

La sostenibilidad fiscal y la regresividad de los derechos sociales en la Jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional (2012-2016)

Investigación en curso

Maria Alejandra Jaimés
mjaimés816@unab.edu.co

Annie Stefanie Duarte
aduarte544@unab.edu.co

Natalia Juliana Pacheco
npacheco697@unab.edu.co

Universidad Autónoma de Bucaramanga

RESUMEN

A partir del análisis de los debates de aprobación del Acto Legislativo 03 de 2011 y de la Sentencia C-288 del 2012, primer momento de existencia de la sostenibilidad fiscal, se encuentra con que aquella y el incidente de impacto fiscal se incorporan como instrumentos para la protección y garantía de los derechos sociales. De tal suerte, permite su enlace con los rasgos del Juez neoconstitucional-garantista de derechos sociales, auto-construidos por la Corte Constitucional a partir de la cláusula de Estado social de Derecho y las tesis de justiciabilidad de los derechos sociales.

ABSTRACT

Based on the analysis of the debates: Approval of Legislative Act 03 2011 and Judgment (Sentencia) C-288 of 2012, beginning of existence of fiscal sustainability, it was found that latter and the incident of fiscal impact are incorporated as instruments for the protection and guarantee of social rights. In that way, it allows its connection with the features of Judge guarantor neoconstitutional-social, self-built by the Constitutional Court from the social clause and the rule of law thesis justiciability of social rights.

Área de Conocimiento

Ciencias Socio-jurídicas

Palabras Clave

Estado social de Derecho; Derechos sociales; Sostenibilidad fiscal; Corte Constitucional

INTRODUCCIÓN

La realización del Estado social de Derecho a costa de fallos de la Corte Constitucional en donde orden la satisfacción de la faceta programática de los derechos sociales ha generado importantes críticas que advierten que la dinámica de la economía nacional podría truncarse al tener que desatender otros frente que podrían generar recursos. Pareciera que las voces críticas tuvieron eco en la realidad constitucional al punto de materializarse en la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011 que incorpora la regla de sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal, en virtud de lo cual las altas Cortes, como la Corte Constitucional tienen que modular los efectos de sus decisiones cuando generen un fuerte impacto en las finanzas públicas.

Esta reforma constitucional ha generado temores, pues, como se verá más adelante, se denuncia que puede convertirse en una limitación al trabajo que la Corte Constitucional ha desarrollado para hacer la realización de la cláusula de Estado social de Derecho presente en la Constitución de 1991. En esta oportunidad se presenta como avance de investigación el análisis de los debates dados en el seno del Congreso de la República.

Este escrito presenta un primer avance y se analizan: (i) los debates dados dentro del Congreso de la República para la aprobación del AL 03/11 y (ii) de la C-288 de 2012, el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre su coherencia con el Estado social de Derecho, realizado en ejercicio del control de constitucionalidad en abstracto. El interrogante que guía este trabajo y al que se quiere dar respuesta es: ¿si en esta primera comprensión se admite que sea posible utilizar argumentos de sostenibilidad para dar pasos hacia atrás frente garantías ya reconocidas de derechos sociales?

OBJETIVOS

General: Identificar si la Corte Constitucional ha promovido la regresividad de los derechos sociales con fundamento en el Acto Legislativo 03 de 2011 entre 2012 y 2016

Específicos:

- Analizar las tensiones que han surgido entre los elementos ideológico y económico de la Constitución de 1991 en la satisfacción de derechos sociales
- Determinar los requisitos que se deben cumplir al adoptar medidas que disminuyen la protección de los derechos sociales por la falta de recursos económicos para que sean válidas
- Estudiar el trámite probatorio del Acto Legislativo 03 de 2011
- Recolectar jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la sostenibilidad fiscal y derechos sociales en el periodo 2012-2016
- Analizar sentencias de la Corte Constitucional que verse sobre el alcance de los derechos sociales y sus garantías en dialogo con la sostenibilidad fiscal en el periodo 2012-2016
- Verificar los ámbitos de protección de los derechos fundamentales determinados en sentencias de la Corte Constitucional en las que se aplique la sostenibilidad fiscal en el periodo 2012-2016

METODOLOGÍA

Para la consecución de los objetivos del proyecto se han determinado dos fases de la investigación, a saber:

1) Fase descriptiva

- Identificación en la jurisprudencia y doctrina constitucional de las características del Estado Social de Derecho.
- Identificación de los requisitos para promover la regresividad de los DESC por deficiencias económicas en el derecho internacional de derechos humanos y su recepción en la jurisprudencia constitucional.
- Identificación de las posturas surgidas en el seno del Congreso de la República frente a la sostenibilidad fiscal en la aprobación del Acto Legislativo 03 de 2011.
- Análisis jurisprudenciales de sentencias de la Corte Constitucional relacionados con derechos sociales y sostenibilidad fiscal en el periodo 2012-2016.
- Construcción de líneas jurisprudenciales sobre los derechos sociales que sean interpretados a partir del principio de sostenibilidad fiscal en el periodo 2012-2016.

5.2. Fase Analítica

- Evaluación de la coherencia de la argumentación de la Corte Constitucional en decisiones sobre DESC y sostenibilidad fiscal, frente a las exigencias del Estado social de Derecho.
- Identificación cambios en la estructura de derechos sociales a partir de la sostenibilidad fiscal.

REFERENTE TEÓRICO

Los modelos de jueces frente a las decisiones de impacto económico

El profesor Roa (2015) señala que alrededor del incidente de impacto fiscal previsto Acto legislativo 03 de 2011, se suscita el debate sobre la legitimidad de los jueces para proferir decisiones que causan impacto económico, e identifica cuatro tipos de jueces.

El “Juez liberal restringido”, propio del modelo constitucional decimonónico, se edifica con una prohibición de intervenir en la economía. Si el Estado –liberal– no puede intervenir en la económica, mucho menos los jueces pueden proferir decisiones que impliquen costos. El “Juez del constitucionalismo débil” se caracteriza por la prevalencia de las respuestas tecnocráticas sobre sus decisiones. Si bien los jueces tienen facultad para proferir decisiones con consecuencias económicas, para que estas no sean excesivamente costosas el legislador o el Gobierno tienen “la última palabra” en lo referente a la protección de los derechos fundamentales.

El Juez del constitucionalismo deliberativo propicia ámbitos de discusión dentro de los procesos judiciales, en los que se van a tomar decisiones con impacto económico. Este modelo propone mecanismos para asegurarse de que el grado de sensibilidad por efectos económicos se concrete en la decisión final; en virtud de los cuales se consultan a expertos en la materia que ilustran a los magistrados. Finalmente “El Juez del neoconstitucionalismo y del garantismo constitucional”, inspirado en Alexy y Ferrajoli,

reconoce que el poder judicial: (i) tiene un papel primordial en la garantía de los derechos constitucionales, por lo que (ii) debe adoptar las medidas necesarias para cumplir con dicha función, inclusive aquellas que generen impacto económico.

De cierta manera, a estos modelos resultan irrelevantes los efectos económicos de las decisiones judiciales, pues su racionalidad jurídica se logra en la medida en que se atiende el principio de progresividad como mecanismo de racionalidad económica.

Las tesis del Estado social de Derecho

Upegui (2009) en una valiosa síntesis de la jurisprudencia constitucional señala como tesis que la Corte Constitucional sobre el Estado social de Derecho: (i) el compromiso estatal con el mínimo vital y (ii) progresividad de los derechos económicos y sociales. Con la primera se tiene que el Estado social cuando menos debe satisfacer el derecho al mínimo vital, referido al mínimo básico en salud, educación, alimentación, vivienda y seguridad social, todos vinculados con la dignidad humana. Con la segunda, a partir de los mínimos en esas áreas el Estado debe: (i) diseñar políticas públicas, para (ii) avanzar cuantitativa y cualitativamente en los márgenes de protección de estos, y (iii) no implementar medidas que disminuyan el cumplimiento de los objetivos trazados (principio de no regresividad). Las exigencias del principio de regresividad se transgreden en dos eventos: (a) cuando se “límite, restrinja o reduzca la extensión o el sentido de un derecho social”, (b) o cuando se “imponga a su ejercicio condiciones que con anterioridad no debían sortearse” (Abramovich y Courtis, 2004, p. 122). La investigación nuestra entonces busca identificar si los eventos a y b han ocurrido en aplicación del AL 03/2011

La tesis de justiciabilidad de derechos sociales

Ya en otras oportunidades (Duarte, Frías y Ríos, 2014; Ríos 2015), el Semillero HERMES ha recogido el importante labor desarrollada por cuatro profesores javerianos que identificaron las siguientes tesis de justiciabilidad de los derechos sociales en la Corte Constitucional. Estas son: (i) La tutelabilidad de derechos sociales que por conexidad deriven en la violación de derechos fundamentales *per se*, (ii) La existencia de derechos sociales fundamentales en cabeza de sujetos de especial protección constitucional, (iii) La transmutación de los derechos sociales de su faceta prestacional a derechos subjetivos con la adopción de medidas legislativas y administrativas de desarrollo, (iv) La de la “tutelabilidad propia”, que derriba la distinción derechos fundamentales/derechos sociales al considerar que todos los derechos de la Constitución en cuanto a que se relacionen con la dignidad humana tienen el carácter de derechos fundamentales.

RESULTADOS PARCIALES

Análisis de los debates en el congreso de la república para la aprobación del acto legislativo 03 de 2011

En las discusiones se pudieron identificar dos posturas: la primera señala que la sostenibilidad fiscal puede restringir los derechos sociales. Esta postura identifica la propuesta de reforma constitucional como el privilegio de la economía por encima de los derechos fundamentales, atentando así contra el Estado social de Derecho presente en Colombia, una contrareforma a las

decisiones protectoras de la Corte Constitucional; y como una ruptura a la Constitución de 1991 desde su preámbulo. Se advirtió que si se pone en una balanza la fortaleza y dominancia del Estado y la del ciudadano individualmente considerado, siempre saldrá victorioso el Estado.

Los integrantes de la otra postura negaban que a partir de la sostenibilidad fiscal pueda llegar a afectarse el Estado social de Derechos y los derechos fundamentales. Se dice que no se podría ni siquiera igualar la importancia de una regla de estabilidad fiscal con un derecho fundamental, ya que es más que claro que predominaría el derecho fundamental. Es decir, un derecho fundamental en una colisión no podría verse afectado por la sostenibilidad fiscal, no sería vencido. Se dice también que la sostenibilidad fiscal se debe entender como un principio de la función administrativa y no como un derecho.

La dinámica de los debates llevó a reconciliar en séptimo debate a estas dos posturas. Se aprueban dos modificaciones que permiten un acuerdo para que la sostenibilidad fiscal no genere efectos negativos a las decisiones judiciales que protegen los derechos fundamentales; cuales son: (i) establecer la sostenibilidad fiscal como criterio y (ii) crear el incidente de impacto fiscal ante la Corte Constitucional en ciertos casos, con el fin de reflexionar sobre la forma como pueden cumplirse los fallos.

Con el incidente de impacto fiscal el Congreso habilita que la Corte constitucional pueda reflexionar, después de haber considerado los efectos fiscales, que puede lograr un cumplimiento efectivo de sus sentencias dentro de un marco de sostenibilidad. Concluyendo, es importante reconocer que el acto legislativo se refiere a la sostenibilidad fiscal como el medio para orientar las ramas del poder público dentro de un marco de colaboración armónica. Así, en principio no puede promoverse la regresividad de los derechos sociales con argumentos de sostenibilidad fiscal, pues no permitiría el orden de protección de los derechos a la disponibilidad efectiva de recursos por parte de la administración, y por el contrario, si se aplica el principio de progresividad, éste orientaría la aplicación de los derechos sociales, económicos y culturales.

Análisis jurisprudencial de la C-288 de 2012

En esta decisión la Corte considera a la sostenibilidad fiscal como un instrumento para llegar a cumplir de manera progresiva la cláusula social del Estado de Derecho. Y como tal permite un alcance material de los derechos constitucionales para todas las personas, de tal manera que se aseguren las condiciones necesarias para que genere el cumplimiento de las obligaciones prestacionales del Estado, bajo un criterio en el cual se consiga una mejor disciplina fiscal reduciendo así la discrecionalidad por parte de los Gobiernos a la hora de tomar decisiones que tengan que ver con la política económica con la intención de crear una estabilidad macroeconómica y mejorar la estabilidad en las cuentas públicas.

La sostenibilidad fiscal, prosigue la Corte asume el papel de proteger del patrimonio público, para que cuando al principio de progresividad permita la complacencia de los derechos otorgando prioridad a la asignación de gasto público para solucionar necesidades de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, etc. Todo lo anterior, reconociendo la igualdad material y fomentando los derechos de las personas, pero sobre todo a

aquellas que se encuentran menos favorecidas, en circunstancias de marginidad o de debilidad manifiesta.

Además, la progresividad en el principio de sostenibilidad fiscal “implica la prohibición correlativa de la regresividad”, es decir no se podría utilizar un argumento de sostenibilidad fiscal para dar paso atrás o aumentar las exigencias a la hora de efectivizar derechos fundamentales constitucionales.

Y el instrumento por el cual se materializa la sostenibilidad fiscal para la rama judicial el principio de sostenibilidad fiscal es el incidente del impacto fiscal. En el momento que al procurador general y a los ministros se les concede la facultad de presentar argumentos que exponen como en una sentencia judicial se afecta la sostenibilidad fiscal, ahí, la Corte interpreta el incidente del impacto fiscal. Para que este incidente tenga apertura, se debe proferir la sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales de esta manera se podrá solicitar la apertura del mismo, cuyo trámite será obligatorio.

Cabe recalcar que el incidente del impacto fiscal no habilita la modificación del fallo de la sentencia de manera obligatoria y rotunda, pero con este si se tiene el deber de considerar de una manera precisa los argumentos presentados por el procurador general y los ministros, para su cumplimiento. Se debe tener en cuenta que el incidente del impacto fiscal está delimitado por una serie de reglas, las cuales están determinadas según la etapa procesal en la que va el trámite.

Lo que se busca con el criterio del incidente del impacto fiscal es reforzar y limitar la toma de decisiones del gobierno en lo concerniente a las políticas económicas del país, considerando que mediante este procedimiento constituido en dos etapas se pueden presentar argumentos necesarios sobre posibles consecuencias del fallo de la sentencia que trascienda en el tema de finanzas públicas. Sólo si la Corte considera pertinente cambian los efectos del fallo –no su contenido–, se entra a deliberar para poder llegar a una decisión equilibrada que incorpore, después de esta interlocución entre las altas cortes y los funcionarios mencionados, “un ámbito de protección de los derechos reconocidos judicialmente”.

CONCLUSIONES

Hay una clara subordinación de la sostenibilidad fiscal al principio de progresividad, por lo que el deber que recae sobre el Estado de ir siempre hacia adelante en relación al alcance del goce pleno de garantías constitucionales, es decir, que los derechos sociales sean garantizados de forma plena, no se desdibuja por la reforma constitucional de la sostenibilidad fiscal. La prioridad del gasto público social en el presupuesto nacional, se mantiene pese a la sostenibilidad.

Es importante reconocer que los debates presentados en la Corte Constitucional han avanzado de forma favorable hacia la sostenibilidad como el orientador armónico de las ramas y órganos, ya que es el que genera un equilibrio fiscal y una adecuada prestación de las funciones estatales que permiten armonizar el gasto público y cumplir los derechos sociales; y con apoyo en el Profesor Roa, el juez neoconstitucional y garantista, es el que impulsa el principio de progresividad como mecanismo de racionalidad económica, supervive en este primer momento de análisis del Acto Legislativo 03 de 2011.

Este material es presentado al VI Encuentro Institucional de Semilleros de Investigación UNAB, una actividad carácter formativo. La Universidad Autónoma de Bucaramanga se reserva los derechos de divulgación con fines académicos, respetando en todo caso los derechos morales de los autores y bajo discrecionalidad del grupo de investigación que respalda cada trabajo para definir los derechos de autor. Conserve esta información

Upegui, J. (2009). *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

IDENTIFICACIÓN DEL PROYECTO

Nombre del Semillero	HERMES
Tutor del Proyecto	Carlos Arturo Duarte Martinez
Grupo de Investigación	Centro de Investigación Socio-Jurídicos Laureano Gómez Serrano
Línea de Investigación	Análisis jurídicos
Fecha de Presentación	

REFERENCIAS

Abramovich, V. y Courtis, C. (2005). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

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

Duarte, C., Frías, C., y Ríos, M. (2014). Las garantías judiciales del procedimiento de provisión de viviendas dignas para los habitantes de zonas de alto riesgo a instancia de las acciones de tutela y popular. *Revista de Derecho y Desarrollo*, 2(3), 30-57. Recuperado de <http://issuu.com/institutoomg/docs/redyd-2013-final>

Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia actual*. Madrid: Trotta.

López, J., Bateman, A., Vengoechea, J. y López, J. (2009). *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibañez.

Ríos, M. (2015). [La protección de los derechos subjetivos derivados de las facetas prestacional y de defensa del derecho a la vivienda digna en la jurisprudencia de tutela de la Corte Constitucional](#). *Revista Temas Socio-Jurídicos*, 33 (68), pp. 127-152.

Roa, J. (2015). El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales. *Documentos de trabajo-Departamento de Derecho constitucional*, 26, 5-27. Recuperado de <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-26.pdf>

Tushnet, M. (2013). Reflexiones sobre la protección judicial de los derechos sociales y económicos en el siglo XIX. En HENAO, J. (Ed.), *Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo* (pp. 125-140). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.