

¿El Guardián Ciego de la Constitución? El Tribunal Constitucional Colombiano frente a las Políticas Distributivas. Un Problema de Teoría Constitucional, Democrática y de Interpretación Constitucional Democrática*

The Blind Guardian of the Constitution? The Colombian Constitutional Court Facing Distributive Policies. A Problem of Constitutional, Democratic Theory and of Democratic Constitutional Interpretation

Luis Alfredo Rodríguez Valero**

Eric Leiva Ramírez***

Miguel Ángel Córdova Álvarez****

Cómo citar este artículo: Rodríguez, L. A., Leiva, E. & Córdova, M. A. (2022). ¿El Guardián Ciego de la Constitución? El Tribunal Constitucional Colombiano frente a las Políticas Distributivas. Un Problema de Teoría Constitucional, Democrática y de Interpretación Constitucional Democrática. *Verba Iuris*, 18(48), 13-29. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.48.9931>

Fecha de Recepción: 19 de agosto de 2021 • Fecha de Aprobación: 20 de noviembre de 2021

Reception Date: August 19 of 2021 • Approval Date: November 20 of 2021

- * Proyecto: *¿Autoridades o peones municipales? Transferencias discrecionales, relaciones intergubernamentales y la eficacia de las normas de gasto público (2001 a 2020). Efectos sobre la descentralización municipal*. Proyecto de Tesis Doctoral en derecho, Grupo de investigación: Política, Derecho y Territorio – PODET Universidad Nacional Abierta a Distancia UNAD.
- ** Abogado y Politólogo, Magister en Ciencia Política, Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Libre. Docente e Investigador Universidad Nacional Abierta a Distancia. Correo electrónico: lrodriguezvalero@gmail.com - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4198-0941> - CvLAC: <https://acortar.link/4AoAaR> - Google Scholar: <https://acortar.link/g7738k>
- *** Abogado, Magister en Derecho, Magister en Derecho Administrativo, Doctor en Derecho. Docente e Investigador Universidad Libre de Colombia. Correo electrónico: ericleiva3@gmail.com - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3577-6936> - CvLAC: <https://acortar.link/0nehsJ> - Google Scholar: <https://acortar.link/pBj5JR>
- **** Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Maestro en Derecho Constitucional y Amparo, con distinción *magna cum laude*, por la Universidad Cristóbal Colón. Director de Asuntos Jurídicos de la Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Veracruz. CvLAC: <https://acortar.link/ucQl5F> - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2767-688X>
- * Project: *Authorities or municipal pawns? Discretionary transfers, intergovernmental relations and the effectiveness of the rules of public spending (2001 to 2020). Effects on municipal decentralization*. Doctoral Thesis Project in Law, Research Group: Politics, Law and Territory – PODET National Open Distance University UNAD.
- ** Lawyer and Political Scientist, Magister in Political Science, PhD student in Law at the Free University. Teacher and Researcher National Open Distance University. E-mail: lrodriguezvalero@gmail.com - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4198-0941> - CvLAC: <https://acortar.link/4AoAaR> - Google Scholar: <https://acortar.link/g7738k>
- *** Lawyer, Master of Laws, Master of Administrative Law, Doctor of Law. University Professor and Researcher Colombian free. E-mail: ericleiva3@gmail.com - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3577-6936> - CvLAC: <https://acortar.link/0nehsJ> - Google Scholar: <https://acortar.link/pBj5JR>
- **** Graduated in Law from the Faculty of Law of the Universidad Veracruzana. Master in Constitutional Law and Amparo, with *magna cum laude* distinction from the Cristóbal Colón University. Director of Legal Affairs of the State Commission of Rights Humans of the State of Veracruz. CvLAC: <https://acortar.link/ucQl5F> - ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2767-688X>

Resumen

Las normas que disciplinan al Estado, sobre la conformación de sus órganos y poderes son consideradas normas fundamentales y, por tanto, para algunos teóricos del derecho, merecen una interpretación constitucional especial realizada a través de un control de constitucionalidad democrático. Este control de constitucionalidad especial, debe diferenciarse del tradicional que aplica los métodos clásicos de interpretación. Por lo anterior, el presente texto, a través del estudio de caso del control de constitucionalidad sobre las normas que dieron origen al Presupuesto de Inversión Social Regional en Colombia, reflexionará en torno al control de constitucionalidad democrático de una sociedad pluralista y de intérpretes múltiples. Criticará los principales elementos del fallo y explicará los requisitos que debería tener una verdadera interpretación constitucional democrática más allá de lo señalado por los magistrados que salvaron el voto.

Palabras Clave: Control de constitucionalidad democrática, presupuesto público, gasto público, mermelada.

Abstract

The norms that discipline the State, regarding the conformation of its organs and powers, are considered fundamental norms and, therefore, for some legal theorists, they deserve a special constitutional interpretation carried out through the democratic judicial review. This special judicial review must be differentiated from the traditional one made by the classic methods of interpretation. Therefore, this text, through the case study of the judicial review of the norms that gave rise to the Regional Social Investment Budget in Colombia, will reflect on the democratic judicial review of a pluralist society and multiple interpreters. It will criticize the main elements of the ruling and explain the requirements that a truly democratic constitutional interpretation should have beyond that indicated by the magistrates who saved the vote.

Keywords: Democratic Judicial Review, public budget, public spending, pork barrel politics.

*“En ella el supremo guardián
de la Constitución cierra la vista
frente a las numerosas disposiciones
de la Carta en las cuales
el Constituyente de 1991
estableció los mecanismos
orientados a evitar los auxilios”
(Sentencia C 1168 de 2001, Magistrados
Beltrán Sierra, Escobar Gil y Vargas Hernández)*

Introducción

La historia del fin del absolutismo y de los regímenes autoritarios o híbridos¹ (en el caso de América Latina), independiente que sea como consecuencia de revoluciones constitucionalistas y de democracia representativa (liberales) o revoluciones democráticas con participación activa del pueblo como poder constituyente y poder constituido, han tenido como elemento catalizador la exigencia de cambios en la hacienda pública². En un primer término con un énfasis

¹ Para revisar más sobre este concepto se invita a revisar Diamond (2004).

² Un buen texto comparado que permite observar este común denominador es Brinton (1985).

principal en el tema de los ingresos de la hacienda pública, reclamando la representación política a cambio de impuestos³.

Actualmente podría afirmarse que parte de las revoluciones o “refoluciones”⁴, armadas o pacíficas, no sólo se limitan a exigir esta demanda clásica de pago de impuestos a cambio de representación, propia de revoluciones liberales burguesas, sino también del gasto público, como forma de hacer efectivo un mínimo de igualdad material que soporte una democracia, también material, y un proceso constituyente permanente y necesario en sociedades complejas como las actuales.

Por lo anterior, resulta interesante y pertinente realizar un análisis, desde las Teorías del Constitucionalismo, del control constitucional y de la interpretación constitucional, a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana relacionada con la principal y mayor fuente de gasto público de la nación, y de todos de los niveles de gobierno en Colombia, es decir, del denominado Presupuesto de Inversión Social Regional PISR⁵. Siendo esto un tema de interés transversal para diversos campos del saber, pero en especial para la eficacia simbólica del derecho y la teoría política, esperando ser un aporte para el diálogo necesario entre estas disciplinas.

Así entonces, el presente artículo comenzará por describir el objeto de estudio, es decir, el Presupuesto de Inversión Social Regional, posteriormente las características del Control Constitucional en Colombia y la interpretación de la sentencia de constitucionalidad principal sobre este tema, es decir, la Sentencia C 1168 de 2001.

Finalmente, el centro y problema de investigación del presente texto, se critica y reflexiona en torno a cómo la actividad del Tribunal Constitucional colombiano no respondió, al menos en este tema específico, a las necesidades de un control de constitucionalidad propio de una sociedad democrática, pluralista y de intérpretes múltiples (Häberle 2010) y por tanto antes se podría estar en presencia de una interpretación legalista que, encubre un sistema político corporativismo o muy cercano a un régimen híbrido tecnocrático-tradicional, sin alcanzar por tanto el mínimo de legitimidad democrática propio de una interpretación constitucional verdadera (Habermas 2005).

Este punto permitirá identificar una serie de falencias en el fallo de la Corte Constitucional Colombiana para ejercer un verdadero control de constitucionalidad democrático, y recomendar algunos posibles ajustes al mismo. Y es que, a pesar que en principio la literatura sobre la materia y las recomendaciones para su mejora parece circunscribirse al campo de los derechos fundamentales subjetivos individuales, lo cierto es que el fenómeno de gasto público, es de igual o mayor transcendencia, toda vez que permite ir más allá de reclamaciones individuales, propias de sociedades liberales burguesas, para pasar a abordar el bien común, el interés común o el buen vivir, una idea propia del republicanismo o de la cosmovisión de las comunidades indígenas Latinoamérica (Attard 2019) y cada vez más olvidado en medio de cierta obsesión con los derechos fundamentales subjetivos e individuales.

³ La famosa expresión “no tax without representation” se repite, con posibles variantes, en diversas revoluciones de independencia y movimientos preindependentistas. Por ejemplo, en el caso Colombiano se puede señalar los acontecimientos históricos del siglo XVIII de la Revuelta de los Comuneros, o en el siglo XIX el documento de Camilo Torres *El memorial de agravios*, dirigido a las autoridades de la metrópoli española reclamando mayor representación antes del proceso independentista.

⁴ Se toma el término del inglés “Refolution”, que hace mención a procesos de cambio que combinan la reforma y la revolución. Para más detalle ver (Herspring 2007).

⁵ Por ejemplo, para el año 2015 los montos del Sistema General de Participaciones fueron de 30,8 billones, del Sistema General de Regalías fueron de 17,5 billones y del Presupuesto de Inversión Social Regional fueron de 46,7 billones (Consulta Anticorrupción 2017).

También permitirá dar luces sobre las sociedades actuales complejas en las que no está claro, compartiendo con Schmitt, si estamos en un Estado de la jurisdicción, en un Estado del legislativo o en un Estado del Ejecutivo (<biblio>) o en una zona gris entre todas las anteriores.

En este mismo marco, el presente texto decide tomar una postura ecléctica entre los extremos en tensión que señala Pisarello (2000), es decir, aquellos que 1) sostienen la primacía de la política sobre el derecho, o lo que es lo mismo la democracia (derecho legislado) sobre los derechos constitucionales; o 2) los que postulan la primacía del derecho sobre la política, y por tanto la necesidad de la subordinación de las mayorías legislativas a los derechos jurisdiccionalmente protegidos.

Se asume esta postura ecléctica toda vez que ambas parten de información incorrecta, como señala Pisarello (2000), la primera postura infravalorando la influencia de las decisiones jurisdiccionales en la transformación del ordenamiento constitucional, mientras que la segunda supone que el ordenamiento constitucional se reduce a decisiones de la jurisdicción, ocultando de hecho el funcionamiento real de un tribunal constitucional en una imagen idealizada. Y es que se comparte con Pisarello (2000) que asumir alguna de los dos extremos sólo reduce el campo de análisis y conduce al fracaso en la interpretación global del fenómeno constitucional y democrático.

En cuanto a la metodología del presente artículo, será de tipo crítica y de estudio de caso. Utilizará literatura especializada que no se circunscriba sólo a la dimensión normativa, sino también a la dimensión fáctica del derecho, la cual es fundamental para una verdadera argumentación e interpretación constitucional democrática (MacCormick 2011). Analizará a profundidad y reflexionará en torno a la interpretación de la sentencia C 1168 de 2001 y el alejamiento de las recomendaciones de la teoría moderna del constitucionalismo democrático.

La Política Distributiva del Presupuesto de Inversión Social Regional (PISR)

Cuando se habla de política distributiva se hace mención a las transferencias que se realizan desde el máximo nivel de gobierno, es decir el central, nacional o federal, a las entidades de gobierno local, en el caso colombiano los departamentos y los municipios principalmente (otras entidades territoriales como los resguardos indígenas o afros también reciben los recursos), bien sea por motivos técnico-rationales o político-electoral.

Estas transferencias pueden configurarse bajo diversos principios o motivaciones que constituirán modelos diferentes. La tipología más utilizada es hablar de transferencias no discrecionales y transferencias discrecionales. En el primer tipo, el nivel de gobierno central o la nación, con base en fórmulas objetivas y criterios técnicos transfiere de manera obligatoria, sin discrecionalidad, ni exigencias particulares a los proyectos de inversión, el total los recursos que correspondan a la entidad territorial. El nivel local de gobierno, tiene unas obligaciones para atender ciertos servicios públicos con esos recursos, y otra parte de los recursos puede usarlos en proyectos de libre destinación, con autonomía, según como sea decidido por las autoridades y la población local.

Por su parte, en la tipología de transferencias discrecionales, el nivel central o nacional puede establecer una serie de requisitos adicionales, y se reserva la decisión, de realizar la transferencia de recursos a las entidades de gobierno subnacional para proyectos específicos.

En el caso colombiano, las transferencias no discrecionales tienen rango constitucional y se denomina Sistema General de Participaciones SGP⁶ (anteriormente Situado Fiscal).

⁶ Para mayor detalle del SGP y el SGR puede consultar Bonet y Galvis (2016).

Por su parte, las transferencias discrecionales están establecidas en el Presupuesto de Inversión Social Regional. Y finalmente, se cuenta con el Sistema General de Regalías SGR, que es un modelo más cercano a la tipología de las no discrecionales, toda vez que, si bien exige el cumplimiento de unos requisitos para la presentación y aprobación de proyectos de inversión por parte del nivel local de gobierno, son recursos de uso exclusivo de este último nivel. Es decir, en caso que las entidades locales no logren la aprobación de sus proyectos, los recursos no son de libre disposición por parte del nivel central o nacional de gobierno.

Aclarado este punto, y recordando el objetivo de la presente investigación, brevemente se señalará el origen del Presupuesto de Inversión Social Regional actual y se identificarán sus principales características principales y diferencias con modelos de políticas distributivas previas.

Breve Reseña Histórica y Características Principales del Presupuesto de Inversión Regional

El PISR fue introducido en el año 2001, en la ley anual de Presupuesto. Reemplazó dos sistemas de políticas distributivas anteriores, los Auxilios Parlamentarios AP y el Sistema Nacional de Cofinanciación SNC.

Sobre los AP, fueron una figura jurídica contemplada en la Constitución Política de 1886. En ella se otorgaba parte de los recursos del Presupuesto de la Nación a los legisladores para transferir dichos recursos a personas jurídicas públicas y privadas para “fomentar empresas útiles y benéficas dignas de estímulo económico” (art. 78 numeral 20). Adicional a esta figura, los legisladores mantenían las competencias plenas frente al gasto público, pudiendo aumentar o reducir las partidas e incluyendo proyectos específicos en los presupuestos nacionales.

No obstante, desde los años 40', la introducción, de elementos tecnocráticos⁷, en un régimen y sistema político que se mueve entre lo tradicional y lo moderno, condujo a reformas constitucionales que limitaron la capacidad plena del legislador sobre el gasto público (sólo permitiéndole proponer reducción y prohibiendo el aumento de gasto salvo contar con aval del Ministerio de Hacienda). A cambio de aceptar esa cesión de competencias, el ejecutivo negoció mantener la figura de los AP para los legisladores.

Para algunos autores, a partir de estos cambios las AP dejaron de ser destinadas por los legisladores a personas jurídicas públicas, concentrándose en personas jurídicas privadas y bajo la sospecha del uso de los recursos en provechos de particulares y de los propios legisladores (Aponte Olivella 1983).

Frente a ese contexto⁸, en el debate constituyente de 1991 se propuso la prohibición explícita de los AP. Según las actas de la constituyente⁹, la exposición de motivos señaló que “no requiere de mayores explicaciones”, obviando así lo que debería haber sido un debate mucho más plural y democrático. La propuesta fue aprobada y el artículo de prohibición de los AP quedó positivizado en la Constitución Política de 1991 en el artículo 355. Esto se sumaba a toda otra serie

⁷ Para entender más el término tecnocrático se puede consultar Ramos Jiménez (2008).

⁸ La desconfianza del ejecutivo nacional hacia los niveles inferiores de gobierno y otros poderes ha sido común en Colombia. De hecho, esa desconfianza parece haber sido el fundamento de la forma de Estado descentralizado adoptado en Colombia, como lo describe Leiva Ramírez (2015).

⁹ Los promotores fueron los constituyentes Serpa (político tradicional en el nivel nacional), Perry (tecnócrata socialdemócrata) y Verano De la Rosa (político tradicional del nivel local que ha promovido, sin éxito, en toda su trayectoria política un mayor porcentaje de recursos públicos en el SGP). Actas de la constituyente se comparten en anexo por relevancia histórica (Ver Figura 1).

de medidas históricas previas que perseguían el ideal de un uso racional, legal y planeado del gasto público en el país.

Pasando ahora al SNC, este no tuvo rango constitucional como el sistema de política distributiva previo. Fue introducido mediante decretos, en especial el 2132 del año 1992. El sistema consistió en varios fondos de financiación del nivel nacional, relativamente autónomos, para la cofinanciación de proyectos de inversión de los niveles locales de gobierno. En principio, para acceder a los recursos el nivel local de gobierno debía participar y competir cumpliendo unos requisitos objetivos y de una manera más o menos transparente. A esto se denominó Partidas Globales en el Presupuesto. Para hacer esto de una forma técnica y transparente se diseñó toda una institucionalidad que brindara apoyo y soportes a las entidades locales en la presentación y la participación comunitaria democrática en el diseño de los proyectos de inversión (ver más detalles en Rodríguez Valero y Maldonado Gómez 2020).

A pesar de lo anterior, los problemas judiciales del presidente Ernesto Samper (1994-1998) hicieron que, al parecer, el ejecutivo acudiera a la compra de apoyos de legisladores a través de los recursos del SNC, saltándose los procedimientos descritos anteriormente y diseñando una segunda forma de asignación de los recursos (Leguizamo 1997; Corzo Virviescas 1997). Ésta consistió en *Partidas de Asignación específica*, en la que ciertos proyectos de inversión negociados con los legisladores eran incluidos en el Decreto de Liquidación del Presupuesto por el ejecutivo, garantizando así el uso de los recursos sin que se cumpliera el proceso el proceso de planeación y competencia técnica, ni tampoco la deliberación democrática en el Congreso de la Ley anual de Presupuesto.

Esta situación desprestigió el sistema y junto a otros problemas financieros dieron fin al SNC en el año 1998. Desde entonces, el nuevo gobierno del presidente Pastrana (1998-2002), para sus primeros años de gobierno, confiado en

su popularidad trató de gobernar sin acudir al régimen y sistema político tradicional clientelar de comprar la voluntad de los legisladores. De esa forma, aunque logró la aprobación de la Ley del Plan de desarrollo y expidió el Decreto del Plan de Inversiones, detallados con la información específica de las obras en las cuáles se invertirían los recursos públicos (garantizando con ello obligación de ejecución), ambos instrumentos fueron declarados inexecutable por vicios de forma en el procedimiento de aprobación por parte la Corte Constitucional¹⁰.

Así, para el año 2000, luego de cambios en el gabinete de ministros, el nuevo ministro de Hacienda, Juan Manuel Santos¹¹, lograron la aprobación, sin dificultades en el Congreso, de la una reforma tributaria que aumentaba los impuestos y de la Ley anual de presupuesto 628 de 2000.

En el debate del legislativo el ministro Santos prometió la inclusión de partidas de inversión para la gestión de proyectos de inversión por parte de los legisladores y la comunidad por un monto de 300 mil millones de pesos. La particularidad de esta propuesta, es que dichas partidas no señalarían de forma detallada y específica los proyectos en los que se invertirían dichos recursos, sólo agrupándolo en partidas globales genéricas que harían parte de lo que hoy día se conoce como Presupuesto de Inversión Social Regionalizado, también conocido como “mermelada”.

El Control de Constitucionalidad en Colombia y la Interpretación de la Sentencia C 1168 de 2001

En el caso Colombiano estamos en presencia de un control de constitucional concentrado, toda vez que la constitución de 1991, producto

¹⁰ Sentencias C 557 del 2000 y C 1403 del 2000.

¹¹ Presidente de la República de Colombia entre los años 2010-2018.

de una constituyente democrática, reservó esta actividad en la Corte Constitucional, como un órgano jurisdiccional con origen político, separado de la jurisdicción ordinaria, y con un listado amplio de funciones (art. 241), entre las que se podrían destacar: revisar la constitucionalidad de las leyes y las normas, y ser intérprete final de la constitución conociendo acciones de constitucionalidad. Además de la revisión de todas las decisiones de acciones de tutelas falladas por los jueces ordinarios, que cuentan con funciones como jurisdicción constitucional.

El carácter político y ad hoc de la Corte Constitucional de Colombia se observa desde la forma diferente de selección de sus magistrados. Siendo estos elegidos por el Senado de la República (art. 239), mientras que los magistrados de las jurisdicción ordinaria o contenciosa administrativa son elegidos por cooptación de un listado de elegibles luego de una convocatoria de méritos (art. 231).

La Sentencia C 1168 de 2001

Aprobada la ley 628 de 2000 Presupuesto Anual de Rentas con las características destacadas en el apartado 1.1 del presente texto, el ciudadano Álvaro Uribe Vélez¹² presentó la acción pública de constitucionalidad sobre los artículos 2 y 3, aquellos relacionados con el gasto público, solicitando que fuesen declarados inexequibles por violar un listado de principios constitucionales contemplados en un listado amplio de artículos constitucionales y tratados internacionales integrados al bloque de constitucionalidad¹³.

Dicho listado abarca normas constitucionales tipo principios como los derechos al control

ciudadano a las acciones de gobierno, la promoción a la igualdad entre legisladores, la función pública, el debido proceso o la independencia de poderes. Otro listado son normas más cercanas a las de tipo regla como la obligación, contenidos y procedimientos de los instrumentos de gasto público como el Plan Nacional de Desarrollo y la ley anual de presupuesto, o el citado anteriormente artículo 355 que prohibió de manera expresa los auxilios parlamentarios.

El demandante se apoyó principalmente en afirmaciones públicas del ex Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978), del ex ministro de Hacienda Rudolf Hommes (1990-1994) y legisladores en ejercicio, quienes explicaron como el sistema de política distributivas que estaba introduciendo la ley de presupuesto demandada era poco transparente y generaba relaciones de captura del legislativo por parte del ejecutivo, siendo una nueva versión de los AP prohibidos por la constitución.

Las afirmaciones anteriores no eran nuevas, y, de hecho, investigaciones desde el análisis económico del derecho como la de Vargas (1999) ya había predicho que la eliminación formal de los AP, y la evidencia del funcionamiento del SNC, estaban mostrando que los costos de intercambio entre ejecutivo y legislativo estaban aumentando por la falta de transparencia en los derechos de las partes y los contratos informales suscritos entre los mismos.

Como se puede observar, constituyó una demanda que podría abarcar varias de las dimensiones que comprenden el concepto de constitución descritas por Guastini, es decir, normas que disciplinan al Estado; las relaciones entre Estado y ciudadanos; disciplinan la legislación o el conferir poderes o que informan de valores y principios (1999, p. 164). De hecho, al parecer esa característica de la demanda fue la que hizo el Magistrado Ponente, Eduardo Montealegre, la declarara apta para conocimiento de la Corte, a pesar que fallos anteriores hubiesen exigido una serie de requisitos propios de una interpretación legalista en lugar

¹² Presidente de la República de Colombia (2002-2010)

¹³ Los artículos fueron: 1, 2, 6, 13, 29, 40, 112, 113, 114, 339, 340, 341, 346 y 355 de la Carta Política, así como de los artículos 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

de una interpretación constitucional, como por ejemplo: que el demandante indicara las partidas de gasto específico en el presupuesto que estarían incursas en inconstitucionalidad (Sentencia C 1168 2001, 4), una labor imposible de hacer desde la dimensión fáctica marcada por la poca transparencia, transacciones informales y tratarse de dos momentos diferentes, uno la aprobación del proyecto de ley de presupuesto, otro el momento de la apropiación, y otro final, el momento de la ejecución de proyectos de inversión amparados en las partidas genéricas e imprecisas aprobadas en la ley de presupuesto.

No obstante, a pesar de ese primer avance significativo, posteriormente el magistrado vuelve a entender el control de constitucionalidad como una mera interpretación legal en la que hay que realizar la subsunción de unas supuestos de hechos probados en una norma constitucional y limitarse a utilizar los métodos clásicos de interpretación, en especial los métodos históricos, el del sentido de las normas y sistemático descritos por Savigny (Häberle 2010, p. 385).

Así, luego de aplicar un método de interpretación gramatical y concluir que los artículos de la Ley 628 de 2000 no se trataban de auxilios parlamentarios pues:

Ahora bien, las partidas cuestionadas no establecen cesiones gratuitas sino que apropián dineros para inversiones públicas, como la construcción, mejoramiento y mantenimiento de infraestructura para el desarrollo regional (Sección 1301, cuenta 111 y 113) o el mejoramiento y/o reposición de la infraestructura vial existente (Sección 2205, cuenta 113) (Sentencia C 1168 de 2001, 8).

Renglón seguido, y para abrir la puerta a los otros métodos clásicos de interpretación señala:

9- Habría entonces que concluir que el cargo del demandante carece de todo sustento, ya que dichas partidas no implican cesiones gratuitas de recursos públicos. Sin embargo,

una interpretación sistemática del alcance de la prohibición de los auxilios y donaciones (CP art. 355), así como del alcance de los principios de legalidad y planeación del gasto, muestran que la situación es más compleja (Sentencia C 1168 de 2001, 9).

De hecho, esta interpretación que él considera sistemática, en realidad incluyó también el método histórico y el del sentido de las normas. Desde esta metodología destaca las razones para la prohibición de los AP por parte de la asamblea constituyente, afirmando que habían tenido como consecuencia material “un despilfarro de recursos y haber erosionado la independencia del Congreso”. La segunda parte de la aseveración es discutible, toda vez que, los AP contemplados en la Constitución de 1886 eran, por el mismo monto de recursos para todos los legisladores y eran transparentes, pues en la ley de Presupuesto se incluía el nombre de la persona jurídica receptora de los recursos junto a los montos otorgados por cada uno de los legisladores¹⁴. Con estas características, es difícil creer que el legislativo no fuera independiente, antes, como señala Vargas (1999) los derechos de los actores estaban claros y la transacción era transparente, por lo cual los costos entre los mismos no se elevarían ni conducirían a una situación de subordinación de un poder sobre otro.

Sin salirse de una interpretación legalista, señala que para determinar si están ante normas (y partidas de gasto presupuestales) inconstitucionales es necesario revisar la configuración fáctica o material de la figura de la *desviación de poder* por parte de los legisladores. Aprovecha para responder a los argumentos del ex Presidente López Michelsen y el Ex Ministro Hommes,

¹⁴ En figura 2 de los Anexos se comparte, por interés histórico, un acta de la forma en la que se presentaban los auxilios de los miembros de órganos colegiados en los acuerdos de Presupuesto. En este caso se trata de Auxilios de los Concejales de Bogotá, los cuales tenían reglamentado su funcionamiento de la misma forma que los Auxilios Parlamentarios.

paradójicamente, abandonando con la respuesta la dimensión fáctica o material:

Por tal motivo, la Corte considera que a pesar de que existen factores políticos que estimulan esas prácticas, ello no justifica que sean declaradas exequibles (los AP), sino que, por el contrario, esa situación fáctica exige esfuerzos consistentes por reformar la política colombiana y los sistemas de representación, a fin de evitar la perpetuación de formas de auxilios, bajo otros nombres pues, como se indicó anteriormente, fue voluntad explícita de la Asamblea Constituyente proscribir del sistema político los auxilios parlamentarios (Sentencia C 1168 de 2001, 13. Subrayado propio).

Continuando con la interpretación sistemática legalista, y no propia de una interpretación constitucional democrática, el magistrado aclara y revisa el cumplimiento de tres principios claves en temas de presupuesto y gasto público, éstos son: la planeación, la legalidad y la especialización. Además de soportar sus argumentos en leyes de rango inferior a la constitución, como por ejemplo el Estatuto del Congreso, para justificar las gestiones de los Congresistas para obtener recursos para las regiones de sus representados, sin detenerse en que en la dimensión fáctica no se hace de forma transparente y específica y concluye que *no encuentra inconstitucionalidad en las partidas*, toda vez que los proyectos de inversión que ejecutarán esas partidas globales y genéricas de recursos se encuentran en el Banco de Proyectos de Inversión (BPIN) del Departamento Nacional de Planeación y de las propias entidades financiadoras (Fondos de los Ministerios o Fondos especiales). Para el magistrado, el que los proyectos reposen en un Banco disperso, desagregado y sin acceso a la ciudadanía, permitiría cumplir con los principios de planeación, legalidad y especialización¹⁵.

¹⁵ Esto resulta un contrasentido desde cualquier punto de vista, toda vez que entre las pruebas solicitadas por la Corte estuvo la intervención al Director del

Acercándose al fin de las consideraciones, y como monumento a una interpretación legalista ordinaria por parte del magistrado, buscando la subsunción de posibles hechos en las normas sobre desviación de poder, carga al accionante con una responsabilidad probatoria que a la fecha no han podido cumplir ni los propios órganos de control del país¹⁶:

*Y, desde el punto de vista procesal y probatorio, la sentencia indicó que, a diferencia del derecho administrativo, esa figura (la **desviación de poder**¹⁷) no puede “invocarse en forma autónoma para pretender la declaración de inconstitucionalidad de una norma; se requiere, por consiguiente, que se alegue y se demuestre por el demandante, en cada caso, que la finalidad perseguida por el legislador es contraria a las normas que en concreto recogen los valores, los principios, los derechos, los deberes y los fines constitucionales” (Sentencia C 1168 de 2001, 27 subrayado propio).*

Para cumplir de oficio con la tarea probatoria, el magistrado contrastó las declaraciones de legisladores que afirman que sí había desvío de poder, toda vez que algunos de sus compañeros contarían con ventaja electoral al gestionar la ejecución

Departamento Nacional de Planeación para que presentara las fichas del BPIN, dando como respuesta que cada entidad responsable de los Fondos es la que se encarga del resguardo de la información (Sentencia C 1168 de 2001).

¹⁶ El sistema cuenta con una opacidad e informalidad que ha hecho imposible fallos condenatorios contra legisladores por desviación de poder sobre el gasto público, no obstante, una buena cantidad de legisladores expertos en la actividad de “gestión” en la ejecución de obras contempladas en las partidas genéricas del presupuesto han sido condenados con otros diversos tipos penales.

¹⁷ Es curioso que, bajo una interpretación legalista ordinaria, el magistrado pretenda que el accionante pruebe hechos de la figura de desviación de poder, a pesar que el mismo accionante no lo incluyó en sus pretensiones, pues en la misma el accionante sólo demanda un sistema que tiene la posibilidad de promover desigualdad, desviación del debido proceso, etc.

de las obras con los Ministerios y otros fondos, con los argumentos del ministro de Hacienda que niegan que los recursos en el presupuesto hayan sido aprobados por la desviación de poder. Paradójicamente en su defensa a la aprobación del proyecto, el ministro deja la puerta abierta para la existencia de la desviación de poder en el sistema con los siguientes términos:

Según su parecer, el problema deriva de una indebida comprensión de la función de los congresistas, como representantes políticos, que ha llevado a estigmatizar “que un representante legítimo elegido por el pueblo sugiera o gestione alguna inversión para sus propias regiones” y por ello, lo que ha pasado es que “acuden por debajo de la mesa a las negociaciones clandestinas, a hacer arreglos aquí allí y qué ha sucedido, que el Ejecutivo se aprovecha de esa clandestinidad para comenzar a decir usted me ayuda y yo lo ayudo y ahí es donde se genera la corrupción”. Concluyó entonces el Ministro:

“Ahí es donde se genera el chantaje, por eso lo que yo estoy proponiendo simple y llanamente es que saquemos esa discusión de ese cajón clandestino y lo pongamos por encima de la mesa, para que se enfrente a todo el país todos los Congresistas como todos los ciudadanos, como los alcaldes, como los gobernadores, como las Juntas de Acción Comunal puedan decir miren yo quisiera que en mi región se pudieran financiar estos proyectos y el Gobierno dentro de unos criterios totalmente transparentes de equidad, de descentralización, aquí están inclusive los criterios que para los famosos Fondos de Cofinanciación, se habían señalado, interés local, concurrencia o complementariedad, universalidad, ejecución descentralizada, priorización de política, uniformidad de procedimientos que estén técnicamente sustentados, que formen parte de un plan de desarrollo, tengan participación comunitaria, que respeten la autonomía territorial, podríamos inclusive

añadirles criterios adicionales y el Gobierno teniendo en cuenta esos criterios puede tener en cuenta o no las sugerencias de los Congresistas o de las Juntas de Acción Comunal o de inclusive de los propios ciudadanos que también tienen derecho.

Quienes reconocen realmente las prioridades y las necesidades de sus comunidades son quienes están en permanente contacto con esas comunidades, que son los elegidos legalmente constitucionalmente para representar a esas comunidades aquí en el Congreso de la República. De manera que ese es el alcance vuelvo y repito nadie está proponiendo revivir los auxilios parlamentarios, nadie está proponiendo repartir partidas a los Congresistas, estamos proponiendo sacar una discusión que todos los aquí presentes saben perfectamente que se da, que se ha dado desde hace mucho tiempo y que ha dado lugar a mucha corrupción que se saque del cajón de la clandestinidad y de frente, de cara al país se discuta.

Nadie está proponiendo que los parlamentarios tengan algún tipo de injerencia en la contratación, todo lo contrario, lo que quisiéramos es que se estableciera una veeduría especial y todavía más severa, para que esos recursos efectivamente lleguen a donde están destinados, yo quería honorables Representantes señor Presidente hacer esta aclaración porque la verdad es que la forma como ha sido tergiversada este planteamiento, que lo único que buscaba francamente era erradicar un foco de corrupción ahora resulta pues que yo estoy proponiendo que se instaure nuevamente la corrupción en el país, eso no lo tolero, eso no lo acepto y por eso señor Presidente yo quería con su venia, hacer esta aclaración ante ustedes y ante el país, muchas gracias”. (Sentencia C 1168 de 2001, 29)

Como se puede apreciar, hay dos momentos diferentes, el de la aprobación de la ley de presupuesto y el de la ejecución de los recursos. Y el

que en la aprobación de la ley anual de presupuesto no haya existido desviación de poder no implica que la ejecución se facilite con el diseño del PISR. Esto fue identificado por la Corte quien, en el último punto de las consideraciones del fallo, el 32, señala que el control de ejecución del gasto debe hacerse:

... en virtud de los principios de moralidad, imparcialidad y publicidad de la actuación administrativa (CP art. 209), es deber de esas autoridades explicar, por medio de un acto administrativo motivado y sujeto a control ante la jurisdicción administrativa, por qué es escogido un determinado proyecto de inversión y no otro, a fin de que esas definiciones se realicen con criterios objetivos y sin ninguna forma de favoritismo político. Sobre la necesidad de motivar los actos administrativos, para asegurar un control judicial efectivo, ver, entre otras, las sentencias C-192 de 1997, SU-250 de 1998, C-734 de 2000 y C-442 de 2001. Y esa motivación supone que la autoridad encargada de aprobar un proyecto específico indique claramente, entre otras cosas, cuáles fueron las personas o entidades que solicitaron los dineros, cuáles fueron los criterios de distribución regional que fueron utilizados y cuáles fueron las razones objetivas que llevaron a preferir un determinado proyecto frente a otro. (Sentencia C 1168 de 2001, 32)

Con esta última motivación, para la cual no consultó a los administradores públicos, burócratas y funcionarios de carrera de las entidades sobre la viabilidad real de hacerse, la Corte concluye declarando exequible y ajustada a la constitución la normas demandadas, y por consecuencia también, el sistema del Presupuesto de Inversión Social Regional como transferencias discrecionales, a pesar de configurarse, hasta ese entonces (y también hoy día), como el sistema más obscuro y menos democrático de políticas distributivas que ha conocido el país (Rodríguez Valero y Maldonado Gómez, 2020).

El Llamado a una Verdadera Interpretación Constitucional Democrática

Como se pudo observar de la revisión del apartado número dos, la interpretación realizada por el magistrado ponente y no acogida por unanimidad por la Corte (seis magistrados votaron a favor mientras que tres salvaron el voto) no fue propia de una interpretación constitucional democrática como a la que se invita desde la teoría constitucional democrática moderna.

De hecho, algunos elementos de interpretación constitucional moderna se encuentran en el salvamento de voto de la misma sentencia. Por ejemplo, y en forma de resumen para no extenderse, se señala:

1. Reconocer que el estudio se debe concentrar en el diseño del sistema de gasto introducido por la ley. Desde una verdadera interpretación sistemática, normativa y fáctica o material.
2. Admitir que los requisitos que exige la Corte como control para “garantizar” la planeación, la legalidad y la especificidad en la etapa de ejecución (punto 32 de la Sentencia) son “imposibles en la práctica”. Algo que era obvio con un mínimo de conocimiento de hacienda pública, pero que, en caso de duda, se pudo haber consultado con los interesados (posteriormente señalaremos un listado detallado), entendiendo la verdadera interpretación constitucional desde la idea de Habermas según la cual **“quién vive la norma, colabora en su interpretación”** (Habermas citado en Häberle 2010, p. 402).
3. Separarse de la interpretación gramatical, según la cual, como los recursos de la ley demandada no van a personas jurídicas privadas no se configuran en auxilios parlamentarios.
4. No detenerse en una subsunción de la norma y materia probatoria. Lo señala con los siguientes términos en diversos apartados del salvamento del voto:

Así, en ocasiones, los auxilios conservan su destinación original en beneficio de las regiones y se ejecutan de manera eficiente y con pulcritud, lo cual, por otra parte, no les quita su dimensión negativa como factor de perturbación de la racionalidad del gasto y de las costumbres políticas, como pasará a establecerse ...

*en la consideración de que la Constitución proscribió los auxilios como modalidad de distribución del presupuesto, **independientemente de que se pueda establecer o no la efectiva presencia de elementos ilícitos**. Y en la de que, por virtud de esa prohibición, todo auxilio deviene en ilícito ...*

*Sea lo primero señalar que para establecer que se está ante la presencia de auxilios parlamentarios **no es necesario acreditar una desviación de poder en el proceso legislativo**, tal como, en nuestro concepto de manera errada, se hace en la Sentencia. Esa demostración sería, en la generalidad de los casos, poco menos que imposible, y, por lo demás, en la eventual desviación de poder en el momento de aprobar las partidas no se agotan los aspectos de los auxilios que han sido proscritos por la Constitución.*

Lo que debe determinarse es si las partidas pueden caracterizarse como auxilios y si en tal condición resultan contrarias a las disposiciones de la Carta que, en gran medida, fueron establecidas para prevenirlos ...

*No se afirma que ello necesariamente ocurra así o que haya ocurrido así (**el chantaje a los legisladores**). Pero lo que resulta indudable es que el sistema permite que ello sea así. Y un sistema que abra la puerta a esa posibilidad fue proscrito por la Constitución. (Sentencia C 1168 de 2001, subrayado propio)*

Continuando con algunos aspectos relevantes del salvamento de voto vale la pena señalar la voluntad de estos verdaderos guardianes de la constitución, en el cumplimiento de su triple función como tribunal constitucional en el sentido de Storini (2007, p. 177), es decir: 1. Función estrictamente jurisdiccional

de resolver conflictos entre la constitución y las leyes; 2. Función política de participar en la dirección política del Estado; 3. Función normativa de producción de la ley como del Derecho Constitucional (p. 177). Lo anterior, teniendo claro que, en el contexto actual de sociedades complejas y cambiantes, las constituciones estructuran relaciones sociales (Storini 2007, p. 182), y no son sólo una norma más que se ajusta a la reproducción de intereses particulares por fuera del control democrático. Por esta razón, en relación al artículo 355 de la constitución sobre la prohibición de los auxilios parlamentarios señala:

En su tenor literal el artículo 355 se mostró insuficiente frente a nuevas modalidades de distribución del gasto público que, aunque en principio no resultan contrarias al texto de la norma, si contradicen su espíritu, en la medida en que, en realidad, no son cosa distinta que reedición de la práctica de los auxilios. (Sentencia C 1168 de 2001)

A pesar de lo valioso del salvamento de voto, se puede destacar otras reflexiones y recomendaciones que habrían hecho de esta sentencia del tribunal constitucional colombiano un producto de una verdadera interpretación constitucional democrática. Y es que se comparte con Martínez Dalmaud (2012; 2013) que aquella implica: 1. La manera en la que se alcanzarán las decisiones; 2. La manera en que se fundamentan sus decisiones (Martínez Dalmaud 2013, p. 448).

Esta misma línea es compartida por Häberle (2010), para quien, además de proponer un quinto método de interpretación, como es la interpretación comparada¹⁸ (p. 389), incluye tener en cuenta: la justicia social; el bien común y la teoría de los fines estatales.

¹⁸ Esta propuesta es más que interesante, toda vez que los sistemas de políticas distributivas varían en las constituciones y legislaciones de diversos países, muchos de ellos enfrentando contextos, regímenes y sistemas políticos semejantes al colombiano y encontrando soluciones más materiales, reales y democráticas. Para un ejemplo de la diversidad de sistemas de políticas distributivas de gasto público se puede consultar Baskin y Mezey (2014).

Añadido de lo anterior, recuerda que buena parte de la legitimidad del control de constitucional concentrado, ejercido por un tribunal constitucional, es contar con acciones para aumentar la participación pública y capturar el carácter público.

Entre las medidas para alcanzar la participación pública y capturar el carácter público, se señala las audiencias públicas. En el caso de la sentencia C 1168 de 2001 las audiencias públicas contaron con una participación bastante limitada. La sentencia refleja las intervenciones exclusivas de actores *clásicos y hegemónicos* que no representan una sociedad compleja, plural y democrática como son:

1. *El Procurador de la República*. La constitución tiene establecido esta entidad como un órgano autónomo e independiente dentro de la estructura del Estado colombiano. Entre sus funciones está rendir concepto obligatorio en todas las acciones de constitucionalidad. Siguiendo la tradición de los Procuradores, de ceñirse de forma lefebristas a la interpretación legalista, señaló que “el cargo de la demanda no está llamado a prosperar” pues el demandante no identificó los rubros en dónde se encuentran contenidos los posibles auxilios parlamentarios proscritos.
2. *Ministro del Interior, Ministro de Hacienda y Director del Departamento Nacional de Planeación*¹⁹. Tuvieron una postura contraria a la demanda, pidiendo que fuese declarada inepta y por tanto no fuera conocimiento de la Corte Constitucional.
3. *Contralor de la República*. Otro órgano autónomo e independiente de rango constitucional, encargado del control fiscal. El

¹⁹ En el caso colombiano los Directores de Departamentos Administrativos hacen parte del gobierno por prescripción constitucional (artículo 115) Cuentas casi con las mismas funciones de los Ministros salvo la de iniciativa legislativa.

representante de esta organización respaldó la demanda aduciendo que las partidas de la ley 628 de 2000 eran, en efecto, auxilios parlamentarios.

4. *Intervención del representante de la Federación Colombiana de Municipios*. Esta organización es una persona jurídica sin ánimo de lucro, de naturaleza asociativa y gremial que se rige por el derecho privado. Fue creada por la asociación de los alcaldes de diversos municipios. Su intervención en la demanda resulta paradójica, por un lado, solicita declarar la demanda inepta por no cumplir con los requisitos formales de una demanda, pero al mismo tiempo reconoce que el problema no es en la ley de presupuesto, sino en su ejecución, lo que lo “convierte en un problema para el seguimiento y no de confrontación jurídica”.
5. *Intervención ciudadana*. Sólo se presentó Juan Pablo Cardona González apoyando la demanda. La sentencia no detalla a profundidad los argumentos.

A este reducido número de intervinientes se circunscribió las audiencias públicas²⁰, dejando así por fuera a un listado de actores que pudieron, desde la idea de intérprete múltiple de la constitución en una sociedad pluralista (Häberle 2010, p. 403) haber brindado luces sobre la posible inconstitucionalidad de los artículos y la ley demandada. Entre los actores que debieron tener participación se puede señalar:

1. *Veedores o representantes organizaciones de veedores*. Estas organizaciones están protegidas por la ley estatutaria²¹ 134 de 1994,

²⁰ Como se señaló en la descripción de la sentencia, el magistrado ponente también recogió como pruebas testimonios de algunos Congresistas, el ex Presidente Alfonso López Michelsen y el ex Ministro Hommes, todos apoyando la demanda.

²¹ En Colombia las leyes estatutarias desarrollan derechos fundamentales establecidos por la Constitución, por lo cual cuentan con trámites especiales y el control automático de constitucional por parte del Tribunal Constitucional.

artículo 100. En ella se señala que tienen como fin la vigilancia de la gestión pública.

2. *Funcionarios de carrera de la administración pública.* Toda vez que éstos representan el tipo o modelo de burocracia moderna racional y pura (Weber 2014; Peters 1999). Este era un actor clave para que rindiera un concepto sobre el funcionamiento fáctico o material del sistema de gasto, las relaciones con los Ministros y Vice Ministros o Directores de Departamentos Administrativos y otros funcionarios de nombramiento por criterios político electorales²², o sobre las condiciones reales para que actores como autoridades de municipios con baja capacidad institucional o la comunidad presentantes proyectos de inversión con posibilidad de éxito sin contar con las gestiones o intermediación de los Congresistas ante los Ministros o Directores de Departamentos Administrativos.

Este es un punto que merece especial atención, pues, como señala Pizzoruso (2006), la administración pública debería estar legitimada para demandar el control de constitucionalidad (p. 259), hasta ahora negada en algunas constituciones por suponer que la administración pública estuvo involucrada en la iniciativa o aprobación de los proyectos de ley. Se comparte con Pizzoruso (2006) dicha afirmación, que tiene mucha más vigencia en un caso como Colombia, en el que la carrera administrativa abarca un pequeño porcentaje del total de funcionarios públicos y se

²² La historia de los Departamentos Administrativos en Colombia había estado acompañada por la designación de funcionarios técnicos más que políticos. No obstante, esta tradición parece haberse ido reduciendo, y por ejemplo, el ex Presidente Juan Manuel Santos (2010-2018) nombró en su momento a un Simón Gaviria como director del Departamento Nacional de Planeación, joven político, hijo del ex Presidente Cesar Gaviria y quien no contaba con el perfil que había venido acompañando a los directores de Departamento Administrativo y en especial al DNP.

encuentra en minusvalía. Era la oportunidad para que la Corte los escuchara y antes promoviera cada vez más su función y necesidades, toda vez que, como indicara Habermas en la *Inclusión del Otro*, la democracia deliberativa presupone una administración pública burocrática “del tipo que se configuró en el inicio de la modernidad con el sistema de Estados europeos” (1999, p. 240).

3. *Gobernadores departamentales y alcaldes municipales.* Esto era fundamental para conocer a profundidad la *cofinanciación*, una figura a la cual hacen mención en la sentencia en varias oportunidades, y sobre la cuál estos actores pudieron haber dado elementos que fueran mucho más allá de lo formal, y se acercasen a la facticidad del funcionamiento, en especial en materia de la posible presencia de la figura de los auxilios parlamentarios en la etapa de la ejecución, en la cual, como el mismo representante de la Federación de Municipio manifestó y otros intervinientes en la demanda, hay riesgos reales de disfuncionamiento.
4. *Representantes de las Juntas de Acción Comunal (JAC).* Toda vez que las JAC actualmente siguen siendo un actor destacado por las políticas públicas para la toma de decisiones en el nivel local priorizando las inversiones y el gasto público. Además, que, en otros modelos históricos de políticas distributivas previos a la constitución de 1991, como lo fueron los auxilios parlamentarios, eran beneficiarios directo del sistema (Rodríguez Valero y Maldonado Gómez 2020) y podrían brindar un contraste importante entre ambos modelos.
5. Investigadores, grupos investigativos y universidades. Y es que la experiencia en torno al uso de recurso públicos con fines políticos no es un fenómeno nuevo para investigadores de la ciencia sociales. De hecho, Rodríguez Valero y Maldonado Gómez (2020) identificaron una serie de investigaciones hechas en Colombia, previas al de la sentencia, 2001, y disponibles

de forma pública en los catálogos de diversas universidades del país. Dichas investigaciones analizaban los auxilios parlamentarios y el sistema nacional de cofinanciación a profundidad, acercándose a la dimensión de la eficacia del derecho.

Estas intervenciones habrían sido de vital importancia para el magistrado ponente, quien, ante el evidente desconocimiento de muchos aspectos y detalles, su análisis hizo que los magistrados que salvaron el voto lo calificaran de “candoroso” por suponer que los proyectos de inversión presentados para ejecución no contarían con las gestiones o aval de los legisladores²³.

6. Los constituyentes que presentaron el artículo de prohibición de los auxilios parlamentarios. En la actualidad, y posiblemente también para el año 2001, al menos dos de los promotores de la prohibición de los auxilios parlamentarios, Verano y Perry²⁴, han reconocido el fracaso de la prohibición para evitar los efectos negativos, es decir, gasto no planificado y captura del legislativo por parte del ejecutivo.

El listado anterior no se circunscribe sólo a estos actores, pero si es un mínimo para garantizar las condiciones en una sociedad plural y democrática.

Conclusiones

En conclusión, la revisión y crítica a esta sentencia desde la teoría constitucional y de la interpretación constitucional ha permiti-

²³ De hecho, el tiempo le dio la razón a los magistrados que salvaron el voto en la sentencia. Para una descripción del problema del funcionamiento del Presupuesto de Inversión Social Regional en la actualidad, se puede revisar el trabajo de La Silla Vacía (2018).

²⁴ Perry (2019) ex Ministro en varias carteras durante diversos períodos, dejó constancia de este tema en su libro autobiográfico publicado recientemente antes de su muerte, también ocurrida en el año 2019.

do observar cómo las recomendaciones de los teóricos como Häberle (2010) o Martínez Dalmaud (2012; 2013; 2016) resultan más que pertinentes y vigentes para un control de constitucionalidad que abarque todas las necesidades para ser considerado legítimo, es decir, la suma de: la interpretación racional y pluralista; métodos convencionales; y, organización y estructuración del espacio público (Häberle 2010, p. 401).

Por su parte, el futuro de las investigaciones sobre el tema es amplio y atractivo, no sólo desde la teoría democrática o de la interpretación constitucional, sino como señalamos desde estudios inter y transdisciplinarios, entre los que la ciencia política puede brindar aportes para la captura de la dimensión fáctica o la eficacia del derecho se pueden señalar: investigaciones comparadas de los modelos de políticas distributivas en el mundo y el control de constitucionalidad realizados en otros países dichos países. También para estudiar las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana sobre leyes anuales de presupuesto en las que los legisladores habían tratado de recuperar su competencia de iniciativa de gasto.

Finalmente, como recomendaciones para el debate público, se debería explorar la posibilidad de reformas a la revisión de la cosa juzgada constitucional, abriéndose la posibilidad de que en casos en los que tres magistrados salven el voto por una misma razón se pueda reabrir el estudio en algún proceso breve. Y es que no tiene mucho sentido que mientras a un órgano político, pero plural, como el legislativo se le exija quórum o mayorías especiales para tomar decisiones, a un órgano político, pero no plural como un tribunal constitucional, y con un número mucho menor de miembros, lo que lo haría más propenso a la captura por parte de intereses particulares, sólo se le exija mayoría simple para tomar decisiones, que en el actual Estado judicial tienen el mismo rango o superior a la propia ley.

También, abrir también la posibilidad de mecanismos de control democrático, por

ejemplo, los referendos sobre el control de constitucional. De hecho, algunos legisladores ya lo han propuesto, recibiendo algunas críticas desde los defensores de los derechos individuales subjetivos, por lo cual, no debería haber problema en plantea el control democrático al menos en caso como el del gasto público que atente contra la idea del bien común.

Referencias Bibliográficas

- Aponte Olivella, M. A. (1983). Los auxilios parlamentarios para el desarrollo regional. Tesis para optar al título de Abogado. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Attard, M. E. (2019) Entre la diosa themis y Mama Ocllo: la propuesta de argumentación jurídica plural desde la filosofía intercultural andina de la Chakan. En *Diálogo de Sabres*, No. 50, enero-junio, p. 79-100.
- Baskin, M. y Mezey, M. (2014). *Distributive politics in developing countries. Almost Pork*. Maryland: Lexington Books.
- Bonnet, J., y Galvis, L. A. (editores) (2016) *Sistemas de transferencias subnacionales: lecciones para una reforma en Colombia. Memorias del Seminario Internacional: ¿Cómo va el Sistema General de Participaciones?* Bogotá: Banco de la República.
- Brinton, C. (1985) *Anatomía de la revolución*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Comité de la Consulta Popular Anticorrupción Vence al Corrupto. (2018). *Justificación de la Consulta Anticorrupción*. Bogotá: Comité de la Consulta Anticorrupción Vence al Corrupto. Recuperado 01 de mayo de 2018, de: <https://bit.ly/2NhKlvV>.
- Corzo Virviescas, M. (1997). *Descentralización y fondos de cofinanciación. Crisis coyuntural*. Tesis de grado para optar al título de Economista. Bogotá: Uniandes.
- Diamond, L. (2004) *Elecciones sin democracia. A propósito de los regímenes híbridos*. En *Estudios Políticos*, No. 24, enero-junio, p. 117-134.
- Guastini, R. (1999) *Sobre el concepto de Constitución*. En *Cuestiones constitucionales* No. 1, p. 161-176.
- Häberle, P. (2010) *Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas*. En *Revista de Derechos Constitucional Europeo* n. 13, p. 379-411.
- Habermas, J. (2005) *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Editorial Trota.
- Habermas, J. (1999) *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Barcelona: Paidós.
- Herrera, C. (1994) *La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución*. En *Revista de Estudios Políticos*, No. 86, octubre-diciembre, págs. 195-227.
- Herspring, D. (1994) *“Refolution” in eastern Europe: The Polish, Czech, Slovak and Hungarian militaries*. En *European Security*, volumen 3, issue 4, p. 664-690.
- MacCormick, N. (2011) *Instituciones de Derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Dalmau, R. (2012) *El ejercicio del poder constituyente en el nuevo constitucionalismo*. En *Revista General de Derecho Público Comparado*, No. 11.
- Martínez Dalmaud, R. (2013) *La interpretación de la Constitución democrática*. En *AA.VV, Costituzione, Economia, Globalizzazione. Liber Amicorum in onore di Carlo Amirante*. Edizioni Schientifiche Italiane, Nápoles, p. 437-452.
- Martínez Dalmaud, R. (2016) *Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos*. En *Ius. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, No. 37, enero-junio, p. 129-151.
- La Silla Vacía. (2018). *El dulce poder. Así funciona la política en Colombia*. Bogotá: Aguilar.

- Leguizamo, A. (1997). Los fondos de cofinanciación como herramienta de gasto social en Colombia. Tesis de grado para optar al título de Economista. Bogotá: Uniandes.
- Leiva Ramírez, E. (2015) Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia. En Derecho del Estado no. 35, julio-diciembre, pp. 41-63.
- Peters, G. (1999) La política de la burocracia. México: Fondo de Cultura Económica.
- Perry, G. (2019) Decidí contarlo. Bogotá: Debate.
- Pisarello, Gerardo (2000) Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación completa de las relaciones entre política y derecho. En Miguel Carbonell (ed.) Los derechos sociales y derechos de las minorías. México: UNAM.
- Pizzorusso, A. (2016) La justicia constitucional italiana. Entre modelo difuso y modelo concreto. En Fundamentos No. 4, p. 239-261.
- Ramos Jiménez, A. (2008) Las formas modernas de la política. Estudio sobre la democratización de América Latina. Mérida: Universidad de los Andes.
- Rodríguez Valero, L. A y Maldonado, N. (2020) Las políticas distributivas en Colombia. De los Auxilios Parlamentarios a las Partidas de Inversión Social Regional o “mermelada tóxica”. En Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad Pontificia Bolivariana, ISSN: 2390-0016, Vol. 50, No. 32 (enero-junio). En línea: <https://bit.ly/3cLbsZX>
- Storini, C. (2007) Hermenéutica y Tribunal constitucional. En Foro-Revista de Derecho, No. 7, p. 159-186.
- Vargas, J. E. (1999). Las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo – Un análisis económico. En: Gandour. M. y Mejía. L. B. (Comp.). Hacia el rediseño del Estado, (p.225-250). Bogotá: DNP y Tercer Mundo Editores.
- Weber, M. (2014) Economía y Sociedad. México: Fondo de Cultura Económica.