

Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia¹

Diana Carolina Sánchez Gutiérrez ²

Sandra Patricia Ricaurte Espinel ³

David Felipe Castillo Cárdenas ⁴

Fecha de Recepción: 25 de junio de 2012
Fecha de Aceptación: 18 de septiembre de 2012

Para citar este artículo: Sánchez, D., Ricaurte, S. y Castillo, D. (2012). "Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal, y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia". Revista In Vestigium Ire. Vol. 5, p.p 85 - 94

RESUMEN

La Sostenibilidad y Estabilidad Fiscal promulgada por el Gobierno Nacional mediante la ley 1437 de 2011 y particularmente el Acto Legislativo 03 de 2011, puede interpretarse como limitante al goce pleno de los derechos sociales, económicos y culturales de los colombianos obstaculizando el objetivo del Estado Social de Derecho. Contradictores afirman que a partir de la incorporación de la Sostenibilidad Fiscal como principio constitucional, se sustituye la garantía y ejercicio de los derechos fundamentales por el predominio de los fines económicos. En este orden de ideas, se plantea como objetivo general un análisis de la Reforma constitucional emanada por el Acto legislativo 03 de julio 1 de 2011 por el cual se establece el principio Sostenibilidad fiscal y su compatibilidad con la noción de Estado Social de Derecho establecido en la Constitución política de 1991.

La investigación se aborda mediante la consulta de fuentes secundarias e interpretación de los artículos relacionados en la Constitución Nacional de 1991, el análisis de las leyes nacionales evocadas y conceptos existentes desde la fecha de promulgación del acto legislativo, o sea julio de 2011 hasta julio de 2012.

PALABRAS CLAVE

Sostenibilidad Fiscal, Estado Social de Derecho, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, derechos económicos, sociales y culturales; Constitución Política.

ABSTRACT

Sustainability and Fiscal Stability enacted by the national government through the law 1437 of 2011 and particularly for the Legislative Act 03 of 2011, can be interpreted as limiting the full enjoyment of social, economic and cultural rights of colombians hinder the objective of the rule of right. Opponents say that from the incorporation of fiscal sustainability as a constitutional principle is replaced the warranty and exercise of fundamental rights by the predominance of economic ends. In this vein, the general objective is an analysis of the constitutional reform issued by Legislative Act 03 July 1 of 2011 by which establishes the principle of fiscal sustainability and compatibility with the notion of rule of law established in the Constitution of 1991.

The research is addressed by consulting secondary sources and interpretation of relevant articles in the Constitution of 1991, the analysis of national laws and existing concepts evoked from the date of enactment of the act, in July 2011 to July 2012.

KEYWORDS

Fiscal Sustainability, Rule of Law, Human Rights, Fundamental Rights, economic Rights, social and cultural Rights, constitution.

RÉSUMÉ

La durabilité et la stabilité budgétaire adoptée par le gouvernement national à travers la loi 1437 de 2011 et en particulier la révision constitutionnel 03 de 2011, peut être interprétée comme limitant la pleine jouissance des droits sociaux, économiques et culturels des Colombiens entraver l'objectif de la règle de droit. Les opposants disent que de l'incorporation de la viabilité budgétaire en tant que principe constitutionnel est remplacé la garantie et l'exercice des droits fondamentaux par la prédominance des fins économiques. Dans cette optique, l'objectif général est une analyse de la réforme constitutionnelle émise par législatives Loi 03 Juillet 1, 2011 par laquelle établit le principe viabilité budgétaire et la compatibilité avec la notion de primauté du droit établi dans la Constitution de 1991.

La recherche est adressée par la consultation de sources secondaires et l'interprétation des articles pertinents de la Constitution de 1991, l'analyse des législations nationales et des concepts existants évoqués à partir de la date de promulgation de la loi, c'est-Juillet 2011 au Juillet 2012.

MOTS-CLÉS

La viabilité budgétaire, l'état de droit, droits de l'homme, des droits fondamentaux, économiques, sociaux et culturels constitution.

1 Este artículo de Reflexión hace parte de la investigación: Compatibilidad del Principio de Sostenibilidad Fiscal y el Concepto de Estado Social de Derecho, desarrollada por el grupo interdisciplinario de investigación, para optar por el título de Especialistas en Gobierno y Gerencia Territorial. Estudios realizados dentro de la línea de investigación Empresa, Economía y Región del Grupo de Investigación en Ciencias Administrativas y Contables de la Universidad Santo Tomás, Seccional Tunja.

2 Administradora de Empresas de la Universidad Santo Tomás seccional Tunja, Especialista en Gobierno y Gerencia Territorial, consultora Empresarial, dianitasanchez@hotmail.com

3 Administradora Pública de la Escuela Superior de Administración Pública ESAP, especialista en Gobierno y Gerencia Territorial, coordinadora de Programas Sociales del Municipio de Sogamoso Boyacá, sandrar@hotmail.com

4 Abogado Universidad del Rosario, Especialista en Gobierno y Gerencia Territorial de la Universidad Santo Tomás de Tunja, Asesor de la Gobernación de Boyacá, davidcastillo27@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

En el siguiente Artículo se presenta las principales controversias generadas por la inclusión de la Sostenibilidad Fiscal como principio Constitucional puesto que algunas interpretaciones consideran que dicha disposición va en disminución de los derechos fundamentales. Esto debido a que la Carta Política en su Artículo primero 1 consagra a Colombia como un Estado Social de Derecho y la prevalencia del interés general. Teniendo en cuenta lo anterior este trabajo de investigación, establece como objetivo general el análisis de la Reforma constitucional emanada por el Acto legislativo 03 de 2011 por el cual se establece el principio Sostenibilidad fiscal y su compatibilidad con la noción de Estado Social de Derecho establecido en la Constitución política de 1991. También se analiza si la “sostenibilidad fiscal” como un “principio” configura o no una sustitución de la Constitución, ya que, particularmente el Acto Legislativo 03 de y la norma legal denominada Ley 1437 de 2011 que conforman la unidad normativa de la sostenibilidad y estabilidad fiscal, han generado serias dudas respecto a si se incurre en incompatibilidad y quebranto de los derechos fundamentales de los colombianos, puesto que supedita la protección de un derecho o una política social a la disponibilidad financiera del estado.

En la actualidad, se han presentado varias demandas de inconstitucionalidad en contra de la Sostenibilidad Fiscal, y contra la Ley 1473 de 2011 que establece la Regla Fiscal, argumentando sustitución constitucional y la limitación al goce pleno de derechos fundamentales; sin embargo la Corte Constitucional no ha admitido demanda de inconstitucionalidad, es decir, que tan solo existen conflictos de intereses pero no casos definidos.

Estructura conceptual

Es común que los gobiernos instauren políticas fiscales que minimicen impactos propios de las llamadas “bonanzas” ya que estas traen riesgos alternos como revaluación de la moneda, inestabilidad económica y fuga de ingresos en inversiones no productivas, en fin se trata de medidas económicas y financieras que permiten el ahorro en épocas de bonanza para disponer de recursos en épocas de recesión.

Es de gran importancia resaltar el siguiente escrito, para lo cual se cita textualmente lo expresado por Acosta (2010):

“Son muchos los países que cuentan con su Regla fiscal; según un estudio reciente del FMI, en la actualidad cerca de 80 países en el mundo, tanto desarrollados como en vía de desarrollo, utilizan una o más reglas basadas en metas numéricas y han venido haciendo carrera en Latinoamérica desde la década de los 90. La Unión Europea (UE) la adoptó primero a través del Tratado de Maastricht y posteriormente mediante el Pacto por la Sostenibilidad y el Crecimiento. El caso más relevante en la región es el de la regla fiscal de Chile adoptada en el año 2001; también Brasil, Perú y México adoptaron reglas similares para encauzar sus finanzas públicas. No es esta la primera vez que se intenta implementar una Regla fiscal en Colombia.”

“A través de la Ley 358 de 1997, más conocida como la ley de semáforos, se establecieron mecanismos de control al endeudamiento de las entidades territoriales; mediante la Ley 549 de 1999 se metió en cintura el pasivo pensional territorial y se creó el Fondo de Pensiones Territorial (Fonpet) para cubrirlo; luego vendría la Ley 617 de 2000, de ajuste fiscal, que le establece límites al crecimiento del gasto de las entidades territoriales. Y más recientemente, se expidió la Ley 819 de 2003, de responsabilidad fiscal, la cual estableció la obligación de parte del Gobierno central de establecer periódicamente el Marco Fiscal de Mediano Plazo (MFMP), mecanismo este que le da mayor transparencia a la gestión del gasto público. Todo este desarrollo normativo constituyen reglas fiscales de obligatorio cumplimiento y a pesar de ellas hoy no estamos mejor en materia fiscal que cuando estuvimos peor.” (Acosta, 2010).

Aunque existen casos exitosos en otros países, cuyos capitales permitieron disminución de la deuda y menos pago de intereses se indica que éste no es el dispositivo para incorporar una disciplina tributaria y organizacional oportuna del estado, apostándole a una fuerte Cultura Fiscal, ya que se observa que con anterioridad, se había establecido la sostenibilidad financiera en relación con el sistema pensional mediante el Acto Legislativo 1 del 2005, sin resultados de cumplimiento a lo planteado.

El Acto Legislativo 03 de 2011, busca que el estado propenda por “...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.” El título del Acto

Legislativo 03 del 1° de julio del 2011, “por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”, no corresponde al aprobado por el Congreso, titulado “por el cual se establece el criterio de la sostenibilidad fiscal”. En el Congreso, esta iniciativa del Ejecutivo superó la primera vuelta, mencionando el principio de la sostenibilidad fiscal. Sin embargo, en el séptimo debate, el Senado la modificó y cambió la expresión principio por criterio.

Debido a este y otros cambios, el proyecto debió conciliarse y se acogió el texto votado por la plenaria del Senado, o sea, el que establece el criterio de la sostenibilidad. En el proyecto original se señalaba que la sostenibilidad era un derecho, sin embargo, esta noción presentaba ciertos inconvenientes, puesto que no es semejante con los otros derechos, entonces se cambió a principio. Pero resulta que los principios son casi más fuertes que los derechos. Entonces, se favoreció la propuesta de establecer el criterio de la sostenibilidad fiscal, pese a esto se asegura que el texto del proyecto de acto legislativo remitido por el Congreso traía la palabra “principio” y no “criterio”, en su título y como tal quedó publicado así por la Presidencia de la República.

Es fundamental el conocimiento de los antecedentes bibliográficos y generalidades existentes frente al tema, así como las expresiones propias de dichos conceptos en el estado colombiano. El pueblo de Colombia en los principios fundamentales de su Constitución Política (1991) afirma: “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” (Art. 1).

Estado social

El Estado Social o también conocido como Estado Social de Derecho, es un concepto de origen en la cultura política alemana, desde sus inicios hasta la fecha ha evolucionado convirtiéndose en las bases político ideológicas del sistema de Economía Social de Mercado. El Estado Social de Derecho surge como respuesta a una diversidad social creciente, a través de una reglamentación que involucra a toda la sociedad en una interacción ideológica del Estado liberal y el Estado Bienestar, es una manifestación propia de las relaciones entre los particulares y el Estado lo cual se explica así:

“Mientras en el estado liberal el derecho era una estructura simple y la ley un mandato general depositario de la voluntad general con sanciones eficaces y aplicables –caso penal, por ejemplo-, en el Estado bienestar las demandas sociales se multiplican siendo menester que el estado aumente sus funciones en la búsqueda de una sociedad igualitaria y esto da lugar a la reglamentación de todo, con la consecuente sobreproducción de normas para responder a la diversidad social creciente. Lo que hoy se conoce como Estado social de derecho” (Barrera y Novoa, 2008, p.93).

Una vez entendido esto, es posible inferir que la diferencia más importante entre el Estado Social de Derecho y el Estado Liberal (Estado Derecho) radica en que el segundo simplemente se limita a otorgar libertades “aparentes” pero no suministra los medios necesarios para hacerlas efectivas. Mientras que el Estado Social de Derecho, al surgir como una unificación ideológica del estado liberal y el estado bienestar, favorece la satisfacción de necesidades fundamentales que garanticen y materiwalicen las libertades y derechos otorgados a un pueblo (libertades reales).

Respecto a esto Gaviria (2007) afirma:

“Si a finales del siglo... preguntamos cuál debe ser el trato que una persona debe recibir para ser tratada de acuerdo con su dignidad, se diría reconocerle la libertad de conciencia, la libertad religiosa, la libertad de pensamiento, la libertad de locomoción, el debido proceso, la propiedad, etc. Y si se reconocen esos derechos, la persona está recibiendo un trato de acuerdo con su dignidad. Pero el Estado Social de Derecho tiene una sustancia más ambiciosa. Cuando hablamos de derechos económicos, sociales y culturales estamos ya apuntando hacia la creación de condiciones materiales que hagan ejercitables y que les den contenido a esos derechos constitutivos del primer paradigma de la dignidad humana. Por tanto, cuando hablamos del derecho a la salud, del derecho a la educación, del derecho al trabajo, del derecho a la alimentación, del derecho a la vivienda digna, estamos en una fase del proceso liberador más avanzada.”

La ideología del Estado Social de Derecho se resume en Equinoxio (2008) así:

“Pretende garantizar los denominados derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación (trabajo, vivienda dignos, salud, educación o medio ambiente...) y mediante políticas activas de protección social, de protección a la infancia, a la vejez, frente a la enfermedad y al desempleo, de integración de las clases

sociales menos favorecidas, evitando la exclusión y la marginación, de compensación de las desigualdades, de redistribución de la renta a través de los impuestos y el gasto público (...) Se tiende a la intervención en el mercado y la planificación de la economía, todo ello en contra de los principios del liberalismo clásico”

Martínez (1991), teórico por excelencia del Estado Social de derecho, señala también que la función del Estado es asegurar la convivencia y cooperación entre los hombres a través de tres componentes: un objetivo social, una concepción democrática del poder y la sujeción de los términos anteriores a la disciplina del derecho. El objetivo social hace relación con sus fines; la concepción democrática del poder con el ejercicio democrático de las funciones públicas; y la sujeción al derecho con la obligación de los poderes públicos de hacer solamente lo que la norma jurídica les permite y no más.

El Estado Social proveerá a las clases sociales menos favorecidas la integración, compensará desigualdades y redistribuirá la renta; valiéndose de instrumentos propios como la educación.

En un análisis Góngora (2011) cita al ideólogo, Lorenz Von Stein, quien sostenía que:

“El Estado Social era una manera concreta de evitar la revolución, pues consideraba que la sociedad había dejado de constituir una unidad como consecuencia de la existencia de las clases sociales que hace que cada cual indefectiblemente vaya tras sus propios intereses sin importar el resto y desembocando en estados dictatoriales, entonces, en estas circunstancias puede haber una revolución. Sin embargo el Estado Social que propone es capaz de iniciar una reforma al respecto y mejorar de hecho la calidad de vida de las clases bajas, evitando el natural proceso de las clases sociales de querer ascender socialmente.”

Aun comprendiendo las concepciones expuestas anteriormente, la redefinición del Estado Colombiano en la Constitución Política de 1991 como un Estado Social de Derecho generó una crítica por parte de Rodríguez (1993), Constituyente, ex presidente de Fecode y miembro de la Dirección Nacional de la AD-M-19. Quien afirmó:

“El Estado Social de Derecho transformó la concepción acerca del Estado, en el sentido de colocarlo como instrumento para asegurar la convivencia ciudadana y la cooperación entre los hombres. Esta teoría relativamente exitosa en la Europa de la posguerra, ha tenido una pobre aplicación en América Latina, especialmente en

Colombia. Nuestros estados, tradicionalmente oligárquicos y clientelistas, a lo sumo han reproducido un sistema formal de democracia, con una deficiente política social, de carácter meramente asistencialista y focalizada en la marginalidad.”

Sin embargo pese a que se encuentra consagrado el Estado Social de Derecho en la Constitución Colombiana y se manifiesta en el prometido principio de igualdad, el principio de participación y democracia; son inesperadas e insuficientes sus manifestaciones en el ámbito político, económico y social cuya cultura implantada corresponde a la subsidiaridad, relevando la prioridad del gasto social.

Sostenibilidad fiscal

La Sostenibilidad Fiscal es un principio establecido en la Constitución Política de Colombia a través del Acto Legislativo 03 de 2011 y se plantea como:

“una función y una responsabilidad a cargo del Gobierno Nacional, que consiste en la eficiente provisión de gastos y de su financiamiento, con un riguroso control en la ejecución de los mismos. La Sostenibilidad Fiscal es indispensable para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.”

Según Cárdenas (2010) “el concepto de sostenibilidad fiscal, aunque no se especifica de manera expresa en el texto de la iniciativa, hace referencia a un manejo de las finanzas públicas en el que el gasto público no se incremente por encima de los ingresos, de forma que se limite el déficit fiscal para que la deuda pública no crezca más allá de la capacidad de pago del país”. Es decir, es una herramienta financiera para lograr un equilibrio macroeconómico.

Aparentemente, el principio de sostenibilidad fiscal busca hacer efectivos los derechos tanto sociales como económicos garantizados en la Constitución P

olítica de Colombia, a fin de mantener las condiciones óptimas para el ejercicio del Estado Social de Derecho, el Estado necesita contar con recursos suficientes y fuentes de financiación continuas.

Respecto a lo anterior Romero (2010) plantea:

“En términos sencillos, la sostenibilidad fiscal quiere decir que el gasto público no debe crecer más que los ingresos para que el Estado no tenga que endeudarse cada vez más y la deuda pública

no crezca más allá de la capacidad de pago del país.”

No obstante, aun con todos los argumentos planteados anteriormente el acto legislativo ha generado controversias en los expertos, sobre esto Romero (2010) invita a la reflexión al plantear los siguientes interrogantes: “¿Por qué un tema que parece tan esotérico como la “sostenibilidad fiscal” se convierte en un motivo de división política?” ¿Cómo se explica este voto negativo frente a un proyecto del gobierno anterior, apoyado por el actual?”

Para poder dar una respuesta acertada sobre los mismos, es necesario hacer un análisis de las justificaciones expuestas tanto por quienes apoyan el acto legislativo como las de sus opositores. Romero (2010) expone este debate de la siguiente manera:

“La razón para querer convertir este principio elemental en un derecho de todos los ciudadanos es que un Estado que no sea sostenible no tendrá recursos suficientes para garantizar los demás derechos de los ciudadanos, como la salud, la educación o la vivienda, es decir que sin finanzas sostenibles no se podrán alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. Por la misma razón se busca que todas las ramas del Estado incluyendo la judicial y la legislativa- tengan el deber de preservar esa sostenibilidad.

El problema radica en que el proyecto tiene un marcado sesgo en contra de los mismos derechos fundamentales que dice querer proteger. De una parte le impone un límite al Congreso cuando establece en su artículo primero que “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”(…) A los jueces no se les impone un límite explícito en el texto mismo del proyecto, pero tanto en la exposición de motivos como en las ponencias se manifiesta la preocupación por el impacto económico de las tutelas y otras decisiones judiciales que protegen derechos fundamentales (…) Es evidente que el propósito de la propuesta es limitar el alcance de estas sentencias.”

Sin embargo, se conocen casos de éxito al incorporar la sostenibilidad fiscal al rango constitucional, pero en circunstancias diferentes donde existen políticas de justicia claras y garantas, como en los países europeos o en el mismo estado chileno. En la

revista portafolio (2011) se expuso el planteamiento del centro de estudios Fedesarrollo respecto a la sostenibilidad fiscal como una necesidad:

“...”el Acto Legislativo de sostenibilidad fiscal es una reforma necesaria que busca que en el mediano plazo las diferentes decisiones que tienen impacto sobre gasto publico sean coherentes con la sostenibilidad fiscal de mediano plazo”. A esto, añade que una senda insostenible de gasto afecta el cumplimiento de los objetivos de desarrollo de la economía.”

A su vez de Zubiría (2011) impone una demanda por inconstitucionalidad contra el Acto legislativo 03 de 2011 Argumentando que:

“(…)Se vulnera la concepción de Estado Social de Derecho, porque al hacer primar lo económico y lo fiscal, se puede ver comprometida tanto la existencia como la garantía real y material de los derechos humanos(...) se arguye que el acto legislativo desconoce los fines esenciales del Estado, los cuales se postergan ante la primacía del principio de sostenibilidad fiscal (...) al depender del principio de sostenibilidad fiscal, tanto los derechos fundamentales como sus mecanismos de protección, en especial la acción de tutela, se ponen en claro riesgo de ser afectados(...) se afirma que el acto legislativo incurre en una sustitución de la Constitución, pues suprime el postulado del Estado Social de Derecho, al condicionar toda actividad de planeación y de presupuesto y, además, toda actividad del Estado, al principio de sostenibilidad fiscal(…)”

Apostarle a la Sostenibilidad fiscal en Colombia, es todo un reto y solo el tiempo y los resultados económicos y sociales darán fe de la buena intención de disciplina y modernización macroeconómica.

Principio de sostenibilidad fiscal vs principio de estado social de derecho

La modificación a la Carta Política de 1991, incluyendo el principio de Sostenibilidad Fiscal cuenta con el apoyo de quienes considera que dan progresividad y continuidad a los derechos sociales y económicos consagrados en la Constitución; e igualmente los contradictores sugieren que esto se trata de un interés público no suficiente para atentar contra la esencia misma de la Constitución, cuyo espacio no es el apropiado para auxiliar una política económica superpuesta a los derechos fundamentales, en contra del espíritu del Estado Social de Derecho y del artículo 366 de la Constitución Política de

Colombia, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 11 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos y Políticos que establecen que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado y cuyo gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Este Acto Legislativo tuvo bastantes demandas de inconstitucionalidad basados en que se pretende presentar como una simple “reforma constitucional” a tres normas superiores (artículos 334, 339 y 346), cuando en realidad se supone una sustitución de la Carta Constitucional vigente. “Para ello se modifica el artículo 334 de la C.P., incorporando el concepto de sostenibilidad fiscal como un principio que orienta a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica. Adicionalmente, se ajustan los artículos 339 y 346 de la C.P. para que el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley del Presupuesto General de la Nación (PGN) se ajusten en un marco de sostenibilidad fiscal” (Fedesarrollo, 2011, p.86).

Juicio de constitucionalidad

El Principio de Sostenibilidad Fiscal no atenta los derechos económicos y sociales, pues garantiza recursos para su progresividad, continuidad y sostenibilidad, y conlleva al Gobierno a proponer una reforma para aumentar recursos y garantizar el goce de éstos.

En sus declaraciones, Charry (2012) afirma: Las consideraciones de orden fiscal suscitan suspicacias en cuanto se trataría de limitaciones de recursos que afectarían los derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, el establecimiento de este principio busca precisamente garantizar este tipo de derechos en el largo plazo, en otras palabras, pretende protegerlos para las generaciones presentes y futuras, de tal suerte que las demandas y presiones actuales no consuman en exceso los recursos, convirtiendo las garantías en letra muerta para las generaciones futuras y desplazando el pago de la deuda pública a ellas.

No obstante, el Acto Legislativo 3 del 2011 estableció un incidente de impacto fiscal, promovido por el Procurador General o uno de los ministros, para que una vez proferida una sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, esta module, modifique o difiera los efectos de aquella, con el objeto de evitar alteraciones serias de la

sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales ni se invocará el principio para menoscabar o restringir su protección efectiva. En armonía con este principio, se dictó la Ley 1473 del 2011, que estableció una regla fiscal (...) Colombia adoptó este principio en momentos de prosperidad, holgura económica y saludables finanzas públicas, de forma que se configura en una apropiada protección para las eventuales crisis financieras globales y la volatilidad de los mercados internacionales. (p.5)

Un párrafo del enunciado normativo deja claramente establecido que al interpretar el artículo en mención, bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.

Asimismo, se indica que el Congreso de la Republica le dio trámite constitucional y legal valido al principio de sostenibilidad, constituyéndose en una norma con características y naturaleza de directriz o norma programática; según García de Enterría (1988), “una norma programática es una simple recomendación no vinculante al legislador y sin efecto propio para los ciudadanos y para los jueces” (p.533). Lo anterior significa que esta norma lo que busca es el saneamiento de las finanzas públicas para financiar y alcanzar progresivamente los fines del estado Social de derecho, y que siempre estar por encima el respeto a un derecho fundamental aun del detrimento de la sostenibilidad fiscal.

La Tridivision de poderes

La división funcional de poderes, se encausa en el estado Social de derecho caracterizándose en más que en principio en un dogma preciso de “control de poder” entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Lo anterior, además provee al poder judicial reconocido por el estado social de derecho como guardián de la Constitución, la independencia jurisdiccional, para que los jueces ejerzan control de los actos de la administración pública y constitucionalidad de las leyes. El acto legislativo 03 de 2011, en lugar de reforzar las políticas de justicia promueve decisiones sesgadas, pues genera el llamado incidente de impacto fiscal.

Se ha aprobado una reforma constitucional que permite pedirles a las altas corporaciones judiciales que modulen, modifiquen o difieran los efectos económicos de sus sentencias para evitar

alteraciones serias de la "sostenibilidad fiscal". Dentro de los tres días siguientes a la sentencia, el Gobierno o la Procuraduría pueden proponer un "incidente de impacto fiscal". La justificación es que la sostenibilidad fiscal, es decir, la limitación de los gastos del Estado a los recursos presupuestados, sería la condición "para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado social de derecho". (Gallón, G. 2011, p.17).

En Colombia, solo los jueces y los tribunales pueden ejercer la potestad jurisdiccional, de manera autónoma e independiente (artículo 228 de la Constitución), y los otros poderes y diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, y de colaboración armónicamente para la realización de los fines constitucionales

Aunque es ineludible la aplicación de justicia con una visión interdisciplinaria que no contemple el ámbito jurídico, social y económico, es inaudito limitar la eficacia de las decisiones de las altas cortes en materia de derechos económicos, sociales y culturales y más aún, permitir una intromisión en las funciones de cada poder público lo cual contraría la constitución, el antecedente jurisprudencial y el orden jurídico; vulnerando el principio de tridivisión de poderes, respeto y garantía de derechos humanos, legalidad y seguridad jurídica propios del Estado Social de Derecho.

Independencia judicial y seguridad jurídica

La independencia judicial, y la seguridad jurídica previa a la legalidad se han formado como principios básicos del estado de derecho junto con la división de poderes; desafortunadamente en Colombia pese a que dicha independencia tiene rango constitucional en el artículo 228 de la C. P., han existido ya varios casos de limitación de autonomía al poder judicial; ha quedado en seria evidencia intervenciones en la independencia judicial por parte del ejecutivo en situaciones tales como: el acto legislativo 02 de 2003 con la promulgación del estatuto antiterrorista, que atribuyó a la autoridad razones para interceptar las comunicaciones, y además atribuyó a las fuerzas Armadas para que hicieran de policía judicial; otra intervención se presentó cuando se modificó la Constitución para permitir la reelección presidencial.

Nuevamente la reforma constitucional procedida por el acto legislativo 03 de 2011, presenta un nuevo atropello contra la independencia jurídica puesto

que somete el fallo de una sentencia judicial al principio de sostenibilidad fiscal.

La corte constitucional ha manifestado: "Ese principio de la independencia judicial implica que los jueces y fiscales no han de tener ninguna dependencia con respecto a las otras dos ramas del poder público para ejercer su función, la que no puede menguarse en ningún caso, si bien al ejercerla colaboran en la realización de los fines del Estado". (Beltran, 2002 C- 1024).

Respecto a la seguridad jurídica, se indica que en Colombia no está plenamente establecida en la Constitución, pero es el principio que otorga la confiabilidad sobre el ordenamiento jurídico. Este acto legislativo permite que se presente un incidente de impacto fiscal para modular sus efectos al orden fiscal, se pierde la credibilidad y la confianza de la ciudadanía en la administración de la justicia.

Progresividad de los derechos prestacionales

Son los también llamados Derechos Económicos, Sociales Y Culturales DESC, se encuentran consagrados en el Capítulo II de la constitución colombiana del Artículo 42 al artículo 77, entre los cuales se encuentran: protección de la mujer, protección de la niñez, protección de los jóvenes; derechos de las personas de la tercera edad, derecho a la seguridad social"; servicio de salud y saneamiento ambiental, derecho a vivienda digna, derecho a la recreación, el deporte y la utilización del tiempo libre, entre otros.

Los derechos prestacionales o DESC están resguardados por el principio de progresividad, el cual está protegido constitucionalmente por el artículo 53, por diversa jurisprudencia constitucional como lo son:

La Corte Constitucional afirma:

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 nivel de protección alcanzado o de lo contrario tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. (Sentencia. 2011, C-228).

Ciertamente, el Estado está en el deber de alcanzar gradualmente la realización de estos derechos y una

vez alcanzado un nivel de protección no se debe retroceder pues se generaría una problemática constitucional por contradicción a este mandato. Así mismo existe un control de no regresividad para lo cual la Corte Constitucional establece:

Cuando se constata la regresividad de un derecho de pensiones a través de una reforma, se debe estudiar lo siguiente: (i) si con la reforma se desconocieron derechos adquiridos; (ii) si se respetaron con la reforma los principios constitucionales del trabajo; y (iii) si las reformas se encuentran justificadas conforme al principio de proporcionalidad y razonabilidad. (Sentencia. 2004 C-038). Lo anterior nos permite entender que si al existir un fallo que proteja un derecho fundamental o social que vulnere el principio de sostenibilidad fiscal, lo que el gobierno embiste es modular la sentencia desconociendo los derechos fundamentales excluyendo los presupuestos constitucionales de necesidad y proporcionalidad dentro de un juicio de igualdad.

Y además, atentando con el principio de seguridad jurídica y el de progresividad y no regresividad. Lo que somete a los jueces de la república encadenados y sujetos a los fines económicos del estado.

Sustitución de la constitución política

Las demandas de inconstitucionalidad presentadas, se basan en que este acto no reformó la Constitución Política de 1991 sino que la sustituyó. La Corte Constitucional declara: “Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”

. Además, el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas —como sucede típicamente en el control material ordinario—, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable —como sucede en el juicio de intangibilidad—, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son

opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles. (Sentencia. 2010, C141)

Entonces, tenemos que el Acto legislativo 03, no introduce elemento esencial nuevo a la Carta Política de 1991, puesto que mediante el acto legislativo 01 de 2005, el concepto de Sostenibilidad Fiscal se introdujo al sistema pensional en el artículo 48 C.P., y por lo tanto no presenta sustitución a la Constitución Política .

Es propio al modelo económico neoliberal y constitucional de Colombia incorporar el “principio de sostenibilidad fiscal”, como una norma programática o directriz, sometiéndose a los principios y valores constitucionales adoptados, por lo tanto resulta conforme a la constitución.

La Sostenibilidad Fiscal no es más que una política, firme con la consecución de los fines del estado, que promueve la disciplina fiscal del buen manejo de las finanzas públicas; de tal forma, que existan recursos aptos para garantizar los derechos fundamentales y el desarrollo del país .

El Incidente de “impacto fiscal” si resulta incompatible a la constitución y al concepto de estado social de derecho puesto que restringe la aplicación de otros principios. No existe una sustitución de la constitución, pues el mecanismo como fue incorporado le da carácter de directriz o norma programática.

Es necesario compatibilizar el orden económico y el constitucional sin menoscabo uno del otro; de tal forma, que no se atente contra los derechos sociales, económicos y culturales por ahorrar recursos. Precisamente, esta subjetividad de aplicación de que criterios predominan al priorizar los principios del goce pleno de los derechos fundamentales y la sostenibilidad fiscal son lo fundamentalmente complicado en un estado garantista como Colombia.

El estado colombiano requiere un desarrollo integral, es decir un progreso económico, político, social y cultural., darle un rango constitucional al proceso económico es muy válido puesto que proporciona herramientas de disciplina fiscal, pero es incoherente omitir las inspiraciones propias de efectividad de los derechos humanos, seguridad jurídica y legalidad e independencia y colaboración de los poderes públicos para el logro de los fines esenciales del Estado Social Derecho.

Abordar el tema reduce la incertidumbre respecto a la utilidad o no de instaurar una disciplina fiscal para equilibrar las finanzas públicas en Colombia;

sin embargo, no se considera un orden lógico la disposición del principio de Sostenibilidad Fiscal y la regla fiscal, previamente el Gobierno Nacional debe realizar una reorganización y reforma tributaria acorde al modelo del Estado Social de Derecho, fijando disminuciones de gasto y aumento de inversiones en sectores específicos, y generando ingresos para el Estado acordes con los fines Constitucionales .

Colombia requiere una efectiva Política de Estado basada en principios de eficiencia y equidad, políticas de justicia, en donde se formulen medidas para debilitar la mala ejecución de los recursos públicos, la ineficiencia en el gasto público, el abrupto gasto militar, subsidios mal focalizados, los altos índices de corrupción y falta de transparencia (Prieto, 2011).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta, A. (2010). Sostenibilidad y regla Fiscal. Recuperado de: <http://www.amylkaracosta.net>
- Barrera, E. y Novoa, M. (2008). Régimen y Sistemas políticos latinoamericanos, Programa de Administración pública territorial. Bogotá, D.C: Escuela Superior de Administración Pública.
- Cárdenas, R. (2010). Sostenibilidad Fiscal Sin Riesgos. Portafolio. Bogotá D.C: Global Network Content Services LLC, DBA Noticias Financieras LLC Recuperado <http://search.proquest.com/docview/758977014?accountid=43790>
- Congreso Nacional de la República de Colombia (2003, 18 de diciembre), “Acto legislativo 02 del 18 de diciembre de 2003, “Por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo.”, en Diario Oficial No. 45.406, de 19 de diciembre de 2003, Bogotá.
- Congreso Nacional de la República de Colombia (2011, 1 de Julio), “Acto legislativo 03 del 1 de julio de 2011, “Por la cual se establece el principio de Sostenibilidad Fiscal”, en Diario Oficial, núm.44.117 de julio 1 de 2011, Bogotá.
- Congreso Nacional de la República de Colombia (2011, 18 de enero), “Ley 1437 del 18 de enero de 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en Diario Oficial, núm.47.956 de enero 18 de 2011, Bogotá.
- Constitución Política de Colombia (2011), , Bogotá, Legis
- Corte Constitucional de Colombia (2002, febrero), “Sentencia C-1042”, M. P Sierra Porto, H., Bogotá Recuperado de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>
- Corte Constitucional de Colombia (2002, octubre), “Sentencia C - 1042”, M. P Beltrán Sierra A., Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2004, enero), “Sentencia C - 038”, M. P Montealegre Lynett, E., Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia (2011, marzo), “Sentencia C - 228”, M. P Henao Pérez, J. C., Bogotá.

Charry, U. (2012) Sostenibilidad Fiscal. Recuperado de: <http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-120>.

EquinoXio. (2008). Economía Social de Mercado y Estado Social de Derecho.

Fedesarrollo, (2011) La Sostenibilidad Fiscal como principio Constitucional. Recuperado de: <http://www.fedesarrollo.org.co/./Debate-No.-86.pdf>.

Fedesarrollo (2011) Cree que Proyecto de Sostenibilidad Fiscal es Prioritario. Notices Financiers. Miami: Business And Economics -- Banking And Finance Recuperado de: <http://search.proquest.com/docview/854114839?accountid=43790>.

Gallón, G. (2011). Sostenibilidad Fiscal o Regresividad Social. Contra la Sociedad y la Constitución. El Espectador, p. 17.

Gaviria, C. (2007). El Estado Social de Derecho y la presión política por el cambio. Foro Revista de Derecho. Quito: Editorial PRISMA. Recuperado de:

<http://search.proquest.com/docview/748403411/13A38E918E91F2CDD45/8?accountid=43790>

Góngora, D. (2011). Antología teórica para el análisis de la situación Social de América Latina. p. 15 - 16 Mexico D.F: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Martínez, A. (1991). Apuntes sobre el concepto de Estado Social de derecho en la Constitución colombiana. Bogotá.

Rodríguez, A. (1993). Estado Social de Derecho y Neoliberalismo. Revista Foro p. 68 - 76. Bogotá D.C recuperado de: <http://search.proquest.com/docview/748378316/fulltextPDF/13A3E833FF56518808B/1?accountid=43790>.

Romero, M. (2010). Debate a la sostenibilidad fiscal. Portafolio. Bogotá D.C: Global Network Content Services LLC, DBA Noticias Financieras LLC Recuperado de: <http://search.proquest.com/docview/814778708?accountid=43790>.

De Zubiría, A. (2011). Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto legislativo 03 de 2011. Informe de la Procuraduría General de la Nación. (p. 2-3-4) Bogotá D.C recuperado de: http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/.../134_D-8616_C5219.doc