

Fecha de recepción  
del artículo:  
10 de marzo del 2012

Fecha de aceptación  
del artículo:  
30 de abril del 2012

# Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal<sup>1</sup>

Social rights in Colombia and the principle of financial sustainability

Germán López-Daza\*

## Resumen

Los derechos sociales o de segunda generación se caracterizan por obligar al Estado a realizar prestaciones como salud, educación, vivienda o seguridad social. Como categoría histórica de los derechos fundamentales, estos presentan un desarrollo constitucional importante en algunos ordenamientos jurídicos como el colombiano. La problemática sobre su justiciabilidad ha llevado al Gobierno colombiano a realizar una reforma constitucional con la cual se instauró el Principio de Sostenibilidad Fiscal, el cual, debido a su originalidad, presenta muchos interrogantes sobre su aplicabilidad y constitucionalidad.

## Palabras clave

Activismo judicial, derechos económicos, sociales y culturales, judicialización de derechos sociales, sostenibilidad fiscal.

## Abstract

The main characteristic that differentiates social or second-generation rights is that they force the state to provide services like health, education, housing, or social security. As a historical category among fundamental rights, these rights have had an important constitutional development in many legal systems, including the Colombian system. The problem of justice concerning these rights has led the Colombian government to enact a constitutional reform

.....  
Cómo citar este artículo: Germán López-Daza. *Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal*. Revista DIXI. Junio 2012. At. 22.

<sup>1</sup> El presente artículo es una reflexión extraída del resultado parcial de la investigación “Los derechos sociales como generadores de políticas públicas en Colombia”, desarrollada por el grupo de investigación “Nova Iuris” (categoría D Colciencias) de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Neiva.

\* Abogado de la Universidad Santo Tomás. Doctor en Derecho Constitucional de la Université de Paris II. Posdoctorado de la Université Aix-Marseille, Institut Louis Favoreu (Francia). Profesor-investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Neiva y de la Universidad Surcolombiana. Correo electrónico: german.lopez@campusucc.edu.co

that established the principle of financial sustainability, whose originality has led to many questions on its applicability and constitutionality.

## Keywords

Judiciary activism, economic, social and cultural rights, social rights judicialization, budgetary sustainability.

## ■ Introducción

Los derechos sociales fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados, con un alto grado de importancia en la actualidad, debido a su inherencia en el ser humano del siglo XXI y a su consecuente reconocimiento en las normas internacionales y en buena parte de las constituciones creadas en los últimos años. Su característica histórica esencial es que son derechos de prestación estrictamente, es decir, derechos sujetos a acciones fácticas del Estado.

Este tipo de derecho humano nació como resultado de demandas sociales que buscaban obtener niveles adecuados de subsistencia, teniendo en cuenta la vivienda, la salud, la educación y la seguridad social.

Su satisfacción se resuelve de un modo directo e inmediato con la prestación de bienes y servicios. Es decir, su objeto es el de posibilitar la satisfacción de condiciones materiales mínimas necesarias para el logro de la igualdad real. Con su materialización, el Estado lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales.

Muchos autores, como Herrera,<sup>2</sup> afirman que la realización de los derechos sociales depende finalmente de la elección política. Esto permitiría pensar que, en circunstancias económicas precisas (recesión, crisis fiscal, desequilibrio

presupuestal, entre otros), tales derechos podrían ser dejados de lado, beneficiándose otro tipo de elección. En la medida en que el problema de la concretización de los derechos sociales se pone de manera restrictiva, tanto en relación con la forma constitucional como en relación con la democracia política, el límite de la universalización de los modelos de *Welfare State* se encontraría alcanzado.

En las democracias contemporáneas se ha generado un alto grado de exigibilidad de los derechos sociales, en casos como los de Estados Unidos, pues allí el sistema los tiene como unos derechos de ciudadanía social que pueden resultar ampliamente vulnerables. Por el contrario, en los países en los que existen como garantías, como derechos, se hace más fácil su exigibilidad, siempre y cuando se cuente con los recursos suficientes para materializarlos.<sup>3</sup>

El presente artículo es una reflexión que gira en torno a la problemática de la judicialización de los derechos sociales y a la medida impulsada por el Gobierno colombiano, el cual logró que el Legislativo aprobara el Acto Legislativo 03, con el que se pretendió establecer un límite a la ordenación del gasto que realizan las altas Cortes, principalmente la Constitucional, de las decisiones de tutela.

El artículo tratará de responder al siguiente cuestionamiento ¿el principio de sostenibilidad

<sup>2</sup> C. Herrera. *Les droits sociaux*. PUF, Que sais-je? Edition avril. (2009).

<sup>3</sup> D. Weissbrodt. *International law of economic, social, and cultural rights. A U.S. perspective*. Economic Rights in Canada and the United States. (2006). At. 41.



fiscal creado con el Acto Legislativo 03 del 2011 es el mecanismo idóneo para evitar que se siga comprometiendo el presupuesto nacional a través de las decisiones judiciales de las altas cortes en materia de derechos sociales?

Para responder este cuestionamiento, el artículo abordará inicialmente unos fundamentos teóricos relacionados con los derechos sociales. Se explicarán sus características, su alcance y la evolución jurisprudencial de la Corte Constitucional en materia de protección de los derechos sociales. Seguidamente se abordará el problema de la judicialización de los derechos sociales para posteriormente hacer un análisis del Acto Legislativo 03 del 2011, reforma constitucional que creó el principio de sostenibilidad fiscal.

Este artículo es una reflexión de la investigación “Los derechos sociales como generadores de políticas públicas en Colombia” desarrollada por el grupo “Nova Iuris” de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Neiva, y en la cual se abordó el fenómeno de la judicialización de los derechos sociales, la creación de políticas públicas por parte de los jueces con algunas de sus decisiones y la consecuente propuesta, ya materializada, de implantar un principio constitucional que detenga la actuación de las altas cortes.

## ■ El problema de la judicialización de los derechos sociales

El tema de la justiciabilidad de los derechos sociales no es asunto de poca monta, pues conlleva serios inconvenientes teóricos y prácticos. Entre los primeros se tiene la vaguedad conceptual y la falta de precisión normativa con que suelen estar redactadas las disposiciones constitucionales, o la posición de algunos juristas y jueces que consideran que los Derechos Económicos Sociales

y Culturales (DESC) no son verdaderos derechos. Como inconvenientes prácticos se pueden mencionar la dificultad de su reclamación judicial — ya que conlleva una especie de co-gobierno entre los jueces y el ejecutivo— y la falta de normas procedimentales propias que eviten tomar prestadas las propias de los derechos de primera generación.

El término *justiciabilidad* sugiere la posibilidad de reclamar, mediante un mecanismo legal, el cumplimiento o el restablecimiento de un derecho vulnerado. La exigencia judicial estaría sujeta a la existencia y vigencia de normatividad que garantice el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de un derecho. Tales garantías se relacionan con la posibilidad de iniciar un proceso judicial frente a los jueces competentes cuando el derecho ha sido violado. La garantía, el respeto y la protección de los derechos requieren normas jurídicas que consagren la intervención judicial que repare el derecho en caso de su violación.

La presunción de no-justiciabilidad o injusticiabilidad de los derechos sociales ha sido construida mundialmente interpretando la tendencia de que el juez debe negar el carácter operativo de este tipo de derechos, pues su materialización corresponde al sector político, por medio de políticas públicas.

La justiciabilidad de un derecho significa que este puede ser reclamado ante jueces y tribunales, mientras que la exigibilidad es un concepto más amplio que incluye, además de las medidas judiciales, otras adicionales como las de carácter legislativo, político, administrativo o social, todas tendientes a hacer eficaz un derecho.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> V. Abramovich & C. Courtis. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de Ecuador. (2009).

Acogiendo lo afirmado por Noguera,<sup>5</sup> el principal problema para el desarrollo de los derechos sociales es la justiciabilidad, y no su validez. Su indiscutible reconocimiento en un buen número de constituciones y su consagración en los textos constitucionales y tratados internacionales, hacen que esta categoría de derecho no tenga hoy día mayor problema en cuanto a su reconocimiento.

Muchos tratadistas han escrito acerca de la forma como se desataría el problema de la judicialización, habida cuenta de la dificultad que entraña su protección, pues, como ocurre en el caso colombiano, esta intervención judicial impone un nuevo esquema en la clásica tridivisión de funciones.

El carácter de no justiciabilidad de los derechos sociales es un dogma acogido principalmente por la doctrina internacional y por los jueces de muchos países. Las razones son variadas, siendo la principal la falta de un mecanismo expreso de protección, la ausencia de un juez especializado en el tema, o simplemente la falta de competencia del juez para ordenar un gasto.

Arango<sup>6</sup> expresa que los derechos sociales fundamentales son derechos individuales y no metas políticas, ni derechos colectivos. La función de los derechos sociales es incluir a los excluidos; la inclusión de los sectores menos aventajados socialmente permite reforzar el orden constitucional al concretar los principios que inspiran el Estado Social de Derecho, y lograr con ello su legitimación.

<sup>5</sup> A. Noguera. Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas. Tirant lo Blanch. (2007).

<sup>6</sup> R. Arango Rivadeneira. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis. (2005).

Uprimny y Rodríguez sostienen que en este debate hay un “empate teórico” en la medida en que hay tesis convincentes tanto de parte de quienes están con la justiciabilidad de los DESC, como de parte de quienes se oponen. Afirman que el debate está mal planteado, pues se ubican solamente dos polos opuestos: o se acepta, o no se acepta la justiciabilidad, es decir, si los derechos sociales se hacen efectivos mediante la política o la justicia. Concluyen diciendo que lo importante sería cuestionar las formas de justiciabilidad más adecuadas, desde un punto de vista progresista, de los derechos sociales en una democracia constitucional.<sup>7</sup>

En España, por ejemplo, muchas disposiciones sociales garantizadas por la Constitución de 1978 son descartadas del mecanismo del “Recurso de Amparo”, situación similar a la que ocurre en la India o en Irlanda, donde la misma exclusión se encuentra prevista. Sin embargo, a pesar de que las condiciones para acudir a la justicia han ido cambiando, algunos jueces manifiestan una reserva frente a estos derechos, declinando su competencia para conocer este tipo de casos.

De esta forma, las implicaciones presupuestales son presentadas como un freno a la justiciabilidad de los derechos sociales. Establecer cuál parte del presupuesto de un Estado determinado debe afectarse a los servicios públicos de educación, salud, vivienda, agua potable, entre otros, es una cuestión política y no jurídica.

La explicación estriba en que la asignación de los recursos del Estado depende de limitaciones diferentes a las constitucionales, como las financieras o de oportunidad. Tradicionalmente estos derechos se han materializado en

<sup>7</sup> R. Uprimny & C. Rodríguez. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Ediciones Antropos (2007).

la discrecionalidad del legislador y según la fórmula del Tribunal Constitucional Alemán, bajo “reserva de las posibilidades”. Técnicamente, no serían derechos fundamentales, sino más bien directivas o mandatos constitucionales.<sup>8</sup>

Algunas decisiones de justicia extranjera invocan todavía el argumento de la separación de los poderes, señalando que sólo la elección confiere la legitimidad para decidir la afectación de las finanzas públicas. Es el caso de la Corte Suprema de Irlanda, la cual ha podido ver en esta exclusión, unos jueces que no prueban la voluntad de minimizar las cuestiones sociales, sino, por el contrario, una tentativa para valorizar la dimensión política de su realización.<sup>9</sup>

### ■ Consecuencias de la justiciabilidad de los derechos sociales

Como ya se expresó, tradicionalmente la exigibilidad de los derechos sociales se ha realizado más por la vía política que por la vía judicial. Es decir, en los casos en que un gobierno se compromete con el diseño y la implementación de políticas públicas. En estos casos, los ciudadanos podrían presionar su cumplimiento. De allí la importancia de que los ciudadanos controlen el ejercicio del poder político de los gobernantes.

El problema de la justiciabilidad de los derechos sociales proviene de la teoría constitucional que explica el alcance de los derechos sociales. En efecto, se sabe que los derechos de primera generación o derechos civiles y políticos contienen una obligación negativa; es decir, son derechos de

“no hacer”, mientras que por el lado de los derechos sociales existen unas obligaciones positivas que redundan en un “hacer” a cargo del Estado.<sup>10</sup>

Según lo anterior, el cumplimiento de los derechos de primera generación serían cumplidos por el Estado simplemente con no hacer ciertas acciones violatorias de tales derechos, como no atentar contra la vida de las personas, no coartar la libertad de expresión, respetar la correspondencia, entre otros, mientras que los derechos sociales obligan al Estado a ejercer acciones claras tendientes a promover su materialización. Serían el caso del derecho a la salud, la educación, la seguridad social y la vivienda, entre otros.

Algunos autores<sup>11</sup> consideran que los jueces no están legitimados democráticamente para tomar decisiones socioeconómicas. Asimismo, que deben dejar estas decisiones a los poderes que están legitimados democráticamente para tomar decisiones de orden administrativo y político.

Involucrar o dejar involucrar a los jueces en la toma de decisiones políticas, administrativas o económicas podría significar, de un lado, una politización de los tribunales y la vulneración al principio de la autonomía de las ramas del poder público.

Muchos tratadistas<sup>12</sup> que acogen la posibilidad de que los jueces intervengan en la defensa de los

<sup>8</sup> C. Herrera. *Op. cit.*

<sup>9</sup> G. Frug. *The judicial power of the purse*. Pág. 102. *Pennsylvania Law Rev.* (1978).

<sup>10</sup> F. A. Hayek. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía*. Unión Editorial. (2006).

<sup>11</sup> Por ejemplo, en su libro *Los derechos sociales en las nuevas constituciones*, Albert Noguera afirma que ello podría generar la politización de la justicia y vulneraría la democracia.

<sup>12</sup> Entre otros autores se tiene a Víctor Abramovich y Christian Courtis (V. Abramovich & C. Courtis. *Apuntes sobre*

derechos sociales; afirman que la competencia la debe establecer el ordenamiento jurídico al brindar al titular del derecho la posibilidad de acudir ante la jurisdicción para hacer valer sus derechos.

El rechazo pretoriano fundado sobre una cierta interpretación de la separación de poderes, revela el temor del juez de volverse una especie de “superlegislador” y establecer una distinción entre el dominio político y el campo del derecho.<sup>13</sup>

Este activismo del juez constitucional ha dado lugar a que se le llame a este fenómeno como “Gobierno de los jueces” que, en palabras de Michel Troper (citado por López Daza) se daría cuando estos pudieran tomar decisiones políticas que fueran en contra de las decisiones políticas de los elegidos.<sup>14</sup>

*la exigibilidad judicial de los derechos sociales.* La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de Ecuador. [2009]), quienes han asumido posiciones a favor de la justiciabilidad de los derechos sociales. En el campo del derecho colombiano se puede citar a García y De Sousa Santos (M. García & B. De Sousa Santos. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Colciencias - Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Universidad de Coimbra CES - Universidad Nacional de Colombia - Siglo del Hombre Editores. [2001]), Uprimny y Rodríguez (R. Uprimny & C. Rodríguez. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Ediciones Antropos. [2007]) y Arango (R. Arango Rivadeneira. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis. [2005]).

<sup>13</sup> D. Roman. *La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social.* Droits des pauvres, pauvres droits? Université de Paris Ouest. (2010).

<sup>14</sup> Sobre este tema consultar: G. López Daza. La justicia constitucional colombiana: ¿un gobierno de los jueces? Editorial Universidad Surcolombiana. (2005).

Una salida que ha dado la doctrina a este activismo cada vez más común de los jueces es la autolimitación o *self-restraint*.<sup>15</sup> Esta autorrestricción se justificaría con un doble argumento: uno, el relacionado con el aspecto democrático, y otro, con aspectos puramente técnicos. El argumento democrático reposa sobre la idea de que el parlamento es el encargado de efectuar la aprobación presupuestal y que el juez no está preparado ni es competente para dirimir cuestiones de índole económica o social.

### ■ El principio de la sostenibilidad fiscal (Acto Legislativo 03/2011)

En los últimos lustros, el Gobierno colombiano ha estado preocupado por el curso que venía tomando la judicialización de los derechos sociales y sus consecuencias frente al Presupuesto General de la Nación.

El proyecto inicial del acto legislativo convocaba a “todas las ramas y órganos del poder público” a colaborar armónicamente para hacer cumplir este nuevo derecho formal, además de que le imponía al legislativo la obligación de tener en cuenta las condiciones de la “sostenibilidad fiscal” cuando tuviera que determinar el alcance

<sup>15</sup> Sobre el *self-restraint* se puede consultar un buen número de bibliografía especializada que profundiza en el tema. Ver, entre otros: L. Pech. *Le remède au gouvernement des juges: Le judicial self-restraint? Gouvernement des juges et démocratie.* Presse Univesitaire de la Sorbonne. (2001). At. 63. L. Pech. Government by Judiciary and Judicial Self-Restraint in France and in the US. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=929107](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=929107). (2007). R. Posner. *The meaning of judicial self-restraint.* Indiana Law Journal. (1983). At. 24.



concreto de los derechos sociales y económicos consagrados en la Constitución.

En el gobierno del presidente Juan Manuel Santos (2010-2014) se impulsó este proyecto introduciéndole algunos cambios importantes y quedó aprobado así: “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”.

La principal modificación fue la conversión de *derecho a principio*, además de que no contiene referencia a los fines del Estado Social de Derecho. La pregunta que surge es si la adopción de un nuevo derecho a la sostenibilidad generaría un enfrentamiento con los derechos sociales, económicos y culturales.

## Análisis del acto legislativo

### La exposición de motivos

Antes de analizar el alcance del Acto Legislativo 03 del 2012, es necesario hacer una breve referencia a la exposición de motivos de la reforma constitucional. Las consideraciones del acto legislativo se basaron en posiciones jurisprudenciales adoptadas por la Corte Constitucional. Los sustentos traídos por el legislador son los siguientes cuatro:

- a) La necesidad de que exista coordinación entre las funciones del Banco de la República y la ejecución de la política económica general, a favor de los objetivos generales del Estado Social de Derecho.
- b) La intervención del gobierno nacional en las finanzas de las entidades territoriales como instrumento para conjurar una crisis estructural de estas, que podría amenazar la *sostenibilidad fiscal* y la estabilidad macroeconómica.

- c) La preeminencia de la *sostenibilidad* financiera del sistema general de pensiones sobre los intereses particulares de los beneficiarios de regímenes especiales.
- d) La prevalencia de la protección general de los derechos económicos y sociales sobre la prestación de algún derecho particular, para asegurar que el conjunto de aquellos sea reconocido de manera progresiva.

Si se analiza detenidamente este soporte jurisprudencial, se observa que algunos fundamentos no guardan relación directa con la reforma. En el fundamento a) se habla de una coordinación entre las funciones del Banco de la República y la ejecución de la política económica general, lo cual no es consecuente con la reforma que busca racionalizar el impacto fiscal de las decisiones judiciales.

En el literal b) se expresa la necesidad de que el gobierno intervenga en las finanzas de las entidades territoriales (departamentos, municipios, regiones, distritos especiales, etcétera) tendiente a evitar una desestabilidad fiscal. Esto tampoco guarda relación con la reforma que busca enfrentar las decisiones judiciales generadoras de impacto fiscal.

En el literal c) se habla de la preferencia que se le debe dar a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, lo cual sí tiene relación, pues muchas decisiones judiciales han ordenado reconocimientos pensionales en muchos casos de sumas exorbitantes.

Y en el literal d) se indica la importancia de la protección de los derechos económicos, es decir, reitera el principio de la no regresividad en este tipo de derecho así como su progresividad, lo cual podría indicar que la reforma reconoce estos principios que no son expresados de manera explícita.

Con las anteriores premisas, el legislador concluye que los jueces han defendido la superioridad de los principios de *sostenibilidad fiscal* y de estabilidad macroeconómica, como condición para que el Estado no falle en sus objetivos sociales fundamentales.

Esta argumentación es tomada como soporte para plantear la necesidad de elevar a rango constitucional un nuevo derecho ciudadano, que lo denomina el *derecho a la sostenibilidad fiscal*, y un nuevo deber: *el deber estatal de la sostenibilidad fiscal*.

Sin embargo, debido a presiones de un gran sector de congresistas, el proyecto fue modificado y se reemplazó la palabra “derecho” por “principio”. La explicación de este cambio radica en que la noción de principio implica declaraciones orientadoras, mientras que derecho son reglas.

La exposición de motivos trae a colación algunos argumentos económico-constitucionales que sustentan tal reforma, como el compromiso de las autoridades económicas en el logro de una inflación baja y estable y una sostenibilidad fiscal que permita la efectividad de las políticas de estabilización macroeconómica. Asimismo, se hace énfasis en que la sostenibilidad fiscal es un derecho que contribuye a proteger todos los demás derechos.

El proyecto, además, justifica esa reforma constitucional en el artículo 334 de la Constitución Política, el cual define los objetivos de la intervención del Estado en la economía, pero no hace referencia expresa a la sostenibilidad fiscal.

En el mismo sentido, la exposición de motivos sustenta la reforma en las siguientes decisiones de la Corte Constitucional de Colombia:

- Sentencia c-481 de 1999 (exequibilidad del artículo 2 de la Ley 31 de 1992).

- Sentencia c-579 del 2001 (constitucionalidad de las principales disposiciones de la Ley 617 del 2000).
- Sentencia c-242 del 2009 (constitucionalidad de las reformas a los regímenes pensionales).

La conclusión, según la exposición de motivos, que se deriva de los anteriores pronunciamientos de la Corte Constitucional es que la sostenibilidad financiera es un principio sobre el cual se soporta la plena realización de los derechos de las personas dentro de un Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta el hecho esencial de que toda sociedad dispone de una cantidad limitada de recursos con los cuales debe atender múltiples necesidades de las personas.

En el mismo sentido, se resalta el énfasis que hace la jurisprudencia constitucional en el principio de progresividad para el otorgamiento de los derechos económicos, sociales y culturales, principio reconocido en el ámbito internacional.

Concluye la exposición de motivos que la sostenibilidad fiscal es un requisito para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales como parte esencial del Estado Social de Derecho. Justifica la existencia de este principio en la progresividad de los derechos sociales, teniendo como marco la disponibilidad de recursos destinados para ello, encontrando como fundamento superior la prevalencia del interés general y atendiendo las prioridades de gasto de acuerdo con las disposiciones constitucionales, tal y como lo prevé, por ejemplo, el artículo 350 de la Constitución. El resto de la exposición de motivos justifica la modificación constitucional en aspectos económicos y de Hacienda Pública como la necesidad de controlar el gasto público.



## La norma aprobada

El 2011 fue un año de alta actividad legislativa en Colombia. Se aprobaron seis reformas constitucionales (cuando el promedio anual era de una o tres) y 73 leyes (en el 2010 se aprobaron 58). El Acto Legislativo 03 del 2011 “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal” es una reforma constitucional de cuatro artículos, los cuales reformaron tres artículos del Título XXII (del Régimen Económico y de la Hacienda Pública): el 334, 339 y 346.

Según el artículo 1º de la reforma, el artículo 334 de la Constitución Política quedó así (destaco en letra cursiva el texto adicionado):

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. *Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.*

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 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.*

*Parágrafo. Al interpretar el presente artículo, 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.*

Del texto modificado se pueden hacer las siguientes observaciones: en primer lugar, la primera parte del texto agregado no guarda coherencia con el párrafo inicial, pues habla de “dicho marco de sostenibilidad fiscal”, como si con anterioridad se hubiera hecho mención de tal principio. La última parte del texto (que fue incluida con posterioridad a la presentación del proyecto), expresa claramente la prioridad del gasto social en el *Estado Social de Derecho*.

En la segunda parte del articulado, se obliga a los miembros de las Ramas y Órganos del poder público a orientar sus actuaciones administrativas hacia la sostenibilidad fiscal. A renglón seguido se incluye un mecanismo administrativo-judicial,

en el evento en que una corporación judicial proferiera una sentencia en la que supuestamente (no lo dice expresamente el artículo) a través de una orden se menoscabe o afecte la sostenibilidad fiscal del Estado.

En este caso hipotético, se creó el *Incidente de impacto fiscal* como un mecanismo que buscaría morigerar las consecuencias de un gasto que sobrevenga ante la orden de una corporación judicial. Según el artículo, sólo el Ministerio público, en cabeza del Procurador, y cualquiera de los ministros de despacho, podrían solicitar la apertura de este incidente ante la misma corporación.

Obsérvese que, según la reforma, este procedimiento solamente está dirigido a las máximas corporaciones judiciales. Es decir, los denominados órganos de cierre o cabeza de cada una de las jurisdicciones: Corte Suprema de Justicia, Corte Constitucional, Consejo de Estado o Consejo Superior de la Judicatura. Es decir, que si un juez o tribunal de instancia ordena un gasto que en un momento dado pueda desestabilizar o afectar la sostenibilidad fiscal del Estado, el incidente no se podrá proponer. Una vez abierto el proceso, el máximo tribunal que falló sobre el asunto, deberá:

- 1) Oír las explicaciones (del procurador o del ministro) acerca de las consecuencias para las finanzas públicas de la decisión judicial.
- 2) Escuchar la propuesta para el cumplimiento de la decisión.

Ante la propuesta presentada, el máximo tribunal decidirá si modula,<sup>16</sup> modifica o difiere los

<sup>16</sup> Se debe entender como “modulación”, la técnica de decisión judicial en la que el juez le da un alcance muy especial al fallo judicial. Esta técnica judicial puede ir desde la manipulación de las normas (modificándolas

efectos de la sentencia. Es decir, dentro de su autonomía judicial podrá acoger o no la propuesta. Este incidente extraordinario modificaría el procedimiento establecido en el Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la acción de tutela) y de la Ley 472 de 1998 (acción popular), ya que en tales normas se establecía que una vez proferida la decisión judicial se procedía a su cumplimiento por la parte condenada, sin que haya forma de modificar la decisión final. Y aún más, tal incidente podría ser propuesto no sólo a las decisiones de tutela, sino a cualquiera, pues la norma no lo especifica.

En el supuesto caso de que la Corporación judicial module, modifique o difiera la decisión inicialmente tomada, su posición no deberá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Esta situación puede ser contradictoria, pues si decide posponer la decisión tomada (porque, por ejemplo, no existen los recursos para atender la orden impartida), deberá buscar la forma de no afectar los derechos de las personas vulneradas, lo cual puede ser una tarea difícil, puesto que, en la mayoría de los casos, la protección de derechos fundamentales sólo se logra con la destinación de recursos.

o agregándole textos diferentes a los aprobados por el legislador) hasta el aplazamiento por un tiempo del efecto del fallo. Sobre este particular se pueden consultar los siguientes artículos especializados en el tema: H. A. Olano García. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Revista Vniversitas. [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/13Olanoult..pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf). G. A. López Daza. *El Juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?* Revista Cuestiones Constitucionales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México). <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/27108>.

## ■ Críticas a la reforma y las demandas de inexecutable

Las principales críticas a la reforma aprobada por el legislativo emanan de sectores académicos de juristas y en menor cantidad de economistas, que critican la forma como se incluyeron asuntos de política económica en la Constitución, haciendo énfasis en presuntas irregularidades en el trámite del legislativo.

Un sector de ONG del derecho expresa que la adopción de políticas económicas de austeridad en el gasto requieren fundamentalmente de voluntad política y control social. La inclusión de aspectos de política económica como norma constitucional es un error de principio.<sup>17</sup>

Esta misma ONG critica que la reforma supedita la supremacía y fuerza vinculante de la Constitución a la sostenibilidad fiscal. Esta apreciación no es real, pues el mismo acto legislativo expresa la efectividad de los derechos los cuales no podrán ser desplazados por asuntos económicos.

Economistas como Salomón Kalmanovitz<sup>18</sup> afirman que constitucionalizar una política pública es introducir aspectos inapropiados e inflexibles en una Carta Política. Indica que es creer en el fetichismo legal, es decir, que la magia de un texto legal hará que las cosas mejoren, lo cual sólo cambiará con el compromiso del gobierno en materia macroeconómica.

Si bien se considera que esta opinión de Kalmanovitz es fundada, pues dicho control que pretende hacer el gobierno a las decisiones judiciales la podría haber ordenado con una ley, el autor, igualmente, afirma que los jueces deben considerar los impactos económicos de sus fallos, pues el gasto surge de la representación popular. Esta ha sido la posición del reconocido economista, quien en varios artículos ha planteado la inconveniencia de que la Corte ordene gastos por medio de sus decisiones.<sup>19</sup> Las decisiones judiciales son para muchos economistas la fuente de desborde presupuestal.

Esta posición, propia de muchos economistas, es inaceptable para los juristas, pues bien se sabe que los jueces sólo deben buscar la aplicación de la Constitución Política sin tener en cuenta el impacto de sus decisiones. La Corte Constitucional decide en muchos casos sobre temas económicos profiriendo decisiones de muy alto impacto fiscal, como las sentencias sobre salud o las de atención a los desplazados. Sin embargo, la Corte en muchas decisiones ha optado por la modulación, difiriendo en el tiempo y ajustando el fallo a realidades presupuestales.

Es una realidad hoy día que para la defensa de los derechos civiles se requieren recursos económicos; pensar lo contrario es regresar al siglo XVIII. En efecto, para asegurar la protección de la vida y la integridad de las personas, se requiere de la fuerza pública (la cual cuesta), o para asegurar el acceso a la justicia se requieren servidores que la presten, sólo para nombrar dos ejemplos.

El jurista Gustavo Gallón Giraldo, de la Comisión Colombiana de Juristas, expresa que limitar los derechos económicos, sociales y culturales

<sup>17</sup> Es la posición de la ONG Derechojusto.org. Ver la posición completa en <http://www.derechojusto.org>

<sup>18</sup> S. Kalmanovitz. *La sostenibilidad fiscal*. El Espectador, 11 de mayo del 2011. Se puede consultar en la página web <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-266521-sostenibilidad-fiscal>

<sup>19</sup> S. Kalmanovitz. *Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional*. Economía Colombiana, No. 276.

oponiéndolos 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.<sup>20</sup>

Otra crítica muy autorizada es la del exmagistrado José Gregorio Hernández, quien afirma que la sostenibilidad fiscal es un concepto “vago y abierto”, lo cual da lugar a varias interpretaciones.<sup>21</sup> Coincide el jurista que el proyecto tiene otro problema y es que no respetó el principio de consecutividad, pues fue ajustado a última hora, sin que hubiese sido discutido en los primeros debates. Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, esto se configura en un vicio de forma.

A la fecha se han presentado alrededor de 72 demandas de inconstitucionalidad contra el Acto legislativo; la Corte acumuló varias de ellas en un solo proceso, admitiendo 11, inadmitiendo 7 y rechazando 6. El principal argumento expuesto es la posible violación del artículo 375 de la Constitución, que prevé el procedimiento para la aprobación de los actos legislativos. Si se revisa el proceso legislativo surtido en el Congreso, el mayor vicio ocurrió en el Senado, en el quinto debate. Allí se presentaron 18 congresistas, de los cuales nueve votaron a favor, ocho en contra y uno se negó a votar la iniciativa.

<sup>20</sup> G. Gallón Giraldo. ¿Sostenibilidad fiscal o regresividad social? Comisión Colombiana de Juristas. <http://www.coljuristas.org> (15 junio 2011).

<sup>21</sup> C. Paredes. *La sostenibilidad fiscal: lo que va de la economía al derecho*. Revista Semana. <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-sostenibilidad-fiscal-va-economia-derecho/241050-3> (8 junio 2011).

Otro argumento de los demandantes es que la reforma constitucional sustituye la Carta Política, pues impone una limitación al goce de los derechos fundamentales. Además se alega que la norma establece una extralimitación de funciones del procurador general de la Nación y de los ministros de Gobierno.

## ■ Análisis de las sentencias de constitucionalidad

La Corte Constitucional ha proferido hasta la fecha (julio del 2012) cuatro sentencias de constitucionalidad sobre el Acto Legislativo 03 del 2011: la Sentencia C-132/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, del 29 de febrero del 2012; la Sentencia C-332 del 2012, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, del 09 de mayo del 2012; la Sentencia C-367 del 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, del 16 de mayo del 2012, y la Sentencia C-416 del 2012, M.P. Adriana María Guillén Arango, del 06 de junio del 2012.

Las demandas de constitucionalidad presentadas se centraron en aspectos procedimentales, específicamente en supuestas irregularidades en el trámite parlamentario del proyecto de acto legislativo. Sólo una de ellas, la C-132 del 2012, alegó un aspecto de fondo: la sustitución constitucional. Sin embargo, ninguno de los argumentos de las demandas fue aceptado por la Corte Constitucional.

En la primera decisión proferida, el alto tribunal no se pronunció de fondo, pues se declaró inhibida para decidir la constitucionalidad del acto legislativo, argumentando que la demanda no cumple con los requisitos mínimos de suficiencia, pues el demandante no abordó de manera efectiva, clara y precisa los problemas hermenéuticos que presenta la enmienda constitucional. El



alto tribunal indicó que el demandante solamente planteó una supuesta y abierta contradicción entre el concepto de sostenibilidad fiscal y el modelo de Estado Social de Derecho. Al decir de la Corte, el demandante no abordó ni profundizó en las problemáticas relaciones que existen entre el concepto de Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal.

De igual manera, el examen que realiza el ciudadano acerca de la eventual afectación de la procedencia del amparo en materia de DESC, no toma en consideración todo el contexto normativo, es decir, la integridad misma de la reforma constitucional.

Aunado a lo anterior, las explicaciones dadas por el ciudadano no terminan de ser claras, por cuanto, por una parte, alega que la reforma constitucional vulnera los derechos fundamentales, pero, por la otra, sostiene que algunas cláusulas contenidas en la misma terminan por ser “retóricas”, queriendo decir con ello que carecen de efectos vinculantes. Por todas las razones anteriores procede un fallo inhibitorio.

En sentencia c-332 del 2012, también con ponencia de Humberto Sierra Porto, la Corte abordó la demanda de inconstitucionalidad, la cual se centraba en presuntas irregularidades en el trámite legislativo por cuenta de que el senador Rizzetto Luces aparentemente se abstuvo de votar, lo cual vulneraría la Ley 5 de 1992. En consecuencia, se debió anular la votación del proyecto.

La Corte analizó de manera concienzuda el material probatorio (documentos, grabaciones, entre otros), pero no se comprobó de manera fehaciente si el senador Rizzetto Luces se encontraba o no presente. Por tanto, teniendo en cuenta la duda que resulta de este episodio legislativo, la Corte aplicó el principio *in dubio pro legislatore*, pues que *no hay certeza* acerca de la

existencia de un vicio de procedimiento y en tal sentido la duda debe ser resuelta a favor del legislador, en tanto que salvaguarda de la decisión mayoritaria.

Las otras dos sentencias, es decir, la c-367 del 2012 (16 de mayo), M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y la c-416 del 2012 (06 de junio), M.P. Adriana María Guillén Arango, fueron decididas teniendo en cuenta lo fallado en la c-332 del 2012, pues los cargos de los demandantes eran los mismos que los analizados en esta última sentencia.

En conclusión, la Corte no abordó aspectos de fondo como la supuesta sustitución constitucional o la violación de principios de la Constitución como el Estado Social de Derecho.

Sin embargo, se debe resaltar la aclaración de voto del magistrado Sierra Porto en la sentencia c-332 del 2012, quien fue el ponente de la citada decisión, pero los argumentos de la ponencia fueron derrotados por la mayoría.

El citado magistrado expresó en su escrito de aclaración que la Corte carece de competencia para pronunciarse sobre los denominados vicios de competencia o materiales. Por tanto, ante demandas ciudadanas por sustitución de la Constitución, lo procedente era una declaratoria de inhibición por falta de competencia, y no una por inepta demanda, tal como ocurrió en la sentencia c-332 del 2012.

En las tablas 1 a 4 se hace un breve resumen de las cuatro sentencias de constitucionalidad que fueron proferidas por la Corte Constitucional.

**Tabla 1.** Resumen de la Sentencia c-132 del 2012

<b>Sentencia</b>	c-132 del 2012 (29 de febrero). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
<b>Fundamentos de la demanda</b>	Violación del Estado Social de Derecho, pues hace primar lo económico sobre los derechos sociales y colectivos. La reforma constitucional hace un verdadero cambio o sustitución de la Carta Constitucional vigente, porque el poder del Congreso Nacional está limitado únicamente a reformar las normas superiores, pero jamás para cambiarlas o sustituirlas.
<b>Decisión</b>	La Corte se declaró inhibida.
<b>Fundamentos de la decisión</b>	La Corte considera que el demandante no logró estructurar, al menos, un cargo de inconstitucionalidad, por cuanto sus argumentos no cumplen con los requisitos mínimos de suficiencia y claridad.
<b>Aclaración de voto</b>	Humberto Sierra Porto

Fuente: el autor

**Tabla 2.** Resumen de la Sentencia c-332 del 2012

<b>Sentencia</b>	c-332 del 2012 (09 de mayo). M.P. Humberto Sierra Porto.
<b>Fundamentos de la demanda</b>	- Violación del artículo 375 C.P.; artículo 123.  El artículo 23 del <i>Reglamento del Congreso</i> , relativo a las votaciones, señala en su Numeral 4 que “El número de votos, en toda votación, debe ser igual al número de Congresistas presentes en la respectiva corporación al momento de votar, con derecho a votar. Si el resultado no coincide, la elección se anula por el Presidente y se ordena su repetición”.  En el caso en comento, el de la aprobación del Acto Legislativo No. 3 del 2011, encontramos que este fue aprobado en quinto debate, por nueve votos a favor y ocho en contra en la Comisión Primera del Senado; esto ocurrió el 24 de noviembre del 2010.
<b>Decisión</b>	Declarar <i>exequible</i> , por el cargo analizado, el Acto Legislativo No. 03 del 2011.
<b>Fundamentos de la decisión</b>	Del examen del acervo probatorio no queda claro si el senador Rizzetto Luces se encontraba o no presente en el recinto de la Comisión I del Senado al momento de ser votado el proyecto de acto legislativo. Por el contrario, se encuentra plenamente demostrado que ningún congresista solicitó verificar el quórum, con lo cual, lo expresado por el secretario de la misma, además de lo consignado en la respectiva Acta de Sesión, publicada en la <i>Gaceta del Congreso</i> , se tiene por cierto. En efecto, no se puede olvidar que el secretario de la Comisión es quien da fe de lo sucedido en el curso de los debates parlamentarios y las votaciones.

Fuente: el autor



**Tabla 3.** Resumen de la Sentencia c-367 del 2012

<b>Sentencia</b>	c-367 del 2012 (16 de mayo). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
<b>Fundamentos de la demanda</b>	- Violación del artículo 375 C.P.; artículos 123 y 225 Ley 5/92. - (i) El proyecto de acto legislativo debe ser aprobado en cada una de las cámaras por la mayoría simple, en la primera vuelta, y por absoluta en la segunda; y (ii) las votaciones están sujetas a reglas específicas, entre ellas que el número de votos debe ser igual al número de congresistas presentes en la respectiva corporación al momento de votar, con derecho a ello. En caso de que el resultado no coincida, la elección se anula por el presidente y se ordena su repetición.
<b>Decisión</b>	Estar a lo resuelto en la Sentencia c-332 del 9 de mayo del 2012, que declaró exequible el Acto Legislativo No. 3 del 2011, por el cargo analizado en esa oportunidad.
<b>Fundamentos de la decisión</b>	Existencia de cosa juzgada constitucional.  - Aplicar el principio <i>in dubio prolegislatore</i> , según el cual, en caso de duda razonable acerca de la ocurrencia de un vicio de procedimiento, aquella debe ser resuelta a favor de la decisión mayoritaria adoptada por un cuerpo deliberante, como lo es el Congreso de la República, además, como una manifestación del principio democrático.

Fuente: el autor

**Tabla 4.** Resumen de la Sentencia c-416 del 2012

<b>Sentencia</b>	Sentencia c-416 del 2012 (06 de junio). M.P. Adriana María Guillén Arango.
<b>Fundamentos de la demanda</b>	Los demandantes acusan la norma de inconstitucional debido a que en su formación, la votación de los senadores fue irregular, pues plantean que uno de los congresistas obligado a votar no lo hizo y aún así se promulgó la norma que regula los temas de sostenibilidad fiscal.
<b>Decisión</b>	Este tema ya resolvió mediante Sentencia c-332 del 2012, la cual declaró exequible tal norma.
<b>Fundamentos de la decisión</b>	La votación que alegan como irregular fue repetida, saneando así el vicio de forma que se ataca.

Fuente: el autor

## ■ Conclusiones

La sostenibilidad fiscal es una figura que está presente en normas constitucionales de unos pocos países del mundo como Brasil,<sup>22</sup> Alemania,<sup>23</sup>

<sup>22</sup> *Constitución Política de la República Federal del Brasil de 1988, artículo 72.* La Comisión mixta permanente a que se refiere el Art. 166, 1° ante indicios de pagos no autorizados incluso bajo la forma de inversiones no programadas o subvenciones no aprobadas, podrá solicitar a la autoridad gubernamental responsable que preste las aclaraciones necesarias, en el plazo de cinco días. 1° No prestadas las aclaraciones, o consideradas estas insuficientes, la Comisión solicitará al Tribunal pronunciamiento definitivo sobre la materia, en el plazo de treinta días. 2° Entendiendo el Tribunal irregular el gasto, la Comisión, si estimase que el gasto puede causar daño irreparable o grave lesión a la economía pública, propondrá al Congreso Nacional su suspensión.

<sup>23</sup> *Constitución Alemana de 1949. Artículo 91ª.* 4. La disponibilidad de los recursos quedará, en todo caso, supeditada a las previsiones presupuestarias de la Federación y de los Estados. *Artículo 109.* 2. La Federación y los Estados deberán tomar en consideración al formular sus presupuestos las exigencias del equilibrio económico general. 3. Se podrán establecer mediante ley federal, que requerirá la aprobación del Consejo Federal, unos principios de validez común para el derecho presupuestario (Haushaltsrecht) de la Federación y de los Estados, con vistas a una economía presupuestaria adecuada a la coyuntura y a una planificación de varios años. *Artículo 110.* 1. Todos los ingresos y gastos de la Federación deberán consignarse en los Presupuestos, si bien en el caso de empresas federales (Bundesbetriebe) y de patrimonios especiales (Sondervermögen) será suficiente que figuren las entradas o las entregas. Los Presupuestos deberán estar equilibrados en gastos e ingresos.

Suiza<sup>24</sup> o Polonia.<sup>25</sup> Sin embargo, en ningún caso se consagra como *principio*, ni mucho menos como *derecho*. Este “experimento constitucional colombiano” no tiene otro propósito que limitar el gasto de los derechos sociales realizados por los jueces, creando un nuevo principio denominado “principio de la sostenibilidad fiscal”, a pesar de que la normatividad vigente prevé mecanismos para controlar el gasto público.<sup>26</sup>

La mera introducción de reglas fiscales no garantiza el éxito, a menos que el costo de romper la regla sea mayor que el beneficio de hacerlo. La evidencia sugiere que las normas que no tienen

<sup>24</sup> *Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999). Artículo 100 Política coyuntural.* 1. La Confederación tomará medidas para asegurar la evolución equilibrada de la situación económica y, especialmente, destinadas a prevenir y combatir el paro y la inflación. *Artículo 126 Gestión de finanzas.* 1. La Confederación mantiene de manera durable el equilibrio entre los gastos y los ingresos. 2. El límite superior de los gastos previstos en el presupuesto debe ser fijado en función de los gastos estimados según las previsiones coyunturales. *Artículo 100 Política coyuntural.* 1. La Confederación tomará medidas para asegurar la evolución equilibrada de la situación económica y, especialmente, destinadas a prevenir y combatir el paro y la inflación.

<sup>25</sup> *Constitución de la República de Polonia de 1997, artículo 220.* El aumento de los gastos o la limitación de los ingresos previstos por el Consejo de Ministros no pueden dar lugar a la adopción por el Sejm (parlamento polaco) de un déficit presupuestal superior a aquel previsto por el proyecto de ley presupuestal.

<sup>26</sup> Es el caso de la Ley 819 del 2003, “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones”, la cual se encuentra vigente.



mecanismos de aplicación eficaces tienden a ser inocuas y peores que las reglas que las hacen, y tienen más probabilidades de ser abandonadas.<sup>27</sup>

El incidente de impacto fiscal creado con el Acto Legislativo no es el medio más idóneo para evitar que los jueces sigan ordenando gasto. En primer lugar, porque sólo quedó limitado a las Altas Cortes, por lo que los tribunales y jueces de instancia, que también pueden ordenar gastos por medio de sentencias, quedaron por fuera del campo de acción de la norma.

En el caso de que la Corte Constitucional deba proteger un derecho fundamental y deba ordenar un gasto para su protección, el incidente de impacto fiscal no será el medio idóneo para evitar la orden toda vez que existen derechos fundamentales que deben ser protegidos y primará su amparo, pues como la misma norma lo expresa, no se podrán afectar los derechos de las personas afectadas. Así las cosas, este principio de sostenibilidad fiscal no parece ser el mecanismo idóneo para evitar que se siga comprometiendo el presupuesto nacional por medio de las decisiones judiciales de las Altas Cortes en materia de derechos sociales.

Asimismo, esta modificación (coyuntural) de la Constitución Política incluyó de manera inapropiada un principio constitucional nuevo, agregando uno más a la lista de principios constitucionales creados por el constituyente.

Por último, constitucionalizar una política de tipo fiscal técnicamente no es el mecanismo más apropiado, pues las políticas públicas están sometidas a los vaivenes de la sociedad a la evolución de las fuerzas políticas en un momento

<sup>27</sup> X. Debrun, J. Pisani-Ferry & A. Sapir. *Government size and output volatility: Should we forsake automatic stabilization?* European Economy Economic Papers. (2008).

dado, por lo que elevarlas al canon constitucional podría petrificar una realidad que en un momento puede ser válida, pero en otro momento no.

## ■ Referencias

- A. Noguera. Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas. Tirant lo Blanch. (2007).
- C. Herrera. *Les droits sociaux*. PUF, Que sais-je? Edition avril. (2009).
- C. Paredes. *La sostenibilidad fiscal: lo que va de la economía al derecho*. Revista Semana. <http://www.semana.com/nacion/articulo/la-sostenibilidad-fiscal-va-economia-derecho/241050-3> (8 junio 2011).
- Confederación Suiza. *Constitución Federal de la Confederación Suiza (1999). Artículo 100 Política coyuntural*.
- D. Roman. *La justiciabilité des droits sociaux ou les enjeux de l'édification d'un État de droit social*. Droits des pauvres, pauvres droits? Université de Paris Ouest. (2010).
- D. Weissbrodt. *International law of economic, social, and cultural rights. A U.S. perspective*. Economic Rights in Canada and the United States. (2006). At. 41.
- Derecho Justo. Centro de Análisis Legislativo y Jurisprudencial. [ong Derechojusto.org](http://www.derechojusto.org). <http://www.derechojusto.org>
- F. A. Hayek. *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía*. Unión Editorial. (2006).
- G. Frug. *The judicial power of the purse*. Pág. 102. *Pennsylvania Law Rev.* (1978).
- G. A. López Daza. *El Juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?* Revista Cuestiones Constitucionales del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México). <http://www.revistas.unam.mx/index.php/cuc/article/view/27108>.
- G. López Daza. *La justicia constitucional colombiana: ¿un gobierno de los jueces?* Editorial Universidad Surcolombiana. (2005).

- G. Gallón Giraldo. ¿Sostenibilidad fiscal o regresividad social? Comisión Colombiana de Juristas. <http://www.coljuristas.org> (15 junio 2011).
- H. A. Olano García. *Tipología de nuestras sentencias constitucionales*. Revista Universitas. [http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub\\_rev/documents/13Olanoult..pdf](http://www.javeriana.edu.co/juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult..pdf).
- L. Pech. Government by Judiciary and Judicial Self-Restraint in France and in the US. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=929107](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=929107). (2007).
- L. Pech. *Le remède au gouvernement des juges: Le judicial self-restraint?* Gouvernement des juges et démocratie. Presse Univesitaire de la Sorbonne. (2001). At. 63.
- Ley 819 del 2003. Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones. DO No. 45243
- M. García & B. De Sousa Santos. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Colciencias - Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Universidad de Coimbra CES - Universidad Nacional de Colombia - Siglo del Hombre Editores. (2001).
- R. Arango Rivadeneira. El concepto de derechos sociales fundamentales. Legis. (2005).
- R. Posner. *The meaning of judicial self-restraint*. Indiana Law Journal. (1983). At. 24.
- R. Uprimny & C. Rodríguez. Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. Ediciones Antropos. (2007).
- República de Polonia. *Constitución de la República de Polonia de 1997, artículo 220*.
- República Federal de Alemania. *Constitución Alemana de 1949. Artículo 91ª*.
- República Federativa de Brasil. *Constitución Política de la Republica Federal del Brasil de 1988, artículo 72*.
- S. Kalmanovitz. *La sostenibilidad fiscal*. El Espectador, 11 de mayo del 2011. <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-266521-sostenibilidad-fiscal>
- S. Kalmanovitz. *Las consecuencias económicas de los fallos de la Corte Constitucional*. Economía Colombiana, No. 276.
- V. Abramovich & C. Courtis. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. La protección judicial de los derechos sociales. Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de Ecuador. (2009).
- X. Debrun, J. Pisani-Ferry & A. Sapir. *Government size and output volatility: Should we forsake automatic stabilisation?* European Economy Economic Papers. (2008).