012, providencia en la que se decidió que es ajustada a la Constitución la expresión contenida en la Ley 1448 de 2011, que considera víctimas las personas que hayan sufridos daños *"a partir del 01 de enero de 1985*", declarándose así una cosa juzgada material en asuntos de justicia transicional .

Para efectos de reparación administrativa, la Ley de víctimas y restitución de tierras, establece un límite temporal para acceder a estas medidas, lo que puede ser discriminador frente a otro tipo de víctimas que pudieron sufrir consecuencias de la violencia antes de ese momento espacio temporal.

---

generaría expectativas de imposible satisfacción que acarrarían responsabilidades ulteriores al Estado Colombiano. Es decir, implicaría el sacrificio de bienes constitucionalmente relevantes cual es en primer lugar la efectividad de los derechos de las víctimas que se pretende reparar, pues no se puede desconocer las limitaciones de los recursos estatales que pueden ser invertidos para tal propósito".

Con esto se establece unos límites espacio temporales sobre el cual el Estado va a efectuar las reparaciones administrativas, lo que en el fondo podría tener un análisis con ocasión del principio de sostenibilidad fiscal. El principio de igualdad y su posible vulneración por parte del legislador requiere analizar aspectos como la razonabilidad, proporcionalidad adecuación e idoneidad que justifique el tratamiento desigual frente a las personas y si el mismo se ajusta a la Constitución, porque un tratamiento que no sobrepase el test de igualdad no tiene justificación constitucional.

Para la Corte Constitucional, la Ley no modifica el concepto de víctima. Existe, por lo tanto, una limitación temporal desde el primero 01 de enero de 1985, excluyendo, además, lo referente a la delincuencia común y sólo relacionado con el conflicto armado interno. Ahora, el hecho que algunas personas hayan sido excluidas de ese límite temporal no quiere decir que se les esté negando su condición de víctimas, por lo que, en todo caso, pueden acceder a las diferentes medidas ante la justicia ordinaria en la que puedan materializar sus derechos. El fin de la Ley es establecer medidas especiales de protección y excluir la delincuencia común.

En la sentencia C-280 de 2013 se estudia nuevamente la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, en relación con la expresión *"ocurridas con ocasión del conflicto armado interno*". En la que se alude la vulneración del derecho a la igualdad en cuanto a lo sustentado en la demanda se discriminan los diferentes tipos de víctimas.

Igualmente, se demanda el parágrafo 2 del artículo 60 de la Ley 1448 de 2011, que define las víctimas del desplazamiento forzado acción judicial que se sustenta en el desconocimiento de los derechos de las víctimas como lo es la reparación.

Argumentan los demandantes como razones de inconstitucionalidad, el hecho que se establezcan los hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado y explican una razón como lo es que hay personas que han sufrido daños dentro del contexto del conflicto armado

interno, pero no directamente de éste, lo que catalogan como una discriminación, dejando por fuera estas personas por violaciones de Derechos Humanos y crímenes de lesa humanidad.

Se expone que la Corte Constitucional se pronunció sobre el tema referente a víctimas del conflicto armado interno en la sentencia C-781 de 2012. Uno de los argumentos que se reitera es que el hecho que las personas no encuadren en la condición de víctimas que trae la Ley 1448 de 2011, no quiere decir que queden desprovistas de recursos jurídicos para materializar sus derechos, porque el ordenamiento jurídico tiene establecido diferentes mecanismos judiciales para hacer efectivos sus derechos, declarando, respecto del artículo 3 de la Ley 1448 de 2011, una cosa juzgada constitucional.

El parágrafo 2 del artículo 60 de la Ley 1448 de 2011 define quienes se consideran desplazados forzosos para los efectos de la Ley, y quienes demandan esta norma lo consideran demasiado restrictivo. La Corte Constitucional hace referencia al amplio margen de configuración del legislador, siempre y cuando respete unos límites claramente establecidos en la Constitución. Del hecho que se considere o no a una persona como víctima de desplazamiento, deriva el derecho o la consecuencia directa que la persona pueda acceder a diferentes beneficios a cargo del Estado y ahí la preocupación de los demandantes.

La Corte hace un análisis sobre el espectro que protegía la Ley 387 de 1997 y la Ley 1448 de 2011, siendo más restringido el de la Ley 1448 de 2011; ésta última disposición, deja por fuera los por ejemplo, los desplazados por bandas criminales, o los desmovilizados de grupos organizados al margen de la Ley, o los que han sido afectados por los desastres de la naturaleza

La Corte Constitucional afirma que el concepto “conflicto armado” debe entenderse en un concepto amplio y no restrictivo, declarando la Constitucionalidad condicionada de este artículo, en el sentido que no se podrá negar la protección prevista en la Ley 387 de 1997 las personas víctimas de tales situaciones.

Finalmente, en la sentencia C-438 de 2013 se demandan algunos artículos de la ley 1448 de 2011, y se hace especial referencia al artículo 17, que trata sobre el principio de progresividad, el acrecentamiento mínimo de la satisfacción de derechos humanos, y el artículo 19, que trata especialmente sobre la sostenibilidad, y para lo cual, respecto de la ayuda humanitaria estableció la obligación del Gobierno Nacional de fijar un Plan Nacional de Financiación con un criterio claro.

A criterio de los demandantes, se establece una restricción al ejercicio de los derechos, por cuanto la norma, al condicionar la aplicación de progresividad a la sostenibilidad fiscal como lo hace el artículo 19 de la Ley 1448 de 2011, restringe, en su criterio, los derechos de las víctimas, y se está pactando una limitación a la progresividad que tiene todo derecho social.

Para la Corte, el principio de progresividad[102] no puede aplicarse a todos los escenarios de la Ley de Víctimas y restitución de tierras. Por tanto, su aplicabilidad sólo se da en aquellos aspectos prestacionales: la ayuda humanitaria, afiliación en salud y asistencia funeraria.

A modo de conclusión de este primer capítulo, se tiene que el Estado Constitucional tiene rasgos fundamentales, como son la prevalencia de los Derechos Constitucionales Fundamentales, los cuales tienen como característica especial ser antimayoritarios. Igualmente, uno de los fundamentos del Estado Constitucional es el respeto por la división de poderes y, precisamente, la autonomía e independencia judicial es un principio en el que

[102] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-438 de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos. LV entiéndase Ley de víctimas "Así, las garantías a favor de las víctimas contenidas en la ley deben ser entregadas de manera inmediata, progresivamente ampliadas en su contenido y gradualmente extendidas en su cobertura. Ejemplo de éstas son la ayuda humanitaria [parágrafo 1º del artículo 47]; la afiliación al régimen subsidiado [Art. 52 parágrafo 2]; la admisión y atención en salud resultado de la remisión hospitalaria (Art. 55); la remisión de información sobre orfandad de menores víctimas al ICBF [Art. 188] o la asistencia funeraria [Art. 97], entre otras. Se insiste en que el principio de progresividad en la LV debe ser interpretado en relación con los derechos de carácter estrictamente prestacional, y no compromete la efectividad de los derechos de aplicación inmediata [no prestacionales] ni los mínimos desde los cuales se aplica la mencionada progresividad. Además de que la interpretación sistemática de los contenidos normativos de la LV a este respecto, permite afirmar que los derechos de las víctimas se reconocen de manera inmediata [prestacionales y no prestacionales], su contenido se amplía progresivamente y su cobertura respecto del universo de las víctimas a las que se refiere la ley se extiende gradualmente".

se concreta la división de poderes. Finalmente, el acceso a la administración de justicia, de acuerdo a lo entendido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no sólo debe comprenderse como el acceso formal a la justicia, sino que el mismo debe ser efectivo o idóneo.

Capítulo 2

2. Incidencia del principio de sostenibilidad fiscal en las decisiones sobre reparación de daños en casos de mina antipersona

En el capítulo segundo se aborda el control de convencionalidad, en el cual se indica que necesariamente el Juez, cuando establece un juicio de responsabilidad del Estado, no sólo lo hace conforme al cumplimiento de las normas nacionales, sino que, por el contrario, también puede acudir a instrumentos internacionales como es la Convención Interamericana de Derechos Humanos, sin que esto implique que se esté ampliando la responsabilidad extracontractual del Estado.

Un acápite fundamental de esta monografía tiene que ver con los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual se funda en principios como la solidaridad, la equidad, la igualdad y la dignidad humana, para de ello analizar si el uso del control de convencionalidad por parte del Juez puede llevar a una irresponsabilidad del Estado y de contera desconocer los principios que sustentan la responsabilidad del Estado, en especial, lo relacionado con la dignidad humana que es uno de los principales fundamentos para sustentar la responsabilidad del Estado.

También se abordan las tensiones ente la sostenibilidad fiscal, la autonomía judicial y el acceso a la administración de justicia. Lo anterior porque desde los antecedentes del Acto Legislativo que estableció la sostenibilidad fiscal como principio constitucional, se advertía de parte del Gobierno Nacional y del legislador la búsqueda de limitar esa autonomía de los Jueces en la que se sustentaban con diferentes providencias que tenían alto impacto económico y en las finanzas de la nación y los efectos económicos de las decisiones judiciales se veía como un riesgo para las finanzas públicas.

En lo referente al acceso a la administración de justicia, se tiene que de este derecho depende la materialización de otros. Además, que en el entendido que una de las manifestaciones de

la tutela judicial efectiva es lograr que la decisión judicial se cumpla sin dilaciones injustificadas y el incidente de impacto fiscal condicionaría la sentencia, pues tal como lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos los recursos en un Estado deben ser efectivos o idóneos.

.

Finalmente, habrá que manifestar que se indicará en el desarrollo de este capítulo que el uso del control de convencionalidad por parte del Juez no puede entenderse como una ampliación de la responsabilidad extracontractual del Estado. Además de lo anterior, se tiene que el hecho que el Juez condene al Estado con ocasión de una mina antipersona, no puede entenderse como un exceso del poder jurisdiccional, sino que, por el contrario, lo que está haciendo es buscando la materialización de derechos.

2.1 El control de convencionalidad y las minas antipersona

Para iniciar este segundo capítulo se deberá, como primera medida, caracterizar el concepto de control de convencionalidad, para luego concretarlo en la forma como se utiliza o se le da aplicación en la mina antipersona. Por ejemplo, Manuel Fernando Quinche Ramírez, establece los elementos conceptuales de la noción control de convencionalidad, señalando claramente que fue un concepto establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el cual parte de la obligación que tienen las autoridades de dar aplicación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Precisamente, y siguiendo ese orden de ideas, se señala que el Control de Convencionalidad puede tener aplicación en dos planos: uno que es el efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o en el derecho externo cuando está efectuando un juicio de responsabilidad sobre un Estado parte: y, otro interno, que es en el que los Jueces de cada Estado parte[103] están en la obligación de aplicar la Convención Interamericana de Derechos

[103] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El Control de Convencionalidad. Bogotá D.C. Editorial Temis s.a., 2017. P 58 - 59. Sobre el control de convencionalidad indica: "En el plano del derecho interno consistiría en la obligación que tienen los jueces nacionales de hacer efectivo el contenido del derecho convencional, en seis aspectos: i) todos los órganos del Estado-Parte, incluidos los jueces de todos los órdenes, están obligados

Humanos y no sólo los Jueces, sino todos los órganos del Estado, so pena de desconocer la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

El ejercicio del Control de Convencionalidad implica que, incluso las autoridades del respectivo Estado parte, deban tener en cuenta la interpretación que haya efectuado la Corte Interamericana. Por tanto, las autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales deben adecuar el proceso o procedimiento a la Convención.

Manuel Fernando Quinche Ramírez referencia tres fases en las que se han recepcionado las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una primera, en vigencia de la Constitución de 1886, en la que la recepción fue nula. Una segunda hasta el año 2001, en la que se hace uso del control de convencionalidad como parámetro de constitucionalidad. Refiere a la existencia de una tercera etapa,[104] que es la actual, en la cual se puede rescatar un tópico especial, como es la materialización de los derechos de las víctimas, en especial, el derecho a una reparación.

Ahora bien, una vez efectuada la definición del concepto control de convencionalidad, que es un asunto que debe ser tenido en cuenta por cualquier juez, sea civil, familia, laboral,

---

a concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas; (ii) este control deben adelantarlo los jueces nacionales y los demás órganos estatales *ex officio*, […]; iii) al ejercerse el control, deben tenerse en consideración el tratado y la interpretación que de él ha realizado la Corte Interamericana; iv) el control de convencionalidad debe ser ejercido por cada órgano estatal y por los jueces dentro de sus respectivas competencias y conforme a las regulaciones procesales vigentes; v) es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos por la convención Americana, y vi) en el control de convencionalidad no solo aplica la convención americana sobre Derechos Humanos sino también el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte, en virtud de lo dispuesto por el artículo 29 del instrumento".

[104] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El Control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 12. Julio – Diciembre 2009. P. 163-190: "La tercera fase y actual de recepción de las sentencias de la Corte Interamericana, tiene como punto de partida la Sentencia C-228 de 2002, que es todo un hito en la jurisprudencia colombiana. Este período está caracterizado por el tratamiento integral y sistemático de tres temas provenientes del Sistema Interamericano: la proscripción de la impunidad estatal por las violaciones graves de los derechos humanos; el contenido y alcance de los derechos de las víctimas a verdad, justicia y reparación en los procesos penales, disciplinarios y administrativos; y la integración del sistema interno con los estándares y reglas de protección y juzgamiento diseñados por el Sistema Interamericano aplicables a los procesos ordinarios y a los juicios que se adelantan con ocasión de la negociación con los grupos paramilitares."

administrativo o penal, debe indicarse que, con ocasión del conflicto armado que ha sufrido el país, se han generado muchas víctimas y por múltiples hechos victimizantes como: homicidios, lesiones personales, secuestros, reclutamientos de niños, niñas y adolescentes y que en los procesos en que se protegen sus derechos se deben en algunas ocasiones se debe acudir al control de convencionalidad.

El Consejo de Estado, en su Sección Tercera, con ponencia del Consejero de Estado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en demanda de reparación directa dirigida en contra de la Nación – Ministerio de Defensa por la lesiones personales que se le ocasionaron a un menor de edad, quien pisó una mina antipersonal en el Municipio de Matanza –Santander- cuando buscaba unos terneros y por lo cual se le amputó la pierna derecha.

En esta providencia se señaló que las minas antipersonales fueron sembradas por grupos organizados al margen de la Ley, pese a lo cual se imputó al Estado colombiano una falla en el servicio porque éste omitió la protección de la vida, de la integridad física y la libre circulación de toda la población, generándose, igualmente, un incumplimiento de deberes normativos para el Estado que se encuentran establecidos en instrumentos internacionales, como es la Convención de Otawa sobre el deber de desminado del Estado Colombiano y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esto es, deberes no solo convencionales, sino también constitucionales. Aquí es donde el Consejo de Estado hace uso del control de convencionalidad[105] para imputar responsabilidad al Estado.

---

[105] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 68001-23-31-000-2006-01051-01(39347) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. "Se trata, pues, de obligaciones que no pueden sujetarse a suspensión, postergación o dilación temporal en el tiempo, ya que sería tanto como negar los mandatos de los artículos 1.1, 2, 4.1 y 5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos [incorporada nuestro ordenamiento jurídico por la ley 16 de 1972]; del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949, y 13 del Protocolo II a los mismos Convenios de 1977; y, 2, 11 y 24 de la Carta Política".
[…]"La Sala considera que de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, el título de imputación en el cual se enmarca la responsabilidad del caso sub examine, es la falla del servicio por incumplimiento u omisión de deberes normativos por parte de la entidad demandada - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por violación a lo contenido en la Constitución Política y en los tratados internacionales, en este caso, la Convención de Ottawa y la Convención Americana de Derechos Humanos".

Un segundo caso a analizar tiene que ver con unos hechos ocurridos en el Municipio de Yolombó, Antioquia, en la que una persona perdió sus miembros al pisar una mina antipersonal, razón por la cual se inició proceso mediante acción de reparación directa dirigida en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional. Esta demanda correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Antioquia, quien accedió a las pretensiones y en consecuencia condenó a la Nación – Ejército Nacional.

La decisión fue apelada por la parte demandada y fue conocida por la Sección Tercera, Subsección A del Consejo de Estado,[106] quien, para confirmar la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, hizo uso del control de convencionalidad pues indicó que efectivamente se presentó una responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano a título de falla en el servicio, en especial, porque en el caso concreto, el Ejército Nacional no cumplió con las obligaciones convencionales consagradas especialmente en la Convención de Otawa, que han prohibido el uso de minas antipersona, estableciéndose una obligación para los Estados partes[107] de destruir las minas o señalizar los territorios en los cuales se tenga claridad acerca de la existencia de las mismas o haya una sospecha de compromisos que no cumplió el Estado Colombiano y razones por las cuales fue condenado a la reparación de perjuicios.

En esta providencia el máximo órgano de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo hizo una análisis muy interesante en relación con la responsabilidad que se le pueda atribuir al Estado con ocasión de las minas antipersona, en la que se indica que si bien es cierto que el Estado debe garantizar la protección de los derechos a todos los habitantes, indica que al Estado no le pueden ser imputables todos los daños, pese a que no se podía refugiar en ese

---

[106] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-03980-01(47657) Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera

[107] Ídem. La Sección Tercera del Consejo de Estado haciendo referencia a la Convención de Otawa indicó: "Como se observa, el numeral 2 del artículo 5 de la Convención, que se refiere a la destrucción de las minas antipersonal ubicadas en zonas minadas, estableció el compromiso de los Estados Parte en el esfuerzo de identificar las zonas bajo su jurisdicción o control donde tenga conocimiento o sospeche que existan minas antipersonales y de adoptar todas las medidas posibles para que se demarquen esas zonas, al punto, inclusive, de prestar vigilancia y proteger los perímetros con cercas o cualquier medio eficaz para garantizar la exclusión de civiles".

argumento para considerarse irresponsable y, frente a la relatividad de las obligaciones, se debe establecer en cada caso concreto si se puede atribuir responsabilidad al Estado. Y concreta de manera clara que el Ejército no cumplió con sus obligaciones[108] por lo cual era procedente la declaratoria de responsabilidad.

Para finalizar este subcapítulo, se hará referencia a Sentencia de Tutela decida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que resolvió, en segunda instancia, en contra de sentencia de la Sección Cuarta que había amparado el Derecho Constitucional Fundamental al debido proceso. Los hechos que originan la acción de tutela se presentan en la vereda Bajo Inglés, del Municipio de Ituango, Antioquia, donde una persona sufre unas lesiones por mina antipersona, mientras realizaba actividades de agricultura.

Las personas acuden en el medio de control de reparación directa en contra de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, y el Tribunal Administrativo de Antioquia declara la responsabilidad extracontractual del Ejército. Se apela la decisión y el Consejo de Estado, Subsección A, de la Sección Tercera, la revoca, en el entendido que considera que no se presentaba una acción, ni una omisión del ejército nacional y como consecuencia de ese aspecto, no podía atribuirse responsabilidad del Estado.

Inconformes con esta decisión de la Sección Tercera, los demandantes interponen acción de tutela contra ese despacho judicial. La Sección Cuarta tutela el derecho al debido proceso y la sección quinta confirma, con el argumento que se incurrió en un defecto fáctico, y, para confirmar la sentencia de tutela, efectúa un control de convencionalidad,[109] recordando las

---

[108] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-03980-01(47657) Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera "[…] El Ejército Nacional no cumplió el mandato convencional y constitucional de velar por la protección de la vida, honra y bienes de los habitantes del municipio de Yolombó, en especial de los del barrio Altos del Potrero, al no adoptar las medidas mínimas para prevenir la muerte o lesiones a la población asentada en el área semiurbana de ese municipio, cuando las medidas esperadas eran, en primer lugar, la advertencia a los miembros de la comunidad acerca de la posible existencia de minas antipersonales y, en segundo lugar, que se hiciera un esfuerzo mayor en la identificación de la zonas por las que se presentó el ataque de los guerrilleros, para hacer más fácil la labor de búsqueda y destrucción de artefactos explosivos".

[109] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN QUINTA. Radicación: 11001-03-15-000-2017-02219-01(AC) Consejero Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. "Por otro lado, este juez constitucional

obligaciones del Estado Colombiano en cuanto a la demarcación y vigilancia donde se sospeche la presencia de minas.

2.2 El Hecho del tercero en materia de minas antipersona como causa de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado.

El hecho de un tercero ha sido establecido por la Sección Tercera del Consejo de Estado como una causal eximente de responsabilidad extracontractual del Estado. En consecuencia, al configurarse que el Hecho proviene de un tercero se considera que no puede establecerse responsabilidad extrapatrimonial del Estado.

Este argumento, en el tema de las minas antipersona, ha adquirido mucha fuerza, sobre todo, porque cuando se demanda al Estado por estos hechos, no es el Estado, en muchos casos, quien ha sembrado las minas antipersona, pues han sido sembradas por grupos organizados al margen de la Ley. Precisamente, aquí habrá que establecerse si es posible atribuir responsabilidad al Estado por hechos que directamente no causó, sino que, por el contrario fueron generados por terceros.

El Consejo de Estado, en su Sección Tercera, Subsección C, conoció un caso de afectación a una persona con ocasión de una mina antipersona en la Vereda San Agustín del Municipio de Ituango, en la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia condenó a la Nación – Ministerio de Defensa. En este proceso judicial se señaló por parte de la entidad demandada, que no podría atribuirse responsabilidad al Estado por los hechos derivados de la mina antipersona porque, en todo caso, estos provenían de parte de grupos organizados al margen de la Ley.

---

reitera que, respecto de las obligaciones del Estado colombiano, derivadas de la Convención de Ottawa, en especial las previstas en el artículo 5° de la Ley 554 de 2000, que consisten, básicamente, en i) destrucción de todas las minas antipersonales,[109] e ii) **identificación, demarcación, vigilancia y cercado de la zona «*donde se sepa o se sospeche que hay minas antipersonal*…**» [sic], es preciso aclarar que el plazo para cumplir con las mismas y, por lo tanto, su prórroga, sólo se predica de la primera de estas, esto es, la destrucción de la totalidad de las minas antipersonales".

El Tribunal Administrativo de Antioquia condenó al Estado colombiano por estos hechos, ordenando, en consecuencia, la reparación de perjuicios de los demandantes, no tuvo en cuenta el argumento expuesto por parte de la demandada y por tanto declaró que el Estado Colombiano había incumplido deberes Convencionales y Constitucionales en el caso concreto, por lo cual era procedente la atribución de responsabilidad en el Estado.

Sustenta la decisión de primera instancia el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los deberes u obligaciones que tiene el Estado derivados de la Convención de Otawa y, además, en el criterio de distinción del Derecho Internacional Humanitario, en el que claramente se establece que la población civil debe ser distinguida de los riesgos que puedan derivar de un conflicto armado.

La anterior decisión fue apelada bajo el principal argumento que no podía atribuírsele responsabilidad al Estado, por cuanto los hechos no había sido ocasionados por el Estado Colombiano, porque éste no era quien había sembrado las minas antipersona y, por lo tanto, los mismos provenían de grupos organizados al margen de la Ley, configurándose la eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero[110]. Por tal motivo, indicó la defensa, los daños debían ser reclamados al grupo organizado al margen de la Ley y no al Estado colombiano.

Otro caso en el que se hace referencia al hecho del tercero como una eximente de responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de minas antipersona, fue conocido

[110] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2006-00827-01(45818) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: "De otra parte, no es de recibo para la Sala la afirmación realizada por la recurrente en el sentido que, debe ser exonerada de responsabilidad, bajo el argumento que existe una causal eximente, como lo es "el hecho de un tercero", el cual en su decir, queda configurado al ser las fuerzas al margen de la ley, las causantes del daño que se imputa y del cual se exige su reparación. Frente a lo cual, cabe precisar que el Estado en estos casos asume la posición de garante que se desprende de la obligación que emana del artículo 2 de la Constitución Política, disposición según la cual" las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades".

por el Consejo de Estado en su Sección Tercera. Precisamente, en primera instancia, una sala de descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia condenó a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con ocasión de la muerte que se produjo a una persona que pisó una mina antipersona en la vereda Ocó Alto, del Municipio de Tarazá, Antioquia. Es claro que la entidad demandada presentó como eximente de responsabilidad el hecho de un tercero, porque los demandantes habían manifestado en la demanda que la mina antipersona fue ubicada por la guerrilla y la zona estaba sembrada de minas antipersona.

La Sala de Descongestión del Tribunal Administrativo de Antioquia fue clara en la parte resolutiva de la sentencia, porque desestimó por completo la excepción presentada por la entidad demanda sobre el hecho de un tercero. Efectivamente, la sentencia fue apelada y la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección C, confirmó la sentencia bajo los siguientes argumentos.

Efectuó un análisis sobre la imputación jurídica al Estado de hechos que habían sido cometidos por terceros, en este caso los integrantes de la Guerrilla. Para ello, se recordó que se encontraba frente a graves violaciones de los Derechos Humanos, toda vez que habían sido causados por minas antipersona.

Recordemos que el hecho de un tercero no se configura en una causal absoluta que exima de responsabilidad al Estado. Lo anterior porque el Estado puede causar el daño de manera directa o también de manera indirecta y en éste último evento no se exonera por el hecho de un tercero.

La omisión del Estado colombiano se concreta en las obligaciones internacionales establecidas en la convención de Otawa, que fueron ratificadas con la Ley 554 de 2004, lo que le impone al Estado la obligación convencional y constitucional de prevenir la violación de los Derechos Humanos.

Asimismo, se indica en la providencia, que hubo ausencia de prevención por parte del Estado y aquí se reprocha, sobre todo, por el Consejo de Estado, que el Estado tenía conocimiento[111] que el Municipio de Tarazá era un Municipio con riesgo alto de minas antipersona por la presencia de grupos de las FARC y que el Estado tenía conocimiento de esta situación. Es por esto por lo que señala, que el Estado colombiano, a pesar de tener conocimiento de la presencia de minas en ese territorio, no hizo nada por prevenir[112] los incidentes y accidentes con minas antipersona.

Y continúa: a pesar del Estado tener conocimiento de la presencia de minas antipersona, no efectuó ninguna acción tendiente a prevenir esta situación que se agrava por el conocimiento previo que tenía de la situación y su omisión, por lo que el Consejo de Estado declaró la responsabilidad extracontractual del Estado y desestimó el hecho de un tercero como causal eximente de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Finalmente, para terminar este subcapítulo, se hará referencia a una sentencia de unificación por la responsabilidad patrimonial del Estado por mina antipersona. Se trata de unos hechos

---

[111] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00406-01(51561) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. "Adicionalmente, el Estado no adoptó los instrumentos de prevención a su disposición, tales como el cúmulo de elementos estadísticos que indicaban que el municipio de Tarazá padecía una situación de peligro inminente y cognoscible ante la existencia de minas antipersonas sembradas por el grupo armado insurgente FARC en el fragor del conflicto armado interno, que exigían del Estado una acción eficaz, mediante la adopción de medidas que no fueran solo instrumentales, sino que, su contenido sea sustantivo, tendiente a lograr que la población fuera protegida contra los peligros que proceden de operaciones militares, despliegues en el marco del conflicto armado interno o de cualquier otra amenaza o peligro inminente [en los términos del artículo 13 del Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1977] al que se enfrentaba la víctima en el presente caso".

[112] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00406-01(51561) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. "Los estándares convencionales en los que se encuadran los hechos demostrados probatoriamente del caso, son la omisión en la adopción de medidas eficaces y proporcionales para prevenir la vulneración de los derechos humanos de la víctima, la violación del artículo 3 común al Convenio de Ginebra de 1949 [en la dimensión del derecho internacional humanitario] y al derecho de gentes –ius cogens- por la ausencia de prevención razonable que debía haber desplegado para evitar que las minas antipersonas sembradas por el grupo armado insurgente FARC afectaran, lesionaran o llevaran a la pérdida de la vida de víctima, ya que [como se verá en el análisis del caso en concreto] entre las acciones que estaban disponibles por el Estado desde el año 2001, concretadas en el Programa Presidencial para la Acción Integral contra Minas Antipersonal [consagrado el Decreto 2150 de 2007], se establecen las de erradicación de las minas, el suministro de información a la población y la formación a las entidades públicas para el tratamiento y gestión de las zonas, que se encontraban plenamente identificadas para la fecha de los hechos".

que ocurrieron en el Municipio La Palma, Cundinamarca, donde dos personas pisaron unas minas antipersona por lo cual sufrieron consecuencias en su integridad física.

La demanda, en primera instancia, correspondió al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien negó las pretensiones de la demanda por cuanto consideró que no estaba demostrado que el artefacto explosivo fuese de propiedad de la demandada. En este caso, la demandada fue la Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, y se estableció el argumento del hecho de un tercero como eximente de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El Consejo de Estado, en su Sección Tercera, mediante sentencia de unificación, confirmó la sentencia de primera instancia y concluyó que no era posible condenar al Estado Colombiano por estos hechos y, sobre todo, por la aplicación de obligaciones internacionales que establecen la obligación del Estado de prevenir la violación de los Derechos Humanos, en especial, los establecidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Igualmente, que tampoco era posible condenar al Estado con fundamento en la solidaridad o posición de garante, ni mucho menos bajo el título de imputación de falla en el servicio, pues consideró que la Convención de Ottawa y su correspondiente ley aprobatoria -554 de 2000-, no había sido desconocida porque consideró que se habían adelantado acciones por parte del Estado, como son acciones de desminado en los cuales se encontraba el Municipio de la Palma, Cundinamarca. Se afirma que por riesgo creado tampoco era posible condenar al Estado, por cuanto no se estaba en proximidad de una base militar o hubieran sido minas sembradas por el propio Ejército Nacional.

Un aspecto también que es considerado por el Consejo de Estado, es en el que refiere que cuando se hace una imputación al Estado por principios que se encuentren establecidos en Tratados Internacionales o en la Constitución, el grado de exigibilidad es mucho menor que el establecido en normas.

Entonces en aplicación de los principios se debe plantear la pregunta ¿es o no obligación[113] del Estado desminar el territorio por minas sembradas por terceros, en este caso grupos organizados al margen de la Ley? Consecuentemente, se puede preguntar: ¿es obligación del Estado reparar los daños derivados de las mina antipersona sembradas por grupos subversivos?

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unifica, en consecuencia, su jurisprudencia respecto de la responsabilidad extracontractual del Estado por minas antipersona, en los siguientes términos:

Habrá lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por un incidente con mina antipersona cuando haya proximidad con un órgano representativo del Estado o suceda en una base militar y hayan sido instalados por el propio Ejército Nacional.

En la providencia se declara que el Estado no ha incumplido con las obligaciones internacionales derivados del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos sobre prevención de la violación de Derechos Humanos y que el Juez debe solicitar la inclusión de ruta de atención integral de víctimas de minas antipersona a los afectados por éstas.

Se hará referencia al salvamento de voto de los magistrados Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Stella Conto Díaz del Castillo. Entre otros aspectos, manifiestan que están en desacuerdo con la sentencia de unificación, porque, niega el contenido obligacional del artículo 2 de la Constitución y, por tanto, lo que hace es reducir su alcance y obligatoriedad

---

[113] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA. Radicación: 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359)A. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. "La obligación de desminar la totalidad del territorio nacional, en los términos de la Convención de Ottawa, no es aún exigible para el Estado y por lo tanto la omisión en el logro a cabalidad de dicho compromiso no puede constituir la base de una condena por parte de esta jurisdicción.[...]1.1.1.1.De modo que, la obligación del Estado en el emprendimiento de campañas de ERM es tan sólo de medio, más no de resultado, y por lo tanto no resulta posible imputarle aquellos daños que devengan de un accidente con un artefacto explosivo improvisado o una mina antipersonal porque dichas campañas finalmente no resulten efectivas para obtener en el corto o mediano plazo el efecto deseado".

por tratarse de un principio, como si éste por su condición tuviera menos valor que las reglas o las normas.

Pero aclaran los magistrados disidentes que el artículo 2, como fundamento para condenar al Estado Colombiano, se constituye en un principio sustancial de nuestro Estado, desconocer éste aspecto sería incurrir en la irresponsabilidad del Estado.

2.3 Los fundamentos de responsabilidad extracontractual del Estado

Sobre la responsabilidad del Estado, se ha dicho[114] que se fundamenta en la dignidad humana, la solidaridad, la equidad, la justicia, la igualdad y, precisamente, se fundamenta en valores por una necesaria visón[115] de la Constitución, que tiene un alto componente de antropocentrismo, en la que el hombre es el centro del universo y, por tal motivo, el hombre no puede ser cosificado, instrumentalizado.

Negar la responsabilidad del Estado es desconocer principios fundantes de cualquier Estado, en el caso de Colombia, la dignidad humana, porque los daños causados, por ejemplo, sobre la vida y la integridad de las personas, necesariamente tienen que ser reparados por el Estado, cuando estos han sido generados por éste de manera directa o indirecta.

Aunado a lo anterior, se tiene que los Derechos Humanos, consagrados en instrumentos internacionales como la Convención Interamericana de Derechos Humanos hacen parte integral del ordenamiento jurídico, en virtud del artículo 93 de la Constitución Política, por lo que, en el ejercicio del control de convencionalidad que debe efectuar toda autoridad dentro de una república, incluidos los Jueces, se puede imputar responsabilidad al Estado Colombiano por desconocimiento de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

---

[114] GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Sexta edición. Bogotá. Editorial Temis, 2013. P. 19
[115] Ídem. P.20

Otro sustento de los fundamentos de la responsabilidad del Estado, son los Derechos Constitucionales Fundamentales, porque su desconocimiento conlleva necesariamente la imposición de responsabilidad administrativa. El Estado, en todas sus manifestaciones, tiene límites y uno de ellos son los Derechos Fundamentales, por tanto, los derechos, libertades y garantías se convierten en cortapisas para el propio Estado, que por más que sea Estado, tiene límites.

Por tanto, se puede afirmar que uno de los propósitos del Estado Constitucional es limitar el uso del poder. Que haya pesos y contrapesos, que haya quien controle jurisdiccionalmente las actuaciones, hechos y omisiones del Estado, que todas las actuaciones del ejercicio del poder puedan tener un escrutinio jurídico y un control jurisdiccional, que, para el caso del objeto de estudio de este texto, será por parte del Juez Administrativo.

Es así que la posibilidad de demandar al Estado es una consecuencia directa del Estado Constitucional, en la que el poder debe estar limitado. Desconocer la responsabilidad del Estado es desconocer el propio derecho constitucional, los Derechos Humanos, los Derechos Constitucionales Fundamentales, y los principios fundamentales.

Por las anteriores razones, se puede afirmar, claramente, que la responsabilidad del Estado también tiene fundamento en el Estado Constitucional. Un Estado que permita a sus instituciones vulnerar los Derechos, que impida su juzgamiento, y que no se atribuya responsabilidad, no puede considerarse un Estado.

El Estado puede ser condenado por el desconocimiento de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales, pues estos se constituyen en parámetro de su responsabilidad administrativa; en consecuencia, el Estado es el primer llamado al respeto de estos derechos.

Uno de los principios más importantes dentro de la Constitución, es la dignidad humana.[116] Su desconocimiento genera responsabilidad por parte del Estado Colombiano. El hecho que el Estado tenga que garantizar la responsabilidad por actuaciones, hace que la dignidad sea un fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Sobre los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, Carlos Enrique Pinzón Muñoz, dedica un aparte de su obra a la fundamentación de la responsabilidad jurídica en el que señala que el derecho pretende, necesariamente, la reparación frente a los hechos lesivos, y uno de esos objetivos es el mantenimiento del orden social, que tiene como presupuesto necesario el principio a la igualdad.

Ahora bien, se manifestó en este escrito que uno de los fundamentos de la responsabilidad en el Estado Constitucional es la solidaridad, este aspecto, como fundamento de la responsabilidad, es abordado por Carlos Enrique Pinzón Muñoz cuando el Estado asume[117] esos males que se presentan en la sociedad y cuando especialmente se ha configurado un desequilibrio en las cargas públicas, caracterizando el sistema colombiano de compensatorio y solidario.

---

[116] GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Sexta Edición. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2013. P 19 – 20: "Y uno de ellos que es cardinal de principio a fin en el texto constitucional, sin lugar a dudas, lo constituye el referente a la dignidad de que da cuenta el artículo 1; como quiera que permite estructurar que en todo el ámbito del derecho el hombre es la figura central.[...]Es así como el artículo 90 de la Constitución, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta Política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado Social de Derecho, etc. Y desde el punto de vista solamente de la dignidad y la igualdad, encontramos que el fundamento de la responsabilidad, en su máximo grado de abstracción, radica en el imperativo kantiano: obra de tal manera que tu deseo sea que tu acción se convierta en ley universal".

[117] PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Una Teoría normativa. Bogotá D.C. Ediciones doctrina y ley Ltda., 2014. p.13 -14: "Así mismo, aún sin que medie la culpa o dolo de uno de sus agentes, y más aún, sin que la actividad sea ilegítima, puede ser responsable la Administración, bajo una dinámica de balance de los males que juegan en la sociedad, asumiendo, por la solidaridad, la mayoría de aquellos cuando descompensa el equilibrio de las cargas públicas que de ordinario someten a los particulares, que es a lo que hoy se denomina como regímenes objetivos.
Es por esta virtualidad, la de un sistema compensatorio y solidario al mismo tiempo, que la responsabilidad administrativa admite, sin ninguna discusión, que la creación de riesgos, constantes en una sociedad contemporánea, puede ser asumida por la administración en orden a preservar las instituciones colectivas sí, pero considerando igualmente los derechos e intereses de los particulares".

Retomando la dignidad humana, se desprende el respeto que debe tener el Estado frente a los derechos, las libertades y las garantías fundamentales, esto es, los Derechos Constitucionales Fundamentales. Los Derechos Constitucionales Fundamentes tienen un carácter vinculante y no se traducen en meras recomendaciones, sino que, el por contrario, tienen un contenido normativo y, en consecuencia, vinculante.

Finalmente, debe indicarse que el Bloque de Constitucionalidad es una herramienta muy útil para sustentar la responsabilidad del Estado, pues el escrutinio que se hace al Estado no solo se agota la atribución de responsabilidad del Estado por desconocer las normas internas, sino que, en virtud del bloque de constitucionalidad, se extiende a todas aquellas normas y tratados internacionales de Derechos Humanos, que deben ser tenidas en cuenta por el Juez, en lo que ya se ha analizado en esta monografía relacionado con el Control de Convencionalidad.

2.4 Los regímenes de imputación de la responsabilidad extracontractual en caso de mina antipersona: Falla en el servicio, riesgo excepcional, daño especial.

Para el caso de la responsabilidad del Estado por las minas antipersona, no existe un único título de imputación porque podrá atribuirse responsabilidad del Estado por falla en el servicio, por daño especial o por riesgo excepcional, según las circunstancias en que hayan ocurrido los hechos.

Precisamente, en la Sentencia de Unificación[118] del Consejo de Estado sobre el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado por minas antipersona, se estudió si efectivamente se podría establecer en ese caso la responsabilidad del Estado por minas antipersona. Frente al título de imputación de la falla en el servicio, habrá que indicar que se trata del incumplimiento de contenido obligacional en contra del Estado, o un funcionamiento defectuoso, irregular que causa un daño.

[118] CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA. Radicación: 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359) A.

En el caso de minas antipersona, se tiene que el incumplimiento obligacional puede provenir no sólo de la Constitución, la Ley o el reglamento, sino también de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la cual a pesar de ser un instrumento internacional es vinculante para el Estado Colombiano en virtud del bloque de constitucionalidad. Igualmente, en relación con la convención de Otawa, que fue aprobada por la Ley 554 de 2000, que establece una obligaciones en cabeza del Estado Colombiano.

Frente a la posibilidad de atribuir responsabilidad extracontractual del Estado por minas antipersona por el título de imputación de falla en el servicio, estableció el Consejo de Estado que en el caso concreto que se ponía a su consideración que no se configuraba una falla en el servicio porque si bien existía la convención de Otawa y la misma había sido aprobada por el Estado colombiano mediante Ley 554 de 2000, no se configuraba en una obligación para el Estado, porque la misma sólo se predicaba a partir del año 2021. En consecuencia, al no existir obligación incumplida por parte del Estado, para el Consejo de Estado, no podría hablarse de falla en el servicio.

Los magistrados disidentes, para sustentar su posición del régimen de imputación jurídica en el evento de artefactos explosivos y mina antipersona, consideran que se trata de obligaciones normativas para el Estado, sustentando su posición tanto en los Derechos Humanos, el Derechos Internacional Humanitario y el derecho de gentes o *ius cogens*. Consideran una violación al principio de distinción en la que los civiles deben ser distinguidos de las partes en conflicto establecidos en los Convenios de Ginebra. Estas municiones sin explotar constituyen una amenaza para los Derechos Constitucionales Fundamentales, tales como: la circulación, a la vida entre otros Derechos Fundamentales.

Otro argumento que utilizan para salvar el voto, tiene que ver con lo que manifiestan en cuanto que la Convención de Otawa no diferenció entre minas sembradas por el ejército y las demás minas antipersonal y mucho menos que unas tuvieran protección y las otras no.

En este mismo salvamento de voto[119] se hace una crítica a la atribución de responsabilidad del Estado en casos de mina antipersona y una de esas críticas está relacionada a cuando se asemejan las armas de dotación oficial con relación a las minas antipersona, pues se establece que sólo podrá atribuirse responsabilidad cuando, con el arma de dotación oficial, se han incumplido los deberes de cuidado y custodia. Otro evento es cuando se puede establecer incumplimiento de la convención de Otawa o uno tercero en un régimen objetivo de responsabilidad

Hasta aquí se ha observado si es posible determinar la responsabilidad del Estado por minas antipersona en el título de imputación de falla en el servicio. El Consejo de Estado en su Sala Plena de la Sección Tercera consideró que no es procedente establecer responsabilidad del Estado con fundamento en la falla el servicio por incumplimiento de la Convención de Otawa, porque la misma solo es exigible a partir del año 2021.

En la misma sentencia del Consejo de Estado, se presente una salvamento de la Magistrada Martha Nubia Velásquez Rico[120], en la que deja claramente establecido que con ocasión del régimen de responsabilidad objetiva, no es posible establecer una responsabilidad del Estado

---

[119] SALVAMENTO DE VOTO. Magistrados Jaime Orlando Santofimio Gamboa y Stella Conto Díaz Del Castillo a la sentencia de la sala plena de la Sección Tercera radicado: 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359)A. Expusieron: "En la sentencia la Sala en el párrafo 10.2 al delimitar el problema jurídico sostiene que se debían abordar tres posiciones para analizar la atribución de la responsabilidad al Estado en los casos de minas antipersonales, a saber: "i) sólo cuando el arma es de dotación oficial y el Estado en calidad de guarda de dicho instrumento ha incumplido los deberes de cuidado y custodia que frente a él debía ejercer, ii) en aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva fundamentado en el principio de solidaridad, o la violación del artículo 2 de la Constitución Política y iii) en los casos en los que se puede predicar un incumplimiento de las disposiciones del Tratado de Ottawa".

[120] SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO. Magistrada Martha Nubia Velásquez Rico a la sentencia de la sala plena de la Sección Tercera radicado: 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359)A Expuso: "En ese orden de ideas, se tiene que, para el caso concreto, habida cuenta de que el artefacto explosivo no estuvo dirigido en contra de una persona o institución representativa del gobierno, no había lugar a declarar la responsabilidad con base en el título de imputación de riesgo excepcional, pues, según la posición mayoritaria de esta Sección, "no se puede imputar un daño respecto de un riesgo que el Estado no ha creado ni que tampoco tuvo la oportunidad de evitar". Tampoco resultaba aplicable al presente asunto el título de imputación de daño especial, dado que, si bien pudiera aceptarse que se presentó un rompimiento frente al principio de igualdad frente a las cargas públicas –derivado de las lesiones sufridas por los demandantes como consecuencia de la activación de un artefacto explosivo en el marco del conflicto interno-, lo cierto es que no se probó que el Estado hubiere desplegado conducta alguna -por acción u omisión- en la configuración de ese lamentable hecho, por lo cual forzoso resulta concluir que no se está ante un "actuar legítimo del Estado", para la procedencia del daño especial".

por riesgo excepcional, porque el Estado no había creado el riesgo y se descarta también por daño especial, pues el actuar del Estado no había sido ni por acción, ni por omisión, razón por la cual no podía establecerse responsabilidad del Estado.

Finalmente, Martha Nubia Velásquez Rico hace una consideración[121] muy importante en relación con la responsabilidad, la cual no puede quedar tan limitada como se estableció en la sentencia, porque llegaría a la conclusión de que no habría responsabilidad extracontractual del Estado, a pesar que este tuviera conocimiento de la misma. Lo anterior porque la regla de la sentencia de unificación establece que la responsabilidad del Estado sólo será por las minas instaladas en éste o las que estuvieran dirigidos contra una institución del Estado.

2.5 La sostenibilidad fiscal y la responsabilidad del Estado por mina antipersona.

En este tópico se analizará lo referente a la sostenibilidad fiscal y la responsabilidad del Estado por mina antipersona, en tanto se ha hecho uso de este argumento para salvar votos en sentencias que condenan al Estado con ocasión de los daños que puede sufrir una persona a consecuencia de las minas antipersona.

Justamente, se ha argumentado que al condenar al Estado con ocasión de minas antipersona que ni siquiera éste ha sembrado, va en contra de la sostenibilidad porque es bien cierto que la mayoría de las minas antipersona no son sembradas por el Estado, especialmente por el Ejército Nacional que en la mayoría de los casos es condenado a la reparación de perjuicios.

[121] SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO. Magistrada Martha Nubia Velásquez Rico a la sentencia de la sala plena de la Sección Tercera radicado: 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359)A expuso: “Bajo la óptica consignada en la providencia, la responsabilidad por falla en el servicio solo se configura por el incumplimiento de las obligaciones estatales respecto de las labores de desminado humanitario, de manera que el Estado no sería responsable, aun a pesar de tener conocimiento sobre la posible ubicación de un campo minado y de no realizar ninguna actuación dirigida a neutralizarlo, pues la delimitación que restringe la imputación a los eventos en los que el explosivo sea instalado por el Estado o cuando el ataque sea dirigido en contra de un órgano representativo del mismo, resulta excluyente de las hipótesis de falla en el servicio antes mencionadas”.

Es claro que el órgano naturalmente llamado a ordenar los gastos es la rama ejecutiva, pero para nadie es un secreto que con ocasión de las órdenes judiciales, se han generado erogaciones del presupuesto público. Las decisiones jurisdiccionales, por tanto, han llevado a efectuar erogaciones que inicialmente no estarían establecidas en el presupuesto de las entidades públicas, aunque es claro que el presupuesto tiene un rubro de sentencias y conciliaciones con los cuales se da cumplimiento a las órdenes judiciales.

El Juez, dentro de un Estado Constitucional de Derecho adquiere una preponderancia especial porque en la materialización de los derechos, necesariamente, se debe incurrir en erogaciones con la pretensión clara de materializar esos derechos. Es claro que la función administrativa la ejerce la rama ejecutiva, quien es, en términos generales, la encargada de ejecutar el presupuesto y ordenar su gasto.

No obstante lo anterior, la sentencias ejecutoriadas que ordenan el pago de una indemnización a favor de una víctimas de mina antipersona, conllevan, necesariamente, a que se tenga que efectuar una erogación del presupuesto público. Razón por la cual adquiere importancia el entendimiento del principio de sostenibilidad fiscal, que en todo caso, tal cual lo ordena la Constitución, debe ser tenido en cuenta por todos los órganos del Estado y los Jueces no serían ajenos a esta obligación.

Lo mismo se podría decir respecto de los títulos de imputación de daño especial o riesgo excepcional, que solo se configurarían en el segundo de los casos cuando es el propio Estado quien crea el riesgo.

Jaime Orlando Santofimio Gamboa en las sentencias que ha sido ponente ha aplicado el control de convencionalidad para decidir problemas jurídicos en los que se discute la responsabilidad del Estado por minas antipersona. En igual sentido, en su salvamento de voto a la sentencia de unificación de la Sección Tercera sobre la responsabilidad del Estado con ocasión de minas antipersona, también ha dicho que debe efectuarse un control de convencionalidad.

Y es que precisamente Jaime Orlando Santofimio Gamboa argumenta, de forma extensa, que efectuando un control de convencionalidad, y en consecuencia, dando aplicación a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se puede establecer un juicio de responsabilidad del Estado.

Una consecuencia de lo anterior es que del Bloque de Constitucionalidad se derivan obligaciones internacionales para el Estado Colombiano porque hay tratados de derechos humanos que hacen parte del orden interno. Por ejemplo, en los Derechos Humanos y el Derechos Internacional Humanitario se encuentran obligaciones del Estado como es el principio de distinción, en el cual se debe distinguir las partes en conflicto de las que no están en conflicto.

Y es que, precisamente, el Estado puede ser condenado por el título de imputación de falla en el servicio, por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales y entre otras. Además, en lo relacionado con la Convención de Otawa, se ha manifestado, según la sentencia de unificación, que las obligaciones no podrían ser exigibles sino solamente a partir del año 2021.

Ahora bien, uno de los argumentos que se hace uso para argumentar en contra de las declaratorias de la responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de minas antipersona, es el efectuado con ocasión del principio de sostenibilidad fiscal, es decir, se manifiesta que con las condenas masivas con ocasión de las minas antipersonales, se está incumpliendo, inobservando u omitiendo la Constitución y los mandatos que esta dispone en relación con el principio de sostenibilidad del Estado, el cual es obligatorio para todas las ramas del poder público.

Este argumento de la sostenibilidad fiscal y la responsabilidad extracontractual del Estado ha sido reiterado en múltiples salvamentos de votos por parte del Magistrado Guillermo Sánchez Luque de la Sección Tercera del Consejo de Estado, argumento que aunque no tiene fuerza

vinculante, si puede ser analizado como doctrina, pues manifiesta su desacuerdo con las decisiones mayoritarias de la Sala en las que se ha accedido a las pretensiones de la demanda y, por lo tanto, se ha condenado al Estado Colombiano con ocasión de minas antipersona que incluso no han sido sembradas por el propio Estado, sino que provienen de terceros como son los grupos organizados al margen de la Ley.

En consecuencia, ha hecho uso del argumento de la sostenibilidad fiscal para sustentar su posición disidente frente a las sentencias que ordenaron una reparación económica a favor de las víctimas de la violencia. Se analizarán estos argumentos porque son reiterativos, para buscar evitar una condena al Estado Colombiano por los daños ocasiones por una mina antipersona.

Antes de revisar los salvamentos de voto del Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque, habrá que preguntarse si la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal puede conllevar a la irresponsabilidad del Estado y con ello desconocerse los fundamentos en los que se sustenta la responsabilidad extracontractual del Estado, como son la dignidad humana, la igualdad, la solidaridad y la equidad.

Lo anterior porque los Jueces, al no declarar la responsabilidad extracontractual del Estado en el caso específico de las minas antipersona, y en consecuencia, no reconocer una reparación que es procedente, y se niegue con fundamento en el principio de sostenibilidad fiscal, esto es, por razones económicas o fiscales, se establece una irresponsabilidad del Estado, pues se están desconociendo obligaciones del mismo, lo que niega los sustentos de la responsabilidad. Y por tanto, se establece una inmunidad en cabeza del Estado por hechos dañinos, lo cual no tiene sustento a partir del Estado Constitucional.

El Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado Guillermo Sánchez Luque, en salvamentos de voto frente a sentencias que han condenado al Estado colombiano con ocasión de perjuicios producto de minas antipersona, ha hecho uso del argumento de la sostenibilidad fiscal para sustentar su posición de no estar de acuerdo con la responsabilidad

que se le puede atribuir al Estado por estos hechos, y ha precisado, de manera reiterativa, que con esto se desconoce un principio constitucional como lo es la sostenibilidad fiscal.

El Consejero de Estado Guillermo Sánchez Luque, en los expedientes número 39347, 51561, 36305, 33494 y 38039, es reiterativo en el argumento que no se puede mirar con un argumento expansivo la responsabilidad del Estado[122] en caso de minas antipersona, criticando, de esta forma, las decisiones en las que se condena precisamente al Estado colombiano con ocasión de las minas antipersona y los daños que éstas causan a la población.

Considera que cuando se condena al Estado con fundamento en la solidaridad, se establece una expansión de la responsabilidad que, según sostiene, se efectúa con ocasión de los deberes del Estado de protección y seguridad, pues establece el magistrado disidente que estos fundamentos de solidaridad son propios de las políticas públicas y no de los jueces y señala, además, que esta postura de condenar al Estado puede ir en contravía de los postulados de la sostenibilidad fiscal, que es un principio constitucional, tal y como quedó establecido en la Constitución.

Asume que no es predicable una falla en el servicio cuando la entidad no tenía conocimiento de la mina antipersona o se demostrara que, teniendo conocimiento, no se efectuaron las acciones para minimizar el riesgo, y que, en lo referente a la Convención de Otawa, el Estado colombiano se obligó a evitar los daños que se pudieran derivar de las minas antipersona.

---

[122] Salvamento de Voto de Guillermo Sánchez Luque a la sentencia del CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00406-01(51561): "Hay que mirar con cuidado la tendencia a exigir de manera "expansiva" la responsabilidad del Estado con fundamento en los deberes de seguridad y protección, pues la misma tiene soporte más en criterios de solidaridad, propios del ámbito de políticas públicas ajenos al juzgador, que en categorías del derecho de daños que es el entorno de la justicia administrativa, la cual, de tiempo atrás, analizó estos casos bajo el criterio de falla relativa del servicio. Ello no sólo puede contravenir el preciso alcance del artículo 90 de la C.N; sino también podría reñir con los criterios de sostenibilidad fiscal también de rango fundamental (A.L. 03 de 2011)".

2.6 Las tensiones entre el principio de sostenibilidad fiscal, incidente de impacto fiscal, el principio de autonomía judicial y el acceso a la justicia.

La monografía jurídica tiene como propósito principal establecer la incidencia del principio de sostenibilidad fiscal[123] en la responsabilidad extracontractual del Estado por minas antipersona, de cara a la autonomía judicial y el acceso a la justicia. Efectivamente, se plantea en este escrito, que el establecimiento en la Constitución económica del principio de sostenibilidad fiscal, actúa como una limitante a la autonomía judicial y al acceso a la administración de justicia y la tutela judicial efectiva.

Se debe recordar que al principio de sostenibilidad fiscal se le estableció el rango constitucional con la modificación del artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, a través del Acto Legislativo 03 de 2011, que estableció el principio de la sostenibilidad fiscal, el cual debe guiar el actuar de todos los órganos y dependencias del Estado. Por lo cual, inicialmente, la regla fiscal había sido establecida para la rama ejecutiva, pero con la reforma constitucional del año 2011, se implantó para todos los órganos y ramas del Estado, incluyendo los Jueces de la república.

El principio de sostenibilidad fiscal tiene una finalidad clara: disminuir y racionalizar los gastos, evitar los desórdenes fiscales, pero estas reglas, que eran propias de la rama ejecutiva, se trasladaron a los demás órganos del Estado, como los Jueces, quienes en sus providencias, deben hacer uso de éstos argumentos económicos para adoptar una decisión, lo que claramente tiene una incidencia sobre uno de los principios fundamentes del Estado Constitucional y es el relacionado con la separación de poderes, el cual se concreta precisamente en la autonomía e independencia del órgano jurisdiccional.

---

[123] CASTILLO CÁRDENAS, David Felipe y otros. Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal, y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia. Revista In Vestigium. Ire. Vol. 5, 2012 p. 89 citando el planteamiento del centro de estudios Fedesarrollo respecto a la sostenibilidad fiscal como una necesidad "…" [sic] "el Acto Legislativo de sostenibilidad fiscal es una reforma necesaria que busca que en el mediano plazo las diferentes decisiones que tienen impacto sobre gasto público sean coherentes con la sostenibilidad fiscal de mediano plazo". A esto, añade que una senda insostenible de gasto afecta el cumplimiento de los objetivos de desarrollo de la economía."

Debe precisarse, por demás, que en el proyecto de Acto Legislativo, inicialmente, se proponía establecer el principio de sostenibilidad fiscal como un derecho, y más allá de éste, se quería establecer como un supra derecho, en el entendido que éste garantizaría la materialización de otros derechos. Luego esta postura fue modificada a lo largo de los debates, y, finalmente, la sostenibilidad fiscal quedó establecida como un principio.

Igualmente el exsenador Néstor Iván Moreno Rojas advirtió en su voto negativo a la ponencia para segundo debate del establecimiento del principio de sostenibilidad fiscal, la situación grave[124] de limitar la labor jurisdiccional en sus diferente especialidades, en la cual se advertía el incumplimiento del Estado de sus obligaciones frente al Estado .

Asimismo, cuando en el proyecto de Acto Legislativo, en sus consideraciones indica que el alcance de los derechos debe ser definido por el legislador y el ejecutivo, esto se traduce claramente en una limitación de la labor jurisdiccional porque una de las tareas delos Jueces es la de definir el alcance de los derechos. Limitar la posibilidad que el operador jurisdiccional determine el alcance de un derecho, es limitar su autonomía e independencia, porque el Juez sólo tendría que aplicar lo ya establecido, limitando su posibilidad de razonamiento y argumentación.

También, uno de los alcances del Acto Legislativo son los efectos económicos de las decisiones de los Jueces en el derecho a la salud, las pensiones, la vivienda, la población desplazada, los reinsertados. Se denomina *"fallos que inciden en la viabilidad fiscal del país"*[125]. Por ejemplo el exsenador Juan Fernando Cristo consideró que el principio de sostenibilidad fiscal *"subordinaría los derechos y su garantía a la consecución de los fines económicos del Estado"*.[126]

---

[124] GACETA DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA SENADO Y CÁMARA. Gaceta 989. 30 de Noviembre de 2010. Página 14. En: http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/ : "Nos parece grave que se limite a los jueces para establecer por la justicia ordinaria, contencioso – administrativa o por la vía de la acción de tutela o de la acción colectiva, las obligaciones del Estado frente a la sociedad y a los ciudadanos. Esto resulta particularmente delicado en el caso de la Corte Constitucional que por su competencia, existe para garantizar el cumplimiento de la Constitución. Son sus fallos, en defensa de los derechos económicos y sociales, una de las preocupaciones que toma en cuenta el gobierno para la iniciativa de limitar con los topes de la sostenibilidad fiscal las decisiones de las diferentes ramas del poder público".

[125] Gaceta del Congreso 989, P. 6.

[126] Ídem P. 2

También se considera dentro de los antecedentes del Acto Legislativo, que con este se estaba debilitando la Rama Judicial. Al respecto se expuso por el exsenador Néstor Iván Moreno Rojas en su ponencia para segundo debate del proyecto de acto legislativo número 016 de 2010, 019 de 2010 Senado, lo siguiente: *"Nos parece grave que se limite a los jueces para establecer por la justicia ordinaria, contencioso administrativa o por vía de la acción de tutela o de la acción colectiva, las obligaciones del Estado frente a la sociedad y los ciudadanos"*[127].

Como se ha indicado anteriormente, el principio de sostenibilidad fiscal entra en colisión con el principio de la autonomía e independencia judicial y con principios de la parte primera de la Constitución, así como con la forma de Estado Social de Derecho. Es claro que una de las conquistas del Estado Social de Derecho ha sido la consagración de la independencia y autonomía del órgano jurisdiccional y la separación de poderes,[128] lo cual logra concretar los objetivos de justicia de cualquier Estado. El Juez no debe estar sometido, ni limitado, ni recibir recomendaciones al momento de fallar. El Juez debe contar con la plena libertad para decidir siempre dentro del ordenamiento jurídico.

La única limitante de un Juez debe ser el propio ordenamiento jurídico. Es la racionalidad la que caracteriza el aparato jurisdiccional, quien, en virtud de esa libertad, puede adoptar la decisión que en derecho corresponda. Al Juez no se le pueden imponer decisiones predeterminadas, prefabricadas, porque, precisamente, en virtud de ese principio tan importante como es la independencia y autonomía jurisdiccional, tiene la facultad de tomar la decisión que en derecho corresponda.

---

[127] Ibídem, P. 14

[128] CASTILLO CÁRDENAS, David Felipe y otros. Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal, y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia. Revista In Vestigium. Ire. Vol. 5, 2012.P.. 91 "Aunque es ineludible la aplicación de justicia con una visión interdisciplinaria que no contemple el ámbito jurídico, social y económico, es inaudito limitar la eficacia de las decisiones de las altas cortes en materia de derechos económicos, sociales y culturales y más aún, permitir una intromisión en las funciones de cada poder público lo cual contraria la constitución, el antecedente jurisprudencial y el orden jurídico; vulnerando el principio de tridivisión de poderes, respeto y garantía de derechos humanos, legalidad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho".

No obstante lo anterior, no significa que el Juez que tenga una libertad para adoptar una decisión cualquiera, de manera irracional y la arbitraria, porque, en todo caso, esa decisión estará limitada por el propio ordenamiento jurídico. En consecuencia, un Juez encuentra como limitante a su propia decisión, el propio ordenamiento jurídico.

Ahora bien, el establecimiento de un argumento económico al Juez, a la hora de decidir, claramente se establece en una limitante a su autonomía e independencia judicial.[129] Lo anterior porque necesariamente se le estará estableciendo una limitante de entrada para decidir los casos, y más grave aún, que necesariamente se estarán limitando Derechos Constitucionales Fundamentales.

Acá se plantea la colisión, necesariamente, entre derecho y economía, en el entendido que la decisión jurisdiccional estará sometida a la economía. Pero desde el ámbito del derecho, se tendrá que tener en cuenta que el Estado tiene obligaciones y que no se puede llevar al plano de su irresponsabilidad, porque esto necesariamente es la negación del Estado Constitucional, el cual establece el juzgamiento de todas las personas, incluido el Estado, por lo que, se insiste, el Estado no puede ser irresponsable.

La independencia y autonomía judicial han sido considerados por la Corte Constitucional como un Derecho Constitucional Fundamental de los Jueces y que integra el debido proceso, el sometimiento al principio de sostenibilidad fiscal es un desmedro en contra de éste principio, porque la libertad de decisión del Juez estará limitada por consideraciones económicas, y de contera, se desconocerá la responsabilidad del Estado.

El principio de sostenibilidad fiscal atenta claramente contra una de los principios del Estado Constitucional, la autonomía e independencia judicial, limita[130] al Juez a la hora de decidir,

---

[129] Ibídem. P. 91 "Nuevamente la reforma constitucional procedida por el acto legislativo 03 de 2011, presenta un nuevo atropello contra la independencia jurídica puesto que somete el fallo de una sentencia judicial al principio de sostenibilidad fiscal".

[130] CASTILLO CÁRDENAS, David Felipe y otros. Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal, y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia. Revista In Vestigium. Ire. Vol. 5, 2012.P.. 89citando a Romero, quien indica: "A los jueces no se les impone un límite explícito en el texto mismo del proyecto, pero tanto en la exposición de motivos como en las ponencias se manifiesta la preocupación por el impacto económico de las tutelas y otras decisiones judiciales que protegen derechos fundamentales (…) [sic] Es evidente que el propósito de la propuesta es limitar el alcance de estas sentencias."

lo que no es viable. Le restringe la capacidad de decidir libremente y se debe recordar que el Juez no debe tener ninguna atadura. Además se limita otro principio constitucional, como lo es la responsabilidad del Estado.

El Estado debe responder por los daños antijurídicos que le sean causados a sus administrados, por tal, en un Estado Constitucional, se predica la responsabilidad del mismo, y éste no puede ser irresponsable por los hechos dañosos que le ha causado a sus administrados. En ese orden de ideas, el establecimiento del principio de sostenibilidad fiscal, necesariamente, va a llevar una irresponsabilidad del Estado por los hechos dañosos que éste ha causado, porque en virtud del principio de sostenibilidad fiscal, el Estado no responderá por los daños causados.

Ahora bien, respecto de la naturaleza jurídica del principio de sostenibilidad fiscal, se ha indicado que no tiene la naturaleza de un principio, y que, por el contrario, se establece como una directriz que debe ser tenida en cuenta por parte del Juez para adoptar su decisión, con lo cual se le ha querido restar fuerza vinculante al considerarla simplemente como una un norma que consagra una directriz y que el Estado debe tener en cuenta.

En relación con el acceso a la administración de justicia, y por tanto, con la tutela judicial efectiva y cómo entra en tensión con la sostenibilidad fiscal, debe señalarse que el acceso a la administración de justicia es un Derecho Constitucional Fundamental y se ha indicado que este acceso al aparato jurisdiccional no puede entenderse sólo en términos formales, es la posibilidad de acceder al mismo, pero este acceso debe ser efectivo[131], esto es, que se dé la existencia de recursos efectivos con la finalidad de materializar las pretensiones.

---

[131] MELÓN SANDOVAL, Yolanda, ORTEGA MARTÍNEZ, Edwin Danilo: El Derecho a la tutela judicial efectiva y aplicación al medio de control reparación directa en Colombia. Trabajo de grado para optar el título de abogado. En: https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/1671 Pág. 40 Citando sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así: "(…) [sic] La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituyen una trasgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos […] no pueden considerarse efectivos […]por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada en la práctica, porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir […]por cualquier otra situación que configure un cuadro denegación de justicia".

Y es que, precisamente, el principio de sostenibilidad fiscal, en términos formales no impide que se pueda interponer una demanda en contra del Estado, porque, obviamente, la demanda podrá ser interpuesta. Este principio impide que se materialice el acceso a la administración de justicia, por cuanto los recursos que se tendrán no serán efectivos o idóneos para lograr obtener una reparación o indemnización por parte del Estado.

Debe precisarse, por demás, que el acceso a la administración de justicia presupone la existencia de recursos efectivos, pero la existencia del principio de la sostenibilidad fiscal, por el contrario, hace tornar ineficaz el derecho, por cuanto, si bien es cierto existe un derecho al acceso a la justicia, la sostenibilidad no materializa el mismo en cuanto del acceso a la justicia debe predicarse la efectividad o idoneidad, lo que no se produce cuando una sentencia se dilata su cumplimiento. .

Asimismo, y en el entendido que el acceso a la administración de justicia no puede vislumbrarse sólo en términos formales, sino que el mecanismo debe ser efectivo, porque en términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no garantizar el acceso a la justicia se traduce en una denegación de justicia.

Además, debe indicarse, tal y como se ha manifestado a lo largo de esta monografía, que la visión del acceso a la justicia como derecho, permite predicar de ésta una condición necesaria para la realización o materialización de otros derechos. Es de precisar que en el evento de responsabilidad del Estado, por mina antipersona, claramente estaría en entre dicho un derecho -la reparación-, el cual dependería del acceso a la justicia. Sólo en la medida que se garantice el acceso a la justicia, se podrá garantizar el derecho a la reparación.

Finalmente, respecto el mecanismo judicial de incidente de impacto fiscal, se debe indicar que se encuentra regulado en la Ley 1695 de 2013, la cual establece claramente la procedencia de este mecanismo contra providencias de las máximas corporaciones judiciales (artículo 1). El incidente debe presentarse dentro de la ejecutoria de la providencia (artículo 5).

Asimismo, el incidente de impacto fiscal deberá contener las posibles consecuencias de la providencia sobre las finanzas públicas, las consecuencias específicas que explican dichas consecuencias y los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia (artículo 6). Se establece una audiencia de impacto fiscal (artículo 11) contra la providencia que falle el incidente procede el recurso de insistencia (artículo 13).

Respecto de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley 1695 de 2013: *"En todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional", l*a Corte Constitucional, mediante sentencia C-870 de 2014, declaró la constitucionalidad condicionada en los siguientes términos: *"en el entendido de que dicho plan no es de obligatoria observancia ni acatamiento por parte del fallador".*

Respecto de la protección de los derechos y lo ordenado por la propia Ley 1695 de 2013, que dispone que este mecanismo procesal no se puede utilizar para menoscabar derechos o restringir derechos, en la sentencia C-870 de 2014 se estableció: *"Se trata de un imperativo que subordina toda decisión que se derive de la interposición del IIF a la imposibilidad de afectar el goce efectivo de los citados derechos constitucionales. Por ello, en forma categórica, el inciso 4 del artículo 1 del Acto Legislativo No. 03 de 2011, dispone que: "En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales*[132]".

2.7 Excesos del poder judicial o materialización de derechos al establecer la responsabilidad del Estado por minas antipersona

Debe precisarse que se abordan los temas de la sostenibilidad fiscal y las minas antipersona en el entendido que luego de efectuar un rastreo jurisprudencial sobre decisiones de responsabilidad extracontractual del Estado, se advirtió un asunto que llama la atención la Jurisprudencia del Consejo de Estado en su Sección Tercera y es el relacionado con la forma

[132] CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-870 de 2014. Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

en como lo entiende unos de los magistrados Guillermo Sánchez Luque en la que indica de forma reiterativa que el hecho de condenar al Estado con ocasión de minas antipersona en su criterio comporta un desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal. En este punto es donde se une la sostenibilidad fiscal con las minas antipersona.

No obstante lo anterior, no es que se desconozca que la sostenibilidad fiscal opera en términos generales para las diferentes decisiones incluidos casos de responsabilidad del Estado, sólo que en la monografía se pretendió acentuar este análisis sobre un criterio que la Jurisprudencia de la Sección tercera ya había llamado la atención y es el relacionado con la sostenibilidad fiscal y las minas antipersona al momento de definir la responsabilidad extracontractual del Estado.

Aunado a lo anterior se tiene que en los salvamentos de voto en que se condenó al Estado con ocasión de minas antipersona se ha señalado por el Magistrado Guillermo Sánchez Luque que se está ampliando la responsabilidad del Estado por hacer uso del control de convencionalidad y que a la par esta decisión implicaba desconocer la Constitución específicamente el principio de sostenibilidad fiscal. Razón por la cual se analizó específicamente con las minas antipersona sin desconocer que el principio de sostenibilidad fiscal tiene aplicación frente a las decisiones de las altas cortes.

Ahora bien, la labor que cumplen los Jueces en un Estado Constitucional es muy importante, por cuanto materializan la justicia en los casos concretos. Precisamente, en el caso de las minas antipersona, se tiene que en el evento que el Juez condene la reparación administrativo o indemnización de prejuicios, se traduce en una materialización de los derechos, en especial, el derecho a obtener una reparación administrativa como derecho de toda persona que ha sufrido un menoscabo o un daño en sus derechos.

Uno de los atributos que tiene el operador jurisdiccional es la discrecionalidad. No obstante lo anterior, esa discrecionalidad no se traduce en arbitrariedad, porque el Juez tiene límites como son los tratados internacionales y la Constitución.

Ahora bien, y en el entendido que el Juez goza de cierta libertad para motivar sus decisiones y argumentar las mismas, se tiene que éste, haciendo uso de principios, derechos y libertades, de los tratados ratificados por Colombia y que reconocen Derechos, puede sustentar una decisión en uno u otro sentido, sin que pueda predicarse de esa decisión un exceso del poder jurisdiccional al materializar un derecho.

Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad que se le pueda atribuir al Estado con ocasión de las minas antipersona, se tiene que haciendo uso del control de convencionalidad, se ha considerado por algunos magistrados de la Sección Tercera del Consejo de Estado que se podría atribuir responsabilidad extracontractual al Estado por los daños que se puedan causar con las mismas, así, incluso, las minas antipersona no hayan sido sembradas por miembros del Ejército Nacional, es decir, aunque hayan sido sembradas por un tercero sin que pueda establecerse la causal eximente del hecho de un tercero.

Lo anterior, porque es bien cierto que el Juicio de responsabilidad que se le puede hacer al Estado no sólo tiene un parámetro de normas nacionales, sino, por el contario, también se puede acudir a parámetros internacionales, los cuales tienen carácter vinculante hacia el Estado Colombiano, como sería por ejemplo la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esto en virtud de los compromisos internacionales que ha adquirido el Estado Colombiano al suscribir estos tratados.

Igualmente, debe considerarse que los Derechos Humanos, los Derechos Fundamentales y el propio texto constitucional, se convierten en parámetro de responsabilidad del Estado, en el cual el Estado es responsable administrativamente por la vulneración y desconocimiento de los Derechos Humanos y los Derechos Constitucionales Fundamentales y demás derechos establecidos en el ordenamiento jurídico. .

También puede mencionarse que si bien es cierto el derecho a recibir una indemnización se traduce en un derecho subjetivo, el mismo se encuentra en riesgo cuando el Estado no reconoce la indemnización, con fundamento en principios como la sostenibilidad fiscal, el cual, indiscutiblemente, se torna en un condicionamiento o una limitante para la materialización de este derecho.

El Juez, cuando reconoce una indemnización a una víctima de una mina antipersona y atribuye responsabilidad al Estado, así esa mina no haya sido sembrada por el Estado o hubiera sido dirigido contra una dependencia o institución estatal, haciendo uso del control de convencionalidad como es la aplicación de las disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos para atribuir esa responsabilidad del Estado, está materializando un derecho consagrado en la convención, sobre la prevención de la violación de los Derechos Humanos.

Aplicar la teoría que indica que el uso del control de convencionalidad, necesariamente, implica una ampliación de la responsabilidad del Estado, no se considera acertado porque, en todo caso, la responsabilidad del Estado no se está ampliando, en tanto la posibilidad que el Estado sea enjuiciado internacionalmente siempre existirá, de acuerdo a lo establecido por la jurisprudencia colombiana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la que, como fuente de las obligaciones de los Estados, no sólo están la Constitución Política, sino también las normas internacionales,

También el Estado podrá ser enjuiciado con fundamento en normas internacionales. En consecuencia, esa posibilidad de la responsabilidad del Estado está establecida, razón por la cual, en ningún caso, se está haciendo más gravosa o se está ampliando la responsabilidad del Estado, en tanto esta es siempre la misma.

Por otro lado y en relación con el argumento de que el hecho que se efectúe un control de convencionalidad es una ampliación de la responsabilidad del Estado y además de eso que se está incumpliendo la Constitución porque al condenar al Estado con ocasión de minas

antipersona no se está dando cumplimiento al principio de sostenibilidad fiscal, es un argumento que no tiene fundamento ni convencional, ni constitucional.

Debe precisarse que frente a la sostenibilidad fiscal, que hace parte de lo que la doctrina ha denominado como la Constitución económica, entra en tensión, precisamente, con principios constitucionales, como son la autonomía e independencia judicial, el acceso a la justicia y la dignidad humana, toda vez que si se da aplicación a la sostenibilidad fiscal, se sacrificarán dichos principios.

La autonomía judicial se sacrifica, por cuanto, necesariamente, el Juez tendrá una limitante, en este caso, económica; el acceso a la administración de justicia, por cuanto, como se ha indicado a lo largo de esta monografía, no sólo se traduce es recursos formales, sino que los mismos deben ser idóneos o efectivos.

Otro argumento es que la dignidad humana tiene sustento en cuanto la persona es lo más importante para el Estado. El ser humano por su condición merece toda la protección por parte del Estado y no podría ver menoscabados sus derechos por la aplicación de un principio que desconozca el principio cardinal del Estado Constitucional.

Por tal motivo, no puede considerarse como un exceso del poder judicial el que un Juez administrativo condene al Estado con ocasión de minas antipersona, y que haya hecho uso del control de convencionalidad en ningún sentido puede entenderse como una actuación judicial arbitraria o caprichosa, porque, en todo caso, la decisión se encuentra enmarcada dentro del ordenamiento jurídico.

En especial, se puede señalar que se trata de un control jurisdiccional que todo Juez debe efectuar y es el control de convencionalidad, obligación que se debe predicar de todo servidor público y no sólo de los Jueces. Además, esta encuentra sustento en la propia Constitución -artículo 2-, en donde se establece la obligación del Estado de proteger los derechos, garantías y libertades.

Finalmente, no se puede predicar un desbordamiento o una arbitrariedad o un exceso del poder jurisdiccional en el hecho que el Juez condene por minas antipersona y, por el contrario, esta se traduce en una materialización de diferentes derechos como la dignidad humana, principios y valores constitucionales, como son los establecidos en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia y el derecho a una reparación o indemnización por parte del Estado.

3. Conclusiones

- No existe un concepto ni constitucional, ni legal de lo que se entiende por sostenibilidad fiscal, al igual la doctrina establece diferentes conceptos respecto al mismo. No obstante lo anterior, el Consejo de Estado ha indicado que la sostenibilidad fiscal se refiere al equilibrio que debe existir entre ingresos y gastos. Ahora bien, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han hecho uso de la sostenibilidad fiscal; la primera en ejercicio del control de constitucional y el segundo en sus diferentes secciones.

- La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han establecido el alcance de la sostenibilidad fiscal para ello han definido que ésta no es un principio, sino un criterio orientador. La Corte Constitucional, por su parte, en relación con las víctimas de la violencia, ha considerado que el derecho a la reparación que éstas ostentan es un derecho fundamental y por tal motivo no puede ser desconocido o vulnerado por un criterio económico, como es la sostenibilidad fiscal. A la par, el Tribunal Constitucional en el examen de constitucionalidad de la Ley 1695 de 2013, señala que lo referente a las providencias relacionadas con derechos fundamentales, se torna improcedente el incidente de impacto fiscal.

-Uno de los pilares del Estado Constitucional es la separación de poderes que se concreta en la autonomía e independencia judicial. Este principio se ve afectado con el incidente de impacto fiscal, en la medida que existe una intervención indebida en la decisión del Juez por parte de otros órganos del poder público. .

- El principio de sostenibilidad fiscal se torna necesariamente en una limitante para el Juez Administrativo, lo que a la par limita el acceso a la administración de justicia, que no debe ser observado meramente en términos formales del acceso a la justicia, sino en la posibilidad que se decida efectivamente el caso. Se vulnera la autonomía judicial como principio fundamental del Estado constitucional, porque éste limita al Juez a la hora de adoptar la

decisión, pues deberá tener en cuenta condiciones económicas al efecto de proferir su sentencia.

- Existe una tensión entre el principio constitucional –*sostenibilidad fiscal*- y los fundamentos de la responsabilidad extracontractual del Estado, como son la dignidad humana, la solidaridad, la obligación del Estado de proteger a todas las personas en sus derechos, bienes, creencias y libertades que se encuentran establecidos en la parte primera de la Constitución Política, porque dando aplicación a consideraciones económicas, se desconocen los fundamentos de la responsabilidad.

- El uso del control de convencionalidad por parte de los jueces en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por mina anti persona, no implica que se esté ampliando la responsabilidad del Estado porque, en todo caso, el Estado puede ser enjuiciado con normas internacionales como es la Convención Interamericana de Derechos Humanos, porque son vinculantes y hacen parte del ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad.

- Finalmente, debe señalarse que el aporte que se hace con esta monografía tiene que ver con el desarrollo de la influencia de la sostenibilidad fiscal en las decisiones judiciales y sobre pilares del Estado constitucional, como es la autonomía e independencia del Juez. Aunado a ello, mostró las implicaciones de nuestro modelo Constitucional en el que prevalece la persona, sobre las instituciones.También se dio cuenta de la clara afectación del derecho al acceso a la administración de justicia por parte del incidente de impacto de fiscal, que afecta la sentencia y dilata su cumplimiento, no siendo por tanto efectivo o idóneo el recurso.

Referencias.

ACEVEDO GUTIÉRREZ, David. La sostenibilidad fiscal en el marco de las decisiones de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Trabajo de grado para optar el título de Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Militar Nueva Granada. 2015.

AGUILÓ REGLA, José. Imparcialidad y aplicación de la Ley. Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Centro de documentación judicial. Madrid. 2009. P. 94 -109

ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales. Editorial: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y bienes muebles de España. Madrid. 2004. P. 111

ANDRADE RINCÓN, Hernán. Los títulos de imputación y a responsabilidad del Estado. En: ARENAS MENDOZA, Hugo Andrés. Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo II. Responsabilidad, contratos y procesal. Grupo Editorial Ibáñez. 2016 P. 71-95

AÑON, María José. Derechos fundamentales y Estado Constitucional. En: cuadernos constitucionales de la cátedra fradique furio ceriol N°40. Valencia, 2002. Página 25-36

ARAÚJO OÑATE, Rocío Mercedes. Acceso a la Justicia y Tutela Judicial efectiva. Propuesta para fortalecer la justicia administrativa. Visión de derecho comparado. En: revista estudios socio jurídicos. Vol. 13, número 1, enero – junio de 2011, P. 247-291. Universidad del Rosario. En: https://www.redalyc.org/pdf/733/73318918009.pdf

AYALA REYES, Sandra Milena. El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal en Colombia. Trabajo de grado para obtener el título de magíster en Derecho Público. Universidad Santo Tomás. 2016

BARBOSA DELGADO. Francisco, R. La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia. Revista de Derecho Público, 33. Universidad de los Andes (Colombia). P. 1 – 23

BERNAL CASTRO, Carlos Andrés. La Corte Constitucional dentro del Estado Social de Derecho Colombiano, un órgano legitimador del derecho dentro de la sociedad. En: SANIN RESTREPO, Ricardo. Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana – Legis. 2006. Páginas 245-253

BERNAL PULIDO, Carlos. Estructura y límites de la ponderación. Universidad Externado de Colombia. 2003 P. 225-238

BREWER CARÍAS, Allan R. La consolidación de la tiranía judicial. El juez constitucional controlado por el poder ejecutivo asumiendo el poder absoluto. Editorial jurídica venezolana. Caracas. 2017. P. 238

BURGOS, José Germán. Independencia Judicial en Colombia. Una aproximación descriptiva a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana 1994-2007. En: Novum Jum, vol. 2, N 1, 2008. P. 153-182

CASTILLO CÁRDENAS, David Felipe y otros. Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal, y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia. Revista In Vestigium. Ire. Vol. 5, 2012 p. 89

CHINCHILLA HERRERA. Tulio Eli. La mayoría no existe. Reglas cuantitativas de la democracia: En: Legado del Saber. Contribuciones de la Universidad de Antioquia al conocimiento. Medellín. 2003. P. 39

FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo experiencias históricas y tendencias actuales. Editorial trotta. Madrid. 2014. P. 157

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Revista isegoria 35 Julio – Diciembre de 2006. En: http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/34/34

GARCÍA LOZANO, Luisa Fernanda. El papel del Juez en la sociedad de contrastes. Análisis de la autonomía funcional del Juez en Colombia. 2013. Universidad Santo Tomás. 194 p. ISBN: 978-958-631-821-1

GARCÍA LOZANO, Luisa Fernanda. La incidencia del concepto estado de derecho y estado social de derecho en la independencia judicial. En: Revista prolegómenos, derechos y valores. Volumen XIV, número 27, enero – junio de 2011 P. 181-198, Universidad Militar Nueva Granada. En: https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038013.pdf

GARCÍA PELAYO, Manuel. Estado legal y estado constitucional de derecho. Revista de la facultad de ciencias jurídicas y políticas. N° 82. Universidad Central de Venezuela, Caracas, P. 32 - 45

GAVIRIA CARDONA, Alejandro. Sentido y alcance del incidente de impacto fiscal en Colombia, revista de derecho privado, Universidad Externado de Colombia, n° 35, Julio – diciembre 2018. P. 391-407. doi: https://doi.org/10.18601/01234366.n35.15

GIL BOTERO, Enrique. Responsabilidad extracontractual del Estado. Sexta Edición. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2013. P. 774

GÓMEZ ALBARELLO, Juan Gabriel y OROZCO ABAD, Iván. Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal. Bogotá: editorial Temis. 1999. P. 285

GUERRERO VINUENZA, Álvaro Pía. Sostenibilidad Fiscal y Principios en el Estado Social de Derecho. En: Revista criterio jurídico. Santiago de Cali. V. 12 N1. P 79 – 126

HERNÁNDEZ VILLAREAL, Gabriel. Derecho Procesal Moderno. Distintas visiones alrededor de esta disciplina. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario.2013. P. 330

MELÓN SANDOVAL, Yolanda, ORTEGA MARTÍNEZ, Edwin Danilo: El Derecho a la tutela judicial efectiva y aplicación al medio de control reparación directa en Colombia. Trabajo de grado para optar el título de abogado. En: https://repository.ucc.edu.co/handle/20.500.12494/1671 Pág. 152 40

MERCADO PÉREZ, David E., RUIZ CORREA, Carmen Rosa. Efectos del control de convencionalidad en la Jurisprudencia del Consejo de Estado. En: saber, ciencia y libertad vol 11, N° 2. Julio – Diciembre de 2016. P. 19-30

NOROÑA TORRES, Daniel Fernando. Tutela Judicial Efectiva de los Derechos de la naturaleza. Trabajo de grado para optar el título de abogado. Quito. 2014

PAPAYANNIS, Diego M. Independencia, Imparcialidad y neutralidad en la aplicación del Derecho. En: MARTÍNEZ ZORRILLA, David y VIAL DUMAS, Manuel. Pensando al Juez. Madrid, Marcial Pons. 2019. P. 132-149

PATIÑO MARIACA, Daniel Mauricio. La constitucionalización del proceso, la primacía del derecho sustancial y la caducidad contenciosa administrativa. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Volumen 43, número 119, enero – junio de 2013 P. 655-703, Universidad Pontificia Bolivariana. En: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4828829

PÉREZ VANEGAS, Lenin Esteban. La sostenibilidad fiscal en el Marco del Estado Social de Derecho en Colombia. En: Revista virtual legem. V 1. P. 97-107

PERRINO, Pablo Esteban. El Derecho a la Tutela Judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contenciosa administrativa. En: Revista de derecho público, páginas: 257-294.

En:http://cassagne.com.ar/publicaciones/La_tutela_Judicial_efectiva_y_el_acceso_a_la_jurisdiccion_contencioso_administrativa._.pdf

PINZÓN MUÑOZ, Carlos Enrique. La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Una Teoría normativa. Bogotá D.C. Ediciones doctrina y ley Ltda., 2014. P. 496

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. EL Ministerio Público en el Estado Social de Derecho. Bogotá Procuraduría General de la Nación, 2006: P. 273

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El Control de convencionalidad y el sistema colombiano. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Número 12. Julio – Diciembre 2009. Pp. 163-190

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. El Control de Convencionalidad. Bogotá D.C. Editorial Temis s.a., 2017. 248 p.

QUINTERO, Beatriz y PRIETO, Eugenio. Teoría General del Proceso. Tercera Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2000. P 599

RAMÍREZ CARVAJAL. Diana María. Precisiones constitucionales sobre los poderes de instrucción que tiene el Juez. En: Revista diálogos de saberes. Revista 30, enero – junio de 2009 P. 273 – 296

RESTREPO, Juan Camilo. Hacienda Pública. 10 Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015 P. 766

ROJAS BETANCOURT, Danilo. La independencia judicial: institución y derecho. En: SILVERA SARMIENTO, Astelio y SEPÚLVEDA AGUIRRE, Jovany Arley. La independencia judicial y las reformas a la justicia. Medellín: editorial, Sello editorial coruniamericana. 2017. P. 175-212

SÁNCHEZ TORRES, Fabio y ZENTENO GONZALES, Jannet. Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional. El caso de Colombia. En: Centro de Estudios Sobre Desarrollo Económico. Facultad de Economía de la Universidad de los Andes. En: https://economia.uniandes.edu.co/components/com_booklibrary/ebooks/dcede2011-37.pdf

VELASCO CANO, Nicole y LLANO, Jairo Vladimir. Teoría del derecho, neoconstitucionalismo y modelo de Estado constitucional en l contexto colombiano. Novum Jus. ISSN 1982-6013. Volumen 9 N° 2. Julio - Diciembre 2015. Pág. 49 – 73

Sentencias

Sentencias Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA VEINTE ESPECIAL DE DEICISIÓN. Radicado: 11001-03-15-000-2012-01718-00(REV). Consejero Ponente: Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN SEGUNDA. SUBSECCIÓN B. Radicado: 11001-03-25-000-2013-00543-00(1060-13) Consejero Ponente: Dr. César Palomino Cortés.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN CUARTA. Radicado: 11001-03-26-000-2014-00054-00(21025). Consejero Ponente: Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN CUARTA. Radicado: 68001-23-31-000-2010-00441-02(19115) Consejero Ponente: Dr. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicado: 25000-23-25-000-2005-00662-03(AP) Consejero Ponente: Dr. María Claudia Rojas Lasso.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 68001-23-31-000-2006-01051-01(39347) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-03980-01(47657) Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. Radicación: 05001-23-31-000-2003-03980-01(47657) Consejero Ponente: Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN QUINTA. Radicación: 11001-03-15-000-2017-02219-01(AC) Consejero Ponente: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2006-00827-01(45818) Consejero Ponente: Dr. JAIME Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00406-01(51561) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN C. Radicación: 05001-23-31-000-2011-00406-01(51561) Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA). SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA. Radicación: 25000-23-26-000-2005-00320-01(34359) A.

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicado: 25000-23-26-000-1999-00002-05(IJ) Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO (COLOMBIA) SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SALA PLENA DE LA SECCIÓN TERCERA. Radicado: 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022). C.P. Dr. Enrique Gil Botero

Sentencias Corte Constitucional

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-288 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-250 de 2012. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-398 de 2010 M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia SU-037 de 2019 M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-099 de 2013 M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-438 de 2013 M.P. Dr. Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-992 de 2001. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia T-066 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-286 de 2009. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-315 de 2008. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-625 de 2010. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-765 de 2012. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-132 de 2012. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-253A de 2012. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-280 de 2013. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-870 de 2014. Magistrado Ponente. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-492 de 2015. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Auto 233 de 2016. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA) Sentencia C-315 de 2008. Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia-625 de 2010. Magistrado Ponente: Dr: Nilson Pinilla Pinilla.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA) Sentencia C-753 de 2013. Magistrado Ponente Dr.: Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL. (COLOMBIA). Sentencia C-093 de 2018. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-438 de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-799 de 2011. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-268 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-046 de 2014. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CORTE CONSTITUCIONAL (Colombia). Sentencia T-319 de 2014. Magistrado Ponente Dr. Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL (COLOMBIA). Sentencia C-762 de 2009. Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 16 de 1972. *"Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969"*

CONSTITUTICIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 270 de 1996. *"Estatutaria de La Administración De Justicia"*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 633 de 2000. *"Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial".*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 819 de 2003. *"Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones".*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 387 de 1997. *"Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia".*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA).Acto Legislativo 03 de 2011. *"Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal".*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 1437 de 2011. *"Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 1448 de 2011. *"Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones"*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 1695 de 2013. *"Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones."*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Ley 1607 de 2012. *"Por la cual se expiden normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones"*

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA).Gaceta del Congreso Senado y Cámara 451 del 23 de Julio de 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Gaceta del Congreso Senado y Cámara 919 del 18 de noviembre de 2010.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (COLOMBIA). Gaceta del Congreso Senado y Cámara 989 del 30 de noviembre de 2010.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS del 10 de diciembre de 1948.