



**REGLA FISCAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. UN ANÁLISIS CRÍTICO
DE LA EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL MARCO
DE SOSTENIBILIDAD FISCAL**

ALIX STEFANY QUEMBA BOLÍVAR

CÓDIGO: 041131133

MARTHA CAROLINA TORRES VEGA

CÓDIGO: 041131131

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS
BOGOTÁ D.C**

2019

**REGLA FISCAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA
EFICACIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES FRENTE AL MARCO DE
SOSTENIBILIDAD FISCAL**

ALIX STEFANY QUEMBA BOLÍVAR

CÓDIGO: 041131133

MARTHA CAROLINA TORRES VEGA

CÓDIGO: 041131131

Monografía de Grado para optar por el título de Abogado

Asesor:

PhD (e) ERIC LEIVA RAMÍREZ

Docente asociado

**UNIVERSIDAD LIBRE DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOJURÍDICAS
BOGOTÁ D.C**

2019

Dedicatoria

A nuestros padres por su esfuerzo y apoyo incondicional en el trasegar de nuestras vidas. A la Universidad Libre de Colombia, por formarnos como profesionales del Derecho con talante democrático, pluralista y defensores de la justicia social, nuestra gratitud eterna.

Agradecimientos

Queremos agradecer con especial afecto al cuerpo docente de la Universidad Libre, por su guía y dirección a lo largo de la carrera. Nuestra gratitud especial al centro de investigaciones socio-jurídicas de la universidad, por su criterio y constante guía en la elaboración de la presente monografía a través del Dr. Eric Leiva Ramírez.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	13
1.1 Un problema de configuración del modelo económico.	13
1.2 El planteamiento del problema en el marco constitucional colombiano.	15
1.3 El desarrollo histórico del problema.	18
1.4 De los hallazgos evidenciados luego del diagnóstico constitucional.	20
1.5 Hacia un análisis y superación de la tensión entre la eficacia de los derechos fundamentales, la cláusula del Estado Social y autonomía judicial vs marco de sostenibilidad fiscal (regla fiscal).	25
1.6 Explicación del conflicto jurídico objeto de análisis.	27
1.7 Algunos estudios frente al marco de sostenibilidad fiscal y los derechos fundamentales.	29
1.8 Hacia un nuevo diagnóstico del impacto de la Regla fiscal	35
CAPITULO II	37
2.2. La regla fiscal y los derechos fundamentales. El impacto del modelo económico en el marco constitucional.	38
2.2.1. La decisión judicial y el nuevo constitucionalismo en el modelo económico neoliberal.	38
2.2.2. De los derechos fundamentales de prestación.	39
2.2.3. La justiciabilidad de los derechos fundamentales de carácter prestacional.	41
2.2.4. Tesis de la inescindibilidad de los derechos. No hay derechos de mejor categoría que otros.	42
2.2.5. El modelo económico y la Constitución de 1991. Los antecedentes del giro neoliberal de la Corte Constitucional.	43
2.2.5.1. Cronología de la protección de los derechos fundamentales prestacionales.	45
2.2.5.2. En materia de autonomía territorial y presupuestal	50
2.2.5.3 El impacto en materia salarial	52
2.2.5.4. De la progresividad de los derechos fundamentales.	57
2.2.5.5. El impacto sobre la autonomía judicial.	59
2.3. ¿Cómo superar la dicotomía entre eficacia de los derechos fundamentales y la regla fiscal? Al rescate de la fórmula política del Estado Social de Derecho.	60

CAPÍTULO III.....	63
3.2 El acopio de las teorías jurídicas como forma de justificación del modelo económico. Un replanteamiento del análisis económico de los fenómenos jurídicos.	65
3.3 El retorno a un modelo económico garantista. La nueva regla fiscal.....	70
BIBLIOGRAFÍA	85

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas centrales que aborda el Estado en su actividad, corresponde a disponibilidad de recursos para ejecución de políticas públicas que permitan el bienestar y desarrollo social. En efecto, la actividad estatal debe encauzarse dentro de los lineamientos de planificación y programación económica, toda vez que, al ser la actividad administrativa pública depositaria del interés general, no puede ser el producto de la improvisación (Santofimio G. , 2017), por el contrario, el Estado social de derecho debe sujetar la adopción de decisiones públicas, su operación y ejecución a la identificación previa de planes, programas y políticas. Así las cosas, también plantea Santofimio que la actividad administrativa estatal se encuentra vinculada dentro de su legalidad a senderos de orden y de prioridades, que permiten adecuar el comportamiento público a las reales necesidades de la comunidad, evitando el desvío de recursos y esfuerzos a lo no trascendental (Santofimio G. , 2017)

Bajo tal paradigma, encontramos disposiciones dentro del ordenamiento jurídico que buscan que las finanzas públicas se manejen dentro de cierto margen o marco de acción, en el cual, se hace viable el reconocimiento de ciertas prestaciones públicas para la comunidad, conciliando la estabilidad económica del Estado con la satisfacción de necesidades sociales, por lo general de naturaleza económica.

“Es así el planteamiento del artículo 334 de la constitución política de Colombia, a cuyo tenor, el Estado interviene por mandato de la ley, para racionalizar la economía con el fin de

lograr, 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” (C.P., 1991, Art. 334)

Ahora bien, el sentido de la norma, es que el marco de sostenibilidad fiscal es un instrumento para alcanzar de manera *progresiva* los objetivos del Estado social de derecho. En consecuencia, el sometimiento de la acción estatal a la regla fiscal, si bien pudiere reflejar, en principio, el desarrollo del principio de planeación en la actividad administrativa, plantea varias inquietudes que son relevantes para el análisis jurídico y económico, dentro de los cuales, el presente trabajo concentra su atención en una pregunta central, concerniente a ¿que impacto tiene el denominado marco de sostenibilidad fiscal, en adelante *regla fiscal*, respecto de la eficacia en el ordenamiento jurídico colombiano de los derechos fundamentales de naturaleza prestacional?. La respuesta a tal cuestión es de suma importancia, toda vez que, pudiere presentarse una dicotomía entre lo contenido en la carta política y lo que en la realidad social se aplica, tal y como lo plantea Karl Loewenstein, esto es, que devenga una *Constitución* nominal; la cual es jurídicamente válida, pero la realidad social no concuerda con el texto normativo, careciendo la carta política de realidad existencial u ontológica, y por tanto no exista (Loewenstein, 1968). Lo anterior resulta problemático, suponiendo que en la práctica jurídica, económica y social, se estaría vulnerando la fórmula política del Estado social de derecho.

Conforme a lo expuesto, la hipótesis de trabajo de la cual parte la presente monografía plantea que con el Acto legislativo 03 de 2011, se incorpora en el texto constitucional colombiano una serie de reformas que se traducen en la sujeción de las políticas públicas y la actividad estatal a un marco sostenibilidad fiscal (regla fiscal) “*que garantice la estabilidad financiera y presupuestal del Estado*”. Este objetivo que a simple vista es plausible, constituye

sin embargo, una amenaza a la eficacia de los derechos fundamentales y la cláusula del Estado social de derecho. La regla fiscal además de edificarse como guía de acción para todas las ramas y órganos del poder público, busca responder a una serie de exigencias de entes supranacionales como el fondo monetario internacional, y el banco mundial, a fin de garantizar pago de la deuda pública por parte del Estado Colombiano. Esta manera de concebir el Estado, su papel, y las relaciones económicas internacionales que emergen de dicho raciocinio, ha sido impuesta por parte de quienes luego de triunfar en la segunda guerra mundial, diseñaron un marco político y económico mundial que se ajustara a sus intereses, plasmado en los acuerdos de Bretton Woods (Tamames R. , 1983) principalmente liderado por Estados Unidos, Reino Unido y Francia, del cual hicieron parte casi 44 naciones, acuerdos de los cuales emerge la estructura financiera y económica mundial a partir de 1945 hasta nuestros días. Al asumirse la regla fiscal como principio plasmado en el texto constitucional, se amenazan principios de raigamebre democrática y liberal como el de autonomía judicial, puntualmente, frente a la actividad de los jueces en relación con el reconocimiento de derechos prestacionales. En efecto, y sin menoscabar el hecho que los jueces deben prever los efectos de sus fallos, resulta problemático que de un lado, la carta política reconoce y garantiza sendos derechos fundamentales con el fin de lograr los cometidos esenciales del Estado social de derecho, y de otro, la misma carta, en lo que podemos denominar “*constitución económica*”, coloca una cortapisa o límite para el reconocimiento de tales derechos, dejando de manera expresa que, los objetivos del Estado social de derecho se deben alcanzar de manera progresiva, en aras de respetar la regla fiscal. La ruptura conceptual que se propone, a fin de superar la problemática de naturaleza socio-jurídica que representa la regla fiscal, es que se articulen los principios de planeación económica y eficacia de los derechos fundamentales de carácter prestacional, especialmente en materia laboral, con un análisis

económico del derecho serio, esto es, aplicando las técnicas propias del estudio económico y de las finanzas públicas a ámbitos del campo jurídico que por su naturaleza sea posible, más no a todos los aspectos del orden jurídico, tal y como lo son los derechos fundamentales. En efecto, y con fundamento en la tesis de la “*inescindibilidad de los derechos fundamentales*”, esto es, que no se debe distinguir entre derechos de mejor categoría que otros, todos son derechos fundamentales, podemos afirmar sin lugar a equívocos que, en materia de garantías y derechos que buscan proteger a los asociados y de los cuales depende su subsistencia, en la concreción de un valor constitucional como lo constituye la dignidad humana, señalamos, siguiendo al maestro Luigi Ferrajoli un coto vedado; esto es, un límite frente a cualquier decisión de naturaleza política o a decisiones propias de la lógica del mercado (Ferrajoli L. , 2001), razón por la cual, en materia de derechos fundamentales, los cauces del mercado económico encuentran un límite o cortapisa, es el campo de lo no cedible, lo no negociable.

Ahora bien, a fin sustentar la tesis propuesta, la presente monografía se fundamentará teóricamente en un análisis normativo de la regla fiscal, esto es, del artículo 334 de la constitución política, al igual que un estudio jurisprudencial de varias sentencias de la Corte Constitucional respecto al modelo económico y la regla fiscal en particular. Así mismo, el enfoque teórico empleado es positivista, ya que pretende analizar y describir el ordenamiento jurídico en materia de regla fiscal tal y como está representado en la realidad, sin que las autoras, dejen de lado la crítica o su posición frente a tal ordenamiento, esto es, será un enfoque positivista metodológico, según el planteamiento del jurista argentino Carlos Santiago Nino, describiendo el derecho que es, y distinguiéndolo del derecho que debería ser, a juicio de las autoras (Nino C. S., 2003). En igual forma, se proponderá por un análisis economicista de la

regla fiscal, a fin de encontrar su fundamento teórico, lo cual hasta el momento, ha sido pasado por alto.

De este modo, el objetivo del presente escrito es brindar elementos de análisis que permitan precisar aspectos de la regla fiscal que impactan la eficacia de los derechos fundamentales de carácter prestacional, puntualmente en materia laboral, y de paso que ponen en riesgo la cláusula del Estado social de derecho, y principios de relevancia democrática como lo es la autonomía judicial.

La presente monografía se encuentra acorde con la línea institucional de investigación Estado, Derecho y Territorio, guardando coherencia con la misión de la Universidad en el sentido de que propende por recobrar la identidad nacional, puntualmente en la articulación de esquema de desarrollo económico, y de igual forma, con los principios que rigen la institución como son el de democracia y desarrollo sostenible.

La estrategia metodológica empleada corresponde al método cualitativo, esto es, se analizarán las cualidades o especificidades de la regla fiscal, con fundamento en un análisis jurisprudencial y normativo, empleando categorías de análisis como Estado de derecho, Estado social de derecho, análisis económico del derecho, derechos fundamentales, planeación económica, autonomía judicial. Es pertinente anotar, que se tomaron distintos aspectos para la solución del problema, como lo son el análisis de la relación entre el derecho y la economía, la responsabilidad de los jueces al proferir sus fallos y los efectos que se pueden presentar por los mismos y el límite de las lógicas del mercado frente a los derechos fundamentales.

De esta manera, el lector encontrará en el primer capítulo la contextualización del problema planteado, exponiendo en el primero capítulo el planteamiento del problema desde la

articulación del modelo económico y su implementación en el orden constitucional, de otro lado, en el segundo capítulo se analiza el fundamento del marco de sostenibilidad fiscal desde el ámbito ideológico y las unidades de análisis propuestas, para al final del capítulo plantear la tesis o solución del conflicto jurídico. Finalmente, en el tercer capítulo se encontrará la triangulación metodológica, resaltando la importancia de la nueva reconfiguración de las relaciones entre el Derecho y la Economía, lo cual impactará en el desarrollo e implementación de la regla fiscal al margen de la eficacia de los derechos fundamentales.

El presente escrito cobra importancia por su enfoque, ya que pretende desentrañar el origen y fundamento del problema jurídico que reviste el marco de sostenibilidad fiscal, sin limitarse al análisis eminentemente normativo del asunto, sino también al origen en el contexto económico e incluso filosófico del problema. En ese sentido, pretende aportar, elementos nuevos al análisis del tema, brindando una solución al mismo, con base en los fundamentos del Estado Social de Derecho.

CAPÍTULO I

CONTEXTUALIZACIÓN PROBLEMA INVESTIGACIÓN

REGLA FISCAL Y PLANIFICACIÓN ECONÓMICA. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA FRENTE A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1 Un problema de configuración del modelo económico.

El Acto legislativo 03 de 2011, incorpora en el texto constitucional una serie de reformas que se traducen en la sujeción de las políticas públicas a un marco sostenibilidad fiscal, en adelante regla fiscal que “*que garantice la estabilidad financiera y presupuestal del Estado*” (C.P., 1991, Art. 334). Este objetivo que a simple vista es plausible, constituye una amenaza a los derechos fundamentales y la cláusula de Estado social de derecho. Dicho marco de sostenibilidad fiscal además de edificarse como guía de acción para las ramas y órganos del poder público, busca responder a una serie de exigencias de entes supranacionales como el fondo monetario internacional, y el banco mundial, que permita garantizar el pago de la deuda pública por parte del Estado Colombiano. Esta lógica impuesta, corresponde con el pensamiento neoliberal de priorizar la eficiencia por encima de la equidad.

En igual sentido, esta manera de concebir el Estado, su papel, y las relaciones económicas internacionales que emergen de dicho raciocinio, ha sido impuesto por parte de quienes luego de triunfar en la segunda guerra mundial, diseñaron un marco político y económico mundial que se ajustara a sus intereses, plasmado en los acuerdos de Bretton Woods (Tamames R. , 1983) principalmente liderado por Estados Unidos, Reino Unido y Francia, del cual hicieron parte casi

44 naciones, acuerdos del cual emerge la estructura financiera y económica mundial a partir de 1945 hasta nuestros días. Sin embargo, no siempre esta ha sido la manera de concebir el Estado y su papel en la economía, por el contrario, luego de la gran depresión de los años 30, varió por completo la forma de entender el mercado, y se ideó que el Estado debía asumir la regulación económica no sólo para controlar las externalidades del mercado, sino para planificar y ejecutar una serie de medidas que dentro del mismo sistema capitalista dieran respuesta a las desigualdades sociales imperantes, logrando de esta manera mayor equidad en la estructura social y económica de la sociedad (Judt T. , 2010).

En ese orden de ideas, emerge con una fuerza impensada la Socialdemocracia (Judt T. , 2010), que no sólo propuso y abogó por programas de bienestar, sino que conquistó el poder e implementó en diversos países de Europa un sistema de asistencia social en el cual, el Estado articulaba las fuerzas del mercado, la tributación y los recursos públicos hacia programas que garantizaran a los ciudadanos un sistema universal y gratuito de educación, salud, asistencia en caso de desempleo y garantía de los derechos, que permitió acortar la brecha entre ricos y pobres. De igual manera, tal y como lo plantea Tony Judt, el ideal de lo colectivo constituyó un pilar fundamental de estas sociedades de la posguerra, que facilitó la construcción de identidades sociales en las cuales los sujetos se sienten parte de una sociedad, se identifican con el otro, lo que construye lazos de confianza que a la postre dan sentido al Estado de Bienestar. Los socialdemócratas llegaron a la dirección y administración del Estado poniendo en ejecución políticas que dentro del capitalismo, incorporan contenido social y de solidaridad. Incluso, (Judt T. , 2010), esta forma de entender el Estado y su papel, al igual que los programas del Estado de Bienestar era aceptada e incluso implementada por los otrora más conservadores y capitalistas,

parecía que había un consenso en la manera de entender el Estado, lo público, las instituciones políticas y las medidas del Estado de bienestar.

Puede manifestarse que conforme a la lectura histórica, a partir de la década de finales de los años 70 y principios de los 80, la manera de entender el Estado varió y puso la mira de nuevo entorno a los principios del liberalismo clásico, articulado ahora en un “*nuevo liberalismo*” o neoliberalismo (escuela de Chicago), otorgando importancia nuevamente a la riqueza: se hace merecedor de admiración el rico, la acumulación de dinero y de ganancia, en síntesis, cambia la forma de concebir lo valioso en la sociedad y la realización del sujeto en la misma. Ello riñe incluso con lo planteado por el padre del liberalismo clásico Adam Smith,¹ el cual planteaba que la adulación a la riqueza constituye un factor destructivo de la economía comercial y de degeneración de la moralidad del hombre (Smith A. , 2004). Se perdió una manera de concebir el mundo, de entender lo social y el Estado, y en ello siguiendo a Judt, podemos manifestar que se perdió un mundo, una forma de vivir en sociedad, pues si bien habían deficiencias en el sistema de bienestar, las políticas implementadas en los años de posguerra lograron un desarrollo no sólo económico sino social importante, una cobertura importante en salud, educación, vivienda, asistencia al desempleo, que permitieron constituir sociedades más igualitarias no sólo a nivel de renta sino de oportunidades.

1.2 El planteamiento del problema en el marco constitucional colombiano.

Ahora, analizando el problema desde la perspectiva del marco legal, objeto de la presente monografía, esto es, el artículo 334 de la constitución política colombiana, se afirma que la

¹ Esta disposición a admirar, y casi a idolatrar, a los ricos y poderosos, y a despreciar o, como mínimo, ignorar a las personas pobres y de condición humilde [...] [es] la principal y más extendida causa de corrupción de nuestros sentimientos morales. En JUDT, Tony “Algo va mal”. Ob. Cit. Pág.36.

incorporación del marco sostenibilidad fiscal en el texto constitucional constituye un resquebrajamiento del Estado Social de Derecho y de las cada vez menos garantías sociales con que cuenta el colectivo social de nuestro país.

Así las cosas, la norma objeto de análisis es la siguiente:

“ARTICULO 334. *Artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> 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 <sic> derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva.”*

Resulta problemático que se sujete la ejecución de las sentencias que impliquen el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de carácter prestacional – esto es un

hacer por parte del Estado- a una disponibilidad presupuestaria y fiscal, pone en riesgo la concepción y efectiva puesta en marcha del Estado social de derecho. Valga precisar, que desde esta perspectiva no estamos afirmando que el Estado no deba tener ciertos mecanismos y controles que permitan su viabilidad financiera, por el contrario está claro que la sostenibilidad del sistema social debe responder a un equilibrio económico que lo haga viable y garantice su sostenimiento, lo que se reprocha al respecto, y que constituye la problemática objeto de investigación se centra en dos puntos fundamentales: **a)** Que se supedite garantía de los derechos fundamentales de carácter prestacional, a un marco de sostenibilidad fiscal –regla fiscal- que está diseñado y articulado para hacer frente al pago prioritario de la deuda pública con el sector financiero nacional e internacional y **b.)** Que con ello se coloque en riesgo la cláusula del Estado social de derecho y de paso un principio esencial del sistema democrático como lo es la autonomía judicial.

Lo primero es censurable no porque sea errado el responder con la obligaciones financieras que ha adquirido el Estado, es claro que configura un factor de seguridad y prestancia que el Estado responda por sus obligaciones, sin embargo se reprocha que en la valoración y ponderación de obligaciones se le conceda mayor valor al pago de la deuda con instituciones financieras nacionales o internacionales, por encima de los derechos y garantías de los ciudadanos (Leiva, 2015). Se beneficia a una minoría poderosa en detrimento de los derechos y mínimos fundamentales de los ciudadanos. Por su parte, lo segundo es reprochable en tanto que se genera un real conflicto jurídico, entre lo contemplado en la carta de derechos y la cláusula de Estado Social de Derecho y lo dispuesto en el artículo 334 de la constitución, ya que, la eficacia y realización concreta de los derechos queda atada a una regla fiscal y a un incidente de impacto

fiscal que puede modificar, modular o diferir los efectos del fallo, colocando en entredicho la decisión inicial del Juez y su autonomía.

1.3 El desarrollo histórico del problema.

Es importante acotar el comportamiento histórico en el cual se ha desenvuelto el problema objeto de investigación, en efecto, luego del desmonte del Estado de bienestar, la forma de entender el mismo y su papel en la economía giró de nuevo hacia el modelo liberal, esta nueva manera de entender la concepción de Estado y del mercado configura lo que se denomina teóricamente como “*Neoliberalismo o nuevo liberalismo*”, que es el ajuste argumentativo de la economía neoclásica a las nuevas circunstancias sociales, políticas y económicas propias de finales del siglo XX. Es dentro de un contexto de economía globalizada, con un amplio margen de movilidad de capitales financieros, y de prevalencia del concepto de eficiencia, en donde el neoliberalismo encuentra asidero y aplicación práctica en la sociedad actual.

Ahora bien, antes de la promulgación y puesta en marcha de la constitución de 1991, el Estado colombiano se caracterizaba por la defensa de algunos derechos desde la perspectiva netamente liberal, y por tanto, acceder a la garantía efectiva de un derecho era muy complicado. Así, con la entrada en vigencia de la constitución de 1991, uno de los principales cambios, por no decir que el más contundente fue la consagración constitucional del Estado social de derecho (Leiva, Jiménez y Meneses, 2019), fórmula política que se caracteriza, como lo manifestó en sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional, por la puesta en marcha y aplicación de un sistema lleno de valores y principios (C.C., Sentencia C-546/92).

En este orden de ideas, en nuestro entorno, con la expedición de la carta política de 1991 se abre una nueva etapa para el constitucionalismo colombiano en la medida que se logran

constitucionalizar derechos de raigambre democrática y social profunda, ya no sólo se plasman en el texto fundamental los denominados derechos fundamentales de omisión para el Estado, esto es de naturaleza individual, sino que entran dentro de la dialéctica constitucional los derechos fundamentales prestacionales, esto es, en los cuales el Estado tiene una obligación de hacer, que son fruto de un proceso histórico profundo producto de luchas y conquistas de los trabajadores y de la colectividad como conjunto, en los cuales el Estado pasa de una actitud pasiva u obligación de no hacer como ocurre con los derechos civiles, a cambio de una actitud activa, que implica para este una obligación de hacer, un actuar, una acción de garantizar a los individuos ciertos mínimos de bienestar necesarios para su desarrollo en sociedad.

Sin embargo, resulta paradójico que, junto con la consagración de estos derechos de carácter social dentro del texto constitucional, se hayan establecido formas jurídicas propias de una economía neoliberal, que implican un enfrentamiento directo con la efectividad y puesta en marcha de esos derechos fundamentales garantizados normativamente en la Constitución.

En tal sentido, fue así como el desarrollo jurisprudencial de los principios establecidos en la carta política, comenzó a tener una evolución rápidamente acogida por los jueces constitucionales caracterizada por la diferenciación y ponderación de los principios y los valores en ella establecidos, reconociendo en sus fallos sendos derechos y protecciones de carácter social, más concretamente prestaciones a cargo del Estado, en beneficio de la comunidad en general, verbi gracia, el reconocimiento efectuado en la sentencia T-406 de 1992, la cual, se configura en una sentencia fundante de la cláusula del Estado social de derecho en la jurisprudencia nacional (Alonso & Leiva, 2011).

Con el transcurrir del tiempo la jurisprudencia constitucional basada en la interpretación y aplicación de los principios consagrados en la Constitución, comenzó a dar un giro con base en

los cambios producidos a nivel mundial en cuanto al desarrollo de nuevas tecnologías, acuerdos y cambios de la sociedad en general, esto es, con la nueva dinámica del mercado, con base en lo enunciado se empieza a realizar la protección de los derechos pero con un enfoque más limitado y menos progresista, desde el ámbito social.

Así las cosas, las autoras, luego de un análisis histórico del devenir jurisprudencial, ha encontrado un cambio interpretativo, presentado por parte del máximo órgano constitucional en la concepción de la efectividad de los derechos fundamentales de carácter prestacional y en conexidad con la aplicación de la regla fiscal, situación que arranca con una Corte e interpretación de la carta política y de los derechos fundamentales de naturaleza “*garantista*”, en la cual sin afectar la estructura económica del Estado, da prelación a la efectividad de los derechos por encima del concepto de sostenibilidad fiscal y presupuestal (matizando su alcance claro está), y luego dando un giro significativo hacia la afirmación y aceptación del modelo neoliberal con la implicación que ello tiene en los derechos fundamentales.

1.4 De los hallazgos evidenciados luego del diagnóstico constitucional.

Las autoras encontramos, dentro de los resultados más significativos, con base en el comportamiento del problema jurídico planteado, sentencias y posturas de la Corte Constitucional en un momento histórico determinado inicial, que va desde 1992 a 1997, y luego de ello, con el giro hacia el neoliberalismo que consideramos arranca desde 1997 con la SU-111/97, para encontrar su punto crucial hacia la concepción neoliberal a partir de los años 2000 y 2001 en adelante.

Ahora bien, en el marco del diagnóstico encontrado, evidenciamos tres sentencias fundamentales que nos permitirán entender el fenómeno y consecuencias de la regla fiscal en la efectividad de los derechos fundamentales de naturaleza prestacional. Una primera sentencia lo

constituye la Sentencia C-288/12, en la cual la alta corporación analiza las unidades de análisis objeto de esta monografía, como los son: Estado Social de Derecho, autonomía judicial y regla fiscal. En efecto, la Corte señala, en relación con la autonomía judicial que:

“El juez, cuando administra justicia, su decisión no puede estar sometida a ningún tipo de subordinación, al punto es posible reconocerlo como un sujeto único, sin un superior del que deba recibir alguna directriz, ni instrucciones ni ser objeto de presiones, amenazas o interferencias indebidas. Además, los demás órganos del Estado tienen el deber jurídico de prestarles la necesaria colaboración para que se cumplan las decisiones judiciales” (C.C., Sentencia C-288/12).

Por su parte, en relación con el alcance de la cláusula del Estado social de derecho, al tenor de lo preceptuado en la definición del artículo 1° del estatuto superior, se basa en cuatro principios esenciales, los cuales son la estructura de la función estatal de cara a los ciudadanos: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad. Ahora bien, según plantea la Corte:

“El derecho fundamental al mínimo vital, tiene una especial relevancia en el contexto de la intervención del Estado en la economía, de acuerdo al artículo 334, y como consecuencia de esto, las medidas que deban ser adoptadas por las autoridades en el marco de un Estado social de derecho han de tener presente la realidad sobre la cual habrán de surtir efectos, sobre todo, tratándose de leyes en materia económica” (C.C., Sentencia C-288/12).

Finalmente, en lo que respecta a la regla fiscal y al incidente que está previsto en el artículo 334 de la constitución, refirió que la sostenibilidad fiscal no es un principio constitucional sino una herramienta para la consecución de los fines del Estado social de derecho, así las cosas, debe concebirse como un criterio orientador que carece de la jerarquía

propia de los principios fundamentales del Estado social y democrático de derecho, y agregó que la sostenibilidad, debe interpretarse conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de derechos (C.P., 1991, Art. 334).

Un segundo pronunciamiento evidenciado como diagnóstico, y que nos brinda un resultado relevante para el análisis del problema, es la C-870/14. En dicha oportunidad, el alto tribunal precisó respecto de la unidad de análisis *sostenibilidad fiscal*; tiene que ser compatible con el amparo de los derechos fundamentales, no solo desde su núcleo esencial, sino a partir de una perspectiva integral referente a todo el contenido normativo (C.C., Sentencia C-870/14). Así mismo reiteró que:

“El incidente de impacto fiscal es un procedimiento establecido para generar un espacio de diálogo y concertación entre el gobierno nacional, el procurador general de la nación y las altas cortes, con el fin de determinar el impacto de los efectos de sus sentencias en la sostenibilidad fiscal” (C.C., Sentencia C-870/14).

Paso seguido, en relación con la autonomía judicial, si bien reitera que el Juez es autónomo al momento de proferir sus fallos, evidenciamos que la Corte incorpora una modulación a tal autonomía *“en virtud del principio de separación de poderes, advirtiendo que, dicha autonomía e independencia no son incompatibles con la implementación de mecanismos que permitan controles recíprocos entre las autoridades o que las invite a actuar bajo una labor de coordinación para lograr la satisfacción de los fines del Estado”* (C.C., Sentencia C-870/14).

Para llegar a tal conclusión interpretativa, la Corte recopila algunos apartes expuestos, en otra oportunidad, en la cual precisó que:

“El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica y controles recíprocos. Por virtud del primero, se impone, por un lado, una labor de coordinación entre los órganos a cuyo cargo está el ejercicio de las distintas funciones, y, por otro, se atenúa el principio de separación, de tal manera que unos órganos participan en el ámbito funcional de otros, bien sea como un complemento, que, según el caso, puede ser necesario o contingente, o como una excepción a la regla general de distribución funcional, como cuando la Constitución señala que el Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales o que la ley podrá atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. (C.P. Art. 116) Los controles recíprocos, por su parte, se encuentran consagrados en diversas disposiciones constitucionales, como aquellas que establecen y desarrollan la función de control político del Congreso sobre el gobierno y la administración, o las que regulan los órganos autónomos de control y vigilancia. En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.” (C.C., Sentencia C-492/15).

Finalmente, evidenciamos la sentencia C-492 de 2015 y el Auto 184/16, que se surtió con ocasión de un incidente de impacto fiscal promovido por parte del ministerio de hacienda y crédito público. En dicha oportunidad, el alto tribunal aceptó los argumentos del Ministerio de

Hacienda sobre los efectos de esta sentencia en el sistema fiscal colombiano, dando al Gobierno la oportunidad de que realice los ajustes necesarios mediante una reforma tributaria que permita reemplazar los ingresos que se pueden dejar de percibir, toda vez que la sentencia contemplaba la resta del 25% de renta exenta a la cual hace mención el numeral 10 del artículo 206 del estatuto tributario, para los sistemas de renta de personas naturales (IMAN e IMAS). El dato que se desprende de estos pronunciamientos, es la corroboración empírica de uno de los problemas ya evidenciados en este trabajo, y es la sujeción de la protección de las garantías sociales, puntualmente de los derechos de los trabajadores a la regla fiscal.

La Corte precisa que a partir de 1991 las garantías en favor del trabajo se reforzaron, y a partir de ahí ha habido un amplio y significativo desarrollo sobre la prohibición de regresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que indiscutiblemente cubre también el derecho al trabajo. De esta manera se refiere que ese principio debe tener alguna consecuencia sobre el control constitucional de las normas tributarias, y el examen de constitucionalidad de una disposición legal que, desmonta o neutraliza una exención merece un análisis distinto y en ciertos casos una decisión diferente (C.C., Sentencia C-492/15).

En línea con lo expuesto, afirma el tribunal constitucional que, verbi gracia, en la sentencia C-776 de 2003:

“Se sostuvo que cuando en ejercicio del poder fiscal se ha regulado históricamente una institución tributaria con el fin de salvaguardar o garantizar necesidades básicas del ser humano tales como alimentarse, asearse, contar con educación, salud, vivienda y trabajo dignos-, toda reforma a esa institución, que pretenda desmontarla o reducirla en sus alcances protectores de los derechos sociales fundamentales, debe reunir dos condiciones necesarias e indispensables para ajustarse a la Constitución: (i) tener un mínimo de deliberación

democrática específica en el seno del Congreso y (ii) argumentos que justifiquen de forma suficiente la regresión” (C.C., Sentencia C-492/15).

Ahora bien, lo que se evidenció en el Auto 184, es que, el Ministerio de Hacienda presentó un incidente de impacto fiscal, argumentando que esta decisión podía hacer más gravosa la situación fiscal y de las finanzas públicas del Estado. Para lo cual, la Corte profirió el Auto 184 del 2016, por medio del cual admitió el incidente fiscal y suspendió los efectos de la sentencia.

1.5 Hacia un análisis y superación de la tensión entre la eficacia de los derechos fundamentales, la cláusula del Estado social y autonomía judicial vs marco de sostenibilidad fiscal (regla fiscal).

A modo de síntesis conceptual, podemos afirmar, siguiendo a la corte constitucional, que la cláusula de Estado social de derecho, es la respuesta a las inequidades derivadas en el Estado liberal clásico, en especial luego del proceso de industrialización (C.C., Sentencia C-288/12).

“En efecto, y a diferencia del Estado liberal, que se cimenta en el reconocimiento de una igualdad real de los asociados, el Estado social de derecho opera, como un principio que define como es o debería ser la actuación del Estado y le impone unos fines concretos. En ese sentido, la actividad de los organismos y autoridades públicas debe encaminarse, de manera vinculante, hacia la satisfacción de los fines para los cuales se ha instaurado esa forma de organización del poder político. El cumplimiento de esa función faculta a tales organismos y autoridades, por mandato de la constitución, a intervenir en los mercados económicos con el fin de propender a la consecución de los mismos fines” (C.C., Sentencia C-288/12).

Por su parte, el principio de progresividad de los derechos sociales, parafraseando a la corte constitucional consiste en la obligación del Estado de continuar en la consecución del goce pleno de las garantías (C.C., Sentencia C-288/12)

“Por lo tanto, la actividad del Estado debe encaminarse a buscar el aumento de la cobertura y de las garantías que le son propios, hasta el máximo posible, a través del establecimiento de medidas legislativas y de cualquier otra índole. En línea con lo expuesto, el principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra prohibido retroceder en esa garantía, salvo que se cumpla con un estricto juicio de proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es indispensable para cumplir con el fin constitucional” (C.C., Sentencia C-288/12).

Por otro lado, el concepto de autonomía judicial, íntegramente vinculado con los conceptos de Estado de derecho, separación de poderes y en última instancia Estado Social de Derecho, tiene como propósito fundamental que los jueces no se vean sometidos a presiones o, como lo indica la norma bajo estudio, a insinuaciones, recomendaciones, exigencias, determinaciones o consejos por parte de otros órganos del poder, inclusive de la misma rama judicial, sin perjuicio del ejercicio legítimo por parte de otras autoridades judiciales de sus competencias constitucionales y legales (C.C., Sentencia C-288/12).

Finalmente, en relación con la regla fiscal o sostenibilidad fiscal, podemos señalar que según la Corte (C.C., Sentencia C-288/12), se configura en una herramienta para la consecución de los fines del Estado social de derecho, en términos generales como un criterio orientador que, debe interpretarse conforme al principio de progresividad y a la naturaleza indivisible e interdependiente de derechos.

1.6 Explicación del conflicto jurídico objeto de análisis.

Ahora bien, resulta evidente que con la inserción del marco de sostenibilidad fiscal o regla fiscal en el ordenamiento jurídico colombiano, se presenta un conflicto de orden jurídico entre los principios establecidos en la cláusula de Estado social de derecho (eficacia de los derechos fundamentales prestacionales y autonomía judicial) frente al marco de sostenibilidad fiscal impuesto por en el artículo 334 de la estatuto superior. En efecto, en virtud de la regla fiscal, se está sujetando los derechos y principios de naturaleza democrática, a los instrumentos propios de análisis de orden económico y del mercado.

Tal y como se expuso precedentemente, la Corte ha venido modulado sus fallos y el alcance de estos, a fin de salvaguardar la denominada regla fiscal, en efecto, el fenómeno evidenciado implica la reconfiguración de tipos jurídicos relevantes en materia de derechos fundamentales, organización territorial, configuración y destino del presupuesto público, al igual que la reconducción de la manera de concebir y justificar el Derecho como institución social.

Por otro lado, aterrizando al problema jurídico en relación con derechos fundamentales que se ven vulnerados es importante exponer situaciones que son los puntos en donde la sostenibilidad fiscal genera desequilibrio social como lo es el caso de la salud, ya que ésta no puede estar supeditada a situaciones económicas, si bien con la ley 1751 de 2015 fue elevada a derecho fundamental sigue tratándose como mercancía, existiendo inequidad en el acceso a ella y los servicios. Se sigue priorizando la rentabilidad y no la vida, lastimosamente se presta un servicio que en la mayoría de los casos carece de dignidad hacia las personas.

Nos atrevemos a decir esto ya que con la ley 1751 de 2015 se siguen presentando enormes omisiones en la salud por parte del sistema frente a los usuarios, a pesar de que ya es catalogada como derecho fundamental. En la sentencia T- 317 de 2018, se evidencia que en los “servicios complementarios” que al final son indispensables para la ejecución del servicio (y que no tienen por qué estar sujetos solo con orden médica) se siguen manteniendo las mismas trabas y es necesario llegar a la tutela para que sean reconocidos porque primero hay que priorizar y mantener la sostenibilidad financiera del sector salud que la vida de las personas, no existe una cobertura digna del sistema.

Otro caso es el de las madres comunitarias del ICBF, en sentencia SU-079 de 2018 se les desconoce el derecho a una mesada pensional argumentando que la actividad que ellas realizan es una manifestación de solidaridad, desconociendo el contrato realidad y que por tanto no existe una relación laboral con la institución. Si bien en la sentencia no se especifica, es claro que el fallo fue guiado para proteger la sostenibilidad fiscal, vulnerando el mínimo vital, la igualdad, la seguridad social y la dignidad humana de estas madres comunitarias.

Si bien en la letra la sostenibilidad no puede ni debe vulnerar o restringir la protección de los derechos fundamentales y mucho menos los jueces pueden guiarse por ésta para proferir sus fallos, la situación real es distinta y sí éstos derechos se están viendo inevitablemente afectados.

1.7 Algunos estudios frente al marco de sostenibilidad fiscal y los derechos fundamentales.

De acuerdo con los estudios realizados, evidenciamos distintos tipos de investigaciones alrededor del tema, entre estos, destacamos artículos de revistas científicas, tesis de grado, artículos de referencia, entre otros que, a nuestro juicio, constituyen el estado del arte relevante con relación al problema de investigación.

Para el profesor Emilio José Archila, la materialización de la sostenibilidad fiscal se produce en la regla fiscal, la cual implica básicamente que en materia presupuestal el gasto no puede superar al ingreso (Archila E. J., 2013).

“En este contexto, el gobierno se ve enfrentado a un dilema: ¿cuál es la solución para la asignación de dicho gasto?, anota Archila que el artículo 334 de la constitución política ofrece algunas referencias que se deben tener en cuenta para dicha asignación: el gasto público social es prioritario; la sostenibilidad fiscal no puede ser el argumento para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva, y se debe asegurar progresivamente que las personas accedan efectivamente a los bienes y servicios básicos” (Archila E. J., 2013).

Bajo dicha línea de pensamiento, concluye el citado profesor que:

“La aproximación a la forma como el Estado debería adoptar la decisión de asignar el gasto, es la identificación de un Tertium comparationis que permita: i) responder consistentemente a la situación de desigualdad que genera invertir, en la garantía de un derecho; ii) determinar qué derecho será mayormente garantizado y cuál no; iii) establecer un lenguaje común entre derechos, y, finalmente, iv) establecer hasta qué punto estamos

dispuestos a satisfacer un derecho en concreto. En todo caso, aclara, que la adopción de dicho criterio no supone abstraer a los derechos de la discusión constitucional; por el contrario, una y otra aproximación resulta complementaria y efectiva de cara al cumplimiento de los cánones constitucionales” (Archila E. J., 2013).

Por su parte, para Álvaro Pío Guerrero, se constata que, dentro del constitucionalismo moderno, se aspira a introducir en los cuerpos normativos de las cartas de derechos la *sostenibilidad fiscal* como un principio (Guerrero A. P., 2012).

En igual sentido anota que:

*“El **principio de sostenibilidad fiscal** resulta a fin al modelo económico y constitucional colombiano, bajo la consideración que, como se trata de una directriz o norma programática, debe supeditarse a los valores adoptados en nuestro ordenamiento jurídico y a los principios en sentido estricto o derechos fundamentales, haciendo énfasis que la sostenibilidad fiscal no puede restringir el núcleo esencial de los derechos humanos, fundamentales y sociales”* (Guerrero A. P., 2012).

Ahora bien, Ortega y Sierra (Ortega Sierra, 2014) exponen, marcos de referencia en los cuales se ilustra cómo han evolucionado las diferentes medidas para controlar el gasto y disminuir el déficit fiscal. Aunado a lo expuesto, se propone la necesidad de una regla fiscal como política de disciplina fiscal y que propenda por la estabilidad macroeconómica del país. Para estos autores, mediante la reforma constitucional del artículo 334, se estableció la sostenibilidad fiscal como principio constitucional.

Para Jorge Aguilera:

“La sostenibilidad fiscal se edifica como principio orientador del Estado colombiano frente al principio de Estado social de derecho, analiza el notable crecimiento del gasto y la deuda pública apalancada en la falta de evaluación de los efectos fiscales por parte del poder legislativo y del poder judicial en sus decisiones. Así mismo, concluye que la sostenibilidad fiscal es considerada como una herramienta de carácter constitucional que faculta al Estado, en desarrollo de la potestad de direccionamiento de la economía, para definir y desarrollar políticas de gasto acorde con las necesidades y prioridades que en la materia son adoptadas en el marco de gasto de mediano plazo y la Ley de Presupuesto, y destaca que se constituye en una posibilidad del poder ejecutivo de retomar la iniciativa en la determinación del gasto” (Aguilera D, 2014).

En concordancia con la línea defensora del marco de sostenibilidad fiscal, encontramos (Portela Alvarez,2012) posturas que afirman que tal principio conduce a que las finanzas públicas sean viables, evitando que el gasto crezca por encima de los ingresos, y que de tal manejo se evite que el Estado se endeuda cada vez más, logrando de manera paulatina los fines perseguidos por el Estado social de derecho.

De otro lado, para Acevedo Gutiérrez:

“La sostenibilidad fiscal se funda como un criterio constitucional en una coyuntura económica y política de crisis internacional; el incidente fiscal materializa ese criterio en el ordenamiento colombiano, y si bien fue introducido con la cláusula de que no puede ser instaurado en perjuicio de los derechos fundamentales de los miembros de la sociedad, la lectura acuciosa de la jurisprudencia y de la bibliografía existente, permite concluir que si fue instituido con el fin de reducir el costo económico del Estado social de derecho” (Acevedo G, 2015)

En el ámbito de estudios cuantitativos, evidenciamos un análisis de la sostenibilidad fiscal colombiana, desde un ámbito territorial, repasando por la crisis de los años noventa y de los años recientes, en materia de endeudamiento excesivo y su consecuente insostenibilidad, y contrastando el marco normativo que surge en respuesta a estas crisis en Colombia (García, 2015).

Se exponen cifras correspondientes a las finanzas territoriales, asociadas a ingresos, gastos, pasivos y producto, desarrollado en un nivel departamental (García, 2015).

Se encuentran trabajos en los cuales, la línea de análisis se circunscribe al estudio de la justiciabilidad de los derechos “sociales”, en el marco de la sostenibilidad fiscal. Así las cosas, se afirma (Lopez Daza, 2012) que la problemática sobre su justiciabilidad de los derechos sociales, ha llevado al Gobierno colombiano a realizar una reforma constitucional con la cual se instauró el principio de sostenibilidad fiscal, sin embargo, refiere que 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, ya que, según refiere el artículo 334 de la carta política, “no se podrán afectar los derechos de las personas afectadas (sic)”. Así las cosas, para este autor, el 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.

Contraria a la línea expuesta anteriormente, se evidencian estudios según los cuales, la sostenibilidad fiscal elevada a rango constitucional impactará las decisiones del devenir

estatal, precisando que determinará las decisiones de inversión pública, generándose incertidumbre en el devenir institucional (Villota Roma, 2013).

Ahora bien, se encontró un interesante estudio respecto del marco de sostenibilidad vs la reparación integral, en dicho trabajo se analiza la reparación tanto en el sistema interamericano de derechos humanos y en el derecho interno, se acoge la tesis de que no puede desconocerse la importancia del factor económico como presupuesto de desarrollo y satisfacción de necesidades básicas en la sociedad, puntualmente en materia de reparación de víctimas, y articulando lo anterior con el Derecho, entendido como una herramienta que permite el logro de consensos y el establecimiento de un orden que permita la convivencia social y justa (Prieto, 2014).

De otro lado, encontramos dentro de la línea crítica al marco de sostenibilidad, un análisis a cuyo tenor el principio de sostenibilidad fiscal se convierte en un obstáculo que afecta la garantía de protección a los derechos constitucionales, al quedar sometida a una valoración presupuestal en cuanto a lo que establece el principio de sostenibilidad (Perez, 2015).

En relación con el marco de sostenibilidad fiscal y garantías constitucionales, evidenciamos un análisis entorno a que, la sostenibilidad fiscal como reforma constitucional responde a un mandato externo de reglamentar políticas públicas de carácter económico para asegurar a mediano y largo plazo, la sostenibilidad de las garantías y beneficios sociales en el marco del Estado Social de Derecho (Pulecio Charris, 2014)

En materia de derechos pensionales, encontramos un trabajo de la Universidad Libre, seccional Pereira, en el cual, se analiza el principio de sostenibilidad financiera frente al de la

condición más beneficiosa en materia pensional, ambos consagrados en la carta política (Arts 48 y 334). Se estudia, concretamente:

“El caso de la pensión de sobrevivientes otorgada dentro del régimen de prima media con prestación definida, en los procesos judiciales que terminaron con sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el período comprendido entre los años 2000 a 2012, constatando si el alto Tribunal da preferencia o no a los derechos particulares de los afiliados y sus beneficiarios, sobre las políticas económicas que buscan el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, en el marco de las reglas contenidas en el acto legislativo 01 de 2005 y el acto legislativo 03 de 2011” (Hoyos Muñoz, 2014)

Ahora bien, según el criterio oficial, esto es, el del Gobierno Nacional, la regla fiscal y de paso el incidente de impacto fiscal, en ningún caso ponen en riesgo la adecuada protección de los derechos fundamentales, pero advierten que *“sí aspira a que la política pública en el marco del Estado de bienestar no sea definida por la rama judicial”* (Defensa, 2016).

Por su parte, conforme al marco fiscal para los años 2015-2026, publicado por el ministerio de hacienda y crédito público, el panorama fiscal se encamina en un contexto de incertidumbre sobre el comportamiento futuro de los precios del petróleo y con la expectativa de mantener una producción promedio de un millón de barriles por día durante los próximos ocho años.

1.8 Hacia un nuevo diagnóstico del impacto de la Regla fiscal

Así las cosas, efectuado un repaso por el estado del arte, encontramos que los análisis que hasta el momento se han efectuado, se circunscriben simplemente a una descripción teórica del hecho jurídico, esto es, de la incorporación constitucional de la sostenibilidad fiscal –regla fiscal- y su impacto en la eficacia de los derechos fundamentales, sin embargo, se encuentra un vacío metodológico que a juicio de las autoras es menester superar. En efecto, a fin de plasmar un diagnóstico y solución del problema jurídico, cobra especial realce el análisis del fundamento, razón de ser o raíz de la incorporación de la regla fiscal en el estatuto constitucional.

Así las cosas, la clave que permitirá entender el problema planteado en su real dimensión, se circunscribe a un análisis no solo normativo, sino económico del tema, toda vez que, lo que ocurre con la regla fiscal es consecuencia de la implantación de los métodos propios de la economía y del análisis económico del derecho en el texto constitucional. De modo que, a fin de llegar a una real comprensión del asunto y solución del problema, el presente escrito centrará su análisis en las causas de orden económico que han generado la obligación a cargo del Estado colombiano de implementar el marco de sostenibilidad fiscal.

Con este enfoque positivista-economicista, a nuestro juicio, se supera la brecha metodológica que aún persiste en el análisis del problema jurídico, ya que, no sólo se analizará el hecho normativo (marco de sostenibilidad fiscal en el artículo 334 de la carta) sino que se perfilará el estudio en la fundamentación o génesis de orden económico del modelo implantado.

En consecuencia, al llegar a la naturaleza o génesis del problema, será viable plantear una solución al mismo. Para el efecto, se emplearán precisamente principios concernientes al

análisis económico de los fenómenos jurídicos, para de esta manera demostrar su insuficiencia en la normativización de algunos aspectos de la vida social, como lo son, los derechos fundamentales (Leiva & Muñoz, 2014). En todo caso, lo que se buscará metodológicamente será la articulación entre los procesos económicos, políticos y jurídicos dentro del marco del Estado Social de Derecho, el cual, en términos generales, es la organización jurídico-política de la democracia (Diaz Garcia, 1998)

CAPITULO II

CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPUESTA A LA PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

DE LA FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DEL MARCO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL.

A fin conceptualizar la hipótesis planteada en el presente escrito, es menester señalar que el problema concerniente a la regla fiscal, debe abordarse de manera interdisciplinaria, en efecto, el impacto de la regla de sostenibilidad fiscal en la eficacia de los derechos fundamentales tiene una génesis de orden económico, para ser más claros, un sustento en el modelo económico de orden mundial, en el cual está inmerso nuestro país.

En este sentido, consideramos pertinente analizar la raíz teórica del modelo económico que, en términos generales, es el fundamento del marco de sostenibilidad fiscal. Bajo dicha perspectiva, se contrastará los cambios o enfoques de naturaleza jurisprudencial según el criterio económico de cada momento, para luego señalar el impacto que ello ha tenido en la protección y eficacia de los derechos fundamentales prestacionales. Luego de ello, se demostrará que junto con los derechos fundamentales, como matriz o razón de ser del Estado Social de Derecho, vulnerándose la mismísima cláusula de organización política, y principios de raigambre democrático como lo es la autonomía judicial.

En este sentido, se hará mención a unidades conceptuales relevantes para la solución del problema jurídico, como lo son derechos fundamentales, justiciabilidad de los derechos, modelo económico, análisis económico del derecho, eficiencia. El universo que se analizará será eminentemente jurisprudencial, sin dejar de lado la opinión de expertos y trabajos que

han servido de insumo en el análisis del marco de sostenibilidad fiscal en la eficacia de los derechos fundamentales y del Estado social de derecho.

2.2. La regla fiscal y los derechos fundamentales. El impacto del modelo económico en el marco constitucional.

2.2.1. La decisión judicial y el nuevo constitucionalismo en el modelo económico neoliberal.

El profesor Rodrigo Uprimmy realiza un análisis pormenorizado intentando dar a conocer la controversia que se generó tras la entrada en vigor de la nueva constitución y la aplicación directa de los derechos fundamentales (Uprimmy Yepes, 1995).

Plantea el autor una controversia respecto de la nueva forma de interpretación de las normas, pues a la luz del antiguo modelo liberal, en el cual, el alcance dado a una norma se realizaba al tenor literal de la Ley, se propició un cambio en el paradigma interpretativo a la luz del Estado social de derecho, a cuyo amparo, los jueces deben realizar una interpretación de las normas acorde a con los principios y valores del texto constitucional y la realidad social. En todo caso, advierte que se debe propender por una complementariedad y uso adecuado de los métodos de interpretación, a fin de que prime la seguridad jurídica para que la actividad judicial no se convierta en arbitraria.

Ahora bien, el profesor español Luis Prieto Sanchís, define el *constitucionalismo*, como un tipo de Estado de derecho que designa la forma de organización política de la sociedad, en igual sentido asevera, que se puede interpretar como una teoría del derecho o también se puede puntualizar como una ideología que define o defiende la fórmula política designada en el texto constitucional. (Prieto Sanchis, 1995)

En dicho contexto, plantea el autor que el neoconstitucionalismo no es del todo efectivo pues a mayor constitucionalización y garantías judiciales menor va a ser el ámbito de intervención parlamentaria, no obstante, reúne dos elementos que lo caracterizan; tiene un fuerte contenido normativo y tiene garantía jurisdiccional que en conclusión llevaría a que la constitución condicione las decisiones de la mayoría pero cuyo protagonista fundamental no sería el legislador si no el juez.

En concepto del profesor Paolo Comanducci, neconstitucionalismo es:

“(...) Un modelo constitucional, o sea el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico - político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales. (...)”

(Comanducci, 2006)

En tal sentido, realiza un análisis de todos los cambios que conlleva la modificación efectuada por el modelo del Estado social de derecho, no obstante lo que más nos llama la atención, es lo que el mismo autor determina como el constitucionalismo de las reglas que como el manifiesta podría también ser llamado, constitucionalismo del mercado, si quisiéramos subrayar la preeminente importancia asignada por el constitucionalismo liberal de inicios del siglo XIX al derecho de propiedad y a la libertad contractual.

Es decir, que el paulatino cambio que se estaba dando en dicha época en la forma de interpretación de la Ley era una consecuencia del desarrollo progresivo a nivel mundial de dicha teoría, la asunción de la globalización económica a fin de lograr un orden económico mundial.

2.2.2. De los derechos fundamentales de prestación.

Ahora bien, aterrizando el asunto a la unidad de análisis concerniente a los derechos fundamentales prestacionales, una corriente teórica, los define como derechos fundamentales no

por conexidad con otros, sino porque su estructura es de derechos fundamentales, que conlleva a un actuar positivo, a una obligación a cargo del Estado. Se puede decir, que el Estado Social de Derecho, dentro de su filosofía y concepción busca garantizar no sólo los derechos fundamentales individuales, sino también los *derechos sociales*², como garantías para que las personas mejoren su calidad de vida, y se concrete una sociedad más equitativa, menos desigual, y más democrática, tanto en lo político cómo en lo económico (Arango R, 2005).

En este sentido, son derechos de prestación, se refieren a una acción positiva del Estado, a un hacer; frente a ello, encontramos tres tesis que abordan el tema (Arango Rivadeneira, 2005) La tesis maximalista predica que los derechos sociales fundamentales deben ser garantizados a cualquiera y en cualquier circunstancia, entre ellos encontramos el derecho a la alimentación, la salud, la vivienda, educación, el trabajo, la seguridad social, los cuales se encuentran establecidos en normas jurídicas, obligaciones y posiciones jurídicas cuyo reconocimiento debe ser universal sin limitación a persona alguna. La tesis minimalista predica que los derechos sociales fundamentales deben ser reconocidos hasta cierto punto, se traduce en un mínimo vital. La tesis intermedia establece que sólo algunos de los derechos sociales son subjetivos.

Conforme a lo anterior se debe precisar que su protección en un caso específico debe ser el resultado de un análisis de las circunstancias del asunto, luego de una justificación argumentativa, valorando las posibilidades económicas del sujeto que demanda la protección, al

² Para nosotras, no debe categorizarse o diferenciarse entre derechos de primera, segunda, tercera generación, o entre derechos sociales o del ambiente, ello es un concepto en desuso, ya que, según la postura que más adelante se expondrá, los derechos fundamentales son inescindibles, esto es, deben protegerse sin distinción o categorización.

igual que el grado concreto de amenaza al derecho (urgencia), condiciones materiales de una situación de necesidad, para protegerlo y efectivizarlo (Leiva, 2015).

Es decir el obligado a proteger el derecho prestacional es el Estado, y constituyen como derecho fundamental no sólo un límite al Estado, en una omisión, sino también un límite a la política y al mercado (Ferrajoli L. , 2001) al igual que una obligación positiva de hacer, de prestación por parte del Estado frente al sujeto (persona) que requiera la aplicación del derecho.

2.2.3. La justiciabilidad de los derechos fundamentales de carácter prestacional.

Es muy importante determinar que los derechos fundamentales entendidos como derechos subjetivos de alto grado de importancia, consisten en expectativas ya sean positivas, esto es prestaciones a cargo del Estado o negativas, es decir, de abstención por parte del Estado a fin de lesionar el ámbito de libertad de los individuos (Ferrajoli L. , 2001) y ello nos lleva a diferenciar las garantías establecidas en principio (los derechos), y los mecanismos para sancionar judicialmente las vulneraciones a éstos derechos y hacerlos efectivos.

Luigi Ferrajoli comenta lo siguiente:

“Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación.”

En consecuencia, el hecho que no se encuentre de manera explícita el mecanismo o garantía de protección y concreción del derecho dentro del ordenamiento jurídico, no significa

negar la existencia del derecho; porque todo derecho que está consagrado en el ordenamiento tiene su mecanismo de protección, lo que puede ocurrir es que no se exprese de manera directa, lo cual nos lleva a escudriñar al interior del sistema jurídico para encontrar el mecanismo idóneo de protección.

2.2.4. Tesis de la inescindibilidad de los derechos. No hay derechos de mejor categoría que otros.

La tesis de la inescindibilidad de los derechos fundamentales se refiere básicamente a que no se debe distinguir entre derechos de mejor categoría que otros, todos son derechos fundamentales lo que ocurre es que hay unos derechos que se protegen en determinadas circunstancias. En el caso de los derechos fundamentales de contenido prestacional, son protegidos en determinadas circunstancias, no sólo se debe analizar la norma y la obligación a cargo del Estado, se debe tomar en consideración la posición jurídica, los argumentos válidos que justifican conforme a las circunstancias si el sujeto se encuentra dentro de la posición normativa que la norma establece. En este sentido, las circunstancias son un punto a tener en cuenta para determinar la protección del derecho, factores económicos, de urgencia, de vulnerabilidad de la persona, deben ser tenidos en cuenta para determinar si el Estado debe actuar de manera positiva en la protección del derecho.

En consecuencia, los derechos de carácter prestacional son fundamentales pero, para su concreción se deben tener en cuenta ciertas circunstancias específicas, y de esta manera argumentar y justificar válidamente la protección del derecho. En ese orden de ideas es muy importante resaltar la posición de Courtis y Abramovich, con respecto a que no existe ninguna diferencia de estructura entre los distintos tipos de derechos fundamentales: “*Cae en*

consecuencia el principal fundamento teórico si es que se puede hablar de fundamento- de la tesis de la inexigibilidad de los derechos sociales.” (Abramovich, 2004)

2.2.5. El modelo económico y la Constitución de 1991. Los antecedentes del giro neoliberal de la Corte Constitucional.

Juan Ahumada critica de manera profunda las alabanzas que se le hacen a la carta política de 1991, para éste, a dos décadas de promulgada la Constitución, el balance muestra un intenso saldo en rojo en la columna de promesas y expectativas a la nueva carta constitucional, lo cual ya debe generar dudas entre quienes la califican de enorme progreso (Farreta, 1998)

Ahora bien, en el marco de la globalización, se vislumbran serias deficiencias en la configuración económica, en la cual, prevalece quien tenga el capital financiero para comprar mano de obra barata, causando un resquebrajamiento del concepto democrático y social de concebir la relación laboral, prueba de ello lo resalta Velasco:

“Los sistemas de relaciones laborales en las sociedades mencionadas crean modelos económicos globales, alimentados por mano de obra industrial barata, estable y disciplinada dentro de un medio cuyos controles políticos garantizan seguridad. El proceso anterior se apoya, según Chassudovski, en la destrucción de la manufactura nacional dirigida al mercado interno en los países del Tercer Mundo y en la consolidación de una economía de exportación de fuerza de trabajo barata.” (Parrado, 2003)

Luego de contextualizar la problemática del modelo económico a nivel global, podemos señalar que la corte constitucional colombiana, a lo largo de su jurisprudencia, tiene distintos matices, pasando de una postura garantista desde 1992, a una postura más proclive a la

justificación de las nuevas de formas de explotación económica y de entender el Estado, dentro de un marco neoliberal a partir de 1997.

En efecto, la Corte Constitucional ha mantenido dos posturas respecto a la forma de entender el Estado social de derecho y la efectividad de los derechos fundamentales prestacionales. En un primer momento, desde 1992 a 1997 sostuvo la prelación de la efectividad de los derechos fundamentales de carácter prestacional por encima de principios como la sostenibilidad fiscal y presupuestal, prueba de ello se encuentra en la sentencia T-406/92 y C-546/92, en la cuales se desarrolla jurisprudencialmente el concepto de la cláusula de Estado social de derecho y de efectividad de los derechos fundamentales.

Dentro de esta postura, el individuo es el centro y motor de la actividad estatal, lo que se traduce en la prevalencia del individuo sobre el Estado, al igual que la obligación de este de garantizar la efectiva y plena realización de los derechos establecidos en la Constitución. De igual manera, particularmente en la C-546/92 el concepto de deuda tiene un alcance más profundo, ya que no sólo se refiere al pago de obligaciones con el sector financiero y crediticio interno o externo, sino que implica las obligaciones sociales y prestacionales, que posee el ente estatal con los individuos que hacen parte del Estado colombiano.

Luego, a partir de 1997, se inicia un paulatino giro de la Corte hacia la aceptación y afirmación de un modelo económico neoliberal, en este momento afirma que los derechos prestacionales no son de aplicación inmediata y que debe sujetarse su efectividad a la disponibilidad presupuestal y financiera. Seguidamente, con sendos fallos desde los años 2000; C-540/01, C-1433/00, C- 1064/01, C-349/04, C-038/04, T-978/04, C-064/05, se fue consolidando una línea argumentativa que reconfigura el concepto de Estado social de derecho, la efectividad de los derechos fundamentales prestacionales y la reconfiguración de tipos

jurídicos propios como la autonomía judicial, la autonomía territorial, los derechos adquiridos, la estabilidad laboral, entre otros, para acoplarlos a las nuevas lógicas del mercado y del mundo globalizado en el cual conceptos tales como eficiencia, competitividad y flexibilización laboral, son los referentes y estándares del orden económico mundial.

Este fenómeno descrito, se ha plasmado de igual manera, en el acopio e implementación de corrientes de teoría jurídica foráneas, que se configuran en instrumentos y estrategias argumentativas neoliberales, en particular, el denominado análisis económico del derecho³, que llevado al máximo implica la recomposición de la razón de ser del Derecho, en el entendido que las normas deben ser eficientes, lo que se traduce en la reducción de los costos de transacción o impedimentos para llegar a acuerdos. Bajo esta lógica, los individuos pueden disponer de todos sus derechos, siendo problemático en distintos campos del Derecho, por ejemplo, en material laboral y prestacional implicaría el desconocimiento de garantías mínimas fundamentales so pretexto de la eficiencia y reducción de costos para el Estado y también el sector privado.

En ese sentido, el giro argumentativo de la Corte Constitucional, ha dado pie a una nueva forma de entender los derechos, que en nuestra opinión afecta y pone en riesgo la aplicación de los mismos, además de la efectividad y puesta en marcha del modelo de Estado social de derecho, para en su lugar implementar un modelo económico que más que beneficios a aparejado consecuencias nefastas en materia de protección y eficacia de los derechos fundamentales.

2.2.5.1. Cronología de la protección de los derechos fundamentales prestacionales.

³ Sobre este particular se hablará líneas más adelante.

En primer término, ha de advertirse que para nosotros uno de los objetivos es tratar de encontrar o establecer cuáles son los métodos y criterios de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales por parte del máximo tribunal constitucional y en tal sentido de acuerdo al desarrollo metodológico planteado, clarificar cuales el impacto de la sostenibilidad fiscal en su eficacia y protección.

No obstante, es pertinente advertir que es una empresa muy engorrosa, dado el abundante desarrollo jurisprudencial. Así las cosas, desarrollaremos cronológicamente los pronunciamientos que marcaron en nuestro concepto, el inicio de los cambios potenciales en el tema propuesto.

Un primer hito, lo constituye la Sentencia T – 406 de 1992 que precisó las características que debe reunir un derecho para considerarse fundamental, así:

“Esta Corte considera que para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. Para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y, de contera, el derecho fundamental mismo: 1) Conexión directa con los principios constitucionales; 2) Eficacia directa y 3) Contenido esencial.”

En desarrollo del mismo pronunciamiento se incluye la aplicación de la acción de tutela para la protección de los derechos prestacionales, manifestando que:

“La aceptación de la tutela para los derechos económicos, sociales y culturales, sólo cabe en aquellos casos en los cuales exista violación de un derecho fundamental de acuerdo con los requisitos y criterios de distinción anotados; sólo en estos casos, el juez puede, en ausencia de pronunciamiento del legislador, y con el fin de adecuar una

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

(C.C., Sentencia T-406/92)

Así las cosas, la protección de los derechos fundamentales de prestación, se efectuaba a través de la acción de tutela, puntualmente, alrededor del concepto de conexidad y vulneración o afectación a un derecho fundamental, planteando la teoría de que los derechos fundamentales o de primera generación se plasman a través de principios y los derechos de segunda y tercera generación a través de valores:

*“Los valores son **normas que establecen fines** dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son **normas que establecen un deber ser específico** del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y, por lo tanto, de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores, tienen una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor*

capacidad para ser aplicados de manera directa e inmediata, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores, en cambio, tienen una eficacia indirecta⁴, es decir, sólo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada de los principios constitucionales.” (C.C., Sentencia T-406/92)

En tal sentido, para esta época la Corte Constitucional dejaba por sentado que si existía un orden jerárquico por así llamarlo para la interpretación, aplicación y garantía efectiva de los denominados derechos fundamentales y que para que un derecho prestacional, fuera protegido por medios constitucionales tendría entonces que realizarse una valoración desde el punto de vista de los principios constitucionales transgredidos.

- **La sentencia SU-111/97 y el inicio hacia el neoliberalismo**

Un primer momento de cambio de la postura de la Corte hacia el neoliberalismo lo constituye la sentencia SU-111/97, en la cual la Corte pone de manifiesto que la concreción de los derechos fundamentales de prestación, está supeditada a las posibilidades financieras del Estado. En esta línea argumentativa la Corte establece:

“No puede pretenderse, que de la cláusula del Estado social surjan directamente derechos a prestaciones concretas a cargo del Estado, lo mismo que las obligaciones correlativas a éstos. La individualización de los derechos sociales, económicos y

culturales, no puede hacerse al margen de la ley y de las posibilidades financieras del Estado.” (C.C., Sentencia SU-111/97)

Este constituye si pudiera decirse un primer paso, un primer momento del cambio de sentido de la Corte respecto a la efectividad de los derechos. En esta sentencia, la corte recalca la importancia del concepto de disponibilidad financiera del Estado para la concreción de los derechos, y como consecuencia de lo anterior, la efectividad de los mismos es progresiva: *“La justicia social y económica, que se logra gracias a la progresiva e intensiva ejecución de los derechos económicos, sociales y culturales, se reivindica y se lucha en el foro político.” (C.C., Sentencia SU-111/97)*

Esta argumentación de la Corte constituye un enfoque menos romántico de la efectividad de los derechos, a comparación de las tesis expuestas en la sentencias iniciales del 92 y 93 anteriormente expuestas. Ahora, se da un giro hacia las posibilidades financieras del Estado y la concreción progresiva de los derechos sociales. Esto a simple vista no genera mayor repercusión, sin embargo será uno de los antecedentes jurisprudenciales para el desarrollo posterior entorno al neoliberalismo.

- **La postura neoliberal de la Corte a partir del año 2001**

A partir del año 2001, la corte constitucional da un giro hacia una concepción de la efectividad de los derechos, autonomía territorial, estabilidad laboral y flexibilización del trabajo con un marcado tinte neoliberal. En dicho momento, la Corte se aparta de sus posturas iniciales respecto a la efectividad de los derechos y la cláusula de Estado social, dando cabida a la incorporación constitucional de principios tales como: estabilidad fiscal, ajuste fiscal, estabilidad

presupuestaria, pago de la deuda, sostenibilidad fiscal, regla fiscal y re-conceptualización de la idea de derechos adquiridos, favorabilidad laboral y demás conquistas de raigambre social.

2.2.5.2. En materia de autonomía territorial y presupuestal

La sentencia C-540/01, se refiere a una demanda de inconstitucionalidad contra la ley 617 de 2000. En dicho fallo, la Corte, se refirió a varios aspectos de relevancia constitucional, sin embargo para el objeto de la presente reflexión nos interesa dos en particular: “*a.) El ajuste de los presupuestos de las entidades territoriales, y b.) El respeto de los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales*” (C.C., Sentencia C-540/01)

En este pronunciamiento, la Corte rompe con principios propios de la autonomía de los entes territoriales y en particular de su presupuesto, al igual que justifica la privatización de algunos monopolios rentísticos estatales si no cumplen con el criterio de eficiencia, prueba de ello se evidencia en el siguiente aparte:

“Existe, además, la autorización constitucional para que el Estado acabe el monopolio rentístico cuando incumpla su propósito de generador de rentas o pierda la finalidad de interés público y social. La Constitución Política asigna directamente al Gobierno la función de enajenar o liquidar las empresas monopolísticas del Estado y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley. El artículo 336 de la Constitución prescribe:

El Gobierno enajenará o liquidará las empresas monopolísticas del estado y otorgará a terceros el desarrollo de su actividad cuando no cumplan los requisitos de eficiencia, en los términos que determine la ley.”

Es en este acápite de donde afirmamos que para la Corte, el discurso propio neoliberal es recibido y aplicado en la justificación de decisiones constitucionales, ahora el concepto de eficiencia, tan defendido y casi sacralizado por el neoliberalismo, hace parte del discurso constitucional. En lo referente a lo preceptuado por la ley 617, respecto a la orden que: *“Cuando una Empresa Industrial y Comercial del Estado o sociedad de economía mixta, de aquellas a que se refiere el presente artículo genere pérdidas durante tres (3) años seguidos, se presume de pleno derecho que no es viable y deberá liquidarse o enajenarse la participación estatal en ella, en ese caso procederán las transferencias, aportes o créditos para la liquidación”*, la Corte avala dicha normativa bajo la lógica de eficiencia, y concluye que la ley 617 no vulnera los monopolios rentísticos de la entidades territoriales.

Ello plasma el recorte presupuestal de los entes territoriales para inversión social, cobertura en salud, educación, servicios públicos, y de manera global la concreción y efectividad de los derechos fundamentales prestacionales. Es claro que la Corte Constitucional asume el discurso neoliberal como plausible, insertándolo dentro de los fallos de constitucionalidad, aparejando consecuencias nefastas que riñen y quebrantan la cláusula misma de Estado Social de Derecho.

Corolario de lo anterior, se recortan las transferencias, la Corte so pretexto de conceptos de eficiencia administrativa y prevalencia del interés general, aplaude y avala lo dispuesto por la ley 617 de la siguiente manera:

“(…) el hecho de ordenar la no transferencia de recursos y supresión de empresas industriales ineficientes o de las entidades descentralizadas que no cumplen su finalidad de generar rentas cuando se encuentran bajo la figura de monopolio rentístico, a la luz de la

Constitución Política constituye una medida justificada, razonada, objetiva y suficiente, que no pone en peligro ningún principio, valor ni derecho constitucional.”

Así las cosas, justifica la Corte, por conducto de herramientas propias de hermenéutica constitucional como es la medida objetiva, razonable, adecuada y suficiente las directrices económicas del neoliberalismo de recorte presupuestal. Ahora el denominado test de proporcionalidad y razonabilidad es utilizado para otorgar el aval a la política neoliberal de recorte presupuestal a los entes territoriales.

2.2.5.3 El impacto en materia salarial

En sentencia C-1064/01, la Corte de nuevo hace un guiño favorable al planteamiento económico neoliberal, pero esta vez, en materia salarial y de remuneración del trabajo. Bajo esta línea argumentativa, ahora, la Corte señala que (C.C., Sentencia C-1064/01, Colom) de una interpretación literal e histórica del artículo 53 de la Constitución ***no se deduce un derecho a conservar el poder adquisitivo real de los salarios***, haciendo uso de una interpretación sistemática, y como ella misma lo afirma “*reforzada por los convenios internacionales sobre la materia y por el respeto a los precedentes jurisprudenciales*”, la Corte señala que la Constitución protege dicho derecho dentro de unos lineamientos muy precisos como son:

a) “*La movilidad del salario no es formal sino real; la importancia del mínimo vital y el carácter anual de la movilidad*. En este apartado, considera que el postulado de la “remuneración mínima vital y móvil” no conduce a un concepto formal de la movilidad del salario. En cambio, la movilidad del salario no puede ser entendida, para que sea efectiva (Art. 2 CN), sino en un sentido real para responder a las variaciones

de los factores de los cuales depende su capacidad adquisitiva. Aquí fundamenta su postura en la Ley marco sobre salarios del sector público, en el entendido que el mínimo vital cotidiano de la persona, se ajuste con la misma *periodicidad del presupuesto*. De nuevo, el presupuesto se constituye en un factor determinante para la fijación del salario, esto es, el trabajador debe sujetar su ajuste salarial al de la misma periodicidad del presupuesto general de la nación” (C.C., Sentencia C-1064/01)

b) “*El derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario no es absoluto*. Es aquí donde evidenciamos una postura problemática de la Corte en materia de efectividad de los derechos fundamentales, en tanto abiertamente manifiesta que el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario no es un derecho absoluto. Con el argumento de la relatividad de los derechos, afirma la Corte que el derecho a mantener el poder adquisitivo real del salario como derecho limitable es un desarrollo específico de la doctrina según la cual los derechos, incluso los fundamentales, no son absolutos, todo con el fin de asegurar en la práctica su ejercicio efectivo” (C.C., Sentencia C-1064/01)

En este fallo reafirma lo contenido en la sentencia C-1433/00, manifestando que la aplicación de los derechos fundamentales debe armonizarse con lo establecido en la Ley anual de presupuesto. Ahora el presupuesto fija la aplicación de los derechos.

Lo problemático del asunto es que con el Acto Legislativo 03 de 2011, la fijación del presupuesto debe ceñirse en su elaboración y aprobación al marco de sostenibilidad fiscal, y más problemático aún se torna el asunto, cuando en el artículo 334 de la carta política precisa que la sostenibilidad fiscal debe orientar a todas las ramas del poder público y que cuando se haya proferido una sentencia judicial el procurador general de la nación o los ministros de gobierno

podrán solicitar un incidente de impacto fiscal cuyo trámite será obligatorio, lo que puede conducir a modificar, modular o diferir la aplicación del mismo.

En consecuencia, aquí demostramos lo planteado al inicio de este texto, y la génesis o fundamento del marco de sostenibilidad fiscal o regla fiscal, en el sentido que si bien, el Acto legislativo 03 de 2001, es posterior en el tiempo a los fallos enunciados, encuentra su camino allanado, abierto, merced de la línea argumentativa sostenida por la Corte a partir del año 2001, que justifica la relatividad de los derechos fundamentales, su no concreción inmediata y su condicionamiento a las políticas de sostenibilidad presupuestaria del Estado.

- **De la reconfiguración de principios jurídicos fundamentales en material laboral.**

Ahora nos referiremos a un aspecto que ha cambiado por completo la forma de entender el derecho laboral y de la seguridad social: *“la reconfiguración de principios fundamentales de carácter laboral”*.

En los años 2002-2010, se dio lugar por parte del Gobierno Nacional, a lo que se denominó la *“reestructuración administrativa del Estado”*, que no fue más que el desmonte de algunas entidades estatales, como lo fueron Telecom, el Instituto de los Seguros Sociales, la fusión de varios ministerios y entes administrativos, entre otros aspectos. Para ello, el Gobierno solicitó al Congreso facultades constitucionales extraordinarias para la escisión de entidades u organismos administrativos del orden nacional. Así las cosas, mediante sentencia C-349/04, la Corte Constitucional dio vía libre al plan de reestructuración administrativa, en el marco del estudio de la demanda se acusó de inconstitucionalidad la ley 790 de 2002 *“por la cual se*

expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República” y el decreto 1750 de 2003 “por el cual se escinde el Instituto de Seguros sociales y se crean Empresas sociales del Estado”.

En este fallo, la Corte encuentra ajustado a la carta el proceder del Gobierno de liquidar el Instituto de Seguros Sociales y crear en su lugar unas Empresas Sociales del Estado “E.S.E.”, y de paso, vincular sin solución de continuidad a los trabajadores del Instituto, cambiándoles su tipo de vinculación de trabajadores oficiales (antiguo ISS) por la de empleados públicos (E.S.E.). Este tipo de cambio de vinculación laboral generó de inicio un cambio en las relaciones de los trabajadores con la nueva empresa ya que, por ahora, ser empleados públicos no podían suscribir convenciones colectivas de trabajo, de igual manera el régimen prestacional se vió menoscabado ya que constituía mayores beneficios prestacionales la vinculación como trabajadores oficiales que como empleados públicos.

Sin embargo, lo que mayor llama la atención es el aval de la Corte de un cambio de tipo jurídico que tenía el Instituto de Seguros Sociales a unas Empresas Sociales del Estado, ya que bajo esta nueva estructura jurídica la E.S.E debían generar rendimiento financiero, de lo contrario serían liquidadas, tal y como finalmente ocurrió.

El argumento expuesto por la Corte, ahora a la luz de los hechos, de que escindir el Instituto generaba una posible liquidación del mismo -lo cual advertían de manera clara los demandantes- precisó:

*“Atendiendo al sentido común de la palabra escindir, puede entenderse que jurídicamente la escisión de entidades reviste dos modalidades: una primera en la cual la entidad escindida se disuelve, dando lugar a la creación de otras, resultando suprimida la escindida; y otra, en la cual una o más partes o dependencias de la entidad escindida se separan de ella, pudiendo dar lugar a la creación de otra u otras, pero sin que la inicial desaparezca del mundo jurídico. **Por lo tanto, no es cierto, como lo afirman los demandantes, que la escisión necesariamente conlleve la liquidación y supresión de la entidad escindida.**”*

El Instituto de Seguros Sociales, empresa pública encargada de prestar el servicio de salud y pensión a los colombianos fue liquidada, La infraestructura de las clínicas fue vendida al sector privado, consolidando el ideario económico neoliberal de las privatizaciones.

- **De los derechos adquiridos.**

La Corte Constitucional, reconfiguró el alcance y contenido de los derechos adquiridos en materia laboral, para dar paso a la flexibilización del trabajo. En sentencia C-038/04 la Corte afirma que una cosa es un derecho adquirido y otra una mera expectativa, en este caso, reduce el ámbito de aplicación del derecho adquirido a su mínima expresión y amplía el de mera expectativa, desconociendo garantías laborales y de paso justificando la Ley 789 de 2002 de flexibilización laboral. En efecto, la Corte señala que:

“Las meras expectativas no representan una barrera contra los cambios legislativos en materia laboral, incluso si las nuevas regulaciones resultan menos favorables a los trabajadores.”

La Ley 789 de 2002, redujo de manera considerable las contraprestaciones a los trabajadores por su trabajo dominical, nocturno y festivo, además que cercenó conquistas laborales alcanzadas a lo largo de años de luchas sindicales, para dar cabida a conceptos tales como “*precio de salario más competitivo*”, y más eficiente para incentivar la inversión privada.

De igual manera, la tesis empleada por la Corte reconfigura, casi de manera profunda el principio de favorabilidad en materia laboral, de la siguiente manera:

“La Corte explicó que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior no impide la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene otro sentido, pues hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario).”

Reduce el campo de aplicación del principio tan sólo a las disputas originadas en virtud de la relación laboral en sede judicial, ahora este principio tiene efectividad sólo en caso de duda para el juez, más no en otras áreas de lo jurídico como la expedición de una Ley, en la elaboración de un contrato de trabajo, entre otros.

2.2.5.4. De la progresividad de los derechos fundamentales.

Si partimos de la idea que el fenómeno del poder es histórico, esto es, consustancial de las sociedades, y que el poder y su ejercicio en particular implican unos riesgos, es conveniente fijar

límites al ejercicio del poder, para que éste no se torne abusivo, arbitrario para los asociados. El tema de los derechos fundamentales, su filosofía y fundamentación es de gran relevancia no sólo para la filosofía y teoría jurídica, sino también para la filosofía política, al igual que para el concepto de democracia, en el entendido que, con los derechos fundamentales, se traza un límite no sólo al poder, sino también a la política y al mercado, dejando algunos asuntos fuera del poder de una mayoría política y de las lógicas de la economía.

Los derechos de contenido prestacional son fundamentales no por conexidad con otros, sino porque su estructura es de derechos fundamentales (Rivadeneira, 2005), que conllevan a un actuar positivo, a una obligación a cargo del Estado. Se puede decir, que el Estado Social de Derecho, dentro de su filosofía y concepción busca garantizar no sólo los derechos fundamentales individuales, sino también los derechos fundamentales prestacionales, como garantías para que las personas mejoren su calidad de vida, y se concrete una sociedad más equitativa, menos desigual, y más democrática, tanto en lo político como en lo económico.

Así las cosas, otro aspecto a considerar, es el referido a la progresividad de los derechos, la Corte argumenta que puede ser justificable un retroceso en materia de derechos siempre y cuando el legislador lo justifique razonablemente, este orden de ideas, puede permitirse un retroceso, siempre y cuando sea justificable constitucionalmente. En efecto, argumenta la Corte que:

*“El principio de progresividad implica la prohibición correlativa de regresividad, de acuerdo con la cual una vez se ha llegado a determinado nivel de protección, el Estado encuentra vedado retroceder en esa garantía, **salvo que se cumpla con un estricto juicio de***

proporcionalidad, el cual demuestre que la medida regresiva es imprescindible para cumplir con el fin constitucionalmente imperioso” (C.C., Sentencia C-288/12)

2.2.5.5. El impacto sobre la autonomía judicial

Si bien la Corte reitera que:

La actividad del juez, cuando administra justicia, no puede jamás estar sometida a subordinación alguna, al punto que dentro de esta óptica es posible reconocerlo como un sujeto único, sin superior del cual deba recibir órdenes, ni instrucciones ni ser objeto de presiones, amenazas o interferencias indebidas (C.C., Sentencia C-288/12), es pertinente anotar que, en sentencia posterior, la Corte incorpora una modulación, advirtiendo que la autonomía e independencia no son incompatibles con la implementación de mecanismos que permitan controles recíprocos entre las autoridades o que las invite a actuar bajo una labor de coordinación para lograr la satisfacción de los fines del Estado (C.C., Sentencia C-870/14).

Así las cosas, concluye la Corte que el incidente de impacto de fiscal, tendiente a perseverar el principio de sostenibilidad fiscal (regla fiscal), es acorde a la Constitución, y que no incide en la preservación de la garantía del derecho constitucional a obtener una decisión judicial en firme.

En todo caso, se anota que el incidente de impacto fiscal no tendrá lugar respecto de los autos que se expidan en materia de tutela.

2.3. ¿Cómo superar la dicotomía entre eficacia de los derechos fundamentales y la regla fiscal? Al rescate de la fórmula política del Estado Social de Derecho.

La regla fiscal además de edificarse como guía de acción para todas las ramas y órganos del poder público, busca responder a una serie de exigencias de entes supranacionales como el fondo monetario internacional, y el banco mundial, a fin de garantizar el pago de la deuda pública.

Estado social de derecho y Neoliberalismo, son conceptos contradictorios, no es posible poner en ejecución un Estado de Bienestar Social, un Estado garante de la dignidad humana entendida en su máxima expresión, si la organización social a la cual se refiere tiene como enfoque económico un modelo Neoliberal, en el cual las lógicas que rigen el mercado distan y chocan de manera directa con la concreción de los derechos fundamentales establecidos en el Estado social y democrático de derecho. Ello implica que hay una contradicción práctica entre la parte iusfundamental de la carta política de 1991 y su marco jurídico - económico, más aún cuando se confiere prelación a la idea de sostenibilidad fiscal que funge como garante del pago de la deuda pública en menoscabo del bienestar del conjunto de la sociedad.

La libertad no es sólo formal o nominal, por el contrario, implica unas libertades fundamentales, como expresa el nobel de economía Amartya Sen “(...) - *capacidades- para elegir la vida que tenemos razones para valorar*” (Amartya, 2012). Así las cosas, consideramos que se debe centrar la atención en las oportunidades reales del individuo para alcanzar su realización en la sociedad, y ello con el Acto Legislativo 03 de 2011 (regla fiscal) se ve amenazado.

La defensa de lo público no sólo debe provenir de los cultores y estudiosos del Derecho Público, por el contrario, desde el Derecho Privado se debe poner las cosas en su lugar, es innegable la necesidad de la intervención del Estado en la economía, no sólo para conjurar las crisis financieras que causa el mercado desregulado, para luego volver a desregular la economía.

Así las cosas, consideramos que a fin de superar el impacto de la regla fiscal en la eficacia de los derechos fundamentales y de la misma cláusula de Estado social de derecho, es menester construir un marco económico dentro del mismo sistema capitalista que haga posible la libertad individual y la acumulación de riqueza con programas de garantía social que acorte las desigualdades sociales en países como los nuestros. Para Keynes (Keynes, 1999), plantea la posibilidad de hacer mejoras en la técnica del capitalismo por medio de la agencia colectiva - sin ser incompatible con el instinto de amor al dinero propio del capitalismo - el regreso a la socialdemocracia puede ser una vía posible (Judt T. , 2010), de igual manera, también podría pensarse en un socialismo acorde a las necesidades y contexto del mundo contemporáneo ¿Por qué no? .

En consecuencia, reiteramos que la defensa de lo público, de lo colectivo, no debe ser un discurso exclusivamente iuspublicista, por el contrario desde la dogmática jurídica se puede y debe abogar por una defensa de lo público y de lo colectivo, que garantice dentro de un marco jurídico democrático el progreso económico individual junto con el progreso social, que equilibre las cargas sociales en una sociedad menos desigual. La reducción de las diferencias sociales y equilibrio de la renta trae mayor estabilidad y seguridad para el conjunto de la sociedad, principios que tanto propugnan los más conservadores políticos. El repensar el Estado

y su papel en la economía, constituye una reformulación de lo público y al mismo tiempo de lo privado.

Conforme a lo expuesto, debe hacerse coherente el planteamiento jurídico de la carta política en materia de garantías y bienestar social con el modelo económico, puesto que, de lo contrario nuestra carta política será meramente nominal. La reformulación del modelo económico y de la inserción de las lógicas del mercado en el análisis jurídico debe conducirse por cauces o vías que en verdad permitan una instrumentalización de este tipo, cauces que jamás serán los de la eficacia de los derechos fundamentales, puesto que, la naturaleza de las cosas, evidencia la distinción profunda entre garantías fundamentales y las lógicas del mercado económico.

De este modo, se rescata la eficacia de la cláusula de Estado social de derecho, y de paso, los cuatro pilares sobre los cuales se edifica la organización jurídica y “la función estatal de cara a los ciudadanos: **a)** la dignidad humana, **b)** el trabajo, **c)** la solidaridad y **d)** la igualdad” (C.C., Sentencia C-288/12).

CAPÍTULO III

CORROBORACIÓN Ó VALIDACIÓN DE LA HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

LA RECONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO Y LA ECONOMÍA. HACIA UN MODELO JURÍDICO-ECONÓMICO GARANTISTA

*“La Filosofía como sustento, el Derecho como norma y la Economía como
realización concreta.” (Kelsen, 2015)*

A lo largo del presente escrito, hemos señalado que el marco de sostenibilidad fiscal contemplado en el artículo 334 de la Constitución, ha impactado pilares centrales de la fórmula política del Estado Social de Derecho, entre estos aspectos o unidades de análisis, evidenciamos la eficacia de los derechos fundamentales y la autonomía judicial.

Así las cosas, el conflicto jurídico objeto de investigación, reviste connotaciones importantes ya que además de generar una erosión de las garantías constitucionales consagradas en la carta, configura teóricamente, que la carta política de 1991 deviene en nominal (Loewenstein K. , 1968).

Así las cosas, la respuesta a este problema evidenciado debe sustentarse desde dos ámbitos distintos pero a la vez complementarios de la estructura social: el Derecho y la Economía.

Para ello, planteamos una ruptura con el modo de concebir el modelo económico actualmente, y de paso una reconfiguración de las relaciones entre el derecho y la economía, para lo cual, el ámbito normativo en materia de garantías y derechos fundamentales debe cobrar relevancia frente al sistema y lógica del mercado, en ese sentido, debe emplearse precisamente los modos de entender lo jurídico desde el ámbito económico, pero en aspectos del Derecho que permitan, según su naturaleza y la institución de que se trate, el empleo de los métodos e instrumentos de la economía.

En ese nuevo esquema, los modos de entender lo económico no pueden emplearse en la estructuración, consagración y protección de garantías iusfundamentales, ya que, su razón de ser son el bienestar del ser humano, su dignidad en cuanto individuo de la especie humana, por lo que, ello escaparía de las lógicas del mercado (Ferrajoli L. , 2001).

Así las cosas, la reconfiguración de la relación Derecho-Economía, daría lugar a que el primero recobre su importancia y espacio dentro de la estructuración social, ya que, en los tiempos contemporáneos, es innegable que la Economía supedita el Derecho, lo cual se traduce, entre otros aspectos, en la regulación y sujeción de los derechos fundamentales y en términos generales, de la acción estatal a los principios de la Economía.

El lograr comprender el fenómeno que causa el marco de sostenibilidad fiscal desde su fundamentación teórica, cimentada desde la estructuración del modelo económico que asume la misma carta, permite comprender la raíz del problema, y precisamente desde allí, plantear un curso de acción que nos permita superar la brecha conceptual que ha ocasionado el marco de sostenibilidad fiscal en la eficacia de los derechos fundamentales y de la cláusula del Estado Social de Derecho en nuestra sociedad.

Conforme a lo expuesto, es indispensable replantear la inserción de teorías jurídicas y tendencias en el estudio del Derecho, toda vez que, este tipo de trasplantes, si bien pueden resultar sugestivos y en ocasiones benéficos para la enseñanza y análisis de lo jurídico, también conduce a un resquebrajamiento precisamente de la naturaleza e instituciones del Derecho, colocando en amenaza la eficacia de garantías esenciales de la persona humana, que es la razón de ser de cualquier ordenamiento jurídico.

3.2 El acopio de las teorías jurídicas como forma de justificación del modelo económico. Un replanteamiento del análisis económico de los fenómenos jurídicos.

Un punto a tener en cuenta, es el acopio de teorías jurídicas foráneas dentro del estudio y forma de entender el Derecho. En este asunto, no es que se desconozca la importancia y necesidad de crear puentes de entendimiento entre el Derecho y otras disciplinas sociales, sino lo que se critica es el uso estratégico de ciertas formas de comprender el fenómeno jurídico para justificar lógicas y discursos ideológicos como el neoliberalismo en su máxima expresión

El Análisis Económico del Derecho es una de las formas de entender y comprender el Derecho, que ha sido asumido por la academia colombiana para dar respuesta a los múltiples problemas que suscita las disciplinas jurídicas para generar métodos de comprensión y aplicación de las normas en el ámbito nacional. Como corriente de pensamiento, responde a un movimiento anti-formalista dentro del pensamiento jurídico (Quemba, 2012).

Se puede decir sin duda alguna, que la aplicación a fenómenos jurídicos de herramientas y lógicas propias de la ciencia económica es consecuencia de movimientos teóricos que ponen de presente la necesaria conexión entre la disciplina jurídica y otros campos del saber social. Como toda corriente de pensamiento, el análisis económico del derecho responde a unas ideologías concretas, que no son otras que las derivadas de la economía neoclásica, según la cual se debe procurar *evitar el desperdicio de recursos, maximizar la utilidad, la productividad y la eficiencia* (Quemba, 2012).

En este aspecto, resulta interesante que uno de los pilares sobre el cual se edifica el constructo teórico de esta corriente de pensamiento es el concepto de costos de transacción. El economista británico y premio nobel de economía Ronald Coase plantea un teorema normativo, denominado *teorema normativo de coase*; según el cual se debe estructurar la Ley de tal modo que se eliminen los impedimentos para llegar a los acuerdos. Se deben eliminar los costos de transacción, y si se logran eliminar esos impedimentos para lograr acuerdos, entonces la Ley será eficiente (Quemba, 2012).

En ese sentido, el teorema de Coase puede emplearse para distintos campos de lo jurídico, por ejemplo, en diferentes ámbitos del derecho privado (propiedad, contratos, responsabilidad civil, y resarcimiento del daño).

Ahora bien, para Carlos Morales de Setién, resulta paradójico que cuando muchos en el ámbito anglosajón anuncian la crisis del análisis económico del derecho, se propone en nuestro medio, volver a leer y a pensar sobre este (Morales, 2011).

Sin embargo, reconoce que, este enfoque de pensamiento amplia el campo de conocimiento del jurista, le abre nuevas posibilidades en su ejercicio profesional, y pese a la críticas y cuestionamientos que recaigan sobre este movimiento, es indudable que sus aportes a la ciencia jurídica no son despreciables, más aún en una cultura jurídica como la nuestra, en la cual la incertidumbre e indeterminación son la regla (Quemba, 2012).

De otro lado, vale la pena anotar, siguiendo al profesor Faría que los años 90, es el escenario del advenimiento de la *sociedad informacional*, por la aparición del paradigma de la *especialización flexible de la producción* y por la conversión de las decisiones de inversión del sistema financiero internacional y de las formas de actuación de las corporaciones transnacionales en un poder de hecho contrapuesto a la soberanía formal de los Estados-Nación (Faria, 2000).

En consecuencia, la relación economía y derecho y la inserción de enfoques de pensamiento como el análisis económico del derecho son fruto del frenético cambio y cada más ágil flujo de capital, lo cual enmarca la supremacía de las decisiones de naturaleza financiera por frente a la soberanía de los Estados.

Así las cosas, la propuesta del presente capítulo es demostrar que es viable revertir tal relación o configuración del modelo económico actual, dentro del cual surge el marco de sostenibilidad fiscal, o por lo menos, dejar las cosas en su lugar, a fin de que la soberanía de los Estados vuelva a tomar realce, en lo que refiere a la garantía y eficacia de los derechos fundamentales en el desarrollo social.

En efecto, es indudable que la globalización es un fenómeno que reviste una importancia suma en el entendimiento del mundo contemporáneo, y que los cambios que este fenómeno ha implicado son irreversibles, a nivel de tecnología, avances del sistema de información, tráfico mercantil, entre otros. Pero lo que sí debe revertirse es la necesidad de que tanto los Estados como las comunidades recobren su autonomía en distintos aspectos como en la articulación de políticas públicas que permitan la eficacia de derechos fundamentales que propendan por el bienestar social.

En este aspecto es importante anotar que, en el contexto global, surgen nuevas formas de entender lo público, distintos grupos sociales o comunidades con interés de reivindicación social disímiles (comunidades LGTB, animalismo, derechos de la mujer, ecologismo, usuarios de internet, etc), emergen a la discusión pública, buscando precisamente el reconocimiento y garantía de derechos.

En igual sentido, estos grupos han dinamizado la forma de entender el Derecho como emanación exclusiva del Estado, es decir, la iniciativa en la promulgación de normas jurídicas no se ciñe exclusivamente a lo estatal, toda vez que, estas nuevas formas de relacionamiento en el mundo global, han hecho que se creen reglas o normas dentro de ciertos ámbitos que han escapado a lo eminentemente estatal.

De este modo, el planteamiento que hacemos en la presente investigación, es que, además de que el Estado y particularmente los gobiernos puedan recobrar su autonomía y soberanía en la estructuración de políticas de índole económica, es menester que, de igual manera, se articulen los grupos sociales en la configuración de la política económica. Lo anterior, garantizaría, además de un consenso social, que la estructura económica responda a las necesidades sociales.

De este modo, consideramos que, debe darse un giro en el modelo económico y particularmente en el esquema de desarrollo económico. En este aspecto, evidenciamos varias problemáticas que justifican tal afirmación. Por ejemplo, solo el 1% de la población disfruta de las mejores viviendas, los mejores médicos y el mejor nivel de vida (Stiglitz, 2012). En igual sentido, plantea Stiglitz que, los mercados, por sí solos, cuando son eficientes y estables, dan lugar a niveles altos de desigualdad, y arrojan generalmente, resultados injustos.

De allí emerge la necesidad de buscar recomponer el sistema económico por una más equitativo, prueba de ello, la encontramos en la crisis financiera del año 2008, la cual, dejó expuesto que el sistema financiero global es inestable, ineficiente e injusto (Stiglitz, 2012).

Así mismo, la liberalización de los mercados, entendida como la supresión de interferencias públicas en los mercados financieros, de capitales y barreras en el comercio, ha sido una de las causas de la inequidad económica global, al igual que de las crisis financieras evidenciadas sobre todo en los años 90 (Stiglitz J. E., 2002)

Por su parte, el cambio climático ha demostrado que los recursos naturales se están agotando, que el impacto de la industria en el ambiente está ocasionado serios riesgos para la supervivencia humana, lo cual, deviene en una amenaza latente para las generaciones presentes y futuras.

Por lo expuesto, el modelo económico debe enfocarse en la articulación entre las comunidades, el Estado y la naturaleza, estableciendo esquemas que, propendan más que por la acumulación de riqueza, en un desarrollo sostenible a futuro, garantizando la democratización de

la economía y por lo tanto, en la eficacia de los derechos y garantías fundamentales del ser humano.

Es importante aclarar, que la tesis que planteamos en el sentido de reconfigurar el modelo económico y de desarrollo, no implica, en manera alguna el desconocimiento de la importancia de los instrumentos de la economía en el análisis de los fenómenos sociales, entre ellos, los jurídicos, sino que la economía no debe tornarse en un fin en sí mismo, sino en un instrumento que pueda emplear el ser humano para su perfeccionamiento. Como diría el profesor Jorge Eliécer Gaitán, que el hombre no sea un esclavo de la economía, sino que la economía esté al servicio del hombre.

Reconfigurando el modelo económico hacia un nuevo esquema de desarrollo de bienestar, se modularía la aplicación del principio de sostenibilidad en el quehacer del Estado Colombiano, permitiendo que tal instrumento sirva de planificación económica sin menoscabo de las garantías fundamentales y sociales de los individuos.

Lo anterior, permitirá una concreción de los pilares del Estado Social de Derecho en el acontecer diario, conciliando de un lado la eficiencia y planificación de lo administrativo público con la eficacia y concreción de los derechos fundamentales, tal y como procedemos a demostrar a continuación.

3.3 El retorno a un modelo económico garantista. La nueva regla fiscal.

Si bien es cierto que en Colombia se manejan, teóricamente, dos modelos económicos como lo es el neoliberal y el modelo social keynesiano, el primero de ellos es el que predomina en la regla fiscal y de allí su impacto en la eficacia de las garantías fundamentales.

En efecto, en nuestro entorno, ha prevalecido:

“Un sistema político protegido por un Estado de Derecho formal y excluyente que ampara privilegios y que acomodaron los avances del capitalismo al revestimiento de los principios de la legalidad de la norma que no consulta el sistema constitucional, y que reconfigura el Estado social en un sistema político y económico de corte neoconservador diferente al que pensó el constituyente del año 91, en su aspecto de defensa de derechos mundialmente reconocidos” (Ayala Reyes, 2016)

Parece importante hacer referencia también a una tesis que busque balancear aspectos económicos de concepción política que podríamos llamar de derecha y de izquierda, frente al fenómeno de la globalización, de lo que también es el socialismo y el neoliberalismo, la tesis que busca acabar con estos extremos es la llamada *“Tercera Vía”*, que como tal pretende mostrar un sistema económico de economía mixta que sea viable, defendiendo en sí los elementos básicos del Estado de bienestar en la era de la globalización.

El planteamiento que se hace de la tercera vía aborda asuntos que han sido identificados como relevantes para las sociedades actuales –tanto por lo ventajoso como por lo delicados, y propone cambios radicales en la concepción de temas como la globalización, las conciencia ecológica, los grupos activistas, el significado de igualdad, el individualismo, el Estado de bienestar, el multiculturalismo, la familia, la democracia, la sociedad civil y el cosmopolitismo, entre otros, para dar cabida a una nueva cosmovisión que permita la armonía entre tan paradójicos conceptos (Guevara, 2014)

Ahora bien, es pertinente señalar siguiendo a Guevara, que estas propuestas son realizadas desde una perspectiva *eurocentrista* y, al parecer, sin tener en cuenta cuáles son las realidades a las que deben enfrentarse países de otras latitudes, como los latinoamericanos en general y Colombia en particular.

De ahí que sea un planteamiento objetable. En efecto, si bien se presenta como una alternativa conceptualmente atractiva, empero, el texto plantea diversas objeciones que ponen en la cuerda floja a la política de la tercera vía en el contexto colombiano.

Por lo expuesto, la tesis que aquí se defiende es que es necesario que se vuelva por los cauces de una economía de bienestar, lo cual implica necesariamente, la intervención estatal en la economía, pero articulando en ese quehacer a las comunidades y grupos de interés del mundo contemporáneo. Es decir, la comunidad debe recobrar su preponderancia en la configuración de las políticas públicas, y particularmente en las económicas, estableciendo límites certeros a la libertad de comercio y flujo de capitales, conciliando la libre iniciativa privada con la justicia social.

En efecto, y si bien es cierto que el libre comercio produjo un alto crecimiento económico no puede dejarse a un lado el papel importante que ejerce el Estado en su función de regulador de mercados, ya que sin esta regulación se generan desigualdades no solo en el ámbito interno del Estado sino de éste en el ámbito internacional. Como dice el sociólogo inglés Anthony Giddens lo que se pretende es reestructurar el antiguo Estado de Bienestar, minimizando las desigualdades y por ende, dando protección efectiva a los derechos y garantías fundamentales de los asociados.

Tal y como se ha afirmado a lo largo de la presente tesis, al ser Colombia un Estado Social de Derecho, dicha fórmula política en el marco de una economía neoliberal genera una contradicción teórica y en la práctica social, ya que, como se ha afirmado, la carta política deviene en nominal. Ahora bien, es preciso advertir que el hecho de que se propenda por un nuevo enfoque de desarrollo fundamentado en el bienestar, no implica que el Estado deba ejercer su actividad sin planificación alguna, es más, debe considerar un marco fiscal que garantice su viabilidad financiera, pero ello debe ser al margen de las garantías mínimas fundamentales y sin afectar las decisiones de los jueces de la república.

En síntesis, resulta evidente que el esquema económico actual impacta de manera notable la consolidación de la fórmula política contemplada en la carta política de 1991, lo cual hace necesario reconfigurar el esquema de explotación económica a fin de salvaguardar los principios y valores que contempla el texto constitucional.

Para tal efecto, y dado que algo se perdió en el camino (Judt T. , 2010), es pertinente estructurar un modelo económico distinto que permita materializar en la práctica social una coherencia entre el ordenamiento jurídico y el esquema de desarrollo productivo.

Así las cosas, evidenciamos que un punto a considerar es precisamente la reconfiguración del esquema económico del Estado de Bienestar, el cual, cumplió un rol importante, aliviando y compensando las desigualdades generadas por el mercado y las derivadas de la política económica. Toda vez que, siguiendo a FARGE, la política económica keynesiana alivia las fluctuaciones cíclicas recesivas de la economía.

El Estado de Bienestar entró en crisis a finales de los años setenta, la recesión económica produjo una situación de desempleo acompañada por altos niveles de inflación, un amplio deterioro económico por el cual no se pudo hacer frente a los crecientes gastos públicos, lo que provocó un cuestionamiento de éste modelo de Estado.

“Existen cuatro aspectos que conforman el Estado de bienestar, el primero es el económico como generalización del pleno empleo, el segundo y tercero, institucional y jurídico respectivamente, como oferta generalista de servicios sociales y prestaciones económicas convertidos en derechos reconocidos constitucionalmente y cuarto el ideológico, donde el Estado es el garante de las necesidades sociales” (Calderon, 2004).

Consideramos que, una reconfiguración del modelo de económico, retomando los pilares del Estado de Bienestar, son los presupuestos necesarios para superar el problema jurídico objeto de este análisis, como lo es, el marco de sostenibilidad fiscal.

“En efecto, el Estado de bienestar fue utilizado como una fórmula pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial, en el entendimiento de que las premisas del Estado de Bienestar limitan y mitigan el conflicto de clases, equilibrando la asimetría de poder entre trabajo y capital” (Constante, 2005).

Lo anterior encuentra pleno sustento y coherencia, ya que siguiendo a la misma Corte Constitucional la incidencia del Estado Social de Derecho puede ser descrita desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. El primero bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático (C.C., Sentencia T-406/92).

En efecto, anota la Corte que:

“ (...) a. El estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975). (...)” (C.C., Sentencia T-406/92)

En consecuencia el esquema económico en el cual puede desenvolverse plenamente la cláusula del Estado Social de Derecho, adoptada por el constituyente del 91 es en el marco de un modelo económico de Estado de Bienestar, y no en un esquema neoliberal como el que actualmente tenemos.

Lo anterior, explica la contradicción conceptual del principio de sostenibilidad fiscal a la luz de la cláusula del Estado Social de Derecho, ya que, como se dijo precedentemente, Estado Social de Derecho y Neoliberalismo son conceptos antagónicos.

Por lo tanto, reconfigurando el esquema y modelo de desarrollo económico, podemos afirmar sin lugar a equívocos que la aplicación de la regla fiscal se modularía en aspectos de planificación económica, políticas macro-económicas de mediano y largo plazo pero sin que ello, impacte el reconocimiento y eficacia de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional.

Con un nuevo modelo, se superaría la vulneración a la autonomía judicial en materia de derechos fundamentales, y de paso supera la dicotomía teórica constitucional, entre lo que dice el texto superior y lo que en la realidad se aplica, esto, encuentra plena vigencia la carta política, mutando el estado de constitución nominal a constitución normativa (Loewenstein K. , 1968).

Los pilares del nuevo sistema se centrarían precisamente en la garantía y consecución de los objetivos centrales del Estado Social de Derecho, como lo son: la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la igualdad (Loewenstein K. , 1968)

Así las cosas, se retornaría al fundamento, a la raíz del esquema del Estado Social de Derecho, construyendo la organización política en una interrelación el “Estado” y la “sociedad”, la cual se visualiza ya no como un ente compuesto de sujetos libres e iguales en abstracto sino como un conglomerado de personas y grupos en condiciones de desigualdad real (C.C., Sentencia C-566/95)

- **Del principio de Dignidad Humana**

Según este principio fundamental, las autoridades públicas no pueden tratar al ser humano como una cosa o mercancía, ni ser indiferentes frente a situaciones que ponen en peligro el valor intrínseco de la vida humana.

La jurisprudencia constitucional, ha precisado lineamientos del concepto de dignidad humana a saber:

“i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura” (C.C., Sentencia T-291/16)

En síntesis, y siguiendo a la Corte (C.C., Sentencia T-291/16), la dignidad humana debe ser entendida, como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y de este modo como valor; la dignidad humana como principio constitucional; y como derecho fundamental autónomo.

Así las cosas, el nuevo modelo de bienestar buscará priorizar en la realidad la eficacia de los derechos de naturaleza prestacional de los asociados por encima del sostenimiento y pago de la deuda pública.

Bajo este nuevo esquema, la configuración de cualquier política económica tendrá como objetivo esencial garantizar los estándares mínimos fundamentales del ser humano, de este modo, la nueva regla de sostenibilidad fiscal no podrá vulnerar decisiones judiciales que garanticen y protejan la dignidad humana.

- **Del Derecho al Trabajo**

La Corte Constitucional ha precisado que

“La protección del trabajo, involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada” (C.C., Sentencia C-593/14).

En efecto, la misma jurisprudencia señala que desde el preámbulo de la carta, se enuncia como uno de los objetivos de la expedición de la Constitución de 1991, el asegurar a las personas la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz (C.C., Sentencia C-593/14).

Es decir, el trabajo es un principio fundante del Estado social de derecho, y en este sentido, cobrará realce el concepto de trabajo como derecho y obligación social, y a fin de garantizar este principio fundamental el Estado intervendrá en la economía, no solo en la articulación de la política macroeconómica sino en la generación de las condiciones básicas de existencia, esto es, generando empleo ya sea, directamente por medio de la administración pública o en colaboración con el sector privado.

En este ámbito, es menester que la política económica y salarial devuelvan a los trabajadores las conquistas sociales logradas por las organizaciones del trabajo, para ello, la estabilidad laboral debe ser el sustento de cualquier tipo de relación entre empleador y trabajador, el reconocimiento del trabajo por su valor real, esto es, el costo cierto de la labor, a fin de mantener el nivel adquisitivo de los asalariados debe ser el pilar del derecho del trabajo y del modelo económico.

En igual sentido, el Estado debe promover y proteger el derecho de asociación sindical, entendido como un aspecto crucial del quehacer democrático y de discusión en el Estado Social de Derecho.

Bajo este nuevo esquema, el marco de sostenibilidad tiene un límite frente a la eficacia de los derechos laborales, ya que, además de ser un principio autónomo, constituye de igual forma un medio, para garantizar el principio de dignidad humana.

- **Principio de solidaridad**

La solidaridad, se concibe como un deber, impuesto a toda persona por el solo hecho de su pertenencia al conglomerado social, según términos de la propia Corte Constitucional, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.

En consecuencia, siguiendo a la Corte, el entender la solidaridad como deber, impone a los miembros de la sociedad:

*“La obligación de coadyuvar con sus congéneres para hacer efectivos los derechos de éstos, máxime cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, en razón a su condición económica, física o mental. La Corte Constitucional ha indicado que el principio de solidaridad impone una serie de **deberes fundamentales** al poder público y a la sociedad para la satisfacción plena de los derechos. Dichos deberes se refuerzan cuando se trata de asegurar a las personas de la tercera edad la protección de todas las facetas de sus garantías fundamentales, para ello el constituyente involucró en su consecución a la familia, en primera medida y, subsidiariamente al Estado y la sociedad en su conjunto.”* (C.C., Sentencia T-252/17)

En consecuencia, conforme al nuevo modelo planteado de bienestar, la consolidación del principio de solidaridad implicará que a fin de garantizar la eficacia del Estado Social de Derecho, el sector privado conformado por los distintos gremios económicos, la banca, los empresarios y la industria, tendrán el deber de colaborar con el Estado en la creación de las condiciones mínimas salariales y de dignidad en el empleo.

En igual sentido, en materia tributaria correrá la mayor carga a aquellos que más utilidades reporten, a fin de que quienes más ingresos tienen sean solidarios con aquellos que carecen de recursos económicos.

De otro lado, en virtud del principio de solidaridad el Estado debe retornar a su cauce los dineros que deben ser invertidos para garantizar la pensión de aquellos que luego de trabajar durante el tiempo establecido por la Ley, merecen vivir los años restantes de vida con dignidad. Así mismo, las políticas públicas deberán concentrar su atención en programas que garanticen el desarrollo de la niñez, al igual que la vida digna de las personas de la tercera edad.

En síntesis, en virtud del principio de solidaridad, el marco de sostenibilidad no podrá impactar decisiones tanto gubernamentales como judiciales que, amparen derechos sociales como los atrás señalados.

- **Del principio de igualdad.**

Este principio es corolario de los anteriores, toda vez que será la cristalización efectiva del Estado Social de Derecho, materializando no sólo la igualdad formal ante la Ley, sino la igualdad real en el ámbito social.

Para la Corte, el principio de igualdad es un concepto multidimensional pues es reconocido como un principio, un derecho fundamental y una garantía (C.C., Sentencia T-030/17).

En efecto, plantea el alto tribunal constitucional que:

“La igualdad puede entenderse a partir de tres dimensiones: i) formal, lo que implica que la legalidad debe ser aplicada en condiciones de igualdad a todos los sujetos contra quienes se dirige; y, ii) material, en el sentido garantizar la paridad de oportunidades entre los individuos; y, iii) la prohibición de discriminación que implica que el Estado y los particulares no puedan aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos contruidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otras” (C.C., Sentencia T-030/17)

Por lo expuesto, y en virtud de este principio, el modelo de desarrollo económico propenderá por generar condiciones de acceso a la educación pública en todos los niveles, para ello, también el papel del sector privado es importante, a fin de consolidar un Estado en el cual la formación es presupuesto básico del desarrollo social.

De igual manera, el Estado intervendrá en la economía a fin de lograr el acceso igualitario a aspectos vitales tales como alimentación, salud, vivienda, bajo el supuesto que no habrá

impedimento alguno para que todos los asociados tengan una garantía real y efectiva para su consecución.

- **De la nueva forma de entender las relaciones entre el Derecho y la Economía.**

Finalmente, en lo que respecta al uso de teorías jurídicas como el análisis económico del Derecho, el uso de estos métodos no se extendería a todos y cada uno de los campos del derecho (Quemba, 2012), toda vez que, la relación costo-beneficio, eficiencia, productividad y demás conceptos económicos fundamentales sólo son aplicables a aquellos en los cuales no se encuentre involucrados derechos fundamentales y/o mínimos vitales.

Lo anterior, tiene sustento en el sentido que, hay derechos alcanzados y reconocidos por medio de fuertes luchas, movimientos civiles y sociales, que constituyen conquistas racionales dentro de la historia de la humanidad, que escapan del poder arbitrario y absoluto del Estado, y en este campo específico del mercado (Ferrajoli L. , 2001).

Por lo expuesto, no pueden, negociarse en el mercado derechos intransferibles no renunciables, por ejemplo en materia de derecho laboral y seguridad social, que por su misma naturaleza constituyen normatividad protectora de la clase trabajadora (Quemba, 2012).

La recomposición de las relaciones entre el Derecho y la Economía, trae consigo como consecuencia lógica, que instituciones jurídicas y garantías fundamentales recobran su importancia y eficacia en el escenario social, y de paso, que el nuevo modelo de desarrollo económico sea acorde con la fórmula del Estado Social de Derecho, superando la contradicción

teórica y fáctica que se presenta actualmente, entre la cláusula de Estado asumida por el constituyente del 91 y el modelo económico actual.

Con el nuevo esquema planteado, cobra nuevamente el Derecho su espacio en la estructura social, y el Estado Social de Derecho su plena eficacia, como fórmula política que concilia la libertad de mercado con la justicia social (Díaz García, Estado de derecho y democracia, 1998).

CONCLUSIONES

La sentencia SU-111/97 constituye un primer momento del giro de la Corte Constitucional hacia el neoliberalismo, en la cual pone de manifiesto que la concreción de los derechos fundamentales prestacionales está supeditada a las posibilidades financieras del Estado.

Con los fallos constitucionales proferidos desde el año 2001, el discurso neoliberal es recibido y aplicado en la justificación de decisiones constitucionales, ahora el concepto de eficiencia, tan defendido y casi sacralizado por el neoliberalismo, hace parte del discurso de la Corte Constitucional.

Con la postura de la Corte, la aplicación de los derechos fundamentales debe armonizarse con lo establecido en la Ley anual de presupuesto. Ahora el presupuesto fija la aplicación de los derechos. Lo problemático del asunto, es que con el acto legislativo 03 de 2011, la fijación del presupuesto debe ceñirse en su elaboración y aprobación al marco de sostenibilidad fiscal, y más

problemático aún se torna el asunto, cuando en el artículo 334 de la carta política precisa que la sostenibilidad fiscal debe orientar a todas las ramas del poder público.

De igual forma, la jurisprudencia constitucional, reconfiguró el alcance y contenido de los derechos adquiridos en materia laboral, para dar paso a la flexibilización del trabajo, reduciendo el campo de aplicación del principio de favorabilidad laboral tan sólo a las disputas originadas en virtud de la relación laboral en sede judicial. Ahora este principio tiene efectividad sólo en caso de duda para el juez, más no en otras áreas de lo jurídico como la expedición de una Ley, en la elaboración de un contrato de trabajo, entre otros.

La Corte argumenta que puede ser justificable un retroceso en materia de derechos siempre y cuando el legislador lo justifique razonablemente, este orden de ideas, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable.

Por su parte, el acopio de teorías jurídicas foráneas dentro del estudio y forma de entender es utilizado en algunas ocasiones como estrategia para justificar lógicas y discursos neoliberales.

En conclusión no podría, por ejemplo, pretenderse negociar en el mercado derechos intransferibles no renunciables, por ejemplo en materia de derecho laboral y seguridad social, que por su misma naturaleza constituyen normatividad protectora de la clase trabajadora.

Resulta indispensable, realizar una unificación de criterios de interpretación y alcance constitucional de los derechos fundamentales prestacionales para contrarrestar las notables contradicciones jurisprudenciales que actualmente se evidencian en fallos arbitrarios y contrarios al bienestar general que se debe procurar en el Estado colombiano.

La superación de la contradicción entre Estado Social de Derecho vs marco de sostenibilidad fiscal, se supera reconduciendo por su raíz económica al primero, esto es, reconfigurando el modelo económico del cual se vierte teóricamente el Estado Social, lo cual no es otra cosa, que un modelo económico de bienestar, según el modelo Keynesiano.

El Estado Social de Derecho es la fórmula política por excelencia, en virtud de la cual se supera la dicotomía y tensión entre la libertad de mercado y la justicia social.

BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. y. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Acevedo Gutierrez, D. (2015). *La sostenibilidad fiscal en el marco de las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Aguilera Diaz, J. (2014). *Límites y alcances del principio de sostenibilidad fiscal en el Estado Social de Derecho* . Bogotá: Tesis de grado Universidad Militar Nueva Granada.
[https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11968/LIMITES%20Y%20ALCANCES%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20SOSTENIBILIDAD%20FISCAL%20EN%20EL%20ESTADO%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20\(1\).pdf;jsessionid=F75E656BF91A008399546D98271E34A0?sequence=1](https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/11968/LIMITES%20Y%20ALCANCES%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20SOSTENIBILIDAD%20FISCAL%20EN%20EL%20ESTADO%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20(1).pdf;jsessionid=F75E656BF91A008399546D98271E34A0?sequence=1)

Ahumada Farrietta, J. (1998). La Constitución de 1991 y la emboscada neoliberal. *Deslinde*.

- Alonso, M. & Leiva, E. (2011) Alonso, M., & Leiva Ramírez, E. (2011). La responsabilidad del Estado por el hecho del legislador. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(2), 77-106. Recuperado de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1761>
- Arango Rivadeneira, R. (2005). *El Concepto de derechos sociales fundamentales*. . Bogotá D.C.: Legis.
- Archila, E. J. (2013). *El dilema de la sostenibilidad fiscal*, p.3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ayala Reyes, S. M. (2016). *El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal en Colombia*. Bogotá. Universidad Santo Tomás
- Calderon, C (2004). ICE: Revista de economía N°819
- Comanducci, P. (2006). *Formas De Neoconstitucionalismo: Un Análisis Metateórico*. Madrid: Trotta.
- Constante, L. B. (s.f.). De qué hablamos cuando hablamos de Estado de Bienestar. *Revista UBA*, 133-166.
- Díaz García, E. (1998). *Estado de Derecho y Democracia*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Farge Collazos, C. (2007). El Estado de Bienestar. *Enfoques siglo XXI*, 45-54.
- Faría, J. E. (Bogotá D.C.). Economía y derecho: en el cruce de dos épocas. *El Otro Derecho*. ILSA, 13.
- Ferrajoli, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.

García, M. I. (2015). *Análisis de sostenibilidad fiscal colombiana*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, maestría en Ciencias Económicas.

Guerrero, Á. P. (2012). *Sostenibilidad Fiscal y principios en el Estado Social de Derecho*. Cali: Revista Criterio Jurídico.

Guevara L. J. (2014). Dialectica de lo real y lo posible. Reflexiones critico interpretativas en torno a la tercera via de Anthony Giddens como alternativa al conflicto entre el neoliberalismo y el estado de bienestar. Envigado

Hoyos, M. A. (2014). *Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes*. Bogotá: Universidad Libre de Pereira, especialización Derecho Laboral.

Judt, T. (2010). *Algo va mal, traducción de Belén Urrutia*. Bogotá: Prisa Ediciones.

Kelsen, H. (2015). *Introducción a la Teoría Pura del Derecho. Traducción del inglés y nota liminar de Emilio O. Rabasa*. . Lima: Asociación Peruana de Derecho Constitucional. .

Keynes, J. M. (1999). *Ensayos sobre Intervención y Liberalismo*. Bogotá. Temis

Leiva, E. & Muñoz, A. (2014). Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en los modelos pedagógicos dialogantes para la pedagogía constitucional. Revista de Derecho Público, 32. (Colombia)

https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub425.p

[df](#)

Leiva, E. (2015). Las paradojas de las políticas centralistas en relación con la autonomía de las entidades territoriales en Colombia. *Revista Derecho Del Estado*, (35), 41-63. <https://doi.org/10.18601/01229893.n35.03>

Leiva, E. (2015). La influencia de las TIC y la educación cívica en los procesos deliberativos de las sociedades pluralistas. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, 14. Universidad de los Andes (Colombia). https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics217.pdf

Leiva, E., Jiménez, W., & Meneses Quintana, O. (2018). Los derechos fundamentales de la Constitución Política de 1991 como resultado de un proceso constituyente deliberativo. *Revista Derecho Del Estado*, (42), 149-180. <https://doi.org/10.18601/01229893.n42.06>

Loewenstein, K. (1968). *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel.

López Daza, G. (2012). Los derechos sociales en Colombia y el Principio de Sostenibilidad Fiscal. *Revista Dixi*, 22-39.

Milena, A. S. (2016). *El Estado Social de Derecho y la Sostenibilidad Fiscal en Colombia*. Bogotá D.C.

López Daza, G. (2012). Los derechos sociales en Colombia y el Principio de Sostenibilidad Fiscal. *Revista Dixi*, 22-39.

Morales De Setién Ravina, C. (2011). *Análisis económico del Derecho*. Bogotá, D.C., pág. 15.: Siglo del Hombre Editores.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea.

- Nuñez, A. P. (2015). *¿El principio de sostenibilidad fiscal es un limitante o un acelerador para el cumplimiento de los fallos judiciales?* Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Ortega Sierra, J. y. (2014). *La Regla Fiscal y los Derechos Fundamentales en Colombia* . Bogotá: Tesis de grado Universidad Cooperativa.
- Portela Alvarez, Y. L. (2012). *Sostenibilidad Fiscal frente a los Derechos Fundamentales*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander.
- Prieto Sanchís, L. (1995). *Neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Pulecio Charris, R. A. (2014). *Sostenibilidad fiscal y Garantías Constitucionales*. Barranquilla: Universidad de la VCos.
- Quemba, J. C. (2012). Economía y Derecho. Un enfoque crítico al análisis económico del derecho desde la teoría jurídica. *Derecho y Sociedad*, 13-43.
- Santofimio Gamboa, J. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sen, A. (2012). *Desarrollo y Libertad, traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia*. Madrid: Planeta.
- Prieto Cortes Quesada Baron Gomez, Camilo Andrés, Camilo Hernán, Pedro Alexander, Diana Maritza Leydi Katherine. (2014). *Sostenibilidad fiscal vs. reparación integral ¿un verdadero conflicto dentro del conflicto?* Bogotá: Universidad Libre, Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas.
- Smith, A. (2004). *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. México D.F: Fondo de Cultura Económica.

STIGLITZ, J. E. (2002). *El Malestar de la Globalización*. Madrid: Taurus.

STIGLITZ, J. E. (2012). *El precio de la Desigualdad*. Madrid: Taurus.

Tamames, R. (1983). *Introducción a la economía internacional*. Madrid: Alianza Editorial.

Uprimny Yepes, R. (1995). *La motivación de las sentencias y el papel del juez en el Estado social y democrático de derecho*. . Bogotá.

Velasco Parrado, L. A. (s.f.). Deuda externa, flexibilidad laboral y violencia en Colombia. *Nueva Sociedad*, 151.

Villota Roma, S. (2013). *Fundamentos de la sostenibilidad fiscal para Colombia*. Pasto: Tesis de grado Universidad de Nariño.

➤ **Jurisprudencia**

Corte Constitucional de Colombia, 18 de abril de 2018, Sentencia C-288 de 2012. M.P Vargas Silva L.

Corte Constitucional de Colombia, 5 de agosto de 2015, Sentencia C-492/15, M.P Calle, María Victoria.

Corte Constitucional de Colombia, 13 de noviembre de 2014, Sentencia C-870/14 M.P Guerrero, Luis Guillermo.

Corte Constitucional de Colombia, 7 de octubre de 2004, Sentencia C-971/04, M.P Cepeda Espinosa, Manuel.

Corte Constitucional de Colombia, 6 de marzo de 1997, Sentencia SU-111/97 M.P Cifuentes Muñoz, Eduardo.

Corte Constitucional de Colombia, 1 de octubre de 1992, Sentencia C-546/92 M.P Angarita Barón, C.

Corte Constitucional de Colombia, 5 de junio de 1992, Sentencia T-406 de 1992, M.P Angarita Barón, C.

Corte Constitucional de Colombia, 30 de noviembre de 1995, Sentencia C-566/ 95, M.P Cifuentes Muñoz, Eduardo.

Corte Constitucional de Colombia, 20 de agosto de 2014, Sentencia C-593/14, M.P Pretelt. Jorge.

Corte Constitucional de Colombia, 24 de enero de 2017, Sentencia T-030/17, M.P Ortiz Delgado. Gloria.

Corte Constitucional de Colombia, 2 de junio, Sentencia T-291 de 2016, M.P Rojas Rios. Alberto.

Corte Constitucional de Colombia, 3 de agosto de 2018 Sentencia T-317 de 2018, M.P Bernal Pulido, Carlos.

Corte Constitucional de Colombia, 9 de agosto de 2018, Sentencia SU-079 de 2018, M.P Reyes Cuartas, Fernando.

➤ **Normatividad**

Constitución Política de Colombia. 2018. Editorial Leyer.