



**LÍMITES Y ALCANCES DEL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL EN
EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO**

Maestría en Derecho Administrativo

Presentado por:

JORGE AGUILERA DIAZ

Director de Trabajo:

Dr. Jairo Antonio Sandoval Carranza

Coordinador Maestría Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2014

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

1. EL MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LAS IMPLICACIONES DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL	10
1.1. Contexto histórico del Estado Social de Derecho.....	12
1.2. La Constitución Política de Colombia De 1991	14
1.3. Desarrollo del Estado Social de Derecho.....	17
1.4. Implementación de la Sostenibilidad Fiscal.....	23
1.4.1. El Contexto Económico Internacional	24
1.5. Las Generaciones de los Derechos Constitucionales	25
1.5.1. Los Derechos Fundamentales	28
1.5.2. Derechos sociales, económicos y culturales.....	29
1.5.3. La exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales a partir de la sostenibilidad fiscal.....	31
1.5.4. La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos económicos sociales y culturales.....	33
1.6. Principio de Separación de Poderes en el Estado Social de Derecho.....	34
1.7. El Estado Social de Derecho frente a la Sostenibilidad Fiscal. Principios Constitucionales	37
1.8. Ponderación de Principios Constitucionales	40
2. EL NÚCLEO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO	45
2.1. La Constitución Económica	47
2.2. El Estado Liberal Clásico	49
2.3. Constitución Alemana y El Ordoliberalismo	51
2.4. Justificación de un Régimen Económico Constitucional.....	52
2.5. Régimen Constitucional Económico en Colombia.....	55
2.6. Dirección de la Economía por parte del Estado	57
2.6.1. Participación de los diferentes poderes públicos en el direccionamiento de la economía.....	58
2.7. Plan Nacional de Desarrollo	61
2.8. El Presupuesto Nacional.....	61
2.9. El Banco De La República	63
2.10. Mecanismos Fiscales en el Marco Constitucional.....	64
2.11. Sistema General De Regalías	67

3. LA INCIDENCIA DEL GASTO PÚBLICO EN LA SOSTENIBILIDAD FISCAL	69
3.1. Concepto Del Gasto Público	71
3.1.1. Clasificación del Gasto Público.....	72
3.1.2. Evolución del Gasto Público	73
3.2. Dinámica Económica contemporánea del Gasto Público	76
3.3. El Gasto Público en Colombia	78
3.4. Tendencia del Gasto Público en Colombia	82
3.5. Principio de Legalidad del Gasto	84
3.6. Planeación del Gasto Público	86
3.7. Iniciativa del Poder Ejecutivo en el Gasto Público.....	88
3.8. El papel del Legislativo frente al Gasto Público.....	90
3.9. La Participación del Poder Judicial en el Gasto Público.....	91
3.10. Gasto Público y distribución del ingreso	92
4. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD FISCAL	95
4.1. Contexto Normativo en la Aplicación de la Sostenibilidad Fiscal.....	97
4.2. Sostenibilidad Fiscal y la incidencia de los poderes públicos.....	99
4.2.1. Sostenibilidad Fiscal frente al Poder Legislativo	101
4.2.2. Sostenibilidad Fiscal frente al poder judicial.....	104
4.2.2.1. La discrecionalidad en los fallos judiciales	107
4.2.2.2. Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal.....	108
4.3. Objetivos de la Sostenibilidad Fiscal.....	111
4.3.1. Evaluación de los objetivos de la Sostenibilidad Fiscal.....	114
4.4. El Incidente de Impacto Fiscal	116
4.5. Concepto de Progresividad.....	120
4.5.1. Prohibición de regresividad a los Estados en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	123
4.6. Implicaciones de la Sostenibilidad Fiscal	124
4.6.1. La Ley 1695 del 17 de diciembre de 2013 “Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política”	124
4.6.2. Aplicación de la Sostenibilidad Fiscal	126
CONCLUSIONES	131
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134

INTRODUCCIÓN

El Acto Legislativo 03 de 2011¹ integró a la Constitución Política de 1991 el Principio de Sostenibilidad Fiscal, como un criterio de orientación de los diferentes órganos del poder público en Colombia. Dentro de sus objetivos destacan garantizar el financiamiento de los bienes y servicios brindados por el Estado, el cumplimiento frente a la deuda pública, reducir el nivel de endeudamiento y gasto público y en últimas adoptar medidas económicas contra cíclicas en procura de propiciar una sostenibilidad económica.

Desde la perspectiva fiscal el principio ha sido previsto como un mecanismo que garantiza la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas y además contribuye a la estabilidad macroeconómica del país. Desarrolla los criterios de rentabilidad, sostenibilidad y conveniencia, en cuanto a la determinación del gasto y promueve - en términos económicos - la prevalencia del interés general sobre el particular.

De otra parte, el incidente de impacto fiscal representa una de las principales innovaciones en relación con éste principio, su principal objetivo es el de facultar al Ministerio de Hacienda y a la Procuraduría General de la Nación, para que manifiesten la inconveniencia de dar cumplimiento a una decisión judicial que ha sido proferida por una alta corte, por considerar que su aplicación conlleva a un alto coste económico o fiscal, que en últimas puede afectar la estabilidad de las finanzas públicas

Esta facultad plantea la posibilidad de que las decisiones provenientes del poder judicial puedan ser modificadas o sus efectos diferidos, a solicitud de una autoridad ajena a la estructura del poder judicial, generando con ello una

¹ Modificó los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política de 1991.

afectación al principio constitucional de la separación de poderes y, por otro lado, lleva a que el operador judicial efectuó la valoración de los derechos que caracterizan el Estado Social de Derecho en términos económicos o presupuestales y no desde la perspectiva de obligatoriedad y cumplimiento que plantea la Constitución, lo cual significa un retroceso frente a los logros del Estado Social de Derecho.

El problema de investigación surge al encontrar que los objetivos y mecanismos establecidos por el Principio de Sostenibilidad Fiscal afectan ostensiblemente garantías y postulados del Estado Social de Derecho, dentro de las que se encuentran la separación de poderes y la independencia judicial; la garantía efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales; el debido proceso en las actuaciones judiciales, dado que en los procesos que pueden llegar a ser objeto de control el ciudadano además de haber demostrado procesalmente la validez de sus pretensiones, deberá ahora afrontar una carga adicional como lo es la de sustentar que las medidas y acciones contenidas en la sentencia son necesarias para la protección y materialización del derecho sustancial²; la inexistencia de criterios objetivos que permitan establecer cuándo una decisión judicial es o no contraria a las finanzas del Estado³; sin descontar que al gozar la Sostenibilidad Fiscal de la categoría de principio orientador, se constituye en un criterio válido de aplicación cuando se advierta un conflicto entre la garantía efectiva de un derecho de carácter económico, social o cultural y el aspecto económico que ello implica.

² Convención Americana sobre Derechos Humanos. Artículo 10. *“Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”.*

³ Corte Constitucional. Sentencia T-693/11. *“Analiza si los derechos fundamentales a una vida digna, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad, de acceso a la justicia y al debido proceso de la señora Enna Edith Castillo de Melo, han sido vulnerados por el Consejo de Estado, al no proferir el fallo de segunda instancia dentro del término legalmente establecido, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de la accionante”.* Es de destacar, que debido al alto índice de congestión en los despachos judiciales es posible encontrar procesos que tardan en ser resueltos más de una década, para el caso en el referido se dio respuesta 16 años después de haberse interpuesto la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, con lo cual las sumas reconocidas en la sentencia de última instancia pudieran de entrada, plantear una posible afectación a las finanzas públicas por el monto total lo cual no necesariamente depende del accionante y esto por cuanto la mora en el pago por parte del Estado y la negativa de resolver sin duda incrementan el valor por concepto de intereses moratorios e indexación.

Como objetivo general de esta investigación se ha planteado identificar la estructura y el ámbito de aplicación del Principio de Sostenibilidad Fiscal en Colombia, y cómo éste pretermite la protección de los derechos y garantías que caracterizan el Estado Social de Derecho, en pro de dar cumplimiento a las políticas en materia macroeconómica y fiscal fijadas por el poder ejecutivo.

En este sentido vale la pena destacar lo enunciado por Luigi Ferrajoli cuando analiza el concepto de exigibilidad de los derechos sociales:

En los últimos veinte años, en casi todos los países de Occidente, los derechos sociales – desde el derecho a la salud, pasando por el derecho a la educación, hasta los derechos a la subsistencia y a la asistencia social – han sido objeto de ataques y restricciones crecientes por parte de los políticos considerados liberales. La constitucionalización de tales derechos y las políticas de bienestar -que constituyen tal vez la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo pasado – han sido así puestas en discusión y corren el riesgo de verse comprometidas. (Ferrajoli, 2002, p.76).

Los objetivos específicos a desarrollar implican analizar el componente referido a los derechos y garantías que constituyen el Estado Social de Derecho; establecer la estructura económica que permite dar cumplimiento a los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución y, que constituyen el núcleo económico constitucional; estudiar la incidencia que tiene el gasto público frente a los postulados que describe el Principio de Sostenibilidad Fiscal y por último evaluar la dinámica de aplicación y desarrollo del principio en relación con los fines de la actividad del Estado en Colombia.

En este contexto, la primera parte se dedicará al análisis de la estructura del Estado Social de Derecho, sus principales objetivos; el criterio de aplicación y desarrollo en nuestro país a partir de su consagración como principio constitucional; el reconocimiento no sólo de los derechos y garantías fundamentales sino así también de los derechos económicos, sociales y culturales; el principio de separación de poderes e independencia judicial, esto con el fin de reafirmar como existen sendos lineamientos del orden

constitucional que obligan al Estado (rama legislativa, rama ejecutiva y rama judicial) a garantizar el bienestar y el desarrollo integral del individuo.

La segunda plantea un análisis del núcleo económico constitucional y la forma en que se establecen mecanismos económicos y fiscales de rango constitucional, en pro de orientar el accionar del Estado hacia la satisfacción de las necesidades del individuo y al cumplimiento de los fines establecidos en la Constitución. El propósito, es el de ilustrar que los derechos y garantías constitucionales, sean fundamentales o no, tienen un correlativo componente económico; destacar, además, cómo se encuentra dispuesto el aspecto económico en función del modelo de Estado adoptado por la Constitución de 1991 y cómo corresponde al Estado el direccionamiento general de la economía, siempre garantizando la esencia del Estado Social de Derecho.

La tercera se refiere al gasto público y la forma en que representa un instrumento efectivo en el propósito de materializar los presupuestos del Estado Social de Derecho, posibilitando de esta manera condiciones de igualdad y de redistribución del ingreso al interior de la sociedad. El principal objetivo de la sostenibilidad fiscal es generar condiciones de control al gasto público y disminución de la deuda pública, razón por la cual es necesario identificar las facultades constitucionales que facultan la determinación del mismo, las condiciones previstas en la Constitución, la iniciativa a la hora de adoptar el gasto y si ésta tiene o no un carácter excluyente en el funcionamiento del Estado y, por último, evidenciar el papel de los distintos órganos de poder en su determinación, máxime cuando la sostenibilidad fiscal conduce claramente a la evaluación económica de las decisiones judiciales, a partir del incidente de impacto fiscal.

El último capítulo plantea un análisis de la sostenibilidad fiscal como principio orientador del Estado colombiano frente al principio de Estado Social de Derecho; el notable crecimiento del gasto y la deuda pública apalancada en la falta de evaluación de los efectos fiscales por parte del poder legislativo y del poder judicial en sus decisiones; igualmente establece si el concepto de progresividad que plantea el Acto Legislativo 03 de 2011 resulta o no lesivo para la garantía de los derechos humanos. Esto por cuanto este principio ha

sido considerado como una herramienta de carácter constitucional que faculta al Estado, en desarrollo de la potestad de direccionamiento de la economía, para definir y desarrollar políticas de gasto acorde con las necesidades y prioridades que en la materia son adoptadas en el Marco de Gasto de Mediano Plazo y la Ley de Presupuesto; destacando además como constituye la posibilidad del poder ejecutivo de retomar la iniciativa en la determinación del gasto.

1. EL MODELO DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LAS IMPLICACIONES DE LA SOSTENIBILIDAD FISCAL

“¿Sólo es necesario proteger a los individuos del gobierno, o también es necesario que el gobierno los proteja?”

Stephen Holmes

El concepto de Estado Social de Derecho se fundamenta sobre dos importantes aspectos: por un lado, el referido al sometimiento a la Constitución y las leyes en todas las actuaciones del Estado como, de los particulares; y el segundo aspecto, referido a la posibilidad de garantizar unas condiciones sociales y de desarrollo integral para la comunidad.

En cuanto al aspecto referido al Estado de Derecho, se consideran dos perspectivas de análisis: una formal y otra material. *“Desde el lado formal, la supremacía de la Constitución, la sujeción a la ley, la legalidad de la administración; por el lado material, un estándar europeo común de derechos humanos, la división de poderes, la responsabilidad del Estado, la protección jurídica por jueces imparciales etc”.* (Haberle, 2003, p. 225).

En relación con el aspecto *social*, se evidencia cómo el ciudadano se convierte en el objeto de atención de las políticas de la administración, no sólo desde el ámbito de gobernabilidad y de acatamiento de la ley, sino también desde la perspectiva económica y social, a partir de dos conceptos:

El de Estado de Derecho, característico del Estado Liberal que se toma para calificar toda la estructura jurídica del liberalismo, y el de Estado Social, que sirve para definir la naturaleza o carácter social del Estado moderno, inspirado indudablemente en las ideas socialistas puestas en boga en la Europa de la segunda posguerra mundial. (Pérez, 2010, p.36).

El Principio de Sostenibilidad Fiscal ha sido definido como un criterio orientador de los diferentes órganos del poder público en Colombia, promoviendo con ello la prevalencia en términos presupuestales del interés general sobre el particular, la racionalización de la economía y el establecimiento de mecanismos de control y seguimiento al gasto público, atendiendo para ello a los criterios de rentabilidad y sostenibilidad de las finanzas públicas.

En este contexto se advierte que aquellos derechos que constituyen la esencia del Estado Social de Derecho, denominados como derechos económicos, sociales y culturales, además de otras garantías del individuo establecidas en la Constitución, como las relacionadas con el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado, podrían verse afectadas o al menos no garantizadas efectivamente en la medida que su protección queda sometida a una valoración presupuestal, en los términos de sostenibilidad fiscal. Tal aspecto tiene especial connotación cuando se analizan las repercusiones del incidente de impacto fiscal frente a las medidas y acciones contenidas en las sentencias judiciales.

En este capítulo se analizarán los aspectos que caracterizan el Principio del Estado Social de Derecho; cuál ha sido la evolución histórica de este modelo de Estado; las distintas implicaciones que se suscitaron a partir de su adopción en la Constitución de 1991; el conjunto de derechos que constituyen el núcleo esencial, derechos económicos, sociales y culturales; la delimitación funcional de los poderes públicos dentro del Estado; el conflicto entre la aplicación de ambos principios, (el de Estado Social de Derecho y Sostenibilidad Fiscal) y, cómo a partir de la evaluación que propone el Principio de Sostenibilidad Fiscal se afectan los fines y objetivos del Estado Social de Derecho, como lo son la búsqueda de condiciones idóneas para el desarrollo integral de individuo, la materialización de los valores y principios plasmados en la Constitución, la búsqueda de la prosperidad general entre otros; aspectos que sólo se materializan a partir de la consecución de garantías de tipo social que apuntan a condiciones de existencia digna del ciudadano.

1.1. Contexto histórico del Estado Social de Derecho

Según enuncia el profesor Alfonso Parejo (Parejo, 1990) los Estados modernos se han orientado por la caracterización de lo “social”, inspirada por la doctrina alemana, en donde se destaca como una tendencia que toma auge a mediados del siglo XIX como respuesta a los distintos fenómenos sociales, económicos y políticos de la época, tales como el crecimiento demográfico en las ciudades, luchas de grupos obreros por el reconocimiento de sus derechos, capitalismo desbordado, crisis sanitarias, desempleo entre otros. No se trató en este primer escenario en estructurar la idea de un nuevo modelo de Estado a partir de reformas constitucionales, sino que se caracteriza por ser producto del ejercicio legislativo dirigido a atender problemas de connotación meramente social, tratando con ello responder a problemáticas y necesidades sociales como la seguridad social, manejo de enfermedades de la época, regulación obrera, aumento en los índices de pobreza, todas producto de la renovación en el campo económico y social.

En Alemania la Constitución de Weimar se caracterizó por haberse dado en un contexto de agitación política y social, propiciada por los movimientos de trabajadores alemanes quienes pedían la reivindicación de sus derechos y mejores condiciones laborales. Entre los logros alcanzados se destacan el derecho de asociación de los trabajadores, reducción de la jornada laboral, subsidios al desempleo, que en síntesis denota el vuelco del accionar estatal hacia el ciudadano:

La constitución de Weimar intentó materializar normativamente este nuevo orden de cosas, pretendiendo trasvasar los conceptos de la democracia política al plano de las relaciones económicas. Por ello, los socialdemócratas, acompañados por demócratas liberales tan importantes como Frederick Neuman, rebasaron la visión del principal redactor de la Constitución, el jurista Hugo Preuss, quien se orientaba por hacer del documento un nuevo plan de organización del Estado, logrando plasmar en su texto todo un nuevo repertorio de valores e instituciones democráticas de marcado signo transformador en el orden económico y social, que constituyen, aun en nuestros días, el principal

ingrediente del constitucionalismo económico democrático. (Echeverri, 2002, p. 309).

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial gran parte de los Estados europeos orientaron sus políticas a la atención de las consecuencias del conflicto como la falta de atención médica, desempleo, mendicidad, desabastecimiento de alimentos, problemas de infraestructura, entre otros aspectos, que llevaron a varios países a implementar políticas sociales y económicas en beneficio de la comunidad, constituyendo así un referente que en adelante debería ser observado por los distintos gobiernos.

La Ley Fundamental de Bonn (1949) promovió la consecución de determinados avances o resultados sociales como características del Estado Social de Derecho, ya no desde la óptica de la lucha de un cierto sector sino sobre el fundamento del consenso de la sociedad alemana, a partir de una estructura jurídica y social en donde este modelo de Estado tiene unos principios y valores alejados de la toda dinámica coyuntural. En palabras de Alfonso Parejo:

Estado Social como concepción descriptiva del conjunto de las acciones públicas de intervención social; Estado Social como estado o situación social de bienestar (enfoque desde la idea política Estado de Bienestar); Estado Social como política social y sistema de seguridad social; y Estado Social como función –mandato del orden constitucional sustantivo relativo al orden social. (Parejo, 1990, p.67).

Se plantea entonces la relación Estado-sociedad, asumiendo con ello el establecimiento de funciones y compromisos sociales las cuales se traducen en el logro y mantenimiento de los resultados sociales, no como una simple declaración nominal sino como un verdadero principio jurídico de inmediata aplicación⁴. Varios de los países Europeos de finales del siglo XIX denotan una

⁴ Luciano Alfonso. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Ariel Derecho. "(...) la reunión de profesores de derecho público del año 1953 en Bonn, generó una verdadera polémica, centrada en el alcance y la eficacia de la cláusula y desarrollada básicamente en torno a las tesis contrapuestas de E. Forsthoff y O. Bachof. Para el primero Estado Social y Estado de Derecho son principios de naturaleza distinta (el segundo tiene un rango constitucional del que carece el primero, referido primariamente al plano del legislador ordinario y, sobre todo, al propio de la Administración), que están en una específica relación dialéctica entre sí y no son reductibles –por síntesis- a uno nuevo y más complejo. El estado no puede ciertamente, reducirse a mecanismo de protección y de garantía del Statuo quo, pero tampoco cabe transferirle por completo la función social. Para Bachof, por el contrario, esos principios predicados del Estado tienen idéntico rango y valor, no siendo posible establecer entre ellos una jerarquía

marcada tendencia hacia su implementación auspiciado también por distintos procesos políticos como la Revolución Socialista en Rusia, el surgimiento de los partidos socialdemócratas y socialcristianos.⁵

Al respecto señala Álvaro Echeverri: “(...) *los originales derechos civiles y políticos, deben compartir su puesto en los textos constitucionales con un conjunto de “derechos sociales y económicos”, dentro de un contexto ideológico de reformismo social que ha venido a llamarse “derecho social” y cuya realización compete al Estado en los términos del llamado “Estado Social de Derecho.”* (Echeverri, 2002, p.339.)

En síntesis, al núcleo constitucional del Estado de Derecho caracterizado por la sujeción de los poderes públicos y de los ciudadanos al Derecho; principio de legalidad; sistema de derechos fundamentales y libertades públicas; reserva de ley y establecimiento de una jurisdicción constitucional, se integra una perspectiva social y humana en un plano de cobertura y accesibilidad. En términos de Haberle: “*el Estado constitucional comprometido con la justicia social*” (Haberle, 2003, p. 225).

1.2. La Constitución Política de Colombia De 1991

La Constitución Política en el artículo 1º adopta el modelo de Estado Social de Derecho en Colombia, plantea con ello la formulación de criterios de

determinada (por mas que presenten una distinta textura a la hora de su realización en y por el ordenamiento). Están desde luego en relación entre sí, poseyendo una autonomía tan solo relativa. De ahí que la fórmula compleja <Estado social de Derecho> no represente otra cosa que un específico equilibrio y una determinada síntesis entre ambos principios, dosificados convenientemente en el conjunto del ordenamiento estatal”. Pág. 68

⁵ Álvaro Echeverri. *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. “El pensamiento socialdemócrata se expresó de manera particular en los partidos socialistas de base obrera, que hacia la década 80-90 del siglo XIX renunciaron al postulado marxista de la toma revolucionaria del poder acogiéndose a los procedimientos electorales. Dentro de sus principales aportes se encuentra el de el establecimiento de un Estado laico, educación pública universal, obligatoria y gratuita; una política estatal de construcción de vivienda para los sectores más pobres de la sociedad; legislación laboral que regulase la asociación, jornada laboral entre otros. Los partidos socialcristianos resaltan la concepción de la propiedad privada como un derecho natural y como le corresponde así una función social. Igualmente dicha connotación no se limita únicamente a los particulares sino que corresponde al Estado lograr que las “obligaciones y deberes sociales” de la propiedad efectivamente se cumplan. Se plantea la implementación de un salario justos (mínimo) como un mecanismo en el que el Estado puede llegar a garantizar la satisfacción de las necesidades del obrero y su núcleo familiar y la correspondiente posibilidad de acceder a la propiedad privada”. Pág. 306.

organización estatal hacia la satisfacción de las necesidades básicas del ciudadano: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*.

El propósito del Estado Social de Derecho se centró en la dignidad humana, como un factor de especial relevancia para su desarrollo, en la medida que le da una especial connotación al ciudadano dentro del ordenamiento jurídico y legal, no solo desde una óptica netamente de las relaciones jurídicas, propio del Estado de Derecho, sino ahora con un norte de condiciones que le permitan realizarse en todos los aspectos como persona:

La concepción clásica del Estado de Derecho no desaparece pues, sino que viene a armonizarse con la condición social del mismo, al encontrar en la dignidad de la persona el punto de fusión. Así, a la seguridad jurídica que proporciona la legalidad se la aúna la efectividad de los derechos humanos que se desprende del concepto de lo social. (Pérez, 2010, p. 36).

Si bien es cierto el concepto *Estado Social de Derecho* está expresamente enunciado en el artículo primero constitucional es claro que al analizar en conjunto la Constitución Política se evidencian claras muestras de esta tendencia, incluso desde el preámbulo constitucional, como máximo referente de justificación y legitimidad del pueblo colombiano se define:

El pueblo colombiano en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga. (Constitución Política de Colombia, 1991).

Se observa cómo el constituyente de 1991 fija como objetivos y propósitos a cargo del Estado el trabajo, la justicia y el conocimiento cómo medios que permiten la realización del ciudadano en un marco de bienestar y convivencia, a la par que se constituyen como aspectos propicios en la consecución del *orden político, económico y social*. Siendo estos fines esenciales del Estado es deber de todas las autoridades públicas garantizar escenarios óptimos para su cumplimiento y realización.

Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (Constitución Política de 1991, Colombia).

El Título II, de la Constitución Política, enuncia los *Derechos Sociales, Económicos y Culturales*”, los cuales, si bien no tienen el carácter expreso de derecho fundamental, no por ello deben entenderse como no vinculantes en cuanto a su reconocimiento y protección, máxime cuando implican criterios de conexidad con derechos y principios fundamentales. Estos derechos resultan necesarios en la búsqueda de las condiciones sociales y económicas favorables no solamente de la persona sino de la sociedad, el derecho al trabajo, la propiedad, la seguridad social, entre otros, contribuyen a la consecución de los fines del bienestar y convivencia señalados por el Estado.⁶

⁶ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia consagra los derechos inherentes a la naturaleza humana y les atribuye el concepto de imprescriptibilidad, en cuanto a su reconocimiento, por considerárseles anteriores a toda forma de organización política. Es deber entonces que toda forma de asociación o gobierno reconozca y aplique estos derechos en todo tiempo y lugar, toda vez que éstos representan instrumentos efectivos para la realización del hombre en sociedad y por ende un importante aspecto a evaluar en cuanto al concepto de Estado. Destaca encontrar que en esta época el derecho a la propiedad privada –de contenido económico- era ya un deber de protección a cargo del Estado, no tanto por la posibilidad de poseer un bien, sino porque se entendía que este constituía la posibilidad de propiciar otras condiciones de bienestar para el ciudadano, relacionado con el trabajo, el sustento diario, la salud entre otros; y que sin lugar a duda pueden entenderse conexos con el derecho mismo a la vida. Artículo 17. *Siendo inviolable y sagrado el derecho de propiedad, nadie podrá ser privado de él, excepto cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exige de manera evidente, y a la condición de una indemnización previa y justa.*

1.3. Desarrollo del Estado Social de Derecho

El modelo de Estado Social de Derecho en Colombia establece que toda actividad desarrollada por el Estado debe estar encaminada hacia la efectiva y progresiva prestación de “bienes y servicios de carácter social” frente a la comunidad. Dentro de esta categoría se pueden señalar: la salud, la justicia, la educación, la vivienda, el trabajo, entre otros.

Estos aspectos sin duda alguna se consiguen solo a partir de la integración de los diferentes poderes públicos del Estado: “(...) *En los diferentes campos en que actúa, cuando es en cumplimiento de sus funciones, lo hace dotado de los poderes que le permiten manejar el orden público y obtener el bienestar común de los asociados, y se lo faculta para que, dejando de lado el pie de igualdad con el que actuarían los particulares, manifiesta su exorbitancia.*” (Palacio, 2010, p. 89).

En el contexto internacional se distinguen importantes referentes que en ciertos aspectos, tienen mayor o menor relación con la concepción jurídica colombiana pero que sin duda coinciden en aspectos de fondo contenidos en sus constituciones:

España y la Constitución de Portugal de 1976 artículo 1º: “sociedad libre, justa y solidaria”; artículo 63, inciso I: “Todos tienen derecho a la seguridad social”. También las Constituciones cantonales suizas contienen un rica paleta de textos normativos comprometidos con la idea del Estado social; así la Constitución del Cantón de Aargau de 1980 artículo 25, inciso 1: “El Estado promueve el bienestar general y la seguridad social”); por último la Constitución de Berna de 1993 artículo 29: derechos sociales; artículo 30: objetivos sociales. (Haberle, 2003, p. 226).

Para el caso de Centro y Sur América señala el mismo autor como característica común, el hecho de tener un amplio espectro de configuración y aplicación normativa referida a “la regulación de la justicia social”, tal es el caso de Brasil y Perú en donde se evidencian *excesivos* esfuerzos por consolidar los preceptos del orden social dentro de la óptica constitucional. Por ejemplo, el

derecho a un mínimo económico existencial, la protección a la salud, la protección de la familia y a la garantía de condiciones de trabajo humanas.

En cuanto a las características del orden jurídico y social que identifican el modelo de Estado Social de Derecho en Colombia la Corte Constitucional en sentencia C-288 de 2012 definió cuatro conceptos básicos:

1. De acuerdo con el principio fundamental de la dignidad humana, las autoridades del Estado tienen proscrito tratar a las personas como simples instrumentos, como cosas o mercancías, como tampoco ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana, entendida esta no ya como el derecho a no ser físicamente eliminado sino como el derecho a realizar las capacidades humanas y a llevar una existencia con sentido.

2. El principio fundamental del trabajo justifica, entre otras, la intervención del Estado en la economía, “para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos”. (Art. 334 inciso 2 C.P.). De esta forma, el ESDD, por medio de la política económica y social adoptada por las autoridades competentes, (Arts. 25 y 53 C.P.).

3. Conforme el precedente reiterado, la solidaridad, como tercer pilar del Estado Social de Derecho, es un principio fundamental del que se derivan múltiples principios, entre ellos, los de equidad y progresividad tributaria (Art. 363 C.P.), al igual que derechos, con sucede con la seguridad social (Art. 48 C.P.), o deberes, por ejemplo, a obrar con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, todos ellos aplicables tanto al Estado como a los particulares.

4. Finalmente, los objetivos esenciales del ESDD se identifican de mejor manera en el contenido y alcance del principio y derecho fundamental a la igualdad. Esto debido a que se extiende en diversas garantías, según se deriva del artículo 13 C.P., con son la igualdad de oportunidades, la igualdad real y efectiva y la incorporación de tratamientos diferenciados

y acciones afirmativas a favor de grupos discriminados o marginados y de personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. (C-288, 2012).

La realización del *componente social* sólo se consigue a partir de la implementación de instrumentos jurídicos y medidas del orden legal cuya validación fáctica conduzcan a garantizar la convivencia, la prosperidad, el trabajo, la salud, la educación, etc., en pro de generar escenarios óptimos para el desarrollo integral del individuo

Ha de cuidar el funcionamiento de una serie de sistemas sin los cuales es imposible asegurar la existencia humana en nuestro tiempo - sistema de telecomunicaciones, sistemas de transporte público; sistemas de medios de comunicación; sistemas de salud y hospitalarios; sistema energético; sistema urbanísticos y de financiamiento. (Echeverri, 2002, p. 318).

Así, el Estado, además de reconocer los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales, debe propiciar los medios e instrumentos necesarios para su cumplimiento efectivo, esto es, la posibilidad de materializar los presupuestos de índole sustancial que a la postre lleven al desarrollo integral del individuo. La Corte Constitucional en la sentencia C-288 de 2012, observa que no basta solamente con el reconocimiento de los derechos si no se acompaña de acciones y medios efectivos para su realización:

Las medidas adoptadas por las autoridades en el marco de un Estado Social de Derecho han de consultar la realidad fáctica sobre la cual habrán de surtir efectos, con miras a materializar la finalidad primordial adscrita por esta fórmula política a las instituciones públicas: promover condiciones de vida dignas para la totalidad de la población. Ello es especialmente predicable de las leyes en materia económica.

En otro pronunciamiento la Corte Constitucional en sentencia T 426 de 1992, destaca que una de las finalidades del Estado Social de Derecho es definir acciones encaminadas a la efectiva atención de las condiciones negativas de la población en materia económica y social, reduciendo en lo

posible las desventajas que pudieran tener estos grupos o sectores sociales. Esto puede lograrse a través de una efectiva redistribución del ingreso, planes de inversión social, políticas de atención al desplazado, un direccionamiento económico hacia la generación de más y mejores fuentes de empleo, políticas de atención médico-hospitalarias entre otras medidas, sin desconocer el importante factor que representa el Gasto Público Social prescrito en el artículo 350 de la Constitución: *“La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.”*

Buena parte de las medidas conducentes al cumplimiento de los fines sociales tienen que ver con el establecimiento de políticas y medidas de corte económico por parte del Estado, las cuales tienen desarrollo al considerar la potestad que le acude en cuanto al direccionamiento de la economía de conformidad con el artículo 334 de la Constitución Política:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. (...) Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, (...) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El desconocimiento o la ineficiencia en la adopción de medidas que protejan los derechos económicos, sociales y culturales, obligan a evaluar si en Colombia se estaría atentando contra el modelo de Estado Social de Derecho, en la medida que esta categoría de derechos constituyen su núcleo esencial. Esto tiene fundamento al validar que dentro del modelo de Estado colombiano además de encontrar que la Constitución es norma de normas y que la ley obliga a las autoridades públicas y a los particulares, existe una especial característica en la búsqueda de condiciones para el desarrollo integral de

individuo, las cuales se materializan en la consecución de garantías del orden social y de bienestar que apuntan precisamente a la existencia digna del ciudadano⁷. Este último concepto constituye uno de los pilares de los denominados derechos humanos emergentes, en virtud de los cuales se plantea un reconocimiento de los derechos humanos desde una perspectiva unitaria y no jerarquizada, en donde sin lugar a duda el aspecto social está enmarcado en el ofrecimiento de condiciones materiales para su desarrollo, constituyéndole como un medio para la consecución de los fines de la asociación humana. Destaca el derecho a vivir con dignidad, a una renta básica, a la salud, al trabajo, a la educación, entre otros.

Aunado a lo anterior, al limitar la función del juez y por consiguiente los efectos de las sentencias por ellos proferidas, surgen dos circunstancias de análisis que constituyen una afectación al principio de separación de poderes, esto en la medida que los ministros de despacho se encuentran facultados para proponer la modulación, modificación o diferir el contenido de una decisión judicial, lo cual no es otra cosa que posibilitar a una rama del poder público incidir en la misión que constitucionalmente ha sido signada al poder judicial. Un segundo aspecto por evaluar es el desconocimiento de la autonomía y la labor fundamental del juez, cual es la de propiciar escenarios de materialización de los principios y valores contenidos en la Constitución, los cuales pueden ser definidos en los términos de un pacto social:

Una de las características más relevantes del Estado social de derecho consiste en la importancia que adquiere el juez en sus relaciones con el legislador y con la administración. Buena parte de ella se deriva del nuevo

⁷ Estel-la Pareja y Aida Guillen. Naturaleza y Alcance de los Derechos Humanos Emergentes. Instituto de Drets Humans de Catalunya. “Los Derechos Humanos Emergentes surgen como reivindicaciones legítimas, en virtud de necesidades o preocupaciones sociales actuales, dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos individuales y colectivos en el plano nacional o internacional. Bajo esta clasificación encontramos una serie de derechos que podemos denominar clásicos como el derecho a la seguridad vital (art.1.1, CDHE) a la integridad personal (art. 1.2, CDHE), al trabajo (art.1.4, CDHE), a la educación (art.1.6 y art.6.5, CDHE), a la igualdad (art.4 y art.6.1, CDHE), a la libertad de conciencia y religión (art.5.6, CDHE)... así como derechos comúnmente denominados de tercera generación como el derecho al medio ambiente (art.3, CDHE), al desarrollo (art.8, CDHE) o el derecho a la paz (art.2, CDHE). Precisamente, un elemento novedoso de la Carta de Derechos Humanos Emergentes es que agrupa todos los derechos a un mismo nivel. Es decir, no los separa según generaciones. Igualmente, acaba con la división entre derechos individuales y colectivos así como entre los políticos y los económicos, sociales y culturales”.

papel que juegan los principios constitucionales en las decisiones judiciales y su relación con los valores y normas de la Carta. El nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución claramente señaladas en el artículo 228⁸.

El principal argumento en contra de la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, recae en el carácter prestacional que se les atribuye, a partir del cual se interpretan en forma de expectativas positivas o *prestaciones*, a cargo del Estado y, que a diferencia de las expectativas negativas o *prohibiciones*, no gozan de obligatoriedad frente al Estado. En este esquema sólo se predica obligatoriedad de aquellos derechos denominados como de expectativa negativa, es decir, los *derechos clásicos de libertad*.

En este contexto es claro que la sostenibilidad fiscal plantea un redireccionamiento de las políticas del Estado en materia de gasto público a la validación de criterios fiscales, lo cual puede llegar a ser contraproducente cuando se verifican las difíciles condiciones sociales que afronta el país:

Estas ideas permiten con claridad determinar que si en países en desarrollo, existe la gran dificultad de afectar el contrato social, en Estados en vía de desarrollo como Colombia es una catástrofe este tipo de medidas de austeridad. Este argumento se fortalece con la idea según la cual los Estados deben tener instituciones políticas y económicas inclusivas y no extractivas

Con esta realidad- sin pacto social y sin instituciones políticas inclusivas- , un criterio como el de la sostenibilidad fiscal es una barrera para un Estado que aún carece de lo esencial y que celebra sus tratados de libre comercio o sus incorporaciones a la OCDE, sin tener presente sus carencias, sus defectos y sus debilidades. (Barbosa, 2012, p. 24).

⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 228. “La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial”.

1.4. Implementación de la Sostenibilidad Fiscal

El Acto Legislativo 03 de 2011 introdujo al ordenamiento jurídico el principio de sostenibilidad fiscal como un criterio que orienta a los poderes públicos en todas sus actuaciones, especialmente en relación con las sentencias judiciales y los proyectos de ley. Esta reforma tuvo iniciativa en el ejecutivo y constituye a juicio de éste una necesidad en el propósito de garantizar que las finanzas públicas tengan la capacidad de financiar el actual modelo de Estado Social de Derecho, asumir de forma adecuada los pasivos del Estado, financiar los gastos del presente y que están soportados en deuda, garantizar la prestación de servicios y bienes públicos a las futuras generaciones y en últimas un modelo económico sostenible.

La adopción de la sostenibilidad fiscal obedece a distintos procesos de reflexión y análisis de las políticas macroeconómicas relacionadas con el gasto público y de cómo éste impacta en las finanzas del Estado. Un primer aspecto refiere especialmente a la concepción misma que se tiene de los derechos sociales y de cómo estos constituyen o no parámetros de obligatorio cumplimiento para el Estado:

En los últimos veinte años, en casi todos los países de Occidente, los derechos sociales – desde el derecho a la salud, pasando por el derecho a la educación, hasta los derechos a la subsistencia y a la asistencia social – han sido objeto de ataques y restricciones crecientes por parte de los políticos considerados liberales. La constitucionalización de tales derechos y las políticas de bienestar -que constituyen tal vez la conquista más importante de la civilización jurídica y política del siglo pasado – han sido así puestas en discusión y corren el riesgo de verse comprometidas. (Ferrajoli, 2002, p. 9).

A partir de la reforma constitucional se consigue otorgar a este principio un criterio vinculante frente al accionar de los órganos del poder público, garantizando de esta manera su aplicación por considerársele dotado de fuerza constitucional y por ende una férrea garantía en cuanto a su aplicación:

Con la globalización se ha venido consolidando una corriente del pensamiento económico-fiscal, en el contexto del derecho de la hacienda pública y del constitucionalismo economicista, que pretende constitucionalizar los llamados “principios presupuestales”, a través de normas de la más alta jerarquía, mediante las cuales se establecen parámetros de prudencia y mesura con relación a la gestión presupuestal, en aras de la consecución de lo que se denomina “sostenibilidad fiscal”, que no es otra cosa que una herramienta financiera para mantener dicho equilibrio. (Vinueza, 2012, p.81).

1.4.1. El Contexto Económico Internacional

El fenómeno de la globalización ha propiciado la aplicación de criterios y políticas fiscales que consoliden las distintas relaciones económicas de las naciones entre sí, promoviendo con ello la estabilidad monetaria tanto a nivel interno como externo. Se promueven así lineamientos macroeconómicos encaminados especialmente a la adopción de medidas que consoliden una óptima calificación de deuda pública, un régimen cambiario sólido, condiciones idóneas para el intercambio comercial, emisiones de dinero controladas, reducción del gasto público, entre otros aspectos, que eviten en ultimas panoramas tan difíciles como los que afrontan actualmente algunos países europeos.

El caso europeo resulta un especial referente en este contexto toda vez que con la creación de la Unión Europea los países de la región han propendido no solo por la unificación regional en términos políticos, sino también por la adopción de un modelo económico basado en políticas macroeconómicas y fiscales afines a los intereses de la organización. En tal sentido se destaca la creación del Banco Central Europeo y la adopción del Euro como moneda única, los cuales dan cuenta del especial interés en regular las políticas económicas de cada país hacia la búsqueda del bienestar de la comunidad internacional.

Ello ha llevado a que los organismos multilaterales frecuentemente expresen recomendaciones a los gobiernos en materia económica, encaminadas a la

adopción de políticas e instrumentos jurídicos que propicien condiciones acordes con la dinámica económica internacional. Basta señalar medidas como la reducción del tamaño del Estado, privatización de los bienes y servicios a cargo del Estado, implementación de gasto contra cíclico (especialmente los países que obtienen recursos de los hidrocarburos) entre otros, ha llevado a que países como el nuestro adopten medidas internas (por vía de reforma) tendientes a garantizar la sostenibilidad y la confianza económica internacional:

Se viene consolidando una corriente en el derecho de la hacienda pública tendente a i) introducir en los ordenamientos jurídicos principios o reglas de la más alta jerarquía normativa que establezcan parámetros de “prudencia”, “moderación”, “sindéresis”, en fin, “pautas prudentes” de gestión presupuestal, para asegurar que las variables presupuestales se mantengan dentro de una senda de sostenibilidad -se trata de normas que, más que definir competencias en materia presupuestal, buscan propiciar la prudencia, la moderación, evitar el excesivo déficit o el excesivo endeudamiento de las instancias de las entidades estatales. Y, por tanto, son normas más afines al cumplimiento de los propósitos de la estabilidad presupuestal; - además, ii) se trata de sustraerles discrecionalidad en el manejo de las finanzas públicas a las autoridades económicas para, en su lugar, introducir parámetros estables y permanentes. (Vinueza, 2012, p.83)

1.5. Las Generaciones de los Derechos Constitucionales

La doctrina ha establecido una clasificación sustentada en el desarrollo histórico que han tenido los derechos humanos a partir de criterios de análisis y de reflexión relacionados con el ámbito frente a su aplicación y garantía. Al respecto Diego Younes, señala:

Los derechos de la primera generación o libertades públicas. Se trata de garantías que consultan lo más íntimo de la dignidad humana, sin las cuales se desvirtúa la naturaleza de esta y se niegan las posibilidades del ser.

Derechos de segunda generación o derechos asistenciales. Su principal característica es la de que no son simples posibilidades de acción individual, sino que imponen además una carga al Estado, frente al cual individuo es situado en el marco social en la condición de acreedor de ciertos bienes que debe dispensarle el aparato jurídico.

Derechos de tercera generación. La componen los derechos a la paz, al entorno, al patrimonio común de la humanidad y el derecho al desarrollo económico y social.

Derechos de cuarta generación. Ya se registran en el vocabulario de los constitucionalistas las referencias a los derechos de cuarta generación, dentro de los cuales vale la pena destacar los derechos a la salud sexual y reproductiva. Igualmente incorporan dentro estos derechos de cuarta los que se deban tener frente al vertiginoso desarrollo de la tecnología y las comunicaciones. (Moreno, 2012, p. 210).

En sentencia T-08 del 18 de mayo de 1992, la Corte Constitucional destaca la difícil tarea de establecer a cuál de las citadas categorías corresponde la calidad de derecho fundamental, por ello indica que en cada caso en particular deberá hacerse un análisis constitucional a efectos de establecer si un determinado derecho tiene este carácter de fundamental.

En este contexto resulta provechoso analizar la definición que hace Peter Haberle respecto del concepto de derechos fundamentales: *“los derechos fundamentales constituyen hoy en día el concepto que engloba a los derechos humanos universales y los derechos ciudadanos nacionales. Ambas clases de derechos fundamentales son, aunque con diversa intensidad, parte integrante necesaria de la cultura jurídica de todo “Estado constitucional” que merezca el nombre”* (Haberle, 2003, p. 182).

El autor desarrolla el concepto de libertad cultural como un producto del ejercicio de la libertad individual o la libertad colectiva, la cual puede verificarse en el ámbito político, económico y cultural con el fin de establecer el grado de incidencia directa o indirectamente sobre los derechos fundamentales. En tal sentido el Estado constitucional – como cultura – es el encargado de garantizar

los derechos que por naturaleza tiene el hombre y que en conjunto son definidos como derechos culturales (derechos humanos y ciudadanos); desde esta perspectiva todo derecho se cumple desde la perspectiva cultural.

Surge una importante reflexión acerca de las aspiraciones que han sido convalidadas durante los últimos años en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, producto del análisis y la reflexión efectuado por las distintas sociedades – *generalmente las más avanzadas* – referidas al papel del ciudadano en el mundo globalizado y la manera en que ello conlleva a la reivindicación de derechos y libertades que permitan al individuo un pleno desarrollo. Dichas aspiraciones han sido denominadas como Derechos Humanos Emergentes⁹ los cuales desarrollan ampliamente el concepto de dignidad humana frente a las distintas necesidades y retos que se presentan en el mundo actual para el ciudadano, el principal instrumento que ha permitido esta consolidación es la Carta de Derechos Humanos Emergentes (CDHE).

Por ende el marco constitucional y legal en materia de Derechos Humanos entre el Estado y los ciudadanos, solo puede limitarse al ordenamiento jurídico interno, sino que además debe atender a los diversos instrumentos internacionales que habiendo sido ratificados por el Estado le obligan a su cumplimiento, es decir, se plantea un derecho supranacional cuyo fundamento radica en el concepto de ciudadanía universal.¹⁰

El reconocimiento jurídico de derechos humanos – de derechos inherentes a la dignidad humana – es un fenómeno relativamente moderno y, a la vez, en continua evolución. El reconocimiento jurídico de los derechos fundamentales a escala nacional no es un fenómeno lineal, unidireccional u ordenado. Por el contrario, avanza a impulsos, casi a trompicones, en función de las necesidades y de las reivindicaciones de las sociedades de

⁹ Jaime Saura Estapá. Noción, fundamento y viabilidad de los derechos humanos emergentes: una aproximación desde el derecho internacional. Universitat de Barcelona. *“Los derechos humanos emergentes son reivindicaciones legítimas, en virtud de necesidades o preocupaciones sociales actuales, dirigidas a la formulación de nuevos o renovados derechos humanos individuales y colectivos en el plano nacional o internacional”*.

¹⁰ A partir del concepto de ciudadano universal el hombre tiene la garantía de los derechos fundamentales fundado en el status naturalis previo al status civilis, lo cual conlleva a la concepción del contrato social mundial en el cual se da el consenso de la humanidad y los pueblos o Estados constitucionales.

cada tiempo y lugar, así como de la capacidad y voluntad política de los Estados, de forma individual o concertada, para dar respuesta a tales reivindicaciones. (Estapá, 2009, p. 680).

1.5.1. Los Derechos Fundamentales

Según Antonio Pérez Luño los derechos humanos pueden ser definidos como el *“conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*.

A la luz de lo expuesto por Luigi Ferrajoli en su obra *“fundamento de los derechos fundamentales”* al referirse a los derechos fundamentales se hace necesario efectuar una valoración más allá del aspecto formalista, es decir, de la mera enunciación que de ellos hace la norma constitucional; de tal suerte que se evalúen los aspectos referidos a la supranacionalidad de los derechos fundamentales y la igualdad jurídica.

Respecto del primer concepto se encuentra que los derechos fundamentales más allá de ser reconocidos por el ordenamiento jurídico interno – formalismo - representan *per sé*, un patrimonio inherente al ser humano dentro del concepto de *ciudadano universal*, en virtud del cual éstos no solo son vinculantes atendiendo a la legislación interna sino implica un aspecto allende las fronteras:

En particular y, sobre todo, después de su formulación en convenciones internacionales recibidas por las constituciones estatales o en todo caso suscritas por los Estados, se han transformado en derechos supraestatales: límites externos y ya no solo internos a los poderes públicos y bases normativas de una democracia internacional muy lejos de ser practicada pero normativamente prefigurada por ellos. (Ferrajoli, 2001, p. 26).

En relación con la igualdad jurídica se encuentra que todos aquellos derechos o acuerdos, que contribuyen a la generación de condiciones de igualdad y equidad entre los asociados son de por sí imprescindibles, así, el derecho a la salud, la educación, el mínimo vital, la propiedad entre otros, pueden ser vistos desde la óptica de derechos fundamentales:

Los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o forma de ésta, fundada en cambio sobre los poderes de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de Derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado – luego del reconocimiento constitucional como derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia – también al Estado Social-, que se ha desarrollado. (Ferrajoli, 2001, p. 25).

1.5.2. Derechos sociales, económicos y culturales

El Acto Legislativo 03 de 2011 establece la prohibición de afectar los derechos fundamentales a la hora de efectuar la valoración que propone la sostenibilidad fiscal, en otras palabras, no pueden ser desconocidos ni afectados en relación con los fines que busca dicha institución. No obstante, respecto de los derechos denominados como sociales económicos y culturales, no existe limitación alguna al momento de llevar a cabo la aplicación del mentado principio, de lo cual se infiere que resulte válido evaluar la conveniencia o no al momento de adoptar medidas que garanticen su protección.

Este tipo de derechos surge con la transición del constitucionalismo clásico al constitucionalismo social, es decir, surgen a partir del reconocimiento que hace el Estado de instrumentos sustanciales y procedimentales que garantizan además del bienestar, el desarrollo del ciudadano expresados en disposiciones de contenido económico y social; de ahí que pueda afirmarse tienen su génesis en el Estado Social de Derecho.

Dentro de los derechos sociales se encuentran entre otros los relativos a la familia, los derechos de los niños, los derechos de la mujer, los derechos de otros grupos demográficos, la seguridad social (conjunto de medidas que aseguran a una persona condiciones de vida dignas), los servicios públicos, etc.

Nuestra Constitución Política menciona derechos sociales, económicos y culturales que, a diferencia de la mayoría de los derechos fundamentales –de aplicación inmediata, es decir, que tienen fuerza jurídica por sí mismos, sin necesidad de apoyarse en ley que los desarrolle-, por su naturaleza son de aplicación gradual, seguridad social, salud, educación, acceso a la cultura, acceso a la propiedad, derecho a una vivienda digna, promoción de las formas asociativas y solidarias de propiedad etc. (Hidrón, 2004, p.203).

Los derechos culturales plantean la protección y fomento de las ciencias y de las bellas artes, también referidos al patrimonio histórico y cultural de los pueblos, expresiones artísticas (generalmente están relacionadas con el desarrollo de la personalidad) que en general establecen mecanismos de protección y preservación del elemento cultural.

En cuanto a los derechos económicos se destaca el derecho de propiedad, desde la perspectiva de función dinámica y positiva frente a los intereses de la comunidad,¹¹

La nueva Carta garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a la ley, pero advierte que el interés privado debe ceder ante el interés público o social. Se conserva el principio de la función social de la propiedad, como en la carta anterior, pero se le agrega la función ecológica, y la protección a las formas asociativas y solidarias de propiedad. (Moreno, 2012, p.202).

¹¹ Javier Henaó Hidrón. Panorama del derecho constitucional colombiano. “Según las tesis del profesor francés LEON DUGUIT, ideólogo de cabecera de los constituyentes de 1936, la propiedad deja de ser el derecho subjetivo del individuo y tiende a convertirse en la función social del detentador de capitales mobiliarios e inmobiliarios o, en otras palabras, los derechos del hombre no son otra cosa que los derivados de sus obligaciones, los poderes o facultades de que dispone para cumplir libre y plenamente sus deberes sociales” Pág. 212.

A partir de esta función social, se convalida la expropiación como un mecanismo de rango constitucional que materializa los objetivos signados a la propiedad privada en pro del interés general,

Esta figura jurídica es el medio de que el Estado dispone para obtener que la propiedad privada ingrese al patrimonio público y de este modo estar en condiciones de realizar obras de interés general. El Estado puede conseguir ese propósito por la vía judicial y previa indemnización. Es decir, que si fracasa la negociación directa con el propietario, tendrá que acudir ante los jueces y obtener una sentencia que decrete la expropiación. (Hidró, 2004, p. 213).

Sin embargo tal y como lo señala Haberle en esta clasificación también consigue integrarse el derecho al trabajo bajo un criterio de integralidad y de fin en la propiedad *“Trabajo y propiedad se encuentran en una relación interna y externa, material y funcional, a pesar del antagonismo con el que frecuentemente se presentan en la historia constitucional y social. (...) La propiedad y el trabajo en el sentido de la Constitución se constituyen mutuamente”* (Haberle, 2003, p. 254).

Considera Robert Alexy una categoría de derechos prestacionales, los cuales se plantean como derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría también obtenerlos de los particulares¹², tales como la vivienda, la educación, trabajo entre otros.

1.5.3. La exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales a partir de la sostenibilidad fiscal

Los derechos sociales fueron producto de la reflexión ideológica y política del siglo XX, lo cual permite calificarles como innovadores y relativamente nuevos - si se les compara con los derechos fundamentales-, aspecto que ha llevado a que autores como Friedrich A. von Hayek, Giovanni Sartori, Danilo Zolo entre

¹² Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. Pág. 482.

otros, a evaluar si en realidad estos logros sociales ostentan o no la calidad de derechos:

Estos derechos les corresponden, antes de prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva, cuya satisfacción no consiste en un no hacer sino en un hacer, en cuanto tal no formalizable ni universal, y cuya violación, por el contrario, no consiste en actos o comportamientos sancionables o anulables sino en simples omisiones, que no resultan coercibles ni justiciables. (Ferrajoli, 2002, p. 9).

Igualmente plantean un análisis de *exigibilidad* sustentado en la evaluación que hacen de los *derechos de libertad clásicos*, en función de las expectativas negativas que plantean, es decir, restricciones o prohibiciones de carácter general y abstracto, frente a las expectativas positivas de los derechos sociales, al punto de indicar que sólo de los primeros aplica el concepto de exigibilidad y por tanto de los cuales se puede predicar su justiciabilidad.

Al respecto Víctor Abramovich y Christian Courtis en su obra *Los derechos sociales como derechos exigibles* advierten como dicha tesis resulta inconveniente por cuanto desarrolla una visión paleo-liberal del Estado mínimo, referida únicamente a la función de garante del orden interior y la defensa exterior¹³ y, por considerar que desconoce dos aspectos básicos en su aplicación: El primero de ellos el referido a la relación que existe entre los derechos sociales –de expectativa positiva- en el propósito de garantizar los denominados derechos fundamentales clásicos, denotando con ello un claro factor de conexidad que a la vez implica un carácter sancionable o reparable frente a las consecuencias que puede generar su desconocimiento.

En segundo orden desconoce el *carácter vinculante de las prohibiciones y las obligaciones inmediatas y graduales* que establecen los distintos instrumentos internacionales que han suscritos por los estados en defensa de los derechos

¹³ Víctor Abramovich, Christian Courtis. Los derechos sociales como derechos exigibles. Señalan los autores como los derechos clásicos y los derechos sociales contienen expectativas tanto positivas como negativas: “(...) aun los derechos sociales a la salud, a la protección del medio ambiente o a la educación imponen al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto. Y también los clásicos derechos civiles o políticos – desde la libertad de expresión del pensamiento, al derecho al voto – requieren, por parte de la esfera pública, no solo prohibiciones de interferencia o de impedimentos, sino también obligaciones de proveer las numerosas y complejas condiciones institucionales de su ejercicio y de su tutela”. Pág. 10.

económicos, sociales y culturales, cuyo principal referente puede ser el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en virtud del cual se insta a los estados a la obligación de implementar mecanismos de carácter progresivo en defensa de esta categoría de derechos.¹⁴

Afirman los autores que no puede hacerse distinción dentro del esquema de los derechos fundamentales a partir de la evaluación de las *expectativas negativas* o prohibiciones y de las *expectativas positivas* que conllevan unos y otros. Señalan por vía de ejemplo, que el derecho a la salud, al medio ambiente, la educación entre otros, a pesar de tener un carácter prestacional o de *expectativas positivas* imponen al Estado prohibiciones de lesión de los bienes que constituyen su objeto; al igual que aquellos derechos denominados como *clásicos civiles y políticos* –descritos como de *expectativas negativas* - no solamente requieren para su protección de prohibiciones sino que también obligan al Estado que provea de mecanismos e instituciones en procura de garantizar su aplicación.

1.5.4. La acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos económicos sociales y culturales.

La Corte Constitucional en sentencia T 406 de 1992 se ha pronunciado respecto de la procedencia de la acción de tutela cuando se pretenda la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, indicando en tal propósito que los derechos fundamentales se distinguen entre aquellos que ostentan una cualidad de *aplicación inmediata* y los que no son de *aplicación inmediata*; en tal sentido y con el propósito de distinguir entre una y otra categoría, la Corte plantea la evaluación de los criterios objetivos en aras de establecer la procedencia o no de la acción de tutela. Tales criterios son: *la conexión directa con los principios constitucionales; la eficacia directa que resulta de la protección incoada y la validación de un contenido esencial.*

¹⁴ El bloque de constitucionalidad integra al ordenamiento jurídico interno todos los acuerdos y tratados internacionales que han sido celebrados por el Estado colombiano según lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución Política: “(...) Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

De validarse estas condiciones - señala la Corte - un derecho denominado como económico, social o cultural adquiere la connotación de derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección mediante acción de tutela. En este contexto, la procedencia de este mecanismo de protección está sujeta a la validación de condiciones de riesgo o vulneración de un derecho fundamental, así como la existencia de un vacío normativo que implique la inmediata protección por parte del operador judicial, según lo expuesto por la Corte:

El juez deberá pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho. En tales eventos el juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos y por el otro los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución.

1.6. Principio de Separación de Poderes en el Estado Social de Derecho

La separación de poderes es uno de los principios de mayor relevancia dentro del Estado Social de Derecho, establece los parámetros funcionales del poder público desde una perspectiva de distribución de labores y de vigilancia a las mismas, con base a lo dispuesto en la Constitución. En este contexto resulta importante analizar como en materia macroeconómica y fiscal es cada vez más frecuente encontrar que los efectos de las decisiones proferidas por las distintas instancias judiciales inciden de manera directa sobre el presupuesto, no solo porque establecen en ellas obligaciones a cargo del Estado -en materia

presupuestal - sino porque también establecen disposiciones cuyo manejo e iniciativa generalmente están signadas al ejecutivo.¹⁵

La sostenibilidad fiscal plantea un redireccionamiento de las políticas presupuestales hacia el Ejecutivo, permitiendo con ello garantizar que en materia de gasto e inversión pública sean consideradas las disposiciones del Marco de Gasto de Mediano Plazo - definidas por el Gobierno Nacional - , promoviendo con ello un control eficiente a las erogaciones que ordenan los demás poderes públicos y consiguiendo además que el poder ejecutivo tenga realmente la iniciativa frente a la ordenación y determinación del gasto.

Frente a este panorama resulta conveniente señalar que la labor de los jueces no puede limitarse a la mera observación y aplicación objetiva de la norma, buscando con ello únicamente la validación de los supuestos normativos y de sus consecuencias, sino que al juez constitucional le acude también la responsabilidad de dar una correcta y precisa interpretación de la norma constitucional en procura de garantizar que el principio de Estado Social de Derecho tenga una real aplicación en el imaginario social, máxime cuando existen realidades sociales que resultan ser desconocidas o no atendidas efectivamente por los demás poderes públicos.

La tarea de la jurisdicción, en realidad, consiste esencialmente en señalar las violaciones – ciertamente, el Poder Judicial no puede sustituir al Poder Legislativo y al Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, tanto menos si se trata de políticas de gran escala o de largo alcance temporal-. Y de todos modos, este mismo carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa actio finium regundorum entre el poder Judicial y el Poder Político, como fundamento de su clásica separación: de aquello que el Poder Judicial no puede hacer, por motivo justamente

¹⁵ En el contexto del Estado Social de Derecho el reconocimiento por vía judicial de los derechos económicos sociales y culturales, generalmente obligan al Estado a brindar prestaciones positivas, proveer servicios de salud, educación, trabajo entre otros, para lo cual habrá necesariamente habrá que hacer erogaciones. Por vía de ejemplo se encuentra el fallo de la Corte Constitucional en sentencia T-628 de 2012 que ordena que el ICBF y el Gobierno Nacional reconozcan las prestaciones salariales de 77.000 madres comunitarias, según se ha calculado esto implica una partida presupuestal de 651 mil millones de pesos por año a partir de 2013.

de su naturaleza cognitiva, pero también de aquello que, debido a esa misma naturaleza debe hacer, es decir, señalar todas las violaciones de los derechos sociales cometidos por la Administración Pública. (Abramovich, 2002, p. 13).

De ahí que sea necesario establecer criterios funcionales en virtud de los cuales los distintos órganos del poder público contribuyan a la realización de los fines del Estado Social de Derecho y al mismo tiempo definir la manera en que se articulan estos en pro del funcionamiento del Estado.

Hobbes en su obra el Leviatán refiere como el Estado ostenta una excesiva concentración de poder en su gobernante, quien además de ser titular de los actos de gobierno, se irrogaba también la facultad creadora de la ley y la potestad jurisdiccional para decidir sobre los conflictos. Dicho escenario constituía una condición negativa para los asociados en relación con el respeto por sus derechos, que en algunos casos podría llegar a afectar máximas como la vida o la libertad:

El derecho de establecer normas, en virtud de las cuales los súbditos puedan hacer saber lo que es suyo propio, y que ningún otro súbdito puede arrebatarse sin injusticia. (...) es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, con respecto a los hechos. (Hobbes, 1651, p. 112).

Jhon Locke uno de los principales exponentes del liberalismo clásico planteaba en el Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil que esa división institucional resulta necesaria para el ejercicio de los derechos del individuo que habita en sociedad, “(...) *los hombres que viven unidos formando un mismo cuerpo y que cuentan con una ley común establecida y con un tribunal al cual recurrir, con autoridad, para decidir las disputas entre ellos y castigar a los culpables, viven en sociedad civil, unos con otros; mientras que aquellos que no cuentan con nadie a quien apelar, me refiero a alguien de este mundo, aún se encuentran en el estado de naturaleza*”. (Locke, 1690, p. 98).

En un contexto histórico: “La conocida teoría llamada de la división de poderes tuvo su origen en Francia y su arranque en la fundamental obra de Montesquieu “El espíritu de las leyes” (1778), y que tan decisiva importancia tuvo en el derecho constitucional, apareció como un medio dirigido a evitar el despotismo resultante del ejercicio centralizado de todas las funciones del Estado en una sola mano, o en un solo órgano, buscando de ese modo salvaguardar las libertades públicas e individuales” (Escola, 1984, p. 7).

La separación de poderes debe darse en el marco de la colaboración armónica en procura de un objeto en común, denotando así la conveniencia de la aplicación del modelo de los pesos y contrapesos, como un sistema en donde lo que se busca no es la prevalencia de un poder sobre otro –generalmente el más popular o de mayor aceptación social- sino una colaboración eficiente en el marco de la delimitación de funciones del Estado. No obstante

Esa división o separación de los poderes solo podemos aceptarla y considerarla como válida en cuanto implica en realidad, una distribución de las funciones estatales entre órganos diferentes, sin significar una real escisión del Poder del Estado, que se lleva a cabo con límites definitivos y precisos. La existencia de esos llamados “poderes”, denominación con la que se designa a un órgano o a un grupo de órganos del Estado que ejercen en forma preferente o predominante algunas de las funciones antes mencionadas, no llega a alterar ni menos destruir la unicidad del poder estatal. (Escola, 1984, p. 8).

1.7. El Estado Social de Derecho frente a la Sostenibilidad Fiscal. Principios Constitucionales

Los principios como mandatos de optimización se integran a la Constitución Política a modo de criterios orientadores de la administración pública, lo cual implica que no pueden ser desconocidos por el Estado¹⁶ en la medida que

¹⁶ El artículo 113 de la Constitución Política de 1991, al referirse a la estructura del Estado prescribe que está integrada por: “Las Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los

constituyen el eje fundamental del sistema jurídico colombiano y su desarrollo se da desde una perspectiva integradora y complementaria de la actividad estatal.¹⁷

Dentro de los objetivos de este trabajo se destaca que el Acto Legislativo 03 de 2011 *“Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”*, prevé como la sostenibilidad fiscal constituye un criterio orientador de las actuaciones de los poderes públicos en Colombia¹⁸. A partir de este concepto se plantea un análisis respecto de si este último *principio* representa o no restricción o limitación, ya sea directa o indirectamente, del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que hacen parte del núcleo del Estado Social de Derecho, caso en el cual se estaría entre una posible tensión de principios del orden constitucional.

En un primer análisis se considera que la seguridad jurídica constituye uno de los principales fundamentos de todo ordenamiento jurídico, en donde principios como la legalidad, igualdad, debido proceso, entre otros, permiten el establecimiento de un orden justo, que al mismo tiempo garantiza no solo la correcta administración de justicia sino así también el funcionamiento de los distintos poderes públicos. En este contexto es claro que las distintas disposiciones que integran un determinado sistema jurídico, deben tener la capacidad de ser aplicadas armónicamente, evitando que existan contradicciones entre ellas. Por tanto,

Un ordenamiento jurídico constituye un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles. Aquí, "sistema" equivale a validez del principio que excluye la incompatibilidad de las normas. Si en un ordenamiento existieren dos normas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas. Si esto es verdad, quiere decir que las normas de un ordenamiento tienen cierta relación entre sí, y que esta

órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

¹⁷ Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. “... los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existente. Están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino de las jurídicas”. Pág. 86.

¹⁸ Constitución Política de Colombia. Artículo 334. “(...) La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”

relación es un relación de compatibilidad, que implica la exclusión de la incompatibilidad."...en este sentido, no todas las normas producidas por las fuentes autorizadas serían normas válidas, sino sólo aquellas que fuesen compatibles con las demás. (Bobbio, 1994, p. 183)

Ronald Dworkin en su obra *Los Derechos en Serio* afirma que el sistema normativo además de estar compuesto por reglas también está integrado por principios, los cuales no atienden a la misma dinámica de evaluación y aplicación que se predica de las primeras. Las reglas generalmente están dadas o construidas de acuerdo con una estructura prescriptiva que conlleva a un determinado resultado – como en el caso de una sanción penal -, esto implica que su aplicación sólo está determinada por la ocurrencia o no de los supuestos que ella plantea.

La evaluación de las reglas comprende el plano de la obligatoriedad en su aplicación frente al resultado que plantean, es decir, la constatación de las condiciones específicas que la integran. En relación con la posible contraposición entre reglas jurídicas, Dworkin plantea que debido a la naturaleza misma de éstas, podrán ser valoradas bajo dos perspectivas. En la primera, una regla deroga a la otra y, en el segundo escenario una regla podría establecer una excepción a la otra.

Bobbio propone tres criterios de valoración entre este tipo de reglas que en últimas conllevan a resolver la confrontación. El primer criterio es el cronológico, refiere especialmente al momento en el que se promulga la norma; el segundo, atiende al criterio jerárquico, en virtud del cual habrá de observarse la norma de mayor rango; y por último, plantea el criterio de especificidad. La aplicación de las normas confrontadas, aun después de la evaluación de estos criterios, ya no será dada en función de la validez sino de la eficacia.

A diferencia de las reglas, los principios según Dworkin, no obedecen a la misma dinámica de evaluación y aplicación respecto de las primeras, esto por cuanto están contruidos desde una perspectiva más abierta y abstracta, que conlleva a que su aplicación no se dé en términos *del todo o nada*; no obstante

adquieren la condición de obligatoriedad y observación dentro del ordenamiento jurídico.

A diferencia de las reglas, entonces, los principios no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer, en una instancia intermedia el razonamiento, una comparación de principios encontrados. Es por eso por lo que se puede decir que las reglas son conclusivas y los principios no conclusivos. Además, la comparación entre principios no se resuelve a través de la supervivencia de uno de ellos y la supresión del otro, los dos principios sobreviven, aunque solo uno prevalezca en el caso concreto. (Rodríguez, 2010, p. 50).

En caso de presentarse una contradicción o contraposición entre reglas el conflicto termina resolviéndose con la exclusión de una de ellas del sistema normativo, por ejemplo en el caso de la derogatoria de una ley; pero en cambio, en relación con los principios ante la posible contradicción esta deberá ser resuelta atendiendo a la evaluación de los criterios de proporcionalidad, razonabilidad e integración armónica, sin que ello implique la exclusión de alguno de los principios:

Las reglas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una regla están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. Establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas", puesto que ellos sólo enuncian razones pero no exigen decisiones particulares. (Dworkin, 1995, p.75).

1.8. Ponderación de Principios Constitucionales

Al analizar la aplicación de los principios de Estado Social de Derecho y de la Sostenibilidad Fiscal, en un determinado caso podría dar lugar a una posible

tensión de principios sustentada en los fines que plantea este último en aras de orientar el accionar de los poderes públicos hacia la búsqueda de condiciones macroeconómicas y fiscales óptimas; frente a los objetivos que desarrolla el Estado Social de Derecho, dentro de los que se encuentran la garantía del desarrollo integral del individuo, el derecho a ser reparado por los daños causados por el Estado, el derecho al debido proceso, el reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales y culturales, la separación de poderes y la independencia judicial, entre otros.

Al validar el rango constitucional que ostentan cada uno de los principios a priori se presentan posibles contradicciones entre los fines descritos por uno y los previstos por el otro, razón por la cual se hace necesario adelantar un análisis en términos de ponderación en virtud del cual se valoraren los aspectos y condiciones referentes a cada uno de ellos, con el fin de garantizar su contenidos sustancial. Como quiera que ambos principios tienen el mismo peso normativo surge un conflicto el cual no puede ser resuelto atendiendo a los criterios ya expuestos en relación con las reglas y que se refieren al factor de cronología, jerarquía y especialidad.

Como quiera que los principios resultan ser normas jurídicas descritas como de textura amplia, desprovistos de la estructura de supuesto y consecuencia, en el ejercicio de ponderación deberá validarse que la restricción del principio obedezca realmente a un fin enmarcado dentro de la misma Constitución, es decir, que resulta válido o justificable su restricción.

Robert Alexy plantea que dicha medida debe resultar lo suficientemente efectiva, validando para ello que cuanto mayor es el grado de la no satisfacción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.

(...) la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto, no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre al deber de mantener las promesas sobre el deber de ayudar al prójimo, o a la seguridad

pública sobre la libertad individual, o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de esa jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente al otro, sino a la preservación abstracta de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso de conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro. (Prieto, 2010)

El juicio de ponderación lleva implícitamente a que en la interpretación o la valoración efectuada por el juez, se legitime un cierto grado de discrecionalidad en su decisión, toda vez que los principios están descritos en términos de connotación abierta y en algunos casos imprecisos, que además permiten la armonización de los mismos dentro de un espectro de pluralidad jurídica, es decir, que no exista la posibilidad de jerarquizarlos configurando con ello supremacía o categorizaciones normativas. En este contexto y como esta labor puede dar lugar al *subjetivismo y decisionismo judiciales*¹⁹ existen criterios que deben ser observados por el juez que apuntan a la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad; factores que en últimas conducen a la construcción de la *regla de ponderación*:

Esta regla expresa una ley que vale para la ponderación de principios, de cualquier tipo de ellos que sean. De acuerdo con la ley de la ponderación, la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro. La ley de la ponderación pone claramente de manifiesto que el peso de los principios no es determinable en si mismo o absolutamente, sino que siempre puede hablarse tan solo de pesos relativos. (Alexy, 1993, p.171).

Los principios pueden denotar un carácter débil y un carácter fuerte o absoluto, esto tiene sustento en el criterio de la precedencia, es decir, como los primeros

¹⁹ Robert Alexy. Teoría de los Derechos Fundamentales. “Muchas veces se ha objetado en contra del concepto de ponderación que no constituye un método que permita un control racional. Los valores y principios no regulan por si mismo su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde inicia la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método” pág. 157.

generalmente preceden a otros y como los segundos por tener un núcleo fuerte de configuración no son desplazados por otros, generalmente porque refieren a derechos fundamentales,

Cuando un principio se refiere a bienes colectivos y es absoluto, las normas de derecho fundamental no pueden fijarle ningún límite jurídico. Por lo tanto, vale el enunciado según el cual los principios absolutos o bien no son conciliables con los derechos individuales o bien sólo lo son cuando los derechos individuales fundamentados por ellos no corresponden a más de un solo sujeto jurídico. (Alexy, 1993, p.106).

Señala la Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa.

Es evidente entonces que el conjunto de postulados, derechos y garantías que se circunscriben al principio de Estado Social de Derecho frente el Principio de Sostenibilidad Fiscal, no gozarían de una protección eficiente, o al menos inmediata por parte del Estado, esto en la medida que tendrían que ser valorados ya no desde una perspectiva de obligatoriedad y cumplimiento sino ahora desde la óptica y análisis de las implicaciones económicas y fiscales que conlleva su reconocimiento.²⁰

²⁰ Constitución Política de Colombia. Artículo 334: (...) La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y

En conclusión, al analizar el Principio de Sostenibilidad Fiscal frente al Principio de Estado Social de Derecho habrán de observarse los aspectos en que cada uno de estos dos principios contribuyen al cumplimiento de los fines del Estado, como en su aplicación se consigue el bienestar general de la comunidad; la prosperidad general; el efectivo cumplimiento no sólo de los denominados derechos fundamentales, sino así también del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que habiendo sido reconocidos por diversos tratados internacionales –Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 mediante Resolución 2.200 - constituyen obligaciones demandables del Estado Colombiano y por tanto, exigibles judicialmente.²¹

se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal.

²¹ La adopción de normas constitucionales o de tratados internacionales que consagran derechos económicos, sociales y culturales generan obligaciones concretas al Estado, según el artículo 93 de la Constitución Política: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

2. EL NÚCLEO ECONÓMICO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

“La propiedad y la ley nacen juntas y mueren juntas. Antes de las leyes no había propiedad; si se eliminan las leyes, toda propiedad cesa”.

Jeremy Bentham.

La Constitución Política de 1991 establece los lineamientos superiores de la actividad del Estado, todos aquellos derechos y libertades en ella consagradas adquieren un carácter vinculante, y por tanto, se traducen en un debito social a favor del individuo que le traslada al Estado el deber de suministrar los medios y recursos para hacer efectiva su protección.

Al evaluar el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución se evidencia que la relación entre el Estado y la economía no se da en un plano neutralidad. Le acude al Estado la obligación de intervenir administrativa, legislativa y judicialmente, en procura de orientar el desarrollo económico de la nación hacia los fines previstos en la Constitución, razón por cual el constituyente le ha asignado la dirección general de la economía.

Desde la perspectiva constitucional existe una estructura económica que permite dar cumplimiento tanto a los principios como a los derechos consagrados en la Constitución, la cual plantea un análisis desde el campo del derecho económico y de la hacienda pública:

El papel del derecho constitucional en la economía es hoy una exigencia teórica y práctica que no puede soslayarse. La constitucionalización de la economía comporta, en beneficio del propio sistema y en beneficio de la libertad e igualdad de los ciudadanos, la utilización de las categorías que el derecho proporciona para resolver los problemas de equilibrio derivados de la legítima intervención de los poderes públicos y de la también legítima autonomía de los particulares. Autonomía que hoy no

descansa solo en consideraciones de principio, sino en la articulación de la cláusula general de libertad a través de una serie de derechos fundamentales que se integran, como tales derechos, en el modelo económico que las Constituciones del presente, explícito o implícitamente establecen. (Moreno, 2012, p. 491).

El principio de sostenibilidad fiscal adoptado mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, planteó la reforma del artículo 334 de la Constitución (el cual confiere al Estado el direccionamiento de la economía), incluyendo ahora este principio como un criterio orientador de los poderes públicos en el desarrollo de sus funciones. A partir de esta reforma constitucional se busca que en función de él direccionamiento de la economía a cargo del Estado, exista unidad de criterio y coherencia en las decisiones adoptadas por éste y, que en últimas propicie una dinámica de gasto e inversión acorde con un esquema de finanzas públicas rentable.

Con el fin de establecer la forma en que la Constitución Política fija los parámetros económicos y presupuestales en procura de garantizar los derechos y libertades del Estado Social de Derecho, en este capítulo se abordará el concepto de Constitución Económica, la evolución que ha tenido en los distintos contextos políticos y sociales; el régimen económico constitucional colombiano; el direccionamiento general de la economía por parte del Estado; los distintos mecanismos constitucionales en materia económica; y por último los distintos mecanismos fiscales que desarrolla el Estado colombiano.

La Constitución Política establece los distintos mecanismos de naturaleza económica a través de los cuales se consigue dar cumplimiento a los fines signados al Estado, garantizando el cumplimiento de las obligaciones de éste frente a los individuos, así como la promoción de sus derechos y libertades, como es el caso del derecho a la salud, a la propiedad, al trabajo, la educación entre otros, aspectos que evidentemente conllevan un factor presupuestal. De otra parte, resulta importante contar con políticas coherentes y eficaces para el desarrollo de la actividad económica, en el contexto del ordenamiento político y constitucional de la nación, a fin de garantizar el cumplimiento del modelo de Estado Social de Derecho y, es donde el Estado como director de la economía

debe propiciar escenarios acordes con el bienestar y el desarrollo social del individuo.

2.1. La Constitución Económica

La Constitución de 1991 reconoce entre otros derechos, el del trabajo, la propiedad, la libertad de empresa, la iniciativa privada y, al mismo tiempo establece instrumentos del orden constitucional que definen la forma de cumplir con los fines previstos en la Constitución, los cuales están descritos como facultades y/o atribuciones (dirección general de la economía, de actividad financiera, bursátil; intervenir para dar pleno empleo, etc.) y, de otra parte, requerimientos formales como el Marco Fiscal de Mediano Plazo, Plan Nacional de Desarrollo, Ley del Presupuesto Nacional entre otros, los cuales en conjunto integran el núcleo económico constitucional o Constitución económica.

El concepto de Constitución económica y de democracia económica, emergen con sustantividad propia en el contexto ideológico y en la dinámica política y sindical weimeriana, con tal fuerza renovadora en las relaciones del Estado y economía que aun hoy, superadas aquellas circunstancias históricas constituyen, dichos conceptos temas de permanente debate y reflexión teórica. (Bauman, 1978, p. 16).

Locke justifica la creación del Estado como forma de asociación civil a partir de que se generan los excedentes en el trabajo y la acumulación de la tierra, lo que llevó a establecer un sistema de organización que garantizará la propiedad privada - derecho que ya poseía en el estado de naturaleza - siendo éste un criterio válido de asociación humana: “(...) *no hay ni puede subsistir sociedad política alguna sin tener en si misma el poder de proteger la propiedad*”.

Cuando se analiza la Constitución y se evalúan los distintos compromisos planteados en ella se puede vislumbrar la necesidad de establecer un régimen económico que permita hacer frente a tales objetivos:

Esta parte económica del texto fundamental la hizo Beard en el año 1913 con su polémica obra titulada Una Interpretación Económica de la Constitución de los Estados Unidos, la cual denunciaba que dicha "Constitución escondía intereses económicos concretos y muy personales"¹. Es decir, que el término Constitución Económica naciera a comienzos del siglo XX, no quiere decir que las primeras constituciones no hayan tenido un contenido económico, sino que dichas disposiciones no eran agrupadas y estudiadas antes con las características que hoy en día conocemos. Sin duda que la mayor intervención del Estado en la economía fue un hecho crucial para el nacimiento del concepto a que me estoy refiriendo, pero constituye un error asociar dicho concepto exclusivamente con una economía intervenida por el Estado. (Bordali, 1998, p. 45).

Ferdinand Lasalle, en su obra *¿Qué es una Constitución?*²² señala que la Constitución más allá de ser considerada como una norma de orden superior, en su concepción responde mejor a un criterio de ley fundamental que irriga todo el sistema normativo de una nación, resultando con ello la posibilidad de integrar en un todo los distintos actores sociales que hacen parte de la sociedad, y a los que él denomina como *factores reales de poder*.

Los factores reales son todos aquellos sectores que integran la sociedad, que están articulados entre sí, que tienen una fuerza de decisión en la determinación de la forma de gobierno o de Estado y que tienen una marcada connotación económica dado el papel que representan en la Constitución, esto es, *Los Banqueros, La Gran Burguesía, La Pequeña Burguesía y la Clase Obrera*. Es necesario que el Estado garantice a dichos sectores una participación activa y segura en términos económicos, con reglas claras, instituciones capaces y leyes de contenido dinámico, pero ¿Si el Estado decide desconocer estos conceptos que sucedería?:

²² Ferdinand Lasalle. *Que es una Constitución*. Ante la pregunta que plantea sugiere algunas definiciones formales: "La Constitución es un pacto jurado entre el rey y el pueblo, que establece los principios básicos de la legislación y del gobierno dentro de un país. O en términos un poco más generales, puesto que también ha habido y hay Constituciones republicanas: La Constitución es la ley fundamental proclamada en el país, en la que se echan los cimientos para la organización del Derecho público de esa nación". Pág. 31.

Pues sucedería que los señores BorsigEgels, etcétera, que los grandes fabricantes de tejidos estampados, grandes fabricantes de seda, etcétera, cerrarían sus fábricas y pondrían en la calle a sus obreros, y hasta las Compañías de ferrocarriles tendrían que hacer otro tanto; el comercio y la industria se paralizarían, gran número de maestros artesanos se verían obligados a despedir a sus operarios, o lo harían de grado, y esta muchedumbre interminable de hombres despedidos se lanzaría a la calle pidiendo pan y trabajo; detrás de ella, espoleándola con su influencia, animándola con su prestigio, sosteniéndola y alentándola con su dinero, la gran burguesía, y se entablaría una lucha en la que el triunfo no sería en modo alguno de las armas. (Lasalle, 1789, p.37).

Emmanuel Sieyés en su obra *¿Qué es Tercer Estado?* otorga un especial sentido e importancia al concepto económico dentro de la nación²³, a partir del interrogante *¿Qué se necesita para que la nación subsista y prospere?*. En la respuesta a dicho interrogante plantea que son los trabajos particulares, más que las funciones públicas (propias de la nobleza y el clero) los que permiten el desarrollo y el sostenimiento de la sociedad, es decir, existe un criterio económico en función de la productividad desde una perspectiva mercantil - es lo que él denomina como el *tercer estado*.

2.2. El Estado Liberal Clásico

En el contexto político generalmente se caracteriza por la célebre frase dejar hacer, dejar pasar, en virtud del cual se plantea la necesidad de implementar escenarios que garanticen el ejercicio de las libertades del individuo, generalmente referidas al campo económico. Se da producto de los importantes logros que surgen a partir de la revolución francesa relacionados con el concepto de asociación civil, voluntad general, la ley, soberanía,

²³Sieyés asocia el concepto de nación con un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representada por una misma legislatura. Un unitario de ciudadanos que ejercen una voluntad común, inalienable.

representación, aspectos que sin duda alguna establecen una nueva forma de constitución y un mecanismo de garantía frente al poder del Estado:

El contenido económico de toda Constitución aparece como de toda lógica, especialmente cuando miramos originariamente al Texto Fundamental como un catálogo de derechos de los ciudadanos para hacer frente al poder del monarca o del Estado. En esa lógica, el ciudadano exige no sólo el reconocimiento de derechos de tipo político, sino también aquellos de marcado acento económico, que contribuirán al aseguramiento de su autonomía individual. Si analizamos el constitucionalismo clásico, es también un constitucionalismo económico y transformador radical de las estructuras económicas del Antiguo Régimen, consagrado básicamente con el reconocimiento del derecho de propiedad privada y las libertades de comercio y de industria. (Bordali, 1998, p. 48).

El papel del Estado se limita simplemente a un papel de inspección y vigilancia respecto de las actuaciones de los particulares, se propone además la no intervención en los procesos económicos a efectos de garantizar un amplio espectro de igualdad de condiciones entre los factores de poder en la sociedad y de autodeterminación de mercado, se describe como un Estado gendarme. No obstante no puede ser interpretado como un aislamiento total del Estado respecto a la actividad económica de la nación, limitándole a un papel de mero observador bajo un criterio de pasividad, para el caso se destaca:

Un sistema liberal no solo protege y defiende la propiedad: la define y, al hacerlo, la crea. Sin legislación y sin juicios no puede haber derechos de propiedad, tal como entendemos esa palabra hoy en Estados Unidos. El gobierno dicta las reglas de propiedad especificando quien es dueño de que y de qué manera los individuos particulares adquieren derechos de propiedad específicos. (...) Por lo tanto, asociar los derechos de propiedad con la ilusión de “verse libre del gobierno” tiene tan poco sentido como asociar el derecho a jugar al ajedrez con la vana ilusión de eludir las reglas.

Los derechos de propiedad existen porque el derecho crea y regula la posesión y el uso de ésta. (Sunstein, 2011, p.82).

2.3. Constitución Alemana y El Ordoliberalismo

El concepto de constitución económica surge a partir de la interpretación que se hace de la importancia de contar con políticas coherentes y eficaces para el desarrollo de la actividad económica en el contexto del ordenamiento político y constitucional de la nación. Dos importantes manifestaciones políticas de mediados de los 50 desarrollan este concepto, la ley fundamental de Bonn 1949 y el ordoliberalismo.²⁴

Según describe Luis Gordillo, la Ley Fundamental de Bonn, tuvo un importante antecedente en la Constitución de Weimmar en la cual se incluyeron algunas disposiciones referentes a la economía, con lo cual se planteaba la adopción de un enfoque de *economía social de mercado*. En la décadas de los 90 en el escenario político e influjo alemán se pretendió establecer el modelo de economía social de mercado, sin embargo el Tribunal Constitucional encontró la inconveniencia de la aplicación de dicho modelo, definiendo como más conveniente el de *relativa apertura económica*.²⁵ No obstante producto del ejercicio político y judicial se llega a la conclusión que cualquiera que sea el modelo económico a adoptar, debe propenderse por el cumplimiento de los fines propios del Estado desde la perspectiva de atención al aspecto social frente a las políticas económicas que propicien en desarrollo y condiciones efectivas de participación en el mercado:

²⁴ Luis Ignacio Gordillo Pérez. *La Constitución Económica de la UE. Bases de un modelo en constante evolución*. Recuperado en febrero 11 de 2013, disponible en: <http://dialnetplus.exproxy.umng.edu.co:258/servlet/articulo?codigo=65259>.

²⁵ No hay que olvidar que para esta época las naciones más prosperas e influyentes del continente europeo se encontraban construyendo el concepto de Unión Europea, razón por la cual las políticas económicas internas debían corresponder a los distintos retos que ello implicaba, tales como la creación de una constitución comunitaria, la globalización, la creación de una comunidad económica <zona euro>, un único modelo monetario, entre otros.

Así, los principios propios del Estado social de Derecho colisionarían con un modelo económico liberal totalmente desregularizado. Por otro lado, un sistema totalmente centralizado y planificado entraría en conflicto con las garantías constitucionales relativas a la libertad individual y a la propiedad privada. Por ello, la Constitución económica como tal no constituiría un parámetro independiente de constitucionalidad de la legislación ordinaria. No obstante, el legislador estaría especialmente obligado por los derechos de contenido económico establecidos en el capítulo I de la Ley Fundamental. (Gordillo, 2013, pág. 166).

El ordoliberalismo es un concepto posterior a la segunda Guerra Mundial que, al advertir los profundos problemas sociales derivados del conflicto y de la excesiva concentración de capital, aboga por el establecimiento de un modelo económico más humano y con el menor rango de restricción en cuanto a la libertad individual,²⁶ *“De ello deducirían que sólo un cierto modelo económico garantizaría la libertad individual (ya reconocida formalmente en el ámbito jurídico constitucional): una economía basada en la libre competencia. Esto es, las libertades políticas no garantizan automáticamente libertad económica a todos los miembros de la sociedad”.* (Arrillaga, 2013, p.167).

2.4. Justificación de un Régimen Económico Constitucional

Todos los derechos tienen un costo para el Estado. Sin importar cuál sea su ámbito de evaluación, es decir, fundamental, social, económico cultural o ecológico, sin duda alguna demandan para su protección un respaldo monetario.

La muy extendida pero sin duda equivocada premisa de que nuestros derechos más fundamentales esencialmente no tienen costo alguno no puede explicarse por el hecho de que no se hayan podido detectar costos ocultos. Ante todo, los costos en cuestión no se encuentran tan

²⁶ Sus exponentes fueron el economista Walter Eucken y los juristas Franz Bohm y HasnGrossmann

escondidos. Es evidente, por ejemplo, que el derecho a un juicio por jurados implica costos públicos. Un estudio realizado en 1989 ofrece una cantidad concreta: el juicio por jurados en Estados Unidos cuesta a los contribuyentes, en promedio, alrededor de 13000 dólares. (Sunstein, 2011, p. 44).

Alexy haciendo un análisis de los derechos fundamentales sociales sostiene: “... los derechos fundamentales sociales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. (...) En el cumplimiento de los derechos fundamentales sociales, el Estado puede distribuir solo aquello que, bajo la forma de tasa e impuestos saca de otros” (Alexy, 1993, p. 78).

Bajo este concepto de constitución económica, el Estado debe garantizar que cada uno de estos estamentos sociales tenga una realización y participación en el ordenamiento jurídico, para lo cual habrá de establecer además de órganos, unos mecanismos idóneos que permitan contar con una materialización de sus intereses y al mismo tiempo espacios de participación económica efectiva.²⁷

¿El propósito?, Que el Estado sea sostenible, que existan recursos para garantizar el bienestar general, que se cuente con políticas de financiamiento en cuanto a los bienes y servicios públicos, que se promueva el desarrollo de la economía, que existan espacios para la libre empresa, y por último que se cuente con una estructura tributaria y fiscal que permite hacer frente al gasto que comportan el conjunto de derechos y garantías del individuo.

Generalmente hay derechos que son susceptibles de ser evaluados económicamente más fácilmente que otros - *los individuales frente a los colectivos*- , por ejemplo en los casos en que resulta responsable el Estado por los daños causados por la vulneración de derechos individuales tales como la vivienda, la salud, los referidos a las demandas consecuencia del régimen de

²⁷ Bordali, A. *Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente*. 1998. Universidad Austral de Chile. Pág. 44. Sin duda que la mayor intervención del Estado en la economía fue un hecho crucial para el nacimiento del concepto, (...) pero constituye un error asociar dicho concepto exclusivamente con una economía intervenida por el Estado. Recuperado en Agosto 13 de 2013,. Disponible en http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?pid=S0718-09501998000100006&script=sci_arttext#r6

responsabilidad patrimonial del Estado²⁸, entre otros, que al ser analizados resultan susceptibles de cuantificación y determinación fácticamente.

Sin embargo existen otros derechos que, en cuanto a su costo, no resultan fácilmente determinados ya que pueden encontrarse en una modalidad de intangible, como lo es el caso de la seguridad: ¿cuánto puede valer la seguridad?. Siendo éste un bien público podría ser calculado teniendo en cuenta el pie de fuerza de los distintas autoridades, el valor de los salarios, los aspectos relacionados con el factor misional tales como armas, vehículos, uniformes, transporte, municiones, soporte administrativo, tecnológico, insumos entre otros, que pudiendo estar determinados por rubros cuantificables siempre quedará definido a la funcionalidad que representa.

En cuanto a un derecho fundamental como lo es la libertad religiosa puede indicarse:

(...) Los ciudadanos estadounidenses son mas no menos libre de practicar una religión o no según lo prefieran, pero su libertad en ese sentido exige un desembolso del erario público aun cuando no sea subsidiada por presupuestos públicos (a través, por ejemplo, de la protección de las iglesias y otras instituciones religiosas por la policía y los bomberos). Por ejemplo, la libertad religiosa da a los ciudadanos el derecho a solicitar soluciones legales (financiadas por los contribuyentes) cada vez que algún funcionario público la viola. (Sunstein, 2011, p. 204).

En el caso de los derechos sociales fundamentales al ser evaluados resultan ser muy imprecisos, lo cual conduce a la imposibilidad de llegar con medios específicamente jurídicos a una determinación tanto del contenido como de la estructura que implican, para el caso Alexy pregunta indica:

¿Cuál es por ejemplo, el contenido de un derecho fundamental al trabajo? La escala de interpretaciones concebibles se extiende desde un

²⁸Constitución Política de 1991. Artículo. 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

derecho utópico de cada uno a todo trabajo que desee, en todo lugar y en todo tiempo, hasta un derecho compensatorio a recibir ayuda en caso de desempleo. ¿pero cual debe ser su monto? Los problemas con los otros derechos fundamentales sociales no son muy diferentes. También es el caso del derecho fundamental social más simple, el derecho a un mínimo vital, la determinación de su contenido exacto plantea algunas dificultades. (Alexy, 1993, p. 490).

Para tal fin, sea el de garantizar aquellos derechos individuales o colectivos cuya determinación este definida o no, el Estado ha de establecer toda una estructura económica que haga posible el financiamiento del Estado Social de Derecho; y lo hace a partir de instituciones que definen la actividad económica del Estado; le asignan obligaciones y deberes en el ámbito económico; regulan el aspecto tributario y la redistribución del ingreso; así como establecen derechos y libertades económicas en favor de los particulares.

2.5. Régimen Constitucional Económico en Colombia

La constitución económica como estructura normativa fundamental que sustenta la actividad económica en nuestro país, está compuesta de principios, órganos e instrumentos legales que permiten la dirección de la economía en procura del bienestar general y acorde a los fines esenciales de la administración²⁹, “ *En otras palabras, la cláusula del ESDD y la definición constitucional de los fines del Estado son el soporte teórico para la aplicación de medidas concretas, cuyo marco general lo fijan las previsiones de la Constitución Económica*”. (C-288, 2012).

²⁹Salamanca, A. *Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente*. 1998. Universidad Austral de Chile. “Puede decirse entonces que la Constitución Económica aparece como un subsistema del propio sistema constitucional. Asimismo, asumiendo este sentido del concepto en cuestión, aparece un Derecho Constitucional Económico, que puede ser definido como "el conjunto de normas constitucionales que establecen los principios ordenadores de la actividad económica que llevan a cabo los poderes políticos y los ciudadanos".

Señala a Corte Constitucional que al margen del modelo económico que pueda ser aplicado en Colombia, ya sea una economía de mercado o de apertura económica, lo que en realidad permitirá evaluar su correspondencia será la eficacia que comporta en la garantía de los principios, derechos y libertades que para la consecución de los fines esenciales del Estado así como el cumplimiento de la cláusula de Estado Social Democrático de Derecho. Al tenor de lo expuesto en el artículo 334 de la Constitución Política, la dirección de la economía corresponde al Estado, sin embargo no se plantea en un plano totalitarista e intervencionista a ultranza, sino que está encaminado a la generación de espacios que garanticen el ejercicio de las instituciones jurídicas dentro de las cuales se encuentra la protección de la propiedad privada (art. 58), la libertad de empresa, la libre iniciativa privada (art. 333), la actividad financiera y bursátil (art. 335) la búsqueda del bienestar general (art. 366), entre otros, considerando siempre el propósito de vigilar y garantizar activamente las relaciones económicas en el país, sin que ello implique la restricción a la actividad económica.

Como se observa, el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general. (C-228, 2010)

La Constitución Política en el artículo 58 reconoce y garantiza el derecho a la propiedad privada. Sin embargo, para su ejercicio y protección, deberá observarse la función ecológica y social que cumple el bien, esto en el entendido que no puede hablarse de un derecho absoluto o intangible. De otra parte, el mismo artículo, constitucional le atribuye un criterio de evaluación en

relación con el bienestar que este derecho pueda representar para el titular del mismo frente a las expectativas o beneficios que puede representar para la comunidad, es decir, prioriza el interés general sobre el particular en relación con la evaluación del derecho.³⁰

2.6. Dirección de la Economía por parte del Estado

La facultad de intervenir en la economía se deriva del artículo 334 de la Constitución Política:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

El ejercicio de esta facultad establece un carácter positivo en la intervención y previene que en desarrollo de la libertad económica se constituyan prácticas económicas lesivas que menoscaben la libertad de sus actores y que atenten contra el logro del bienestar general, “A ese Estado de participación y desarrollo deben ajustarse nuevas figuras jurídicas impuestas por las circunstancias y el redireccionamiento de las existentes, como reto del Estado a la industrialización, el desarrollo y la planificación. Ni el abstencionismo liberal ni el dirigismo socialista” (Dromi, 1983, p. 21).

De esta manera, la intervención tiene un fin superior, además del bienestar general como principal, según los términos del artículo 333 de la Constitución: *El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se*

³⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-459 de 2011.

obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional” y del artículo 336: Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.

El objetivo de la intervención de acuerdo con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2012, consiste en que ésta no se pueda dar de cualquier modo y en forma autónoma, por el contrario, su ejercicio debe ser validado en concordancia con las disposiciones constitucionales superiores, verificando con ello que sea por mandato de ley; que no comporte afectación al núcleo de la libertad de empresa; que exista una evidente justificación; que desarrolle el principio de solidaridad y que obedezca a criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Otro aspecto atinente a esta función de la intervención refiere a la garantía de los derechos de los consumidores, máxime en el campo de los servicios públicos cuando éstos son prestados por particulares, constituyendo con ello un marco de regulación y vigilancia en contra de las prácticas *abusivas* y *deficiencias del mercado*.

2.6.1. Participación de los diferentes poderes públicos en el direccionamiento de la economía

Las políticas de naturaleza económica y fiscal competen al ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República.³¹ El artículo 334 constitucional no

³¹ Son funciones del Presidente de la República como máxima autoridad administrativa conforme al artículo 189 de la Constitución Nacional las siguientes:

- Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley.
- Nombrar a los presidentes, directores o gerentes de los establecimientos públicos
- Velar por la estricta recaudación y administración de las rentas y caudales públicos y decretar su inversión de acuerdo a las leyes
- Ejercer, de acuerdo con la ley, la inspección, vigilancia y control sobre las personas que realicen actividades de carácter financiero y bursátil, o de cualquier otra que esté relacionada con el manejo, aprovechamiento o inversión de recursos públicos.

plantea dicha atribución desde una perspectiva de carácter excluyente en cabeza del gobierno nacional. En desarrollo de dicha potestad concurren las diferentes ramas del poder público como garantes de la correcta gestión pública en materia económica, como lo ha señalado la Corte Constitucional, en la sentencia C-263 de 2011: *“La intervención del Estado en la economía se lleva a cabo con la concurrencia de las ramas del poder público”*.

Tal consideración, según señala la corte, tiene que ver con la posibilidad de que el Estado se vea abocado a regular o intervenir en el desarrollo del conjunto de libertades económicas del ciudadano, en virtud de lo cual es claro que puede plantearse un escenario restrictivo para los particulares que participan en el proceso económico. En este entendido acude el poder legislativo en la adopción de las políticas económicas, dado que la potestad atinente a la limitación de las libertades económicas corresponde únicamente al Legislador.

Para el caso, señala la Corte:

En primer lugar, la definición de los elementos básicos de las limitaciones de las libertades económicas corresponde exclusivamente al Legislador, es decir, es una materia sujeta a reserva de ley, lo que significa que es deber del Legislador definir los instrumentos de intervención en la economía, sus límites y la forma cómo las demás autoridades públicas pueden participar en la regulación de las actividades económicas; y en segundo lugar, el Ejecutivo interviene en la regulación de la economía en ejercicio de su potestad reglamentaria y de inspección, vigilancia y control. (C-263, 2011)

Por vía de ejemplo, y en aras de sustentar la idea de la participación de los poderes públicos en la formulación de políticas en materia económica, se destacan los tratados de libre comercio o TLC. El artículo 189 de la Constitución Política, establece dentro de las funciones del presidente de la República la de *celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del*

Igualmente de conformidad con el artículo 339 de la Constitución Nacional corresponde al ejecutivo la formulación del Plan Nacional de Desarrollo.

Congreso; aspecto que refiere expresamente a la iniciativa que en dicha materia tiene el ejecutivo.

De otra parte, le corresponde al Congreso de acuerdo con lo expresado en el numeral 16, del artículo 150 de la Constitución, someter al debate político la conveniencia o no del tratado en relación con los intereses y el bienestar de la comunidad,

Aprobar o improbar los tratados que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado, sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados.

Por último, el poder judicial a través de la Corte Constitucional al efectuar un juicio de constitucionalidad respecto de las disposiciones referidas en el tratado a efectos de establecer su correspondencia y adecuación a la norma constitucional colombiana, como lo expone el numeral 10, del artículo 241 de la Constitución, *“Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben”*. En cuanto a la evaluación que hace la Corte Constitucional, debe señalarse que resulta trascendental para el tratado ya que de encontrarse contrario a la norma fundamental no podrá ser ratificado. Como puede observarse intervienen en forma eficiente los tres poderes públicos en un asunto de vital trascendencia en la medida que comportan distintos aspectos de índole económica, que sin duda repercuten directamente en el direccionamiento de la economía del país.

En cuanto al direccionamiento de la economía por parte del Estado, basta señalar que toda intervención a efectuar deberá estar dada por mandato de la ley, es decir, que debe estar sujeta al conjunto de principios fundamentales que regulan los derechos económicos, *“pero, su participación debe sujetarse a la ley, ya que el Ejecutivo solamente puede llevar a cabo una concreción administrativa de los elementos centrales definidos previamente por la Ley”*. (C-263, 2011).

En caso de restricción o limitación a las garantías constitucionales, deberá darse siempre en función de la búsqueda de fines superiores o del bienestar general, como por ejemplo se plantea en la figura de la expropiación.³²

2.7. Plan Nacional de Desarrollo

Está consagrado en el artículo 339 de la Constitución Política, modificado recientemente mediante Acto Legislativo 3 de 2011 por el cual se adoptó el Principio de Sostenibilidad Fiscal. Se constituye en el mecanismo de planeación y de acción del Gobierno Nacional tanto en materia de políticas y objetivos institucionales como en lo referente al plan de inversiones a efectuar.

Habrá un Plan Nacional de Desarrollo conformado por una parte general y un plan de inversiones de las entidades públicas del orden nacional. En la parte general se señalarán los propósitos y objetivos nacionales de largo plazo, las metas y prioridades de la acción estatal a mediano plazo y las estrategias y orientaciones generales de la política económica, social y ambiental que serán adoptadas por el Gobierno.

2.8. El Presupuesto Nacional

El presupuesto nacional es aprobado mediante la Ley Anual de Presupuesto, la iniciativa en cuanto a su formulación corresponde al ejecutivo y la aprobación al Congreso de la República. Está compuesto por dos aspectos, el primero de ellos referido a los gastos o créditos legalmente reconocidos por el Estado y un segundo aspecto concerniente a los ingresos o rentas que han sido previstos por el Gobierno Nacional, cuya fuente de origen generalmente son los impuestos y las diversas fuentes de financiamiento, ambos para una

³²Constitución Política de Colombia. Artículo 58. “Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado”.

determinada vigencia fiscal. El artículo 346 de la Constitución Política de 1991 consagra : *“El Gobierno formulará anualmente el Presupuesto de Rentas y Ley de Apropriaciones que deberá corresponder al Plan Nacional de Desarrollo y lo presentará al Congreso, dentro de los primeros diez días de cada legislatura”*.

Establece, además el citado artículo, cómo en la *ley de apropiaciones* o plan de egreso solo podrán considerarse aquellos gastos que se encuentren enmarcados como créditos judicialmente reconocidos, gasto decretado conforme a ley anterior o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

El *Presupuesto de Rentas* tiene que ver con el ingreso con el que se prevé financiar los gastos en que incurre el Estado, contiene la proyección para un determinado periodo fiscal de los ingresos a obtener producto de los impuestos, tasas, contribuciones y por las distintas fuentes de financiación .

Dispone al artículo 345 constitucional que la atribución para fijar impuestos corresponde únicamente al legislador atendiendo siempre al principio de legalidad o lo que es lo mismo acorde al presupuesto de rentas, *“En tiempo de paz no se podrá percibir contribución o impuesto que no figure en el presupuesto de rentas (...)”*. En relación con la potestad de tributación existe la posibilidad de una delegación por vía de excepción a las asambleas y concejos municipales, en desarrollo del principio de autonomía de los entes territoriales, puedan definir ciertos aspectos en materia tributaria sin que ello signifique que tanto los departamentos como los municipios puedan usurpar la potestad legislativa que únicamente compete al Congreso.

En tal sentido, señala la Corte Constitucional:

Destacando en todo caso que mientras el Congreso tiene la potestad exclusiva para fijar todos los elementos de los tributos de carácter nacional; en lo atinente a tributos del orden territorial debe como mínimo crear o autorizar la creación de los mismos, pudiendo a lo sumo establecer algunos de sus elementos, tales como el sujeto activo y el sujeto pasivo, al propio tiempo que le respeta a las asambleas y

concejos la competencia para fijar los demás elementos impositivos, y claro, en orden a preservar la autonomía fiscal que la Constitución le otorga a las entidades territoriales. Es decir, en la hipótesis de los tributos territoriales el Congreso de la República no puede establecerlo todo. (C-504, 2002).

Respecto de la ley de apropiaciones basta señalar por ahora como lo dispone el artículo 345, constitucional: “ (...) *Tampoco podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, por las asambleas departamentales, o por los concejos distritales o municipales*”, con lo cual el constituyente sometió su ejecución o decreto siempre en función de los órganos de representación popular, acuñando la célebre frase *no hay impuestos sin representación*.

2.9. El Banco De La República

El Banco de la República es el encargado ejercer las funciones de banca central en Colombia, cuenta con personería jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. Dentro de sus funciones se encuentran regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. En términos generales:

Las características constitucionales del Banco puede afirmarse, que se trata de una entidad que forma parte del Estado pero que constituye persona jurídica distinta de las demás entidades públicas; es un órgano único de rango y estirpe constitucional que por su naturaleza y funciones propias y especiales estar por fuera de la órbita de las ramas del poder público y de los demás conjuntos orgánicos que reconoce y regula la Constitución política. (Galvis, 1997, p. 63).

La Junta Directiva del Banco de la República será la autoridad monetaria, cambiaria y crediticia, conforme a las funciones que le asigne la ley, está conformada por el Ministro de Hacienda, quien la preside; el Gerente General nombrado por la Junta Directiva y cinco miembros permanentes nombrados por el Presidente de la República para un periodo de cuatro años. Con el propósito de garantizar la continuidad de las políticas económicas y garantizar el bienestar de la nación el Presidente sólo podrán cambiar al término de los cuatro años a dos de sus miembros.

2.10. Mecanismos Fiscales en el Marco Constitucional

En el contexto macroeconómico de una nación resulta importante establecer un marco de responsabilidad y control frente al gasto que efectúa el Estado, es decir, la posibilidad de valorar aspectos y criterios de rentabilidad en relación con la inversión pública; además de la garantía de contar con medidas que permitan hacer frente a las circunstancias económicas lesivas -pro cíclicas- que amenazan la estabilidad económica del país. En Colombia importantes avances se han conseguido en la búsqueda de dichos objetivos, el primero de ellos a través del principio de sostenibilidad fiscal y el segundo con la adopción de la Regla de Control Fiscal, instituciones económicas que se articulan de forma efectiva en procura de garantizar el orden fiscal y que se constituyen como políticas económicas necesarias en tal empresa.

La Regla de Control Fiscal³³ fija los parámetros de acción y de planeación en materia fiscal que garanticen la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan así a la estabilidad macroeconómica del país. En términos técnicos tiene varios componentes a saber:

³³ La Regla Fiscal, por su parte, es el plan de acción que asegura que las finanzas públicas sean sostenibles y contribuyan a la estabilidad de la economía. Recuperado en junio 26 de 2013. Disponible en: [http:// www.portafolio.com](http://www.portafolio.com).

Una regla fiscal es una restricción para la política fiscal a través del establecimiento de límites numéricos sobre determinados agregados presupuestales o fiscales. En general, el diseño de una regla fiscal abarca varias dimensiones: i) la cobertura, es decir el nivel o niveles de gobierno sobre los que regirá la regla; ii) el agregado fiscal sobre el que se establecerá la regla (balance, deuda, gastos o ingresos); iii) el objetivo numérico que debe alcanzarse cada año; iv) el vehículo normativo o legal a través del cual se introduce este arreglo fiscal; v) las cláusulas de escape o las condiciones que justifican un incumplimiento o desviación; vi) los mecanismos de evaluación que determinan si el Gobierno cumplió o no; y vii) las sanciones frente a incumplimientos. (FEDESARROLLO, 2010)

Este instrumento de control y análisis fiscal ha tenido una creciente aplicación por parte de distintos países,

Un documento reciente del FMI (2010) muestra que mientras en 1990 apenas 7 países tenían reglas fiscales, en 2009 cerca de 80 países usaban reglas basadas en metas numéricas. Este tipo de reglas no son ajenas a la región. La más conocida quizás sea la chilena, que se adoptó en 2000. Posteriormente Brasil en 2001 y México en 2006 han implementado esta clase de mecanismos, con aparente éxito. En FMI (2010a) se aporta evidencia de que las reglas fiscales en el nivel nacional están asociadas con una mejora en el desempeño fiscal. En particular, señala que para los países de la Unión Europea las reglas fiscales más estrictas y comprehensivas están correlacionadas con un balance primario estructural más fuerte. (Steiner, 2011)

La Ley 1473 de 2011 “*Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones*” presenta importantes avances en el sentido de fijar los parámetros para el control y desarrollo económico del país, dentro de los aspectos más relevantes se presentan:

- El abandono de la tendencia pro cíclica del gasto, es decir, que el gasto este en función de los ingresos corrientes de la nación, lo cual definen

una dinámica inversionista de aumento en tiempos de bonanza económica y de reducción en un escenario de recesión.³⁴

- En relación con el aumento del gasto es necesario que este cuente con una fuente de financiación para su sustento, al tiempo que se plantea la imposibilidad de recurrir al endeudamiento para tal fin.
- Se establece el denominado Marco de Gasto de Mediano Plazo en el cual se plantean las prioridades por sectores del gasto así como el “nivel máximo de gasto”. Este marco tiene vigencia por durante los cuatro años.

De otra parte según el ex ministro de Hacienda el Dr. Juan Carlos Echeverry, esta ley proporciona las herramientas suficientes para que el gobierno nacional consiga adoptar el rol principal en el escenario fiscal, y más exactamente en materia de gasto público, lo cual describe así:

En síntesis, con la aprobación de la Ley de Regla Fiscal, el Congreso ha dado un impulso trascendental al desarrollo institucional de la política fiscal: por primera vez en nuestra historia económica los ministros de Hacienda contaremos con un poderoso instrumento para asegurar su sostenibilidad y eliminar sus enraizados sesgos hacia la prociclicidad, el endeudamiento y la compresión de la inversión pública. (Echeverry, 2011)

En resumen, la Regla Fiscal establece los mecanismos de proyección y control al gasto público, fija los objetivos a alcanzar en materia presupuestal, y define los parámetros para alcanzar el crecimiento económico atendiendo a la adopción de políticas contracíclicas, aspectos éstos que resultan propicios a la sostenibilidad fiscal.

³⁴ Resulta contraproducente para la estabilidad de la economía extender el Gasto Público en función del ingreso proveniente del sector hidrocarburos, conduciendo así a una dinámica procíclica.

2.11. Sistema General De Regalías

El artículo 361 de la Constitución Política de 1991 define expresamente que los recursos naturales son de naturaleza pública y al mismo tiempo consagra que la titularidad respecto de su explotación corresponde al Estado:

La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

La reforma planteada por el Acto Legislativo 05 de 2011 presentó modificaciones referidas a la destinación de los ingresos producto de las regalías, la titularidad de las mismas en cabeza del Estado así como la administración y distribución de los recursos entre los distintos entes territoriales en donde el Gobierno Nacional tendrá participación,

La experiencia con el régimen anterior de regalías dejó situaciones muy criticables, por la improvisación, el despilfarro y la inadecuada aplicación de estos recursos, por lo cual la reforma era inaplazable. Es bueno que en épocas de ingresos altos se ahorre una proporción importante de los ingresos por regalías (hasta el 30% del total). Ello contribuirá a evitar un gasto excesivo durante los booms que agrave las presiones de revaluación. (Moreno, 2012, pág. 609).

Como resultado de la potestad de direccionamiento general de la economía le corresponde al Estado garantizar el cumplimiento de sus obligaciones frente a los individuos, así como la promoción de sus derechos y libertades; aspectos que necesariamente conllevan a la evaluación del factor presupuestal que se desarrolla a través de los distintos mecanismos que integran el núcleo económico constitucional, tales como como la Ley de Presupuesto Nacional, el Plan Nacional de Desarrollo, el Marco de Gasto de Mediano Plazo entre otros.

La ley de presupuesto nacional permite al gobierno nacional proyectar la totalidad de rentas o ingresos que ha de obtener el Estado así como los distintos gastos o erogaciones que han de efectuarse en una determinada vigencia fiscal. Visto desde una perspectiva material, puede verse como un instrumento de índole constitucional a través del cual se materializan tanto los fines esenciales del Estado como las distintas atribuciones que en materia económica le han sido atribuidas por la Constitución, especialmente las referidas a la tributación y al administración de las rentas de la nación.

De otra parte, el Acto Legislativo 03 de 2011 busca que el Estado a partir de la de la función del direccionamiento de la economía, exista unidad de criterio y coherencia en sus actuaciones – rama legislativa, ejecutiva y judicial -, procurando con ello que exista una dinámica de gasto e inversión que posibilite que las finanzas públicas sustenten el Estado Social de Derecho.

3. LA INCIDENCIA DEL GASTO PÚBLICO EN LA SOSTENIBILIDAD FISCAL

“Dime cuántos impuestos te cobran (y cómo se gastan) y te diré que derechos tienes”.

Juan González Bertomeu.

Durante los últimos años, el gasto público como objeto de estudio de la Hacienda Pública³⁵ ha pasado a tener una especial relevancia a la hora de evaluar la dinámica macroeconómica del país, dado que constituye un importante referente de análisis en cuanto al crecimiento económico y el cumplimiento de las metas fiscales.

El concepto del gasto público ha ido cobrando importancia no solo porque ahora hay más conciencia de su trascendencia económica sobre los grandes agregados de la renta nacional, sino porque también se ha constatado que a menudo los problemas fiscales no son tanto asunto de carencia de recursos como de ineficiencia en la asignación de los mismos. (Restrepo, 2012, p. 65).

Uno de los principales objetivos que motivaron la adopción del principio de sostenibilidad fiscal, tiene que ver con la posibilidad de establecer mecanismos de control fiscal así como poder fijar parámetros de control al gasto público y de crecimiento de la deuda, toda vez que éstos representan un factor de especial atención al momento de evaluar tanto las políticas como las metas macroeconómicas y fiscales del país. A partir de este presupuesto y mediante la Ley 1473 de 2011³⁶ se han establecido dos instituciones económicas importantes, por una lado la denominada Regla Fiscal cuyo objetivo es garantizar que en la adopción del presupuesto el crecimiento del

³⁵ La Hacienda Pública consiste en el estudio de aquellos propósitos que busca desarrollar el sector público cuando actúa como recaudador o inversor de recursos públicos.

³⁶ Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones.

gasto sea acorde con la evolución de los ingresos de largo plazo y estructurales de la economía, constituyendo así una herramienta de estabilización del ciclo económico; por otra parte el Marco de Gasto de Mediano Plazo el cual contendrá las proyecciones de las principales prioridades sectoriales y los niveles máximos de gasto.

De otra parte, el Acto Legislativo 03 de 2011, al introducir al ordenamiento jurídico la sostenibilidad fiscal garantiza que todos los órganos del poder público, especialmente el poder judicial a través de las altas corporaciones, evalúen el impacto que sus decisiones y medidas tienen sobre el presupuesto nacional; constituyendo así un factor que atenta contra la sostenibilidad económica del Estado y al mismo tiempo la búsqueda del bienestar general.

Dado que en el régimen constitucional colombiano no existe restricción alguna para que los distintos órganos del poder público participen, direccionen o promuevan políticas o decisiones que impliquen una carga al presupuesto público, especialmente en el ámbito social y del reconocimiento de derechos a poblaciones vulnerables, es posible encontrar que entre el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo, no existan criterios de uniformidad y parámetros de determinación frente al gasto, ocasionando con ello que se comprometan recursos de una forma no prevista en la Ley Anual de Presupuesto y sin que se evalúen los aspectos formales que describe su reconocimiento; apalancado ello en el notable incremento del gasto público.

Ahora bien, en el Estado Social de Derecho el concepto de gasto público no puede ser entendido como una limitante a la hora de atender a las necesidades de la población, dado que la función del Estado será siempre la de suministrar bienes y servicios de naturaleza pública los cuales por su esencia no pueden ser evaluados en términos de rentabilidad y retorno, sino en los de beneficio y cobertura.

En síntesis, el gasto público es el principal factor de análisis y de aplicación en relación con la dinámica económica y fiscal que plantea el principio de sostenibilidad fiscal. Para el gobierno nacional representa la posibilidad de controlar y retomar la iniciativa en materia presupuestal consiguiendo con ello el cumplimiento de las metas fiscales y la reducción del gasto público. Por tal

motivo corresponde analizar el concepto del gasto público, clasificación, evolución frente a la dinámica económica y política; los criterios de ejecución en Colombia, los principios de planeación y legalidad en su adopción; la iniciativa de los distintos poderes frente al gasto público; y por último como contribuye el gasto público a la redistribución del ingreso en Colombia.

3.1. Concepto Del Gasto Público

El gasto público es el conjunto de pagos o erogaciones que realiza el Estado en desarrollo de sus diferentes objetivos constitucionales y legales. *“La erogación monetaria, principalmente realizada por la autoridad competente y con las formalidades legales, destinadas al pago de los servicios públicos o destinadas a fines de interés general”* (Faraco, 2000, p.23).

Generalmente se ha pensado que el aspecto más interesante en la cuestión de la Hacienda Pública, entendida como el instrumento de evaluación de la gestión del Estado en materia económica, tiene que ver directamente con la posibilidad de recaudar mayores ingresos y como estos pueden representar la posibilidad de cumplir con los fines esenciales de la administración. En relación con este aspecto, es claro que para una nación la disponibilidad de recursos termina siendo fundamental en la búsqueda de la satisfacción de necesidades básicas de los ciudadanos así como la implementación de esquemas de sostenimiento, desarrollo, tecnificación entre otros, los cuales necesariamente tienen aplicación en tanto existan recursos.

Es importante destacar que buena parte de los problemas de insatisfacción de necesidades sociales, no siempre tienen una relación directa con la imposibilidad de contar con recursos sino con la ineficiencia en los procesos de redistribución de la renta y ejecución del gasto público. No obstante es válido señalar que en lo concerniente al objeto de estudio en la Hacienda Pública se ha adoptado una nueva perspectiva basada en la aplicación del gasto público:

Hasta los años treinta del siglo XX la función económica del Estado en las economías occidentales se centraba, casi exclusivamente, en la provisión de bienes y servicios públicos. Después de la Segunda Guerra Mundial, y en aplicación de las ideas Keynesianas, los gobiernos asumieron un protagonismo directo en la conducción de los problemas económicos. Utilizaron el gasto público como mecanismo de estabilización para combatir los desequilibrios económicos,; el sector público se convirtió en el sujeto más importante de las economías, y llevo a cabo importantes programas redistributivos y una amplia atenuación reguladora tendente a establecer las condiciones en que se desenvuelve la actividad económica. (López, 2011, p. 235).

3.1.1. Clasificación del Gasto Público

Desde una perspectiva fiscal se puede clasificar el gasto público en cuatro grandes rubros: el gasto de funcionamiento, gasto al servicio de la deuda, gasto de inversión y gasto público social.

El gasto de funcionamiento está compuesto por los servicios personales, gastos generales, las transferencias y los gastos de operación comercial; el gasto al servicio de la deuda es el destinado al pago de la deuda interna o externa asumida por el Estado,³⁷ resulta determinante para el desarrollo económico del país en la medida que permite financiar la inversión e infraestructura pública, captando recursos del mercado con mayor celeridad bajo un enfoque de disponibilidad; el gasto de inversión o gasto productivo está constituido por las inversiones durables que incrementan la estructura social, empleo, desarrollo etc.

³⁷ Se entiende por deuda pública el conjunto de obligaciones pendientes de pago que mantiene el Sector Público, a una determinada fecha, frente a sus acreedores. Constituye una forma de obtener recursos financieros por parte del estado o cualquier poder público y se materializa normalmente mediante emisiones de títulos de valores en los mercados locales o internacionales y, a través de préstamos directos de entidades como organismos multilaterales, gobiernos, etc.

El gasto público social se refiere a la atención de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendencias al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, y aunque bien podría estar enmarcado dentro del gasto de inversión si es necesario enunciar que por mandato constitucional tiene una especial relevancia.

La Constitución Política consagra la obligatoriedad de su inclusión en el presupuesto nacional, entendido éste como un mecanismo efectivo para la consecución de los fines de esenciales de la administración.

La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. (Constitución Política, 1991).

3.1.2. Evolución del Gasto Público

Cada momento político ha tenido un fuerte vínculo con el aspecto económico, definiendo diversos mecanismos institucionales que conllevan al cumplimiento de los objetivos estatales,

Las ideas básicas de la teoría y la política financieras que durante mas o menos siglo y medio –desde finales del siglo XVIII hasta comienzos del XX – dominaron la actividad de la Hacienda Pública puede reducirse en lo fundamental a dos. De un lado, se creía que el Estado no podía administrarse racionalmente y que por ello sus gastos eran, si no absolutamente, si al menos relativamente improductivos (en comparación con los del sector privado); de ahí, además, que tanto por estos motivos como por los perjuicios que ello suponía para la iniciativa privada y para la formación privada de capitales, la recaudación de impuestos debía reducirse al mínimo indispensable para financiar aquellos gastos... aspirando a logran un máximo de neutralidad. (Neumark, 1954, p. 157).

En relación con los distintos momentos histórico-políticos, describe el profesor Alfonso Ortega, en su obra Hacienda Pública:

Desde el siglo XIX han imperado tres enfoques económicos, determinantes del papel que debe jugar el Estado para asegurar y permitir el desarrollo del mercado y por lo tanto una mayor acumulación de la riqueza sin olvidar sus fines sociales, pero orientados a mejorar las condiciones de vida de la población. Estos tres enfoques son: Estado Liberal Clásico, el Estado Benefactor y el Estado Neoliberal.

El Estado liberal clásico se caracterizó por la existencia teórica de la libre competencia como instrumento para adquirir los medios de producción; otorgar al individuo el carácter de eje del desarrollo tanto social como moral; limitación al gasto público por considerarle como poco rentable y sin un esquema de retorno definido; restringiendo la participación del Estado únicamente a la garantía de la seguridad interna como externa. Se orientó a la satisfacción de necesidades públicas, un presupuesto equilibrado entre los gastos e ingresos y un esquema de tributación como única fuente de ingresos.

El Estado Benefactor se caracteriza por la reivindicación de derechos de sectores sociales europeos, generalmente los trabajadores y los agricultores, motivados de una parte por las difíciles condiciones económicas de inicios del 1900, debido a los procesos de revolución industrial y los altos índices de desempleo, y por otra parte la crisis económica que se presentó de 1929 en E.E.U.U., motivada por la caída estrepitosa del mercado de valores, la cual en buena parte tuvo explicación en el manejo de la economía por los particulares bajo los parámetros de oferta y demanda, propios del Estado Liberal.

La siguiente etapa a este modelo fue conocido como *New Deal* el cual planteó un esquema económico de tendencia intervencionista, entendida como una característica para regular las fuerzas del mercado y las políticas monetarias así como la adopción por parte el Estado mayores funciones tendientes a garantizar el bienestar de los ciudadanos. La principal apuesta se hizo en la recuperación del agro, otorgamiento de créditos blandos, reducción de la jornada laboral y el aumento del poder adquisitivo de los trabajadores para incentivar el consumo.

Posteriormente con el advenimiento del neoliberalismo se plantea la limitación y reducción de la participación del Estado en la economía y en cambio se propone trasladar la prestación de bienes y servicios suministrados por éste hacia el sector privado, haciendo un mayor uso del mercado a fin de optimizar los recursos públicos a partir de criterios de eficiencia, optimización de la inversión y reducción del gasto público. El neoliberalismo puede ser definido como la creencia en que la intervención del Estado usualmente no funciona y que el mercado si lo hace, aunado a la poca *intervención del Estado en el proceso económico.*” (Ortega, 2012, p. 68).

El modelo del neoliberalismo está basado en el desarrollo y la implementación de mecanismos económicos que permitan una libre participación de los agentes en la economía, limitando para ello al máximo la intervención o la injerencia del Estado en los mercados. Para el caso colombiano se ha adoptado un modelo de económica social de mercado a partir de la cual se garantiza a los particulares la iniciativa económica pero el Estado interviene para garantizar la búsqueda de condiciones de bienestar general.³⁸

De otra parte, en virtud del fenómeno de la globalización entendido como una transformación de las relaciones políticas, económicas, sociales y culturales desde la óptica interna hacia un contexto internacional, se promueve ahora que los estados adopten un modelo económico - basado en el neoliberalismo - que propicie y facilite el establecimiento de condiciones que permitan a los agentes económicos una participación sin fronteras o limitaciones; con el objetivo de lograr mayor interacción de los agentes económicos en distintos mercados transcontinentales e interregionales.

Esto se traduce en lo que se ha denominado como *capitalismo salvaje* que en términos del profesor Alfonso Ortega puede definirse como: *“Una tendencia a partir de la cual el neoliberalismo debe ser implementado con una política de*

³⁸ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011. “La Constitución de 1991 al adoptar un modelo de Estado Social de Derecho, introdujo un modelo de economía social de mercado en el que, de un lado, se admite que la empresa es motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, se asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar las fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social”.

choque, viraje rápido y radical de las estructuras económicas, apertura total de mercado y eliminación de barreras arancelarias sin tener en cuenta los perjuicios que le puede causar al aparato productivo del país". (Ortega, 2012, p.97).

En tal contexto dicha tendencia resulta contraria a los fines propios del Estado y esto en la medida que conduce su accionar al establecimiento de condiciones económicas propicias para un mercado en donde lo que prima es la utilidad monetaria frente al beneficio mismo que esta actividad debe reportar a la sociedad, esto es medible en el caso del derecho al trabajo, derecho a la propiedad privada, derecho a la salud, entre otros.

Frente a tal panorama la CEPAL a través de su secretaria ejecutiva (Alicia Barcena) afirmó como el capitalismo financiero salvaje está llegando a su autodestrucción:

La Organización de Naciones Unidas y las instituciones surgidas de Bretton Woods de 1994, como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional requieren de cambios urgentes para adaptarse a la nueva realidad global. El impacto de las crisis nacionales y la transformación de un mundo integrado por países a un mundo conformado por redes globales constituye una realidad crítica que debe ser abordada. (Moreno, 2011).

3.2. Dinámica Económica contemporánea del Gasto Público

Uno de los principales objetos de estudio de la Hacienda Pública es el comportamiento productivo de un país, y en tal sentido como la dinámica de gasto e inversión públicas inciden en los distintos indicadores macroeconómicos los cuales conducen a analizar, evaluar y explicar los diversos factores generadores de riesgo económico, así como las múltiples incidencias que éstos pueden llegar a generar en la política macroeconómica.

Por ello es menester brindar mecanismos efectivos y reales de protección frente a los fenómenos económicos nocivos para el desarrollo de un país

(inflación, devaluación, etc.). Con este fin se han planteado diversas teorías, entre ellas la de la teoría económica contracíclica de Keynes, la cual plantea la inconveniencia en la adopción de políticas fiscales de corte coyuntural: *“Según el modelo Keynesiano estándar, la política fiscal debe ser contra cíclica; en tiempos “malos” el gobierno debería bajar impuestos, endeudarse, expandir la base monetaria y subir gastos como una forma de salir de la recesión.”* (Peyrone, 2003)

Se estima que frente a un panorama económico negativo en el cual existe una disminución en el PIB, desaceleración económica, recesión, caídas en los índices de producción, entre otros, se propenda por la adopción de medidas inversas a tales fenómenos, es decir, que en condiciones económicas desfavorables el país debe adopte un plan de inversión y gasto público para contrarrestar las consecuencias de tales eventos, para el caso colombiano ya el legislador ha integrado como un mecanismo fiscal esta teoría:

El Gobierno Nacional podrá llevar a cabo programas de gasto, como política contracíclica, cuando se proyecte que en un año particular a tasa de crecimiento económico real estará dos puntos porcentuales o más por debajo de la tasa de crecimiento económico real de largo plazo, siempre y cuando se proyecte igualmente una brecha negativa del producto. Este gasto contracíclico no puede ser superior a un 20% de dicha brecha estimada. (Ley 1473, 2011).

En tal sentido los planes de desarrollo e inversión deberían enfocarse a la construcción de vías, estructuras, generación de empleo entre otras acciones, además de espacios de participación idóneos para que el sector privado se vincule a la producción; con ello se conseguirá en últimas evitar que exista un desbalance productivo y de consumo los cuales definen en gran proporción las riendas de la economía llevando a un desbalance fiscal. Este modelo debe estar direccionado a llevar a cabo planes de inversión en sectores que promuevan el desarrollo económico y en donde se considere propicio generar un mayor beneficio colectivo.

El profesor Juan Camilo Restrepo, en su obra Hacienda Pública al describir la evolución del gasto público como un factor económico de especial trascendencia durante la crisis de los años treinta considera:

Durante los primeros años de recesión (1929-1931) todavía imperaba la tesis del equilibrio fiscal, según la cual el gobierno no debería endeudarse para financiar gastos ordinarios sino que el endeudamiento se reservaba como un instrumento de última instancia para financiar obras especiales y gastos extraordinarios. En la Hacienda Pública tradicional no era de recibo una política de endeudamiento para financiar gastos ordinarios (sueldos, funcionamiento, etc.), como era el tipo de gastos que se requerían para afrontar el ciclo recesivo. Así mismo las políticas monetarias, en un comienzo, tanto en Estados Unidos como en Colombia, fueron muy restrictivas y han sido señaladas como uno de los detonadores que tuvo la gran depresión en los últimos años. (Restrepo, 2012, p. 82).

Desde una perspectiva de análisis y evaluación macroeconómica, el gasto público se constituye como un instrumento eficiente a la hora de implementar políticas contra cíclicas encaminadas a prevenir y hacer frente a los fenómenos económicos negativos que impactan la estabilidad económica del país sin desconocer que contribuyen de manera efectiva a la disminución de las brechas sociales.

3.3. El Gasto Público en Colombia

Uno de los primeros análisis que se hizo frente al gasto público fue el efectuado por parte de la *Comisión del Gasto Público* convocada por el presidente Betancourt en el año de 1986, la cual elaboró un informe técnico encaminado a estudiar las distintas incidencias del gasto público en la economía colombiana:

El primer fenómeno analizado por la comisión es el del permanente crecimiento del gasto público en las últimas décadas. La comisión elaboró diversos ejercicios estadísticos que ilustran con amplitud este fenómeno. Constató por ejemplo que: La participación del gasto público en su conjunto pasó del 8.8% del PIB en 1950 a 20.2% en 1983, es decir la importancia del gasto público en la economía es hoy superior al doble de lo que era hace tres décadas y media. Y la inversión pública, que representaba el 1.8% del PIB en 1950, pasó a representar un 8.7% en 1983. (Restrepo, 2012, p. 82)

Dicho informe analizó los diversos factores relacionados con el gasto público, tales como el tamaño del Estado, eficiencia de la inversión pública, efectividad de la redistribución del ingreso, rentabilidad entre otros; y como lo señala Juan Camilo Restrepo³⁹ dieron cuenta de la necesidad de la implementación de los denominados presupuestos por programas, que si bien podrían estar presentes en materia presupuestaria no tenían una aplicación eficiente.

Con la promulgación de la Constitución Política de 1991 se integran principios de corte social caracterizados por un especial impacto económico, en la medida que re direcciona la función del Estado hacia la atención de necesidades del ciudadano y el suministro de bienes colectivos,⁴⁰ desde la óptica de Estado Social de Derecho.

Artículo 1º. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

³⁹ Juan Camilo Restrepo. *El tamaño relativo del Estado y la eficiencia del gasto público*. Revista de economía colombiana, febrero-marzo 1987, Bogotá, Contraloría General de la República. Hace un análisis del informe rendido por la Comisión del Gasto Público.

⁴⁰ Conjunto de bienes que en su producción no obedecen a la dinámica clásica de oferta y demanda o los mecanismos normales de mercado, lo cual puede atribuirse a la rigurosidad en el proceso de producción del bien en relación con el costo o la maquinaria empleada, al beneficio que puede representar a la colectividad en contraste con el representado por el particular o los criterios de indivisibilidad o distribución individual del bien entre la comunidad.

El preámbulo constitucional enuncia importantes retos para el Estado colombiano. El más importante de ellos, el relacionado con el Estado Social de Derecho. Si bien es cierto que se consigue un gran avance en materia social aceptando el reconocimiento de estos derechos, cuyo cumplimiento hasta entonces no estaba asignado al Estado, vale la pena señalar que la adopción de este modelo político conllevó a la asunción de responsabilidades por parte del gobierno en el sentido de generar una estructura administrativa y gubernamental adecuada para garantizar su cumplimiento.

El segundo aspecto resulta ser la descentralización soportada en el concepto de autonomía de las entidades territoriales, lo cual conlleva al análisis de las repercusiones en el campo fiscal, toda vez que dichos logros sociales tienen un componente económico importante en el propósito de garantizar no solo el compromiso social sino así también los recursos necesarios para tal fin.

El artículo 1° de la Constitución de 1991 definió a Colombia como una República unitaria, descentralizada y con autonomía de las entidades territoriales. La trascendencia de la inclusión del principio de autonomía territorial en nuestro ordenamiento jurídico y sus implicaciones en la concepción de las relaciones entre el poder central y los poderes periféricos, es innegable. Así, a partir de ese momento, dichas relaciones no podrían seguir analizándose únicamente bajo la óptica del principio de jerarquía, sino también con base en la idea de competencia y será entonces el principio de autonomía territorial el garante del equilibrio entre las competencias de la Nación y las de los entes territoriales. (Robledo, 2010).

Generalmente este aspecto lleva a la discusión acerca de la conveniencia o no del aumento del tamaño del Estado, para el caso:

Estos procesos - descentralización, apertura y nueva constitución - y el crecimiento inusitado del gasto, ponen de presente la discusión sobre el papel del Estado y su tamaño. No obstante es posible afirmar que en la actual coyuntura nacional, la discusión sobre las finanzas públicas en

Colombia debe estar atravesada por una reflexión sobre la gobernabilidad de este proceso.” (Caballero, 1996).

Durante la administración del presidente Samper se creó una comisión que analizara la dinámica del gasto público a partir de la Constitución de 1991, siendo este un aspecto importante pues en ella se consideraron y evaluaron varios aspectos relacionados con la implementación del nuevo modelo de gobierno. Dicha labor tuvo lugar en medio de una crisis económica debido al crecimiento de la inflación y la recesión económica. Frente a la evaluación de la dinámica del gasto público, afirmó:

Una sociedad puede definir que su modelo de desarrollo esté basado en un crecimiento del gasto público en ciertos sectores - salud y educación, o infraestructura, justicia, por ejemplo-, los cuales serán financiados, en el corto plazo, con déficit fiscal o recursos extraordinarios producto de una bonanza minera. Es decir, destine el endeudamiento actual (déficit) a formación bruta de capital que, en el mediano plazo, le generará los medios para pagar su deuda.

En la actual coyuntura del país, es posible afirmar que la premisa no se cumple, es decir no existe gobernabilidad sobre el crecimiento de los gastos del gobierno, ni sobre el proceso de descentralización, ni tampoco sobre la implementación del nuevo modelo de desarrollo. Su mejor expresión está en que uno de los instrumentos fundamentales para dirigir estos procesos, el Presupuesto Público, está desbordando la capacidad de financiación y previsión de la sociedad colombiana. (Caballero, 1996)

El informe concluye que existe divergencia entre el notable incremento del gasto público en Colombia frente a la mejora ostensible en las condiciones de vida de la comunidad, lo cual permite evaluar el criterio de distribución en lo concerniente a la inversión pública.

La explicación a tal contrariedad encontró asidero en el hecho de que el gasto público no estaba siendo destinado a la atención de las prioridades sociales - constituyendo un factor de ineficiencia- y que a pesar de existir un incremento ostensible a la atención de necesidades a través de la masiva prestación de servicios públicos, no se cumplía las expectativas, esto en gran medida se atribuyó a la falta de gobernabilidad, al respecto puede decirse: “ (...) *la noción de gobernabilidad está asociada a la capacidad mínima de gestión eficaz y eficiente y de autoridad que tendría que tener el poder ejecutivo frente a los otros poderes del Estado y a la sociedad misma.*” (Calderón, 1995, p. 263).

3.4. Tendencia del Gasto Público en Colombia

El aumento de las funciones a cargo del Estado y la mayor cobertura que debe garantizar el Estado en relación con el suministro de bienes y servicios, ha llevado a estudiar las repercusiones que comporta el aumento o disminución del gasto para la economía de una nación, sin embargo es claro que en cada uno de los casos en que se pretenda definir la conveniencia o no de tales opciones será necesario validar las condiciones imperantes en su momento. Al respecto Adolf Wagner en el postulado que denominó Ley de Wagner⁴¹ señaló:

La ley de la creciente expansión de las actividades del Sector Público, y Particularmente del Estado, se convierte, para la ley económica fiscal, en la ley de la expansión creciente de los requerimientos fiscales. Los requerimientos del Estado crecen, y a menudo incluso más, los de las autoridades locales, cuando la administración está descentralizada y el gobierno local bien organizado. Recientemente ha habido en Alemania un marcado crecimiento en los requerimientos fiscales de las municipalidades, especialmente las urbanas. Esta ley es el resultado de

⁴¹La ley de Wagner ha despertado sumo interés entre los economistas del sector público desde su redescubrimiento a través de la recopilación "Classics in Public Finance (1958) de Musgrave y Peacock. Se ha discutido y se discute su formulación adecuada, dada la ambigüedad del propio Wagner, y se contrasta una y otra vez tanto para países desarrollados como para países Subdesarrollados o en vías de desarrollo. El análisis empírico de la ley de Wagner ha ido paralelo al desarrollo y difusión de la econometría de manera que se han utilizado técnicas cronométricas cada vez más avanzadas y sofisticadas para realizar la Contrastación.

observaciones empíricas en países en progreso, al menos en nuestra civilización europea occidental; su explicación, justificación y causa es la presión para el progreso social y el cambio resultante en las esferas relativas de la economía privada y pública, especialmente la economía pública compulsiva." (García, 2001, p. 8).

Esta teoría trató de explicar cómo el crecimiento del gasto público se da en función del incremento del PIB, esto es, un crecimiento que se interpreta en relación con crecimiento económico total, el cual integra de manera práctica no solo al sector público sino así también al sector privado.

La tendencia se ha mantenido lo cual tiene explicación en los compromisos sociales adquiridos por el Estado colombiano durante la última década:

Colombia registró un gasto del Gobierno Nacional (GN) cercano al 17.3% del PIB, en promedio, durante Uribe I (2002-2006) y del 18% durante Uribe II (2007-2010). Estas cifras representan un marcado incremento respecto al 10% del PIB observado en la primera parte de los años noventa, cuando el impacto fiscal de la Constitución de 1991 no había entrado en todo su vigor. Este incremento del gasto público del orden de 8 puntos del PIB de Colombia, casi duplicándolo en tan sólo dos décadas, ilustra ese "Leviathan" que enfrenta el mundo por cuenta de los mandatos de buscar universalización de los servicios de educación, salud y, además, protección social en la niñez y en la vejez. A pesar de los discursos sobre la importancia de evitar la expansión estatal, el gasto público exhibe, a nivel global, elevada inflexibilidad a la baja. (Clavijo, 2011)

Las cifras hablan de un crecimiento en el gasto público apalancado de una parte por la atención a sectores vulnerables a través de la creación de fondos; otorgamiento de subsidios; programas sociales, entre otros rubros, y, de otra parte el crecimiento burocrático durante los últimos años, a pesar que organismos multilaterales han hecho recomendaciones en el sentido de reducir el aparato estatal; sin lugar a duda llevan a que se hagan cada vez mayores

apropiaciones presupuestales, soportada en la política *“El mercado hasta donde sea posible, el Estado hasta donde sea necesario”* (Lewin, 2011)

Ahora bien, es claro que respecto de la evaluación de la conveniencia y/o eficiencia de los bienes y servicios públicos no se da bajo las reglas clásicas de la economía, en donde se puede establecer un sistema de precios dentro del ejercicio de la oferta y la demanda que va ligado a la inversión y utilidad. En su defecto debe considerarse que los servicios públicos atienden a una dinámica social redistributiva, no medible en términos de rentabilidad, en donde se analizan factores como el beneficio social esperado por la sociedad y por tanto solo medibles en términos de cobertura y satisfacción de necesidades.

3.5. Principio de Legalidad del Gasto

Es evidente que uno de los principios que mayor preponderancia tiene en nuestro sistema jurídico es el de legalidad,⁴² en torno al cual se construyen las bases de los preceptos de seguridad jurídica y un debido proceso. La legalidad se constituye en tal sentido en un criterio orientador del accionar de la administración, en virtud del cual se debe garantizar que cada una de las decisiones o actuaciones que emanan del Estado se encuentren provistos de un espectro de respaldo constitucional, siendo este un criterio de análisis determinante en procura de garantizar el correcto ejercicio del servicio público.

El marco de legalidad que orienta el gasto público, de acuerdo con los términos del artículo 345 de la Constitución, consagra que toda contribución o impuesto debe tener su sustento en la ley de rentas y toda erogación que se realice debe aparecer en la ley de apropiaciones. Respecto del concepto de legalidad del gasto la Corte Constitucional ha señalado:

⁴²Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-433/02. *“En efecto, el principio de legalidad circunscribe el ejercicio del poder público al ordenamiento jurídico que lo rige, “de manera que los actos de las autoridades, las decisiones que profieran y las gestiones que realicen, estén en todo momento subordinadas a lo preceptuado y regulado previamente en la Constitución y las leyes.”*

Corresponde al Congreso, como órgano de representación plural, decretar y autorizar los gastos del Estado, pues ello se considera un mecanismo necesario de control al Ejecutivo y una expresión inevitable del principio democrático y de la forma republicana de gobierno. En el constitucionalismo colombiano, la legalidad del gasto opera en dos momentos diferenciados, pues en general las erogaciones no sólo deben ser previamente decretadas por la ley sino que, además, deben ser apropiadas por la ley de presupuesto para poder ser efectivamente realizadas. No se podrá hacer erogación con cargo al Tesoro que no se halle incluida en el presupuesto de gastos, regla que es la materialización del principio de la legalidad del gasto en el campo presupuestal. (C-685, 1996).

Se deduce que en la aprobación del presupuesto de gastos deben confluir tanto el ejecutivo en lo atiente a la preparación y planeación así como el congreso en lo relacionado con la discusión y aprobación del mismo. Tiene este principio una relación muy cercana con el denominado principio de legalidad en los impuestos, según el cual no puede imponerse tributos si no existe el criterio de representatividad en su aprobación, de ahí que la frase célebre *no hay impuestos sin representación* tenga sentido en la medida que los impuestos se verán ejecutados en el Marco de Gasto de Mediano Plazo,⁴³ cumpliendo así con los presupuestos de la democracia representativa.

El presupuesto es una ley de autorización de gastos, por cuanto limita jurídicamente su ejecución en tres aspectos: de un lado, en el campo temporal, pues las erogaciones deben hacerse en el período fiscal respectivo; de otro lado, a nivel cuantitativo, pues las apropiaciones son las cifras máximas que se pueden erogar; y, finalmente, en el campo sustantivo o material, pues la ley no sólo señala cuánto se puede gastar sino en qué se deben emplear los fondos públicos. Por ello se considera que una obvia consecuencia de la legalidad del gasto es el llamado principio de "especialización", donde se señala que no se podrá

⁴³Ley 1473 de 2011. *Por la cual se adopta la Regla Fiscal y se dictan otras disposiciones.* Artículo 8. *El Marco de Gasto de Mediano Plazo contendrá las proyecciones de las principales prioridades sectoriales y los niveles máximos de gasto, distribuidos por sectores y componentes de gasto del Presupuesto General de la Nación para un período de 4 años. El Marco de Gasto de Mediano Plazo se revisará anualmente"*

"transferir crédito alguno a un objeto no previsto en el respectivo presupuesto. (C-685, 1996)

En síntesis, la ley de presupuesto nacional permite al gobierno nacional proyectar la totalidad de rentas o ingresos que ha de obtener el Estado así como los distintos gastos o erogaciones que han de efectuarse en una determinada vigencia fiscal. Visto desde una perspectiva material, puede verse como un instrumento de índole constitucional a través del cual se materializan tanto los fines esenciales del Estado como las distintas atribuciones que en materia económica le han sido atribuidas por la Constitución, especialmente las referidas a la tributación y al administración de las rentas de la nación.

3.6. Planeación del Gasto Público

En concordancia con el principio de legalidad del gasto público, el constituyente ha establecido un procedimiento normativo del orden constitucional que permite fijar tanto el monto del presupuesto como la forma en que se hará efectivo, es decir, la aplicación de un criterio de planeación en su construcción. Tal criterio se evidencia a partir de la formulación y construcción del proyecto de la Ley de Apropriaciones, que corresponde al Gobierno Nacional (artículo 346 de la Constitución), y en el cual se incluyen las proyecciones del gasto necesarios para atender las distintas necesidades del orden económico, institucional, social, financiamiento entre otros. Sin embargo no siempre este concepto tuvo aplicación, para el caso solo a partir de 1945 fue implementado en Colombia como un instrumento eficiente:

La planeación, que desde 1945 apareció en la Carta para el fomento de la economía nacional y de las obras públicas y cuyos planes y programas le correspondía establecer al Congreso –que debía también decretar las últimas-, ciertamente no había tenido mayor incidencia en la aceleración del desarrollo, por falta de estudios estructurados que permitiesen su ejecución dentro de los índices de efectividad. Además,

y con escasas restricciones, la iniciativa en las inversiones fiscales continuaba a disposición de los parlamentarios, que, acudiendo a concesiones recíprocas y para halagar a sus electores, solían aprobar auxilios que desarticulaban el presupuesto de la nación. Por eso la reforma pretendía que planeación y gasto público, cuya interrelación era notoria, se convirtieran en los pilares de una sana política estatal en el vasto campo económico y social y en el no menos importante de obras públicas. (Hidrón, 2004, p. 55).

En la *ley de apropiaciones* o plan de egreso solo podrán considerarse aquellos gastos que se encuentren enmarcados como créditos judicialmente reconocidos, gasto decretado conforme a ley anterior o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo.

Importante análisis merece el Marco de Gasto de Mediano Plazo implementado por la Ley 1473 de 2011, en referencia con la planeación del gasto público, toda vez que define los parámetros y lineamientos que deben observarse en la formulación del mismo. Su principal objetivo es definir los sectores que tendrán especial prioridad en cuanto a la inversión y por otro lado establecer los montos máximos destinados al financiamiento de tales necesidades,⁴⁴ siempre de la óptica de la concordancia entre el crecimiento del gasto frente a la evolución de los ingresos de largo plazo.

El presupuesto de Rentas y Ley de apropiaciones deberá ser presentado por el gobierno ante el Congreso durante los diez primeros días de cada

⁴⁴Ley 1473 de 2011. Artículo 8. *“El Marco de Gasto de Mediano Plazo contendrá las proyecciones de las principales prioridades sectoriales y los niveles máximos de gasto, distribuidos por sectores y componentes de gasto del Presupuesto General de la Nación para un período de 4 años. El Marco de Gasto de Mediano Plazo se revisará anualmente. El Gobierno Nacional reglamentará el Marco de Gasto de Mediano Plazo y definirá los parámetros y procedimientos para la cuantificación del gasto y la forma como concurrirán los órganos que hacen parte del Presupuesto General de la Nación. Cada propuesta de presupuesto de gastos deberá proveer la motivación, cuantificación y evaluación de los programas allí incluidos”.*

legislatura (artículo 346), de no ser aprobado por el Congreso regirá el presentado por el Gobierno inicialmente y de no ser presentado dicho proyecto regirá el del año inmediatamente anterior.⁴⁵

3.7. Iniciativa del Poder Ejecutivo en el Gasto Público

La Constitución Política de 1991 en el artículo 334 ha consagrado como una potestad signada al Estado el direccionamiento general de la economía, a partir de la cual le corresponde la obligación de intervenir administrativa, legislativa y judicialmente, en procura de orientar el desarrollo económico de la nación hacia los fines previstos en la norma constitucional.

Corresponde al Estado adoptar políticas y medidas eficaces para el desarrollo de la actividad económica en el contexto del ordenamiento político y constitucional de la nación, a fin de garantizar el cumplimiento del modelo de Estado Social de Derecho y la búsqueda del bienestar y el desarrollo social del individuo. Con tal fin la iniciativa del gasto público puede entenderse como la facultad que tiene el Estado para planear, determinar y evaluar la forma y los mecanismos en que se genera el gasto para atender así las distintas obligaciones.

A pesar de que en Colombia no existe una disposición legal que conlleve a establecer en forma clara y expresa a que órgano del poder público se le atribuye la iniciativa en materia de gasto público, tampoco existe una restricción a la posibilidad – desde el punto de vista constitucional – de que los distintos órganos del poder público participen activamente en la determinación del gasto y la inversión pública. Esto ha llevado a que el gobierno nacional plantee la adopción del principio de sostenibilidad fiscal como un mecanismo de control y seguimiento a las finanzas públicas debido al notable impacto que sobre las

⁴⁵Constitución Política de Colombia. Artículo 348. Si el Congreso no expidiere el presupuesto, regirá el presentado por el Gobierno dentro de los términos del artículo precedente; si el presupuesto no hubiere sido presentado dentro de dicho plazo, regirá el del año anterior, pero el Gobierno podrá reducir gastos, y, en consecuencia, suprimir o refundir empleos, cuando así lo aconsejen los cálculos de rentas del nuevo ejercicio.

mismas pueden tener las actuaciones tanto del poder judicial – por vía de sentencias – como el poder legislativo – por vía de proyectos de ley-.

Al contrario del caso de Chile, y lo que sucede en Perú donde el Congreso no tiene iniciativa para crear o incrementar gastos, en Colombia, a partir de la Constitución de 1991, la iniciativa de leyes que decreten gasto público es compartida entre el Ejecutivo y el Legislativo. Además, la Corte Constitucional también tiene iniciativa de gasto y algunos de sus fallos están asociados a enormes costos fiscales. Tal es el caso de decisiones relacionadas con la indexación del salario mínimo, las cuales han tenido gran impacto sobre los ajustes salariales de los empleados públicos y de las pensiones, por sólo mencionar un caso.

No obstante la Constitución de 1991 estableció frente a los procedimientos legislativos de índole económico el que éstos estén sometidas al análisis y evaluación por parte del ejecutivo, limitando así su iniciativa. En este contexto se encuentran los referidos a políticas de direccionamiento económico y política fiscal; el plan nacional de desarrollo; la presentación del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones; los que conceden autorizaciones al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales; los que establecen rentas nacionales y fijan gastos de la administración; en las que tienen un rol exclusivo el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Dirección Nacional Planeación, CONPES, entre otros, lo que en términos generales describe el papel decisivo en tal postulado constitucional. Por otra parte desde la perspectiva de la Función Administrativa del Estado puede señalarse: *“Como indudablemente la actividad financiera del Estado está íntimamente vinculada con el desarrollo de las funciones públicas y como la forma que la propia actividad revista la coloca principalmente dentro de la competencia del Poder Administrativo”* (Fraga, 1990)

Sin embargo ello por sí mismo no implica la exclusión de los demás poderes públicos en la formulación de las políticas económicas del país, lo cual tiene explicación en la medida que el Congreso de la República discute los respectivos proyectos de ley –tengan o no iniciativa del ejecutivo – a efectos de aprobarlo o no a través del debate y control político, para el caso le

corresponde a la Corte Constitucional efectuar control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el congreso en procura de garantizar que no contraríen la norma constitucional.⁴⁶

3.8. El papel del Legislativo frente al Gasto Público

La Constitución Política define como función del Congreso la de la creación de las leyes:

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 3. Aprobar el plan nacional de desarrollo y de inversiones públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con la determinación de los recursos y apropiaciones que se autoricen para su ejecución, y las medidas necesarias para impulsar el cumplimiento de los mismos. (Constitución Política, 1991).

En relación con el papel del Congreso la Corte Constitucional se manifestó en el sentido de delimitar claramente el alcance de esa facultad que la misma constitución le asignó,

Si bien el Congreso tiene competencia para decretar y autorizar gasto público, la iniciativa en la materia es del Gobierno Nacional. Es por ello que, en relación con aquellas leyes que se refieren a la inclusión o el traslado de partidas presupuestales para atender gastos públicos, y que no han sido propuestas al Congreso por el Gobierno Nacional, la Corte ha sentado una jurisprudencia según la cual las mismas no tienen "eficacia mayor que la de constituir un título jurídico suficiente - en los términos de los artículos 345 y 346 de la Carta -, para la posterior inclusión del gasto en la ley de presupuesto". Las leyes o los proyectos que decretan gastos con cargo al presupuesto nacional, deben limitarse

⁴⁶ La Corte Constitucional surge con la Constitución Política de 1991, fue concebido como un organismo perteneciente a la rama judicial del Poder Público y se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Carta Política.

a conceder autorizaciones al Ejecutivo para tales propósitos, pero no pueden impartir al Gobierno órdenes en dicho sentido. (C 1249, 2001)

No obstante tal y como se señalaba al principio es claro que no existe una expresa limitación en cuanto a la posibilidad de gozar de iniciativa en el gasto:

El principio general predicable del Congreso y de sus miembros en materia de iniciativa legislativa no puede ser otro que el de la libertad, de conformidad con el artículo 354 de la Constitución Política; por vía excepcional, la Constitución Política, en el artículo citado, reserva a la iniciativa del Gobierno las leyes a que se refiere los numerales 3, 7, 9, 11, y 22 y los literales a) b) y e) del numeral 19 del artículo 150, así como aquellas que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas, las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a Empresas Industriales y Comerciales, y las decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales. Salvo el caso de las específicas materias que pueden ocuparse las leyes mencionadas, no se descubre en la Constitución una interdicción general aplicable a la iniciativa de los miembros del Congreso de la República, para presentar proyectos de ley que comporten gasto público. (C- 490 de 1994).

3.9. La Participación del Poder Judicial en el Gasto Público

Por vía de interpretación constitucional el poder judicial –más exactamente las altas cortes- han adoptado durante los últimos años un papel cada vez más activo a la hora de definir el alcance y los efectos de la norma constitucional en relación con los aspectos sociales. Estos pronunciamientos, generalmente por vía de tutela, terminan generando un impacto fiscal toda vez que el reconocimiento de tales derechos conllevan a la apropiación de recursos con este fin específico:

A la hora de identificar y satisfacer las necesidades básicas de la población resulta indispensable que todas las ramas del poder público actúen para alcanzar ese fin. En este orden de ideas, la Corte ha entendido que la cláusula del Estado Social de Derecho supone la necesaria reinterpretación de las normas de competencia de los diferentes órganos del Estado. Dicho de otro modo, la necesidad de reconsiderar la forma en que deben actuar el poder legislativo, el poder judicial y el poder ejecutivo para lograr una garantía efectiva de los derechos de contenido económico y social y, por ende, una real realización de los cometidos del Estado Social de Derecho. (Robledo, 2010)

En tal sentido puede considerarse que si bien es cierto no existe una delegación expresa que plantee un factor de exclusión a los poderes públicos frente a la iniciativa del gasto, si se puede evidenciar como éstos, en procura de propiciar el cumplimiento de las garantías constitucionales, deben concurrir en dicho proceso bajo una óptica de colaboración y de coordinación.

3.10. Gasto Público y distribución del ingreso

Uno de los objetivos más importantes relacionados con el gasto público, además de garantizar el funcionamiento del Estado, es el posibilitar la redistribución del ingreso nacional a través de la inversión estatal, no obstante es necesario establecer que si dicha inversión no se destina atendiendo a los criterios de vulnerabilidad y necesidad a la postre puede incrementar las brechas sociales y aumento de la pobreza.

Enrique Low Murta en su obra Teoría Fiscal analiza la clasificación del gasto público y la forma en que constituyen factores redistribuidos frente a los distintos sectores sociales, para tal fin define como categorías las de gastos públicos regresivos, progresivos y de pobreza.

Los primeros son aquellos que benefician en mayor proporción a las familias de altos ingresos, permitiendo una distribución de beneficios y gastos aún más injusta que la original de ingresos y rentas de la propia estructura social; los segundos son aquellos que, aun siendo concentradores, reflejan una distribución del beneficio del gasto menos injusta que la existente entre ingresos y rentas en la estructura social; los Gastos de Pobreza son efectos son efectivamente redistributivos, porque benefician en mayor proporción a los que tienen menos niveles de ingresos y de riquezas. (...) El prototipo de los gastos de pobreza son: La salud pública, la nutrición y alimentación, la educación primaria, la prevención de enfermedades, el subsidio al desempleo, las erogaciones para la vivienda, entre otros. Desde el punto de vista de los fines distributivos de la Hacienda Pública es deseable que los gastos públicos sean redistributivos o de pobreza. (Mutra, 1997, p. 244).

El Gasto Público Social se encuentra consignado en el artículo 350 de la Constitución, puede definirse como aquella parte del presupuesto que está destinado a la mejora del bienestar general y a la satisfacción de las necesidades de cierto sector de la comunidad, el cual por razones de imposibilidad de acceder a ciertos bienes se considera vulnerable. El propósito es el de proporcionar un escenario de distribución equitativa del ingreso que percibe la nación, el cual en últimas se ve reflejado en el desarrollo de la sociedad y las alternativas de accesibilidad al mismo.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto en su artículo 41 define el objetivo sustancial de este tipo de gasto de la siguiente manera:

Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión.

La Corte Constitucional señaló al respecto “se compone de aquellos recursos destinados a mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados que

por no haber tenido una equitativa participación en los beneficios del desarrollo, presentan necesidades básicas insatisfechas” (C-151, 1995)

En relación con la dinámica económica del Gasto Público Social por mandato constitucional se ha establecido la imposibilidad disminuir los recursos financieros: *“El presupuesto de inversión no se podrá disminuir porcentualmente con relación al año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones”*. , garantizando así que las poblaciones más vulnerables no se encuentren en situación de desventaja mayor y que dichos recursos se integren en vigencias fiscales.

4. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE SOSTENIBILIDAD FISCAL

“Una evolución que conduce al enfrentamiento de una política judicial contra una política legislativa y que frecuentemente está en conflicto con ella en las cuestiones más irritantes de la política económica diaria, no podía tener lugar sin detrimento de la popularidad de los tribunales de justicia”.

Edouard Lambert

El Acto Legislativo 03 de 2011 integró a la Constitución Política de 1991 el Principio de Sostenibilidad Fiscal, como un criterio de orientación que deben seguir los diferentes órganos del poder público en Colombia, su principal objetivo es el de garantizar en forma efectiva el cumplimiento de las garantías y derechos establecidos en la Constitución en un marco de sostenibilidad económica.

Surge como un mecanismo de control fiscal que garantiza la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuye a la estabilidad macroeconómica del país, a través de la racionalización del gasto público y de los recursos públicos, a partir de la evaluación de criterios como la rentabilidad, sostenibilidad y conveniencia, promoviendo así la prevalencia - en términos económicos - del interés general sobre el particular en un contexto de sostenibilidad de las finanzas públicas.

Para el Gobierno Nacional – quien tuvo la iniciativa en el proyecto - la Sostenibilidad Fiscal tiene sustento en el elevado incremento del gasto público, el cual puede constituirse como un factor decisivo a la hora de evaluar la efectividad en las metas e indicadores fiscales, así como el cumplimiento de las distintas recomendaciones efectuadas por organismos internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, entre otros. Esto resulta especialmente importante en la medida que la dinámica macroeconómica de un país, puede ser descrita por la cantidad del gasto que

efectúa frente a la totalidad de ingresos que percibe (PIB), permitiendo así establecer el panorama en términos económicos y fiscales.

Sin embargo frente a la adopción del principio de sostenibilidad fiscal han surgido posiciones críticas por quienes creen que con su implementación se da vial libre a la sustitución de los principios del Estado Social de Derecho por los de un Estado Fiscal, al punto de introducir teorías económicas improvisadas que alteran la estructura política y económica del Estado:

Las políticas de sostenibilidad fiscal que han venido alterando los panoramas constitucionales en el planeta, son producto de una ortodoxia económica de los organismos multilaterales de crédito como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial que, más allá de las condiciones propias de cada Estado, han sido impuestos basados en una idean netamente fiscal, sin parar mientes en el modelo de Estado existente. Estas políticas no soberanas y derivadas de una teoría económica cuestionada se funda en la idea de libre mercado – en la cual se basó el consenso de Washington -, que ha derrumbado los pactos sociales estructurados en países en vía de desarrollo a partir de la idea del constituyente primario. (Barbosa, 2013, p. 21).

El incidente de impacto fiscal representa una de las principales innovaciones en relación con éste principio, su principal objetivo es el de permitir que tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como la Procuraduría General de la Nación, manifiesten abierta y claramente la inconveniencia de dar cumplimiento a las decisiones judiciales proferidas por las altas cortes, (generalmente relacionados con fallos de tutela) y, por ende conlleve a que las decisiones judiciales terminen siendo modificadas o sus efectos diferidos en tanto que resulten contrarios al concepto de sostenibilidad fiscal.

Tal panorama, a priori representa una contradicción frente al principio de separación de poderes, dado que plantea la posibilidad de censurar las decisiones judiciales por parte de autoridades distintas al poder judicial y de otra parte por establecer un marco de restricción frente al alcance y efectos de los fallos judiciales, contrariando así lo dispuesto en el artículo 230 de la

Constitución Política, dado que los jueces en sus decisiones sólo están sometidos a la Constitución y las leyes.

Este ha sido uno de los aspectos que más ha generado controversias entre distintos sectores de opinión, en la medida que plantea una valoración de los derechos que caracterizan el Estado Social de Derecho atendiendo para ello a una dinámica de evaluación en términos económicos o presupuestales y, ya no desde la perspectiva de la obligatoriedad que plantea la Constitución. En tal sentido el juez deberá considerar si la decisión adoptada está en concordancia con la sostenibilidad fiscal, aspecto que *per se* conlleva a afirmar que ya su decisión no depende únicamente del reconocimiento del derecho alegado sino que tienen un componente de conveniencia fiscal.

En este capítulo se analizará el marco constitucional y legal que desarrolla el principio de sostenibilidad fiscal; las repercusiones frente al accionar de los distintos poderes públicos; el incidente de impacto fiscal y el concepto de progresividad que plantea la sostenibilidad fiscal; para con ello determinar las distintas implicaciones que conlleva la aplicación del Principio de Sostenibilidad Fiscal.

4.1. Contexto Normativo en la Aplicación de la Sostenibilidad Fiscal

El principio constitucional de Sostenibilidad Fiscal fue adoptado mediante el Acto Legislativo 03 de 2011 en virtud del cual se modificaron los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Nacional,

Esta reforma ha sido inspirada en las obligaciones crecientes de mayor gasto público provenientes de recientes fallos judiciales que han impuesto grandes costos sobre la política fiscal. Ejemplo de ello son las demandas por las pirámides que ascienden 42 billones de pesos o las del UPAC por 32 billones. Al no introducirse el principio de sostenibilidad, estas decisiones supondrían: i) asumir una senda de mayor gasto y endeudamiento, creando mayores restricciones fiscales y generando insostenibilidad de las finanzas públicas; o ii) reacomodar el

gasto, sacrificando rubros sensibles como la inversión, en particular, la inversión en infraestructura. (Suescún, 2011).

La implementación de la regla fiscal ha sido considerada como un avance en lo que al control fiscal respecta, necesaria para garantizar la aplicación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales que constituyen el núcleo esencial del Estado Social de Derecho. De otra parte, permitió al poder ejecutivo retomar la iniciativa del gasto público, toda vez que representa la posibilidad de efectuar un control presupuestal efectivo a la hora de regular las actuaciones de los diferentes órganos del poder público, referidas especialmente a la determinación y ejecución del gasto público.

La secuencia de los desequilibrios de origen interno se puede describir de la siguiente manera: un deficiente recaudo de ingresos tributarios o un exagerado programa de gasto público puede conducir a un alto nivel de endeudamiento estatal, ya sea de origen interno o externo... todo ello altera y retarda el crecimiento económico". (Restrepo, 2012, p. 42).

En tal sentido, como lo señala Mauricio Cárdenas -actual ministro de hacienda y crédito público-, en el propósito de generar espacios de estabilidad y responsabilidad en el manejo de las finanzas públicas, se hace necesario establecer topes o límites a la política del gasto que se ejecuta sin los debidos criterios de planeación contenidos en el marco fiscal de mediano plazo⁴⁷:

(...) hay una enorme responsabilidad de manejar las finanzas del país y como en cualquier hogar, uno no puede excederse en unos gastos porque si lo hace después tiene que pagar las consecuencias, el presupuesto tiene sus límites y el acordeón lo abrimos todo lo que da. (El Espectador, 2013)

⁴⁷ Javier Henao Hidrón. Panorama del derecho constitucional colombiano. Editorial Temis. "La planeación, que desde 1945 apareció en la Carta para el fomento de la economía nacional y de las obras públicas y cuyos planes y programas le correspondía establecer al Congreso -que debía también decretar las últimas-, ciertamente no había tenido mayor incidencia en la aceleración del desarrollo, por falta de estudios estructurados que permitiesen su ejecución dentro de los índices de efectividad. Además, y con escasas restricciones, la iniciativa en las inversiones fiscales continuaba a disposición de los parlamentarios, que, acudiendo a concesiones recíprocas y para halagar a sus electores, solían aprobar auxilios que desarticulaban el presupuesto de la nación" Pág. 55.

La Ley 1473 de 2011 desarrolla el Principio de Sostenibilidad Fiscal incluido por el acto Legislativo 03 de 2011, cuyo principal objetivo atiende a la necesidad de estructurar el Marco de Gasto de Mediano Plazo como herramienta de proyección de inversión por sectores, así como los niveles de gasto, sin que ello implique el desconocimiento de los diversos factores que inciden en la atención a las diversas circunstancias sociales del país.

El objetivo establecido en el Marco de Gasto de Mediano Plazo es el de articular los objetivos sociales del país a los criterios de análisis y ejecución presupuestal en materia macroeconómica, con el fin de propiciar un escenario óptimo de financiamiento público sin desconocer las políticas sociales de la comunidad.⁴⁸ Para ello establece los compromisos que en materia fiscal son asumidos por el Estado hasta el año 2024, definiendo con ello los recursos para financiar la prestación de bienes y servicios, gastos de funcionamiento, deuda pública e inversión social, cifras que serán evaluadas anualmente desde una perspectiva de obligatoriedad y cumplimiento.

4.2. Sostenibilidad Fiscal y la incidencia de los poderes públicos

El artículo 334 de la Constitución prescribe: *“La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”*.

La reforma en este aspecto pretendió unificar los criterios de ejecución del gasto público ya que es común encontrar que tanto el poder legislativo como el poder judicial en sus actuaciones no siempre consideran los aspectos y criterios de disciplina fiscal frente al reconocimiento de ciertos derechos, que si bien es cierto no pueden sobreponerse a los primeros, también lo es el hecho

⁴⁸ CONPES. Marco de Gasto de Mediano Plazo 2013-2016. *El Marco de Gasto de Mediano Plazo, MGMP, surgió como respuesta a la necesidad de contar con una programación presupuestal anual que tuviera como punto de referencia un ejercicio de mediano plazo; que estuviese articulado con el diseño de las políticas públicas y la planeación macroeconómica y fiscal de mediano plazo, y que, además, generará incentivos para el desarrollo de una gestión presupuestal orientada a los resultados*. Recuperado en Agosto 7 de 2013. Disponible en: <http://www.dnp.gov.co/link>.

que ostentan cierto factor de impacto económico que merece ser considerado en aras de propender por la estabilidad fiscal.

El papel de los distintos órganos de poder debe ser ahora el de velar por el bienestar general, según el artículo 2 de la Constitución Política:

Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación. (Constitución Política, 1991).

De ahí entonces que sea el deber de los poderes públicos el de propiciar -desde su función constitucional – los escenarios legales y judiciales para tal efecto, instituciones jurídicas como la tutela, la iniciativa popular en la elaboración de las leyes, el control constitucional en el proceso legislativo, entre otros, llevan a que cada ente de poder asuma un rol en defensa de ese modelo de Estado y con ello las correspondientes actuaciones. En tal sentido se pretende analizar el papel de cada uno de los órganos del poder en relación con el gasto y como han incidido en las políticas fiscales del país a partir de sus actuaciones en el contexto de la separación de poderes:

El principio de separación de poderes es un rasgo definitorio del Estado Constitucional. Este eje estructural, para el caso particular de la Carta Política, se caracteriza por (i) la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de su estructura institucional; (ii) la aplicación de dicho principio para el cumplimiento de la doble función de racionalización de la actividad del Estado y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la arbitrariedad propia de todo poder omnímodo; y (iii) la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, agrupados en los criterios de colaboración armónica y de controles recíprocos o inter orgánicos. (C-288, 2012)

4.2.1. Sostenibilidad Fiscal frente al Poder Legislativo

Es claro que el legislativo tiene a cargo el proceso de elaboración de las leyes y que al tenor del modelo democrático representativo configura la posibilidad de que exista una representación de la comunidad en la determinación de sus propias leyes, en los términos del contrato social, *“Las leyes no son propiamente sino las condiciones de la asociación civil. El pueblo sumiso a las leyes, debe ser su autor; corresponde únicamente a los que se asocian arreglar las condiciones de la sociedad”* (Rousseau, 1651).

El panorama fiscal en relación con la sostenibilidad fiscal plantea una reflexión crítica en torno a la posibilidad de integrar al proceso legislativo criterios de análisis del orden económico y presupuestal, que en últimas lleven a evaluar el alcance y los efectos económicos que se originan con la aprobación de las leyes. Por supuesto que debe prestarse especial atención en el sentido de evitar crear un marco de restricción para la función legislativa, máxime cuando el fin último del Estado es el de garantizar a través del concurso de los distintos poderes en la realización de los fines de esenciales del Estado.

La dinámica democrática en el Estado Social de Derecho aboga por la búsqueda del interés general, sin embargo, es claro que ciertas circunstancias el proceso democrático o *electoral* puede conducir a fines distintos en relación con el dicho interés; lo cual tiene explicación en el hecho de que los diversos grupos de representación – participantes del proceso democrático-, procuran obtener mayores réditos en el escenario político desde la óptica de la preferencia electoral y en últimas de en términos de votos.

De ahí que pueda hablarse de una especial relación entre el ejercicio legislativo y el ejercicio político, de lo cual se colige que las distintas decisiones del poder legislativo pueden buscar el beneficio para un determinado sector representativo, lo cual en últimas propician escenarios en los cuales las leyes se traducen en instrumentos de reivindicación de los intereses y compromisos de determinados sectores políticos y por ende mecanismos de posicionamiento social.

La obtención de votos puede significar a futuro el compromiso por parte del poder legislativo para representar los intereses de la población electora, propugnar por el reconocimiento de los derechos del grupo representativo, garantizar un escenario de participación y en general la posibilidad de inclusión política, todo sustentado en el ejercicio político. Esto para señalar que no resulta contrario a la realidad indicar que las leyes no siempre tienen una explicación en el beneficio general de toda la población, que pueden resultar incluso un instrumento de favorecimiento de sectores representados (deportistas, obreros, industriales, etc.) y que en ese contexto pueden ser lesivas para los intereses fiscales del país.

Aunado a esto se encuentra que la mayoría de reformas de carácter legal no se plantean desde el campo de la evaluación y análisis socio-jurídico, sino que bien pudiera afirmarse se surgen como solución a situaciones coyunturales, por otro lado la constitución no establece un criterio de limitación que, atendiendo al proceso de creación de las leyes, señale parámetros de índole económica que conlleve al análisis y/o conveniencia de aprobar cierto tipo de leyes.

En la pasada legislatura (julio de 2011 a junio de 2012) se aprobaron 99 proyectos de ley en el Congreso. La mayoría de ellos, para su implementación, requiere inyección de recursos. Y eso es lo que no hay.

Así lo planteó el ministro de Hacienda, Juan Carlos Echeverry, quien dijo que se aprobaron "buenas iniciativas" de los congresistas, pero que ahora se enfrentan a la disponibilidad presupuestal y ni siquiera se sabe cuánto costará implementarlas. (El Tiempo, 2012).

A partir de dicho análisis se encuentra que el esfuerzo del gobierno nacional por establecer un marco de eficiencia fiscal (la Regla Fiscal) podría estar en riesgo en la medida que no se consideren los aspectos técnicos y fiscales que conlleva la inversión pública, en otras palabras, la posibilidad de hacer apropiaciones para dar cumplimiento a la disposición legal. Esto sin lugar a duda contravía las directrices económicas establecidas en el Marco Fiscal de

Mediano Plazo, en torno al cual se definen las políticas macroeconómicas del país a futuro en relación con el gasto y la inversión pública.⁴⁹

Los grupos representativos constituyen un factor determinante en el desarrollo normativo del país, generalmente son sectores de la sociedad que no han contado con una participación importante en el país o que han sido objeto de un desconocimiento en los distintos ámbitos como el económico, político, social, cultural, etc., y que propenden por escenarios de reconocimiento en un plano jurídico y legal, que a la postre conlleve a una efectiva participación en el ejercicio democrático, atendiendo a la visión del derecho como instrumento de cambio social.

Bajo el modelo democrático constitucional descrito por Lasalle estos grupos de representación consiguen una participación activa en el proceso de formación de la ley y por tanto un reconocimiento como factor real de poder: *“...aporta con cristalina claridad la prueba de que los problemas constitucionales no son, en última instancia, problemas de derecho, sino de poder, y que la verdadera Constitución de un país reside en los factores reales y efectivos de poder imperantes en la nación”* (Lasalle, 1999)

El Marco de Gasto de Mediano Plazo consagrado en la Ley 1473 de 2011 conlleva a la evaluación de criterios objetivos en materia de sostenibilidad fiscal dentro del proceso de formación de las leyes, aspecto que se encuentra descrito en el artículo 8° como un instrumento de proyección presupuestal del Estado: *“El Marco de Gasto de Mediano Plazo contendrá las proyecciones de las principales prioridades sectoriales y los niveles máximos de gasto, distribuidos por sectores y componentes de gasto del Presupuesto General de la Nación para un período de 4 años. El Marco de Gasto de Mediano Plazo se revisará anualmente”*.

⁴⁹ Ley 1473 de 2011. Artículo 7. *“Sostenibilidad y estabilidad fiscal. El presupuesto tendrá en cuenta que el crecimiento del gasto debe ser acorde con la evolución de los ingresos de largo plazo a estructurales de la economía y debe ser una herramienta de estabilización del ciclo económico, a través de una regla fiscal”*.

De otra parte el artículo 334 de la Constitución Política plantea la “colaboración armónica” como medio para cumplir los objetivos en materia fiscal, contribuyendo así a un proceso legislativo integral, para el caso:

Simón Gaviria, ex presidente de la Cámara, recordó que cuando una iniciativa legislativa incurre en gastos, debe tener el aval de Hacienda.

Para Gaviria, si no hay objeción en ninguno de los cuatro debates del trámite de un proyecto de ley, y si además es sancionado, se entiende que estaba avalado. "Ahora, si no se implementa esa ley, el Gobierno se vuelve sujeto de una acción de cumplimiento. (Melendez, 2012).

Programas bandera para el gobierno como la misma ley de víctimas 1479, la cual plantea además de la asistencia y el asesoramiento a las víctimas la reparación ante el accionar de los grupos al margen de la ley, ley de restitución de tierras, dan muestra de la posibilidad de avanzar en materia de reconocimiento de derechos en un contexto de sostenibilidad y financiamiento razonable. Esto adquiere relevancia en la medida que consiguen obtener un consenso entre el ejecutivo y el legislativo en cuanto a su aprobación, pero también establece los mecanismos óptimos de financiación, es decir, se establecieron estudios económicos y de viabilidad a efectos de propiciar escenarios de financiamiento y gasto sostenible. Tal es el caso del Fondo de Reparación de las Víctimas⁵⁰ creado por la ley 975 de 2005, la Unidad de Restitución de Tierras entre otras.

4.2.2. Sostenibilidad Fiscal frente al poder judicial

Las decisiones judiciales juegan un papel determinante en la consecución de un escenario acorde con la sostenibilidad fiscal en la medida que representan un factor que incide de manera indirecta en la ordenación del gasto, a partir de los costos medidas y acciones que son ordenados en dichas providencias. El

⁵⁰El Fondo para la Reparación de las Víctimas (FRV)es, por disposición del artículo 54 de la Ley 975 de 2005, una cuenta especial sin personería jurídica, adscrita a la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Acción Social. El Fondo para la Reparación de las Víctimas (FRV) tiene las funciones, por disposición del artículo 55 de la Ley 975 de 2005 2.1 Liquidar y pagar las indemnizaciones judiciales de la que trata la presente ley.2.2 Administrar el Fondo para la Reparación de las Víctimas2.3 Adelantar otras acciones de de reparación cuando a ello haya lugar 2.4 Las demás que señale el reglamento. Recuperado en Julio 3 de 2013. Disponible en: <http://www.accionsocial.gov.co>.

legislador al interpretar esta circunstancia definió en el artículo 334 constitucional lo siguiente: *“El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio”*.

Al tenor de lo expuesto surge entonces un conflicto en el escenario jurídico del país y es aquel de poder establecer hasta qué punto los administradores de justicia en Colombia (jueces y magistrados) deben atender a los criterios constitucionales propios del Estado Social de Derecho, de los cuales se derivan los derechos económicos, sociales y culturales, frente a la interpretación que se deba hacer de Sostenibilidad Fiscal. No pareciera ser sencillo el análisis en la medida que generalmente los derechos que se reconocen y amparan en dichas instancias judiciales—*generalmente vía tutela*—encuentran su sustento en la evaluación que se hace a partir de la conectividad que tienen con instituciones jurídicas de mayor rango como el derecho a la vida, la dignidad, trabajo y a la salud entre otros.⁵¹

Sin embargo no es una cuestión que este enmarcada en forma particular para el Estado colombiano, sino que obedece a una dinámica propia del poder judicial a partir de la aplicación de la hermenéutica jurídica en la interpretación de los derechos constitucionales, llevando a que se adopte un rol más activo en la búsqueda de garantizar el sentido y alcance de la norma superior:

Las decisiones judiciales sobre la legalidad de diversos impuestos ejercen un importante efecto en las finanzas públicas. Una de las más famosas sentencias del Tribunal Supremo en materia de fiscalidad fue la decisión adoptada en 1895 que establecía la inconstitucionalidad de un impuesto federal sobre la renta personal. (...) La judicatura también afecta las cuentas públicas por el lado del gasto. Los jueces han obligado a la realización de gastos públicos en partidas tan distintas como la educación bilingüe en las escuelas públicas o la reforma de las

⁵¹ Actualmente hace trámite en el Congreso de la República la Ley Estatutaria de Reforma al Sistema de Salud, en la cual se ha prohijado el derecho a la salud como un derecho fundamental, no obstante el mismo proyecto establece como en su aplicación habrán de evaluarse los criterios de disponibilidad presupuestal o sostenibilidad fiscal.

prisiones. Un caso sorprendente fue el de un juez federal de Missouri que ordeno a la ciudad de Kansas a realizar un gasto de 1.200 millones de dólares para construir instalaciones escolares que, en su opinión, atraerían a familias de raza blanca hacia los distritos habitados fundamentalmente por minorías. (Rosen, 2002, p.127).

Tal condición ya ha sido objeto de análisis en razón a la creciente participación de los jueces en aspectos que bien pudieran ser considerados como políticas públicas a cargo del gobierno nacional (poder ejecutivo). Tal participación se ha hecho evidente en temas de especial interés social como la atención médica, manejo de establecimientos carcelarios, traslado de bases militares, atención médica, suministro de medicamentos, entre otros, que dan cuenta de una participación más activa de los operadores judiciales a partir de lo que se puede considerar como una interpretación no limitada de la constitución nacional.

El artículo 230 de la Constitución Política de 1991 señala: “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley*”, precepto sobre el cual se erige el ejercicio de la función jurisdiccional, al tenor del cual se plantea una autonomía e independencia expresa frente al poder judicial por parte de los demás poderes, desarrollando de esta forma el principio de la separación de poderes.⁵²

Para el caso colombiano la posición de la Corte Constitucional, como máxime interprete de la norma constitucional, es la de reiterar que el principio de separación de poderes se desarrolla dentro de los lineamientos constitucionales que definen las atribuciones y funciones de los poderes públicos; además de indicar que éstos deben confluir atendiendo a una dinámica de colaboración armónica, sin que ello signifique al restricción o

⁵²Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288 de 2012. “*El principio de separación de poderes es un rasgo definitorio del Estado Constitucional. Este eje estructural, para el caso particular de la Carta Política, se caracteriza por (i) la delimitación precisa, mediante reglas jurídicas, de las competencias de cada uno de los poderes, junto con la definición de su estructura institucional; (ii) la aplicación de dicho principio para el cumplimiento de la doble función de racionalización de la actividad del Estado y protección de los derechos y libertades de los ciudadanos ante la arbitrariedad propia de todo poder omnímodo; y (iii) la incorporación de mecanismos para el funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos, agrupados en los criterios de colaboración armónica y de controles recíprocos o interorgánicos.*”

condicionamiento alguno del poder judicial en sus actuaciones para dar cumplimiento a la sostenibilidad fiscal.

4.2.2.1. La discrecionalidad en los fallos judiciales

Constituye un elemento importante en relación con el análisis que se hace del impacto de las decisiones judiciales, dado que analiza la problemática en que el juez no encuentra dentro del ordenamiento jurídico una norma que responda a un determinado problema o caso judicial, pueden presentarse casos difíciles,⁵³ situación en la cual el juez asuma un rol discrecional a partir de la potestad interpretativa de la norma:

Hart sostiene que debido a que la vaguedad es un característica inherente al lenguaje jurídico y a que en la decisión de los casos difíciles existe más de una interpretación razonable, cuando estos casos llegan a los estrados judiciales los jueces tienen discrecionalidad para escoger la interpretación que consideren más apropiada. Cuando la regla aplicable es imprecisa, el juez no tiene otra salida que escoger prudentemente la opción que estime adecuada. En estas circunstancias excepcionales, el juez no está aplicando derecho –porque las reglas no le indican una u otra dirección-, sino creándolo para el caso concreto. (Rodríguez, 2010, p. 34).

En contraste con lo que Hart define como facultad discrecional y la posibilidad de que el juez se convierta en sujeto creador del derecho, sostiene Dworkin que el Derecho no tiene como único soporte o sustento a la regla de reconocimiento –desde la perspectiva jerárquico- es decir no solamente atiende a los criterios de norma jurídica positiva *precisa*, sino que a él se integran además los *principios* los cuales tienen el carácter de obligatoriedad en cuanto a su aplicación.

⁵³Hart plantea el análisis del lenguaje jurídico a partir del núcleo del significado de toda expresión lingüística, para el caso los casos fáciles son aquellos de fácil interpretación lingüística y en los que hay consenso en cuanto al significado. En referencia a los casos difíciles señala se relación con las zonas de penumbra de las expresiones lingüísticas y se traduce en la controversia que aparece respecto de su significado.

*“(…) por el contrario, deben aplicar los principios vigentes en el sistema jurídico. Aunque no existan reglas aplicables al caso concreto, siempre existirán principios que lo sean y, en consecuencia, una de las partes en un litigio tendrá derecho a que el juez reconozca en su sentencia que esos principios le dan la razón”.*⁵⁴

4.2.2.2. Impacto del activismo judicial frente a la sostenibilidad fiscal

La constitución de 1991 introdujo importantes reformas en el escenario jurídico colombiano, condujo al logro de importantes avances en lo referente al reconocimiento de derechos y libertades del ciudadano, no solo desde el punto de vista de su aceptación, sino así también en la creación de mecanismos jurídicos en procura de garantizar su ejercicio. Existen dos logros cruciales dentro del modelo de Estado Social de Derecho, el primero de ellos tuvo que ver con la creación de la tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, y el segundo la creación de la Corte Constitucional como máximo tribunal en materia constitucional, con una misión clara y expresa como lo es la de garantizar la integridad y cumplimiento de la Carta Constitucional.

Cada vez es más frecuente encontrar la participación directa de la Corte Constitucional en asuntos de especial relevancia e impacto social, los cuales generalmente están asociados con el reconocimiento y amparo de derechos individuales tales como salud, vivienda, educación, entre otros; sin descontar los distintos pronunciamientos referentes al reconocimiento de derechos a minorías sociales, ambos desde la óptica de integración de la hermenéutica jurídica al derecho constitucional.

En este contexto la labor judicial resulta consecuente con el modelo de Estado Social de Derecho en la medida que no desconoce las funciones constitucionales asignadas a cada órgano de poder público en Colombia, porque se desarrolla atendiendo los criterios y conceptos de delimitación, inspección y vigilancia entre los poderes públicos - *pesos y contrapesos* -, en

⁵⁴ Sic. Pág. 37

donde se plantea un control político que contribuya a la realización de los fines del Estado. En tal sentido el poder judicial se encuentra legitimado para asumir un rol si no protagonista si garantista, referente a la adopción de medidas para garantizar derechos y libertades de los ciudadanos.

La Corte Constitucional incide de manera favorable en la realidad social y política de los movimientos sociales. Como ya hemos dicho, esta incidencia proviene no sólo de la capacidad que tiene la Corte de ordenar de manera coercitiva ciertos comportamientos favorables a la protección de los derechos de las personas sino también y con frecuencia de manera prioritaria, de su capacidad para inculcar en la mente de los miembros de los movimientos sociales y de las personas en general, un espíritu de anticonformista que se funda en la afirmación autorizada de que la injusticia existe y de que ella debe ser remediada. Desde luego, con frecuencia también éste último efecto simbólico se logra gracias a aquel efecto instrumental. Cada caso muestra una combinación específica entre eficacia instrumental y los efectos simbólicos de las decisiones de la Corte. (Uprimny, 2007, p. 79).

Según el autor (sic) este fenómeno es originario de estados europeos en donde ante la crisis del Estado de Bienestar se propendió por el traslado de la “legitimación democrática” del poder legislativo al poder judicial, es decir, un reconocimiento más protagónico por parte de los jueces en defensa y la representación de los intereses de la sociedad. La dinámica en la que se desarrolla esta actividad se caracteriza por la oposición a los lineamientos políticos y económicos de sectores fuertes de la sociedad, así como a la falta de atención a sectores vulnerables, lo cual conlleva a vislumbrar un escenario en el cual las necesidades sociales se traducen en un factor funcional de la jurisdicción, so pena de enfrentar una crisis social y política.

El análisis que se hace a partir de dicho escenario es, según Uprimny, la *judicialización de los conflictos políticos*, en donde se confronta por un lado la búsqueda de soluciones a problemáticas sociales por medio de las decisiones

judiciales - concibiendo el derecho como un instrumento de cambio social -,⁵⁵ frente a los diversos factores que confluyen en las políticas del gobierno de turno y del legislativo. El modelo democrático de Estado reconoce en la división de poder un importante acierto en el propósito de garantizar condiciones de gobernabilidad propicias a la constitución, sin embargo es válido afirmar que ello *per se* no siempre implica el concierto de los distintos poderes en la búsqueda de soluciones a las distintas problemáticas sociales, haciendo que en últimas existe un posible desbalance, “(...) *Tarde o temprano, el equilibrio igualitario que este principio pretende establecer entre los poderes constituidos, se doblega bajo el empuje de la necesidad de unidad de opiniones y de unidad de acción en el desarrollo de la política nacional*” (Lambert, 2010)

El debate se circunscribe en determinar hasta qué punto dicha labor constituye una intromisión en la función tanto del legislativo como del ejecutivo y como ello consigue alterar el equilibrio constitucional que plantea el principio de la separación de poderes en el Estado, en virtud del cual se delimitan y definen sus distintas funciones desde el espectro de la coordinación armónica.

De otra parte puede afirmarse que el activismo judicial aparece como respuesta del Estado - *desde su función judicial* -, a los múltiples problemas sociales que no han sido atendidos por parte de los demás poderes públicos, lo cual puede tener explicación en la falta de voluntad política por parte del legislativo en la formulación de leyes que atiendan a la realidad social y por otro lado en la priorización de políticas fiscales por parte del ejecutivo frente a la formulación de políticas de atención de sectores menos favorecidos, problemáticas de índole social, grupos minoritarios entre otros.⁵⁶

⁵⁵Rodrigo Uprimny. *Corte Constitucional y Emancipación Social en Colombia*. El derecho como idea de cambio social fue una idea que planteaba con la adopción de decisiones judiciales garantistas la consecución de importantes logros sociales, tuvo lugar en E.E.U.U a principios de los años 70 y fue conocido como Civil Rights Movement.

⁵⁶ La Corte Constitucional en sentencia T-406 de 1992 tuteló el derecho a la salubridad pública de una comunidad de Cartagena que había sido afectada por el desbordamiento de las redes de alcantarillado, ordenando a las Empresas Públicas de Cartagena la terminación de la construcción del alcantarillado. “*Dicha terminación deberá llevarse a cabo dentro de un plazo razonable que no exceda de tres meses. Mientras ello ocurre debe adoptar, inmediatamente, medidas provisionales idóneas, encaminadas a la cesación de las molestias y perjuicios que se están ocasionando a los habitantes del barrio.(..)* En todos aquellos casos similares al presente por sus hechos o circunstancias, siempre que se dejen obras inconclusas que afecten la salubridad pública, la doctrina constitucional señalada en esta sentencia

Resulta interesante analizar como el rol del juez dentro del modelo del Estado Social de Derecho (caracterizado por la facultad de interpretar y definir el alcance de la norma constitucional), puede conducir al logro de los fines esenciales del Estado y también a propiciar soluciones a las distintas realidades sociales que contradicen los preceptos constitucionales, constituyendo así un aspecto positivo frente al dinamismo jurídico y social.

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición dominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. El nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución. (Cabra, 2002, p. 125).

4.3. Objetivos de la Sostenibilidad Fiscal

La sostenibilidad fiscal tiene como objetivo el garantizar que el poder ejecutivo, legislativo y judicial en sus actuaciones atiendan y desarrollen los criterios de sostenibilidad, sostenimiento, financiamiento a futuro y estabilidad económica.⁵⁷

tendrá carácter obligatorio para todas las autoridades, en los términos del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991”

⁵⁷Dada la incidencia que tienen los poderes públicos frente al gasto público se plantean mecanismos para su control. El principal instrumento en relación con el poder judicial es el incidente de impacto fiscal a través del cual se someten a evaluación los efectos económicos de las sentencias de las altas corporaciones; respecto del poder legislativo su objetivo es fijar criterios de valoración presupuestal en desarrollo de la iniciativa legislativa que ostentan. Para tal fin y a iniciativa del gobierno nacional la ley

El artículo 334 de la Constitución Política al respecto señala:

La sostenibilidad fiscal debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica.

El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio. Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales. (Constitución Política, 1991).

Si bien es cierto que dicho artículo no restringe las funciones y potestades constitucionales signadas al poder judicial, también lo es el hecho de que propone ya no una aplicación o reconocimiento directo de los derechos del individuo, sino un reconocimiento gradual de los derechos inherentes al Estado Social de Derecho en función de criterios económicos. En tal sentido el juez deberá considerar si la decisión adoptada está en concordancia con la sostenibilidad fiscal, aspecto que *per se* conlleva a afirmar que ya su decisión no depende únicamente del reconocimiento del derecho alegado sino que tienen un componente de conveniencia fiscal. Sin lugar a duda causas relacionadas con la educación, derecho al trabajo, derecho a la salud, entre otras tendrán un viraje en la proporción en que se venían amparando.

Sin embargo, la misma reforma plantea la imposibilidad de limitar el reconocimiento de los derechos fundamentales arguyendo para ello este criterio, “Artículo 334. (...) *Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa*

1474 de 2011 por la cual se establece la Regla Fiscal, fija los parámetros de análisis presupuestal que han de observarse en relación con el gasto y la deuda pública a la hora de elaborar la ley de presupuesto.

o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”. .

Si bien es cierto el artículo 334 define el alcance de la sostenibilidad fiscal frente a los derechos fundamentales, no menos cierto es el hecho que en relación con los derechos referidos al Estado Social de Derecho, los cuales podrían ser catalogados como fundamentales, tales como los económicos, sociales y culturales, si se encuentran condicionados a la posibilidad real del Estado en suministrarlos: *“Los demandantes advierten, que más del 60% de la jurisprudencia en materia de tutelas falladas, involucra derechos sociales que estarían en peligro por la puesta en marcha de la sostenibilidad fiscal.”* (Caracol-radio, 2012)

Ante la posible limitación de las garantías del tipo social dentro del modelo de Estado Social de Derecho han surgido críticas al considerársele como un claro retroceso frente a los logros obtenidos en materia de reivindicaciones sociales, para el caso el Gustavo Gallón afirma:

Limitar la eficacia de las decisiones de las altas Cortes en materia de derechos económicos, sociales y culturales oponiéndolas a la sostenibilidad fiscal es ingenioso y puede ser hasta perverso, porque da la apariencia no de una negación de derechos sino de una ponderación entre dos derechos constitucionales: el derecho de un individuo o de un grupo a su bienestar, y el derecho de toda la sociedad a tener unas finanzas sanas. Es un sofisma refinado. (Gallón, 2011).

Luigi Ferrajoli al hablar de los derechos fundamentales plantea la necesidad de hacer una valoración de los mismos no solamente a partir de un concepto formalista, de acuerdo a la enunciación que hace la norma; sino que deberá también considerarse los criterios de universalidad y de igualdad jurídica, los cuales encuentran sustento en el plano constitucional:

Los derechos fundamentales, al corresponder a intereses y expectativas de todos, forman el fundamento y el parámetro de la igualdad jurídica y por ello de la que llamaré dimensión sustancial de la democracia, previa a la dimensión política o formal de ésta, fundada en cambio sobre los poderes

de la mayoría. Esta dimensión no es otra cosa que el conjunto de las garantías aseguradas por el paradigma del Estado de Derecho, que, modelado en los orígenes del Estado moderno sobre la exclusiva tutela de los derechos de libertad y propiedad, puede muy bien ser ampliado – luego del reconocimiento constitucional como derechos de expectativas vitales como la salud, la educación y la subsistencia – también al Estado Social, que se ha desarrollado. (Ferrajoli, 2001, p. 25).

4.3.1. Evaluación de los objetivos de la Sostenibilidad Fiscal

El Acto legislativo 03 de 2011 generó que diversos sectores de la sociedad manifestaran sus opiniones respecto de la conveniencia o no de adoptar este instrumento de control fiscal mediante una reforma constitucional. Evidentemente se presentaron posiciones encontradas de un lado por quienes manifestaron que ello podría representar una clara amenaza al Estado Social de Derecho y, de otra parte, quienes manifestaron la necesidad de establecerla como un criterio objetivo y regulador del gasto público que no lesiona los intereses del Estado Social de Derecho.

Nunca hay suficiente dinero para satisfacer todas las necesidades de una sociedad. Esa es una regla universal. Limitar la eficacia de las decisiones de las altas Cortes en materia de derechos económicos, sociales y culturales oponiéndolas a la sostenibilidad fiscal es ingenioso y puede ser hasta perverso, porque da la apariencia no de una negación de derechos sino de una ponderación entre dos derechos constitucionales: el derecho de un individuo o de un grupo a su bienestar, y el derecho de toda la sociedad a tener unas finanzas sanas. Es un sofisma refinado. (Espectador, 2013)

En la exposición de motivos del proyecto del Acto Legislativo y durante su correspondiente debate en el Congreso de la República, el representante a la Cámara Alfonso Prada señaló:

Incorporar el principio de Sostenibilidad Fiscal tensionando el ESD al darle una orden al Juez de que se abstenga de fallar cuando haya un derecho social en riesgo debido a que comporta una carga económica, parece ser el camino equivocado. Me parece que de este modo se evade el verdadero debate. Con el fin de alcanzar la Sostenibilidad Fiscal hay que plantear diferentes alternativas, como por ejemplo la lucha eficaz contra la corrupción para recuperar billones de pesos que se están perdiendo a causa de malos manejos y que deberían orientarse hacia la prestación de servicios sociales. (Suescún, 2011).

Igualmente el representante Prada expuso la inconveniencia de adoptar la sostenibilidad fiscal como principio constitucional, cuando en el mismo ordenamiento jurídico ya existen instrumentos que pueden conducir a los fines y objetivos que propone el proyecto de ley.

De otra parte, Rodrigo Suescún ex viceministro de Hacienda y Crédito Público a su juicio expone como la Sostenibilidad Fiscal resulta necesaria para garantizar al Estado colombiano asumir de forma responsable los gastos no sólo del presente sino así también los de generaciones futuras, sin que ello afecte la capacidad de gasto en políticas sociales por parte del gobierno:

Esta reforma ha sido inspirada en las obligaciones crecientes de mayor gasto público provenientes de recientes fallos judiciales que han impuesto grandes costos sobre la política fiscal. Ejemplo de ello son las demandas por las pirámides que ascienden 42 billones de pesos o las del UPAC por 32 billones. Al no introducirse el principio de sostenibilidad, estas decisiones supondrían: i) asumir una senda de mayor gasto y endeudamiento, creando mayores restricciones fiscales y generando insostenibilidad de las finanzas públicas; o ii) reacomodar el gasto, sacrificando rubros sensibles como la inversión, en particular, la inversión en infraestructura.

En el ámbito del desarrollo del ESD, la sostenibilidad fiscal garantiza que la política de gasto pueda mantenerse a través del tiempo, de manera

que en el mediano y en el largo plazo se logren importantes objetivos públicos como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad inter-generacional. (Suescún, 2011).

En síntesis, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-288 de 2011, al evaluar la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011 consideró que no existe sustitución del principio de Estado Social de Derecho definiendo para ello que este instrumento de evaluación económica debe entenderse en función del beneficio del interés general y como un mecanismo para alcanzar en forma gradual los derechos económicos, sociales y culturales, por tanto declaro exequible dicha norma.

4.4. El Incidente de Impacto Fiscal

Se constituye como un mecanismo de revisión de carácter administrativo de las decisiones judiciales adoptadas por las *máximas corporaciones*, su esencia o razón de ser no radica en el hecho de discutir o controvertir el amparo que se hace de un determinado derecho, sino la posibilidad de dar cumplimiento expreso a las medidas consagradas en la sentencia, lo cual generalmente conlleva a un análisis objetivo frente a la disponibilidad de recursos del gobierno para atender dicho fallo.

El artículo 334 de la Constitución Nacional señala: “(...) *El Procurador General de la Nación o uno de los Ministros del Gobierno, una vez proferida la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, podrán solicitar la apertura de un Incidente de Impacto Fiscal, cuyo trámite será obligatorio*”.

Al efectuar un análisis crítico en relación con los efectos jurídicos que se desprenden de la aplicación del incidente de Impacto Fiscal, podría indicarse que constituye un factor de riesgo para la actividad judicial en la medida que plantea la evaluación económica y presupuestal frente al proyecto o sentido del fallo a adoptar, al respecto señala la Corte Constitucional:

La conducta del juez, cuando administra justicia, no puede jamás estar sometida a subordinación alguna, al punto que dentro de esta óptica es posible reconocerlo como un sujeto único, sin superior del cual deba recibir órdenes, ni instrucciones ni ser objeto de presiones, amenazas o interferencias indebidas. Además, como corolario del principio en referencia, demás órganos del Estado tienen el deber jurídico de prestarles la necesaria colaboración para que se cumplan las decisiones judiciales. (C-288, 2012)

Aunque resulta ser una institución bastante innovadora en el contexto al menos en lo referente a la dinámica de separación de poderes y de la efectividad de las decisiones judiciales, ya en Norteamérica se había presentado un fenómeno judicial similar concerniente a la efectividad de las sentencias de inconstitucionalidad decretadas por los jueces el cual fue conocido como el *due process clause*⁵⁸, durante el gobierno del presidente Roosevelt, proponía:

Confiar al voto popular la misión de resolver los conflictos entre el poder legislativo y el poder judicial de los Estados, mediante la invocación de la due process clause frente a los actos legislativos y de decidir si la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por los jueces debía ser mantenida o rechazada. Precisaba que esta sumisión a la revisión popular debería estar limitada a las decisiones judiciales: 1.pronunciadas por los tribunales supremos de los Estados y que declarasen inconstitucionales estatutos de los Estados; 2. en las que no se trate de un litigio entre personas, sino de una cuestión económica importante que ponga en peligro el bien general de todo el pueblo o una gran parte del mismo. (Lambert, 2010, p. 108).

Si bien es cierto que se presenta en dos escenarios diferentes como es el caso de un derecho con una marcada influencia anglosajona *common law* y la tendencia *civil law* ó modelo francés que opera en Colombia, es claro que lo que se evidencia en el fondo de la comparación, es un ejercicio de validación

⁵⁸ Refrendación decisión judicial.

de las decisiones adoptadas en las cortes y tribunales frente a la conveniencia o no de su aplicación y en los que coinciden tanto la corporación que adopta la decisión como el interés general de índole económico.⁵⁹

Debido a la connotación que representó la adopción de este mecanismo frente a la afectación de principios que orientan la actividad judicial, fue objeto de análisis y reflexión por parte de la misma Corte Constitucional en sentencia C-1052 de 2012, en la cual se hizo un estudio sobre su constitucionalidad concluyendo en afirmar que no contravenía la constitución. En dicho análisis no se pondero únicamente el incidente de impacto fiscal desde una perspectiva autónoma e independiente, sino que se valoró en el marco de colaboración funcional que debe existir entre los poderes públicos, esto es, acorde a la teoría de *pesos y contrapesos*, teoría que aboga por el reconocimiento y generación de escenarios de dialogo y concertación política entre poderes:

El incidente de impacto fiscal es consagrado como un espacio de interlocución entre los servidores públicos antes referidos y las altas corporaciones judiciales, en donde se les concede a los primeros la facultad de expresar las razones por las cuales consideran que los efectos de una sentencia desconoce el criterio de sostenibilidad fiscal, carga argumentativa que en ningún caso puede trasladarse a las altas cortes. Sumado a lo anterior, al tratarse de una decisión judicial, el incidente de impacto fiscal se encuentra sometido a los deberes que son exigibles para este tipo de actuaciones procesales, en particular, la obligación de motivar las decisiones que en el marco del procedimiento del incidente se adopte, máxime si se opta por la modificación, modulación o se difieren los efectos del fallo objeto de análisis. (C-1052, 2012)

⁵⁹ El panorama de la sociedad norteamericana descrito por Lambert para la época de 1906, discurría entre la notable incidencia de las supremas cortes de los Estados frente a la poca aceptación social con la que contaban en dicho momento, incluso al punto de llegar a considerárseles como responsables de *todos los defectos de la organización social*, atendiendo a los distintos problemas sociales y económicos del momento.

La carga argumentativa como lo define la Corte establece la obligatoriedad de que sea el Gobierno a través de sus ministros o el Procurador, quienes sustenten y argumenten los motivos por los cuales considera lesivos para los objetivos de la sostenibilidad fiscal la adopción de la sentencia, sin que con ello se limiten derechos fundamentales. Al mismo tiempo deben demostrar que efectivamente se hace necesario modular, modificar o diferir los efectos del fallo, sin desconocer que dicha potestad radica únicamente en el juez que ha proferido la sentencia, sin que ello impida que el juez decida mantener las disposiciones y consideraciones iniciales plasmadas en el fallo.

Señala la Corte al respecto que el incidente de impacto fiscal se constituye como un procedimiento de índole constitucional *–al tenor del revestimiento constitucional asignado–* lo cual conlleva a la obligatoriedad de que se adelante una vez sea presentado por el procurador o cualquiera de los ministros de gobierno, siempre que lo estimen conveniente. Para el caso, se deberá seguir un trámite específico en dos fases, la primera de ellas es la sustentación de los motivos por los cuales se plantea que las consecuencias derivadas del fallo resultan lesivas en términos de sostenibilidad fiscal, así como el plan o propuesta para su aplicación. La segunda fase tiene que ver con la valoración que hace el juez en el sentido de determinar si procede la modificación, modulación o el diferir los efectos del fallo, atendiendo a la probada afectación de la sostenibilidad fiscal.⁶⁰

Define además como al analizar los fallos de tutela necesariamente han de comprobarse dos aspectos, el primero tiene que ver con la decisión en sí y como ésta goza del carácter de cosa juzgada, es decir, la decisión de amparar el derecho tiene un carácter de inmutabilidad por parte del juez.

⁶⁰ La Corte constitucional en sentencia C-288 de 2012 en relación con la estructura de las sentencias de tutela afirma que el fallo de amparo tiene dos componentes, el primero de ellos respecto a la decisión de amparar o reconocer el derecho que ha sido alegado o vulnerado y el segundo componente el referido a las disposiciones que procuran efectivizar su protección. En cuanto al principio de cosa juzgada recalca la Corte que tiene adecuación y correspondencia respecto de la primera parte, esto es, la decisión. En relación con las órdenes, entendidas como mecanismos de materialización del derecho amparado, estas cuentan con unas características especiales a analizar respecto del ámbito de cumplimiento.

El segundo aspecto tiene que ver con las órdenes impartidas para el cumplimiento de tal fin en donde habrán de considerarse que las existe de dos tipos: simple en tanto que su contenido comprende una sola decisión, está bajo la órbita de control del destinatario y se puede realizar en el corto tiempo y, un segundo tipo de orden las complejas cuando dicha orden no se encuentra dentro de la órbita de control exclusivo del destinatario conllevando a que su ejecución se de en un lapso más amplio, *“En estas situaciones el remedio adoptado suele enmarcarse dentro de una política pública del Estado y puede significar plazos, diseños de programas, apropiación de recursos, elaboración de estudios o demás actividades que no puedan realizarse en forma inmediata y escapan al control exclusivo de la persona destinataria de la orden original.”*

Frente a la inconveniencia de los efectos del incidente de impacto fiscal, esto es, modular, modificar o diferir los efectos de una decisión judicial, vale la pena destacar como ello podría contrariar el principio de la cosa juzgada, esto por cuanto permite que respecto de una decisión judicial que ya ha tenido una decisión de fondo – en última instancia- ésta sometida a una valoración posterior:

El principio de cosa juzgada se desconoce en el acto legislativo no. 3 de 2011 por cuanto se permite que las altas cortes, una vez ya proferido el fallo, deban resolver un incidente de impacto fiscal presentado por el Procurador General de la Nación o los Ministros del Gobierno, abriendo la posibilidad de modular, modificar o diferir los efectos de la decisión. (Barbosa, 2013, p.10).

Es importante señalar que si bien es cierto el incidente no atenta contra el reconocimiento que se ha hecho en la sentencia frente a un determinado derecho, no es menos cierto que la ejecución de todas las medidas contenidas en la providencia son igualmente importantes en aras de garantizar su protección, por cuanto lleva inmerso en sí el carácter de materialización.

4.5. Concepto de Progresividad

El concepto de progresividad tiene que ver con el deber del Estado de garantizar la protección de los derechos de los individuos y la atención de sus necesidades básicas (en el marco del Estado Social de Derecho) atendiendo a una dinámica de acción gradual y con una vocación de cobertura en el territorio. Tal propósito se consigue a partir del establecimiento de mecanismos jurídico-legales que conduzcan de manera eficiente a la generación de espacios de reconocimiento y materialización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, desde la óptica de la eficiencia y efectividad de la administración, sin que ello signifique poner en riesgo tanto su reconocimiento ni tampoco su materialización.⁶¹

Según la Convención Americana sobre los Derechos Humanos la progresividad tiene un carácter de obligatoriedad y estricto cumplimiento por parte de los estados que han suscrito el convenio, en su artículo 26 consagra:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

A juicio de la Corte Constitucional el componente esencial de la progresividad está enfocado en dos aspectos: el primero plantea la prohibición a toda autoridad pública de retroceder en el reconocimiento que ya se ha hecho de los derechos de contenido social, y de otra parte y en el evento en que se considere necesario dicho desconocimiento obligar a la administración a

⁶¹ Víctor Abramovich. Los Derechos sociales como derechos exigibles. “La noción de progresividad implique un segundo sentido, es decir, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. (...) las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto”. Pág. 93.

justificar la razón por la que se debe adoptar dicha determinación, de hecho a criterio de la Corte Constitucional de entrada se consideraría *inconstitucional*⁶²

El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. (C-228, 2011)

De igual forma la cobertura se asocia con la implementación tanto de mecanismos como de instrumentos que orientan el accionar del Estado hacia la consecución de los fines esenciales de la administración, procurando con ello beneficiar a toda la población a través del correcto ejercicio de sus derechos así como con la posibilidad de facilitar los bienes y servicios públicos, tales como educación, accesos a la justicia, seguridad, salud, entre otros.

El alcance del principio de progresividad se reduce, así entendido, al imperativo de aumentar el ámbito de protección de los derechos sociales, por lo que no puede servir de base para relevar al Estado de la obligación de adoptar medidas inmediatas para la protección del derecho, evitar que se impongan discriminaciones injustificadas para su goce efectivo, ni tampoco, como se explicará más adelante, negar el carácter interdependiente e indivisible de los derechos. (C 228, 2012).

En el entendido que el incidente de impacto fiscal faculta al Procurador General de la Nación y a los Ministros de Gobierno para solicitar a la respectiva instancia judicial de cierre diferir, modular o modificar la sentencia, deberán verificarse unas condiciones mínimas que garanticen la adecuación

⁶² Corte Constitucional. C-228 de 2011.

constitucional de las consideraciones planteadas en el incidente frente a los distintos criterios que derivan de la *progresividad*:

Del mismo modo, la Corte Constitucional resalta que el test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad: el principio de idoneidad, que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique; en segundo lugar, el presupuesto de la necesidad, con el cual se valora si, de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva; y el último paso del test, el de verificar la proporcionalidad en sentido estricto, que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales —como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia— cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social.

4.5.1. Prohibición de regresividad a los Estados en materia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Mientras que la progresividad bien puede entenderse como una obligación a cargo de los estados signatarios del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶³ encaminada a propiciar instrumentos y mecanismos que garanticen la protección y el desarrollo de éstos derechos; la regresividad por su cuenta constituye una prohibición de vulneración que contempla no solo la afectación por vía de acción sino así también de omisión, es decir:

La prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora progresiva. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de

⁶³ Adoptado en la Asamblea General de la Naciones Unidas mediante Resolución 2.200 el 16 de diciembre de 1966 y entro en vigor el 3 de enero de 1976.

protección de los derechos vigentes, o en su caso, de derogar los derechos ya existentes. (Abramovich, 2002, p. 95).

4.6. Implicaciones de la Sostenibilidad Fiscal

La Corte Constitucional al evaluar la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011, por el cual se establece el Principio de Sostenibilidad Fiscal, destacó en la sentencia C-288 de 2012 como éste deberá ser interpretado en armonía con los valores y principios de la Constitución, esta apreciación tiene su fundamento al advertir que su aplicación no puede ser un argumento para desconocer los fines sociales del modelo de Estado de aplicación en Colombia.

En efecto, la permanencia inalterada de la cláusula de ESDD y los fines esenciales del Estado implica, necesariamente, que la aplicación de la SF solo resultará constitucionalmente admisible en tanto guarde unidad de sentido y de propósitos con el núcleo dogmático con la Constitución. Esto significa que la SF conserva la identidad instrumental de las demás disposiciones que integran la Constitución Económica.

4.6.1. La Ley 1695 del 17 de diciembre de 2013 “Por medio de la cual se desarrolla el artículo 334 de la Constitución Política”

El Congreso de la República aprobó la ley que regula el incidente de impacto fiscal previsto en el artículo 334 de la Constitución, dicha ley además de desarrollar los aspectos referidos a la sostenibilidad fiscal – ya estudiados - define como objetivos adicionales el reglamentar, establecer y definir los aspectos de índole procesal que conllevan la adopción de esta institución jurídica.

Reivindica la potestad que tienen tanto el Procurador General de la Nación como los Ministros del Gobierno para presentar contra las decisiones proferidas por las altas corporaciones judiciales, la apertura del incidente de impacto fiscal cuyo trámite será obligatorio. El artículo 2º señala:

El incidente de impacto fiscal procederá respecto de todas las sentencias o autos que profieran con posterioridad a la misma, por las máximas corporaciones judiciales, cuando se altere la sostenibilidad fiscal, con independencia de la postura que haya adoptado dentro del proceso cualquier entidad u organismo de naturaleza pública, aun cuando haya participado del mismo.

La competencia para conocer y resolver de este incidente de acuerdo con el artículo 3º radica en la Sala Plena de la Corte Constitucional, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado o la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; esto en el entendido que las decisiones que son objeto de dicho control son las proferidas por las instancias judiciales de cierre. En dicho proceso adquieren la calidad de partes el solicitante del incidente de impacto fiscal, el Ministro de Hacienda y Crédito Público y los demandantes o demandados dentro del proceso que dio origen a la decisión judicial.

El estudio del Incidente de Impacto Fiscal - según el factor de competencia –, de conformidad con el artículo 6º se debe centrar en: *“1. Las posibles consecuencias de la providencia en la sostenibilidad de las finanzas públicas. 2. Las condiciones específicas que explican dichas consecuencias. 3. Los planes concretos para el cumplimiento de la sentencia o de los autos que se profieran con posterioridad a la misma, que aseguren los derechos reconocidos en ella, en un marco de sostenibilidad fiscal.”*

La Ley 1695 con el fin de evitar alteraciones en la sostenibilidad fiscal de los entes territoriales ha extendido la posibilidad de que las autoridades municipales y departamentales manifiesten la inconveniencia de dar aplicación a dichas sentencias, en razón al impacto que se generan en las finanzas públicas.

Aunque dicho concepto tampoco tiene un carácter vinculante, si permite evaluar las posibles afectaciones que pueden generarse a consecuencia de la providencia judicial.

4.6.2. Aplicación de la Sostenibilidad Fiscal

Con el propósito de validar objetivamente las incidencias que ha tenido la aplicabilidad de la sostenibilidad fiscal dentro del ordenamiento jurídico colombiano, a continuación se presentan ejemplos que tienen que ver con políticas públicas en cuya implementación se evidencia un análisis relacionado con el aspecto económico y fiscal.

a. Reforma al Sistema de Seguridad Social y Salud

El proyecto de reforma a la salud *“Por medio de la cual se redefine el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”*, enuncia que la salud es un derecho fundamental, hecho que se constituye en un posible avance en materia de su protección, esto teniendo en cuenta que en algunos casos tanto procedimientos como medicamentos eran suministrados únicamente por vía judicial, esto es, tutelas. A continuación el texto informe de conciliación de la Cámara de Representantes en relación con el proyecto de Ley Estatutaria de Reforma a la Salud:

Artículo 2°. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

El artículo 6 del proyecto de la Ley Estatutaria de reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud en su literal “i” enuncia: *“Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del*

derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.”

La reforma que actualmente se plantea al sistema de salud merece especial atención en la medida que comporta intereses de especial categoría, del orden constitucional, relacionados con la vida y la dignidad humana, razón por la cual ante las evidentes falencias normativas y relacionadas con la prestación del servicio (tratamientos y/o medicamentos) resultan ser resueltos o reconocidos por instancias judiciales, generalmente por vía de tutela.

b. Ley de atención a víctimas del conflicto armado en Colombia

La Ley 1448 de 2011 constituye un gran avance en la búsqueda de condiciones para el fin del conflicto así como para brindar asesoría, asistencia y reparación a las víctimas del conflicto armado en Colombia, sin embargo el criterio de aplicación de uno de sus postulados, la reparación, queda siempre supeditado a la verificación previa de la sostenibilidad fiscal, lo cual en últimas puede constituir un condicionamiento a la reparación a los daños y perjuicios causados:

Artículo 9. En el marco de la justicia transicional las autoridades judiciales y administrativas competentes deberán ajustar sus actuaciones al objetivo primordial de conseguir la reconciliación y la paz duradera y estable. Para estos efectos se deberá tener en cuenta la sostenibilidad fiscal (...)

Artículo 19. El desarrollo de las medidas a que se refiere la presente ley, deberá hacerse en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad, a efectos de garantizar su viabilidad y efectivo cumplimiento”

Si bien es cierto que la aplicación del principio de sostenibilidad fiscal por parte del Estado colombiano plantea la adopción de medidas y acciones de control fiscal encaminadas a generar un marco de estabilidad frente al Gasto Público, también resulta claro que su aplicación puede limitar el acceso por parte de las víctimas a una reparación integral y eficaz, comprometiendo así el objetivo fin de la norma cual es el conseguir la atención, asesoría y reparación.

c. Sentencia T-628 de 2012. Fallo de las Madres Comunitarias

La Corte Constitucional mediante sentencia T-628 de 2012 al fallar respecto de la protección y el reconocimiento de los derechos laborales de una madre comunitaria, ordenó al Estado colombiano establecer todas las acciones y mecanismos necesarios para garantizar que las madres comunitarias que prestan sus servicios al ICBF, cuenten con una remuneración salarial no inferior al salario mínimo y así mismo con todas las garantías laborales inherentes a su condición de empleadas para lo cual ordena al Estado:

Implementar de forma inmediata, INICIE, LIDERE y COORDINE un proceso interinstitucional y participativo de diseño y adopción de todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar que, de forma progresiva pero pronta, las madres comunitarias de tiempo completo del Programa de Hogares Comunitarios de Bienestar devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente para entonces. (T-628, 2012).

Dadas las implicaciones que en materia macroeconómica y fiscal plantea la adopción del fallo, la Corte Constitucional ha definido que su ejecución se desarrolle desde una perspectiva progresiva y no de cumplimiento inmediato, lo cual tiene explicación por un lado en el impacto que tiene para las finanzas del Estado el atender lo dispuesto en la sentencia y, de otra parte, en la posibilidad real de contar con los recursos, los cuales según los cálculos del Ministerio de Hacienda ascienden a los 700 mil millones de pesos, aspecto que necesariamente debe ser considerado en la Ley de Presupuesto.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en relación con las acciones que ha de implementar para llevar a cabo lo dispuesto en la sentencia ha indicado:

De conformidad con esta orden, se entiende que la obligación que establece la Corte Constitucional en la presente sentencia para el Estado Colombiano en relación a la regulación adecuada de los derechos de las madres comunitarias, para que “devenguen al menos el salario mínimo legal mensual vigente para entonces” no es una

obligación de cumplimiento inmediato, sino que como textualmente se señala, tiene una naturaleza progresiva, esto quiere decir que para el logro de dicho objetivo, se requiere primero de una coordinación entre las distintas instancias del Estado, de la asignación presupuestal necesaria para su cumplimiento y además de una adecuada regulación normativa que requiere del trámite legislativo correspondiente, competencia que pertenece exclusivamente al Congreso de la República. (ICBF, 2012).

Si bien es cierto que la Corte protegió y reconoció los derechos laborales de las madres comunitarias, es también cierto que aplicó un criterio de modulación de los efectos de la sentencia a fin de garantizar la disponibilidad de los recursos, acorde a los procedimientos establecidos en materia presupuestal, así como la organización y coordinación de las distintas entidades del Estado en procura de garantizar el cumplimiento de la providencia judicial.

De otra parte hay quienes ven en las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional una clara afectación a las garantías constitucionales por considerar que se antepone al reconocimiento del derecho sustancial, aspectos de carácter económico y fiscal:

Frente a la justa reclamación de las Madres Comunitarias, se profiere la decisión de marras para que su actividad laboral se formalice y puedan devengar un salario digno.

En respuesta a este fallo el gobierno, se dio a la tarea de morigerar (moderar) sus efectos, pues consideró que la decisión que reconoce el derecho fundamental a la dignidad humana y al trabajo digno, constituye un duro golpe para la sostenibilidad fiscal” (Arregocés, 2012).

Este fallo representa uno de los primeros referentes de aplicación de la sostenibilidad fiscal frente a una decisión proferida por una alta corte. Por primera vez se evalúan – a petición del ejecutivo – las diferentes implicaciones que se derivan del cumplimiento de una sentencia, así como la adopción de medidas de carácter progresivo, que sin desconocer el derecho protegido,

garantizan un cumplimiento efectivo del derecho sustancial desarrollando los criterios de rentabilidad y sostenibilidad de las finanzas públicas.

CONCLUSIONES

- La Constitución Política de 1991 establece los lineamientos superiores de la actividad del Estado, todos aquellos derechos y libertades en ella consagradas adquieren un carácter vinculante y por tanto, se traducen en un debito social a favor del individuo, en virtud del cual le corresponde al Estado el suministrar los medios y recursos para hacer efectiva su protección. Al evaluar el cumplimiento de los fines previstos en la Constitución de 1991, se evidencia que la relación entre el Estado y la economía no se da en un plano neutralidad. Es por esta razón que le acude al Estado la obligación de intervenir administrativa, legislativa y judicialmente, en procura de orientar el desarrollo económico de la Nación hacia los fines previstos en la Constitución, para lo cual el constituyente le ha asignado la dirección general de la economía.
- El Acto Legislativo 03 de 2011 establece la prohibición de desconocer los Derechos Fundamentales cuando se busque la aplicación del Principio de Sostenibilidad Fiscal. Sin embargo, al operar dicha salvedad únicamente respecto de esta categoría de derechos, puede considerarse que tácitamente se permite la restricción de los derechos característicos del Estado Social de Derecho, conocidos como sociales, culturales y económicos.

Si bien es cierto estos derechos no son considerados como fundamentales, lo es también el hecho que por diversos factores de conexidad representan un importante patrimonio para el ciudadano, dado que protegen y promueven importantes aspectos para el desarrollo integral del individuo, los cuales coadyuvan a generar condiciones propicias al ejercicio de los derechos fundamentales.

De otra parte, Luigi Ferrajoli en su obra “*fundamento de los derechos fundamentales*” al referirse a los derechos fundamentales plantea la necesidad de hacer una valoración de los mismos no solamente a partir del concepto formalista, es decir, en función de la mera enunciación que de ellos hace la norma, sino que también deben observarse los conceptos de *supranacionalidad igualdad jurídica*, como elementos necesarios a la hora de definir el concepto de derecho fundamental. Por tanto, al desconocer la protección efectiva de derechos como a la salud, la educación, a la propiedad entre otros, si se estarían desconociendo derechos del orden constitucional, que por vía de conexidad resultan ser fundamentales, y que además constituyen un importante patrimonio para el ciudadano en tanto que han sido adoptados por diversos tratados y acuerdos internacionales ratificados por el Estado colombiano y, porque además se traducen en la posibilidad de generar espacios de igualdad material entre los asociados.

- El Incidente de Impacto Fiscal representa una de las principales innovaciones en relación con éste principio, su principal objetivo es el de permitir que tanto el Ministerio de Hacienda como la Procuraduría General de la Nación, manifiesten abierta y claramente la inconveniencia de dar cumplimiento a las decisiones judiciales proferidas por las altas cortes, generalmente relacionadas con el reconocimiento tanto de derechos fundamentales como de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido el juez deberá considerar si la decisión adoptada está en concordancia con la sostenibilidad fiscal, aspecto que *per se* conlleva a afirmar que los efectos de su decisión no se construyen a partir de la evaluación constitucional del derecho invocado, sino que ahora tienen un componente de conveniencia fiscal.

Así las cosas, la valoración de los derechos que caracterizan el Estado Social de Derecho, se circunscribiría a criterios netamente económicos y presupuestales; y, ya no desde la perspectiva de la obligatoriedad y cumplimiento que plantea la Constitución Política; esto plantea un

incipiente retroceso frente a los importantes logros de la Constitución Política de 1991.

- La Regla de Control Fiscal ha sido considerada como una herramienta de especiales prestaciones para el gobierno nacional, dado que con su aplicación se promueve, además de la estabilización macroeconómica del país y de la implementación de políticas contracíclicas, también el cumplimiento de las metas fiscales, aplicadas fundamentalmente a controlar el gasto público, disminuir la deuda pública y adoptar una dinámica de gasto contracíclica. Igualmente posibilita que el poder Ejecutivo retome la iniciativa del gasto público en Colombia, siendo éste uno de los principales aspectos a controlar y evaluar en relación con la dinámica económica y fiscal.

No obstante y al margen de las políticas e instrumentos económicos que sean adoptados por el Estado colombiano en pro de la sostenibilidad macroeconómica y fiscal – necesarios por demás- , lo que en realidad permitirá evaluar su efectividad y conveniencia, será la forma en que éstos contribuyan a la garantía de los principios, derechos y libertades establecidos en la Constitución Política, sin obviar el cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abramovich, V. & Courtis. (2003). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. En Dialnet N° 12-13. Disponible en: <http://www.Dialnetplus.org.com>. Recuperado en Octubre 31 de 2013.

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Fateso S.A.

Gordillo, L. & Canedo, J. (2013). *La Constitución Económica de la Unión Europea*. En Dialnet Volumen 5, N° 1. Disponible en <http://www.Dialnetplus.org.com>. Recuperado en Octubre 31 de 2013.

Bauman, Z. (1978). *La política. Introducción a la Ciencia Política*. Bogota: Publicaciones de la ESAP.

Barbosa, F. (2013, Octubre 23). *La sostenibilidad fiscal: Desafío al Estado Social de Derecho*. Disponible en: <http://http://www.acj.org.co/actividad-academica-list>. Recuperado en Enero 22 de 2014.

Bobbio, N. (1994). *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

Bordali, A. S. (1998). Universidad Austral de Chile. *Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente*. Volumen 9, N° Especial. Disponible en: <http://www.mingaonline.uach.cl>. Recuperado en Enero 4 de 2014.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1249 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; Noviembre 28 de 2001).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Marzo 24 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-228 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; Marzo 30 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; Abril 6 de 2011).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-288 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Abril 18 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-504 de 2002 (M.P. Jaime Araujo Rentería; Julio 3 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-685 de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; Diciembre 5 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992. (MP. Jose Gregorio Hernandez Galindo; Junio 8 de 1992).

Caballero, C. (1996). *Gobernabilidad y Finanzas Públicas en Colombia*. Bogotá: DNP.

Calderón, F. (1995). *Gobernabilidad, Competitividad E Integración Social*. Bolivia: PNUD.

Caracol-radio. (2012, Abril 18). *Corte Constitucional avala al Gobierno para pedir la modulación de fallos de alto impacto económico*. Recuperado el 02 de 08 de 2013, desde: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/corte-constitucional-avala-al-gobierno-para-pedir-la-modulacion-de-fallos-de-alto-impacto-economico/20120418/nota/1672453.aspx>

Cárdenas, M. (2013, Julio 16). *El acordeón del presupuesto ya lo abrimos todo lo que da*. Recuperado el 16 de 07 de 2013, desde: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/el-acordeon-del-presupuesto-ya-abrimos-todo-da-minhacie-articulo-433948>

Clavijo, S. (2011, 04 de abril). *Estructura Fiscal de Colombia y Ajustes Requeridos*. Recuperado el 18 de 06 de 2013, desde: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/.../Anif-Fiscal0411.pdf>

Constitución Política de Colombia de 1991 (Colombia)

Dworkin, R. (1995). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel S.A.

Echeverri, A. (2002). *Teoría Constitucional y Ciencia Política*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.

Echeverri, J. C. (2011, 11 de Julio). *¿Por qué una regla fiscal?* Recuperado el 23 de Julio de 2013 desde: <http://http://www.portafolio.co/opinion/%C2%BF-que-una-regla-fiscal> .

Escola, H. (1984). *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma.

Faraco, G. J. (2000). *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Pontificia Bolivariana.

Fedesarrollo. (2010, 10 de Octubre). Economía y Política. *La Regla Fiscal*. Volumen X. Nº 64. Recuperado en Noviembre 6 de 2012, desde: <http://www.incp.org.co/site/info/archivos/fedesarrollo>.

Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.

Fraga, G. (1990). *Derecho Administrativo*. México: Editorial Porrúa S.A.

Gallón, G. (15 de 06 de 2011). *Sostenibilidad Fiscal o regresividad social?* Recuperado el 03 de 07 de 2013, de <http://www.elespectador.com//>.

Galvis, A. T. (1997). *Derecho Constitucional y Administrativo*. Bogotá: Ediciones Rosaristas-Editorial Dike.

García, M. J. (2001, Junio). Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. *La Ley de Wagner: Un análisis sintético*. Recuperado en Agosto 21 de 2013 , desde <http://www.dialnetplus.com>

- Haberle, P. (2003). *El Estado Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hidrón, J. (2004). *Panorama del derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Temis
- Hobbes, T. (n.d.). *El Leviatan*. Recuperado en Agosto 23 de 2013, desde: http://http://eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/sites/eltalondeaquiles.pucp.edu.pe/files/Hobbes_-_Leviatan.pdf
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces*. Madrid: Tecnos.
- Lasalle, F. (1999). *¿ Que es una Constitución ?* elaleph.com.
- Lewin, J. E. (2011, 13 de Enero). *Las nuevas entidades de Santos*. Recuperado el 21 de 06 de 2013, desde <http://www.lasillavacia.com/historia/las-nuevas-entidades-de-santos-21012>
- Ley1473 de 2011. Por medio de la cual se establece una regla fiscal y se dictan otras disposiciones. Julio 5 de 2011. DO. Nº.48.121.
- Locke, J. (n.d.). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Recuperado el 6 de mayo de 2013 de: <http://sociologia1unpsjb.files.wordpress.com/2008/03/locke-seleccion-segundo-tratado.pdf>.
- López, J. T. (2011). *Introducción a la Economía*. Madrid: Pirámide.
- Meléndez, J. (2012, Agosto 18). *No hay plata para tanta ley aprobada*. Recuperado el 18 de Agosto de 2012 de <http://www.eltiempo.com> .
- MinisteriodeHacienda y Crédito Público. (2013, 10 de junio). Recuperado el 22 de 06 de 2013, desde <http://www.minhacienda.gov.co/MinHacienda1/haciendapublica/presupuesto/faq/asgennpresup>
- Moreno, D. Y. (2012). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Legis.
- Mutra, E. L. (1997). *Teoría Fiscal* . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Neumark, F. (1954). *Problemas economicos y financieros del Estado Intervencionista*. Madrid.
- Ortega, A. (2012). *Hacienda Pública*. Bogotá: ECOE EDICIONES.
- Ortega, A. (Noviembre 02 de 2011). *No a Impuestos son representaciòn*. Recuperado en Julio 29 de 2013, desde: <http://alfonsoortega.com/blog/?p=500>
- Palacio, J. (2010). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Parejo, A. (1990). *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Pérez, J. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Temis.
- Peyrone, V. (2003). Dialnet Plus. *El desafío de ser Keynesiano en tiempo de vacas flacas. Condicionantes políticos derivados del comportamiento tributario y del ciclo económico*. Volúmen IX, Nº 14. Recuperado de: <http://dialnet.uniroja.es/servlet/articulo?codigo=2329021>

Prieto, L. (2010). *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Recuperado en Mayo 25 de 2013, desde: [http://http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)

Proyecto de Ley Estatutaria 267 (2013). Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones. Junio 19 de 2013.DO. 209.

Restrepo, J. C. (2012). *Hacienda Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Robledo, P. (2010. 12 de Mayo). Universidad Externado de Colombia. Recuperado el 19 de 06 de 2013, desde: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derestarticleview442421.pdf>

Rodríguez, C. (2010). *La Decisión Judicial El Debate Hart Dworking*. Bogota: Siglo del Hombre Editores.

Rosen, H. (2002). *Hacienda Pública*. Madrid-España: Mc Graw Hill.

Rousseau, J. J. (1999). *El Contrato Social*. Recuperado en Julio 10 de 2013 desde: <http://www.elaleph.com>.

Salamanca, A. (1998). *Constitución Económica y Protección del Medio Ambiente*. Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Edición Especial. Volúmen IX. Página 44-45.

Steiner, R. (2011, 10 de Mayo). *Regla fiscal y el Principio de Sostenibilidad Fiscal en Colombia*. Recuperado el 6 de Noviembre de 2012, desde: <http://focoeconomico.org/2011/05/10/regla-fiscal-y-el-principio-de-sostenibilidad-fiscal-en-colombia-2/>

Suescún, R. A. P. (2011, 08 de Mayo). Debates de Coyuntura Económica y Social. *La Sostenibilidad Fiscal como Principio Constitucional*. Revista N° 86. Recuperado el 07 de 08 de 2013, desde: <http://www.fedesarrollo.org.co/wp-content/uploads/2011/.../Debate-No.-86.pdf>

Sunstein, E. H.-C. (2011). *El costo de los derechos*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

Uprimny, R. (2007). *Corte Constitucional y la Emancipación Social en Colombia*. Recuperado en Julio 28 de 2013, desde: <http://derechoycambiosocial.pbworks.com/.../VillegasUprimny2-Version%2Bc>

Vinueza, A. (2012). *Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho*. Revista Criterio Jurídico. N° 1. Volumen 12. Página 80-126.