

## **El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos**

**Armando Novoa García**

Cambio y continuidad en los propósitos de gobierno: de la seguridad democrática a la sostenibilidad fiscal

A pocos días de su culminación, el gobierno saliente del presidente Álvaro Uribe Vélez anunció la presentación al Congreso de varias iniciativas relacionadas con las finanzas públicas. Entre los temas que se mencionaron se encontraba la adopción de la llamada “regla fiscal”, una reforma al régimen de regalías y una enmienda constitucional para incluir en la carta fundamental el “derecho a la estabilidad Macroeconómica”<sup>1</sup>. Esta última se concretó en un Artículo de Acto Legislativo que, sorpresivamente, se presentó ante el nuevo Congreso de la República.

¿Celebrar los veinte años de la Constitución de 1991 anulando su cláusula social?

El nuevo gobierno no solo adoptó las propuestas de la “regla fiscal” y las regalías, sino que también hizo suyo el Artículo de reforma constitucional “[...] Por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho”<sup>2</sup>. Por su alcance y contenido, este proyecto puede conducir a cambios significativos en el concepto del Estado Social de Derecho contenido en la

Constitución de 1991 y alterar el sistema de protección de los derechos económicos y sociales por los jueces.

El origen de la iniciativa se encuentra en una las recomendaciones del Grupo Asesor de Expertos, convocado a instancias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que planteó lo siguiente:

[...] En la Constitución de 1991 no se estableció, de manera explícita, la necesidad de mantener un equilibrio entre el deseo de garantizar los derechos ciudadanos y la capacidad del Estado de financiar los gastos asociados con su consecución. Así, el ejercicio de priorización explícito que debe darse en toda discusión pública sobre los derechos que el Estado debe garantizar a su población y el nivel de gasto asociado, no se da. Al no haber restricción financiera aparente, no es necesario priorizar.

[...] Al no tener un mandato constitucional explícito de velar por el equilibrio fiscal y macroeconómico, la Corte Constitucional se ve obligada a hacer cumplir la Constitución sin perjuicio de que exista una restricción presupuestal, con las consecuencias que ya todos conocemos. Han pasado casi veinte años desde que nuestros compatriotas deliberaban en la Asamblea Constituyente. Para celebrar este aniversario deberíamos complementar las múltiples cosas buenas que trajo la Constitución de 1991 con una reforma constitucional que consigne como un bien público superior vivir en un país con estabilidad macroeconómica y con un Estado fiscalmente solvente. Sólo de esta manera se garantiza la viabilidad del Estado Social de Derecho.

Se trata pues de una iniciativa que hace parte de un conjunto de propuestas orientadas a modificar los

---

<sup>1</sup>“La regla fiscal para Colombia”, documento del 7 de julio de 2010.

<sup>2</sup>Proyecto de Acto Legislativo No. 016 de 2010, Cámara de Representantes, Gacetas del Congreso Nos. 451, 723, 734, 758, de 2010.

principios fiscales contenidos en la Constitución y las leyes vigentes, en un contexto de persistencia del déficit en las finanzas públicas, que ahora se pretende resolver a través de medidas como las mencionadas.

## Un debate global: el déficit fiscal y el Estado Social

Cómo prevenir o resolver las situaciones de déficit fiscal, es un tema que se examina por los gobiernos y organismos multilaterales en medio de la crisis financiera global. Este es el debate que existe actualmente en varios países europeos. Algunos recomiendan medidas de choque como la reducción del gasto en el empleo público, en las pensiones y en algunos subsidios, es decir, de los recursos que se destinan a los derechos económicos y sociales. Esto es lo que ocurre en países como Alemania, Francia, España y Grecia, entre otros<sup>3</sup>. En todos ellos, lo que está en cuestión es el Estado Social.

El presidente francés, Nicolás Sarkozy, señaló a propósito de la grave crisis fiscal europea: “[...] La sostenibilidad fiscal no debe ser compromiso de un gobierno, sino de una nación. Por tanto, requiere la aplicación de una reforma constitucional”. Y, en Alemania se promovió y logró la aprobación de una reforma constitucional que modificó las relaciones financieras entre el Estado federal y los Länder (unidades territoriales que conforman la federación), orientada a la reducción del déficit fiscal. Las movilizaciones de sindicatos, jóvenes universitarios y empleados que han ocurrido en el viejo continente, en el segundo semestre del 2010 están llamando la atención sobre cómo y en qué proporción se distribuyen los costos del ajuste y las cargas de los recortes sociales.

Aunque la situación de los países de América Latina es un tanto diferente, el tema de la sostenibilidad fiscal no es extraño en la agenda de sus gobiernos. No se trata de una iniciativa original, ni tampoco puede restársele importancia<sup>4</sup>, pues responde a uno de los aspectos cruciales de las democracias contemporáneas sumidas en una situación de desbalance global que parece ingobernable. Las reformas fiscales e institucionales que se promueven tienen este signo.

## Antecedentes de la sostenibilidad fiscal en la Constitución: la reforma del Artículo 48 y las pensiones

El concepto de sostenibilidad fiscal se incorporó por primera vez en la Constitución, mediante la reforma contenida en el Acto Legislativo No. 01 de 2005, que modificó el Régimen de la Seguridad en Pensiones (Art. 48). Según esta reforma, las leyes que se expidan en materia pensional “[...] deben asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas”. A partir de allí se suprimieron todos los regímenes especiales y exceptuados, salvo los que se aplican al Presidente de la República y a la Fuerza Pública. Con anterioridad, en el Acto Legislativo No. 01 de 2001 (Art.356), aunque no incorporó explícitamente la idea, se utilizó para limitar el traslado de recursos de la nación a los entes territoriales. En uno y otro caso, el concepto se asoció la reducción en el acceso a recursos públicos o con la pérdida de derechos específicos.

Ahora, se acude a esta expresión, pero ya no para modular el impacto sobre las finanzas públicas de algunos derechos en particular, sino como “un bien público superior” y un principio que irradia todo el ordenamiento constitucional.

---

<sup>3</sup>Alesina, A. y Giavazzi, F. (2009). El Futuro de Europa. Reforma o declive. Barcelona: Antonio Bosch.

<sup>4</sup>“Los límites de las buenas intenciones”. El Espectador, pp. 28 y 29. Gaviria, A., noviembre 14 de 2010.

## El contenido

La enmienda que propone la modificación de tres de los más importantes artículos del régimen económico y de la hacienda pública establecidos en la Carta fundamental, ha sido presentada como un desarrollo específico del Estado Social de Derecho.

Cuadro comparativo de los textos vigentes en la Constitución Política, y propuesto en el Proyecto de Acto Legislativo

Texto constitución	Texto proyecto del gobierno
<p>Artículo 334. 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 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.</p>	<p>Artículo 334. 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 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.</p>
<p>El Estado, de manera especial, intervendrá 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. También para promover la productividad y la competitividad y el desarrollo armónico de las regiones.</p>	<p>El Estado, de manera especial, intervendrá para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar, de manera progresiva, que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos. También para promover la productividad y competitividad y el desarrollo armónico de las regiones. La sostenibilidad fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por lo tanto, es un derecho de todos y es deber de todas las ramas y órganos del poder público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva. El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en esta Constitución, deberá hacerlo en tal forma que asegure la sostenibilidad fiscal con el fin de darles, en conjunto, continuidad y progresividad.</p>
<p>Artículo 339. 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. El plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución.</p>	<p>Artículo 346. El gobierno formulará anualmente el presupuesto de rentas y ley de apropiaciones, que será presentado al Congreso dentro de los primeros diez días de cada legislatura. El presupuesto de rentas y ley de apropiaciones deberá elaborarse, presentarse y aprobarse dentro de un marco de sostenibilidad fiscal y corresponder al Plan Nacional de Desarrollo.</p>

Los artículos que se pretende modificar son los siguientes: el Artículo 334 sobre la intervención del Estado en la economía; el Artículo 339, que establece la existencia del Plan Nacional de Desarrollo, y el Artículo 346 relativo al presupuesto de rentas y a la Ley de Apropiaciones. Los principios de intervención del Estado en la economía, el Plan de Desarrollo y la Ley de Presupuesto son aspectos

centrales de la arquitectura constitucional de 1991, pues a través de este tipo de herramientas, contenidas en la parte orgánica de la Constitución, se debe hacer realidad el mandato del Estado Social de Derecho.

En cuanto al Artículo 334, esto es, los principios y características de la intervención del Estado en la actividad económica, el proyecto señala que el propósito de lograr el funcionamiento racional de la economía, el mejoramiento en la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, debe adelantarse bajo un nuevo “[...] marco de sostenibilidad fiscal”, que se erige ahora como una regla “[...] indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho”.

Se establece también que la “sostenibilidad fiscal” es un “derecho de todos” y una obligación vinculante para las ramas y órganos del poder público que tendrán el deber de colaborar, dentro de sus competencias, para hacerla efectiva. Además, la intervención del Estado debe asegurar “de manera progresiva” el acceso al “conjunto” de los bienes y servicios básicos. Para el efecto, impone al Congreso el deber de observar este principio al momento de establecer “el alcance concreto de los derechos económicos y sociales” consagrados en la Constitución, asegurando su “continuidad y progresividad”.

En lo que se refiere al Plan Nacional de Desarrollo que menciona el Artículo 339, el proyecto nuevamente utiliza el concepto para establecer que el plan de inversiones públicas, donde están contenidos los presupuestos plurianuales de los diferentes programas de inversión pública nacional y la especificación de los recursos financieros con que se cuenta, deben adoptarse dentro de “un marco que garantice la sostenibilidad fiscal”.

Finalmente, adiciona el Artículo 346, en cuanto establece que las leyes de presupuesto y de apropiaciones deben elaborarse, presentarse y aprobarse observando el mismo principio.

Las razones de la iniciativa y la reconfiguración de la Constitución económica

El proyecto señala que el principio de sostenibilidad fiscal es indispensable para el desarrollo del Estado Social de Derecho y un derecho “[...] que contribuye a proteger todos los demás derechos”. Su importancia se hace derivar de la circunstancia que ante una capacidad limitada para recaudar ingresos por el Estado y acceder a fuentes de financiamiento, la política de gasto debe tomar en cuenta esas Restricciones.

Aunque el texto no presenta una definición concreta, la sostenibilidad fiscal se entiende como una situación en la cual se asegura que el gasto presente no erosione la capacidad de seguir gastando en el futuro, ni pone en riesgo los derechos sociales y los demás objetivos del Estado. Para el gobierno, un incremento significativo en el gasto público puede conducir al aumento en las tasas de interés, y, por esa vía, a depreciar la moneda, a la desinversión, y a ajustes macroeconómicos indeseables. Por tanto, si no existe una previsión constitucional de tal naturaleza se puede afectar a la población más pobre y vulnerable y generar una carga onerosa e inequitativa para las generaciones futuras.

Como se observa, la alusión al concepto de “sostenibilidad fiscal”, es recurrente y, de adoptarse, conduciría a una modificación, no sólo de las tres normas que expresamente menciona, sino que tendría un impacto sobre otros apartes constitucionales como los principios fundamentales, los fines esenciales del Estado, la carta de derechos, la acción de tutela y otros mecanismos de protección de los derechos,

la facultad protectora de los derechos fundamentales en cabeza de los jueces, las competencias de la Corte Constitucional, el gasto público social, el derecho de acceso a la justicia y los principios de elaboración del presupuesto, entre otros aspectos. Sin duda, un cambio significativo a la Constitución económica, entendida como el conjunto de principios, reglas y normas que orientan el régimen económico<sup>5</sup>.

Ahora bien, además de las consideraciones generales y la apelación a argumentos con las cuales muy difícilmente se podría estar en desacuerdo, como que “[...] la materialización del Estado Social de Derecho requiere también de una economía promovida por un dinamismo sostenible” o “las limitaciones fiscales [...] hacen necesario que el Estado diseñe unas políticas públicas que permitan un avance sostenido en el cumplimiento de los derechos sociales”, en la sustentación del proyecto se mencionan al paso algunos aspectos que son las verdaderas razones de la reforma.

Entre ellas, el incremento del gasto público en relación con el tamaño de la economía (déficit fiscal), la ampliación de la protección judicial a los derechos sociales y la necesidad que al momento de determinar su alcance el Congreso legisle en armonía con las políticas públicas que atiendan en forma progresiva su disfrute, teniendo en cuenta las contingencias de la economía. Sobre todos estos aspectos se avanza muy poco en la propuesta que se circunscribe a establecer un límite presupuestal a la protección de los derechos económicos y sociales, pero no a otras esferas como la defensa o el aumento de la deuda pública, que son fuentes recurrentes del desequilibrio financiero.

El nuevo equilibrio de poderes y la restricción a la “justiciabilidad” de los derechos sociales

Un examen más detallado de sus antecedentes lleva a concluir que el verdadero destinatario de la reforma no es el Congreso, o el propio Ejecutivo, que en algunas ocasiones ha promovido reformas a la Constitución sin los recursos para su efectividad, sino los jueces y, en particular, la Corte Constitucional cuando actúa en defensa de los derechos prestacionales.

En varias intervenciones, el Presidente de la República se ha dolido del activismo judicial de esa corporación y de los alcances de la “justiciabilidad” de los derechos sociales. Para el presidente Santos, decisiones judiciales que se dirigen a resolver problemas estructurales como los relativos a la situación de los desplazados y el derecho a la salud y, en la década anterior, la financiación de la vivienda a través del sistema upac y el aumento de salarios en el sector público, además de haber generado gastos exponenciales hasta el punto de generar graves riesgos para la economía, han afectado las competencias del Ejecutivo y del Congreso. Por tanto, sostiene el primer mandatario, “[...] es hora de recuperar esos equilibrios entre las ramas del poder mediante acciones que no pueden ser esquivas a mandatos de responsabilidad fiscal y económica que comprometen a todos los órganos y poderes del Estado”<sup>6</sup>.

La iniciativa plantea varios debates que ya suman una década. A finales de los años noventa, y ante varias decisiones de la Corte Constitucional con impacto económico, se planteó como problema la protección judicial de los derechos económicos, sociales, culturales por extensión con los derechos fundamentales. Según esta visión, los jueces han asumido funciones que, además de desplazar las

---

5Aragón Reyes, M. (1993). “Constitución y modelo económico”. En: Simposio Internacional sobre derecho del Estado. Universidad Externado de Colombia, tomo ii.

6 Sala de Prensa, “Discursos”. Intervención en el vi Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. Los mismos argumentos se repitieron al instalar la Mesa de Justicia el día 13 de septiembre de 2010.

competencias constitucionales del Congreso o de la administración pública, han impuesto cargas excesivas en el gasto público que no se pueden cumplir dadas las restricciones Presupuestales<sup>7</sup>.

Se acuñaron distintas fórmulas para limitar las funciones del juez constitucional. Entre ellas, que la Corte Constitucional respete los “procesos democráticos” que asignan al Congreso la función presupuestal; que se extienda el “control previo” de constitucionalidad a las leyes de carácter económico<sup>8</sup>, o que se integren cortes especiales en asuntos económicos, como el tributario y las quiebras<sup>9</sup>.

En la Administración Uribe, se propuso que mediante la tutela los jueces no debían imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento, o que implicaran alterar las leyes, el Plan de Desarrollo o el Presupuesto Nacional. Además, se planteó que cuando la Corte en los procesos de tutela expidiera órdenes, debía verificar previamente la existencia de recursos materiales y la posibilidad jurídica de su cumplimiento<sup>10</sup>. Más adelante, en el año 2004, se señaló, una vez más, que “[...] cuando la tutela implique la extensión de las obligaciones a supuestos no previstos por las disposiciones legales pertinentes, la respectiva sentencia se deberá modular de forma tal que permita obtener la fuente de financiación para su cumplimiento”<sup>11</sup>.

Existe pues, una ya larga historia de propuestas de reformas constitucionales, todas fallidas, orientadas a restringir las competencias de la Corte Constitucional para la protección de los derechos fundamentales en general y, en particular, los derechos económicos y sociales.

La sostenibilidad fiscal es una reforma a la justicia

Pero, a diferencia de lo que ocurre con el proyecto de sostenibilidad fiscal, todas las iniciativas anteriores se presentaron como lo que eran, es decir, como proyectos de reforma constitucional a la justicia. En ningún caso se planteó limitar la actividad judicial en la protección de los derechos, acudiendo a la creación de nuevos principios o de supuestos derechos a favor de “todos”, como la “estabilidad macroeconómica” o la “sostenibilidad fiscal”. Por el contrario, en la reciente reforma a la justicia que se propuso, no se mencionó el asunto y sólo se circunscribió a otros aspectos que, sin ser menores, no guardan la proporción de lo que se pretende en el acto legislativo.

Vistas así las cosas, la propuesta de crear un nuevo principio-derecho constitucional, el de la sostenibilidad fiscal, pretende, en realidad, restringir la protección judicial de los derechos económicos y sociales por la Corte Constitucional, y, en particular, de aquellas sentencias que se refieren a problemas estructurales como el hacinamiento en las cárceles, el desplazamiento forzado o la deficiente e inequitativa prestación de los servicios de salud.

Las sentencias estructurales de la Corte Constitucional como explicación de la reforma de sostenibilidad fiscal

---

7 Kalmanovitz, S. (2000). “Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional”. En: La Corte Constitucional y la economía, debate sobre el upac. Cuadernos Constitucionales No. 3, Centro de Estudios Constitucionales, plural, agosto de 2000.

8 Clavijo, S. (2001). Fallos y fallas de la Corte Constitucional. Bogotá: Alfaomega.

9 Alesina, A. (2001). Reformas institucionales en Colombia. Bogotá: Alfaomega-fedesarrollo.

10 “Proyecto de Reforma a la Constitución Política. Administración de justicia”, octubre 7 de 2002, (versión mimeo).

11 Proyecto de Acto Legislativo, “Por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia”, 2004, (versión mimeo).

Conviene examinar brevemente el contenido y las circunstancias de algunas de las decisiones de la Corte Constitucional para establecer si las críticas a su función protectora de los derechos fundamentales son razonables y hasta qué punto esa corporación ha interferido en las competencias de las otras ramas del poder público, o si no ha tenido en cuenta la realidad de las finanzas públicas.

En un estudio del año 2004, que examinó las decisiones de la Corte Constitucional con incidencias económicas de alguna significación, se estableció una división de su jurisprudencia en tres períodos<sup>12</sup>. Allí se identifica que a partir del año 2001 y hacia adelante, se tomaron algunas decisiones con un impacto económico importante. En primer lugar, la relativa a los incrementos de los salarios en el sector público (C-1433/00). Luego, varias sentencias sobre el sistema de financiación de vivienda upac que declaró inconstitucional todo el sistema existente (C-122/99, C-136 /99, C-383/99, C-747/99). Estas decisiones se adoptaron, como lo recuerda Pérez Salazar, en un momento de crisis económica que se tradujo en una situación de empobrecimiento general y de forcejeo sobre la manera en que debían ser repartidos los costos del ajuste.

Y existe un nuevo momento. El de sentencias que deciden “litigios estructurales” o “casos estructurales”<sup>13</sup>. En este período se ubican dos de los fallos más importantes de la Corte en lo que se refiere a la protección de los derechos económicos y sociales. El primero, la Sentencia de tutela T-025 de 2004 sobre la protección a la población en situación de desplazamiento forzado y, el segundo, la Sentencia T-760 de 2008, sobre la protección al derecho a la salud y las políticas públicas para su atención.

Sin entrar en detalle al examinar las decisiones, estas tienen unas características comunes:

En primer lugar, involucra un significativo número de personas que alegan la violación de sus derechos fundamentales. En la Sentencia T-025 se acumularon 118 expedientes que involucraron el mismo número de peticionarios y de 1.150 núcleos familiares de la población desplazada “con un promedio de cuatro personas por núcleo, y compuestas principalmente por mujeres cabezas de familia, personas de la tercera edad y menores, así como algunos indígenas”<sup>14</sup>. En el caso de la Sentencia T-760 de 2008, se menciona como antecedente la presentación de 328.191 acciones en el período comprendido entre los años 1999 y 2005 y las violaciones recurrentes al derecho a la salud en situaciones similares que, a juicio, de la Corte configuró un “patrón de violación de los derechos”.

En segundo lugar, resultan comprometidas varias entidades estatales como demandadas por las fallas recurrentes de las políticas públicas, se registra la inacción de los entes responsables y la existencia de vacíos en la regulación de los servicios que garantizan el derecho a la salud. En el caso de la Sentencia T-025, se constató la omisión reiterada de las autoridades para brindar una atención oportuna y efectiva a los afectados, que responde a “[...] un problema estructural que afecta a toda la política de atención diseñada por el Estado”. En esta última situación, la Corte acudió a la figura del “[...] estado de cosas inconstitucional” para señalar la dimensión social del problema “[...] cuya solución compromete la intervención de varias entidades”. En tercer lugar, el cumplimiento de las decisiones de la Corte, vincula a varias autoridades con responsabilidades en la protección de los derechos en cuestión. Para

---

12Pérez Salazar, M. (2007). “Economía y fallos constitucionales. La experiencia colombiana durante la vigencia de la Carta Política de 1991”. En: Teoría constitucional y políticas públicas. Bases críticas para una discusión. Universidad Externado de Colombia.

13Rodríguez Garavito, C., y Rodríguez Franco, D. (2010). Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. DeJusticia.

14 Sentencia T-025 de 2004, magistrado ponente, Manuel José Cepeda.

el caso de la población desplazada, dio órdenes al Consejo Nacional de Atención Integral a la población desplazada, en el cual tienen presencia ministros, jefes de departamento administrativo y representantes de las entidades territoriales (Ley 387 de 1997) para que diseñara políticas que permitan superar la insuficiencia de recursos y las debilidades institucionales para hacerle frente a la situación.

Además, la Corte introdujo nuevos elementos de control y seguimiento para asegurar el cumplimiento de sus decisiones, dados los antecedentes de recurrentes incumplimientos de las autoridades correspondientes y estableció mecanismos puntuales para asegurar el “goce efectivo de derechos”.

En estas sentencias, se constató la violación masiva de un conjunto de derechos fundamentales y la ausencia de políticas públicas, siquiera mínimas, para hacerle frente a tales situaciones. Se trata entonces de acciones judiciales que, provocadas por un cúmulo de violaciones masivas y sistemáticas a los derechos sociales, se dirigen a materializar la fuerza normativa de los mandatos constitucionales y la eficacia jurídica de la carta de derechos.

### Responsabilidades públicas y derechos

Como se dijo atrás, parece razonable y hasta necesario que todas las autoridades públicas concurren en la obligación de asegurar la estabilidad macroeconómica y en hacer sostenible las cargas sociales del Estado. También es pertinente que los jueces tengan en cuenta, hasta cierto punto, el impacto fiscal de sus decisiones<sup>15</sup>.

Sin embargo, como se desprende de las decisiones mencionadas, la Corte Constitucional intervino en cada uno de los asuntos que llegaron a su conocimiento, en situaciones en las que las autoridades con competencia para atender los problemas estructurales planteados, mantuvieron una recurrente pasividad que derivó en situaciones de verdadera emergencia. Esta característica no se circunscribe a los casos mencionados sino que abarca otros segmentos importantes del desarrollo constitucional y de las políticas públicas. Entre ellos, cabe mencionar el caso de la descentralización<sup>16</sup> o los “exhortos” que llaman la atención del Congreso y el Ejecutivo para la reglamentación legal de los derechos o para la adopción de políticas públicas.

En segundo lugar, tampoco resulta ajustado a la realidad señalar que las decisiones de la Corte Constitucional se han tomado al margen de las restricciones presupuestales o sin tener en cuenta la importancia de la estabilidad macroeconómica.

Ya desde 1992, la Corte ha señalado la necesidad de ponderar las situaciones de limitación de los recursos públicos con la protección de los derechos:

[...] 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 razonable, que tengan en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos, y por el otro, los propósitos de igualdad y justicia social que señala

---

<sup>15</sup>Es interesante la observación de Rodrigo Uprimny en el sentido de que en un régimen que reconoce derechos a las personas, el juez tenga cierta insensibilidad por las consecuencias financieras o políticas de sus decisiones pues de otra forma estaría a merced de la opinión pública y la justicia perdería independencia. “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”. En: ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Editorial Norma, Vitral, 2006.

<sup>16</sup>Sierra Cadena, G. El Juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia. Universidad del Rosario.

la Constitución<sup>17</sup>.

Menos aún, las decisiones de la Corte se caracterizan por impartir órdenes de imposible cumplimiento o desconociendo las facultades del Ejecutivo o del Congreso, pues cuando ha decidido sobre la protección de derechos en sus sentencias estructurales, tiene en cuenta no sólo sus limitaciones competenciales, sino también el marco normativo en que deben aplicarse:

[...] ¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo? A esta pregunta se responde afirmativamente y se imparten las órdenes necesarias para que se superen las fallas de regulación detectadas. Dichas órdenes se enmarcan dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, debido a que dicha decisión compete al legislador. Las órdenes se impartirán a los órganos legalmente competentes para adoptar las determinaciones que podrían superar las fallas de la regulación que se han traducido en una desprotección del derecho a la salud evidente en las acciones de tutela que se han presentado cada vez con mayor frecuencia desde hace varios años<sup>18</sup>.

Así lo registran también los pocos estudios que seriamente han evaluado el impacto económico de los fallos de la Corte en los que se concluye que, en la gran mayoría de los casos, cuando se dispuso la ejecución para proteger derechos, los rubros ya estaban previstos y solo en una minoría se ordenaron prestaciones que no contaban con un respaldo presupuestal<sup>19</sup>.

Pero, más allá de los cuestionamientos sobre la supuesta extralimitación de funciones de la Corte Constitucional, existe también otro debate en curso que corresponde a una idea “policéntrica” y “multisectorial” del poder del Estado en la democracia. Se trata de un nuevo concepto de “gobernanza”, determinado ahora por la creación de tribunales constitucionales, el surgimiento de justiciabilidad de los derechos económicos y sociales, y la incapacidad de los gobiernos para dar respuesta a las demandas de la población en la realización de los derechos sociales que explican también el activismo judicial. Los remedios a esa situación son complejos pues implican la adopción de medidas que no se circunscriben al ámbito de la justicia sino que se deben orientar a cambios más integrales en la “sala de máquinas” (Gargarella) del Estado, es decir, en la administración pública y a los órganos representativos. En tales condiciones de “vacío de poder”, y de ausencia de mecanismos de participación social eficaces, el recurso a la justicia se convierte en el único mecanismo a disposición de ciertos sectores sociales para lograr el reconocimiento institucional de sus derechos<sup>20</sup>.

Sostenibilidad fiscal, pluralismo y principio de progresividad  
Tres reparos más a la propuesta de la sostenibilidad fiscal.

El primero, relativo a la alteración del modelo económico de la Constitución. En la Asamblea Constituyente se adoptó un modelo de Constitución abierta a distintas opciones de política económica.

---

17Sentencia C-406 de 1992, citada por Pérez Salazar, op. cit.

18Sentencia T-760 de 2008.

19 Guzmán Duque, F. Órdenes de tutela: separación de poderes, costos económicos.

20 Lovera Pardo, D. (2010). “Políticas públicas y derechos sociales. En busca de un lugar adecuado para las cortes”. En: Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina. Compiladores; Pilar Arcidiácono, César Rodríguez y otros. Siglo del Hombre

La Constitución permite la privatización de los servicios públicos, pero también su prestación por entes estatales. Consagra la propiedad privada y de las asociaciones de gestión comunitaria. Establece la prioridad en las políticas contra la inflación, pero no al margen de la política de pleno empleo. Y, en todo caso, deben observarse las garantías de los derechos fundamentales y la dignidad humana.

Pues bien, el proyecto, que carece de una definición precisa de la sostenibilidad fiscal, parece asociar este concepto al de equilibrio presupuestal, como categoría constitucional, pues lo identifica como una condición necesaria para evitar el aumento excesivo en el gasto público y como un techo para fijar topes al gasto público social (Art. 350).

Sobre este aspecto, Juan Camilo Restrepo, ex ministro de Hacienda, observa con la autoridad de ese cargo, lo siguiente: “[...] de conformidad con las corrientes en boga, la Constitución de 1991, a diferencia de los enunciados constitucionales anteriores, toma cierta distancia con el principio de equilibrio presupuestal de carácter contable aritmético [...]”.

La primera distancia que adoptó la Constitución de 1991 es, naturalmente, la que implica el nuevo Artículo 347 que permite la presentación de presupuestos desequilibrados a consideración de las cámaras. Igual mención merece el Artículo 364 de la Carta: “El endeudamiento interno y externo de la nación y de las entidades territoriales no podrá exceder su capacidad de pago [...]”.

Nótese que a diferencia del postulado de la Hacienda Pública clásica que desaconsejaba el endeudamiento del Estado, este artículo lo acepta como un mecanismo normal de financiamiento público y presupuestal. Solamente que lo somete a no exceder el concepto de capacidad de pago cuyos detalles habrán de fijarse por ley [...] <sup>21</sup>. Entendida así, la reforma podría proscribir la adopción de políticas que, en determinadas circunstancias, apelan al déficit fiscal como un instrumento más de política económica gubernamental. Se instalaría una sola doctrina de gobierno de la economía, afectando el pluralismo y el carácter abierto de la propia Constitución.

El segundo, es la utilidad misma de la reforma pues si, como lo señalan los defensores de la iniciativa en el Congreso, ella se dirige específicamente a reforzar los principios de la función administrativa (Art. 209 de la Constitución), entonces bastaría con reformar esa disposición y no las reglas sobre el Plan de Desarrollo, la intervención económica del Estado o el Presupuesto General. Además, existe la Ley 819 de 2003 (Ley de Responsabilidad Fiscal) que tiene categoría de Ley Orgánica y que obliga con sus principios al Congreso.

En tercer lugar, y en relación con el principio de progresividad para “[...] el alcance concreto de los derechos sociales y económicos”, la Comisión Interamericana al ocuparse de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, afirma la existencia de un principio de indivisibilidad entre los derechos políticos y civiles y los derechos económicos, sociales y culturales, y el principio de progresividad contenido en el Artículo 26 de ese instrumento, según el cual le corresponde a los gobiernos la obligación de disponer de todos los recursos a su alcance para lograr la plena satisfacción de derechos derivados de normas económicas, sociales y sobre educación, contenidas en la Carta de la OEA. Existen pues, normas sobre la progresividad de los derechos sociales, que forman parte del bloque de constitucionalidad (Art. 93), que establecen el mismo principio que se pretende incorporar. Se trata, en este aspecto, de una reforma redundante, pues ese concepto ya hace parte del ordenamiento

---

21 Restrepo, J. C. (2007). Derecho presupuestal colombiano. Bogotá: Legis.

jurídico interno.

## Conclusiones

1. La propuesta de reforma constitucional que adopta la sostenibilidad fiscal es, en realidad, una reforma constitucional a la justicia y al sistema de protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. De aprobarse, afectaría la arquitectura constitucional y los principios fundamentales del Estado Social de Derecho; la Carta de derechos; limitaría la eficacia de los mecanismos de protección judicial de los derechos fundamentales, en particular de la acción de tutela; trasladaría sin controles la calificación de la “sostenibilidad fiscal” al Ministerio de Hacienda; restringiría las facultades de los jueces en la protección de los derechos y, en especial de la Corte Constitucional; haría nugatorio el acceso a la administración de justicia y pondría a discreción de las reglas fiscales, el gasto público y social. Y, por tratarse de un tema que toca directamente a la administración de justicia debería incorporarse en la reforma que se proyecta para el año 2011.
2. La reforma presenta también problemas adicionales. Al incorporar en la Constitución una determinada opción de equilibrio presupuestal, puede derivar en restricciones a otras opciones de manejo fiscal de la economía. La Constitución no se caracterizaría por consagrar un modelo abierto y pluralista sino circunscrito a la sostenibilidad financiera y a la regla fiscal. Así, la Constitución económica pluralista que actualmente existe, daría paso a una Constitución inflexible. De otra parte, puede afectar la jerarquía de gasto social establecido en el Artículo 350 de la Constitución, que actualmente tiene prelación sobre los demás gastos del Estado, excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional. Como la propuesta supedita la protección de los derechos económicos y sociales a un concepto indeterminado, el de la sostenibilidad fiscal, el concepto de gasto público pierde su jerarquía normativa.
3. La reforma conduce a que la última autoridad de protección de los derechos económicos y sociales no sea la Corte Constitucional, sino el Gobierno Nacional que tendría discrecionalidad para fijar las condiciones de protección y realización de esos derechos, por la vía del manejo presupuestal. El gobierno sería la autoridad que establecería cómo, cuándo y en qué condiciones podrían cumplirse los órdenes de tutela que comprometan recursos del erario público. Así, la protección inmediata que predica el Artículo 86 para el caso de la acción de tutela, quedaría a discreción del Ejecutivo.
4. Las decisiones de la Corte Constitucional que se toman como ejemplo para mostrar el supuesto desbordamiento en sus funciones (sentencias estructurales), se han producido en circunstancias de recurrente inacción de los otros poderes y de la ausencia de políticas públicas y planes para lograr la concreción de los derechos económicos y sociales. La anomalía que se le enrostra tiene que ver con las deficiencias de la representación política y con la inacción de las autoridades ejecutivas. El proyecto del gobierno omite este aspecto y el Presidente sólo lo menciona de paso.
5. Si la reforma se circunscribe a fijar reglas de actuación en la función administrativa, es innecesaria pues bastaría adicionar el Artículo 209 de la Constitución. Por lo demás, en el ordenamiento jurídico colombiano ya existen disposiciones como la Ley 814 de 2003 que consagran los principios de sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica.
6. Los principios de integralidad y progresividad de los derechos económicos sociales y culturales se encuentran contenidos en varios instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el

Estado colombiano. Al incorporarse el principio de progresividad en la realización de los mismos no podría entenderse que las autoridades quedan en libertad de tomar o no medidas y disponer del máximo de recursos para su realización.

7. En un Estado constitucional como el colombiano, el Estado Social de Derecho no debe estar en el mismo nivel de jerarquía que el concepto de “sostenibilidad fiscal”, pues este es tan solo un instrumento de manejo de las finanzas públicas.

8. Una sociedad con déficit de ciudadanía social y de desigualdades, no debería enfocar sus prioridades en la restricción a los mecanismos de reclamación judicial de derechos. Por supuesto, es deseable que todo gasto sea sostenible, pero ese aspecto no se puede circunscribir sólo al gasto social y en relación a la protección judicial de los derechos económicos y sociales.

9. La superación de situaciones estructurales de déficit fiscal debe enfrentarse no tanto por la vía de reformas constitucionales que afectan la protección de los derechos económicos y sociales, como por una política concertada e incluyente que equitativamente distribuya las cargas y los costos de las medidas para nivelar el desbalance en las cuentas públicas.

Se impone una conclusión adicional: una buena forma de celebrar los veinte años de nuestra Constitución sería entonces dejar de lado este tipo de iniciativas.