



# GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5a. de 1992)  
 IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
 www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XIX - N° 734

Bogotá, D. C., lunes, 4 de octubre de 2010

EDICIÓN DE 4 PÁGINAS

DIRECTORES:	EMILIO RAMÓN OTERO DAJUD SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariasenado.gov.co	JESÚS ALFONSO RODRÍGUEZ CAMARGO SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co
-------------	--	---

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

## CÁMARA DE REPRESENTANTES

### PONENCIAS

#### INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE. PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 016 DE 2010, CÁMARA

*por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.*

Bogotá, D. C.

3 de octubre de 2010

Doctor

BÉRNER ZAMBRANO ERAZO

Presidente

Comisión Primera Cámara de Representantes

Ciudad.

**Referencia:** Informe de Ponencia para primer debate. Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010, Cámara, *por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho.*

#### Síntesis del proyecto

El proyecto eleva a categoría de derecho constitucional la “sostenibilidad fiscal”, dentro de la cual debe enmarcarse la dirección de la economía, buscando que de manera progresiva las personas tengan acceso al conjunto de bienes y servicios básicos.

El plan nacional de desarrollo igualmente debe estar acorde con la sostenibilidad fiscal y, al aprobarse el presupuesto general de la nación, hay que ceñirse al mencionado principio.

#### Trámite del proyecto

Origen: Gubernamental.

Autor: doctor Óscar Iván Zuluaga.

Publicado en la *Gaceta del Congreso* número 451 de 2010.

#### Competencia y asignación de ponencia

Mediante comunicación de fecha 12 de agosto del año en curso y notificada el 17 de los mismos y conforme a lo expresado en el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, fui designado ponente para el Proyecto de Acto Legislativo 016 de 2010.

El presente informe de ponencia se rinde dentro del término asignado.

#### Estructura del proyecto

El proyecto de acto legislativo consta de cuatro (4) artículos que reforman los artículos 334, 339 y 346 de la Constitución Política de Colombia:

Artículo 1°	Enmarca la dirección de la economía en el principio de la sostenibilidad fiscal. Establece que de manera progresiva se debe propender al acceso de todas las personas a los bienes y servicios básicos. Determina que la sostenibilidad fiscal es un requisito para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho. El Congreso de la República, al determinar el alcance concreto de los derechos fundamentales, lo hará dentro de un marco de sostenibilidad fiscal.
Artículo 2°	El plan de inversiones públicas, del Plan Nacional de Desarrollo, deberá estar en concordancia con la sostenibilidad fiscal.
Artículo 3°	Al aprobarse el presupuesto anual de rentas y apropiaciones, este deberá ser afín con la sostenibilidad fiscal.
Artículo 4°	Vigencia.

#### Comentarios del ponente

El presente proyecto pretende elevar a rango constitucional el derecho a la sostenibilidad fiscal, que aboga por un manejo prudente de la hacienda pública. Con esta reglamentación se pretende superar las deficiencias de la política fiscal que se ha venido ejecutando, para lograr reducir el gasto público y hacer viable en el futuro la economía del país.

Debido al déficit primario que ha venido presentando la economía colombiana, el Gobierno Nacional ha decidido hacer una reestructuración de las finanzas públicas a través de la sostenibilidad fiscal; sin embargo, las medidas que se piensan tomar se están encaminando hacia limitaciones de tipo constitucional que ponen en peligro, entre otras cosas, el alcance de los derechos sociales y económicos.

Mediante este proyecto se está estableciendo que debe ser el Congreso de la República –y aún así ni siquiera el legislador podrá– el que determine el alcance de los derechos sociales y económicos, limitando abiertamente la posibilidad de interpretación por parte de los jueces frente a la aplicación de los mismos, lo que es evidentemente poco recomendable, toda vez que el órgano legislativo está instituido para expedir normas generales y abstractas, que no reparan casos concretos, y cada situación en particular con todas las vulneraciones que se estén presentando a los derechos constitucionales son –o por lo menos deben ser– resueltas por el juez de conocimiento, quienes sometidos al imperio de la ley defienden los intereses de las personas en el caso sub iúdice, definiendo los lineamientos por seguir para lograr su efectividad.

Este proyecto de reforma a la Constitución Política va en contravía del paradigma de Estado constitucional y social de derecho, consagrado en la Carta de 1991; cambia la jerarquía natural de sus principios, y me atrevería a decir que constituye por ello una sustitución de la esencia de nuestra Constitución, la que sería cambiada para poner la sociedad al servicio de la economía y no al revés, la técnica y los instrumentos de la organización y estructura del Estado al servicio de la sociedad, de los colombianos y de su dignidad. Con múltiples razones, intentaré demostrar esta hipótesis que nos llevará a proponer la negación del proyecto que estudiamos:

1. El núcleo esencial del Estado Social de Derecho lo constituyen precisamente los Derechos, tomados en “serio” –para retomar la frase de Dworkin–, esto es, no solo la consagración jurídico-positiva de los derechos fundamentales en la Constitución, su desarrollo legal y la determinación de su alcance a través de la jurisprudencia constitucional –la cual se incorpora al entendimiento de la Constitución y de los derechos fundamentales– sino su garantía y protección efectiva para todos los ciudadanos. Este mandato fundado en un Enfoque de Derechos de la Constitución y, por tanto, del Estado constitucional y social de Derecho, apareja necesariamente, si se toman en serio los derechos, una prohibición de sacrificar los derechos fundamentales por la consecución de cualquier otro tipo de fin del Estado, esto es, de cualquier otro tipo de fines colectivos, entre ellos los fines económicos del Estado como la sostenibilidad fiscal, que de ninguna manera se puede poner por encima del fin por autonomía del Estado constitucional y social de derecho que son los Derechos.

Este proyecto pone por tanto sobre la mesa el debate teórico de fondo sobre una concepción

normativa de principios y con enfoque de derechos del Estado constitucional y social de Derecho, frente a una concepción o visión tecnicista, economicista, utilitarista y pragmática del Estado, en la cual se subordinan los derechos y su garantía a la consecución de los fines económicos. Esta última concepción acarrearía un Cambio de Paradigma de Estado contrario al establecido por la Constitución de 1991, que es un paradigma de Estado social de Derecho, cuyo eje normativo y columna vertebral son los Derechos Fundamentales y su garantía.

Utilizando el lenguaje de H.L.A Hart en *–El Concepto del Derecho–* esta sería en mi opinión la Regla última de Reconocimiento, la que orienta la definición de lo que es Derecho en Colombia.

2. El proyecto presentado también se encuentra en clara contravía del componente Social del concepto de Estado social de Derecho, en cuanto este presupone no solo la consagración formal de los derechos, especialmente del derecho a la igualdad, el cual no tiene un contenido material específico, sino que es transversal a los derechos, sino también o especialmente la materialización de los mismos y la concreción real de la igualdad, a través de medidas materiales que promuevan la igualdad real y la corrección de las desigualdades que se encuentran en el “punto de partida” de cada cual en la sociedad y de las desviaciones que se presentan en el desarrollo de la misma, a través de medidas e intervenciones materiales por parte del Estado, encaminadas a corregir dichas desigualdades. Por tanto, el Estado Social presenta claramente una “tendencia hacia la igualdad”, la cual se ve afectada cuando se prioriza, en lugar de la igualdad real o material, la sostenibilidad fiscal.

3. Con base en lo anterior, el problema se puede plantear en términos de *ponderación* entre dos principios: por un lado, el principio general del Estado, que es la “efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución” –artículo 2º–, y, por el otro, el principio de racionalización de la economía –artículo 334–. En esta labor de ponderación, necesariamente tiene mayor peso la garantía de los derechos.

4. En cuanto a la sostenibilidad fiscal y como consecuencia de los argumentos planteados, debe afirmarse en primer lugar y claramente que esta constituye un requisito técnico importante para la racionalización de la economía, y en ese marco para la consecución de la garantía de los derechos fundamentales y sociales, y que desde luego debe tenerse en cuenta por el Estado y el legislador, por cuanto forma parte de los requisitos fácticos para la optimización de los derechos como “principios de optimización”, pero que la relación entre estos tiene que ser a partir de un enfoque de derechos hacia la sostenibilidad fiscal, y no al contrario, esto es, desde la sostenibilidad fiscal hacia los derechos. Por ello, no encuentra asidero constitucional que se parta de un análisis de sostenibilidad fiscal para determinar el grado de garantía de los derechos, sino

al revés, debe partirse del mandato constitucional de garantía de los derechos para adecuar a dicha exigencia la sostenibilidad fiscal.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte en múltiples pronunciamientos ha dicho que el requisito sobre el impacto fiscal de los proyectos de ley en relación con el marco fiscal de mediano plazo, de conformidad con el artículo 7° de la Ley Orgánica 819 de 2003, debe concretarse a partir de los estudios de sostenibilidad fiscal, que le corresponden primordialmente al Gobierno –Ministerio de Hacienda–, que si bien debe cumplirse con ese análisis durante el trámite legislativo, no hace parte del trámite legislativo ni constituye una camisa de fuerza para el Legislador.

En este punto llamo la atención del Congreso para verificar su limitación o autolimitación en el caso de doblar sus competencias por el logro de indicaciones instrumentales como el de la sostenibilidad fiscal, cuando ya la propia Constitución y la Corte Constitucional le dan una competencia soberana en su papel de legislador.

5. En cuanto a las decisiones de los jueces y de la Corte Constitucional que tienen un impacto fiscal, hay que empezar diciendo que en diferentes grados de intensidad las decisiones judiciales siempre tienen algún tipo de impacto fiscal para las autoridades públicas; en segundo lugar, que el juez no es el que fija este impacto sino es la propia administración la que lo hace, por cuanto lo que hace el juez de acuerdo con su función constitucional es proteger derechos, y en tercer lugar, que esta labor del juez de proteger los derechos es un pilar fundamental del Estado constitucional y social de Derecho que no se puede cercenar ni restringir, sin pervertir el orden constitucional de 1991.

Por otro lado la sostenibilidad fiscal se está elevando a categoría de derecho constitucional bajo la premisa de ser la herramienta fundamental para lograr los fines del Estado Social de Derecho, sin establecer qué tipo de derecho constitucional es, aun cuando en la Constitución colombiana existen tres tipos de derechos que son los fundamentales en primer término, los sociales, económicos y culturales, en segundo lugar, y los colectivos y del ambiente. La sostenibilidad fiscal al ser un derecho, debería estar inserta en alguno de estos tipos de derechos. ¿Será que este derecho tiene un dejo de colectivo?, ¿será un derecho meramente económico?, o que lo quieren volver un derecho fundamental, mediante el cual el Estado Social de Derecho va a tener un nuevo objetivo que será la sostenibilidad fiscal.

6. Según Robert Alexy<sup>1</sup> “*los mandatos de optimización se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas*”, estas últimas se concretan en la tensión de mandatos que se establecen en la Carta “prima facie”. El mandato de optimización de la sosteni-

bilidad fiscal, que se quiere establecer, ineludiblemente entrará en un campo de tensión constitucional con los derechos sociales y económicos, tensión que se está armando no porque se esté tratando de insertar el derecho a la sostenibilidad fiscal, pues él ya está inserto y está tan inserto que se están discutiendo sus alcances desde la Constitución del 91 hasta hoy, sino por querer inclinar la balanza hacia el principio de la sostenibilidad fiscal, consagrándolo expresamente junto con sus implicaciones en varios artículos de la Constitución y en su propio paradigma.

Tal y como se pretende establecer el principio de sostenibilidad fiscal, con las limitaciones que se están imponiendo a los derechos sociales y económicos, se está quebrantando la esencia del Estado Social de Derecho.

7. Si bien es cierto, el ejecutivo es constitucionalmente el ordenador del gasto, la eficacia de los derechos constitucionales, en muchas ocasiones, implica el reconocimiento de derechos sociales económicos en los fallos judiciales, para que además de su consagración se materialicen efectivamente, y es que como lo afirma Rodolfo Arango, al citar a Guido Corso, “*el Derecho social, presupone una situación de desigualdad a superar; es derecho del excluido, del discriminado, del menos protegido, tomar parte de los beneficios de la vida en comunidad a los que le da derecho la posición formal de la igualdad ante la ley. El derecho social sirve para hacer a un lado la desigualdad y la injusticia de la posición de partida. Es un derecho del individuo y no del grupo al que el sujeto jurídico pertenece*”<sup>2</sup>. Es decir debe ser en cada caso particular y concreto en el que se determine el alcance de los derechos y si lo hace exclusivamente el legislador, con base en los lineamientos del ejecutivo, se pone en riesgo la eficacia jurídica de los derechos constitucionales.

La facultad de los jueces constitucionales no es ilimitada, sigue unos lineamientos bajo los cuales, debe propender por lograr el cumplimiento de los derechos fundamentales, sin hacer reconocimientos cuando no se presenta una vulneración directa e inminente del derecho.

La misma Corte Constitucional ha puesto límites al reconocimiento de derechos en las acciones de tutela, y es el caso de la Sentencia T-1279 de 2001, en la que el padre de un menor que sufría de una “rinitis alérgica leve persistente”, interpuso una acción para obligar a la entidad prestadora de salud a la que estaba afiliado, a costear la práctica de un examen de alergias a su hijo. La Corte dejó en claro que tratándose de un padecimiento que no compromete la vida digna o la integridad del menor, sino que solo le genera molestias, no se presenta una vulneración del derecho fundamental. La Corte sostuvo que “*la limitación al derecho a la salud en este caso se encuentra justificada en la decisión legislativa, de distribuir los recursos públicos destinados a la salud, de forma que las enfermedades más graves y con mayor impacto, sobre la autono-*

<sup>1</sup> ROBERT ALEXYY, Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>2</sup> ARANGO, Rodolfo. El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales. Ed. Legis. Bogotá, 2009. p. 89.

*mía y la calidad de vida de las personas tenga precedencia sobre aquellas enfermedades que, aunque dignas de atención, no ostentan, tal entidad que ameriten la intervención inmediata del Estado para asegurar el pleno goce del derecho fundamental a la salud”.*

Dos de las sentencias de la Corte Constitucional, que a criterio del Gobierno, han generado mayor impacto fiscal han sido la T-025 de 2006, sobre desplazamiento forzado, y la T-760 de 2008, sobre el derecho fundamental a la salud. Cabe decir que la Corte Constitucional en ninguno de los dos casos se abrogó funciones propias del ejecutivo, como la ordenación del gasto, sino que, en lugar a ello, se fijaron unas directrices a seguir por parte del ejecutivo para lograr la concreción de los derechos que están siendo vulnerados en ambos casos.

El impacto fiscal de las dos decisiones mencionadas fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional, como se hace en la mayoría de sentencias que generan un impacto de tipo económico, frente a lo cual en cada una de ellas se dijo lo siguiente:

T-025 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda, *“las leyes anuales del presupuesto establecen la asignación de recursos dirigidos a la ayuda de la población desplazada, de acuerdo con la realidad fiscal y macroeconómica en la que se encuentra el país. Sin embargo, se debe establecer progresivamente en las leyes de presupuesto las asignaciones suficientes que permitan que toda la población desplazada se beneficie de los alcances de la Ley 387 de 1997”.*

T-760 de 2008 M. P. Manuel José Cepeda, *“cuando se trata del pago de solicitudes de recobro originadas en fallos de tutela que ordenan el suministro de medicamentos o la prestación de servicios no incluidos en el POS, como se trata de recursos parafiscales no generan una incidencia presupuestaria y en ningún caso son condenas contra la Nación, sino simplemente reembolsos dinerarios a terceros por concepto de medicamentos y procedimientos no incluidos en el POS y que, en virtud de una orden judicial, han sido asumidos temporalmente por los agentes privados del Sistema General de Seguridad Social en Salud para el posterior reembolso por parte del Estado”.*

8. Por otra parte y continuando con el análisis de los riesgos que genera la sostenibilidad fiscal, si se eleva a la categoría de principio constitucional se observa que uno de los avances argumentativos que se puede estar viendo vulnerado es el Mínimo Vital, mediante el cual se evita la cosificación del ser humano y se mantiene vigente su dignidad, se contemplan inversiones tendientes a satisfacer ese tipo de necesidades que, contrario a lo esperado, no se han materializado de manera progresiva, y en Colombia en medio

de las enormes brechas sociales que existen, un número considerable de personas tiene necesidades básicas insatisfechas, frente a lo cual no obstante existir reglamentación al respecto, se debe acudir al juez constitucional para que ordene el reconocimiento efectivo del mencionado derecho, es el caso del reconocimiento de pensiones, de licencias de maternidad, de la protección a la madre cabeza de familia, entre otras situaciones fácticas, que aunque tienen regulación legal su efectividad se materializa, en gran medida, solo a través de fallos judiciales.

Es importante anotar que el impacto de las decisiones judiciales hay que medirlo, no a tal punto que en la Constitución desaparezca la función judicial en la competencia de concretar los derechos fundamentales, pero sí es claro que debemos explorar otras alternativas distintas a dejar sin efecto los derechos sociales. En audiencia pública de este proyecto, a la que asistieron tan sólo tres o cuatro invitados, el Gobierno planteó que el tema del gasto no se puede financiar con deuda porque son impuestos del futuro, que no se pueden implementar nuevos impuestos porque tienen un impacto económico negativo; sin embargo desde sectores académicos se ha propuesto hacer una revisión de la inversión en defensa, de las participaciones, de las regalías. Hemos agregado un componente nuevo de análisis: las vigencias futuras, que afectan a manos llenas el presupuesto, muchas veces con caprichos del gobernante de turno como las comprometidas hasta el año 2027, lo que indica que, para algunas cosas se abren las manos y se gasta a manos llenas y cuando llega la hora de establecer los recursos que van a financiar el gasto público social se llega a la conclusión de que la población colombiana debe hacer un sacrificio con la sostenibilidad fiscal y hacer un control estricto del gasto en esta materia.

Justificar la consagración de la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho, resulta paradójico y está abiertamente en contra del Estado Social de Derecho, del paradigma de Derechos de la eficacia de los Derechos Fundamentales, Sociales y Económicos y constituye una sustitución de la Constitución.

### Proposición

Por las anteriores consideraciones, propongo a los miembros de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes **negar** en primer debate el Proyecto de Acto Legislativo número 016 de 2010, Cámara, *por el cual se establece el derecho a la sostenibilidad fiscal para alcanzar los fines del Estado Social de Derecho*, y en consecuencia, ordenar el archivo de esta iniciativa.

Cordialmente,

*Alfonso Prada,*

Representante Ponente.