

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Daniel Ricardo Quiroga-Villamarín* (Colombia)

Recontextualizando la globalización. El “espacio intermedio” de la sostenibilidad fiscal en Colombia**

RESUMEN

La relación entre la adjudicación individual de derechos sociales y la sostenibilidad fiscal del Estado ha sido un punto prioritario en la agenda colombiana sobre políticas públicas. No en vano se aprobaron recientemente reformas constitucionales y legales para limitar el impacto de las sentencias de las altas cortes en el erario público. Estas nuevas instituciones son promovidas partiendo de prácticas y discursos similares a nivel transnacional, que se incorporan al ordenamiento colombiano. Desde el derecho constitucional comparado, en el presente texto analizo las raíces internacionales de dichas reformas y sus transformaciones al llegar al marco constitucional colombiano.

Palabras clave: sostenibilidad fiscal, globalización, derecho constitucional comparado.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Zusammenhang zwischen der individuellen Anerkennung sozialer Rechte und der haushaltspolitischen Nachhaltigkeit ist ein wichtiger Punkt auf der Agenda der Politik Kolumbiens. Nicht umsonst wurden kürzlich Verfassungsreformen und Gesetzesnovellen verabschiedet, um die Auswirkungen der Urteile der obersten Gerichte auf die öffentliche Hand zu begrenzen. Diese neuen Institutionen gehen auf For-

* Estudiante de Derecho y coordinador de la Maestría en Derecho Internacional de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia). dr.quiroga942@uniandes.edu.co.

** Sería imposible no expresar mis más sentidos agradecimientos a todos los que me acompañaron y apoyaron durante la elaboración del presente artículo. Las recomendaciones de los profesores Jorge González Jácome, Ph. D., Daniel Bonilla, Ph. D., y de la profesora Andrea Celemín, Ph. D., así como de la investigadora María Cecilia Ibáñez y de mis familiares fueron claves para precisar el lenguaje y alcance del texto. De las limitaciones y falencias del presente artículo soy el único responsable.

derungen zurück, die auf ähnlichen länderübergreifenden Praktiken und Diskursen beruhen, welche in die kolumbianische Rechtsordnung aufgenommen werden. Ausgehend vom vergleichenden Verfassungsrecht analysiere ich die internationalen Ursprünge der genannten Reformen und ihre Umsetzung nach der Aufnahme in das kolumbianische Verfassungsgefüge.

Schlagwörter: Haushaltspolitische Nachhaltigkeit, Globalisierung, vergleichendes Verfassungsrecht.

ABSTRACT

The relationship between the individual adjudication of social rights and the fiscal sustainability of the State has been a priority of Colombia's public policy agenda. The recent approval of constitutional and legal reforms to limit the impact of high court decisions on the public treasury have not been in vain. These new institutions are promoted on the basis of similar practices and discourses at a transnational level that have been incorporated in the Colombian legal system. In this text, I make a comparative constitutional law analysis of the international roots of said reforms and the transformation that they have undergone upon their inclusion in the Colombian constitutional framework.

Keywords: fiscal sustainability, globalization, comparative constitutional law.

Los conceptos jurídicos [...] se localizan en una red epistemológica más amplia de la cual son solamente un nodo.¹

El sistema-mundo es una red de localismos globalizados y globalismos localizados.²

Introducción

La sostenibilidad fiscal ha sido un tema prioritario en la agenda pública colombiana –y latinoamericana– en los últimos años. El Gobierno nacional ha intentado promover grandes reformas para estructurar y restringir el gasto público, muchas de ellas fallidas.³ Vale la pena resaltar dos intentos recientes: (i) la reforma cons-

¹ Daniel Bonilla (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015, p. 15.

² Boaventura de Sousa Santos, "Towards a Multicultural Conception of Human Rights", en Berta E. Hernández Trujol (ed.), *Moral Imperialism: a Critical Anthology*, Nueva York, New York University Press, 2002, p. 43. Traducción propia, al igual que todas las citas en inglés que aparecen en este texto.

³ Marcela Meléndez y Marcela Eslava, "Cómo influyen los grupos de interés sobre las políticas de productividad", en Carlos Scartascini y Eduardo Lora (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfaomega Colombia S. A., 2010.

titucional que buscaba elevar la responsabilidad fiscal a un derecho colectivo y (ii) el incidente de impacto fiscal, que perseguía aplicar este derecho colectivo en la práctica. Estos conceptos –fundados en prácticas y discursos similares a nivel internacional– tuvieron un aterrizaje accidentado en el ordenamiento jurídico colombiano, a saber: la sostenibilidad fiscal fue elevada a un principio constitucional, y no como el derecho colectivo que se pretendía consagrar.⁴ Por otro lado, el incidente fue debilitado fuertemente por la Corte Constitucional y no tiene la función que los reformadores buscaban.⁵ Para entender lo anterior, en el presente ensayo estudiaré la trayectoria de estas ideas globalizadas, y su transformación y recontextualización –para usar el término de Frankenberg⁶– en Colombia. Sos-tendré que la sostenibilidad fiscal fue *localizada* y transformada para ser adaptada al marco constitucional colombiano, al compatibilizarse con el respeto y la garan-tía a los derechos humanos y la plena vigencia del Estado social de derecho.

Así, primero, analizaré el marco conceptual sobre la migración de ideas cons-titucionales, a partir, especialmente, de las consideraciones del modelo IKEA, de Frankenberg, enfatizando en la importancia de la “conciencia jurídica global”⁷ en tal proceso. Acto seguido, revisaré los discursos utilizados por las partes relevantes –congresistas, miembros del Gobierno, formadores de opinión pública, entre otros– para identificar el uso de categorías transnacionales en el debate nacional. Siguiendo el trabajo de Hammerslev⁸ sobre la Bulgaria postsoviética, las migraciones legales no sólo implican cambios institucionales, sino también modificaciones en las “ca-tegorías mentales” que merecen ser exploradas. Por último, examinaré los cambios que atraviesan dichas instituciones jurídicas transnacionales al interactuar con un marco local, llevando a la creación de “espacios intermedios” en donde los discursos globalizados son traducidos a un contexto social particular.⁹ En este sentido,

⁴ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 451, 23 de julio de 2010, p. 15.

⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288 de 2012, M. P. Luis E. Vargas Silva; Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 5 de diciembre de 2012, M. P. Jorge I. Pretelt Chaljub; y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870 de 2014, M. P. Luis G. Guerrero.

⁶ Günter Frankenberg, “Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, pp. 563-579.

⁷ Siguiendo así lo que Jaramillo Sierra denominó la “teoría de la conciencia” de Duncan Kennedy (cfr. Isabel C. Jaramillo Sierra, “un examen de los intercambios académicos: más allá de la división entre Norte y Sur”, en Bonilla, *op. cit.*, p. 351; y Duncan Kennedy, “Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000”, en David Trubek y Álvaro Santos, *The New Law and Economic Development: a critical appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006).

⁸ Ole Hammerslev, “The European Union and the United States in Eastern Europe”, en Yves Dezalay y Bryant G. Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011, p. 135.

⁹ Así, no busco cuestionar “la universalidad” de un concepto jurídico originado en el norte global como un *localismo globalizado*, sino más bien estudiar cómo dichas institucio-nes se imponen en el sur global, es decir, un *globalismo localizado*, para utilizar los términos

las herramientas del derecho constitucional comparado nos pueden dar elementos de análisis –desde una perspectiva, a mi juicio, poco explorada en Colombia y en América Latina– sobre las raíces internacionales de una política pública, y las dificultades que puede tener esta al adaptarse a la realidad nacional.

1. Marco teórico y metodológico¹⁰

La migración de ideas jurídicas es un fenómeno cuyo análisis puede tener implicaciones políticas importantes.¹¹ Por ejemplo, como lo ha argumentado Esquirol¹² en el caso latinoamericano, el derecho comparado puede llevar a la consolidación y legitimación de identidades hegemónicas al definir lo *propio* de lo *otro*. En ese sentido, la tradición de los sistemas legales inaugurada por René David¹³ puede ser utilizada para legitimar la existencia de una conciencia legal occidental cerrada y coherente desde Roma hasta nuestros días,¹⁴ o para acercar el nuevo continente a la vieja Europa, a pesar de sus diferencias fácticas.¹⁵

Para evitar lo anterior, uso el derecho comparado no como una herramienta legitimadora, sino como un instrumento crítico que permita analizar cómo interactúa un concepto transnacional con las particularidades sociales, históricas y culturales

de Boaventura de Sousa Santos (*op. cit.*); ver también Sally E. Merry, "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle", *American Anthropologist*, vol. 108, núm. 1, 2006, p. 39.

¹⁰ No busco con este artículo esbozar una crítica detallada de las corrientes hegemónicas del derecho comparado, ni analizar las diferencias metodológicas entre las visiones que se dedican a esta disciplina. Al respecto, cfr. Mark Tushnet, "The Possibilities of Comparative Constitutional Law", *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6, 1999, pp. 1225-1309, sobre las diferencias entre el funcionalismo, el expresivismo y el *bricolaje*; Rodolfo Sacco, "Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 1, 1991, pp. 1-34, sobre la teoría de los formantes legales; y Pierre G. Monateri, "Gayo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental", en Pierre G. Monateri, Samuel Geoffrey y Carlos Morales (eds.), *La invención del derecho privado*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2006, para una evaluación crítica de esta última idea. Así mismo, cfr. Frankenberg, *op. cit.*, pp. 565-570, para una introducción al famoso debate entre Alan Watson y Pierre Legrand; y Jaramillo Sierra, *op. cit.*, pp. 338 y ss., para una introducción a los debates metodológicos principales en el derecho comparado contemporáneo.

¹¹ Sujit Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

¹² Jorge Esquirol, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2014.

¹³ René David, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, trad. de J. E. Brierley, Nueva York, Simon & Schuster, 1978.

¹⁴ Monateri, *op. cit.*

¹⁵ Esquirol, *op. cit.*

del lugar de recepción.¹⁶ La metáfora tradicional del *trasplante jurídico* –una de las herramientas más conocidas de la disciplina del derecho comparado– se queda corta, por lo que sería más provechoso entender la migración de ideas constitucionales y legales como *traducciones jurídicas*.¹⁷ En palabras de Langer, “la principal limitación [de la metáfora del trasplante] es que transmite la idea de que los conceptos e instituciones legales pueden ser *copiados y pegados* entre sistemas jurídicos”.¹⁸ Por tanto, resulta indispensable usar otras categorías del derecho comparado que nos permitan entender muchas de las complejas interacciones entre lo local y lo global, que la noción del trasplante parece no poder explicar.

Para tal fin, el modelo IKEA, planteado por Frankenberg, parece ser el más apropiado.¹⁹ Según esta visión, existen cuatro etapas que se pueden identificar en los procesos de migración constitucional.²⁰ Primero, hay una cierta institución legal que surge de un punto de origen;²¹ luego, esta institución es descontextualizada para abstraerla de las particularidades locales en la que fue engendrada. Tercero, esta idea mercantilizada entra a la “conciencia constitucional colectiva” y a la discusión global sobre instituciones, derechos y política pública.²² Por último, el producto globalizado es desempacado, “descongelado” y recontextualizado en un nuevo marco legal, en donde es reinterpretado por las comunidades epistémicas locales.²³

Así las cosas, en el presente artículo analizaré con detenimiento las dos últimas fases de dicho proceso. Por tanto, en los siguientes acápite procederé a analizar (2) el reservorio internacional de ideas constitucional, (3) la sostenibilidad fiscal como producto en ese mercado global de ideas constitucionales, y (4) su “compra” y adaptación a la realidad colombiana. Por último, cerraré con una breve conclusión (5).

¹⁶ Mark Tushnet, *Weak Courts Strong Rights*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.

¹⁷ Máximo Langer, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004.

¹⁸ *Ibid.*, p. 5.

¹⁹ Frankenberg, *op. cit.*

²⁰ *Ibid.*, p. 570.

²¹ Que bien puede ser aparente. En ese sentido, el punto de origen es *originario*, toda vez que ahí inicia el análisis, pero que no debe ser siempre el punto donde se crea la idea. Esto es relevante, especialmente ante la dificultad de encontrar la primera cuna de una institución jurídica sin caer en naturalizaciones (*ibid.*, p. 571).

²² *Ibid.*, p. 572, o Jorge Esquirol, “El nuevo latinoamericanismo jurídico”, en Bonilla, *op. cit.*, p. 317, quien ofrece una noción similar, al hablar de una “economía global de formas jurídicas”.

²³ Frankenberg, *op. cit.*, p. 579.

2. La conciencia constitucional colectiva contemporánea

Frankenberg resulta escéptico frente a la idea de una "constitución global" y demás grandes narrativas.²⁴ Empero, no puede negar la repetición de temas comunes en constituciones alrededor del mundo. Por ende, sugiere que estos temas repetidos se deben a la adaptación local de discursos transnacionales que hacen parte de una sola conciencia jurídica global. Este concepto refiere de manera implícita a la obra de Kennedy,²⁵ que ha analizado las globalizaciones del derecho a partir de su entendimiento de la conciencia jurídica imperante en un tiempo y espacio concretos. Para Kennedy, la conciencia debe entenderse como "un vocabulario, de conceptos y argumentos típicos, como una *langue*, o lenguaje, y unas normas específicas implementadas en varios países en las cuales la *langue* es globalizada como *parole*, como discurso".²⁶

Kennedy ha argumentado que han existido dos globalizaciones consolidadas del pensamiento jurídico. No me detendré en ellas, sino que buscaré identificar la contemporánea –y tercera– conciencia jurídica globalizada, para encontrar la sostenibilidad fiscal dentro de ella. En ese sentido, Kennedy propone que esta se caracteriza por una reaparición de hermenéuticas formalistas, el discurso de los derechos humanos, la reivindicación de la(s) identidad(es) y el renacer de lógicas económicas neoclásicas.²⁷ Partiendo de estas conclusiones, sostengo que la conciencia jurídica constitucional contemporánea se podría definir por las tensiones, encuentros y contradicciones entre dos paradigmas: (i) el proyecto de los derechos humanos y (ii) el proyecto del neoliberalismo. En palabras de Moyn,²⁸ "la revolución de los derechos humanos y la victoria del fundamentalismo de mercado han sido simultáneas"; o de Saffon,²⁹ "la existencia paralela de [políticas neoliberales económicas y adjudicación vigorosa de derechos sociales por parte de tribunales] constituye una gran paradoja". Es decir, se podría afirmar que la tercera globalizada –en la que actualmente vivimos– se ve enmarcada por el diálogo, las contradicciones y los encuentros entre estas dos grande lógicas argumentativas.

²⁴ *Ibid.*, p. 565.

²⁵ Kennedy, *op. cit.*

²⁶ *Ibid.*, p. 23. La distinción entre *langue* y *parole* ha sido fundamental en la lingüística desde que fue propuesta por Ferdinand de Saussure. *Langue* hace referencia a las estructuras lógicas y gramaticales que componen un lenguaje, mientras que *parole* analiza la expresión de estas estructuras en la vida cotidiana. Para una discusión más detallada, cfr. Hans H. Stern, *Fundamental Concepts of Language Teaching*, Nueva York, Oxford University Press, 1983, pp. 127-129.

²⁷ Kennedy, *op. cit.*, p. 63.

²⁸ Samuel Moyn, "A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, 2015, p. 147.

²⁹ Maria Paula Saffon, "Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The case of the Colombian Constitutional Court", *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm. 2, 2007, pp. 533-567.

Así, desde los setenta, estas dos corrientes han impactado en el debate constitucional y legal en América Latina³⁰ y el mundo,³¹ a partir de la inepción de estos paradigmas en el norte global. La existencia de una economía política del conocimiento jurídico ha favorecido que estas corrientes hegemónicas se hayan producido principalmente en el norte global y hayan migrado al sur global.³² En Colombia, esta nueva globalización ha llegado impulsando, al mismo tiempo, lo que Rodríguez Garavito ha llamado el proyecto global neoliberal y el proyecto global neoconstitucional, consagrados ambos en la ecléctica constitución Colombiana de 1991.³³ Considero que primero se deben analizar estos dos grandes paradigmas, para así tener herramientas analíticas en el momento de examinar la profundidad de su alcance en el caso concreto *sub examine* de la reforma de sostenibilidad fiscal y legal en el ordenamiento colombiano.

2.1. El proyecto de los derechos humanos

Ciertos doctrinantes proponen una continuidad del derecho internacional de los derechos humanos actual con la Revolución francesa, la antigua Grecia, la Declaración Universal de 1948, o el liberalismo *tout court*.³⁴ Contra esta posición, Moyn sostiene que los derechos humanos emergen como proyecto hegemónico hasta la década de los setenta.³⁵ En sus propias palabras, “los derechos humanos fueron periféricos tanto a la retórica de la [segunda] guerra mundial como a la reconstrucción de la postguerra”.³⁶

En realidad, diferentes elementos confluyeron en la ascendencia del derecho internacional de los derechos humanos: (i) la pérdida de legitimidad de grandes narrativas de izquierda,³⁷ lo cual impulsó un activismo de pequeñas causas como

³⁰ Yves Dezalay y Bryant G. Garth (eds.), *The Internationalization of Palace Wars*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

³¹ Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*

³² Utilizo las categorías norte global y sur global con las mismas intenciones y salvamentos que Daniel Bonilla (“La economía política del conocimiento jurídico”, *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 2, núm 1, 2015, p. 30). Para una discusión más detallada de estos conceptos, cfr. David Bilchitz, “La creación de un espacio intermedio: hacia una concepción de intercambios en condiciones de igualdad en el mundo académico jurídico del norte y el sur globales”, en Bonilla, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, *op. cit.*

³³ César Rodríguez Garavito, “Towards a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitucionalism, and the Context over Judicial Reform in Latin America”, en Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*, p. 159.

³⁴ Robin Blackburn, “Reclaiming Human Rights”, *New Left Review*, vol. 69, pp. 126-138.

³⁵ Samuel Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.

³⁶ *Ibid.*, p. 7.

³⁷ Por ejemplo, la decepción con el muy común “el dios que falló” [Richard Crossman (ed.), *The God the Failed*, Nueva York, Columbia University Press, 1983] y el fracaso del proyecto

nuevo horizonte utópico. (ii) El activismo de los intelectuales exiliados de las dictaduras del Cono Sur en el exterior llevó a la conformación de redes internacionales que empezaron a adoptar los derechos humanos como estrategia, impulsando lo que hoy conocemos como el movimiento de la lucha contra la impunidad.³⁸ (iii) La creciente *judicialización de la política*³⁹ ha favorecido el interés por la adjudicación individual de derechos humanos. Tanto a nivel nacional como internacional, los procesos judiciales han tenido rol preponderante en las discusiones sobre las políticas públicas, el Estado de derecho, y la identidad tanto individual como colectiva y nacional. (iv) La entrada en vigencia de los pactos internacionales de derechos humanos en 1976.⁴⁰ (v) El otorgamiento del Premio Nobel de la Paz a Amnistía Internacional en 1977. (vi) Los acuerdos de Helsinki en 1975.⁴¹ Y (vii) la adopción de los derechos humanos como corolario de la política exterior de Carter sentó las bases para la consolidación de este discurso hegemónico.⁴² Desde el siglo pasado hasta ahora, los derechos humanos no han hecho más que crecer en fuerza.

En palabras de Perelman,⁴³ las “normas de derechos humanos [...] en la estructura del poder discursivo mundial, se han construido en [la *langue*] de la justicia social”.⁴⁴ Por todo lo anterior, podemos concluir que existe una corriente fuerte en la conciencia global constitucional enmarcada en el proyecto de los derechos humanos, que promueve –como *langue*– la revisión judicial por parte de un tribunal constitucional, la defensa de los derechos humanos y el empoderamiento ciudadano

de la autodeterminación de los pueblos por la degradación de los Estados poscoloniales en cleptocracias dictatoriales (Kennedy, *op. cit.*, p. 61). En otras palabras, “los derechos humanos fueron llamados a llenar el vacío dejado por las políticas socialistas” (De Sousa Santos, *op. cit.*, p. 39).

³⁸ Graciela Daleo, “El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina”, *Història Moderna i Contemporània*, vol. 5, 2007. Para otro análisis de este fenómeno desde la sociología, cfr. Virginia Vecchioli, “Human Rights and the Rule of Law in Argentina: Transnational Advocacy Networks and the Transformation of the National Legal Field”, en Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*

³⁹ Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: the Origins and Consequences of New Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁴⁰ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos rige desde el 23 de marzo, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde el 3 de enero de 1976.

⁴¹ Los acuerdos de Helsinki fueron una conferencia de *detente* entre la URSS y los EE. UU. La creación de una organización no gubernamental dedicada a analizar el cumplimiento del acuerdo –*Helsinki Watch*– por parte de la URSS sentó las bases para la creación de Human Rights Watch (Moyn, *The Last Utopia: Human Rights in History*, *op. cit.*, p. 171).

⁴² *Idem.*

⁴³ Jeremy Perelman, “Activismo transnacional de derechos humanos, colaboraciones en consultorios jurídicos y economía política de la responsabilidad de los consultorios jurídicos ante la sociedad: la cartografía del espacio intermedio”, en Bonilla, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁴ Igual que este texto, Perelman parte del análisis de Duncan Kennedy sobre *langue* y *parole* en la tercera globalización (*ibid.*, nota a pie de página 7).

a través de un uso del derecho constitucional, fomentado por la globalización del derecho de interés público.⁴⁵

2.2. El proyecto del neoliberalismo

El uso reiterado del término neoliberalismo por los discursos de izquierda contemporáneos ha llevado a que su empleo sea rechazado por un sector de la academia, al considerarlo politizado, vacío o conceptualmente confuso.⁴⁶ Empero, siguiendo a Moyn, “usar un concepto limitado para hablar del conjunto de pensamiento individualista, soluciones de mercados y reducción del Estado tanto a nivel nacional como internacional es mejor que omitir estos temas por completo, como lo ha hecho un sector de la academia”.⁴⁷ Partiendo de la introducción de Grewal y Purdy, he propuesto una definición *contextual* y *pragmática* del neoliberalismo.⁴⁸ Así, me gustaría caracterizarlo como un ideología política global que apunta a la transformación del Estado, basado en imperativos económicos, políticos e inclusive culturales y éticos. El presupuesto de este discurso es que el bienestar humano se logra mediante la promoción del emprendimiento individual, en un marco institucional que garantice los derechos individuales a la propiedad privada, el libre mercado y el libre comercio.⁴⁹ Confidencialmente, el auge de este discurso también ocurrió desde la década de los setenta, contemporánea al auge de los derechos humanos.⁵⁰

El colapso del “plan global”⁵¹ de la economía internacional llevó a la creación de nuevas dinámicas de acumulación de capital y a una marcada división internacional del trabajo que impactó al Estado de derecho tanto nacional como internacionalmente.⁵² Las principales características de este proyecto son una doble “destrucción creativa” de la disciplina económica, lo cual llevó a su consagración como el ins-

⁴⁵ Scott L. Cummings, “The Internationalization of Public Interest Law”, *Duke Law Journal*, vol. 57, núm. 4, 2008, pp. 891-1036.

⁴⁶ Stephanie L. Mudge, “What is Neo-liberalism”, *Socio-Economic Review*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 703-731.

⁴⁷ Moyn, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁸ David S. Grewal y Jedediah S. Purdy, “Introduction: Law and Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2015, p. 2.

⁴⁹ David Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 2.

⁵⁰ Susan Marks (“Four Human Rights Myths”, en David Kinley, Wojciech Sadurski y Kevin Walton (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 217-235) resalta que Amnistía Internacional se ganó el Premio Nobel un año después que el conocido economista e ideólogo del neoliberalismo Milton Friedman.

⁵¹ Para usar el término de Yanis Varoufakis (*The Global Minotaur*, Londres, Zed Books, 2011, p. 90).

⁵² Dezalay y Garth, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, *op. cit.*

trumento principal de la política pública nacional e internacional. En palabras de Fourcade,

[d]esde finales de los setenta, tanto las economías como las tecnologías del gobierno se han transformado e internacionalizado. La planeación industrial, la inversión pública y los controles a las importaciones han sido reemplazados por una nueva caja de herramientas de políticas públicas –privatización, exenciones tributarias, liberalización de la regulación del capital–. Una vez formuladas, estos nuevos modelos de política pública fueron reproducidos a lo largo y lo ancho, usualmente por tecnócratas transnacionales entrenados en la última sabiduría económica.⁵³

Como se evidencia arriba, las transformaciones en la economía también legitiman un proyecto de transformación del Estado.⁵⁴ Un ejemplo claro son los programas de ajuste estructural en América Latina en los ochenta, que

típicamente incluían diez reformas de política pública: disciplina fiscal, reducción del gasto público, reforma tributaria, liberalización financiera, tasas de cambio competitivas, reducción de aranceles, eliminación de barreras a la inversión extranjera, privatización, promoción del mercado, y protección de los derechos de propiedad.⁵⁵

El fracaso de dichas políticas llevó a una reconsideración por parte de los tecnócratas neoliberales, que ahora promueven un proyecto más amplio de reformas –lo que Diniz⁵⁶ ha llamado “el posconsenso de Washington”– que impulsan una nueva gobernación global a partir de una reconsideración del recetario original del Consenso de Washington.⁵⁷ En palabras de Rodríguez Garavito, “si el consenso original se caracterizaba por ser el neoliberalismo de *recorte*, el giro institucional llevó a un neoliberalismo de *expansión*, en donde instituciones pudieran proteger al mercado de sus propios excesos”.⁵⁸

⁵³ Marion Fourcade, “The Construction of a Global Profession: the Transnationalization of Economics”, *American Journal of Sociology*, vol. 112, núm. 1, 2006, p. 146.

⁵⁴ Kanishka Jayasuriya, “Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?”, *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, p. 453.

⁵⁵ Rodríguez Garavito, *op. cit.*, p. 161.

⁵⁶ Eli Diniz, *El post-consenso de Washington: globalización, Estado y gobernabilidad reexaminados*, Madrid, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 2007.

⁵⁷ Joseph E. Stiglitz y Narcís Serra (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

⁵⁸ Rodríguez Garavito, *op. cit.*, p. 162. Para una discusión más detallada sobre el cambio del neoliberalismo de recorte y reforma estructural al neoliberalismo de la gobernanza, cfr. Germán Burgos Silva, *Estado de derecho y globalización*, Bogotá, ILSA - Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 46-58.

Así mismo, como se puede inferir de lo anteriormente planteado, otro elemento fundamental para el proyecto neoliberal ha sido la preponderancia del capital financiero en la economía tanto nacional como internacional. En ese sentido, Krippner ha analizado la relación del Estado y las élites políticas en la ascendencia de la financiarización de la economía mundial.⁵⁹ Por último, la confluencia de estos factores en las políticas públicas de asistencia social conlleva el fomento de política social de carácter residual –para usar el término de Esping-Andersen–⁶⁰ o la sustitución de dichas funciones por parte de la caridad o el mercado.⁶¹ Así las cosas, podemos concluir que dentro de la conciencia jurídica global existe una corriente hegemónica que promueve –como *langue*– reformas al Estado-nación basándose en los presupuestos neoliberales.

3. La sostenibilidad fiscal en la conciencia jurídica global

La sostenibilidad fiscal nació de las discusiones alrededor del gasto público de un Estado en la economía contemporánea. Una definición sencilla puede ser la propuesta por Chalk y Hemming, para quienes la sostenibilidad es la obligación de un Estado de mantener su deuda por debajo de la diferencia entre sus ingresos y sus déficits.⁶² Por ende, la principal implicación de esto es que un Estado no puede incurrir en una alta deuda o padecer un déficit alto sin que ello pueda ser justificado por sus ingresos. Como lo han descrito hábilmente expertos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la sostenibilidad fiscal en 1980 y 1990 se volvió una preocupación central en América Latina.⁶³

Esto se debe a la tradicional historia de inestabilidad financiera y monetaria de la región, así como a la alta inflación.⁶⁴ Como bien lo nota Charry Urueña,⁶⁵ las reformas de sostenibilidad fiscal no solo han sido un fenómeno latinoamericano, sino que, al contrario, se enmarcan en un proceso global de reforma, apoyado por

⁵⁹ Gretta Krippner, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

⁶⁰ Gösta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1998.

⁶¹ Mona Atia, “A Way to Paradise: Pious Neoliberalism, Islam, and Faith-Based Development”, *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 102, núm. 4, 2011, pp. 808-827.

⁶² Nigel Chalk y Richard Hemming, *Assessing Fiscal Sustainability in Theory and Practice*, Washington, International Monetary Fund, 2000.

⁶³ Luis Carranza, Christian Daude y Ángel Melguizo, *Public Infrastructure Investment and Fiscal Sustainability in Latin America*, Washington, OCDE Development Center, 2011.

⁶⁴ Michael Gavin y Roberto Perotti, “Fiscal Policy in Latin America”, *NBER Macroeconomics Annual*, vol. 12, 1997, pp. 11-72.

⁶⁵ Juan M. Charry Urueña, “Sostenibilidad fiscal”, *Ámbito Jurídico*, 29 de febrero de 2012. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120822-sostenibilidad_fiscal/noti-120822-sostenibilidad_fiscal.asp.

la OCDE en otras latitudes.⁶⁶ Quizás la reforma constitucional española de 2011 es el ejemplo más sobresaliente de la llegada de la sostenibilidad fiscal a un marco constitucional.⁶⁷

Este concepto fue un elemento claro de las reformas estructurales para América Latina, apoyado logísticamente por instituciones financieras internacionales (IFI) –como el Grupo del Banco Mundial,⁶⁸ el Fondo Monetario Internacional⁶⁹ y el Banco Interamericano de Desarrollo.⁷⁰ No en vano, Athukorala ha dicho que estas organizaciones rápidamente se “transformaron en instituciones responsables de financiar proyectos en países en vías de desarrollo, con una influencia significativa de reformar políticas públicas en dichos países”.⁷¹

4. La sostenibilidad fiscal en Colombia

Aunque Colombia había tenido una historia de responsabilidad fiscal atípica para el promedio latinoamericano, la sostenibilidad fiscal también se vuelve una preocupación central para Colombia, en especial frente a los gastos de las sentencias de tutela.⁷² La Constitución de 1991, y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) llevaron a un aumento constante del gasto del Gobierno central en asuntos sociales. No en vano, un senador ponente de la reforma constitucional de la sostenibilidad ha afirmado que esta medida se justifica como una medida de oposición frente al “asistencialismo europeo” (sic).⁷³

⁶⁶ Pierre Beynet *et al.*, “Restoring Fiscal Sustainability in Spain”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 850, 2011.

⁶⁷ José M. Domínguez y José M. López, *Reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, Madrid, Universidad de Alcalá - Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, 2012.

⁶⁸ Banco Mundial, *Apoyo a sostenibilidad fiscal para la promoción de la prosperidad compartida*, comunicado de prensa, Washington, 9 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/09/09/wb-colombia-support-fiscal-sustainability-promote-shared-prosperity>.

⁶⁹ Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*, Fiscal Affairs Department, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>.

⁷⁰ Marielle del Valle y Arturo Galindo, *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: los casos de Colombia y Perú*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.

⁷¹ Prema-chandra Athukorala, “The Banks: The IMF, The World Bank, The Bank for International Settlements”, en Pasquale M. Sgro (ed.), *International Economics, Finance and Trade*, vol. 1, Londres, EOLSS, 2009; Anne-Marie Battikha, *Structural adjustment and the environment: impacts of the World Bank and IMF conditional loans on developing countries*, Richmond, Virginia Polytechnic Institute and State University, 2002; o Moisés Naím, “Latin America: The Second Stage of Reform”, *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 4, 1994, pp. 32-48.

⁷² Roberto Steiner, “Prólogo”, en Scartascini y Lora, *op. cit.*

⁷³ Camilo Sánchez, “El incidente de impacto fiscal”, *El Espectador*, 17 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/el-incidente-de-impacto-fiscal->

Como lo han argumentado Cárdenas, Mejía y Olivera, una clara consecuencia imprevista del Estado social de derecho es el aumento de los gastos del Gobierno central.⁷⁴ Aun cuando estas no son las únicas reformas que buscan la sostenibilidad fiscal en Colombia,⁷⁵ en este artículo me centraré en la reforma constitucional para incorporar este concepto en la Constitución, así como en la reforma legal para darle una herramienta al Gobierno para limitar los efectos económicos de las sentencias de las altas cortes. Esto, debido al alegado rol activista y progresista de la Corte Constitucional “en la defensa de derechos sociales en áreas como la salud, el trabajo, la seguridad social, la educación, y la vivienda”, y las críticas que se ha ganado por esto por parte de los defensores de la sostenibilidad macroeconómica.⁷⁶

Así mismo, vale la pena recordar que –como bien lo ha resumido Lamprea–⁷⁷ existe un latente debate entre economistas utilitaristas y juristas deontológicos frente a las consecuencias de sostenibilidad fiscal de las sentencias de la Corte Constitucional. En ese sentido, autores como Clavijo,⁷⁸ Carrasquilla,⁷⁹ Kalmanovitz⁸⁰ o Suescún *et al.*⁸¹ han argumentado consistentemente sobre la necesidad de limitar el impacto desmedido del tribunal constitucional en el fisco público. Por otro lado, Arango,⁸² Uprimny⁸³ o Barbosa Delgado⁸⁴ han defendido el rol de la Corte Constitucional frente a la garantía de derechos sociales, incluso si conlleva un potencial detrimento del fisco público. Todos estos factores incidieron en que la sostenibilidad fiscal

columna-428405.

⁷⁴ Mauricio Cárdenas, Carolina Mejía y Mauricio Olivera, “Cómo las instituciones políticas influyeron en el proceso presupuestal”, en Scartascini y Lora, *op. cit.*, pp. 60-78.

⁷⁵ Como la ley de “semáforos” de 1997, la Ley 617 de 2001 y el Marco Fiscal de Mediano Plazo. Cfr. Óscar Iván Zuluaga, “¿Por qué una regla fiscal ahora y no antes?”, en Roberto Steiner, *La regla fiscal para Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 2010, pp. 9-13.

⁷⁶ Saffon, *op. cit.*, p. 536.

⁷⁷ Everaldo Lamprea, “Derechos fundamentales y consecuencias económicas”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, núm. 14, 2006, pp. 77-103.

⁷⁸ Sergio Clavijo, “Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.

⁷⁹ Alberto Carrasquilla, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.

⁸⁰ Salomón Kalmanovitz, “Formas de pensar jurídicas y económicas”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.

⁸¹ Rodrigo Suescún *et al.*, *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional*, Bogotá, Fedesarrollo - Fundación Konrad Adenauer, 2011.

⁸² Rodolfo Arango, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011, pp. 70-72; Rodolfo Arango, “Gasto público y derechos fundamentales”, *El Espectador*, 28 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/gasto-publico-y-derechos-fundamentales>.

⁸³ Rodrigo Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 145-183.

⁸⁴ Francisco Barbosa Delgado, “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014.

y la limitación del gasto de las altas cortes se convirtieran en temas prioritarios en la agenda colombiana.

4.1. La reforma constitucional

Por todo lo anterior, el Ministro de Hacienda y Crédito Público presentó ante la Cámara de Representantes, el 20 de julio de 2010, un proyecto de acto legislativo cuyo título era "por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal"⁸⁵ y que luego se conocería como el Acto Legislativo 03 de 2011. Con ello, el Gobierno nacional buscaba reformar el artículo 334 de la Constitución Política adicionando el concepto de un "marco de sostenibilidad fiscal", en aras de garantizar el "derecho de todos" a la sostenibilidad fiscal, según consta en la exposición de motivos de dicha reforma constitucional.⁸⁶ En palabras del Ministro de Hacienda en el 2010,

Es necesario tener una disposición constitucional expresa que contenga un derecho de todos, que garantice que el Estado tendrá las condiciones, dentro de sus propias limitaciones de recursos, de garantizar la prestación y el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, y por ende una realización sostenible y eficiente del Estado social de derecho, al tiempo que imponga un deber a las ramas y órganos del poder público de proteger con sus decisiones y actuaciones el mencionado derecho.⁸⁷

Para el exministro, Colombia estaba lo suficientemente madura (sic) para adoptar la regla fiscal como valor constitucional, ya que (i) había habido un desarrollo legislativo importante en esta materia,⁸⁸ (ii) era necesaria para garantizar el Estado social de derecho (ESD) dentro de una economía de mercado y (iii) acercaba a la economía colombiana a estándares internacionales.⁸⁹ En ese sentido, es claro que la empresa de la sostenibilidad fiscal en Colombia se formó impulsada por valores transnacionales propios del proyecto neoliberal, fundamentada en ideas sobre los límites del Estado colombiano frente a su propia constitución económica y, por ende, a las exigencias del mercado. Vale la pena notar que en la exposición de motivos no hay ninguna referencia explícita a la función judicial.

Cuando el texto de la reforma fue publicado en la *Gaceta del Congreso* de Colombia, en su primer debate aparece por primera vez una mención o preocupación frente a la Corte Constitucional y al gasto público relacionado con la adjudicación

⁸⁵ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 451, 23 de julio de 2010, pp. 13 y ss.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 15.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁸⁸ Cfr. nota a pie de página 75 *ut supra*.

⁸⁹ Zuluaga, *op. cit.*

de derechos fundamentales.⁹⁰ Tanto así, que el representante a la Cámara Carlos Osorio resaltó que la sostenibilidad fiscal ya estaba asegurada legislativamente, por lo que si “queremos llevarl[a] a canon constitucional seguramente lo hacemos con un propósito y no es ni nada más, ni nada menos que el de enfrentarlo con los derechos fundamentales”.⁹¹ Más adelante, en el proceso constituyente, el representante a la Cámara Didier Burgos expresó que esa iniciativa responde a la necesidad de ponerle “una cortapisa a la dictadura de los jueces” (sic).⁹²

Por todo lo anterior –según la Corte Constitucional–,⁹³ hubo un debate polarizado entre los congresistas, ya que algunos consideraban que la sostenibilidad fiscal como derecho colectivo ponía en riesgo la independencia judicial y el ESD, mientras que otros apoyaban la necesidad y conveniencia de la iniciativa, considerando la gran repercusión de la Corte en los esfuerzos fiscales del Gobierno nacional. La contención del presente texto es que dicha situación se puede entender en clave de *localización* del debate global entre los grandes paradigmas analizados en la sección 2. Por un lado, parece que la posición de los proponentes de la reforma en el Gobierno nacional y el Congreso estuvo más cercana al proyecto neoliberal, y utilizaba argumentos de ese corte para defender el acto legislativo. Por otro lado, la posición minoritaria del Congreso y la oposición parecía empuñar argumentos relacionados con la defensa de los derechos humanos y el ser humano como un fin en sí mismo.⁹⁴

Incluso, el Partido Liberal Colombiano –parte de la coalición de Gobierno de turno– anunció mediante un comunicado de prensa del 23 de noviembre que compartía el espíritu del Gobierno, pero apoyaba la reforma constitucional. En concreto,

El liberalismo no puede acompañar al Gobierno en esta iniciativa, y así se lo ha hecho saber [...] al Presidente [...], porque atenta contra los derechos económicos y sociales de los colombianos, recorta los alcances de la acción de tutela, va en contravía del [ESD] consagrado por la Constitución de 1991 que el Liberalismo defiende[,] y debilita la Rama Judicial.⁹⁵

Así las cosas, hubo modificaciones trascendentales al proyecto de reforma constitucional durante su trámite para intentar apaciguar a los congresistas más orientados hacia el proyecto de los derechos humanos. Por ejemplo, en el tercer debate ante la Comisión Primera Constitucional del Senado se decidió modificar

⁹⁰ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 723, 30 de septiembre de 2010.

⁹¹ Citado en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2012, cit., p. 24.

⁹² *Ibid.*, p. 30.

⁹³ Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12 de 18 de abril de 2012, p. 62, M. P. Luis E. Vargas Silva.

⁹⁴ Por ejemplo, abundan referencias a doctrinantes del liberalismo social como Rawls, o a la idea de los “derechos en serio” de Dworkin en el bando minoritario, mientras que en el campo mayoritario suelen referirse más a consideraciones fiscales o económicas.

⁹⁵ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-288/12, cit., p. 64.

la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal, que se convirtió en un principio de interpretación, en vez de un derecho de todos.⁹⁶ Esto debilita sustancialmente el uso de la sostenibilidad fiscal como criterio hermenéutico en la decisión judicial, ya que el juez constitucional puede ponderar más fácilmente un principio que un derecho colectivo. En consecuencia, se puede concluir que la trayectoria del Acto Legislativo 03 de 2011 estuvo marcada por las negociaciones entre un bloque mayoritario cercano al Gobierno y al discurso neoliberal, que se fundamentaba en consideraciones económicas nacionales e internacionales, y un grupo minoritario, que priorizaba la defensa de los derechos humanos. Según la Corte Constitucional, ante los cuestionamientos del segundo grupo, “los congresistas que acompañaban la posición mayoritaria adoptaron nuevas restricciones a esta iniciativa, adoptaron nuevas restricciones al alcance de la iniciativa, en especial [frente ...] al principio de progresividad y la prohibición de regresividad [y los fines esenciales del ESD]”.⁹⁷

Por todo lo anterior, vemos que el Acto Legislativo 03 de 2011, por el cual se reforma la Carta para modificar la constitución económica y adicionar el principio de sostenibilidad fiscal, representa una recontextualización de una idea constitucional global a un marco constitucional específico. En concreto, esa modificación se da por la necesidad de armonizar dicha institución jurídica con los valores, principios y reglas propias de una Constitución transformadora –para usar el término de Klare–, que consagra un Estado social de derecho comprometido con la igualdad material y la defensa de los derechos humanos, incluyendo los DESC.⁹⁸

Ahora bien, durante el octavo debate fue adicionado un inciso sobre la creación de institución jurídica que permitiera al Gobierno nacional aplicar la sostenibilidad fiscal en casos concretos de desmedro judicial, conocido como el incidente de impacto fiscal. Este inciso del artículo 334 de la Constitución fue posteriormente reglamentado por la Ley 1695 de 2013, la cual analizaremos a continuación.⁹⁹

4.2. Ley del incidente de impacto fiscal

El 11 de octubre de 2012, el Ministerio de Hacienda presentó ante el Senado un proyecto de ley, que posteriormente se convertiría en la Ley 1695 de 2013.¹⁰⁰ Con esta ley se busca desarrollar el principio constitucional de sostenibilidad fiscal,

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ *Ibid.*, pp. 69-70.

⁹⁸ Karl E. Klare, “Legal Culture and Transformative Constitutionalism”, *South African Journal on Human Rights*, vol. 41, núm 1, 1998, pp. 146-188.

⁹⁹ Sobre esto, vale la pena anotar que la Corte recibió una demanda pública de inconstitucionalidad por vicio de forma respecto del inciso que consagra tal incidente, al considerar que la introducción de un elemento nuevo en el octavo debate de un acto legislativo violentaba el principio de identidad flexible (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2012, cit.).

¹⁰⁰ Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 690, 12 de octubre de 2012.

creando un trámite de obligatorio cumplimiento para que cualquiera de los ministros del Gobierno¹⁰¹ o el procurador general, pudieran impedir que las sentencias de las altas cortes tuvieran consecuencias onerosas. Así, estos funcionarios podían iniciar el incidente para lograr que la corporación judicial modulara los efectos de sus fallos, en conformidad con las necesidades del erario público y el marco fiscal de mediano plazo. El ministro de Hacienda es el encargado de motivar y exponer por qué las consecuencias de un fallo determinado pueden violentar la estabilidad macroeconómica.

Para el senador Guerra, esta medida se justifica ya que “la Corte Constitucional [...] ha venido legislando en competencias que no le son propias”, mientras que para el ministro de Hacienda era fundamental que esa norma fuera “una ley pionera en las democracias occidentales”, según consta en la gacetas legislativas de dichos debates.¹⁰² Así mismo, vale la pena resaltar la intervención del senador Bernardo Vidal, quien rescataba que la Comisión Tercera del Senado ha sido una enamorada de la regla fiscal. Por ende, vemos cómo el incidente de impacto se enmarca en un esfuerzo de la Comisión por adoptar normas cercanas al proyecto neoliberal impulsado por las democracias occidentales (sic).

Empero, una preocupación central de los congresistas era cómo hacer que el incidente fuera obligatorio para la Corte. A juicio del senador Germán Villegas estaban tramitando “una ley sin garras, sin dientes, de pronto se nos queda en letra muerta todo esto que hemos dicho hoy”.¹⁰³ Así las cosas, finalmente, a finales de 2013 se aprobó una ley que consagraba la obligatoriedad del trámite, ya que su artículo 14 consagraba que “la alta corporación judicial [acatará el fallo] buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial. En todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan de cumplimiento presentado por el Gobierno nacional”.

Dicho artículo es fundamental, ya que no *garantiza* la autonomía judicial, sino que apenas *busca garantizarla*. No sugiere a los jueces *tener* en cuenta la propuesta del Ejecutivo sino que los obliga a *tenerla*. De esta manera, se buscaba darle “garras” al incidente, obligando al juez a seguir el arbitrio del Gobierno nacional y su gabinete de ministros. Ante esta posibilidad, diferentes académicos y ciudadanos demandaron públicamente dicha norma, buscando así declarar su inexequibilidad.

La Corte Constitucional¹⁰⁴ analizó dichos cargos, concluyendo que la ley no vulneraba normas constitucionales superiores. Empero, esta declaró la exequibilidad parcial, toda vez que el incidente de impacto fiscal era procedente para todas aquellas sentencias que no fueran de tutela. A juicio de la Corte, el incidente no podría aplicar en el marco de la acción de tutela, ya que al tratarse de derechos fun-

¹⁰¹ En especial, el de Hacienda y Crédito Público.

¹⁰² Congreso de Colombia, *Gaceta del Congreso*, núm. 595, 2 de agosto de 2013, pp. 7-9.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 10.

¹⁰⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-870 del 2014, cit.

damentales, solo una ley estatutaria podría regular un incidente similar para dicho procedimiento judicial.¹⁰⁵

Así las cosas, la Ley 1695 terminó efectivamente sin garras ni dientes, ya que los ministros y el procurador no la podrían invocar para alterar el impacto de tutelas de la Corte Constitucional sobre el erario público, que era, en últimas, el objetivo deseado. Otro ejemplo claro de una recontextualización sustancial a una idea proveniente del proyecto neoliberal para ajustarla a los estándares neoconstitucionales.

5. Conclusión

La reforma constitucional y legal de la sostenibilidad fiscal tuvo un “giro significativo y sustancial”,¹⁰⁶ comparado con las intenciones originales de quienes propusieron la incorporación de ideas globales al contexto colombiano. Esta recontextualización se debe a las negociaciones entre dos grandes paradigmas de argumentación jurídica que permearon el debate ante el Congreso y la opinión pública, a saber: (i) el proyecto neoliberal y (ii) el proyecto neoconstitucional o de los derechos humanos. En concreto, la reforma constitucional pasó de formular un derecho colectivo –el cual tiene un valor hermenéutico fuerte que puede interponerse a la justiciabilidad de DESC– a un principio constitucional. Por tanto, el Gobierno nacional y los proponentes de la sostenibilidad fiscal perdieron la oportunidad de ponerle un límite estricto a la deliberación judicial en cuestiones de alto grado social. Por otro lado, el incidente de impacto fiscal –los llamados “dientes” que implementaría el principio de sostenibilidad fiscal– fue limitado y no puede ser elevado ante sentencias de tutela.

Este caso nos muestra que las instituciones jurídicas no son meramente transplantadas de un sistema jurídico –o de un reservorio global de ideas jurídicas– a un contexto nacional. Al contrario, la incorporación de estándares globales –tanto en materia de derechos humanos como de estabilidad económica o de eficiencia de la justicia– necesariamente requiere complejos procesos de negociación y resignificación de los alcances de la reformas legales para adecuarse a las presiones políticas, económicas y sociales de espacio nacional. La literatura sobre globalización del derecho usualmente ha asumido las condiciones de aplicación del derecho como universales y abstractas, cuando en realidad el contexto tiene un rol importante en las interacciones entre la teoría jurídica transnacional y los espacios de implementación del derecho.¹⁰⁷

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ En palabras de la Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1052 de 2012, cit., p. 51.

¹⁰⁷ Óscar Guardiola Rivera y Clara Sandoval, “Un caballero en la corte del gran Khan. En torno a los estudios sobre globalización y derecho”, en William Twining (ed.), *Derecho y glo-*

Las reformas originales de la sostenibilidad fiscal fueron paulatinamente modificadas para responder a las críticas de quienes pensaban que tal institución ponía en peligro el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos –especialmente de los DESC– y los fines esenciales del Estado social de derecho. Para retomar a Kennedy, la *langue* global de la sostenibilidad fiscal se traduce en una *parole* ajustada a las realidades y necesidades locales, logrando un inestable balance entre la protección a los derechos humanos y la estabilidad fiscal.¹⁰⁸ Así, el derecho constitucional comparado nos muestra las raíces y dificultades de esta política pública, y nos da luces –tanto a los detractores como a los partidarios de la sostenibilidad fiscal– para proceder en los próximos debates sobre los derechos sociales frente a la estabilidad macroeconómica.

Bibliografía

- ARANGO, Rodolfo, “Gasto público y derechos fundamentales”, *El Espectador*, 28 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/gasto-publico-y-derechos-fundamentales>.
- _____, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero*, núm. especial, 2011, pp. 70-72.
- ATHUKORALA, Prema-chandra, “The Banks: The IMF, The World Bank, The Bank for International Settlements”, en Pasquale M. Sgro (ed.), *International Economics, Finance and Trade*, vol. 1, Londres, EOLSS, 2009.
- ATIA, Mona, “A Way to Paradise: Pious Neoliberalism, Islam, and Faith-Based Development”, *Annals of the Association of American Geographers*, vol. 102, núm. 4, 2011, pp. 808-827.
- BANCO MUNDIAL, *Apoyo a sostenibilidad fiscal para la promoción de la prosperidad compartida*, comunicado de prensa, Washington, 9 de septiembre de 2009. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2013/09/09/wb-colombia-support-fiscal-sustainability-promote-shared-prosperity>.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, núm. 33, 2014.
- BATTIKHA, Anne-Marie, *Structural adjustment and the environment: impacts of the World Bank and IMF conditional loans on developing countries*, Richmond, Virginia Polytechnic Institute and State University, 2002.
- BEYNET, Pierre *et al.*, “Restoring Fiscal Sustainability in Spain”, *OECD Economics Department Working Papers*, núm. 850, 2011.
- BILCHITZ, David, “La creación de un espacio intermedio: hacia una concepción de intercambios en condiciones de igualdad en el mundo académico jurídico del

balización, Bogotá, Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre - Instituto Pensar, 2003.

¹⁰⁸ Kennedy, *op. cit.*

- norte y el sur globales", en Daniel BONILLA, *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre - Universidad de los Andes, 2015.
- BLACKBURN, Robin, "Reclaiming Human Rights", *New Left Review*, vol. 69, pp. 126-138.
- BONILLA, Daniel, *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- _____, (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015.
- _____, "La economía política del conocimiento jurídico", *Brazilian Journal of Empirical Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, 2015, pp. 26-59.
- BURGOS SILVA, Germán, *Estado de derecho y globalización*, Bogotá, ILSA - Universidad Nacional de Colombia, 2009.
- CARRASQUILLA, Alberto, "Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.
- CÁRDENAS, Mauricio, Carolina MEJÍA y Mauricio OLIVERA, "Cómo las instituciones políticas influyeron en el proceso presupuestal", en Carlos SCARTASCINI y Eduardo LORA (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfa omega Colombia S. A., 2010.
- CARRANZA, Luis, Christian DAUDE y Ángel MELGUIZO, *Public Infrastructure Investment and Fiscal Sustainability in Latin America*, Washington, OCDE Development Center, 2011.
- CHALK, Nigel y Richard HEMMING, *Assessing Fiscal Sustainability in Theory and Practice*, Washington, International Monetary Fund, 2000.
- CHARRY URUEÑA, Juan M., "Sostenibilidad fiscal", *Ambito Jurídico*, 29 de febrero de 2012. Disponible en: http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120822-sostenibilidad_fiscal/noti-120822-sostenibilidad_fiscal.asp.
- CHOUDHRY, Sujit (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- CLAVIJO, Sergio, "Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001.
- CONGRESO DE COLOMBIA, *Gaceta del Congreso*, núm. 451, 23 de julio de 2010.
- _____, *Gaceta del Congreso*, núm. 723, 30 de septiembre de 2010.
- _____, *Gaceta del Congreso*, núm. 690, 12 de octubre de 2012.
- _____, *Gaceta del Congreso*, núm. 595, 2 de agosto de 2013.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-288/12 de 18 de abril de 2012, M. P. Luis E. Vargas Silva.
- _____, Sentencia C-1052 de 5 de diciembre de 2012, M. P. Jorge I. Pretelt Chaljub.
- _____, Sentencia C-870 de 13 de noviembre de 2014, M. P. Luis G. Guerrero Pérez.
- CROSSMAN, Richard (ed.), *The God that Failed*, Nueva York, Columbia University Press, 1983.
- CUMMINGS, Scott L., "The Internationalization of Public Interest Law", *Duke Law Journal*, vol. 57, núm. 4, 2008, pp. 891-1036.

- DALEO, Graciela, “El movimiento popular y la lucha contra la impunidad en la Argentina”, *Història Moderna i Contemporània*, vol. 5, 2007.
- DAVID, René, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, trad. de J. E. Brierley, Nueva York, Simon & Schuster, 1978.
- DEL VALLE, Marielle y Arturo GALINDO, *Descentralización y sostenibilidad fiscal subnacional: los casos de Colombia y Perú*, Washington, Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.
- DEZALAY, Yves y Bryant G. GARTH, *The Internationalization of Palace Wars*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.
- _____, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.
- DINIZ, Eli, *El post-consenso de Washington: globalización, Estado y gobernabilidad reexaminados*, Madrid, Instituto de Estudios Latinoamericanos - Universidad de Alcalá, 2007.
- DOMÍNGUEZ, José M. y José M. LÓPEZ, *Reforma de la política de estabilidad presupuestaria en España: análisis de la Ley Orgánica de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera*, Madrid, Universidad de Alcalá - Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, 2012.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- ESLAVA, Marcela y Marcela MELÉNDEZ, “Cómo influyen los grupos de interés sobre las políticas de productividad”, Carlos SCARTASCINI y Eduardo LORA (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfaomega Colombia S. A., 2010.
- ESPING-ANDERSEN, Gösta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1998.
- ESQUIROL, Jorge, *Las ficciones del derecho latinoamericano*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2014.
- _____, “El nuevo latinoamericanismo jurídico”, en Daniel BONILLA (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Fiscal Rules—Anchoring Expectations for Sustainable Public Finances*, Fiscal Affairs Department, 16 de diciembre de 2009. Disponible en: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/121609.pdf>.
- FOURCADE, Marion, “The Construction of a Global Profession: the Transnationalization of Economics”, *American Journal of Sociology*, vol. 112, núm. 1, 2006, pp. 145-196.
- FRANKENBERG, Günter, “Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 8, núm. 3, pp. 563-579.
- GAVIN, Michael y Roberto PEROTTI, “Fiscal Policy in Latin America”, *NBER Macroeconomics Annual*, vol. 12, 1997, pp. 11-72.
- GREWAL, David S. y Jedediah S. PURDY, “Introduction: Law and Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2015, pp. 1-23.

- GUARDIOLA RIVERA, Óscar y Clara SANDOVAL, "Un caballero en la corte del gran Khan. En torno a los estudios sobre globalización y derecho", en William TWINING (ed.), *Derecho y globalización*, Bogotá, Ediciones Uniandes - Siglo del Hombre - Instituto Pensar, 2003.
- HAMMERSLEY, Ole, "The European Union and the United States in Eastern Europe", en Yves DEZALAY y Bryant G. GARTH, *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011, pp. 134-155.
- HARVEY, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel C., "Un examen de los intercambios académicos: más allá de la división entre Norte y Sur", en Daniel BONILLA (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015, pp. 335-367.
- JAYASURIYA, Kanishka, "Globalization, Sovereignty, and the Rule of Law: From Political to Economic Constitutionalism?", *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, pp. 442-460.
- KALMANOVITZ, Salomón, "Formas de pensar jurídicas y económicas", *Revista de Derecho Público*, vol. 12, 2001.
- KENNEDY, Duncan, "Three Globalization of Law and Legal Thought: 1850-2000", en David TRUBEK y Álvaro SANTOS, *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 19-73.
- KLARE, Karl E., "Legal Culture and Transformative Constitutionalism", *South African Journal on Human Rights*, vol. 41, núm. 1, 1998, pp. 146-188.
- KRIPPNER, Greta, *Capitalizing on Crisis: The Political Origins of the Rise of Finance*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.
- LAMPREA, Everaldo, "Derechos fundamentales y consecuencias económicas", *Revista de Economía Institucional*, vol. 8, núm. 14, 2006, pp. 77-103.
- LANDAU, David, "The Reality of Social Rights Enforcement", *Harvard International Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 2012, pp. 401-460.
- LANGER, Máximo, "From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure", *Harvard International Law Journal*, vol. 45, núm. 1, 2004.
- LEGRAND, Pierre, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1997.
- MARKS, Susan, "Four Human Rights Myths", en David KINLEY, Wojciech SADURSKI y Kevin WALTON (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.
- MERRY, Sally E., "Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping the Middle", *American Anthropologist*, vol. 108, núm. 1, 2006, pp. 38-51.
- MONATERI, Pierre Giuseppe, "Gayo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multi-culturales de la tradición jurídica occidental", en Pierre G. MONATERI, Geoffrey

- SAMUEL y Carlos MORALES (eds.), *La invención del derecho privado*, Bogotá, Siglo del Hombre - Ediciones Uniandes, 2006.
- MOYN, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, Cambridge, Harvard University Press, 2012.
- _____, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, 2015, pp. 147-169.
- MUDGE, Stephanie L., “What is Neo-liberalism”, *Socio-Economic Review*, vol. 6, núm. 4, 2008, pp. 703-731.
- NAÍM, Moisés, “Latin America: The Second Stage of Reform”, *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 4, 1994, pp. 32-48.
- PERELMAN, Jeremy, “Activismo transnacional de derechos humanos, colaboraciones en consultorios jurídicos y economía política de la responsabilidad de los consultorios jurídicos ante la sociedad: una cartografía del espacio intermedio”, en Daniel BONILLA (ed.), *Geopolítica del conocimiento jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2015.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, César, “Towards a Sociology of the Global Rule of Law Field: Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America”, en Yves DEZALAY y Bryant G. GARTH, *Lawyers and the Rule of law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.
- SÁNCHEZ, Camilo, “El incidente de impacto fiscal”, *El Espectador*, 17 de junio de 2013. Disponible en: <http://www.elespectador.com/opinion/el-incidente-de-impacto-fiscal-columna-428405>.
- SACCO, Rodolfo, “Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, núm. 1, 1991, pp. 1-34.
- SAFFON, Maria Paula, “Can Constitutional Courts be Counterhegemonic Powers vis-à-vis Neoliberalism? The Case of the Colombian Constitutional Court”, *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 5, núm 2, 2007, pp. 533-567.
- SANTOS DE SOUSA, Boaventura, “Towards a Multicultural Conception of Human Rights”, en Berta E. HERNÁNDEZ TRUYOL, *Moral Imperialism: a Critical Anthology*, Nueva York, New York University Press, 2002.
- STEINER, Roberto, “Prólogo”, en Carlos SCARTASCINI y Eduardo LORA (eds.), *Consecuencias imprevistas de la Constitución de 1991*, Bogotá, Alfaomega Colombia S. A., 2010.
- STERN, Hans H., *Fundamental Concepts of Language Teaching*, Nueva York, Oxford University Press, 1983.
- STIGLITZ, Joseph E. y Narcís SERRA (eds.), *The Washington Consensus Reconsidered: Towards a New Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- SUESCÚN, Rodrigo et al., *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional*, Bogotá, Fedesarrollo - Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- TUSHNET, Mark, “The Possibilities of Comparative Constitutional Law”, *Yale Law Journal*, vol. 108, núm. 6, 1999, pp. 1225-1309.

- _____, *Weak Courts Strong rights*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 145-183.
- VAROUFAKIS, Yanis, *The Global Minotaur*, Londres, Zed Books, 2011.
- VECCHIOLI, Virginia, "Human Rights and the Rule of Law in Argentina: Transnational Advocacy Networks and the Transformation of the National Legal Field", en Yves DEZALAY y Bryant G. GARTH (eds.), *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*, Nueva York, Routledge, 2011.
- WATSON, Alan, *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1974.
- ZULUAGA, Óscar Iván, "¿Por qué una regla fiscal ahora y no antes?", Roberto STEINER, *La regla fiscal para Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 2010.
- ZULUAGA, Óscar Iván et al., *La sostenibilidad fiscal, un principio para alcanzar los fines del Estado social de derecho*, Bogotá, Notas Fiscales - Ministerio de Hacienda y del Crédito Público, 2011.