

Bogotá, D.C., 1 de julio de 2014

Señores

**MAGISTRADOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
E. S. D.**

**REF: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1° al 6° y de los artículos 8, 9, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1695 de 2013, “por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.
Demandantes: LUIS GERMÁN ORTEGA RUIZ y OTROS
Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO
Expedientes D-10093 y D-10096 acumulados al expediente D-10079
Concepto 5794**

Según lo dispuesto en los artículos 242.2 y 278.5 de la Constitución Política, rindo concepto en relación con las demandas instauradas ante esa Corporación por los ciudadanos LUIS GERMÁN ORTEGA RUIZ (expediente D-10079), RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA y OTROS (expediente D-10093) y MIGUEL ÁNGEL ESPINOSA GONZÁLEZ y OTROS (D-10096), quienes, en ejercicio de la acción pública prevista en los artículos 40, numeral 6°, y 242, numeral 1°, Superiores, solicitan que se declare la inexequibilidad de los artículos 1° al 6, y de los artículos 8, 9, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1695 de 2013, “por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, cuyo texto se transcribe a continuación:

**“LEY 1695 DE 2013
D.O. 49.007. diciembre 17 de 2013
por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución
Política y se dictan otras disposiciones.
El Congreso de la República
DECRETA:**

Artículo 1. Incidente de impacto fiscal. De conformidad con lo señalado en el artículo 334 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia o los autos que se profieran con posterioridad a la misma, por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrá solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio.

Concepto 5794

En todo caso, el Ministro de Hacienda y Crédito Público será parte dentro del trámite.

Parágrafo. *Bajo ninguna circunstancia se podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos, restringir su alcance o negar su protección efectiva.*

Artículo 2. Procedencia. *El incidente de impacto fiscal procederá respecto de todas las sentencias o los autos que se profieran con posterioridad a la misma, por las máximas corporaciones judiciales, cuando se altere la sostenibilidad fiscal, con independencia de la postura que haya adoptado dentro del proceso cualquier entidad u organismo de naturaleza pública, aun cuando no haya participado dentro del mismo.*

Parágrafo. *Cuando el incidente de impacto fiscal se solicite respecto de una sentencia de revisión, procederá incluso si en el trámite del respectivo proceso ya se había solicitado y tramitado.*

Artículo 3. Competencia. *Conocerá del incidente de impacto fiscal la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de la que haga parte el magistrado de la alta corporación que presentó la ponencia de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente.*

Artículo 4. Partes. *Harán parte del procedimiento del incidente de impacto fiscal:*

- 1. El solicitante del incidente de impacto fiscal, que podrá ser el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno.*
- 2. El Ministro de Hacienda y Crédito Público.*
- 3. Los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la sentencia o a los autos que se profieran con posterioridad a la misma, sobre el cual se solicita el incidente de impacto fiscal.*

Artículo 5. Presentación y sustentación del incidente. *La solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal deberá presentarse ante el magistrado de la alta corporación que presentó la ponencia de la sentencia o auto que se profirió con posterioridad a la misma, dentro del término de ejecutoria. Una vez revisado que se haya presentado en término, el juez concederá la apertura del incidente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la solicitud de apertura del incidente.*

El incidente se sustentará dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes al día en que fue concedido, para que decida la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según corresponda.

Pasado el término de treinta (30) días hábiles sin que el incidente se sustente, se declarará desierto.

Concepto 5794

Artículo 6. Contenido del incidente. *La sustentación del incidente de impacto fiscal deberá contener lo siguiente:*

1. Las posibles consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas.
2. Las condiciones específicas que explican dichas consecuencias.
3. Los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de sostenibilidad fiscal.

Parágrafo. *A la sustentación del incidente de impacto fiscal se acompañará como anexo concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.*
[...]

Artículo 8. Inadmisión del incidente. *Se inadmitirá incidente que no reúna el contenido señalado en la presente ley, mediante auto susceptible de reposición, en el que se incluirán específica y puntualmente los elementos que requieren mayor detalle, los que la Corporación considera ausentes o la información que considere relevante, para que en los cinco (5) días siguientes a su notificación, el solicitante los aporte.*

Artículo 9. Admisión del incidente. *Una vez presentado y sustentado el incidente, la respectiva corporación lo admitirá, siempre y cuando reúna los requisitos señalados en la presente ley, mediante auto que no tendrá recursos.*

El auto que admita el incidente dispondrá:

1. Que se notifique por estado al solicitante.
2. Que se notifique por estado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
3. Que se notifique por estado a las partes que hacían parte del proceso, sobre el cual se solicita la apertura del incidente de impacto fiscal.
4. Que se fije fecha para la audiencia de impacto fiscal, la cual deberá celebrarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por estado de todas las partes.

La admisión del incidente de impacto fiscal suspenderá los efectos de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, hasta que la respectiva Corporación decida si procede a modular, modificar o diferir sus efectos, salvo que se trate de una acción de tutela.

[...]

Artículo 11. Audiencia de impacto fiscal. *Durante la audiencia de impacto fiscal, el solicitante explicará las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento. En dicha audiencia participarán las partes del respectivo proceso, quienes podrán presentar su posición respecto de la solicitud contenida en el incidente.*

El Ministro de Hacienda y Crédito Público deberá participar en la audiencia de que trata el presente artículo, así la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal haya sido presentada por el Procurador General de la Nación o un Ministro de Gobierno diferente al de Hacienda y Crédito Público.

Concepto 5794

En los eventos en que el incidente se presente respecto de una sentencia de tutela, en la audiencia participará el pleno de la sala de la respectiva Corporación. Cuando se trate de una sentencia de revisión de tutela participará el pleno de la Corte Constitucional.

Parágrafo. *Las partes dentro del incidente de impacto fiscal no pueden dejar de asistir a la audiencia de impacto fiscal.*

Artículo 12. Decisión. *En los diez (10) días siguientes a la realización de la audiencia a la que se refiere el artículo 11 de la presente ley, la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según corresponda, decidirá por mayoría de sus miembros si procede a modular, modificar o diferir los efectos de la misma, sin que puedan cambiar el sentido del fallo, con el objeto de evitar alteraciones serias, de la sostenibilidad fiscal. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo.*

En los eventos en que el incidente se presente respecto de una sentencia de revisión de tutela, la decisión se tomará por mayoría del pleno de la Corporación.

Artículo 13. Recurso de insistencia. *En contra de la providencia que falle el incidente de impacto fiscal procederá recurso de insistencia que suspenderá los efectos del fallo.*

El recurso deberá interponerse ante la Corporación que falle el incidente de impacto fiscal, por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que falle el incidente y deberá contener las razones que lo sustente.

Artículo 14. *Si la decisión que resuelve el incidente de impacto fiscal es contraria a la parte que solicita su apertura, se acatará el fallo en los términos que determine la alta corporación judicial, 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 concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional”.*

1. Aclaración preliminar

Según constancia secretarial del 31 de enero del año en curso, en sesión del 29 de enero del mismo año la Sala Plena de la Corte Constitucional resolvió acumular al expediente relativo a la demanda D-10079 (interpuesta por el ciudadano Luis Germán Ortega Ruiz), los expedientes D-10093 (interpuesta por el ciudadano Rodolfo Arango Rivadeneira y otros) y D-10096 (interpuesta por el ciudadano Miguel Ángel Espinosa González y otros). Así mismo, por medio de los Autos proferidos el 14 de febrero y el 10 de marzo de 2014, el

entonces Magistrado Sustanciador resolvió admitir la gran mayoría de los cargos contenidos en las demandas referenciadas.

2. Planteamiento de las demandas

2.1. Expediente D-10079: El ciudadano Luis Germán Ortega Ruiz considera que los artículos 9^o¹, 11² y 12³ de la Ley acusada, en aquellos apartados en los cuales dichas disposiciones se refieren a la acción de tutela, son inconstitucionales toda vez que, en su sentir, desconocen la reserva de ley estatutaria que el constituyente previó para la regulación de los procedimientos y recursos para la protección de los derechos y deberes fundamentales (art. 152, literal “a” de la Constitución Política).

Como fundamento de lo anterior, el accionante señala que los apartes censurados regulan “*elementos estructurales y esenciales de la acción de tutela* [, esto es,] *los efectos derivados de la sentencia, constituyéndose en el*

¹ “Artículo 9. Admisión del incidente. Una vez presentado y sustentado el incidente, la respectiva corporación lo admitirá, siempre y cuando reúna los requisitos señalados en la presente ley, mediante auto que no tendrá recursos. El auto que admita el incidente dispondrá: 1. Que se notifique por estado al solicitante. 2. Que se notifique por estado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. 3. Que se notifique por estado a las partes que hacían parte del proceso, sobre el cual se solicita la apertura del incidente de impacto fiscal. 4. Que se fije fecha para la audiencia de impacto fiscal, la cual deberá celebrarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por estado de todas las partes. La admisión del incidente de impacto fiscal suspenderá los efectos de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, hasta que la respectiva Corporación decida si procede a modular, modificar o diferir sus efectos, salvo que se trate de una acción de tutela”. Se subraya y resalta el aparte demandado.

² “Artículo 11. Audiencia de impacto fiscal. Durante la audiencia de impacto fiscal, el solicitante explicará las consecuencias de la sentencia o del auto que se profiera con posterioridad a la misma, en las finanzas públicas y el plan concreto para su cumplimiento. En dicha audiencia participarán las partes del respectivo proceso, quienes podrán presentar su posición respecto de la solicitud contenida en el incidente. El Ministro de Hacienda y Crédito Público deberá participar en la audiencia de que trata el presente artículo, así la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal haya sido presentada por el Procurador General de la Nación o un Ministro de Gobierno diferente al de Hacienda y Crédito Público. En los eventos en que el incidente se presente respecto de una sentencia de tutela, en la audiencia participará el pleno de la sala de la respectiva Corporación. Cuando se trate de una sentencia de revisión de tutela participará el pleno de la Corte Constitucional. [...]”. Se subraya y resalta el aparte demandado.

³ “Artículo 12. Decisión. En los diez (10) días siguientes a la realización de la audiencia a la que se refiere el artículo 11 de la presente ley, la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, según corresponda, decidirá por mayoría de sus miembros si procede a modular, modificar o diferir los efectos de la misma, sin que puedan cambiar el sentido del fallo, con el objeto de evitar alteraciones serias, de la sostenibilidad fiscal. Los magistrados podrán en escrito separado aclarar su voto o exponer las razones para salvarlo. En los eventos en que el incidente se presente respecto de una sentencia de revisión de tutela, la decisión se tomará por mayoría del pleno de la Corporación”. Se subraya y resalta el aparte demandado.

Concepto 5794

núcleo esencial de este mecanismo; [así como las] competencias para la Corte Constitucional frente al trámite de la acción de tutela". Como corolario de esto, considera que la regulación de las materias previstas en los fragmentos acusados, debió adelantarse por medio de una Ley Estatutaria. Así, en tanto que la Ley acusada es de carácter ordinario, el actor concluye que se desconoció la reserva de Ley Estatutaria para este tipo de asuntos (cfr. Art. 152 literal "a", de la Constitución Política).

2.2. Expediente D-10093: Los ciudadanos Rodolfo Arango Rivadeneira, Germán Navas Talero y María del Pilar Arango Hernández sostienen que los artículos 1° al 6°, y los artículos 8, 9, 11, 12, 13 y 14 de la Ley 1653 de 2013 son inconstitucionales. Para justificar lo anterior, plantean cinco cargos, los cuales se reseñarán a continuación:

2.2.1. Bajo un análisis bastante similar al reseñado en el expediente D-10079, los actores consideran que los artículos 2° (párrafo), 11 (inciso 3°) y 12 (inciso 2°), desconocen la reserva de Ley Estatutaria debido a que, a su juicio, "*regulan parcialmente [por medio de una ley ordinaria] el procedimiento y el recurso para la protección de derechos fundamentales llamado 'acción de tutela'*". Por lo anterior, le solicitan a la Corte Constitucional que declare la inexequibilidad de dichas disposiciones.

2.2.2. En segundo lugar, estiman que los artículos 1° (inc. 1°), 2° (inc. 1°), 3° (inc. 1°), 4° (num. 3°), 5° (inc. 1°), 6° (num. 3°), 9° (inc. 3°) y 11 (inc. 1°) de la Ley 1695 de 2013, contrarían los principios constitucionales de igualdad (art. 13 constitucional), independencia judicial (art. 228 Superior) y de sujeción a la Ley (art. 230 de la Carta Política), así como el texto del artículo 334 de la Constitución.

Como fundamento de lo anterior, los promotores de esta segunda demanda afirman que del texto del artículo 334 constitucional se deduce que el constituyente restringió la procedibilidad del incidente de impacto fiscal únicamente frente a sentencias. En tal sentido, aseguran que el inciso 4° del

Concepto 5794

artículo 334 Superior (modificado por el Acto Legislativo 3 de 2011) en diversas partes establece de manera explícita y textual: (i) que el incidente puede presentarse por el Procurador General de la Nación o por uno de los Ministros del Gobierno *“una vez proferida la sentencia”*; (ii) que los proponentes del incidente deberán exponer las explicaciones sobre las consecuencias *“de la sentencia en las finanzas públicas”*; y (iii) que luego de las explicaciones de los proponentes se decidirá sobre la procedencia de modular, modificar o diferir *“los efectos de la misma”*, vale decir, de la sentencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, los accionantes aducen que los citados artículos de la Ley 1695 contrarían estas reglas constitucionales, en tanto que permiten que el incidente de impacto fiscal también proceda frente a los *“autos proferidos con posterioridad a la sentencia”*.

Esta ampliación inconstitucional, según se acusa en la demanda, no solo desconoce dicho artículo de la Constitución, sino también los principios de independencia judicial (art. 228 Superior), separación de los poderes (art. 113 constitucional) y de sujeción al Derecho (art. 230 de la Constitución), en tanto que permite que los Ministros del Despacho o que el Procurador General de la Nación puedan *“intervenir repetida y constantemente, mediante nuevos e indefinidos incidentes de impacto fiscal respecto de cada uno de los autos que decidan dictar las altas corporaciones de justicia, [en] cumplimiento de la sentencia ya revisada a la luz del recurso de impacto fiscal”*.

Esta situación, a su turno, transgrediría la inmediatez, la preferencia y el carácter sumario que caracterizan y deben caracterizar el procedimiento de la acción de tutela (art. 86 de la Carta Política), al permitir la posibilidad de que puedan presentarse en varias oportunidades solicitudes de incidente de impacto fiscal contra la sentencia de tutela, así como contra los autos que se profieran con posterioridad a ésta y cuyo objeto es lograr su cumplimiento.

Concepto 5794

2.2.3. Por otra parte, en la demanda se indica que el artículo 14 de la Ley analizada vulnera los artículos 1°, 13, 86, 93 y 228 de la Constitución. En concepto de los demandantes, esto se debe a que el artículo mencionado:

(i) “[D]eja en manos del gobierno nacional, ya no de la administración de justicia, la realización efectiva de los derechos fundamentales, mediante el plan concreto presentado por el gobierno o el procurador para cumplir la sentencia judicial, siendo que en un Estado social de derecho la máxima garantía de los derechos fundamentales son los jueces de la república”;

(ii) Establece que en caso de que la decisión que resuelve el incidente sea adversa a las pretensiones del solicitante, las máximas Corporaciones Judiciales en todo caso “*tendrán en cuenta*” el plan de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional. Lo que, de acuerdo con los accionantes, obliga a las Altas Cortes a acatar dicho plan porque, de lo contrario, “*se verían incursas en una falta disciplinaria*”. Y por esa misma razón, consideran que se infringe el principio de progresividad de los derechos⁴ porque se limita el alcance de las sentencias de tutela, mecanismo que a su vez, es necesario para la protección de los derechos fundamentales; y

(iii) Al disponer que en aquellos eventos en los que la decisión que resuelve el incidente sea adversa a las pretensiones del solicitante “*se acatará el fallo [...]* ***buscando con ello garantizar*** la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial”⁵, se desvirtúan los principios del Estado social de Derecho “*puesto que erige en obligación de medios y no de resultado*” el respeto y garantía de tales principios y derechos constitucionales.

2.2.4. En cuarto lugar, en la demanda se esgrime que la expresión “*posibles*”, contenida en el artículo 6° de la Ley parcialmente acusada, contradice lo dispuesto en los artículos 2°, 5° y 86 Superiores. Esto, a juicio de los

⁴ Art. 2 del PIDESC.

⁵ Resaltado añadido.

Concepto 5794

accionantes, por cuanto allí se permite la posibilidad de modificar los efectos de una sentencia judicial de una Alta Corte únicamente bajo el argumento de que es *posible* que la decisión afecte las finanzas públicas. En tal virtud, los accionantes concluyen que “[d]e permitirse que la simple ‘posibilidad’ de que sobrevengan consecuencias adversas a la sostenibilidad de las finanzas públicas como justificación para modificar una sentencia judicial de última instancia que reconoce derechos individuales, conlleva la prevalencia de un razonamiento agregativo y de conveniencia [...] sobre un razonamiento de principio constitucional”.

2.2.5. Finalmente, los actores plantean en la demanda que los artículos 8°, 9° y 13 de la Ley 1695 de 2013, quebrantan el principio de igualdad de armas que debe existir entre el solicitante del incidente de impacto fiscal y las partes cuyos derechos han sido reconocidos en la sentencia sobre la cual versa dicho incidente. Para sustentar esta afirmación, aducen:

- (i) Que el artículo 8° le da una ventaja injustificada al proponente del incidente al establecer que, en caso de que la Alta Corte inadmita la solicitud, esta deberá señalar de manera específica y detallada los elementos faltantes y los que requieren mayor precisión para que proceda la admisión. Según los actores, esto equivale a “*asigna[r]le a la alta corporación de justicia la tarea de corregir las insuficiencias, imprecisiones o deficiencias de contenido que presente la solicitud [...] cuando el [sic] responsabilidad de los proponentes de dicho incidente su debida sustentación*”. Una ventaja en favor de los solicitantes que, para los actores, implica una ruptura en el equilibrio procesal;
- (ii) Que la notificación “*por estado*” a la que se refiere el artículo 9° (nums. 1 a 4), establece una prerrogativa injustificada en favor de los solicitantes del incidente teniendo en cuenta que lo procedente era establecer una forma de notificación personal. Para los actores, esto es evidente si se tiene en cuenta que los solicitantes, por el solo hecho de proponer el incidente, ya conocen de su existencia,

Concepto 5794

contrario sensu a lo que sucede con las partes que se beneficiaron de la sentencia sobre la cual recae el incidente que sólo serán notificadas por estado. En este sentido, acusan que existiría una ventaja en cuanto a la información disponible en favor de los solicitantes y en perjuicio de las partes cuyos derechos fueron reconocidos en la sentencia sobre la cual se presentó la solicitud de incidente; y

- (iii) Que el artículo 13 de la Ley 1695 de 2013 desconoce el principio de igualdad porque la posibilidad de recurrir la decisión que ponga fin al incidente de impacto fiscal solo la tiene el Estado (los solicitantes), es decir, la disposición en comento no estableció este mismo recurso en favor de las partes de la sentencia cuyos derechos fueron reconocidos.

2.3. Expediente D-10096: Finalmente, los ciudadanos Miguel Ángel Espinosa, Diego Alejandro Hernández Rivera y Jaime Andrés Nieto Cuadrado estiman que los artículos 9° y 14 de la Ley acusada son inconstitucionales y explican sus reproches de la siguiente manera:

(i) En cuanto al artículo 14 demandado señalan, de manera similar a lo expuesto en el expediente D-10093, que se quebranta el principio de separación de poderes al obligar a la Alta Corte a tener en cuenta el plan presentado por el Gobierno Nacional.

(ii) Y con relación al artículo 9° de la Ley demandada, estiman que se contraviene el principio de igualdad de armas puesto que la decisión de *rechazar o inadmitir* la solicitud de apertura del incidente puede ser controvertida con una serie de recursos judiciales (lo cual entienden que beneficiaría a los proponentes del incidente), mientras que, al mismo tiempo, se niega tal posibilidad en aquellos eventos en los que la determinación del juez sea la de *admitir* la solicitud de impacto fiscal (situación que consideran que perjudica a las partes de la sentencia sobre la cual recae el incidente).

3. Problemas jurídicos

Debido a la multiplicidad de cargos de las tres demandas acumuladas (algunos de ellos coincidentes), a continuación se presentarán los principales problemas jurídicos que el Jefe del Ministerio Público considera que deberán resolverse con motivo de la demanda de inconstitucionalidad arriba resumida:

3.1. En primer lugar, corresponde determinar si, como lo plantean varios de los accionantes, los artículos 2° (parágrafo), 9° (inc. 3°), 11 (inc. 3°) y 12 (inc. 2°) de la Ley acusada, debieron ser tramitados y aprobados por medio de una Ley estatutaria (art. 152, literal a de la Carta Política), al crear diferentes reglas procesales de la acción de tutela relativas a: (i) la posibilidad de solicitar la apertura de un incidente de impacto sobre una sentencia de revisión de tutela, incluso si dicha solicitud ya se ha hecho anteriormente en el trámite del respectivo proceso; (ii) la prohibición de suspender los efectos de una sentencia de tutela en aquellos eventos en los cuales se hubiese admitido la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal; y (iii) la competencia para decidir sobre el incidente de impacto fiscal propuesto frente a las sentencias de revisión de tutela.

3.2. Por otro lado, se debe determinar si los artículos 1° (inc. 1°), 2° (inc. 1°), 3° (inc. 1°), 4° (núm. 3°), 5° (inc. 1°), 6° (núm. 3°), 9° (inc. 3°) y 11 (inc. 1°) de la Ley 1695 de 2013, contrarían los principios constitucionales de igualdad (art. 13 constitucional), independencia judicial (art. 228 Superior) y sujeción a la Ley (art. 230 de la Carta Política), así como el artículo 334 de la Constitución (cuyo texto únicamente contiene la expresión “sentencias”), al establecer que el incidente de impacto fiscal también procede contra los autos que se profieran con posterioridad a las sentencias emitidas por las Altas Cortes.

3.3. Así mismo, es preciso establecer si el artículo 14 censurado es contrario a los principios de independencia judicial, separación de poderes y Estado

Concepto 5794

social de Derecho, al establecer que en aquellos eventos en los cuales la decisión que pone fin al incidente sea adversa al solicitante las Altas Cortes deberán tener en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional y que se deberá acatar el fallo “*buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial*”.

3.4. En cuarto lugar, debe discernirse si el artículo 6° de la Ley analizada quebranta el principio de primacía de los derechos fundamentales, al establecer la posibilidad de modificar los efectos de una sentencia judicial proferida por una Alta Corte bajo el argumento según el cual existe la *posibilidad* de que la decisión afecte las finanzas públicas.

3.5. En quinto lugar, deberá analizarse si el artículo 8° de la norma acusada quebranta el principio de igualdad de armas al disponer que, en caso de que la solicitud de apertura del incidente sea inadmitida, la Alta Corte respectiva deberá señalar de manera específica y precisa los detalles faltantes, así como los elementos que requieren de mayor precisión para efectos de admitir la petición.

3.6. De igual forma deberá identificarse si los numerales 1° al 4° del artículo 9° de la Ley 1695 de 2013, al establecer que la notificación del auto que admite el incidente y que fija la fecha para la audiencia de impacto fiscal deberá hacerse por estado, contraría el principio de igualdad de armas.

3.7. Adicionalmente, deberá determinarse si el artículo 13 de la Ley censurada quebranta el principio de igualdad de armas al otorgarle de manera exclusiva a los solicitantes del incidente la posibilidad de presentar recurso de insistencia sobre la decisión que ponga fin a dicho proceso.

3.8. Finalmente, corresponde establecerse si el artículo 9° de la Ley 1695 de 2013, al indicar que no procederán recursos contra el auto que admite la solicitud de apertura del incidente de impacto fiscal, quebranta el principio

Concepto 5794

de igualdad de armas, teniendo en cuenta que la Ley sí prevé recursos contra el auto que rechaza o inadmite dicha solicitud de apertura.

4. Análisis constitucional

Esta Jefatura considera apropiado tratar cada uno de los problemas jurídicos señalados de manera independiente, y en el mismo orden en el que se plantearon en el punto anterior, debido a que allí se presentan argumentos distintos que impiden pronunciarse globalmente sobre todos ellos.

4.1. Análisis general de la Ley 1695 de 2013 a la luz de una supuesta violación a la reserva de Ley Estatutaria

Contrario a lo expresado por los accionantes, esta Vista Fiscal estima que los apartes de la Ley acusada que mencionan expresamente a las sentencias de tutela no requerían ser regulados por medio de una Ley Estatutaria. Para sustentar esta conclusión, esta Vista Fiscal en un primer momento expondrá algunas consideraciones generales sobre la reserva de Ley estatutaria en materia de tutela. Posteriormente, y con fundamento en esta reflexión, resolverá el problema jurídico *sub examine*.

(i) De manera sumaria, es posible afirmar que un criterio hermenéutico que debe guiar cualquier análisis relativo al posible desconocimiento del artículo 152 constitucional radica en que “*la cláusula de reserva de ley estatutaria debe interpretarse de manera restrictiva*”⁶. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que no cualquier aspecto que se refiera o toque —así sea en forma tangencial— los asuntos que tienen reserva de Ley estatutaria, debe ser regulado por medio de este tipo de Ley.

Ahora bien, esta aproximación interpretativa tiene incidencia también cuando la regulación versa sobre la acción de tutela. En efecto, el artículo 152 (literal a) de la Constitución dispone que los procedimientos y recursos para la

⁶ Ver, entre otras, la sentencia C-902 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio).

Concepto 5794

protección de los derechos fundamentales deberán regularse por medio de leyes estatutarias. Sin embargo, como bien lo ha precisado la Corte Constitucional, “*no cualquier asunto relacionado con la tutela está por ese solo hecho sujeto a esta reserva de ley*” sino que, por el contrario, solo tienen reserva de ley estatutaria aquellos “*aspectos trascendentales de la estructura y funcionamiento de la tutela*”⁷.

A manera de ilustración, es posible señalar que existen algunos temas fundamentales de la acción de tutela que no se encuentran contenidos en leyes estatutarias (aunque esta Jefatura estima que algunos de ellos efectivamente deberían estarlo), sino en la jurisprudencia constitucional o incluso en el Reglamento interno de la Corte Constitucional, como ocurre con: (a) el incidente de nulidad de las sentencias de revisión de tutela, cuyas reglas se encuentran contenidas en la jurisprudencia constitucional⁸; (b) el término para decidir el incidente de desacato previsto en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, el cual fue recientemente establecido por vía jurisprudencial⁹; (c) las suspensión de términos de los procesos de revisión de tutela para práctica de pruebas o en caso de que se decida proferir una sentencia de unificación; (d) las solicitudes de aclaración de las sentencias de tutela y el término respectivo para resolverlas; (e) las reglas relativas a la publicación de las sentencias de tutela por parte de la Corte Constitucional; y (f) las causales de procedibilidad de las acciones de tutela contra las providencias judiciales¹⁰, entre otras.

⁷ Sentencia C-284 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁸ Como lo señaló esta Jefatura en el Concepto número 5698 del 19 de diciembre de 2013 (relativo al expediente D-9933), la Corte Constitucional “*se ha habilitado para entrar a definir cuáles son las causales en las que resulta procedente declarar la nulidad de sus sentencias, sino que, al hacerlo, también ha tenido que entrar a establecer cuándo se puede promover este incidente, quién puede hacerlo, cuáles son los requisitos sustanciales o la carga argumentativa en que debe fundarse la solicitud de nulidad, a qué Magistrado le corresponde preparar la ponencia del Auto que lo resuelve, cuál es el efecto de la solicitud de nulidad, entre otras. Todo esto, pese a que nada de esto está definido en la Ley y al mismo tiempo en que en todo caso siguen sin definir otros asuntos igualmente relevantes como, precisamente, cuánto tiempo tiene la Corte para resolver estos incidentes*”.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, Boletín de Prensa de junio 12 de 2014, en video (1’:55’’ a 4’:22’’). Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=r61EWT4SDYg&feature=share&list=PLIXmT4OzTCv6BDTbThJclprdvshXpmUTNx> Fecha de consulta: 25 de junio de 2014. A la fecha de elaboración de este Concepto, no se había publicado el Comunicado de Prensa, ni la sentencia respectiva.

¹⁰ A pesar de que este tema estaba regulado en un principio por el Decreto 2591 de 1991, con el correr de los años, por medio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se definieron las diferentes causales (genéricas y específicas) que dan lugar a la procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Al respecto puede verse por todas, la sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Concepto 5794

En síntesis, de manera general es posible concluir que, por una parte, no todos los asuntos que se refieran a la acción de tutela se deben regular mediante una ley estatutaria. Y, por otra, que se puede decir que existen muchos asuntos referidos a dicha acción que ni siquiera se encuentran en una ley ordinaria, sino en la jurisprudencia¹¹ o incluso en el Reglamento interno de la Corte Constitucional¹².

(ii) Bajo ese panorama cabría preguntarse entonces si los puntos de la ley acusada que mencionan las sentencias de tutela, tienen reserva de Ley Estatutaria. Una cuestión sobre la que esta Jefatura estima que la respuesta es negativa por las siguientes razones:

En primer término, es necesario señalar, de manera general, que el incidente de impacto fiscal no es un mecanismo de protección de los derechos fundamentales. En ese sentido, se trata de un instrumento procesal por medio del cual se pretende proteger las finanzas públicas y que incluso en ningún caso puede menoscabar los derechos fundamentales¹³. Por lo tanto, no se requiere de una Ley Estatutaria para su regulación.

Frente a dicho argumento podría esgrimirse que, a pesar de lo anterior, la Ley tiene incidencia sobre los *efectos* de las sentencias de tutela proferidas por las altas Cortes. No obstante, esta Vista Fiscal considera que esta réplica también debe ser desechada toda vez que:

¹¹ Aunque este no es un punto central del presente análisis, en concepto de esta Jefatura muchos de los asuntos que han sido decantados por la Corte Constitucional sí deberían ser regulados por una Ley estatutaria, como es el caso de las suspensiones de términos o la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales.

¹² Algunos aspectos centrales de la acción de tutela se encuentran previstos en el Reglamento Interno de la Corte Constitucional. Esto ocurre, por ejemplo, con la designación de los magistrados que componen la Sala de Selección de tutelas (art. 49), la composición de las Salas de Revisión (art. 50), las insistencias y su trámite (arts. 51 y 52), las reglas sobre cambio de jurisprudencia en sentencias de tutela (art. 53), la regulación sobre la comunicación de las sentencias de tutela (art. 54), así como las reglas de revisión por la Sala Plena de ciertas sentencias de tutela (art. 54A).

¹³ No debe olvidarse que el incidente de impacto fiscal frente a las sentencias de tutela es una opción que no crea la Ley examinada, sino que, por el contrario, dicha posibilidad proviene directamente de la Constitución. En tal virtud, el artículo 334 de la Carta Política (modificado por el art. 1° del Acto legislativo 03 de 2011) es claro en señalar que el incidente de impacto procede *in genere* contra las sentencias proferidas por las Altas Cortes. De este modo, se puede concluir razonablemente que el constituyente no quiso excluir a las sentencias de tutela de dicha posibilidad, porque de otro modo lo habría dicho de manera expresa.

Concepto 5794

- El artículo 152, literal a, de la Constitución Política, expresamente establece que estarán sometidos a reserva de ley estatutaria “*los procedimientos y recursos para [la] protección*” de los derechos fundamentales, no todos los asuntos que podrían tener efectos sobre éstos últimos.
- La norma censurada no afecta ningún procedimiento o recurso establecido para la garantizar *eficaz* protección de los derechos fundamentales de las personas. Esto es así toda vez que el incidente de impacto fiscal no puede modificar el sentido de la decisión judicial a la cual se arribó en sede de tutela. De este modo, la protección o tutela del derecho fundamental contenida en la parte resolutive de la acción de tutela no puede ser controvertida por cuenta de un incidente de impacto fiscal¹⁴, vale decir, se mantiene incólume a pesar de la presentación de una solicitud para abrir el incidente.
- El incidente de impacto sólo tiene la potencialidad de afectar los efectos de la decisión judicial y aún en ese evento encuentra una restricción insoslayable: en ningún caso la modificación, modulación o aplazamiento de los efectos de la sentencia podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. De esta manera, el incidente de impacto fiscal tampoco afecta, quebranta o vulnera la protección del derecho fundamental otorgada en la sentencia de tutela, debido a que cualquier decisión en el sentido de modificar los efectos, deberá tener inexorablemente como punto de referencia el núcleo esencial de los derechos fundamentales involucrados en el respectivo proceso.
- Adicionalmente, estas conclusiones se refuerzan gracias a una regla interpretativa que la misma Corte Constitucional decantó cuando analizó la constitucionalidad del Acto Legislativo que introdujo el incidente de impacto fiscal en la Constitución¹⁵: el criterio de sostenibilidad fiscal, que es el fundamento del incidente de marras, no es un principio constitucional sino un mero instrumento o criterio para alcanzar los fines

¹⁴ Al respecto pueden verse el artículo 334 de la Constitución y la sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas).

¹⁵ Cfr. Sentencias C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas) y C-1052 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Ch.).

Concepto 5794

del Estado Social de Derecho, como lo es el respeto de la dignidad humana. Siendo esto así, esa Corporación consideró que la sostenibilidad fiscal carece “*de la naturaleza y peso específico de los principios constitucionales, no cumple objetivos autónomos ni prescribe mandatos particulares que deban ser optimizados [y, por lo tanto,] no puede, en ningún caso, servir de base para el menoscabo, restricción o negación de los derechos fundamentales*”¹⁶.

- De lo anterior se sigue que existe una suerte de supremacía jerárquica de las normas constitucionales que prevén los derechos fundamentales con respecto al criterio de sostenibilidad fiscal, en el entendido que en caso de que se presente alguna tensión entre esos dos extremos, en cualquier evento prevalecerán los derechos de las personas sin necesidad de recurrir a juicios de proporcionalidad o ponderación alguna. Este punto es particularmente relevante porque de allí se sigue que el incidente de impacto fiscal de ningún modo puede proceder para afectar la eficacia de la protección de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

En resumen, se constata que el incidente de impacto fiscal no tiene si quiera la potencialidad de afectar aspectos centrales de la acción de tutela como sería la protección eficaz de los derechos fundamentales que caracteriza esa acción constitucional. En ese orden de ideas, al no regular una temática de la esencia de dicho instrumento procesal, no puede afirmarse que la regulación deba adelantarse por medio de una ley estatutaria.

(iii) Aunque lo anterior sería suficiente para desechar el cargo por la presunta transgresión de la reserva de ley estatutaria, existen razones todavía más específicas que permiten saturar los argumentos expuestos. Como se verá,

¹⁶ Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas). Esta regla interpretativa puede evidenciarse de manera constante en los antecedentes legislativos de la norma analizada. Así, por ejemplo, en la Gaceta del Congreso de la República número 70 del 5 de marzo de 2014 (pp. 18, 19 y 23), consta que en el trámite legislativo expresamente se dijo que: “*no es que le digamos al juez que cambie lo que ha dicho en su sentencia, la sentencia se cumple. [N]o se va a afectar la tutela que es tal vez la más grande conquista de los ciudadanos de a pie [En tal sentido] [e]l país puede tener la tranquilidad absoluta de que de algún modo se está vulnerando la acción de tutela, [porque] lo dice la propia Constitución, no se pueden vulnerar los derechos fundamentales*”. En el mismo sentido véase la Gaceta del Congreso de la República número 595 del 2 de agosto de 2013, pp. 3, 4 y 5.

Concepto 5794

todos los razonamientos que se explican enseguida tienen como común denominador que las menciones de la Ley 1695 de 2013 a las sentencias de tutela son apenas tangenciales, vale decir, no se ocupan de aspectos esenciales de la acción de tutela y, por lo mismo, no deben ser regulados por una Ley Estatutaria.

En primer término, la posibilidad de solicitar la apertura de un incidente de impacto sobre una sentencia de revisión de tutela, incluso si dicha solicitud ya se ha hecho anteriormente en el trámite del respectivo proceso (art. 2°, pár.), no afecta de ninguna manera la cuerda procesal de la acción de tutela, así como tampoco regula aspectos centrales de dicha acción como es el caso de su eficacia. Por el contrario, se trata de una mera regla procesal del incidente de impacto fiscal que, se reitera, no puede afectar los derechos fundamentales de las personas. Este mismo argumento es plenamente aplicable a los artículos 11 (inc. 3°) y 12 (inc. 2°) de la Ley 1695 de 2013, toda vez que se limitan a establecer la competencia para conocer del incidente de impacto fiscal cuando éste se dirija contra una sentencia de tutela. De este modo, no se alteran de ninguna manera las reglas de competencia de la propia acción de tutela, sino del incidente de impacto fiscal.

Finalmente, el inciso 3° del artículo 9° de la Ley acusada, al prever que la admisión del incidente de impacto fiscal *no suspenderá* los efectos de las sentencias de tutela, tampoco afecta ningún elemento (principal o accidental) de la acción de tutela. Por el contrario, como se observa, se trata de una prohibición que, a su turno, mantiene intacta la regulación vigente de la acción de tutela contenida en el Decreto 2591 de 1991. En otras palabras, la norma no crea nuevas obligaciones procesales en cabeza del juez de tutela, sino que mantiene el *statu quo* de la regulación de la tutela, por lo cual no puede decirse que ha habido modificación, supresión o creación de alguna de las reglas procesales de la tutela. Al no haber cambio alguno en las reglas del Decreto 2591, esta Jefatura concluye que por simple sustracción de materia no hay nada que deba regularse por Ley Estatutaria.

Concepto 5794

4.2. Análisis de los artículos 1° (inc. 1°), 2° (inc. 1°), 3° (inc. 1°), 4° (núm. 3°), 5° (inc. 1°), 6° (núm. 3°), 9° (inc. 3°) y 11 (inc. 1°) de la Ley 1695 de 2013

Esta Jefatura tampoco comparte los argumentos con que los accionantes que sostienen que es inconstitucional que el incidente pueda solicitarse respecto de los autos emitidos con posterioridad a la sentencia, toda vez que advierte que los mismos parten de una interpretación equivocada del artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011. Lo anterior, toda vez que en la demanda se parte de aproximación aislada y parcial de esta norma. En efecto:

(a) Como lo ha dicho la Corte Constitucional, debe recordarse, en primer lugar, que en una sentencia (especialmente si es de tutela) es posible distinguir el sentido de la decisión propiamente dicho de sus efectos. Así, en ocasiones ocurre que el juez, luego de proferida su sentencia —que contiene una serie de órdenes—, se percata de que es necesario ajustar o modificar algunas de las órdenes ya dadas o incluso de añadir algunas nuevas de tal modo que, de cara al caso concreto, pueda cumplirse de manera efectiva el sentido de su fallo¹⁷.

Nótese que bajo la descripción anterior el incidente de impacto o el criterio de sostenibilidad fiscal contenidos en el artículo 334 de la Constitución, no tendrían ningún efecto útil si la aplicación del incidente se restringiese de manera exclusiva a las sentencias. En ese sentido, si se acepta la interpretación que aducen los accionantes, un auto expedido con posterioridad a la sentencia y que modifica de manera sustancial sus efectos (inclusive afectando gravemente la sostenibilidad fiscal), no podría ser ni siquiera discutido. Ahora bien, aunque podría afirmarse que de todos modos el incidente puede intentarse contra los efectos de la sentencia, es

¹⁷ Cfr. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Un ejemplo concreto de este tipo de situaciones se evidencia en los diversos autos de seguimiento que la Corte Constitucional ha expedido para lograr el cumplimiento de algunas sentencias emblemáticas como la T-025 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda) o la T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda). Dichas providencias ulteriores en ocasiones han replanteado órdenes iniciales o inclusive han decidido añadir otras nuevas.

Concepto 5794

conveniente precisar que esa alternativa es insuficiente porque los nuevos efectos que se producen con los autos de seguimiento —por razones de lógica elemental— no estarán contenidos en el resuelve de la sentencia, toda vez que nacen a la vida jurídica con posterioridad a ésta.

Esa interpretación se aviene, además, no sólo con el criterio del efecto útil de las normas, sino también por cuenta de una interpretación teleológica que permite concluir que el objeto último del incidente de impacto fiscal es salvaguardar las finanzas estatales, siempre y cuando no se afecte con ello en lo más mínimo la garantía de los derechos fundamentales. De conformidad con esto, si se estableciera que el incidente no procede contra los autos dictados con posterioridad a la sentencia, se llegaría a un escenario absurdo en el que un auto que creó una orden o modificó una anterior, pero que a su vez causa una grave alteración a las finanzas públicas, no podría si quiera discutirse a pesar de que existan alternativas para proteger de manera simultánea los derechos fundamentales y la sostenibilidad fiscal. Así, en esa hipótesis el incidente de impacto fiscal perdería por completo su razón de ser porque, a pesar de que pueda intentarse contra los efectos de la sentencia y, eventualmente prosperar, dicho esfuerzo será inane si tiempo después un auto cambia los efectos de la misma.

En suma, los efectos de una sentencia no sólo se proyectan en su parte resolutive, sino también en los autos dictados con posterioridad a ésta que incluso pueden llegar a modificarlos¹⁸.

¹⁸ Sobre el particular, la Corte Constitucional ha dicho que: “[...] cuando el juez de tutela resuelve amparar el derecho cuya protección se invoca, conserva la competencia para dictar órdenes que aseguren que el derecho sea plenamente restablecido o las causas de la amenaza sean eliminadas, lo cual comprende introducir ajustes a la orden original siempre y cuando ello se haga dentro de los siguientes parámetros para que se respete la cosa juzgada: (1) La facultad puede ejercerse cuando debido a las condiciones de hecho es necesario modificar la orden, en sus aspectos accidentales, bien porque (a) la orden original nunca garantizó el goce efectivo del derecho fundamental tutelado, o lo hizo en un comienzo pero luego devino inane; (b) porque implica afectar de forma grave, directa, cierta, manifiesta e inminente el interés público o (c) porque es evidente que lo ordenado siempre será imposible de cumplir. (2) La facultad debe ejercerse de acuerdo a la siguiente finalidad: las medidas deben estar encaminadas a lograr el cumplimiento de la decisión y el sentido original y esencial de la orden impartida en el fallo con el objeto de asegurar el goce efectivo del derecho fundamental tutelado. (3) Al juez le es dado alterar la orden en sus aspectos accidentales, esto es, en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar, siempre y cuando ello sea necesario para alcanzar dicha finalidad. (4) La nueva orden que se profiera, debe buscar la menor reducción posible de la protección concedida y compensar dicha reducción de manera inmediata y eficaz”. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Concepto 5794

(b) En segunda medida, una interpretación textual del inciso 4° del artículo 334 constitucional también apoya la interpretación que se expuso en el literal inmediatamente anterior. Para explicar este punto, esta Jefatura estima que es adecuado transcribir y resaltar los apartes pertinentes de esa disposición:

*“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, **podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal**, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes **sobre las consecuencias de la sentencia** en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá **si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma**, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales”* (resaltado y subrayado fuera del original).

Como puede advertirse, el primer fragmento subrayado no establece de manera expresa el tipo de providencias contra el cual se puede dirigir el incidente de impacto fiscal, sino que simplemente se limita a identificar (i) las autoridades legitimadas para solicitar su apertura y (ii) el momento en el cual se puede presentar esta solicitud.

Por otro lado, el segundo y el tercer apartes resaltados disponen, respectivamente, que en el trámite del incidente deberán oírse las explicaciones sobre “*las consecuencias de la sentencia*”, para que el juez autónomamente decida si “*las modula, modifica o difiere*”. Y frente a este punto debe tenerse en cuenta, en todo caso que, como ya se vio, los efectos de la sentencia también se proyectan en los autos que se expidan con posterioridad a esta a tal punto que pueden modificar las órdenes dadas inicialmente.

Así las cosas, la posibilidad de que se promueva un incidente de impacto fiscal contra, por ejemplo, un auto de seguimiento de una sentencia de tutela que modifica una orden dictada en el fallo, es posible a la luz del artículo Superior en la medida en si el juez decide diferir los efectos del auto, indirectamente lo estará haciendo también contra las consecuencias derivadas de la sentencia que, se insiste, se proyectan en los autos posteriores.

4.3. Análisis del artículo 14 de la Ley 1695 de 2013

Esta Vista Fiscal considera que sobre el artículo 14 censurado recaen dos acusaciones que, aunque relacionadas, deben ser examinadas de manera independiente:

(i) En primera instancia, los actores aseguran que la frase “[e]n todo caso, las máximas corporaciones judiciales tendrán en cuenta el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional”, es contraria a la Constitución, y específicamente a los principios de autonomía e independencia judicial, así como a la separación de poderes, puesto que con la misma se obligaría a la Corporación Judicial respectiva a seguir el plan diseñado por el Gobierno, a pesar de que el incidente de impacto fiscal no hubiese prosperado.

Frente a esta acusación, esta Jefatura considera que de ese apartado es posible derivar dos interpretaciones, una de las cuales efectivamente es inconstitucional, mientras que la otra no.

En efecto, una primera interpretación sería aquella que realizan los accionantes según la cual el sentido de advertir que, a pesar de que el incidente no prospere, en todo caso en la decisión judicial se deberá seguir con el plan del Ejecutivo. En ese evento, como bien se afirma en la demanda, se infringiría de manera manifiesta el principio de independencia judicial, así como el de la división de los poderes, dado que habría una indebida intromisión en la labor de administrar justicia de una rama que por naturaleza no desempeña esa función. Lo anterior, por cuanto la obligación de seguir el plan del Ejecutivo implicaría, en último término, que la decisión judicial estaría mediada, supeditada o condicionada por la determinación a la cual en su momento llegase el Gobierno Nacional. Situación que, finalmente, equivaldría a aceptar que sería el Gobierno Nacional quien decidiría materialmente sobre el incidente, lo cual a su turno implicaría

Concepto 5794

también conceder que los efectos de una providencia judicial de un Tribunal de cierre estarían en manos del Ejecutivo.

Lo anterior también supondría una afectación del principio de la imparcialidad judicial debido a que una de las partes del incidente, y que tiene un interés directo en las resultas del mismo, tendría la última palabra sobre la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de las sentencias o de los autos que se dicten con posterioridad a la misma. Por todo lo dicho, esa interpretación es claramente inconstitucional.

Sin perjuicio de lo anterior, una interpretación alternativa de la norma demandada, y que es la que esta Vista Fiscal considera la correcta, es la que entiende la expresión “*tener en cuenta*” allí contenida en su sentido natural, esto es, como “[t]ener presente [o] considerar”¹⁹.

Bajo esa aproximación, la norma indicaría que, en cualquier caso, antes de tomar la decisión definitiva sobre el incidente de impacto, el juez deberá considerar, apreciar o tener presente el plan concreto de cumplimiento presentado por el Gobierno Nacional. Lo que, expresado en otros términos, llevaría a concluir que el concepto no debe ser obedecido o acatado en la decisión so pena de nulidad de la misma, sino simplemente considerado, de tal modo que es el Gobierno Nacional quien tiene la carga de convencer a los Magistrados de sus argumentos.

Esta interpretación textual, además, se compadece también con la evolución legislativa del actual artículo 14, cuya primera versión señalaba lo siguiente:

“Si la decisión que resuelve el incidente de impacto fiscal vulnera la sostenibilidad fiscal, el Gobierno Nacional acatará al fallo en los términos contenidos en el plan de cumplimiento de que trata el artículo 6° de la presente ley.

Se entiende que se vulnera la sostenibilidad fiscal cuando la decisión del incidente impide la garantía, efectividad y realización total o parcial de los demás principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución en el mediano

¹⁹ Significado de la expresión “tener en cuenta” contenida en el Diccionario de la lengua española (DRAE) edición 22, 2001. Disponible en: http://lema.rae.es/drae/srv/search?val=tener+en+cuenta#tener_en_cuenta.



LEGISmóvil

La actualidad jurídica en el momento en que ocurre



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Procurador General

Concepto 5794

plazo. El Ministerio de Hacienda y Crédito Público expondrá ante la respectiva Corporación las razones que sustentan tal vulneración.

Parágrafo. *Lo anterior, en ningún caso, constituirá fraude a resolución judicial*²⁰.

Como se observa, a diferencia de la propuesta inicial, el texto finalmente aprobado no establece la obligación de acatar el fallo del incidente en los términos del plan de cumplimiento sino que, por el contrario, se limita a recordarle al juez que debe considerar los argumentos del Gobierno Nacional²¹, lo cual es plenamente compatible con la Constitución (especialmente con el principio de colaboración armónica de las ramas del poder público del que trata el artículo 113 constitucional), sobre todo si se tiene en cuenta la relevancia de este plan que, precisamente, es construido con la participación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público como órgano técnico, tiene como objetivo principal “*la definición, formulación y ejecución de la política económica del país*”²².

Por todo lo dicho, esta Vista Fiscal le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la expresión acusada del artículo 14 de la Ley 1695

²⁰ Ver Gaceta del Congreso de la República número 328 del 28 de mayo de 2013, p. 9.

²¹ Un caso similar se ha presentado en las relaciones que se dan entre el ejecutivo y el legislativo cuando este último tramita proyectos de ley y que puede dar luces para el caso concreto. En tal sentido, si bien el artículo 7° de la Ley 819 de 2003 establece que los proyectos de ley que ordenen gastos u otorguen beneficios tributarios deben ser compatibles con el Marco Fiscal de Mediano Plazo de conformidad con el concepto que para el efecto emita el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dicho dictamen no es obligatorio porque de lo contrario se quebrantaría el principio de separación de poderes. En esa línea se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-625 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla) en la cual se dijo que si bien el Congreso debe tener en cuenta las observaciones económicas del Ministro de Hacienda y Crédito Público, este concepto no es obligatorio a tal punto que su inobservancia no genera vicio de constitucionalidad alguno. Sobre el particular ese Tribunal expresó: “*si bien compete a los miembros del Congreso la responsabilidad de estimar y tomar en cuenta el esfuerzo fiscal que el proyecto bajo estudio puede implicar para el erario público, es claro que es el Poder Ejecutivo, y al interior de aquél el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el que dispone de los elementos técnicos necesarios para valorar correctamente ese impacto, y a partir de ello, llegado el caso, demostrar a los miembros del órgano legislativo la inviabilidad financiera de la propuesta que se estudia [...] corresponde al Gobierno el esfuerzo de llevar a los legisladores a la convicción de que el proyecto por ellos propuesto no debe ser aprobado, y que en caso de resultar infructuoso ese empeño, ello no constituye razón suficiente para tener por incumplido el indicado requisito, en caso de que las cámaras finalmente decidan aprobar la iniciativa cuestionada. El mandato de adecuación entre la justificación de los proyectos de ley y la planeación de la política económica, empero, no puede comprenderse como un requisito de trámite para la aprobación de las iniciativas legislativas, cuyo cumplimiento recaiga exclusivamente en el Congreso. Ello en tanto aceptar una interpretación de esta naturaleza constituiría una carga irrazonable para el Legislador y otorgaría un poder correlativo de veto al Ejecutivo, a través del Ministerio de Hacienda, respecto de la competencia del Congreso para hacer las leyes. Un poder de este carácter, que involucra una barrera en la función constitucional de producción normativa, se muestra incompatible con el balance entre los poderes públicos y el principio democrático*”.

²² Decreto 4712 de 2008, artículo 2°.

Concepto 5794

de 2013, aunque bajo el entendido que el plan presentado por el Gobierno Nacional no es de obligatorio cumplimiento o acatamiento por parte de las Altas Cortes al momento de tomar la decisión que ponga fin al incidente de impacto fiscal, con miras a evitar una interpretación y consecuente aplicación inconstitucional de esta norma.

(ii) En segundo lugar, algunos accionantes manifiestan que la expresión “*se acatará el fallo [...] **buscando con ello garantizar** la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía e independencia judicial*” (negritas fuera del texto), contenida en el artículo 14 de la Ley 1695 de 2013, quebranta el principio de Estado Social de Derecho porque establece una obligación de medio o diligencia y no de resultado, con lo cual se desprotegen indebidamente los derechos fundamentales.

Sobre esta acusación, esta Jefatura estima que el cargo no cumple con los requisitos formales mínimos y necesarios para provocar un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional. Lo anterior en tanto que, en concepto de esta Vista Fiscal, el cargo parte de una premisa que *en principio* no se deduce de la Constitución, cual es considerar que todas las obligaciones que se derivan de los derechos fundamentales son obligaciones de resultado. En efecto, si bien esta categorización, propia de la responsabilidad civil²³, eventualmente podría derivarse de la Constitución, en todo caso era deber de los accionantes demostrar que dicho sistema de responsabilidad por violación de los derechos constitucionales fue el que efectivamente escogió el constituyente primario en la Carta Política de 1991 excluyendo, por lo tanto, otras alternativas.

Por el contrario, y sin en ánimo de hacer un análisis de fondo o controvertir la posibilidad planteada por los actores (que, se reitera, exigía demostrarse),

²³ La primera noticia que se tiene de esta categorización se encuentra en René DEMOGUE, *Traité des Obligations en Général*, Tomo V, Librairie Arthur Rousseau et Cie., París, 1925, pp. 538-545 y ha sido recogida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en diversas sentencias referentes a la responsabilidad civil. Al respecto pueden verse por ejemplo las sentencias de la Corte Suprema del 19 de diciembre de 2005, exp. 05001 3103 000 1996 5497- 01 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena) y del 18 de mayo de 2006, exp. 11001 31 03 008 1997 07700 01 (M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Concepto 5794

en algunos aspectos puntuales parecería ser que la Constitución optó por un modelo basado en la diligencia o los medios con los que cuenta el Estado para efectos de determinar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a su cargo. Así, para efectos de ilustrar esta afirmación, por ejemplo, podría señalarse que el principio de progresividad que se predica de la faceta prestacional de todos los derechos constitucionales, implica que “los Estados no pueden quedarse inmóviles ante la satisfacción de los mismos, sino que deben **propender** por el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, **hasta el máximo posible**, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole”²⁴.

Esta misma idea es respaldada por la doctrina constitucional. En ese sentido, algunos autores concuerdan en afirmar que una de las características propias del constitucionalismo latinoamericano es su carácter *aspiracional*. En tal sentido, no es suficiente el mero reconocimiento de los derechos fundamentales en un texto positivo, sino que es necesario también el concurso de otros factores (políticos, jurídicos, económicos y sociológicos) para que la garantía de algunos de esos derechos sea una realidad²⁵.

Por otra parte, es preciso recordar que, en ciertos eventos, el respeto y la garantía de algunos derechos constitucionales está a cargo de particulares. Y

²⁴ Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas), subrayado y resaltado añadido. Esta misma idea no sólo es respaldada por la jurisprudencia sino también por los Tratados Internacionales más relevantes sobre la materia y que han sido ratificados por Colombia. Así por ejemplo, el artículo 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” señala que “[l]os Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”. En el mismo sentido véase el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²⁵ Sobre el particular véase por todos a Mauricio GARCÍA VILLEGAS, “Constitucionalismo aspiracional: Derecho, democracia y cambio social en América Latina” en *Análisis Político*, Vol, 25, No. 75 (mayo de 2012). Este autor se define así mismo como un *optimista moderado*, postura según la cual “las constituciones aspiracionales y la protección de derechos sociales que estas suponen son un mecanismo importante para promover el cambio social, pero este mecanismo por sí sólo es insuficiente. Para que la batalla legal pueda ser efectiva, debe ser parte de una estrategia política más amplia que apunte a la transformación social a través de la materialización de los derechos sociales. Esta estrategia implica la existencia de elementos contextuales diferentes al derecho, tales como un activo apoyo social y político al proyecto constitucional, en general, y al activismo judicial progresista en materia de derechos sociales, en particular, así como una cultura jurídica favorable a la protección de los derechos” (p. 98).

Concepto 5794

en ese tipo de casos inclusive la obligación exigida a los agentes privados de acuerdo con las circunstancias, de cara a la satisfacción del derecho fundamental, es de medio y no de resultado. Esto ocurre, por ejemplo, con la responsabilidad civil en aquellos casos en los que un profesional de la medicina se obliga con un paciente. Por regla general, el médico no puede garantizarle al paciente que sus servicios tendrán como resultado inexorable la recuperación total de su salud, sino que, por el contrario, su deber se cumple si demuestra que ha sido diligente en relación con el padecimiento que sufre el usuario²⁶.

Por todo lo anterior, dado que los actores no demostraron que efectivamente la Constitución estableció de manera clara y fehaciente que las todas las obligaciones derivadas de los derechos constitucionales eran de resultado, el cargo no cumple con el requisito de pertinencia²⁷, toda vez que la confrontación del artículo censurado se efectúa frente a una premisa deducida o subjetiva que no necesariamente se encuentra contenida en la Carta Política.

4.4. Análisis del artículo 6° de la Ley 1695 de 2013

En cuarto lugar, algunos de los demandantes aducen que el numeral 1° del artículo 6° de la Ley impugnada es inconstitucional porque, en su sentir, exigir que el solicitante del impacto fiscal se limite a señalar “*las **posibles** consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas*” (negrillas fuera del texto), es afectar indebidamente la estabilidad de las sentencias de las Altas Cortes, al hacer depender sus efectos de una mera *eventualidad o posibilidad*.

Esta Jefatura considera que esta acusación tampoco está llamada a prosperar por las siguientes razones:

²⁶ Al respecto puede verse a Jorge SANTOS BALLESTEROS, *Responsabilidad Civil*, Vol. 2, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2012. En algunos eventos excepcionales, en el caso de la responsabilidad médica, la obligación es de resultado como ocurre con cierto tipo de cirugías estéticas.

²⁷ Cfr. Sentencia C-1052 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda E.).

Concepto 5794

(a) En primera medida, es necesario advertir que las “consecuencias” a las que se refiere el artículo demandado, son efectos de carácter económico sobre las finanzas públicas. Y como es bien sabido, la economía no es una ciencia predictiva, esto es, no pueden determinarse de antemano con total exactitud absolutamente todas las consecuencias económicas o presupuestales de las decisiones gubernamentales, judiciales o de otra índole. Por esa razón, el artículo establece que en la sustentación del incidente deberán indicarse las posibles o probables consecuencias, lo que responde a un reconocimiento, por parte del Legislador, de que es imposible para cualquier experto prever de manera precisa todos los efectos de cierta decisión judicial.

(b) Ahora bien, frente a lo dicho anteriormente podría argumentarse que, de cualquier modo, la norma acusada añade la palabra “*posibles*”, cuando esta expresión no se encuentra contenida en el inciso 4° del artículo 334 constitucional. Aunque esto es cierto, esta Jefatura estima que tal situación por sí sola no es suficiente para aseverar que la expresión es inconstitucional. Por el contrario, en concepto de esta Vista Fiscal una interpretación sistemática del artículo 6° lleva a una conclusión opuesta, toda vez que:

- Si se leen de manera conjunta los numerales 1° y 2° del artículo 6° de la Ley censurada, se observa que las posibles consecuencias de la providencia sobre la cual recae el incidente, no pueden ser improbables, irrealizables o poco plausibles. Esto es así porque no basta con señalar las posibles consecuencias o efectos de la sentencia (num. 1°), sino que es necesario explicar las condiciones “*específicas*” que explican tales consecuencias (núm. 2°). De esto se sigue que la obligación de explicar las condiciones específicas que darían lugar a las posibles consecuencias, implica que éstas no pueden ser meramente eventuales o remotas.
- Ahora bien, la inclusión de la expresión “*posible*” también encuentra justificación en que jurídicamente el solicitante únicamente está en

Concepto 5794

la capacidad de plantear los efectos probables de la decisión sobre las finanzas públicas. Y no podría ser de otra manera porque quienes deberán determinar si efectivamente la sentencia tiene consecuencias adversas sobre las finanzas públicas serán las mismas Altas Cortes, precisamente al momento de decidir sobre el incidente, toda vez que este análisis es indispensable para decidir si se modulan, modifican o difieren los efectos del fallo. Evidentemente, esta descripción es plenamente compatible con la Constitución porque, pensar lo contrario (esto es, que las consecuencias sean determinadas por el solicitante y no por el juez), implicaría una infracción al principio de separación de los poderes: quien decidiría sobre el impacto de la sentencia sería el Gobierno Nacional o el Procurador General de la Nación y no la misma Corporación que emitió el fallo.

Por todas las razones expresadas, esta Vista Fiscal le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de la expresión acusada del numeral 1°, del artículo 6° de la Ley 1695 de 2013.

4.5. Análisis del artículo 8° de la Ley 1695 de 2013

Todos los cargos que se referencian a partir de este punto y hasta el final de este concepto, tienen como común denominador la presunta violación del principio de igualdad de armas. A pesar de que cada acusación será analizada separadamente, esta Jefatura considera oportuno realizar la siguiente reflexión que, a su turno, fungirá como guía interpretativa para desatar todos los reparos referidos al derecho a la igualdad de armas.

El principio de igualdad de armas constitucional tiene como presupuesto de aplicación la existencia de dos partes definidas que ventilan sus pretensiones ante un juez, con el propósito de que éste conceda lo suyo a cada quien. De este modo, los individuos que contienden en el proceso deben tener iguales oportunidades probatorias y argumentativas para convencer al juez de la

Concepto 5794

justicia de sus peticiones, toda vez que sus derechos se verán directamente afectados por las resultas del proceso.

Como se observa, este escenario no se produce en el incidente de impacto fiscal. En efecto, quienes fueron parte en el proceso primigenio y que dio lugar a la sentencia sobre la cual recae el incidente, no verán afectados sus legítimos intereses y derechos, debido a que el sentido de la decisión judicial no se pone en tela de juicio por cuenta del incidente. Por su parte, los solicitantes, en tanto servidores llamados a defender el bien común representado en la protección de las finanzas públicas, sí tienen un interés directo sobre las resultas del incidente. En tal sentido, no es válido afirmar, de manera general, que exista una obligación de garantizar la igualdad de armas entre los solicitantes y las partes del proceso original que, incluso, no tienen la obligación de intervenir en el incidente. En suma, el objetivo del incidente es la protección del interés general y, por lo tanto, no busca modificar o suprimir los derechos particulares de las partes involucradas en la sentencia sobre la cual versa el incidente. Razón por la cual esta Jefatura estima que estrictamente no hay lugar a aplicar, y mucho menos de una manera extremadamente rígida, el principio de igualdad de armas con relación a este incidente.

Teniendo presente esta aproximación general al principio de igualdad de armas en el marco del incidente fiscal, a continuación esta Vista Fiscal procederá a analizar cada una de las acusaciones en particular.

Los accionantes estiman que la obligación a cargo de las Altas Cortes de incluir específica y puntualmente en el auto de inadmisión del incidente aquellos elementos que requieren mayor detalle, quebranta el derecho a la igualdad de armas porque trasladaría a los Tribunales una carga que es propia del solicitante del incidente, lo cual sería una ventaja en favor de los proponentes.

A juicio de esta Jefatura, sin embargo, este cargo no cumple con los requisitos mínimos que permiten activar el control de constitucionalidad. De manera

Concepto 5794

más concreta, el argumento esgrimido no es suficiente para despertar al menos una mínima duda sobre la constitucionalidad de la norma pues incluso los actores le dan a la norma un sentido inapropiado.

Como fundamento de lo anterior, se pueden señalar las siguientes razones:

(i) La enunciación de los elementos que requieren más detalle o que están ausentes en la solicitud no puede entenderse como una nueva obligación en cabeza de las Altas Cortes en el sentido de corregir los yerros del solicitante. Por el contrario, del texto de la norma no se deduce esta aproximación, sino que simplemente la Corte respectiva debe mencionar cuáles elementos faltan y cuáles requieren mayor precisión. Pero esto no quiere decir que la explicación minuciosa de los elementos ausentes o la descripción detallada de los puntos que requieren mayor exactitud, esté a cargo de las Cortes. El Tribunal simplemente enuncia o señala los errores, mientras que los solicitantes son quienes tienen el deber de enmendarlos.

(ii) Adicionalmente, la anterior interpretación es compatible con el derecho al debido proceso (art. 29 constitucional), en el entendido que existe un deber general de motivar las providencias, más aún cuando estas pueden afectar derechos fundamentales como el acceso a la justicia o criterios constitucionales como la sostenibilidad fiscal. En ese orden de ideas, motivar la decisión de inadmitir, es una forma garantista por medio de la cual se puede controlar la actividad judicial y es un presupuesto necesario para que se puedan ejercer los recursos respectivos.

(iii) Por otra parte, es preciso distinguir de manera clara dos tipos de decisiones que pueden darse al interior del proceso incidental: por una parte, se encuentra la decisión por medio de la cual se admite o inadmite la solicitud del Gobierno o del Procurador General de la Nación, mientras que, por otro lado, está la determinación final del incidente en la cual se acepta o desecha la posibilidad de modular, diferir o modificar los efectos de una sentencia.

Concepto 5794

Esta distinción es fundamental frente al cargo planteado en tanto que las razones que se ofrecen para inadmitir la solicitud, tienen relevancia e incidencia plena sobre la primera decisión descrita con anterioridad, es decir, no son definitivas de cara a la decisión final del incidente. Tan es así que la corrección de la solicitud y su posterior admisión, no garantizan que se tenga éxito en la decisión final del trámite incidental. Como consecuencia de esto, no es posible decir que la obligación de mencionar los elementos faltantes en la solicitud o aquellos que requieren más detalles, sea un deber que tenga la potencialidad de crear una ventaja en favor de las pretensiones de los solicitantes. Por el contrario se trata simplemente de aspectos que deben corregirse para una posible admisión, más no para elevar las posibilidades de triunfo al final del incidente.

En resumen, esta Jefatura considera que la interpretación que proponen los actores no se deduce de la norma acusada y, en caso de que la Corte Constitucional decida admitir esta acusación, advierte que está tampoco está llamada a prosperar toda vez que la norma no crea ventaja alguna que beneficie a los promotores del incidente.

4.6. Análisis de los numerales 1° a 4° del artículo 9° de la Ley acusada

Algunos accionantes esgrimen que los numerales 1° al 4° del artículo 9, desconocen el principio de igualdad de armas, ya que, desde su punto de vista, la notificación por estado del auto admisorio del incidente a las partes que hacían parte del proceso sobre el cual se solicita la apertura del mismo, supone una desventaja frente a los solicitantes. Esto es así porque, en su sentir, existiría una asimetría de información a favor de los solicitantes quienes, por el solo hecho de proponer el incidente, ya conocerían de su existencia, *contrario sensu* a lo que sucede con las partes que se beneficiaron de la sentencia sobre la cual recae el incidente que sólo serían notificadas por estado.

Concepto 5794

El Jefe del Ministerio Público no comparte esta afirmación por una razón fundamental: no existe la desventaja que mencionan los actores en perjuicio de las personas que fueron parte en el proceso que dio lugar a la sentencia sobre la cual se presenta el incidente. Y, al no existir esta desventaja, tampoco puede decirse que exista un quebrantamiento al principio de igualdad de armas toda vez que la posibilidad de acceder a la información sobre la solicitud del incidente, es semejante para los involucrados en el trámite incidental.

Para justificar lo anterior, esta Vista Fiscal considera que no existe prerrogativa o privilegio alguno que beneficie a los solicitantes respecto de la notificación de la apertura, debido a que no es cierto que exista un obstáculo insalvable, desproporcionado o excesivo para que las partes del proceso original se enteren de la existencia del incidente. Por el contrario, no debe olvidarse que el artículo 5° de la Ley demandada establece que la solicitud de apertura del incidente deberá presentarse dentro del término de ejecutoria de la providencia judicial respectiva, por lo que no es en forma alguno desproporcionado exigirle a las partes del proceso original una carga procesal de diligencia mínima, como lo es prestar atención al estado del proceso durante el término de ejecutoria de la sentencia que, no sobra recordarlo, es justamente el breve periodo en el que pueden radicarse toda una serie de recursos, solicitudes e incidentes (no sólo el de impacto fiscal), dependiendo del tipo de proceso.

Teniendo en cuenta lo anterior, esa suerte de “diligencia procesal post-sentencia” que se exige a las partes de un proceso, se extendería también a las solicitudes de apertura de incidente de impacto fiscal y esta Jefatura no encuentra razón alguna para exceptuar dicho deber procesal frente a este tipo de incidentes. Esta conclusión se refuerza por una razón adicional: no es verdadera la afirmación según la cual las partes del proceso original tienen una desventaja respecto de la posibilidad de enterarse de la existencia del incidente toda vez que la solicitud se debe presentar ante el Magistrado de la Alta Corte que presentó la ponencia de la sentencia o auto sobre los cuales

Concepto 5794

puede recaer el incidente, solicitud que a su vez debe ser decidida por la misma Alta Corporación Judicial.

De esta manera, gracias a esa regla de competencia el expediente no se traslada a otro Tribunal distinto, por lo cual es factible concluir razonablemente que la ausencia de traslado del expediente, sumada a la diligencia procesal mencionada atrás, diluye el alegato según el cual existiría una fuerte asimetría en el acceso a la información procesal en favor de los solicitantes y en perjuicio de las partes del proceso primigenio. Como consecuencia de esto, el Jefe del Ministerio Público le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad de los numerales analizados, por el cargo analizado²⁸.

4.7. Análisis del artículo 13 de la Ley censurada

El artículo 13 de la Ley 1695 de 2013 prevé la posibilidad de presentar un recurso de insistencia contra la providencia que falle el incidente, providencia que, a su vez, suspende los efectos del fallo. Para los demandantes, esa norma implica un quebrantamiento del principio de igualdad de armas en tanto que el mencionado recurso estaría previsto únicamente para los solicitantes, lo que significa que las partes del proceso original no podrían presentarlo en ningún caso.

Aunque esta Jefatura considera que a primera vista esta lectura no se desprendería del texto de la norma acusada, al mismo tiempo considera pertinente anotar que de los antecedentes legislativos de la disposición se encuentra que uno de los motivos para crear el actual artículo 13 era crear un recurso de insistencia únicamente para aquellos eventos en los cuales la decisión del incidente fuera adversa a las pretensiones del solicitante, de tal modo que la Alta Corporación tuviese la oportunidad de reconsiderar su

²⁸ No sobra recordar, como ya se ha hecho reiteradamente en este escrito, que no es cierta la equívoca interpretación de los accionantes según la cual el incidente (y su admisión o eventual éxito) es un proceso potencialmente contrario a los intereses de la parte vencedora del proceso, toda vez que sus derechos, esto es, el sentido de la decisión, no se discute con el incidente.

Concepto 5794

postura. En efecto, en la discusión, votación y aprobación del artículo demandado en la Plenaria del Senado, momento en el cual se añadió a la ley el recurso de insistencia, se aseguró que:

*“[E]stamos pidiendo que modifique el artículo 14 donde simplemente se pone la capacidad, [sic] **pedir la insistencia para que de esa manera estemos siempre seguros que la Corte que haya hecho el trámite tenga la certeza de entender perfectamente lo que puede suceder si no se tiene en cuenta ese incidente de impacto fiscal**, así que Presidente le pido el favor que pongamos en consideración este proyecto”²⁹ (subrayas y negrillas fuera del original).*

De lo anterior se deduce, entonces, que la idea original era que la insistencia solo podría ser presentada por los promotores del incidente (i.e. únicamente cuando la decisión fuese adversa a la solicitud), con lo cual efectivamente se excluiría a quienes fueron parte en el proceso original.

Esta Jefatura encuentra que de acuerdo con la anterior posibilidad hermenéutica la norma en cuestión como lo señalan los actores, contraría la Constitución toda vez que, sin ninguna razón válida, la misma otorgaría una ventaja procesal injustificada a una de las partes del incidente de impacto fiscal. En tal virtud, esta Jefatura no encuentra explicación alguna para que el recurso de insistencia —cuyo objetivo es que la Alta Corporación reflexione nuevamente sobre la decisión que pone fin al incidente—, no puedan presentarlo también las partes del proceso primigenio, más aún cuando la decisión del incidente afecta directamente sus intereses procesales porque, a pesar de que el sentido de la decisión judicial se mantiene intacto, los efectos sí pueden ser objeto de modificación o modulación. Como corolario de lo anterior, bajo esa interpretación la norma es contraria a la Constitución y debería ser rechazada.

²⁹ Gaceta del Congreso de la República número 512 del 22 de julio de 2013, p. 19. En el mismo sentido, en las Gacetas del Congreso de la República número 672 del 3 de septiembre de 2013 (p. 5) y 868 del 29 de octubre de 2013 (p. 11) se lee que: “[u]na vez se profiera la decisión sobre el incidente de impacto fiscal, **y en caso que no prospere la solicitud**, se podrá presentar un recurso de insistencia ante la misma corporación que falle el incidente” (resaltado y subrayado fuera del original).

Concepto 5794

Sin perjuicio de lo anterior, esta Vista Fiscal destaca que desde otra aproximación al texto definitivamente aprobado, se puede observar que existe una alternativa hermenéutica que no resulta ser contraria al principio de igualdad de armas. Para sustentar esta postura, a continuación se transcribe el artículo 13:

“Artículo 13. Recurso de insistencia. En contra de la providencia que falle el incidente de impacto fiscal procederá recurso de insistencia que suspenderá los efectos del fallo.

El recurso deberá interponerse ante la Corporación que falle el incidente de impacto fiscal, por escrito dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de la providencia que falle el incidente y deberá contener las razones que lo sustente” (subrayado añadido).

Varios elementos pueden extraerse de una lectura detenida del artículo:

- En primera medida, la disposición no califica al sujeto legitimado para interponer el recurso. En tal sentido, no se restringe la posibilidad de interposición del mismo a los solicitantes. Por lo tanto, una conclusión preliminar indicaría que las partes del proceso original también podrían presentar el recurso de insistencia.
- Esta conclusión, además, se refuerza si se tiene en cuenta que el artículo 4° (núm. 3°) de la Ley 1695 de 2013 dispone que los demandantes y demandados dentro del proceso que dio origen a la sentencia o auto sobre los cuales le solicita el incidente, *tienen la calidad de parte* dentro del proceso incidental. Por lo tanto, es posible afirmar que al no conferirse de manera exclusiva a los solicitantes la posibilidad de presentar el recurso de insistencia, así como al catalogarse como parte a los demandantes y demandados del proceso primigenio, se permite que éstos últimos también puedan presentar el recurso de insistencia en las condiciones señaladas en el citado artículo.
- Como consecuencia de esto último, el nombre que se le ha dado al recurso (“insistencia”) debe ser entendido como una nueva oportunidad

Concepto 5794

para que la Corte reflexione sobre la decisión a la que se ha llegado. En otros términos, se trataría de una insistencia de las partes para que el Tribunal examine nuevamente sus posturas procesales.

Alguno podría refutar esta segunda lectura sobre la disposición acusada señalando que el artículo 13 prevé que la presentación del recurso de insistencia suspenderá los efectos de la sentencia. Esto, a su turno, implicaría que la facultad de presentar dicho recurso sería exclusiva de los proponentes, toda vez que la suspensión de los efectos del fallo únicamente beneficia a los proponentes del recurso.

No obstante lo anterior, esta Vista Fiscal considera que esa réplica es equivocada, toda vez que cuando la norma establece la suspensión de los efectos del “fallo”, la palabra “fallo” hace referencia a la decisión sobre el incidente de impacto fiscal y no a la sentencia judicial objeto de ese incidente. En efecto, nótese que el inciso 1° del artículo 13 de la Ley 1695 de 2013 establece que contra la “*providencia que falle el incidente*” (subrayas fuera del texto) podrá interponerse recurso de insistencia y a renglón seguido dispone que la presentación de este recurso “*suspenderá los efectos del fallo*” (subrayas fuera del texto). En este sentido, se resalta que allí no se utilizan las expresiones “sentencia” o “autos proferidos con posterioridad a la sentencia” que aparecen a lo largo de la Ley 1695.

Ahora bien, frente a este punto en todo caso cabría preguntarse sobre la forma en que operaría la suspensión de los efectos del fallo del incidente bajo esa interpretación. Cuestión para cuya respuesta el Jefe del Ministerio Público considera que es preciso distinguir entre dos situaciones:

(i) Si la decisión del incidente es adversa a los intereses de los solicitantes porque no se accedió a modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia o de los autos expedidos ulteriormente. Situación frente a la cual se puede decir que el fallo del incidente no tiene ningún tipo de consecuencias en el mundo jurídico porque los efectos de la providencia original se mantienen

Concepto 5794

incólumes. Lo que además es compatible con el principio de seguridad jurídica, en tanto que pensar lo contrario equivaldría a supeditar la permanencia y ejecutoriedad de una sentencia judicial de una Alta Corporación Judicial (a la cual se ha arribado después de agotar diversos trámites, procedimientos e instancias) a la presentación de un recurso.

(ii) Si el recurso de insistencia lo presentan quienes fueron parte en el proceso original y contra el fallo que decide modificar, modular o diferir los efectos de la providencia. Caso en el cual se puede afirmar que, sin lugar a dudas, ese fallo sí habría tenido efectos en el mundo jurídico, toda vez que la interposición de este recurso suspendería inmediatamente la decisión de modificar, modular o diferir los efectos de la sentencia o los autos expedidos con posterioridad. De manera análoga a lo expresado en el punto anterior, bajo esta interpretación la norma tiene asidero en el principio de seguridad jurídica, toda vez que privilegiaría los efectos de una sentencia que es producto del agotamiento de diversos trámites, recursos e instancias, sobre los efectos del fallo de un incidente.

Finalmente, esta Jefatura considera que las dos hipótesis anteriores son plenamente compatibles, además, con el inciso 3° del artículo 9° de la Ley 1695 de 2013, en donde se prohíbe la suspensión de los efectos de una sentencia de tutela cuando se admita el incidente. Así, aunque se trata de otra etapa procesal, la intención del Legislador era —como ya se explicó— dejar indemne la acción de tutela de las posibles suspensiones de sus efectos durante el trámite del incidente. Por lo que permitir la suspensión de los efectos de una sentencia de tutela mientras se decide el recurso de insistencia presentado por los solicitantes, sería defraudar esa intención legislativa.

Por todo lo dicho anteriormente, esta Jefatura le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad del artículo 13 de la Ley 1695 de 2013, pero únicamente bajo el entendido que el recurso de insistencia también puede ser presentado por quienes fueron parte en el proceso original, situación en la que se suspenderían los efectos del fallo que haya decidido el

Concepto 5794

incidente de impacto fiscal hasta que se resuelva el respectivo recurso de insistencia.

4.8. Análisis del artículo 9° de la Ley 1695 de 2013

Para terminar, se tiene que uno de los demandantes aduce que el artículo 9° de la Ley acusada quebranta el principio de igualdad de armas debido a que, a su juicio, la norma establece una ventaja sin asidero constitucional alguno cual es que hace imposible presentar recursos contra el auto admisorio de la solicitud de apertura del incidente. Para el actor esto es así, si se tiene en cuenta que en caso de inadmisión o rechazo, en cambio, los solicitantes sí tienen la opción de presentar sendos recursos de reposición contra dichas decisiones.

Para desatar esta acusación, esta Vista Fiscal en primer lugar reiterará algunas reflexiones generales sobre el principio a la igualdad de armas y sobre su aplicación y pertinencia en el incidente de impacto fiscal. Posteriormente, resolverá el caso *sub examine*.

Sobre lo primero, se puede decir que una de las proyecciones del derecho-principio a la igualdad (art. 13 de la Constitución) en las relaciones procesales radica en que las partes de un proceso judicial deben tener, en términos generales, el mismo trato. De manera más específica, por ejemplo, se puede señalar que las partes deben tener, entre otras, las mismas posibilidades probatorias y argumentativas. Y como se acaba de mencionar, dado que el principio de igualdad de armas es una concreción en el campo procesal del derecho a la igualdad, comparte con este derecho algunos de sus atributos más importantes.

En efecto, el principio de igualdad de armas implica que cualquier diferenciación *injustificada* en las posibilidades procesales en favor de una de las partes sea reprochable desde el punto de vista constitucional. Lo anterior, sin perjuicio de que en los procesos judiciales pueden existir —y en algunos

Concepto 5794

casos incluso sea conveniente que sea así— diferenciaciones constitucionalmente válidas, siempre que, por ejemplo, se fundamenten en criterios objetivos y razonables³⁰.

Ahora bien, con motivo de lo anterior la pregunta que surge es si es justificada la diferenciación que realiza el Legislador en la disposición acusada, en el sentido de prever la existencia de recursos únicamente en el caso de que se profiera un auto que inadmita o rechace la solicitud de apertura del incidente.

Para responder este interrogante, esta Vista Fiscal considera que es necesario reiterar que la razón de ser del incidente de impacto fiscal, su objetivo último, estriba en la protección del criterio constitucional de la sostenibilidad fiscal (art. 334 Superior), vale decir, de las finanzas públicas. Lo anterior, en tanto que, como ya se ha reiterado insistentemente en este documento, el propósito del incidente no es (ni puede serlo a la luz de la Constitución) discutir el sentido de la sentencia a la cual arribó la Alta Corporación Judicial, lo que también significa que con el mismo el(los) derecho(s) protegido(s) con esa decisión judicial no se pone(n) en tela de juicio.

Las anteriores afirmaciones son particularmente relevantes respecto del caso que se viene estudiando, en la medida en que se puede concluir, de manera preliminar, que el objeto del incidente es la protección del interés general representado aquí en el mantenimiento de un adecuado estado de las finanzas públicas.

Si esto es así, se puede decir, por lo tanto, que en el marco del incidente de impacto fiscal le asiste un interés mucho más fuerte a los solicitantes (que representan los intereses estatales) que a las partes del proceso original, toda vez que su(s) derecho(s) ni siquiera se puede discutir por medio de este

³⁰ Para ejemplificar el asunto, basta con citar dos casos: (i) el del proceso penal en donde, de manera general, en virtud de la presunción de inocencia y del derecho a no autoincriminarse, existe la posibilidad de que el procesado guarde absoluto silencio. Mientras que, por el contrario, la Fiscalía no tiene dicha opción, sino que tiene que asumir una actitud activa en relación con la investigación y posterior acusación; y (ii) el del proceso de tutela (de acuerdo con el art. 20 del decreto 2591 de 1991), en donde en caso de que la autoridad accionada no rinda el informe que el juez le señale, se tendrán como ciertos los hechos alegados por el actor. Esto último, en atención a la importancia de los derechos fundamentales que se ventilan en un proceso de tutela.

Concepto 5794

incidente. Esta aproximación llevaría a decir que la imposibilidad de que las partes del proceso original presenten recursos en contra del auto admisorio de la demanda encuentra justificación en que sus derechos no se discuten ni se pueden modificar, de lo cual se sigue que el interés procesal en la admisión no brilla con tanta intensidad como el de los solicitantes.

Ahora bien, esta conclusión se podría refutar, eventualmente, afirmando que la mera admisión de la solicitud de apertura del incidente suspende los efectos de la decisión sobre la cual recae este trámite (art. 9° de la Ley 1695 de 2013).

Sin embargo, para esta Vista Fiscal este argumento debe ser desechado dado que: (i) los efectos de las sentencias de tutela no se suspenden, por expresa disposición del mismo artículo 9°, lo que significa que los derechos fundamentales de las personas (que son aquellos que más urgencia revisten para efectos de su protección), se mantienen indemnes teniendo en cuenta que los efectos de la decisión de la providencia (incluyendo los autos dictados con posterioridad a las sentencias de tutela) en todo caso se mantienen; (ii) en los demás casos, esto es, cuando no se encuentra involucrado un derecho fundamental, la suspensión es apenas temporal porque dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación por estado de la admisión del incidente a las partes, se debe celebrar la audiencia de impacto fiscal, y una vez esta audiencia se ha realizado, la Alta Corporación Judicial tendrá máximo diez (10) días hábiles para decidir de manera definitiva. Por lo anterior, el término de la suspensión de los efectos para decisiones diferentes a las sentencias de tutela (en las cuales no concurre el requisito de inmediatez de cara a la urgente protección derecho), no es extremadamente prolongado; y (iii) no existe quebrantamiento alguno al principio de igualdad de armas porque, como se señaló en el punto anterior, las partes del proceso primigenio también pueden presentar el recurso de insistencia, en cuyo caso, se suspenden los efectos del fallo del incidente que haya decidido modificar, diferir o modular los efectos de la sentencia judicial respectiva.

Concepto 5794

De conformidad con esto último, esta Jefatura le solicitará a la Corte Constitucional que declare la exequibilidad del artículo 9° de la Ley 1695 de 2013 por el cargo analizado con anterioridad.

5. Conclusión

En razón de lo anterior, el Jefe del Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional:

(1) Declarar la EXEQUIBILIDAD de los artículos 2° (parágrafo), 9° (inc. 3°), 11 (inc. 3°) y 12 (inc. 2°) de la Ley 1695 de 2013, por el cargo referido al presunto desconocimiento de la reserva de Ley estatutaria.

(2) Declarar la EXEQUIBILIDAD de los artículos 1° (inc. 1°), 2° (inc. 1°), 3° (inc. 1°), 4° (num. 3°), 5° (inc. 1°), 6° (num. 3°), 9° (inc. 3°) y 11 (inc. 1°) de la Ley 1695 de 2013, por la acusación relativa a una posible infracción del artículo 334 constitucional.

(3) Declarar la EXEQUIBILIDAD de la expresión “*tendrán en cuenta*”, contenida en el artículo 14 de la Ley 1695 de 2013, bajo el entendido que el plan presentado por el Gobierno Nacional no es de obligatorio cumplimiento o acatamiento por parte de las Altas Cortes al momento de tomar la decisión que ponga fin al incidente de impacto fiscal. Adicionalmente, INHIBIRSE de emitir un pronunciamiento de fondo por el cargo dirigido contra la frase “*buscando con ello garantizar la primacía de los derechos fundamentales y la autonomía y la independencia judicial*”, contenida en esa misma disposición.

(4) Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 6° de la Ley 1695 de 2013, por el reproche referido a una posible transgresión del principio de primacía de los derechos fundamentales.

(5) INHIBIRSE de proferir un pronunciamiento de fondo respecto del artículo 8° de la Ley 1695 de 2013. De manera subsidiaria, en caso de que la Corte

Concepto 5794

Constitucional decida adelantar un análisis de fondo, le solicita a esa Corporación declarar la EXEQUIBILIDAD de dicho artículo por el cargo referido a la presunta violación del principio de igualdad de armas.

(6) Declarar la EXEQUIBILIDAD de los numerales 1° a 4° del artículo 9° de la Ley 1695 de 2013 de la Ley 1695 de 2013, por supuestamente desconocer el principio de igualdad de armas.

(7) Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 13 de la Ley 1695 de 2013 bajo el entendido que el recurso de insistencia también puede ser presentado por quienes fueron parte en el proceso original, en cuyo caso se suspenden los efectos del fallo que haya decidido el incidente de impacto fiscal, hasta que se resuelva el recurso de insistencia.

(8) Declarar la EXEQUIBILIDAD del artículo 9° (inc. 1°) de la Ley 1695 de 2013, por el cargo referido al presunto desconocimiento del principio de igualdad de armas.

De los Señores Magistrados,

ALEJANDRO ORDÓÑEZ MALDONADO
Procurador General de la Nación

ABG/VBR