

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS SOCIALES Y ECONOMÍA: UN ANÁLISIS TEÓRICO Y UNA DISCUSIÓN DE LAS SENTENCIAS DE UPAC (II- PARTE)*

RODRIGO UPRIMNY**

Estudio jurisprudencial específico de las sentencias sobre UPAC

Las decisiones económicas y sobre derechos sociales de la Corte Constitucional son muy numerosas, variadas y complejas. Es pues imposible analizarlas sistemáticamente en este artículo¹. He preferido entonces centrarme en un solo asunto, a fin de hacer un estudio de algunas pocas sentencias de la Corte, pero que sea más detallado y permita entonces extraer algunas conclusiones relevantes sobre el tema más general de la defensa judicial de los derechos sociales en una democracia constitucional. Para tal efecto, escogí las decisiones sobre UPAC, no sólo

por el evidente impacto de esas providencias, que declararon la inconstitucionalidad del sistema de financiación de vivienda existente en Colombia, sino además por cuanto considero que su estudio crítico es muy instructivo sobre los alcances y límites de la jurisprudencia de la Corte relativa a los derechos sociales.

Comenzaré por resumir esas decisiones, para luego presentar las posiciones de sus críticos, que han sido no sólo analistas externos sino también los magistrados de la Corte que salvaron su voto. Este examen me llevará a defender una tesis alternativa, que he preferido presentar claramente desde el inicio de este aparte. Es cierto que al adelantar las conclusiones puedo reducir el suspenso del artículo –si es que un análisis jurisprudencial puede llegar a tener algún suspenso, lo cual dudo mucho–, pero de esa manera el texto gana en claridad y transparencia.

Mi tesis es la siguiente: los críticos tienen razón en contra de la Corte pero a su vez la Corte tiene también razón en contra de sus críticos. Esta aparente paradoja deriva del siguiente hecho: la orientación general de las sentencias es acertada, pero su fundamentación es a veces precaria y ambigua. Los críticos aciertan entonces en señalar esas debilidades, pero se equivocan en las conclusiones que intentan inferir de sus objeciones.

* Este artículo es la continuación de la I Parte, que fue publicada como comentario jurisprudencial en el número anterior de *Pensamiento Jurídico*.

** Profesor Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.

¹ Quien quiera una visión más global del tema, véase el notable texto de Mauricio García, "Derechos sociales y necesidades políticas: la eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano" en *Análisis sociojurídico de la justicia en Colombia*, Bogotá, Cijus, 1999. Es cierto que este trabajo no aborda los periodos recientes de la jurisprudencia de la Corte, pero permite tener un cuadro general de su evolución jurisprudencial hasta 1998.

No es cierto que la "adecuación" del sistema de UPAC como mecanismo para adquirir vivienda sea un asunto no "justiciable" en sede constitucional, o una cuestión política sustraída a los jueces, o que la normatividad estudiada fuera constitucional. La Corte tuvo razón en declarar que el sistema UPAC era inconstitucional en 1999, pues no constituía, en ese momento, un sistema "adecuado" para asegurar el acceso a una vivienda digna; sin embargo, esa Corporación se equivocó en la sustentación de esa conclusión, y ese error argumental es grave, no sólo porque resta mucha fuerza persuasiva a las sentencias, sino porque llevó al tribunal constitucional a introducir una rigidez excesiva e inconveniente en la política de financiación de viviendas, la cual no tiene sustento constitucional. Por ello intentaré ofrecer una explicación alternativa de la inconstitucionalidad del sistema UPAC, que evite las debilidades de la argumentación de la Corte y la ambigüedad y rigidez de su decisión.

Es obvio que la perspectiva que pretendo desarrollar es un poco incómoda, pues significa aparecer más ingenioso que todos los que han participado en este debate constitucional, muchos de los cuales son personas que aprecio enormemente; pero creo que hay dos razones que justifican esa posición, que puede parecer pretenciosa y odiosa: de un lado, es mucho más fácil criticar, después de los acontecimientos, que intervenir en su desarrollo, por lo cual es bastante usual que el estudioso de la historia aparezca más inteligente que sus protagonistas. Y de otro lado, la función de la academia, y en especial de la crítica jurisprudencial, no es hacer apologías ni diatribas sino adelantar una reflexión crítica; por ello, su deber es intentar detectar las debilidades de las distintas posiciones, precisamente para posibilitar que los seres humanos seamos capaces de hacer la historia de manera más consciente de los resultados de nuestras acciones.

a) *Las sentencias sobre UPAC y la evolución de este sistema de financiación*

En 1999, la Corte profirió cinco sentencias sobre el sistema UPAC y sobre la situación de los deudores hipotecarios². Luego, en el año 2000, al menos tres nuevas sentencias abordaron el tema de la financiación de vivienda³. La atención de los medios y de la opinión pública sobre esas decisiones fue considerable, como lo evidencia cualquier seguimiento periódico a la labor de la Corte en ese período⁴. Además, en esos procesos constitucionales hubo una intensa

2. Las tres más directamente relacionadas con el tema son la C-383 de 1999 sobre el mecanismo de cálculo de la corrección monetaria, la C-700 de 1999 sobre necesidad de una ley marco para la regulación de la financiación de vivienda y la C-747 de 1999 sobre la capitalización de intereses en este campo. Pero también se relacionan con el tema la sentencia C-122 de 1999, que controló la declaratoria de emergencia económica y la C-136 de 1999 sobre el impuesto del dos por mil y mecanismos de alivio a deudores hipotecarios. A ellas hay que agregar la sentencia C-252 de 1998, que precisó que en los créditos hipotecarios para vivienda no pueden los acreedores impedir el prepago de la obligación, ni puede ser sancionado el deudor por hacerlo.
3. Así, las sentencias SU-846 de 2000, C-955 de 2000, C-1140 de 2000 y C-1265 de 2000 abordaron diversos aspectos del sistema de financiación de vivienda, en especial relacionadas con el problema de la reliquidación de los créditos y la constitucionalidad del sistema UVR establecido por la Ley 546 de 1999 en remplazo de la UPAC. En este artículo solo se harán comentarios tangenciales a esas sentencias, pues el interés está centrado en las sentencias UPAC, con el fin de poder hacer un análisis más profundo de esas providencias y de los debates que ellas suscitaron.
4. Los artículos en prensa fueron numerosos y el cubrimiento por televisión y radio muy amplio. Véase por ejemplo, la edición de *Cambio* del 27 de septiembre de 1999, pocos días después de la sentencia C-700 de 1999, que sepultó el sistema UPAC. Esa revista dedicó la portada y el artículo central a reseñar las críticas a la Corte, bajo el ilustrativo título "Dardos a la Corte".

participación ciudadana y de organizaciones sociales, ya sea para defender las normas acusadas, ya sea para impugnarlas⁵. Estos datos muestran la importancia que había adquirido la situación de los deudores hipotecarios en la agenda política y en el debate constitucional. Y no era para menos: no sólo unas 200.000 personas habían tenido que entregar sus viviendas⁶ debido a que no podían cancelar sus deudas, sino que, además, según algunos analistas y el propio gobierno, la insolvencia de estos deudores hipotecarios afectaba gravemente el sistema financiero y ponía en tal riesgo la estabilidad económica del país, que había sido necesario recurrir al estado de emergencia económica para tomar medidas de excepción y así conjurar la crisis.

Todas estas decisiones sobre el sistema de financiación de vivienda ameritan un examen detallado, por su impacto y su complejidad. Sin embargo, por limitaciones de espacio, y para ganar profundidad en el análisis, pienso centrarme en las sentencias C-383 de 1999 y C-747 de 1999, que son las que más directamente abordan el tema de la constitucionalidad del sistema de financiación de vivienda, y sólo haré referencias tangenciales a las otras providencias, por cuanto éstas no entran directamente en el problema material de la constitucionalidad del sistema UPAC.

5. Por ejemplo, en la sentencia C-383 de 1999, fuera de la participación de las corporaciones de ahorro y vivienda y del Banco de la República, presentaron escritos decenas de ciudadanos. Igualmente, en la sentencia C-700 de 1999, no sólo hubo audiencia pública, con intervención de autoridades, representantes de gremios y de deudores hipotecarios sino que, además, se recibieron numerosos documentos técnicos e intervinieron también decenas de ciudadanos.

6. Véase Amílkar Acosta Medina, *El viacrucis del UPAC. Los inquilinos de la ira*, Bogotá, Ideas, 2000, pp. 19 y ss., p. 160.

Así, la sentencia C-383 de 1999 estudió la constitucionalidad del artículo 16 literal f) de la Ley 31 de 1992, según el cual corresponde a la Junta del Banco de la República, como autoridad monetaria y crediticia, establecer el método para determinar el valor de la UPAC, "procurando que ésta también refleje los movimientos de la tasa de interés en la economía". Precisamente esta última expresión fue acusada por el demandante, quien consideró que el cálculo de la UPAC, con fundamento en las tasas de interés, no representaba un sistema adecuado de financiación y violaba por ende el artículo 51 de la Constitución, según el cual el Estado debe "promover sistemas adecuados de financiación a largo plazo" para que las personas obtengan un lugar de residencia. Además, según su parecer, este sistema de cálculo permitía un enriquecimiento indebido de las corporaciones de ahorro y vivienda.

Para comprender el cargo del actor, así como el debate constitucional que suscita, resulta ineludible un resumen muy breve de la compleja evolución del sistema UPAC, y en especial de su metodología de cálculo, esto es, las transformaciones históricas que ha tenido la fórmula de la corrección monetaria⁷. Así, el sistema UPAC nace en 1972, como un componente del plan de desarrollo "las cuatro estrategias" del gobierno Pastrana Borrero, que busca convertir a la

7. Para presentaciones más detalladas de este tema, véanse los expedientes de las sentencias C-383 de 1999 y C-700 de 1999, en donde algunos intervinientes explican ampliamente el tema. Véanse igualmente Juan Carlos Echeverry *et al.*, "UPAC: evolución y crisis de un modelo de desarrollo", Bogotá, mimeo, Planeación Nacional, 1999, pp. 23 y ss. Emperatriz Castillo Burbano, *El UPAC. Engaño, frustración y ruina de las familias colombianas*, Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998, pp. 57 y ss. Fabio Giraldo Isaza, "La Upac y la Corte Constitucional en VV.AA." *Construyendo democracia*, Bogotá, Viva la Ciudadanía, 1999, pp. 119 y ss.

construcción en un sector líder que debía jalonar al conjunto de la economía. Para tal efecto, el gobierno crea, por decreto, un sistema de corrección monetaria, por medio del cual pretende asegurar tasas de interés positivas, esto es, superiores a la inflación, a quien ahorre en corporaciones de ahorro y vivienda (CAV), pues de esa manera considera que es posible canalizar el ahorro hacia la construcción. ¿En qué consiste entonces el mecanismo? El decreto 677 de 1972 crea la UPAC, como una "Unidad Adquisitiva de Poder Constante"⁸, que debería calcularse con base en la inflación causada. Esto significa que si en mayo de 1972 una UPAC valía \$100, y en el año siguiente la inflación había sido de 20%, entonces en mayo de 1973 el valor de la UPAC en pesos había crecido a \$120. Ahora bien, el sistema estaba estructurado de tal manera que los ahorros depositados y los préstamos concedidos eran calculados en UPAC, a fin de que los ahorradores recibieran siempre una tasa de interés positiva, puesto que el interés se sumaba a la corrección monetaria. Así, si alguien depositaba \$200 en mayo de 1972 (esto es, dos UPAC) y la tasa de interés ofrecida era 5%, entonces en mayo de 1973 debería recibir 2.05 UPAC, que para esa época equivalían a \$250, esto es, 20% de corrección monetaria por inflación y 5% de interés remuneratorio.

En la práctica, el cálculo de la corrección monetaria con base en la inflación no sufre cambios importantes hasta 1984, aunque los gobiernos establecieron, en ocasiones, límites máximos a la corrección monetaria, cuando juzgaron que ésta era excesiva. El decreto 1131 de ese año incorpora la idea de que la UPAC debe tener un componente basado en las tasas

8. Por ello, me parece que lo correcto es hablar de la UPAC y de una UPAC, a pesar de que en el lenguaje coloquial colombiano, tal vez como efecto inconsciente de nuestro machismo, solemos hablar del UPAC y de un UPAC.

de interés de mercado, en especial en los rendimientos de los DTF (certificados de depósitos a término fijo). Pero este componente es aún muy bajo pues representa menos de 2% de la corrección monetaria. Posteriormente, en 1988, la influencia del DTF en la corrección monetaria aumenta a 35%, según el sistema de cálculo diseñado por el decreto 1319. Los cambios decisivos ocurren en los años noventa. De un lado, la Ley 45 de 1990 prácticamente elimina la banca especializada, con lo cual las CAV pierden el monopolio que tenían para captar depósitos a la vista y para financiar programas de vivienda. De otro lado, la Ley 31 de 1992 transfiere al Banco de la República la tarea de establecer la metodología para el cálculo de la UPAC, pero de manera que ésta refleje los movimientos de las tasas de interés en la economía. Con base en esa atribución, la Junta del Banco expide la resolución No. 18 del 30 de junio de 1995, que ata la corrección monetaria a la evolución de la tasa de interés, pues establece que la UPAC es equivalente a 74% del promedio móvil de la tasa DTF.

Como hemos visto, en la década del noventa, y en especial a partir de 1995, el sistema UPAC se transforma radicalmente pues la evolución del monto de los créditos, y su actualización, no dependen ya de la inflación sino de la evolución de la tasa de interés. Según los analistas, varios factores influyeron en esa mutación, pero el elemento decisivo parece ser el desmonte progresivo de la banca especializada y la desregulación financiera, en especial a partir de la Ley 45 de 1990. En efecto, al perder las CAV sus privilegios para recibir depósitos a la vista, debieron entonces competir por la captación de esos recursos y presionaron al gobierno para que la corrección monetaria fuera más sensible a la tasa de interés. La razón es muy elemental: si la inflación era inferior a las tasas de interés, como en general ha sucedido en Colombia, entonces era más atractivo para un ahorrador depositar

en un banco, que le ofrecía intereses comerciales, que en una CAV, que le brindaba un rendimiento efectivo menor, pues éste se encontraba ligado a la corrección monetaria, que a su vez estaba atada a la inflación. Si querían mantenerse en un mercado desregulado, y sin banca especializada, las CAV debían lograr que la corrección monetaria reflejara las tasas de interés, y no la inflación, a fin de poder competir con las otras entidades financieras. A lo anterior habría que agregar el interés de las autoridades monetarias (Junta Monetaria antes de 1991 y Banco de la República posteriormente) en desmontar la UPAC, a la cual consideraban responsable, en parte, de la inercia de la inflación colombiana, en la medida en que había conducido a una tendencia de los agentes económicos a indexar muchas de las variables económicas⁹.

Todo esto explica la modificación del sistema de cálculo de la corrección monetaria, que es entonces cuestionado por el demandante, quien considera que ligar esa corrección a las tasas de interés no constituye un sistema adecuado de financiación, y permite un enriquecimiento indebido de las CAV.

La sentencia C-383 de 1999 acoge los argumentos del demandante y declara la inexecutable del aparte acusado, según el cual la corrección monetaria debe procurar reflejar las tasas de interés. El argumento de la Corte es doble: de un lado, considera que ese mandato legal vulnera la autonomía del Banco de la República, como autoridad monetaria y crediticia, pues no existe un "sistema único para el cálculo del valor de la corrección monetaria, pues ello obedece a criterios de carácter técnico, que varían de un país a

otro, de una región a otra y según las circunstancias". Según la Corte, "la determinación de los factores para establecer dicha corrección, ha de dejarse a la autoridad monetaria que, en el caso colombiano lo es la Junta Directiva del Banco de la República". En cambio, señala la sentencia, la norma acusada obliga al Banco a calcular la UPAC con base en las tasas de interés, lo cual viola su autonomía técnica, pues "no resulta siempre que ha de atarse esa determinación a la variación de las tasas de interés, máxime si se tiene en cuenta que podrían además influir factores diferentes, tales como la política salarial, o la política fiscal, por ejemplo"¹⁰.

De otro lado, la sentencia considera que la disposición acusada vulnera el derecho a la vivienda digna. Aunque el argumento no es totalmente claro, su lógica parece ser la siguiente. La Corte comienza por resaltar que nuestro país es constitucionalmente un Estado social de derecho, y que la Carta reconoce el derecho a una vivienda digna, por lo cual la adquisición y conservación de vivienda por los colombianos

⁹ Véase, entre otros, Jorge Iván González, *Incompatibilidades...* *op. cit.*, p. 138, en donde este autor afirma que la UPAC "ha tenido mucho que ver con la naturaleza inercial de la economía colombiana".

¹⁰ En este punto, dicho sea de paso, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado interpretan de manera diferente el alcance del mandato de la Ley 31 de 1992, según el cual, la corrección monetaria debe calcularse "procurando que esta también refleje los movimientos de la tasa de interés". Así, en la consideración 3.3.11 de la sentencia C-383/99, la Corte parte en su análisis de que el legislador ordenó al Banco de la República tener en cuenta el movimiento de las tasas de interés prácticamente como factor exclusivo de corrección monetaria; en cambio, la sentencia del Consejo de Estado parte del supuesto contrario, a saber, que la ley había ordenado al Banco que tuviera en cuenta ese factor, pero entre otros, por lo cual era ilegal que la resolución No. 18 de 1995 del Banco de la República ligara la corrección monetaria exclusivamente a la tasa de interés. Véase Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 21 de mayo de 1999, rad. 9289, C. P. Daniel Manrique Guzmán.

no es "un asunto ajeno a las preocupaciones del Estado". La sentencia luego admite que el valor de un crédito puede actualizarse, conforme a la inflación, a fin de preservar su valor adquisitivo, ya que de esa manera "se mantiene el equilibrio entre acreedor y deudor, pues quien otorga el crédito no verá disminuido su valor, ni el adquirente de la vivienda y deudor hipotecario la cancelará en desmedro del poder adquisitivo de la moneda cuando se contrajo la obligación". Pero, según su parecer, la inclusión de las tasas de interés, como factor de corrección monetaria, "resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés". Por ello, la Corte concluye que este sistema conduce a un "desbordamiento de la obligación inicial" y es injusto, pues la deuda "aumenta no sólo para conservar el mismo poder adquisitivo, sino con un excedente que por ello destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente". Además, añade la sentencia, el sistema es inadecuado, dado que desborda la capacidad de pago de los adquirentes, "sobre todo si se tiene en cuenta que los reajustes periódicos de los ingresos de los trabajadores y de las capas medias de la población no se realizan conforme a la variación de las tasas de interés en la economía, sino bajo otros criterios". Ese mecanismo de cálculo también es concebido contrario a la democratización del crédito. La argumentación concluye entonces con el siguiente párrafo:

Al margen de lo dicho, se observa que al incluir la variación de las tasas de interés en la economía en la determinación del valor en pesos de la Unidad de Poder Adquisitivo Constante, se distorsiona por completo el justo mantenimiento del valor de la obligación, se rompe el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que ello apa-

reja como consecuencia un aumento patrimonial en beneficio de la entidad crediticia prestamista y en desmedro directo y proporcional del deudor, lo que sube de punto si a su vez a los intereses de la obligación se les capitaliza con elevación consecencial de la deuda liquidada de nuevo en Unidades de Poder Adquisitivo Constante que, a su turno, devengan nuevamente intereses que se traen, otra vez, a valor presente en UPAC para que continúen produciendo nuevos intereses en forma indefinida.

A partir de esas consideraciones, la Corte no sólo expulsa del ordenamiento el aparte acusado del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, sino que además señala que la doctrina fijada en la parte motiva es doctrina constitucional obligatoria, por lo cual ordena que debe tenerse en cuenta en "la liquidación, a partir de este fallo, de nuevas cuotas causadas por créditos adquiridos con anterioridad y en lo que respecta a los créditos futuros".

Como vemos, esta primera decisión cuestiona que la corrección monetaria para liquidar los créditos para vivienda se encuentre ligada a la tasa de interés y no a la inflación. La segunda sentencia que pretendo analizar, a saber: la C-747 de 1999, afecta otro elemento del sistema UPAC, la llamada "capitalización de intereses". En esa ocasión, la Corte estudió la constitucionalidad parcial del artículo 121 del Decreto 663 de 1993, según el cual, "en operaciones de largo plazo los establecimientos de crédito podrán utilizar sistemas de pago que contemplen la capitalización de intereses, de conformidad con las reglamentaciones que para el efecto expida el Gobierno". Como es sabido, la capitalización de intereses consiste en que durante un determinado periodo, los intereses de un préstamo no son pagados por el deudor sino que acrecientan el capital, que entonces aumenta, y sobre ese nuevo monto se liquidan los intereses del periodo

siguiente. Según la demandante, este sistema es inequitativo, pues sólo beneficia a las entidades financieras, y es inadecuado para adquirir vivienda, ya que genera un crecimiento exagerado de las deudas, que las hace impagables.

La sentencia C-747 de 1999 considera que la capitalización de intereses no es en sí misma inconstitucional, pero que resulta violatoria de la Carta en relación con los créditos de vivienda. La Corte no adelanta mayores consideraciones sobre el tema, pues se limita a reiterar los argumentos de la ya mencionada sentencia C-383 de 1993, y concluye que la capitalización resulta en esos casos inadecuada, rompe el equilibrio entre la entidad crediticia y el deudor, en desmedro de este último, y por ende es contraria a la vigencia de un orden justo.

Finalmente, conviene mencionar brevemente la extensa sentencia C-700 de 1999, que fue la que mayor atención tendió a recibir de parte de los medios de información y de los deudores hipotecarios, a pesar de que en ella la Corte no aborda directamente la constitucionalidad material del sistema de financiación de vivienda, sino que estudia el reparto de competencias entre el Gobierno y el Congreso para establecer esas regulaciones. Esta providencia concluye entonces que las reglas del sistema de financiación de vivienda no pueden estar contenidas en decretos leyes, ya que la Constitución ordena que las normas generales sobre el manejo e inversión de recursos captados al público deben ser establecidas por una ley marco. La Corte declara entonces, por vicio de competencia, la inconstitucionalidad de todos los artículos que regulaban el sistema UPAC, pero, para evitar traumas por vacíos normativos, decide mantener esas disposiciones por nueve meses, a fin de que durante ese período el Congreso expida la correspondiente ley marco y el Gobierno, los decretos que la de-

sarrollen. Y la Corte reitera que los créditos de los deudores hipotecarios debían ser reliquidados, conforme a lo ordenado en la sentencia C-383 de 1999.

b) Los salvamentos de voto y las críticas a la doctrina de la Corte sobre UPAC

Las decisiones precedentes de la Corte recibieron críticas muy severas por parte de políticos, analistas económicos, juristas, representantes de gremios y periodistas. Sin embargo, las objeciones más duras, pero también tal vez las más serias y relevantes desde el punto de vista constitucional, provienen de aquellos magistrados del tribunal que se distanciaron de esas sentencias, y que se encuentran contenidas en especial en los salvamentos de Cifuentes y Naranjo a esas tres decisiones, y en menor medida en los salvamentos de Tafur a dos de ellas. Muchos de los críticos externos se fundaron, en gran medida, en los argumentos de estos magistrados, aunque a veces incorporaron otro tipo de reparos, en especial sobre los efectos económicos y sociales perjudiciales de esas decisiones. En tal contexto, creo que la mejor forma de analizar las posibles debilidades de la doctrina de la Corte es retomar y discutir las principales objeciones planteadas por esos votos disidentes, y complementarlas con los reproches de otros analistas, cuando ello sea pertinente.

Los reparos son de distinta naturaleza y merecen entonces un examen diverso. Así, algunos análisis cuestionan la forma de las sentencias, pues estiman que la argumentación de la Corte es defectuosa, ya que es inconsistente y opaca. Otros estudios objetan el sustento normativo de la acción del tribunal, pues consideran que el tema de la financiación de la vivienda no es justiciable, y que por ende la Corte desbordó sus competencias. Un tercer tipo de críticas se refiere a la falta de seguridad jurídica que han generado estas decisiones, debido a los cambios abruptos de criterios

jurisprudenciales. Finalmente, otros reparos se dirigen contra el contenido mismo de las decisiones, que juzgan equivocado no sólo por sus efectos injustos y contraproducentes sino además porque el sistema UPAC era en abstracto adecuado, y por ende constitucional, a pesar de que pudiera estar enfrentando serias dificultades temporales. Procederé entonces a presentar estas críticas, para luego intentar una evaluación de su alcance y pertinencia.

1. Las objeciones metodológicas y lógicas contra la argumentación de las sentencias

Un primer tipo de críticas es esencialmente metodológico, y se centra en la falta de transparencia y claridad de la motivación de estas decisiones.

Así, los votos disidentes señalan que la Corte no probó muchas de las premisas de su decisión. Por ejemplo, en relación con la capitalización de intereses, Cifuentes y Naranjo objetan que la sentencia C-747 de 1999 nunca demostró, ni siquiera teóricamente, que ese mecanismo fuera un sistema inadecuado de financiación a la vivienda, pues la Corte nunca refutó claramente la tesis de quienes defendían, con datos empíricos y argumentos teóricos muy respetables, que en una economía inflacionaria la capitalización era útil, e incluso necesaria, para que personas de bajos ingresos puedan acceder a ciertos créditos. Por ello, estos magistrados afirman que la Corte debió profundizar en el análisis económico para demostrar los efectos inconstitucionales concretos de ese sistema de financiación, en vez de haberlo condenado en abstracto, sin argumentos convincentes. Esos mismos magistrados consideran también que la inconstitucionalidad de la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés, decretada por la sentencia C-383 de 1999, tampoco se encuentra sustentada, pues ese mecanismo tiene una racionalidad que la Corte no desvirtuó. En efecto, esa modalidad de cálculo pretende

que, en condiciones de mercado y con una banca no especializada, las CAV puedan "atraer ahorradores y canalizar sus excedentes hacia la construcción y préstamos de vivienda". Por ello, concluyen estos magistrados, la sentencia es unilateral, pues analiza la adecuación de este sistema de cálculo únicamente a partir de los deudores pero sin tomar en cuenta a los depositantes y ahorradores, ya que si "a estos últimos no se les remunera o si ello se hace por debajo de la tasa efectiva que ofrecen otros intermediarios, a la postre el sistema de financiación de vivienda periclitará en perjuicio de los potenciales deudores".

Algunos críticos externos también plantean que la motivación de algunos de esos fallos es insuficiente. Por ejemplo, según el constitucionalista Manuel José Cepeda, la sentencia C-700 de 1999, que declaró la inexecutable por problemas de competencia de los decretos que regulaban el sistema UPAC es grave, pues en un asunto que afectaba a millones de colombianos, la Corte se refugió en formalismos, "en lugar de tomar el toro por los cuernos"¹¹. Según su parecer, el tribunal debió mirar en concreto si el sistema UPAC, en las actuales circunstancias, garantizaba o no el derecho a una vivienda digna. Por su parte, Kalmanovitz critica "la falta de transparencia" de las sentencias y señala específicamente que los fallos sobre UPAC "no han sido claros, prestándose a varias interpretaciones"¹². En el mismo sentido, en los debates en el Congreso, el entonces ministro de Hacienda, Juan Camilo Restrepo, se refirió "a los párrafos ambiguos a morir" de esas sentencias¹³.

11. Véanse sus declaraciones en la Revista *Cambio* del 27 de septiembre de 1999.

12. Salomón Kalmanovitz, *op. cit.*, p. 130.

13. Véase su intervención en la plenaria del Senado del 9 de noviembre de 1999 en *Gaceta del Congreso*, No. 414, 17 de noviembre de 1999, p. 48.

Un segundo tipo de objeciones también se dirige contra la motivación de los fallos, pero es más de tipo lógico, pues intenta poner en evidencia contradicciones en la argumentación de la Corte. Por ejemplo, los magistrados Cifuentes y Naranjo consideran que las decisiones incurren en inconsistencias, y citan dos ejemplos. Así, según su parecer, es contradictorio que la sentencia C-747 de 1999 admita la constitucionalidad de la capitalización de intereses en general, pero considere que ésta es ilegítima cuando se aplica a los créditos de largo plazo para vivienda, pues esa "modalidad financiera se justifica en economías inflacionarias y en relación con créditos de mediano y largo plazo". Por ende, parecen preguntarse esos magistrados, si ese mecanismo es útil y legítimo en otros campos, ¿por qué se torna inconstitucional e inadecuado en la financiación de la vivienda? Igualmente, según estos magistrados, la sentencia C-383 de 1999 es también contradictoria, pues considera que el mandato del artículo 16 de la Ley 31 de 1992, según el cual corresponde al Banco de la República diseñar el método de cálculo de la UPAC de manera que ésta refleje la tasa de interés, desconoce la autonomía del Banco, y es por ello inconstitucional. Esto significa que para la sentencia, la ley no puede señalar al Banco la manera de valorar la UPAC, pero sin embargo, argumentan Cifuentes y Naranjo, la propia Corte sí se autoatribuye la potestad de ordenar que ese sistema de cálculo debe estar ligado a la inflación y no a la tasa de interés. Concluyen estos magistrados que la autonomía del Banco, que le sirvió a la Corte "para excluir a los representantes del pueblo en la determinación de la metodología para calcular la UPAC, no revela ningún poder de resistencia frente a la intervención del juez constitucional que, en cambio, sí podría con toda libertad, conocimiento de causa y fuerza de cosa juzgada imponer el suyo propio".

Algunos críticos externos también han intentado poner en evidencia contradicciones de las sentencias. Así, como ya lo señalé en la primera parte de este artículo, según el ex presidente López Michelsen, la Corte habría incurrido en contradicciones evidentes, al constatar que el sistema UPAC era contrario a la Constitución, pero decidir mantenerlo por nueve meses¹⁴.

2. Los reparos sobre la falta de sustento normativo de las decisiones: la no justiciabilidad del tema UPAC y el desborde de las competencias de la Corte

Conforme a la lógica de los salvamentos de voto y de muchos críticos externos, los anteriores defectos de argumentación de las sentencias no son casuales sino que derivan de la naturaleza misma del problema. Según su parecer, debido a la crisis de los deudores hipotecarios, la Corte intentó intervenir en un asunto que no es justiciable, y al hacerlo terminó entonces, si se quiere, "patinando" jurídicamente, ya que no existen sustentos normativos claros en la Constitución para que el tribunal pueda analizar, con pautas objetivas, la legitimidad de una política de financiación de vivienda. Por ende, si el tema no es justiciable, entonces la Corte debió remitir el debate a los órganos políticos, que era a quienes correspondía solucionar las dificultades del sistema UPAC.

Esta tesis sobre la naturaleza política, y no jurídico-constitucional del tema UPAC se encuentra formulada con vigor en el salvamento de Cifuentes y Naranjo a la sentencia C-383 de 1999, en donde sostienen que "la mayor o menor adecuación de un instrumento de financiación de vivienda a largo plazo integra un mandato que la Constitución le imparte a las autoridades competentes, que difícilmente puede

14. Véase supra, punto I, a, 2, nota 15.

ser justiciable, pues se concede a ellas un amplio espacio de configuración". Según su parecer, existen muchas políticas posibles, por lo cual los eventuales problemas "deben ser diagnosticados y enfrentados por las autoridades económicas encargadas de manejar y gobernar este sistema, como por lo demás ha acontecido en el pasado".

Como vemos, el argumento es el siguiente: los órganos políticos tienen una amplia libertad para desarrollar distintas políticas de financiación de vivienda, y en ellas inciden factores económicos y políticos muy complejos, que el juez constitucional difícilmente puede evaluar. Por ello, la Corte no podía declarar la inconstitucionalidad de la vinculación de la corrección monetaria a las tasas de interés, pues no era evidente que este sistema fuera inadecuado, ya que, a pesar de sus dificultades coyunturales, tenía una lógica plausible. La crisis coyuntural de los deudores hipotecarios, por grave que fuera, correspondía solucionarla a los órganos políticos, pues la Constitución no brinda ningún parámetro normativo claro para definir si un sistema de financiación es o no adecuado. Por consiguiente, al intervenir en este asunto no justiciable, "bajo el halago de responder a una causa popular", la Corte desbordó sus competencias e invadió las órbitas del legislativo y ejecutivo, en detrimento de la participación democrática, porque el juez constitucional "no puede hacerse cargo de los asuntos que corresponde resolver a la política y cuya solución se ha atribuido a otros órganos de esa misma naturaleza"¹⁵. Concluyen estos magistrados:

La Corte, en esta sentencia, definió equivocadamente como problema de constitucionalidad un complejo asunto en el que militan solo razones

15. Salvamento de voto de Cifuentes y Naranjo a la sentencia C-383 de 1999.

de conveniencia y de diseño o rectificación de políticas bajo la responsabilidad de las instituciones encargadas del manejo económico del Estado. La ausencia de liderazgo en un país que no enfrenta sus grandes conflictos ni sus causas, por el momento oculta la improcedencia de la acción de la Corte y lleva a mirar con indulgencia su evidente extralimitación. Pero el costo enorme de este tipo de intervenciones, así ellas puedan por el momento ser muy populares, gravitará negativamente sobre la jurisdicción constitucional que, a la postre, no resiste tamaña desfiguración.

Estas críticas fundadas en la no justiciabilidad del tema UPAC han sido apoyadas por la mayoría de los representantes de los gremios económicos, y por muchos analistas que consideran que no corresponde al juez constitucional entrar a dirimir estas controversias, por ser ellas de índole esencialmente política.

3. Seguridad jurídica y modificación brusca de precedentes

Según los críticos, la voluntad de la Corte de responder a las peticiones de los deudores hipotecarios la llevó no sólo a intervenir en un asunto no justiciable, por medio de decisiones sustentadas en argumento precarios, sino que, además, produjo un cambio brusco de jurisprudencia, lo cual afecta gravemente la seguridad jurídica. Esta mutación se habría dado esencialmente en dos campos. De un lado, hasta esos fallos la Corte habría sido bastante respetuosa con los órganos políticos en materia económica, de suerte que sólo había invalidado leyes violatorias de claras disposiciones constitucionales. En cambio, las sentencias sobre emergencia económica, o sobre el sistema UPAC, han implicado una intervención muy fuerte del juez constitucional en la política económica, contraria a la tradición jurisprudencial de la Corte.

De otro lado, y más específicamente en relación con la sentencia C-700 de 1999, los críticos consideran que la Corte no sólo cambió bruscamente su doctrina sobre ciertos temas sino que llegó incluso a desconocer la cosa juzgada constitucional. El argumento es jurídicamente árido y complejo, pero puede ser resumido así: esa sentencia expulsa del ordenamiento, por vicios de competencia, los artículos del decreto ley 663 de 1993, que regulaban el sistema UPAC. El argumento de la Corte, como lo vimos, es que esas disposiciones no pueden estar incorporadas en un decreto ley, esto es, en un decreto expedido por el Gobierno en uso de facultades extraordinarias concedidas por el Congreso, por cuanto la Constitución establece que las normas generales sobre el manejo de los recursos captados al público deben hacer parte de una ley marco sobre la materia, y la Carta prohíbe que esas leyes sean expedidas por decreto ley. Por ende, el Decreto 663 de 1993, en lo que toca con el tema UPAC es inconstitucional. Hasta ahí el argumento de la sentencia es claro; sin embargo, el problema surge porque, como lo destacan los salvamento de Cifuentes, Naranjo y Tafur, ese decreto ya había sido declarado exequible, en su totalidad, por la sentencia C-252 de 1994, que consideró que no había habido vicios de competencia en su expedición. Por ende, según estos magistrados, ya habría cosa juzgada en este asunto.

4. Las críticas del contenido de las decisiones

El último tipo de objeciones alude al contenido material de estas decisiones. De un lado, algunos consideraban que el sistema UPAC era constitucional, porque era adecuado para financiar vivienda a largo plazo, e invocaban al respecto razones empíricas y teóricas. Así, según estos críticos, el sistema había funcionado en el pasado, y había permitido financiar la adquisición de más de un millón de viviendas, ya que había logrado "canalizar el ahorro hacia la construc-

ción y financiación de vivienda, en una cuantía y en una proporción que no registra antecedentes en Colombia y en América Latina"¹⁶. ¿Cómo puede ser calificado de inadecuado —se preguntan estos analistas— un sistema de financiación que ha sido tan exitoso? Y, desde el punto de vista teórico, estos críticos aducen que, a pesar de sus dificultades temporales y coyunturales, el sistema UPAC podía recuperarse en el futuro si variaba la coyuntura económica, por lo cual no podía ser descalificado globalmente como "inadecuado" e inconstitucional.

De otro lado, muchos críticos han resaltado los efectos contraproducentes, en términos de justicia y de desarrollo económico, de las decisiones de la Corte. La idea implícita de estos analistas parece ser la siguiente: los desafueros de la Corte, reseñados en los puntos precedentes, son graves, pero serían disculpables si al menos ese tribunal hubiera tomado determinaciones adecuadas para un desarrollo dinámico y justo de la sociedad colombiana. Pero, según los críticos, ello no es así, porque las sentencias de la Corte, a pesar de invocar el derecho a una vivienda digna, terminarán por afectar negativamente el acceso de los colombianos a un hogar y tendrán efectos perjudiciales sobre la equidad y el desarrollo económico.

Estos reparos al efecto económico y social de esas decisiones son tanto generales como específicos al tema de vivienda. Así, algunos consideran que esa intervención protagónica de los jueces constitucionales en la política económica tiene un efecto negativo global, y es que incrementa la inseguridad jurídica, aumenta los costos de transacción, y por ende desincentiva las inversiones. Esto es particularmente grave en relación con el capital extranjero, pues a los pro-

16. Véase salvamento de Cifuentes y Naranjo a la sentencia C-383 de 1999.

blemas de violencia, inseguridad física y precariedad de la infraestructura económica, habría que agregar ahora la inseguridad normativa generada por la Corte, con lo cual muy pocas personas estarían dispuestas a invertir en Colombia.

En relación con el tema específico de financiación de vivienda, los críticos establecen que las decisiones de la Corte son ineficientes e inequitativas. Así, según Cifuentes y Naranjo, la sentencia C-383 de 1999, al ligar la corrección monetaria a la inflación tiene dos efectos perjudiciales. En primer término, las CAV tendrán mucha dificultad para atraer nuevos ahorradores, pues no pueden proponer tasas de interés atractivas en relación a aquellas ofrecidas por las otras entidades financieras; habrá entonces menos programas de construcción y de financiación de vivienda, con lo cual menos colombianos podrán adquirir un lugar de residencia¹⁷. Y, en segundo término, si para evitar ese efecto el Estado decide compensar a las CAV, por el diferencial entre las tasas activas de préstamo de vivienda –atadas a la inflación, por la sentencia de la Corte– y la tasa pasiva de captación –ligada a la tasa de interés de mercado, a fin de que las CAV sigan siendo competitivas–, entonces esa compensación deberá provenir, en última instancia, de recursos fiscales, con lo cual todos los colombianos, aun los más pobres, terminan subsidiando a los deudores hipote-

17. Véase su salvamento a la sentencia C-383 de 1999. En el mismo sentido, a pesar de elogiar las decisiones de la Corte, Fabio Giraldo Isaza afirma que si la inflación y la tasa de interés no siguen trayectorias similares, entonces "las CAV, o quien realice este tipo de operaciones se expondrán a riesgos serios de iliquidez y a pérdidas patrimoniales inmanejables", por lo cual, "mientras no se disene un nuevo andamiaje institucional, creíble, el crédito de largo plazo dormirá como la UPAC del profesor Currie, un largo sueño, lleno de pesadillas e ilusiones trastradas", *op. cit.*, p. 123.

carios de clase media y alta, quienes han sido en general los usuarios del sistema UPAC, lo cual dista de ser equitativo¹⁸. En el mismo sentido, en los debates en el Congreso el ministro de Hacienda destacó que el fallo creaba "una inmensa paradoja en el crédito hipotecario", por lo cual era necesario establecer un impuesto que "financie un gran fondo, que provea una especie de seguro de tasa de interés, de tal manera que el banco hipotecario se pueda aventurar a prestar en una moneda a pesar de que esté captando en otra"¹⁹.

Los críticos argumentan también que la decisión de eliminar la capitalización de intereses en los programas de financiación de vivienda tiene como verdadero efecto que menos colombianos de escasos ingresos podrán acceder a la vivienda, pues las cuotas serían excesivamente altas. El argumento, expresado en el salvamento de Cifuentes y Naranjo a la sentencia C-747 de 1999, y en numerosas intervenciones de economistas y de representantes de agremiaciones financieras²⁰, puede ser resumido así: en una economía inflacionaria, la tasa de interés nominal incorpora no sólo la remuneración del dinero (componente real) sino que también busca compensar la pérdida de poder adquisitivo del capital. Esto significa que los pagos de intereses constituyen en la práctica un abono parcial al capital, de suerte que si no hay capitalización, entonces una proporción importante del crédito sería cancelada durante los primeros años del plazo, con cuotas muy altas. Por ende, si se quiere que haya créditos de largo plazo, con cuotas bajas, tiene que

18. Véase su salvamento de voto a la sentencia C-747 de 1999.

19. Véase su intervención en la plenaria del Senado del 9 de noviembre de 1999 en *Gaceta del Congreso*, No. 444, 17 de noviembre de 1999, p. 48.

20. Un resumen pedagógico de esta tesis se encuentra en Banco de la República. *Reportes del Emisor*, No. 4, 1999.

admitirse la capitalización, tal y como lo muestra el siguiente ejemplo:

Supóngase que una persona quiere comprar una vivienda de 50 millones de pesos y se endeuda en el 70% del valor del inmueble, es decir, toma un préstamo por 35 millones de pesos, a quince años, a una tasa de interés de corrección monetaria más 10 puntos. Para efectos del ejemplo, vamos a suponer que la corrección monetaria se mantiene constante en 17% y que las cuotas, en el caso del préstamo con capitalización de intereses, suben anualmente con la inflación.

En el esquema de capitalización de intereses la cuota mensual durante el primer año es de \$318.715 y sube anualmente con la inflación. Es decir, se mantiene constante en términos reales durante toda la vigencia del crédito. Si no se capitalizaran los intereses, la cuota mensual fija durante todo el período sería de \$724.203 (...). Nótese que durante los primeros cinco años de amortización del crédito la cuota fija en términos reales sería mayor que la cuota bajo el esquema de capitalización de intereses.

Otra gran diferencia entre los dos esquemas es que, considerando que la cuota no debe exceder el 30% del ingreso de la persona, para acceder a un crédito sin capitalización de intereses la persona tendría que tener un ingreso mensual superior a \$2.414.010, mientras que bajo el esquema de capitalización de intereses su ingreso sólo tendría que ser mayor o igual a \$1.062.383, es decir, menos de la mitad del primer caso. El sistema de capitalización de intereses, por lo tanto, hace que los créditos sean accesibles a persona de menores ingresos.

Sin capitalización de intereses, las cuotas son obligatoriamente más altas y en el fondo, en términos reales, gran parte del capital es pagado

en los primeros cinco años. Así, en el ejemplo anterior, los cálculos muestran que en esos primeros años, si no hay capitalización, el deudor redime casi un 65% de la deuda, lo cual muestra que sin ese mecanismo financiero "un crédito otorgado nominalmente a 15 años se paga en una alta proporción durante los tres o cuatro primeros años"²¹.

Finalmente, algunos cuestionaron la decisión de la Corte de ordenar genéricamente la reliquidación de todos los créditos hipotecarios, puesto que no todos los deudores se encontraban en la misma situación. Así, algunos de ellos eran personas de altos ingresos que estaban adquiriendo viviendas muy costosas, por lo cual no parecía equitativo que recibieran subsidios de parte del presupuesto general, ya que esos dineros podían ser dedicados a programas de inversión social en beneficio de los sectores más pobres.

c) Evaluación de las críticas

Como hemos visto, las objeciones a las sentencias de UPAC han sido muy severas. Según los críticos, no sólo estas providencias están mal sustentadas y desconocen la propia jurisprudencia constitucional y la cosa juzgada, sino que, además, la Corte entró a decidir un asunto no justiciable, con lo cual desbordó sus atribuciones e invadió las competencias de los órganos políticos. Y, como si fuera poco, las decisiones serían materialmente equivocadas e injustas. A pesar de que desde el inicio de sus labores la actividad de la Corte ha generado muchas polémicas, en ocasiones muy agudas, muy pocas veces sus sentencias habían recibido acusaciones tan severas. Es, pues, indispensable evaluar la validez y pertinencia de estas críticas.

21. Véase Banco de la República, *Reportes del Emisor*, No. 4, 1999, p. 2.

1. Consistencia jurisprudencial, cosa juzgada y seguridad jurídica

Por considerar que son las menos interesantes e instructivas, comienzo por las objeciones sobre supuestos cambios jurisprudenciales y rupturas de la cosa juzgada constitucional.

Según mi parecer, los críticos aciertan en señalar la importancia que tiene en un Estado de derecho que la jurisprudencia sea coherente en el tiempo. Y es que el respeto al precedente cumple funciones esenciales en un sistema jurídico, pues genera seguridad jurídica, preserva la igualdad entre los operadores jurídicos y representa un límite a la discrecionalidad judicial. Por ello es grave que un tribunal varíe injustificadamente su doctrina o desconozca la cosa juzgada. Ahora bien, es cierto que en ocasiones, pero no con la frecuencia que se le imputa, la Corte ha sido inconsistente con sus precedentes, y ese comportamiento es criticable²². Sin embargo, en relación con las sentencias UPAC, los cuestionamientos no me parecen sustentados, pues no es cierto que esas decisiones hayan desconocido la

22. Como lo ha mostrado con claridad Diego López (véase su texto *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2000), muchas de las críticas a las supuestas contradicciones jurisprudenciales de la Corte derivan de carencias metodológicas que existen en nuestro medio para un adecuado análisis de la labor de los jueces. Así, en muchas ocasiones, los críticos se limitan a oponer párrafos descontextualizados de dos sentencias, que pueden ser conceptualmente incompatibles, pero sin analizar verdaderamente si existe o no una contradicción entre el núcleo de la argumentación de la Corte (*ratio decidendi*) y el sentido real de la decisión en los dos casos, que es lo más importante. Según ese autor, un mejor examen de la jurisprudencia constitucional, que tome en cuenta los hechos de los casos, los ejes de la motivación y la orientación de las decisiones, permite mostrar que la labor de la Corte ha tendido a ser consistente y ha permitido consolidar claras líneas jurisprudenciales en los temas de mayor relevancia.

cosa juzgada o alterado, sin justificación, una determinada línea jurisprudencial.

Así, el ataque contra la sentencia C-700 de 1999 fue que ésta habría desconocido que la sentencia C-252 de 1994 ya había declarado exequible el Decreto 663 de 1993. Sin embargo, en este punto, creo que la sentencia C-700 de 1994 acierta en señalar que la cosa juzgada de la sentencia C-252 de 1994 era relativa, como lo muestra el hecho de que en varias decisiones posteriores, la Corte, en forma unánime, hubiera analizado la constitucionalidad material de muchas disposiciones contenidas en ese decreto, sin que su declaratoria de exequibilidad previa por la sentencia C-252 de 1994 hubiera sido un obstáculo. Era evidente que la cosa juzgada derivada de esa sentencia C-252 de 1994 se extendía exclusivamente a los puntos estudiados por la Corte. Ahora bien, esa sentencia C-252 de 1994 analizó únicamente si el Gobierno había o no violado la prohibición de expedir códigos por medio de facultades extraordinarias (CP art. 150 ord 10) al promulgar el Decreto 663 de 1993, y concluyó que no era así, pues las normas que conferían las facultades extraordinarias (arts. 25 de la Ley 45/90 y 36 de la Ley 35/93) no autorizaban al Gobierno a expedir un código sino a sistematizar e incorporar en un solo cuerpo jurídico la legislación existente. Por ello la Corte declaró la constitucionalidad de las normas habilitantes y, como consecuencia, también de los decretos acusados que fueron expedidos en virtud de ellas, entre los cuales estaba el Decreto 663 de 1993. Pero es obvio que la declaración de exequibilidad solo implicaba cosa juzgada sobre los asuntos estudiados por esa sentencia C-252 de 1994. Y esa providencia, en ningún momento, analizó si las disposiciones sobre UPAC contenidas en ese decreto eran propias de una ley marco, y no podían entonces ser expedidas por un decreto ley. Por consiguiente, no había cosa juzgada sobre ese punto, por lo cual bien podía la sentencia

C-700 de 1999 entrar a debatir ese importante problema de competencia.

Creo entonces que no hubo ninguna vulneración de la cosa juzgada y que la crítica en este aspecto ha sido infundada. El error de los salvamentos de voto de Tafur, Cifuentes y Naranjo estriba en creer que, como la sentencia C-252 de 1994 había examinado un problema de competencia, y había concluido que el Decreto 663 de 1993 no había incurrido en él, entonces se entendía que no podía debatirse ningún eventual vicio de competencia sobre ese decreto. Pero esa conclusión es equivocada, por cuanto existen diversos vicios de competencia en que puede incurrir el Gobierno al expedir un decreto ley, por lo cual la cosa juzgada de la sentencia C-252 de 1994 se extendía al vicio específicamente estudiado en esa providencia.

Las otras críticas sobre un eventual e injustificado cambio jurisprudencial se relacionan con la intensidad del control constitucional a la actividad económica. Según ellas, de ser muy deferente con los órganos políticos en materia económica, la Corte habría entrado a intervenir vigorosamente en ese ámbito. Ahora bien, esa objeción se vincula directamente a la fundamentación y contenido de las sentencias sobre UPAC, por lo cual la analizaré conjuntamente con el estudio de los reparos al contenido material de esas providencias.

2. Los problemas argumentativos de las sentencias

Pienso que algunas de las objeciones basadas en la eventual opacidad e inconsistencia de estas sentencias carecen de todo sustento. Por ejemplo, la crítica sobre la presunta contradicción lógica en que incurrió la Corte al recurrir a una inconstitucionalidad diferida del sistema UPAC, tal y como lo hizo la sentencia C-700 de 1999, es totalmente infundada. Como lo expliqué anteriormente en la primera parte de este traba-

jo²³, esta práctica de modular los efectos temporales de un fallo es no sólo usual en el constitucionalismo contemporáneo, sino que representa, en muchos casos, la única herramienta de que disponen los jueces constitucionales para enfrentar ciertos problemas complejos en este campo. Es más, como intentaré mostrarlo posteriormente, el recurso a una modalidad de constitucionalidad temporal, o inconstitucionalidad diferida, era la alternativa más razonable que tenía la Corte para resolver adecuadamente los problemas jurídicos suscitados por el sistema UPAC.

En ese mismo contexto, creo que también es injusta la apreciación de que en la sentencia C-700 de 1999, la Corte se refugió en formalismos, en vez de estudiar la constitucionalidad material del sistema UPAC, pues no sólo en las otras dos providencias (sentencias C-383/99 y C-747/99) ese tribunal analizó los problemas materiales de este mecanismo financiero, sino que, además, los asuntos de competencia distan de ser puros formalismos. Es muy importante que un tribunal constitucional defina si una determinada materia puede ser regulada por el Gobierno, o si la normatividad correspondiente sólo puede ser expedida directamente por el Congreso, por lo cual las definiciones doctrinarias de la sentencia C-700 de 1999 distan de ser nimias. Es más, según muchos estudiosos, la resolución de los conflictos de competencia entre los distintos órganos del Estado constituye una de las tareas centrales de cualquier tribunal constitucional.

Algunos de estos cuestionamientos son entonces infundados. Sin embargo, los críticos aciertan en señalar que estas sentencias tienen problemas graves en su motivación, pues la argumentación es precaria, inconsistente y oscura. En especial, la Corte no demostró sólidamente que la capitalización de intereses y la vin-

²³ Véase supra, I, b, 2.

culación de la corrección monetaria a la tasa de interés fueran sistemas de financiación *per se* inadecuados e injustos. Y esto es muy grave, pues estas dos afirmaciones constituyen la base de las decisiones C-383 de 1999 y C-747 de 1999, por lo cual, si esos dos enunciados no se encuentran adecuadamente sustentados, difícilmente podemos defender la corrección jurídica de esas sentencias. Es pues necesario abordar un poco más en detalle estos dos problemas.

Así, como vimos, el argumento esencial de la sentencia C-383 de 1999 es que la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés es inconstitucional, ya que es un sistema de financiación (i) inadecuado, (ii) inequitativo y (iii) contrario a la democratización del crédito. Pero el sustento de esas tres afirmaciones es precario. En primer término, la sentencia no ofrece ninguna explicación de porqué ese mecanismo pugna con la democratización del crédito, sino que simplemente en el párrafo 4.9 así lo afirma. Puede que ese enunciado sea cierto, pero no está sustentado y dista de ser evidente, pues podría sostenerse que de esa manera las CAV podrían captar más recursos, al ser más competitivas, y podrían entonces facilitar más préstamos para vivienda, con lo cual el crédito sería más democrático. Estamos pues frente a una ausencia de argumentación y comprobación empírica que obviamente es inadmisibles, ya que equivale a una petición de principio²⁴.

24. Este sería entonces un caso en donde tiene razón la crítica que Hugo Palacio Mejía formula contra la excesiva flexibilidad con que las sentencias constitucionales manejan la prueba empírica de sus afirmaciones. Véase su texto "En busca de un control constitucional eficiente" en *Corte Constitucional y economía*, Bogotá: BID, Uniandes, mimeo, 2000, pp. 15 y 16, en donde refiriéndose precisamente a este tipo de argumentos, Palacio indica que mientras que en un proceso civil de poco impacto social todo debe estar probado en el expediente,

En segundo término, la explicación del carácter inequitativo de vincular la corrección monetaria a la tasa de interés es confusa. Así, la consideración 4.11 afirma que ese mecanismo "rompe el equilibrio de las prestaciones, de tal manera que ello apareja como consecuencia un aumento patrimonial en beneficio de la entidad crediticia prestamista y en desmedro directo y proporcional del deudor". Sin embargo, esa explicación es muy breve y un poco enigmática, pues no se entiende su sentido; pero es más, si le atribuimos un significado, éste es insatisfactorio, pues no es claro que ligar la corrección monetaria a la tasa de interés de mercado enriquezca a la entidad financiera prestamista, por la sencilla razón de que, al ser modificada la regla de corrección monetaria, esas entidades —a saber las CAV— debieron remunerar a sus ahorradores también con base en esa tasa de interés. Por ende, si bien es cierto que ese mecanismo permitió que las CAV cobraran más a sus deudores hipotecarios, lo cierto es que también debieron pagar más a sus ahorradores. ¿En donde está entonces su "aumento patrimonial"? No aparece claramente por ninguna parte²⁵, y ello es así por una sencilla razón: porque para una CAV, en estricto sentido, da lo mismo que la corrección monetaria esté vinculada a la inflación o a la tasa de interés, pues en ambos casos su beneficio deriva del margen de intermediación, que resulta de la diferencia entre la tasa activa de préstamo y la tasa pasiva de captación. Por consiguiente, si las dos tasas están

te, en cambio, en estos juicios de constitucionalidad, que tienen una enorme trascendencia social, los jueces se sienten autorizados a prescindir de las pruebas de los hechos, y efectúan afirmaciones que un científico social no se atrevería a hacer "sin un amplio y concienzudo estudio de campo". Por ello, como bien señala Fabio Giraldo Isaza, aunque no sea muy popular reconocerlo, la mayor corrección monetaria "no se fue exclusivamente a los bolsillos de los intermediarios financieros, llegó a los ahorradores, constructores y especuladores inmobiliarios", *op. cit.*, p. 129.

vinculadas a la inflación, como lo hacía el sistema UPAC en los años setenta, o por el contrario se encuentran ligadas a la tasa de interés de mercado, como ocurrió en los años noventa, el asunto es irrelevante para determinar la rentabilidad de las CAV, que dependerá en todo caso del margen de intermediación. El problema ha sido entonces otro: que al abandonarse, durante la administración Gaviria, el sistema de banca especializada y pasar a un esquema de banca múltiple, las CAV perdieron su monopolio en la captación de ahorros a la vista para financiación de vivienda, y por ello presionaron a las autoridades para modificar la corrección monetaria, a fin de poder ser competitivas frente a las otras entidades financieras en la captación de ahorros. La modificación del sistema de cálculo de la corrección monetaria no fue entonces un mecanismo para enriquecer a las CAV, en detrimento de los deudores, sino una consecuencia del tránsito de un sistema de banca especializada a una mayor desregulación financiera en un esquema de banca múltiple. Ahora bien, si la Corte quería cuestionar esa transformación del sistema financiero de banca especializada a banca múltiple, debió señalarlo de manera explícita, presentando además las razones por las cuales ese cambio era inconstitucional. Pero ninguna de las sentencias UPAC menciona siquiera tangencialmente este problema, con lo cual la argumentación se hace muy oscura.

La sentencia también ofrece otra muy breve explicación sobre la presunta injusticia de esta metodología de cálculo de la corrección monetaria, y es la siguiente: en las consideraciones 4.5 a 4.7, la Corte sostiene que actualizar, con base en la inflación, un crédito es legítimo, pero que es inequitativo y "destruye el equilibrio entre lo que se debía inicialmente y lo que se paga efectivamente" que la corrección monetaria incluya la variación de las tasas de interés, por cuanto se introduce "un nuevo factor, el del rendi-

miento del dinero, es decir los réditos que éste produce, que resulta ajeno a la actualización del valor adquisitivo de la moneda, pues, como se sabe son cosas distintas el dinero y el precio que se paga por su utilización, el cual se determina por las tasas de interés".

Este argumento tampoco me parece claro por las siguientes dos razones. De un lado, en una economía inflacionaria como la colombiana, la tasa de interés nominal no representa únicamente la remuneración por el dinero prestado sino que también busca compensar la pérdida de poder adquisitivo del capital, por lo cual la distinción rígida planteada por la sentencia entre "rendimiento del dinero" y "actualización del capital" no es tan clara en la práctica. No es cierto que el interés nominal —que es el que se ve reflejado en el DTF— constituya únicamente una remuneración por el uso del dinero, pues esa tasa busca también compensar la inflación. De otro lado, el cambio radical en la metodología de la corrección monetaria en los años noventa no consistió en agregar a la actualización por inflación otro componente basado en la variación de la tasa de interés, como equivocadamente lo sugiere la sentencia, sino en sustituir el IPC (índice de precios) por el DTF, como patrón de referencia, para realizar la actualización de la UPAC. Por ello el artículo 16 de la Ley 31 de 1992, estudiado por la Corte en esa sentencia, señala que la UPAC debe reflejar los movimientos de la tasa de interés, y con base en esa norma, el Banco de la República estableció, en la resolución No 18 de 1995, que el valor en pesos de la UPAC sería "equivalente al 74% del promedio móvil de la tasa DTF efectiva". Y fue precisamente ese cambio el que fue cuestionado por la Corte. Por todo lo anterior, la tesis de que el cálculo de la UPAC con base en la tasa de interés rompe la equidad entre el deudor y la entidad financiera no está justificada en la sentencia.

Con todo, y tratando de conferir un significado más profundo a aquellos breves y un poco enigmáticos apartes en donde la Corte se refiere a la ruptura de la equidad contractual, podría decirse que ésta surge por cuanto el deudor queda sometido a pagar un crédito, cuya evolución no puede controlar, en la medida en que su monto depende de la evolución de la tasa de interés, que a su vez está condicionada por la política macroeconómica, y en especial por las decisiones monetarias y crediticias del Banco de la República. Este argumento es muy relevante, como intentaré mostrarlo posteriormente, al ofrecer una fundamentación alternativa al caso UPAC; y es esencial porque explica no sólo una cierta inequidad contractual sino además la potencial inadecuación del sistema, como mecanismo de financiación para la adquisición de vivienda a largo plazo. Pero lo cierto es que esa explicación en ninguna parte se encuentra explícita en estas sentencias.

Por todo lo anterior, la tesis de que el cálculo de la UPAC con base en la tasa de interés rompe, *per se*, la equidad entre el deudor y la entidad financiera, y permite una suerte de enriquecimiento indebido de las CAV no sólo no me parece adecuadamente justificada en las sentencias de la Corte, sino que, además, es conceptualmente equivocada. ¿Significa esto que el comportamiento del sector financiero no tuvo ninguna incidencia ni responsabilidad en el desencadenamiento de la crisis de los deudores hipotecarios? En manera alguna; creo que efectivamente esas entidades, así como las autoridades estatales encargadas de su vigilancia, comparten una dosis importante de culpa en el desencadenamiento de la crisis. Pero esa responsabilidad no deriva de que la vinculación de la corrección monetaria a la DTF rompa en sí misma el equilibrio contractual entre la CAV y el deudor hipotecario, sino de otros factores que llevaron a un comportamiento irresponsable de las entidades financie-

ras entre 1990 y 1997, al menos en tres aspectos. En primer término, porque al abandonarse la banca especializada, los márgenes de intermediación en los préstamos para vivienda aumentaron enormemente. Así, mientras que a comienzos de 1988, esos márgenes eran de 5%, subieron a 14 puntos en 1991, y en 1997 llegaron a superar el 18%²⁶. Son márgenes excesivos, tal vez unos de los más altos del mundo, y que indudablemente permitieron un enriquecimiento considerable, y poco justificado, de las entidades financieras²⁷. De otro lado, la euforia especulativa que se vivió en ese período, y la feroz competencia por la captación de los ahorros, llevó a las entidades financieras a ofrecer créditos con unas primeras cuotas artificialmente bajas y con productos financieros poco transparentes y entendibles por los deudores, las llamadas "supermínimas". Finalmente, porque esa misma euforia especulativa llevó a flexibilizar indebidamente las garantías de pago que debían presentar los deudores para acceder a estos créditos²⁸. Las sentencias debieron entonces estudiar explícitamente esos fenómenos, si querían sustentar la afirmación de que había habido un enriquecimiento indebido del sector

26. Véanse los datos presentados por José Félix Izaurre Rivera, "UPAC, UVR: ¿Se repetirá la historia?", en *Economía Colombiana*, noviembre de 1999, No. 276, pp. 48 y 49.

27. Lo que dicho sea de paso, pone en cuestión la estrategia misma de liberación financiera adelantada, a partir del Gobierno Gaviria. El sustento de esas reformas era que el exceso de regulación y la protección a sectores privilegiados, como las CAV, evitaba una sana competencia por la captación y canalización de los ahorros a los sectores más competitivos. Esto explicaba, según los defensores de la liberalización, la precariedad del mercado de capitales y las altas tasas de intermediación en Colombia. Pero lo cierto es que desmentado la banca especializada, el resultado fue una subida espectacular de las tasas de intermediación. Algo no ha funcionado.

28. Sobre esta evolución, véase el texto citado de Juan Carlos Echeverry *et al*.

financiero. Pero no lo hicieron, con lo cual la argumentación de la Corte carece de fuerza persuasiva.

En ese mismo contexto, tampoco me parece sólido el argumento que invoca la sentencia para afirmar que la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés constituye un mecanismo inadecuado para financiar la adquisición de vivienda a largo plazo. El sustento de la Corte es nuevamente muy breve, pues simplemente señala que ese sistema desborda la capacidad de pago de los adquirentes, sobre todo si se tiene presente que los ingresos de los trabajadores y capas medias no se reajustan tomando en cuenta la tasa de interés sino otros criterios. Ahora bien, esa afirmación, que es la única que explícitamente sirve de piso a la tesis de que ese sistema de corrección monetaria es inapropiado, suscita al menos dos reparos, que fueron explícitamente señalados por los salvamentos de voto y por los críticos externos. De un lado, si la economía no está en recesión, y las tasas de interés no son muy altas en relación con el aumento de los ingresos nominales de los deudores, entonces el sistema puede perfectamente funcionar. Fueron entonces factores coyunturales los que generaron las dificultades del sistema, y en especial tres: (i) el incremento del desempleo, que pasó de 8% en 1992 a 20% en 1998, lo cual disminuyó radicalmente los ingresos de muchos adquirentes; (ii) la crisis de la construcción, que hizo caer los precios de la vivienda y desvalorizó radicalmente el principal activo de los deudores hipotecarios; y (iii) la política monetaria restrictiva del Banco de la República, que elevó enormemente las tasas de interés, y por ende aumentó astronómicamente la corrección monetaria y las deudas hipotecarias. Pero, y en eso los críticos tienen razón, esos factores coyunturales pudieron no presentarse y el mecanismo pudo funcionar. No puede entonces declararse inadecuado e inconstitucional un sistema que potencialmente puede funcionar. La objeción de Cifuentes y Naranjo a

la sentencia C-383 de 1999 es contundente: la Corte convirtió "en problema de constitucionalidad un episodio ocurrido en la vida de un producto financiero que atraviesa por un momento de crisis". En tal contexto, si la Corte quería demostrar que ese mecanismo era en sí mismo inapropiado, debió haber refutado esas objeciones, esto es, debió haber mostrado que, por utilizar una metáfora arquitectónica, la crisis del sistema no derivaba de un temblor coyuntural sino de defectos estructurales de diseño. Es posible que así sea, pero las sentencias no lo demostraron.

De otro lado, incluso si existe un desfase considerable entre las tasas de interés y la inflación, el sistema puede seguir funcionando con ciertos correctivos. Por ejemplo, según ha indicado Kalmanovitz, para ello hubiera bastado establecer "un seguro para cubrir alzas excesivas de las tasas de interés, y un techo sobre ésta que fuera compatible con el ingreso de los deudores"²⁹. Por tanto, no parece cierto que atar la corrección monetaria a la tasa de interés sea siempre y en todos los casos un sistema inadecuado para financiar vivienda.

Coincido entonces con los críticos en que la sentencia C-383/99 no justificó adecuadamente la inconstitucionalidad de la vinculación de la corrección monetaria a la tasa de interés. En ese mismo contexto, considero que las explicaciones de la sentencia C-747/99 sobre la inadecuación y el carácter inequitativo de la capitalización de intereses en la financiación de la vivienda tampoco son convincentes, pues esa providencia se limita a repetir las tesis de la sentencia C-383 de 1999. Pero ese procedimiento argumentativo es muy discutible, no sólo porque, como intenté mostrarlo, la fundamentación de la sentencia C-383/99 es

29. Salomón Kalmanovitz, *op. cit.*, p. 126.

precaria sino, además, porque los temas son distintos: en un caso, se trataba del examen de la capitalización de intereses mientras que el otro estudió de la fórmula de cálculo de la corrección monetaria. Así, al trasladar mecánicamente los argumentos de una sentencia a la otra, en el fondo lo que sucedió fue que la Corte no adelantó ninguna explicación específica sobre la posible inconstitucionalidad de la capitalización de intereses ni refutó los argumentos de los defensores de ese producto financiero. Así, Cifuentes y Naranjo tienen razón en señalar que la sentencia es inconsistente ya que no explica por qué la capitalización es útil y adecuada para otras esferas económicas, pero se torna inconstitucional en el campo de la vivienda. La única consideración de la Corte para justificar esa diferencia es una referencia genérica y abstracta al derecho a la vivienda, pero esta mención es enigmática, pues si un mecanismo financiero es útil en las actividades económicas ordinarias, ¿por qué debemos excluirlo cuando se trata de promover la satisfacción de un derecho constitucional?

La sentencia C-747/99 tampoco intenta desvirtuar la objeción según la cual la capitalización es necesaria en una economía inflacionaria a fin de que las primeras cuotas no sean excesivamente altas para el deudor, sino que la Corte simplemente postula que ese mecanismo desborda la capacidad adquisitiva del deudor. Y es posible que ello ocurra en ciertas coyunturas, pero no tiene por qué ser así en todos los eventos, por lo cual no podía condenarse el mecanismo en bloque. Finalmente, la inequidad de la capitalización de intereses no es siquiera explicada. Y no parece que ella, en sí misma, rompa el equilibrio contractual entre la entidad financiera y el deudor, pues si éste no cancela los intereses de un período, no creo que exista una objeción, en términos de justicia retributiva y de equidad, para que ese monto sea capitalizado y cause intereses. En efecto, si el deudor cancela todos los in-

tereses, entonces la entidad financiera puede usar esos dineros para otorgar nuevos préstamos, que le serán remunerados; por ende, parece equitativo que si las partes acuerdan que durante un cierto tiempo el deudor no pagará la totalidad de los intereses, entonces el monto no cancelado puede ser capitalizado por el acreedor.

Fuera de los anteriores defectos argumentativos, estas sentencias también tienen ambigüedades en la doctrina que establecen y en su parte resolutive. Así, mucho se discutió si la Corte había ordenado una reliquidación retroactiva de los créditos hipotecarios, o exclusivamente hacia el futuro. Y si era retroactiva, no era tampoco evidente a partir de qué fecha debía ser adelantada ni con base en qué criterios. Por su parte, la prohibición de la capitalización de intereses generó inicialmente cierta perplejidad, pues algunos apartes de la sentencia C-747 de 1999 sugerían que la Corte había prohibido la capitalización del interés nominal, mientras que otros fundamentos indicaban que únicamente la capitalización del interés real o remuneratorio había sido proscrita. La diferencia entre una u otra determinación es grande pues, como ya se señaló, en una economía inflacionaria el interés nominal, fijado por el mercado o por el comportamiento de los agentes oligopólicos, incorpora dos componentes: uno que simplemente refleja la desvalorización de la moneda (ajuste por inflación) y otro que busca remunerar al acreedor (interés real o remuneratorio). Ahora bien, una parte de la sentencia C-747 de 1999 admite la actualización de la deuda, de acuerdo con la inflación, con lo cual se entendería que la prohibición de la capitalización sólo recae sobre el interés real, pero cuando la providencia se refiere específicamente a la exclusión de la capitalización de intereses, no distingue entre los diversos componentes del interés nominal, con lo cual podría entenderse que estaba proscrita la capitalización de cualquier componente del

interés nominal. Aunque yo creo que una lectura muy atenta de la sentencia C-747 de 1999 permite concluir que la Corte sólo eliminó la capitalización del interés real, la argumentación era tan oscura, que la ambigüedad se presentaba³⁰, y sólo vendría a ser eliminada con la sentencia C-955 de 2000, que en sus fundamentos 4, 5 y 6 estudió en detalle el punto, y precisó que era la capitalización del interés real la que se encontraba proscrita.

3. El debate sobre la justiciabilidad

La fundamentación de las sentencias C-347, C-700 y C-747 de 1999 sobre UPAC es entonces ambigua, lo cual es grave, pues la legitimidad de una decisión judicial depende en gran medida de la solidez de su argumentación. En efecto, el juez, al no tener origen democrático, no puede fundar sus determinaciones en su mera voluntad, sino que tiene el deber democrático de demostrar, por medio de una adecuada motivación, que ha alcanzado la mejor decisión posible de acuerdo con los lineamientos que le impone el ordenamiento. Y no es evidente que esas tres sentencias hayan logrado ese cometido. Además, esos defectos argumentativos se proyectaron sobre el sentido mismo de la doctrina establecida y de las decisiones tomadas, que no siempre fueron claras, como intenté mostrarlo en los párrafos precedentes.

Una obvia pregunta surge: ¿Derivan esas dificultades del hecho de que la Corte se extralimitó e intentó dirimir una "cuestión política", que no era justicia-

30. Eso explica que incluso el salvamento de Cifuentes y Naranjo a esa sentencia asuma, en ciertos pasajes, que la Corte había eliminado la capitalización de todo interés nominal, como lo muestra la transcripción que esos magistrados hacen de un documento del Banco de la República, que justifica la capitalización de intereses en gran medida por el impacto que tiene la inflación sobre la tasa nominal.

ble constitucionalmente³¹, como lo sugieren algunos salvamentos de voto y muchos críticos? Según mi parecer, la respuesta a ese interrogante es negativa, pues la Constitución y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconocen el derecho a la vivienda como un derecho de las personas. Por consiguiente, las mayorías políticas no gozan de discreción para decidir si elaboran o no políticas destinadas a lograr que las personas accedan a un lugar digno en donde habitar; están obligadas a tomar medidas encaminadas en esa dirección, debido precisamente a la existencia de ese derecho humano a la vivienda digna. En tal contexto, es natural que este derecho, para que sea verdaderamente un derecho, en el sentido jurídico del término, requiere que existan mecanismos para ampararlo judicialmente, incluso contra las mayorías políticas, pues de no ser así, estaríamos frente a un mero deseo del Constituyente, o a una cláusula puramente programática, lo cual desnaturaliza la fuerza jurídica de estos mandatos, tal y como intenté mostrarlo en la primera parte de este artículo. Por ende, debemos asumir que, en principio, debe ser posible alguna forma de protección judicial de este derecho a la vivienda.

Por otra parte, el problema, como lo señalé anteriormente, es que la protección judicial de estos derechos es compleja debido a que, por su naturaleza prestacional, son de realización progresiva, y corres-

31. La noción de "cuestión política" (*political question*) proviene de Estados Unidos, en donde la Corte Suprema ha asumido que existen temas que escapan al control judicial, ya sea porque la Constitución confiere al poder ejecutivo y legislativo la decisión exclusiva de esos asuntos, o porque resulta imposible construir estándares judiciales confiables en esas materias. Como es obvio, esa doctrina ha suscitado importantes polémicas. Véase por ejemplo el caso *Baker vs Carr* decidido por la Corte Suprema en 1962.

ponde en principio a la ley definir no sólo los mecanismos y procedimientos para su satisfacción sino incluso el contenido y alcance de las obligaciones estatales en un periodo histórico específico. Por ello, mientras que es más fácil establecer cuándo un Estado desconoce la libertad de expresión o vulnera la intimidad, pues esos derechos tienen un contenido definido directamente por la Constitución o por la doctrina, es mucho más difícil determinar si el Estado ha incumplido o no sus obligaciones en materia de derechos sociales, y si una regulación legal concreta viola o no un derecho específico de esta naturaleza. Pero que esa dificultad exista no significa que sea imposible que estos asuntos sean dirimidos en sede judicial. Y es que sostener que el tema de la adecuación de los sistemas de financiación de vivienda es una "cuestión política" que escapa a la justicia constitucional, equivale simple y llanamente a derogar las normas constitucionales e internacionales que reconocen el derecho a la vivienda digna y obligan al Estado a establecer mecanismos para que las personas puedan acceder a un lugar de residencia satisfactorio. En el fondo, creo que los magistrados Cifuentes y Naranjo tomaron conciencia de que defender una tesis radical sobre la no justiciabilidad de este tema, que habían planteado en la sentencia C-347 de 1999, implicaba no tomar en cuenta el mandato constitucional sobre el derecho a la vivienda, y por ello en el salvamento a la sentencia C-747 de 1999 matizan, en forma significativa, su posición. Así, en esta última providencia, estos magistrados no sostienen que la "adecuación" de un sistema de financiación de vivienda sea un tema extraño a la justicia constitucional sino que simplemente objetan que la sentencia no logró demostrar que la capitalización de intereses fuera un mecanismo financiero no idóneo.

Una cosa es entonces reconocer que es muy complejo determinar judicialmente si un sistema de financiación de vivienda es adecuado o no, y otra muy

distinta es argumentar que debido a esa dificultad el asunto no es justiciable. Por consiguiente, el camino en materia de derechos sociales es otro; no podemos negar *ab initio* la justiciabilidad del tema, sino que debemos progresivamente construir pautas que permitan establecer, con rigor y previsibilidad, si una ley viola o no un derecho social. Por ello, en el caso UPAC, el procedimiento metodológico apropiado era comenzar por señalar qué elementos permitían controlar judicialmente si un sistema de financiación de vivienda era adecuado o no para, con base en esos criterios, proceder a analizar la regulación financiera acusada.

Ahora bien, a pesar de la dificultad del asunto, creo que es posible construir unas pautas elementales, a partir de dos ideas complementarias, que suponen en el fondo asumir una posición intermedia entre la motivación de las sentencias de la Corte y la argumentación de sus críticos.

La primera idea es que estamos frente a un tema complejo que pone en juego múltiples variables económicas, con interrelaciones muy difíciles de prever, y con consecuencias importantes sobre el goce de otros derechos constitucionales. Además, es evidente que los jueces constitucionales no gozan de ninguna destreza analítica particular, ni de ninguna posición institucional especial, que les permita tener mayor sabiduría para definir este asunto, que aquella que poseen los ciudadanos o sus representantes políticos. No existe entonces ninguna razón para sustraer la delimitación del sistema de financiación de vivienda al principio democrático, por lo cual el legislador debe contar con una amplia discrecionalidad para definir cuáles son los mecanismos idóneos para hacer efectivo ese derecho. En el caso colombiano, esa conclusión es todavía más clara, pues la Constitución no establece concretamente cómo debe satisfacerse ese

derecho, sino que se limita a señalar que el Estado debe promover la vivienda de interés social y que debe existir un sistema adecuado de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de esos programas (CP art. 51).

Esta primera idea implica entonces que estamos en un terreno en donde el juez constitucional debe evitar, hasta donde sea posible, constitucionalizar las características concretas que debe tener un sistema de financiación de vivienda, pues estaría cerrando un tema que, por razones de conveniencia y de legitimidad, debe quedar abierto a la deliberación democrática. Pero, y esa es la segunda idea, la apertura política del tema no significa que no exista ninguna forma de evaluar judicialmente la "adecuación" de un sistema de financiación de vivienda, pues no sólo la doctrina internacional ha construido criterios para evaluar el cumplimiento por los estados de las obligaciones internacionales en este campo³², sino que, además, la Constitución establece también ciertas pautas relevantes.

Así, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que es el intérprete autorizado del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y cuya doctrina es entonces esencial para interpretar el alcance de los derechos constitucionales (CP art. 93)³³, ha desarrollado con cierta amplitud el contenido obligatorio del derecho humano a la vivienda en sus observaciones generales No 4 del 13 de diciembre de 1991 y No. 7 del 20 de mayo de 1997. En particular, en el punto

8 de la Observación 4, el Comité desarrolla los elementos de ese derecho que deben ser tomados en cuenta en todos los casos para evaluar el cumplimiento de las obligaciones estatales, y específicamente establece el principio del "respeto a la capacidad de pago de las personas", en los siguientes términos:

Capacidad de pago. *El costo financiero de la vivienda para los individuos o para los hogares debe situarse a un nivel tal que no amenace ni comprometa la satisfacción de otras necesidades fundamentales.* Los Estados partes deben actuar de manera tal que, en forma general, los costos ligados a la vivienda no sean desproporcionados en relación con los ingresos. Los Estados partes deben prever subsidios de vivienda para aquellos que no tienen medios para pagarla, y modalidades y niveles de financiamiento de la vivienda que reflejen fielmente las necesidades en la materia. De conformidad con el principio de respeto a la capacidad de pago, los arrendatarios deben estar protegidos por medidas apropiadas contra arriendos excesivos o aumentos excesivos del arriendo (subrayas no originales)³⁴.

Conforme a la doctrina del Comité, un sistema de financiación de vivienda, para ser adecuado, debe respetar la capacidad de pago de las personas, y el Estado tiene la obligación de desarrollar mecanismos que se ajusten a ese principio. Además, ese mandato no deja de operar en épocas de crisis o dificultades

32. Para una buena presentación del alcance del derecho a la vivienda digna, según la doctrina internacional, véase Juan Jorge Almonacid Sierra, "La intervención estatal en el nuevo sistema de financiación a largo plazo para la adquisición de vivienda en Colombia", Bogotá, mimeo, 1999. Agradezco a este colega de la Universidad Nacional haberme mostrado la importancia de esta doctrina internacional para resolver el problema de la constitucionalidad del sistema UPAC.

33. En varias sentencias, la Corte Constitucional ha reconocido la fuerza interna de la doctrina establecida por las instancias internacionales de derechos humanos, la cual hace parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto véase Rodrigo Uprimny, "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un ensayo de dogmática constitucional", 2001 (en prensa).

34. Esta es una traducción personal del punto 8 c) del documento original, que está redactado en inglés.

económicas, pues el Comité ha subrayado que esas situaciones no suspenden las obligaciones de los Estados de garantizar progresivamente los derechos sociales, por lo cual concluye que "un deterioro de las condiciones de vida y de vivienda, que sea directamente imputable a las decisiones de política general y a las medidas legislativas tomadas por los Estados partes, sin que existan medidas compensatorias paralelas, vulnera las obligaciones que derivan del Pacto"³⁵.

La autorizada doctrina jurídica del Comité implica entonces que: (i) un sistema de financiación de vivienda es inadecuado si desconoce la capacidad de pago de las personas, y que (ii) el Estado no puede trasladar el riesgo del manejo macroeconómico a los deudores. Por ello debe prever medidas compensatorias en favor de quienes se han endeudado para adquirir vivienda, si el propio Estado toma decisiones de política general que deterioren su capacidad de pago.

Fuera de lo anterior, la propia Constitución establece otros mandatos que son también útiles para evaluar la adecuación de un sistema de financiación. Así, es claro que el manejo financiero es un asunto de interés público, sometido a una especial vigilancia de las autoridades (CP art. 335) que tienen el deber de proteger a las personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta (CP art. 13) y evitar abusos de la posición dominante (CP art. 333). En general los usuarios de crédito no son expertos en sistemas financieros y representan la parte débil en las transacciones con las instituciones financieras, de suerte que, por lo regular, tienen poca capacidad de negociación frente a ellas, y tienden a adherirse a los contratos que les proponen, sin comprender muchas veces las implicaciones, en el largo plazo, de las dis-

tintas cláusulas o de los diversos mecanismos de amortización de las deudas. Estos deberes estatales implican entonces que un adecuado sistema de financiación de vivienda debe también prever mecanismos y reglas para lograr un mayor equilibrio entre los deudores y las entidades crediticias, sobre todo cuando el sistema financiero tiene una estructura oligopólica. Entre esas reglas y mecanismos, dos tienen una trascendencia especial: (i) el Estado debe velar por la transparencia de estos sistemas, de tal manera que los usuarios del crédito puedan comprender con facilidad el alcance y contenido de las obligaciones que están adquiriendo; y (ii), resulta también importante que las reglas procesales para definir las controversias derivadas de los créditos para adquirir vivienda protejan adecuadamente al deudor hipotecario, ya que las entidades financieras suelen tener mayor experiencia en el manejo de los procesos judiciales, por ser "demandantes frecuentes" del aparato judicial, según la expresión de Gallanter³⁶.

El anterior análisis permite entonces señalar tres pautas de evaluación constitucional que, no por elementales, dejan de ser trascendentales para estudiar la constitucionalidad de las normas sobre UPAC. Así, un sistema de financiación de vivienda para ser adecuado debe: (i) respetar la capacidad de pago del usuario, (ii) no puede trasladar desproporcionadamente el riesgo del manejo macroeconómico a los deudores, y

35. Observación 4, punto II.

36. Véase su artículo "Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico", en Mauricio García (Ed.), *Sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 72 y ss. Con razón resulta Diego López que uno de los efectos positivos de las sentencias UPAC es que equilibró la desigual relación procesal que existía entre deudores hipotecarios y entidades financieras. Véase su texto "La economía y el derecho frente a los fallos de la Corte Constitucional" en *La Corte Constitucional y la economía*, Bogotá, Plural, 2000, p. 51.

(iii) debe buscar un cierto equilibrio entre el deudor y las entidades crediticias, lo cual supone transparencia y sencillez de los mecanismos financieros y reglas procesales que amparen en forma suficiente los derechos del deudor. Por ello considero que la "adecuación" de un sistema de financiación de vivienda es un tema justiciable, y que la Corte tuvo razón en entrar a estudiar la constitucionalidad material del sistema UPAC.

c) Evaluación del sentido de las decisiones y búsqueda de una fundamentación alternativa a las sentencias

Los análisis precedentes sobre la calidad argumentativa de las sentencias y la justiciabilidad del tema UPAC permiten entonces una evaluación de la corrección de las decisiones específicas tomadas por la Corte en esas providencias.

Así, creo que es problemático que la Corte haya concluido que el sistema de financiación de vivienda debe estar atado a la inflación y que la capitalización de intereses está prohibida, pues no existe ninguna cláusula específica ni ningún principio constitucional que justifiquen esas determinaciones. En efecto, como lo señalé anteriormente, las razones adelantadas por las sentencias C-347, C-700 y C-747 de 1999 no son convincentes. Esas decisiones fueron entonces equivocadas, pues la Corte constitucionalizó rasgos concretos del sistema de financiación de vivienda, sin que existiera un sustento normativo claro para hacerlo, con lo cual clausuró un tema que debía quedar abierto al debate democrático y a la creatividad institucional.

En ese mismo orden de ideas, me parece incorrecta la forma como la Corte ordenó reliquidar todos los créditos hipotecarios. En efecto, la razón de esa reliquidación, tal y como lo precisó posteriormente la

sentencia C-955 de 2000 en el fundamento 21, es que las entidades financieras habían cobrado dineros con base en conceptos que resultaron posteriormente inconstitucionales –a saber: capitalización de intereses y la vinculación de la corrección monetaria a la DTF–, por lo cual esos créditos debían ser reliquidados pues se habían pagado dineros en exceso. Esto significa que la reliquidación debía estar ligada al retorno de pagos de intereses capitalizados y ajuste de la deuda teniendo en cuenta el diferencial entre las tasas de interés y el costo de vida entre 1993 y 1999. Sin embargo esa decisión es cuestionable, ya que, al no estar justificada adecuadamente la inexecutable de la capitalización de intereses y de la vinculación de la corrección monetaria al DTF, entonces no podía ordenarse una reliquidación basándose en que esos elementos del sistema UPAC eran inconstitucionales.

Este cierre apresurado de un tema que debió quedar abierto a la experimentación democrática es aún más cuestionable, si se tiene en cuenta que varios economistas han ofrecido argumentos sólidos para concluir que las anteriores decisiones pueden incidir negativamente sobre la dinámica del sector financiero y tener efectos inequitativos sobre el acceso a la vivienda³⁷. Por ejemplo, como lo muestra Clavijo, la reliquidación general de los créditos es discutible, en términos de equidad, ya que no tuvo en cuenta el estrato social ni el valor de las viviendas, con lo cual quedaron beneficiadas personas de altos ingresos que en realidad no tenían problemas de capacidad de pago. Sin embargo, quiero resaltar, y en eso mi análisis difiere del presentado por esos economistas, que esas eventuales consecuencias negativas no constituyen las razones

37. Véase el texto de S. Kalimanovitz, "Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional" en *Economía Colombiana*, No. 276, Nov. 1999, o Sergio Clavijo, *Fallos y fallas de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega, 2001.

esenciales de la incorrección jurídica de esas decisiones de la Corte, sino aspectos suplementarios que debilitan políticamente esas determinaciones. Me explico: según mi criterio, el problema básico es que la Corte no justificó normativamente, en forma sólida, la inconstitucionalidad de esos mecanismos financieros, por lo cual su intervención, desprovista de un adecuado apoyo normativo, pierde legitimidad democrática. Si a eso agregamos que las consecuencias concretas de esas sentencias son de una justicia y eficacia económica discutibles, entonces las decisiones de la Corte se tornan aún más cuestionables. En cambio, si a pesar de la debilidad del sustento normativo, la decisión de un juez constitucional tiene efectos globales justos, entonces puede conquistar una cierta legitimidad democrática *ex-post*, en la medida en que logra generar un consenso en su favor. Pero lo que no podemos es analizar la corrección jurídica de las decisiones de la Corte exclusivamente con base en esos eventuales efectos, puesto que, como intenté mostrarlo en la primera parte de este artículo (Cf. I, b, 2), ese procedimiento no sólo disuelve la capacidad reguladora del derecho y del sistema judicial en una sociedad pluralista sino que, además, pone en riesgo la fuerza jurídica de los derechos constitucionales.

Ahora bien, ¿significa lo anterior que la Corte debió declarar la constitucionalidad del sistema UPAC y que en ese punto las sentencias se equivocaron? Creo que no, pues las tres razones dadas para que la Corte no anulara el sistema UPAC no son convincentes. Así, algunos consideraban que este tema era una cuestión política que escapaba al control de la Corte, pero esa tesis es inaceptable puesto que ya mostramos que el asunto era justiciable. De otro lado, otros críticos sostuvieron que el sistema UPAC no podía ser declarado inadecuado, ya que había funcionado en forma satisfactoria durante muchos años y había permitido la construcción de un millón de viviendas. Tal es por

ejemplo la tesis de Cifuentes y Naranjo en su salvamento a la sentencia C-383 de 1999; pero ese argumento tampoco es válido, por cuanto, a partir de 1992, la regulación de la UPAC sufrió variaciones sustantivas. Por ende, los éxitos de la UPAC en el pasado no implicaban que en los años noventa el sistema siguiera siendo adecuado. Finalmente, la objeción según la cual el sistema no podía ser declarado inconstitucional, por cuanto únicamente tenía dificultades pasajeras, y en abstracto podía funcionar, no me parece tampoco de recibo, pues desconoce que en la práctica miles de deudores hipotecarios estaban perdiendo sus viviendas, situación fáctica que no podía ser ignorada por el juez constitucional.

Por ello, planteo que, con base en las pautas de justiciabilidad anteriormente señaladas, la Corte debió entrar a estudiar la adecuación del sistema UPAC, tomando en consideración no sólo la regulación normativa abstracta sino también todos aquellos elementos fácticos que fueran necesarios para evaluar su evolución real. Sin embargo, algunos podrían objetar que ese análisis empírico no era válido dado que el control constitucional es abstracto y normativo. Pero ese reparo no es de recibo, pues la Corte ha señalado que "el juez constitucional no puede ignorar el contexto histórico y la realidad social en donde toma sus decisiones"³⁸, y por ello en numerosos fallos ha tomado en cuenta situaciones fácticas para evaluar la constitucionalidad de una determinada regulación. Un ejemplo, entre muchos otros, fue la sentencia C-160 de 1999 que declaró la inconstitucionalidad de las normas que establecían que era necesario intentar la conciliación para poder acudir ante la justicia laboral. Esa

38. Véase la sentencia 1489, fundamentos 21 y ss., en donde la Corte analiza, en detalle, la relación entre juicio constitucional y realidad empírica.

sentencia consideró que la ley podía establecer ese requisito de procedibilidad, pero que en la situación actual de Colombia, esa exigencia era inconstitucional, ya que no había suficientes conciliadores, con lo cual la exigencia de intentar la conciliación como requisito de procedibilidad se convertía en un obstáculo ilegítimo para acceder a la justicia.

En tal contexto, un análisis empírico, que no tenía que ser particularmente sofisticado, permitía constatar que en 1999 el sistema UPAC se había tornado inconstitucional, y desconocía las pautas señaladas anteriormente para evaluar la idoneidad de un sistema de financiación de la vivienda: así, en primer término, ese sistema no respetaba la capacidad de pago de los usuarios, pues miles de deudores se habían visto obligados a devolver su vivienda a las entidades financieras, por imposibilidad de cancelar las cuotas correspondientes. Este deterioro de la situación de los deudores era verificable empíricamente. Así, según ciertos cálculos, los esfuerzos de los hogares para pagar sus deudas hipotecarias (interés más amortización) pasaron de representar 1,5% del PIB en 1991 a 3,5% en 1998, lo cual significó que "los colombianos pasaron de dedicar el 10% de su ahorro total a vivienda en 1991 a destinar, ocho años después, más del 60%"³⁹. Y es obvio que si una familia dedica esos ingresos al pago de la deuda hipotecaria, no puede satisfacer sus otras necesidades esenciales, con lo cual, conforme a la doctrina elaborada por el Comité de Naciones Unidas, el sistema UPAC desconocía en 1999 el principio de respeto a la capacidad de pago.

En segundo término, un componente importante de ese deterioro de la capacidad de pago fue consecuencia de decisiones macroeconómicas de las autori-

dades, pues la liberalización financiera y el cambio de la fórmula de corrección monetaria trasladaron un muy significativo riesgo macroeconómico al deudor hipotecario, al menos por dos razones. De un lado, y a diferencia del sistema UPAC de los años setenta, estos préstamos no tendrían una tasa de interés diferenciada, y en gran medida subsidiada, sino que entrarían a competir con las tasas de interés comerciales. Y, de otro lado, como esa tasa de interés comercial depende considerablemente de la política monetaria, entonces el monto de las deudas hipotecarias se encontraba ligado a los vaivenes de las decisiones del Banco de la República. Por ello, cuando la política restrictiva de la autoridad monetaria llevó a un desmesurado aumento de la tasa de interés, entonces las deudas hipotecarias se volvieron impagables para muchos. Y sin embargo, las autoridades económicas no tomaron ninguna medida compensatoria en beneficio de estos deudores, con lo cual la regulación UPAC desconoció la prohibición de trasladar el riesgo macroeconómico a los usuarios del sistema de financiación.

Finalmente, todos estos cambios ocurrieron sin que la mayoría de los deudores comprendiera verdaderamente en qué se estaba comprometiendo, pues el sistema distaba de ser transparente, y muchos pensaban que estaban asumiendo el mismo tipo de deudas UPAC de los años setenta y ochenta, cuando la regulación era muy distinta. Además, la competencia entre las CAV y otras entidades financieras llevó a ofrecer al público productos financieros, como las llamadas "supermínimas", que no hicieron sino agravar los riesgos de imposibilidad de pago.

Por todo ello, creo que las normas sobre UPAC se tornaron inconstitucionales en 1999, pero no por las razones que indicaron las sentencias C-347, C-700 y C-747 de ese año, sino básicamente porque estructuraban un sistema de financiación de vivienda poco trans-

³⁹ José Félix Laufare, *op. cit.*, p. 50.

parente, que desconocía la capacidad de pago de los deudores, a quienes, de contera, les había trasladado muchos de los costos del manejo macroeconómico.

Una obvia pregunta surge: si el sistema UPAC era inexequible, pero la fundamentación y muchas de las determinaciones concretas de las sentencias analizadas fueron incorrectas, ¿cómo debió abordar el asunto la Corte Constitucional? La respuesta a ese interrogante brota naturalmente del análisis que he adelantado de esas sentencias, así como de la justificación que intento de la legitimidad democrática del control constitucional de la economía en la primera parte de este artículo (Cf. I-c). Así, a mi juicio, la Corte debió declarar la inconstitucionalidad de esas normas a fin de amparar el derecho a la vivienda digna, pero sin clausurar la discusión democrática sobre el tema. Por el contrario, y siguiendo las enseñanzas de autores como Nino sobre la función de la justicia constitucional en una democracia, las sentencias debieron estimular la más vigorosa deliberación política sobre el tema en el Congreso y en otros escenarios democráticos.

Una nueva pregunta: ¿Cómo podía la Corte al mismo tiempo defender a los deudores hipotecarios y estimular el debate democrático? Para responder a ese interrogante conviene recordar el impacto que tuvo la sentencia C-700 de 1999, cuando estableció la inconstitucionalidad diferida, por razones de competencia, de todo el sistema UPAC. En efecto, esa sentencia obligó al Congreso a abordar el tema a fin de evitar un vacío normativo. La Corte dinamizó así el debate político sobre el tema, como lo muestra una lectura del acta de la sesión del Senado del 16 de diciembre de 1999, que permite concluir que sin los fallos de la Corte probablemente no hubiera habido una modificación inmediata del sistema UPAC, a pesar de la crisis social que se estaba generando. Así lo reconocieron, entre otros, los senadores Carlos Eduardo Corsi Otálora, Amílkar

Acosta e Ingrid Betancur⁴⁰. Sin embargo, como la Corte había constitucionalizado componentes específicos del sistema de financiación, el debate se vio considerablemente limitado. Por ejemplo, no se discutió seriamente si, dada la escasez de recursos, lo más conveniente era reliquidar en forma diferenciada las deudas, tomando en consideración el estrato social del usuario y el costo de la vivienda, pues las sentencias de la Corte parecían indicar que todas debían ser recalculadas con criterios idénticos.

Por todo lo anterior, la Corte debió, de un lado, limitarse a constatar que el mecanismo UPAC en 1999 no era adecuado, pero no debió, con razones jurídicas muy precarias y con efectos económicos muy ambiguos, "constitucionalizar" ciertos rasgos del sistema de financiación de vivienda, como la prohibición de la capitalización de intereses o la vinculación de la corrección monetaria a la inflación. De otro lado, y no sólo para evitar vacíos normativos traumáticos sino también para no condicionar la libertad del Congreso en la materia, la Corte debió mantener por algunos meses las regulaciones acusadas, a fin de que en ese plazo, y con la legitimidad democrática que le es propia, el legislativo estableciera un sistema adecuado de

40. Véase en *Gaceta del Congreso* del 24 de diciembre de 1999, Año VIII, No. 603, pp. 5 y ss., y 26 y ss. Así, el senador Corsi argumenta que el origen de esa ley era exclusivamente la sentencia de la Corte, que señaló que debía haber una nueva ley marco sobre el tema antes del 20 de julio de 2000. Según sus palabras, "nosotros no estamos legislando en esto porque nos gusta la vivienda, es porque se dio un mandato expreso al Congreso de la República para que antes del 20 de julio legislara con el objeto de que no se produjese un vacío legal que tendría explosivas consecuencias", p. 6. Igualmente, según el senador Amílkar Acosta, la intervención de la Corte desactivó una bomba de tiempo "y si no hubiera sido por los fallos de la Corte Constitucional, hoy aquí y ahora no estaríamos discutiendo este proyecto de ley", p. 35.

financiación de vivienda. Las sentencias debieron limitarse a recordar las pautas constitucionales que gobiernan ese sistema, y que señalamos anteriormente (Cf. supra II, b, 3), pues obviamente la legislación por ser promulgada debía respetarlas. Pero esas pautas son generales y no definen aspectos concretos del sistema, con lo cual permiten un amplio debate político sobre el tema. En tercer término, como es natural, la Corte debió también establecer unas pautas un poco más específicas para amparar la situación de los actuales deudores que estaban en riesgo de perder sus viviendas. Así, teniendo en cuenta que las decisiones macroeconómicas, la falta de transparencia del sistema, la debilidad de los controles y ciertos comportamientos especulativos de las CAV habían tenido una incidencia directa sobre la crisis de pago de los deudores, era obvio que la nueva regulación debía prever una reliquidación de los créditos que restableciera la capacidad de pago de los deudores. Sin embargo, la Corte debió también conferir al Congreso una cierta flexibilidad al manejo de esas reliquidaciones, pues de lo que se trataba era de amparar el derecho a la vivienda, por lo cual no creo que existieran razones constitucionales que impidieran que la ley, por razones de equidad, hubiera privilegiado a las personas de estratos sociales más pobres. Por último, y con el fin de fortalecer la deliberación democrática sobre el tema, la Corte hubiera podido prever algunos mecanismos para que las consideraciones de los deudores fueran escuchadas durante el debate de la ley.

Una decisión como la anterior obviamente hubiera sido muy heterodoxa, pues combinaba una inconstitucionalidad diferida que no cuenta con total aceptación en nuestro medio con una forma de sentencia "apelativa", según ciertas denominaciones, ya que la Corte hubiera fijado pautas mínimas de futura regulación de un tema. Es cierto que una decisión de ese tipo hubiera suscitado ataques de los sectores

jurídicos más ortodoxos, que tienen dificultad para comprender la necesidad y conveniencia de estas prácticas judiciales. Pero estoy convencido de que una sentencia de esa clase se ajustaba mejor a la naturaleza del problema, pues hubiera logrado una mucho mejor articulación entre la protección del derecho a la vivienda digna y el respeto a la libertad de configuración del Congreso que las sentencias efectivamente proferidas por la Corte. Además, el juez constitucional no hubiera definido aspectos concretos del sistema de financiación de vivienda, con lo cual evitaba adentrarse en terrenos económicos muy movidos, frente a los cuales carece de competencia técnica y de legitimidad política. Finalmente, un tipo de decisión de esa naturaleza dinamizaba una más amplia deliberación y movilización sociales sobre estos complejos problemas, lo cual no podía traer sino beneficios a nuestra precaria democracia.

III. Algunas conclusiones generales: control constitucional de la economía, razón jurídica y eficiencia económica

El anterior examen teórico (I parte) y el estudio específico de las sentencias UPAC (II parte) permite llegar a algunas conclusiones básicas que conviene sistematizar.

De un lado, existen buenos argumentos para sostener que un cierto control constitucional de la economía es legítimo y conveniente en una democracia pluralista. Sin embargo, en segundo término, es igualmente claro que ese control, que en general está encaminado a amparar judicialmente los derechos sociales, es difícil y plantea riesgos no sólo de desbordamiento de la justicia constitucional sino de que ésta tome decisiones inadecuadas. Específicamente, las sentencias UPAC son un buen ejemplo de las virtudes y riesgos de estas intervenciones judiciales, pues la la-

bor de la Corte fue importante para la defensa de los deudores hipotecarios, cuyos derechos habían sido ignorados por los órganos políticos y por las autoridades que diseñaron la política económica en esos años; pero las decisiones concretas de la Corte no fueron siempre las más afortunadas en términos de sustentación jurídica ni de racionalidad económica.

Si lo anterior es cierto, una tarea académica se impone: es preciso adelantar reflexiones y discusiones entre economistas, abogados, politólogos, sociólogos y filósofos sobre cómo potenciar las virtudes del control constitucional de la economía y minimizar sus riesgos. Esta suerte de programa de investigación en este campo abarca diversos aspectos: delimitación del ámbito adecuado de acción de la justicia constitucional, discusión sobre cuáles son los mejores diseños institucionales y procesales, reflexión sobre la forma de selección de los jueces constitucionales, etc. Todos estos aspectos tienen trascendencia, y por ello en otro trabajo propuse algunas reformas procesales que podrían racionalizar el trabajo de la justicia constitucional en Colombia⁴¹. Sin embargo, en la medida en que la segunda parte de mi texto estuvo dirigida a un análisis crítico de las sentencias UPAC, quisiera culminar con una reflexión sobre un punto que ha atravesado toda esta discusión, y es el siguiente: ¿Cómo articular, en el razonamiento jurídico y en la elaboración de las políticas económicas, las exigencias del respeto a los derechos que impone la Constitución, con las restricciones materiales que imponen los procesos económicos?

Esa pregunta es importante, por cuanto gran parte del ataque de algunos economistas a la labor de la Corte se fundamenta en la idea de que los jueces igno-

41. Véase Rodrigo Uprimny, "Un ejemplo, cinco tesis y una metáfora", en *Corte Constitucional y economía*, Bogotá, BID, Uniaandes, mimeo, 2006.

ran la restricción presupuestal y los encadenamientos complejos de los procesos económicos; por su parte, los defensores de la Corte argumentan que estos economistas buscan sustraer la política económica de los marcos normativos de la Constitución. En tal contexto, tal vez el camino más adecuado sea reconocer la necesidad de que ambas perspectivas se alimenten. Así, retomando una sugestiva idea de Matallana⁴², yo creo que así como es imperioso que los intérpretes de la Constitución tomen en serio la restricción presupuestal y las interrelaciones económicas al proferir sus fallos, los órganos políticos a quienes compete la elaboración y desarrollo de la política económica deben tomar en serio lo que podríamos denominar la restricción constitucional.

Esta conclusión tiene además implicaciones teóricas más amplias pues toca con las discusiones contemporáneas sobre la relación que debe existir entre derecho y economía, y en especial sobre la pertinencia y los límites de los llamados "análisis económicos del derecho". Así, el debate que he adelantado sobre el control constitucional de la economía sugiere que las tesis radicales de estos enfoques económicos del derecho, como las defendidas por Richard Posner, resultan unilaterales, puesto que en el fondo buscan reducir la discusión jurídica a una lógica económica, fundada en los presupuestos neoclásicos de la microeconomía. Por ello, para Posner, el único objetivo del derecho, y por ende del razonamiento económico, es la eficiencia, entendida como maximización de la riqueza.

42. Véase Hernando Matallana, "Economía de mercado y Estado social de derecho", en *Economía Colombiana*, No. 282, 2001, quien acertadamente señala que en una democracia existe una "restricción constitucional", que debe ser incorporada "como un elemento adicional en la formulación y ejecución de la política económica", p. 7.

za, al punto de que llega a afirmar que la eficiencia, tal como él la entiende, "es un adecuado concepto de justicia"⁴³. Pero esa visión es inaceptable pues excluye dos dimensiones esenciales de cualquier forma de razonamiento jurídico. De un lado, los problemas de equidad y distribución de recursos son ignorados, pues la búsqueda de eficiencia se hace a partir de un determinado reparto inicial de la riqueza. Y de otro lado, el papel de los derechos de la persona es minimizado, pues un derecho se convierte simplemente en un interés o preferencia que debe ser integrado al cálculo general de utilidades, que permitirá determinar cuál es la solución eficiente para maximizar la riqueza de una sociedad. Pero es evidente que, como han insistido con vigor autores como Rawls, Dworkin o Sen, un derecho no se confunde con un interés ni con una preferencia. Esta perspectiva de maximización de la riqueza y eficiencia, como objetivos únicos del sistema jurídico, resulta entonces inadecuada para razonar jurídicamente en el constitucionalismo contemporáneo, ya que nuestras sociedades reposan en la idea de que los derechos de la persona son tan importantes para preservar la dignidad humana y el propio proceso político, que no pueden quedar abandonados al cálculo de utilidades.

Pero, de otro lado, la perspectiva opuesta según la cual el razonamiento ético y jurídico es puramente deontológico, y debe entonces defender los derechos sin importar las consecuencias también resulta insatisfactorio, no sólo porque la defensa absoluta de un derecho puede traducirse en la afectación de otro derecho, sino además por cuanto es razonable suponer que un mayor desarrollo económico permite una me-

jor satisfacción de los derechos sociales. O, por decirlo en términos de Pámbelé: "Siempre es mejor ser rico que pobre". El razonamiento jurídico no puede entonces ignorar totalmente las consecuencias de las decisiones ni los problemas de eficiencia económica.

Tal vez sea entonces necesario examinar caminos intermedios que articulen mejor la defensa de los derechos de la persona (razón constitucional) con las pretensiones de incrementar eficientemente la riqueza material de una sociedad (lógica económica). Y lo cierto es que, por diversos caminos, algunos autores han intentado esa integración, para lo cual basta citar dos ejemplos importantes. De un lado, la llamada tendencia moderada de análisis económico del derecho de autores como Calabresi puede ser útil, en la medida en que admite que la perspectiva económica no agota el razonamiento jurídico, ya que no es más que una "vista de la catedral", según la expresiva metáfora de Calabresi y Douglas⁴⁴. Y es que estos autores señalan que la función del derecho no es sólo ser eficiente (o reducir los costos) sino también lograr justicia. Por ello, según su parecer, la justicia debe ejercer un papel de veto ante las exigencias de la eficiencia, pero las consideraciones de eficiencia tampoco pueden ser ignoradas. Con otra perspectiva distinta, Amartya Sen llega a resultados similares. Según este autor, no son admisibles razonamientos puramente consecuenciales, propios de la economía del bienestar, pero tampoco argumentaciones deontológicas que ignoren las consecuencias de las decisiones. En ese contexto, Sen distingue entre un análisis que sea "sensible a las consecuencias" y un análisis "totalmente consecuencialis-

44. Véase Guido Calabresi, Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: one view of the Cathedral" en *Harvard Law Review* No. 85, 1972, citado por Liborio Hierro, "La pobreza como injusticia (Dworkin vs Calabresi)" en *Doxa*, Alicante, No. 15-16, 1994.

43. Véase Richard Posner, *The economics of justice*, Harvard University Press, 1983, p. 6.

ta⁴⁵, y propone un esquema que busque maximizar la protección de los derechos, tomando en cuenta los efectos de las decisiones alternativas en la realización de los derechos.

Estas reflexiones han mostrado la importancia de articular la razón jurídica y la lógica económica no sólo en la decisión judicial de los casos constitucionales sino también en la discusión política de las estrategias de desarrollo. Permítanme entonces terminar esta presentación con una metáfora que ilustre hacia dónde creo que deberíamos avanzar, y para ello recurro a un personaje histórico, que es apreciado, y con justa causa, tanto por los juristas y los filósofos como por los economistas: el marqués de Beccaria. Así, para el derecho y la filosofía, Beccaria es una de las figuras cimeras de la Ilustración, por cuanto su obra *De los delitos y las penas* es un paso decisivo en la humanización del derecho penal. Pero tal vez menos conocido pero igualmente importante, es que Beccaria era además economista y que ha sido reivindicado por algunos economistas contemporáneos ilustres, que lo consideran uno de los padres del individualismo metodológico y del análisis económico del crimen. Por ejemplo, Schumpeter lo llamó alguna vez el Adam Smith italiano. Ahora bien, yo creo que gran parte de la grandeza de la obra de Beccaria residió precisamente en articular las perspectivas jurídica, filosófica y económica, de suerte que pudo combinar su profundo, casi visceral, humanismo, con un utilitarismo frío y un análisis económico convincente para el estudio de los diseños de la política criminal. Así, Beccaria repudia, si se quiere casi instintivamente, los tormentos, las penas excesivas y las torturas como infamias contra la dignidad de la persona, pero su destreza analítica de economista le

permite además plantear (y yo creo demostrar) que un derecho penal más humano y más suave puede ser incluso más eficaz en la lucha contra el delito que un sistema punitivo atroz y desbordado. Sus análisis sobre la tortura y la pena de muerte son por ello inolvidables, y siguen siendo pertinentes hoy en día para cualquier debate sobre política criminal.

Esta combinación de la perspectiva del jurista, del filósofo moral y del economista permitió entonces a Beccaria lograr algo que parecía entonces imposible: hacer que las garantías procesales y penales propias de una justicia más humana, como el principio de legalidad, la publicidad de los procesos y la prohibición de la tortura, que estaban fundadas en consideraciones de dignidad humana y de justicia, no fueran concebidas como las meditaciones abstractas e ingenuas de un filósofo, sino que fueran vistas como componentes internos de cualquier política criminal, en la medida en que estaban también basadas en consideraciones realistas sobre la manera como efectivamente opera el sistema criminal y como se desarrollan los fenómenos delincuenciales.

Guardando las proporciones, los derechos sociales plantean hoy un reto similar a aquel que enfrentó Beccaria con los derechos del procesado en el siglo XVIII. El desafío es romper esa disociación que existe actualmente entre la discusión de las políticas y estrategias económicas —fundadas en general en magnitudes macroeconómicas abstractas y consideraciones de eficiencia— y la discusión jurídica de los derechos sociales, que tiende a veces a ser puramente deontológica. La idea es entonces que esos derechos no sean vistos como "variables externas" al análisis de las políticas económicas y de las estrategias de desarrollo, sino que sean incorporados como una dimensión interna de las mismas y como un componente de las políticas económicas. Esto es, la lógica económica debe

45. Véase Amartya Sen, "Rights and Capabilities", en Ted Honderich (Ed.), *Morality and Objectivity. A tribute to J. E. Mackie*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1985, p. 136.

ser capaz de integrar las exigencias normativas de la razón jurídica. Pero a la vez, debemos reconocer la dificultad que plantea la realización efectiva de esos derechos debido a las complejas interrelaciones que generan ciertos dispositivos económicos. En otras palabras, el razonamiento jurídico no debe ser insensible a las exigencias de la lógica económica. Necesitamos entonces profundizar este diálogo interdisciplinario para ver si, entre todos, somos capaces de construir esa especie de Beccaria de los derechos sociales que tanta falta nos hace.