

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA ANTE EL CRITERIO DE SOSTENIBILIDAD FISCAL

Luis Ernesto Vargas Silva*

Introducción. La transformación en la exigibilidad de los derechos sociales. Hacia la fundamentalidad de los derechos sociales. Las tensiones entre eficacia de los derechos y la economía del Estado. El criterio de sostenibilidad fiscal y su tratamiento jurisprudencial. Conclusión.

INTRODUCCIÓN



Por desgracia, señalar a las sociedades latinoamericanas de ser profundamente desiguales es un dato que se tornó definitorio de nuestros modelos estatales. La intolerable concentración del ingreso concurre con otros múltiples factores como causas para que millones en nuestra región se vean sumidos en la pobreza y en la exclusión. Nada provechoso podría derivarse de esa situación, salvo una sola cosa: el compromiso de las jurisdicciones latinoamericanas en la defensa, desde las constituciones, de los derechos sociales.

Es viable afirmar que salvo algunas excepciones en países como India o Sudáfrica, el centro del debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales está en América Latina. Ello precisamente en razón de los retos que nuestras sociedades imponen. Ante niveles de desarrollo insuficientes e instituciones correlativamente débiles, los excluidos tornan su mirada hacia los jueces, buscando en el Derecho y en la Constitución la vía para la eficacia de la igualdad de oportunidades y

* Presidente de la Corte Constitucional de Colombia

la ciudadanía activa. Esto ha exigido que los jueces y magistrados hayamos tenido que plantear soluciones audaces y creativas, tendientes a garantizar la eficacia de estos derechos, dentro de los estrechos márgenes que ofrece la capacidad del Estado. Para ello, como se explicará más adelante, los jueces han tenido que quebrar paradigmas sobre la comprensión del Derecho establecidos por el consenso de los sistemas jurídicos más desarrollados, para anteponer soluciones más heterodoxas y compatibles con las necesidades más sentidas de nuestras sociedades. Estas fórmulas, sin duda, han hecho que el concierto mundial reconozca los avances que sobre la materia ofrecen nuestras Cortes y tribunales.

El objetivo de esta presentación es dar cuenta de los aspectos esenciales del diálogo, para el caso colombiano, entre los textos y la jurisprudencia constitucional que garantiza los derechos sociales, frente a las cautelas que desde la economía y el sistema fiscal se imponen con el propósito de mantener la estabilidad macroeconómica del Estado, particularmente en tiempos de crisis. Para cumplir con esa tarea, divido la exposición en cinco apartes. En primer lugar, explicaré los aspectos principales sobre cómo la jurisprudencia constitucional colombiana ha asumido el tema de la exigibilidad de los derechos sociales. Luego, se expondrá el precedente vigente, que reconoce a los derechos sociales como derechos fundamentales en determinados eventos fácticos. En tercer lugar, haré referencia a la tensión entre la eficacia judicial de esos derechos y la estabilidad fiscal, debate que en Colombia ha girado en torno a las implicaciones del criterio de sostenibilidad fiscal. En cuarto lugar, explicaré cómo fue la comprensión que de ese criterio hizo la Corte Constitucional de Colombia, con el fin de hacerlo compatible con la eficacia de los derechos sociales. Finalmente, expondré algunas conclusiones sobre el análisis precedente

Todos los derechos cuestan y deben protegerse. El tránsito constitucional en materia de exigibilidad de los derechos

sociales

La estructura de la Constitución colombiana de 1991, sumada a la cláusula de identificación de derechos de *aplicación inmediata* contenida en el artículo 85 C.P., hicieron que en la primera etapa de la jurisprudencia constitucional se considerara que la exigibilidad judicial de los derechos sociales mediante la acción de tutela no resultaba viable, en tanto ese mecanismo de amparo estaba reservado únicamente para los derechos fundamentales, esto es, los contenidos en el capítulo correspondiente de la Constitución, sumados a algunos a los que el Constituyente les otorgó ese mismo carácter, como los derechos fundamentales de los niños y niñas, enlistados en el artículo 44 C.P. De allí que los derechos fundamentales objeto de exigibilidad judicial terminaran correspondiendo, bajo ese entendimiento, a las libertades civiles.

Esta comprensión estaba fuertemente ligada con el concepto, presente en el Texto Constitucional, de la tradicional división de los derechos en “generaciones”, la cual distingue entre los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos colectivos y del ambiente. Ello sumado a la afirmación, actualmente superada, que supone que solo los derechos sociales tienen un costo intrínseco y que, por esa razón, su grado de eficacia depende del nivel de desarrollo económico del Estado. Estas decisiones, vinculadas necesariamente con el gasto público, no podían ser adoptadas por los jueces, sino por el Gobierno; en consecuencia, la protección judicial está radicada solo en las libertades civiles, que para la misma doctrina carecen de ese costo intrínseco.

Así, en esa etapa temprana de la jurisprudencia, al inicio de la década de los noventa del siglo pasado, la Corte afirmaba en un caso en que se buscaba la protección a través de la acción de tutela del derecho a la educación, que de acuerdo con la doctrina constitucional vigente en ese momento “... *el carácter de derecho fundamental a la educación, con independencia de*

la edad del titular del derecho, por la estrecha vinculación existente entre la educación y los valores del conocimiento, el libre desarrollo de la personalidad, la igualdad de oportunidades y el acceso a la cultura, entre otros. Pero el reconocimiento de la condición de derecho fundamental no conlleva necesariamente la cualidad de derecho de aplicación inmediata, esto es, aquéllos que no requieren de desarrollo legal o de realización material progresiva para poder exigirse su efectividad. La exigibilidad de un derecho fundamental que no es de aplicación inmediata se condiciona a la creación y mantenimiento de las condiciones necesarias para garantizar la efectividad del derecho."¹

Los hondos problemas de esta tesis prontamente emergieron y requirieron una modificación de dicha inicial postura. Así por ejemplo, se presentaban cientos de miles de casos en los que personas afiliadas al sistema general de seguridad social en salud formulaban acciones de tutela tendientes a que los jueces ordenaran a las entidades correspondientes el suministro de prestaciones médico asistenciales, que les eran negadas generalmente por no hacer parte del plan obligatorio de beneficios o por carecer de recursos para asumir copagos y otras cuotas de recuperación. En esos casos, usualmente se alegaba la afectación de los derechos a la vida y a la integridad física. Sin embargo, era claro que esa fundamentación jurídica estaba dirigida a cumplir con el presupuesto que vinculaba solo a los derechos fundamentales con la acción de tutela; esto debido a que en realidad el reclamo judicial se dirigía a la protección del derecho social a la salud. La pertinencia del criterio de interdependencia de los derechos, que predica la protección simultánea y necesaria de las libertades y los derechos sociales, se hacía evidente.

Ante esta circunstancia, la Corte colombiana optó por un camino ecléctico, que denominó como la *teoría de la conexi-*

¹ Corte Constitucional, sentencia T-329/93.

dad. De acuerdo con esta teoría, la Corte acepta que derechos sociales pueden adquirir condición de fundamentalidad cuando, en un caso concreto, tienen relación de conexidad con un derecho fundamental. Así, siguiendo con el ejemplo planteado, cuando un paciente de una grave enfermedad requiere con necesidad una prestación médica, su derecho a la salud se torna fundamental en conexidad con su derecho a la vida y la integridad física. De allí que la Corte decida proteger los dos derechos fundamentales, tanto el “primigenio” como aquel amparado por conexidad. Sobre el particular, en la jurisprudencia de esta etapa se afirmaba de manera reiterada que “...*si bien el derecho a la salud no es en si mismo un derecho fundamental, si puede llegar a ser efectivamente protegido, cuando la inescindibilidad entre el derecho a la salud y el derecho a la vida hagan necesario garantizar éste último, a través de la recuperación del primero, a fin de asegurar el amparo de las personas y de su dignidad. De ahí que el derecho a la salud sea un derecho protegido constitucionalmente, en los eventos en que por conexidad, su perturbación pone en peligro o acarrea la vulneración de la vida u otros derechos fundamentales de las personas. Por consiguiente, la atención idónea y oportuna, los tratamientos médicos, las cirugías, la entrega de medicamentos, etc., pueden ser objeto de protección por vía de tutela, en situaciones en que la salud adquiere por conexidad con el derecho a la vida, el carácter de derecho fundamental*”.²

Esta tesis operó en la jurisprudencia por cerca de una década y sirvió para conferir condición de fundamentalidad a muchos derechos sociales en casos concretos. Además del

² La cita esta tomada de la sentencia T-928/03. Sin embargo, fallos insignes de este periodo son las sentencias de unificación de tutela SU-1117/97 y SU-039/98, adoptadas por el Pleno de la Corte. A este respecto, debe aclararse que los fallos tipo “T” son proferidos por salas de revisión compuestas por tres magistrados. Los fallos “SU”, así como las sentencia que ejercen el control abstracto de constitucionalidad de normas con fuerza de ley o reformas constitucionales, que corresponden a los fallos tipo “C” son proferidos por la Sala Plena de la Corte.

caso expuesto, también se protegieron, entre otros, el derecho a la seguridad social en materia de pensiones por el vínculo al derecho al mínimo vital, situación que también se evidenció en la procedencia de la tutela para el pago de salarios, pues en este caso el derecho al trabajo se tornaba en fundamental por su conexidad al mínimo vital del trabajador y su núcleo familiar dependiente.

Sin embargo, la tesis de la conexidad tuvo que ser superada por la jurisprudencia constitucional en razón de sus evidentes dificultades, tanto teóricas como dogmáticas. Según se explicó en las sentencias T-235/11 y C-288/12, los problemas teóricos se advierten al observar que los derechos fundamentales tienen varias facetas, entre ellas unas de naturaleza prestacional. En términos de dicha jurisprudencia, la satisfacción de los derechos fundamentales impone para el Estado el deber de prodigar condiciones materiales concretas, sin las cuales sería nugatorio su goce efectivo. Por ejemplo, la eficacia mínima del derecho al debido proceso depende de que el Estado prodigue un sistema de justicia, conformado tanto por jueces y servidores judiciales, como por la infraestructura necesaria para que cumplan sus funciones. Tales requerimientos tienen naturaleza decididamente prestacional. De otro lado, la eficacia de derechos que han sido catalogados conceptualmente como sociales, como el derecho de asociación sindical, depende también del cumplimiento de deberes negativos por parte del Estado, como la no interferencia en la conformación y actividades propias de los sindicatos.

A su vez, conforme a las mismas sentencias, los problemas dogmáticos de la teoría de la conexidad se evidencian a partir de los aportes del derecho internacional de los derechos humanos, relacionados con las propiedades de indivisibilidad e interdependencia de los derechos. Como es bien conocido, la indivisibilidad asume que todos los derechos tienen un componente prestacional y otro de libertad o abstención por parte del

Estado, sin que resulte válido garantizar una sola de estas facetas, so pena de incurrir en un déficit de protección de ese derecho. De igual modo, la interdependencia reconoce que los derechos no pueden garantizarse de manera aislada, sino que requieren de la eficacia simultánea de varias prestaciones jurídicas. Es usual en la doctrina el caso del derecho social a la vivienda digna, cuya satisfacción debe llevarse a cabo como supuesto material para la vigencia de derechos civiles y libertad como el derecho a la intimidad, el derecho a la integridad física y el derecho a conformar una familia.

Estas dificultades impedían hacer compatibles a la jurisprudencia constitucional imperante con postulados básicos del derecho internacional de los derechos humanos, que para el caso colombiano tiene raigambre constitucional a través de la cláusula de integración al bloque de constitucionalidad prevista en el artículo 93 C.P. Por ende, la Corte colombiana optó por reformular en buena medida las condiciones para predicar la naturaleza fundamental de un derecho y, en consecuencia, su exigibilidad judicial a través de la acción de tutela. Los aspectos esenciales de esta nueva doctrina serán expuestos en el apartado siguiente.

HACIA LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La actual tesis de la fundamentalidad de los derechos sociales parte de advertir que si una posición jurídica es reconocida como derecho por la Constitución, ese alto valor jurídico hace que no pueda ser comprendido sino como un derecho fundamental, puesto que ha sido ubicado en la base misma del orden estatal y con el propósito específico de lograr la autonomía, la dignidad y la igualdad de oportunidades, que son los pilares sobre los que se edifica la democracia contemporánea. En términos de la Corte colombiana “[l]os derechos **todos** son

fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción). ”³

De este modo, la jurisprudencia constitucional acoge con decidido vigor los postulados de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, para lo cual prescinde de la tesis de las generaciones de derechos como criterio de gradación en cuanto a su exigibilidad. En cambio, confiere la condición de derecho fundamental a la posición jurídica que en cada caso concreto acredite las condiciones siguientes: (i) la relación funcional entre el derecho correspondiente y la realización de la dignidad humana; (ii) la traducción de la posición jurídica en un derecho subjetivo; y (iii) la identificación de un consenso dogmático, jurisprudencial, de derecho internacional, legal o reglamentario, sobre la pretendida condición de fundamentalidad.

El caso de la exigibilidad judicial del derecho a la vivi-

³ Corte Constitucional, sentencia T-016/07.

enda digna puede ilustrar el uso de estos criterios. Un ejemplo, recurrente en la jurisprudencia constitucional, refiere a la necesidad de proteger mediante la acción de tutela el derecho a la vivienda digna de aquellas familias que habitan en zonas de alto riesgo, derivado de condiciones naturales. Si bien nominalmente el derecho a la vivienda es un derecho social, consagrado en el artículo 51 C.P., adquiere condición de fundamentalidad en estos casos, en razón a que (i) la inseguridad y precariedad de la vivienda amenazan la vida en condiciones dignas, afectadas tanto por la inminente afectación de la integridad física, como la ausencia de factores mínimos de subsistencia derivados de la situación de marginalidad; (ii) en el caso no se trata de la efectividad judicial de planes colectivos de vivienda, sino de la protección de los derechos de personas identificables, miembros de la familia afectada; y (iii) la habitabilidad de la vivienda, que comprende una vivienda adecuada la cual proteja a sus habitantes de las amenazas para la salud, riesgos estructurales y vectores de enfermedad, es uno de los aspectos esenciales del derecho a la vivienda adecuada, del modo como ha sido definido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.⁴ De allí que el consenso del derecho internacional de los derechos humanos sobre esa materia sea verificable.

Como se observa, la actual posición de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre la fundamentalidad de los derechos sociales se sustenta en dos presupuestos. En primer lugar, se acoge con fuerza los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos, mecanismo a través del cual se supera la división de los derechos entre generaciones, en tanto se reconoce que no es posible proteger adecuadamente los derechos si se les concibe de manera aislada y que, además, todos

⁴ *Cfr.* Observación General No. 4 relativa al derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto). Adoptada durante el 6° periodo de sesiones. Documento E/1192/23, 1991, párrafo 8.

los derechos tienen una faceta prestacional y otra de abstenición, circunstancia que obliga a superar la distinción por ese aspecto entre libertades civiles y derechos sociales. En segundo término, la fundamentalidad de los derechos tiene una doble vertiente, que responde al vínculo entre el derecho y la garantía de la dignidad humana en el caso concreto, así como la existencia de una justificación desde el derecho internacional y comparado sobre la fundamentalidad del derecho en el supuesto fáctico correspondiente.

Esta posición, como es sencillo advertir, genera interrogantes en materia fiscal. Si todos los derechos pueden adquirir condición de fundamentalidad y, además, todos tienen una faceta prestacional, significa que todos requieren gasto público para su ejecución. Este gasto, a su vez, sería definido por los jueces que adoptan sentencias de protección de esos derechos. Estos asuntos alertan a los economistas y servidores públicos encargados del tema presupuestal, lo que ha generado una tensión entre estos y la jurisprudencia constitucional, cuyos elementos centrales se exponen a continuación.

LA TENSIÓN ENTRE EFICACIA DE DERECHOS Y LA ECONOMÍA DEL ESTADO

El sector tradicional de la economía en Colombia ha sostenido que la competencia de los jueces para decidir sobre derechos sociales es inconveniente para la salud de las finanzas públicas, para lo cual han planteado al menos tres tipos de argumentos.⁵ En primer lugar, se considera que los jueces carecen de las herramientas económicas y estadísticas necesarias para determinar, bajo criterios de eficacia, el uso de los recursos públicos, los cuales además consideran erróneamente como

⁵ Una presentación comprehensiva de estas críticas se encuentra en Kalmanovitz, Salomón (2002). “Constitución y modelo económico”. En Moncayo, V.M., Gaviria, C., Uprimny, R., Villa, W., Kalmanovitz, S., Uribe, M.T., et al. *El debate a la constitución*. Bogotá D.C., Colombia: ILSA.

infinitos. En segundo término, afirman que la concesión de derechos sociales a través de acciones judiciales afecta la distribución equitativa de estos recursos, pues los mismos terminan adscribiéndose de manera privilegiada a quienes hacen uso de la acción judicial, en perjuicio de las demás personas acreedoras del bien o servicio. Esta inadecuada distribución impide, del mismo modo, que se focalice el gasto público en aquellos que están en situación de mayor marginalidad, condición que también les limita el acceso a las acciones judiciales. Finalmente, en tercer lugar, se ha considerado que aquellos fallos denominados como *estructurales*, esto es, que dictan órdenes dirigidas a la protección de los derechos de multiplicidad de ciudadanos que acuden con pretensiones análogas, son particularmente lesivos para las finanzas públicas, puesto que exigen el giro de recursos por fuera de cualquier elemento de planeación en la ejecución del gasto. Así, los casos de los fallos sobre desplazamiento forzado interno (T-025/04) y sistema de seguridad social en salud (T-760/08) han sido los que mayores preocupaciones fiscales han suscitado.

A partir de estos argumentos, se ha puesto en cuestión la competencia de los jueces para adoptar sentencias que ordenen prestaciones propias de los derechos sociales. El debate sigue inacabado, pero en cualquier caso desde la academia y la judicatura se han expresado contra argumentos frente a las críticas expuestas. La explicación de las mismas excede esta exposición; sin embargo, al respecto puede señalarse que la exigibilidad de los derechos, tanto las libertades civiles como los derechos sociales y colectivos, tiene raigambre constitucional y debe, por ende, ser garantizada por todas las autoridades del Estado. Además, es claro que los jueces fallan sobre multiplicidad de asuntos de la vida social, sin que por esa razón pueda afirmarse que son incompetentes para pronunciarse sobre materias técnicas y económicas en los que, además, pueden contar con el apoyo de expertos al interior del proceso judicial. A su

vez, resulta erróneo imponer a la exigibilidad judicial de los derechos sociales los problemas distributivos generados por la ineficiencia del aparato estatal. En contrario, la formulación de acciones judiciales para obtener la satisfacción de estos derechos es la prueba fehaciente acerca de la distribución inequitativa de las oportunidades reflejadas en el ejercicio de dichos derechos. Por ende, el argumento fiscal se muestra circular y por lo mismo débil, pues se fundamentaría en considerar que en razón de la inadecuada distribución no se podrían resolver judicialmente reclamos sobre derechos sociales, puesto que las sentencias generarían fallas en la distribución de recursos. Finalmente, en lo que respecta a los fallos *estructurales*, debe enfatizarse en que la Corte ha sido especialmente cuidadosa en determinar en sentencias de esa naturaleza órdenes de protección que reconocen las consecuencias fiscales y, por ende, confieren plazos e instancias de monitoreo de las decisiones, que suponen la gradualidad en la satisfacción de varios de los derechos conculcados. De hecho, prueba de esta preocupación de la Corte es la conformación de salas especiales de seguimiento en los casos de desplazamiento forzado y del sistema de salud, precisamente con el ánimo de vigilar el modo en que se articulan los esfuerzos de las diferentes instancias estatales para la superación de la violación sistemática de derechos con condición de fundamentalidad.

El debate entre derechos y distribución del gasto fiscal ha tenido, a su vez, un capítulo particular en los últimos años en Colombia, relativo a la introducción en la Constitución del criterio de *sostenibilidad fiscal*, asunto que explicaremos a continuación y que sirve de síntesis sobre el estado de la discusión en Colombia acerca de la protección de los derechos sociales en tiempos de crisis.

SOSTENIBILIDAD FISCAL Y JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Con el fin de establecer límites fiscales a las órdenes de los jueces, así como intentar racionalizar la forma en que dichas sentencias son ejecutadas, el Gobierno colombiano propuso ante el Congreso reformar la Constitución en el sentido de instaurar lo que se denominó en un comienzo como el *derecho a la sostenibilidad fiscal*. La lógica del proyecto inicial era clara: la realización de los derechos requiere asignaciones presupuestales, por lo que los ciudadanos tienen el derecho a que ante cualquier orden judicial tendiente a satisfacer esos derechos, se cuente previamente con los recursos para el efecto. En el Congreso esta fórmula encontró gran resistencia, en tanto terminaba por supeditar la exigibilidad judicial de los derechos a asuntos eminentemente fiscales. Por ende, la propuesta gubernamental sufrió ajustes incrementales, dirigidos entre otros tópicos a (i) modificar el concepto de “derecho” a la sostenibilidad fiscal a un “criterio” para la actividad judicial; (ii) establecer que la sostenibilidad fiscal debía ser compatible con el Estado Social y Democrático de Derecho; y (iii) determinar que en ningún caso el criterio en comento podría servir de base para desconocer los derechos fundamentales.

Esta reforma constitucional, consagrada a través del Acto Legislativo 3 de 2011 fue demandada ante la Corte, con el argumento que desconocía aspectos esenciales y definitorios de la Constitución, en especial el principio de separación de poderes y la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho. En ese sentido, el Congreso excedió su poder de reforma, pues en realidad había sustituido el texto constitucional.

Para resolver este asunto, la Corte advirtió en la sentencia C-288/12 que el criterio de sostenibilidad fiscal, en la versión finalmente aprobada por el Congreso, no sustituía la Constitución, puesto que apenas operaba como un factor de índole netamente instrumental, el cual no podría oponerse a las decisiones de los jueces, ni menos desconocer los derechos fundamen-

tales. Sin embargo, en este preciso evento la Corte hizo uso de su precedente sobre las condiciones para la fundamentalidad de un derecho, de modo tal que la imposibilidad de alegar la sostenibilidad fiscal como límite se predicaba tanto de las libertades públicas como los derechos sociales que, conforme los criterios expuestos en el apartado anterior, tuvieran condición de fundamentalidad. Asimismo, la Corte concluyó que el criterio de sostenibilidad fiscal tenía naturaleza orientadora para las decisiones de los jueces, en cuanto parámetro integrante de la Constitución, pero que en ningún caso podría operar como fundamento para negar la protección de derechos, desconocer los principios de progresividad y prohibición de regresividad de los mismos, ni menos podría ser utilizado para revertir o reducir los efectos de las decisiones que amparan tales prerrogativas.

Esta posición adoptada por la jurisprudencia constitucional es muy importante. Ello debido a que podría válidamente pensarse que las cautelas adoptadas por el Congreso sobre la protección de los derechos fundamentales, estaban esencialmente fundadas en la concepción tradicional que distingue entre libertades públicas, estas sí fundamentales, y los derechos sociales que no tienen esa condición, al menos no de manera autónoma. En contrario, la Corte utiliza su propio precedente para ampliar el concepto *derecho fundamental* y de esta manera blindar a los derechos sociales con ese carácter frente a limitaciones fiscales en la decisión de casos concretos. En este sentido, la sentencia C-288/12 fue concluyente en afirmar que si el Acto Legislativo 3 de 2011 ordenaba que la aplicación del criterio de sostenibilidad fiscal no pueda servir de base para que ninguna autoridad estatal menoscabe los derechos fundamentales, esa prohibición “...*debe leerse de manera armónica con los argumentos precedentes y, en especial, con los criterios fijados por la jurisprudencia constitucional para determinar la iusfundamentalidad de una posición jurídica parti-*

cular, explicados en los fundamentos anteriores. Es decir, cuando el Acto Legislativo determina que la sostenibilidad fiscal debe ser compatible con la vigencia y goce efectivo de los derechos fundamentales, quiere decir que la disciplina fiscal debe ceder ante la eficacia de esas posiciones jurídicas, conforme a la doctrina que sobre ese respecto ha fijado la Corte. Por ende debe rechazarse, por ser contraria a la Constitución, la interpretación según la cual la sostenibilidad fiscal está basada en la distinción, ya superada, entre derechos de primera y segunda generación y que, además, el criterio de sostenibilidad fiscal tiene por objeto aplazar o restringir el alcance de los derechos sociales, en oposición a los derechos fundamentales. Se ha señalado que esa restricción presenta profundos problemas dogmáticos y teóricos, de manera tal que la jurisprudencia constitucional ha concluido que la definición de un derecho como fundamental depende de factores específicos, relacionados con el vínculo entre la dignidad humana y la prestación correspondiente. Por ende, no de otra forma puede interpretarse la prohibición mencionada, sino de manera acorde con estos postulados, esto es, que cuando se hace referencia a los “derechos fundamentales”, se entiende con claridad que son aquellas posiciones jurídicas que adquieren naturaleza *iusfundamental*, según la metodología antes expuesta. Esta explicación dista radicalmente de distinciones simplemente convencionales entre libertades y derechos prestacionales, sino que versa sobre el grado de necesidad de protección constitucional en el caso concreto, valorado en términos de vigencia del principio de dignidad humana.”.

CONCLUSIÓN

El constitucionalismo colombiano ha propuesto fórmulas ante los retos que imponen las restricciones fiscales en tiempos de crisis. La jurisprudencia, en ese sentido, ha utilizado un

criterio de jerarquía normativa, conforme al cual la vigencia de los derechos fundamentales es uno de los aspectos definitorios del Estado Social y Democrático de Derecho, estatus que obliga a que todas las autoridades del Estado ejerzan sus competencias de manera que satisfagan la eficacia de esas posiciones jurídicas. Esto implica, de suyo, que los asuntos presupuestales deben estar enfocados a lograr la satisfacción de los derechos. En otras palabras, la gestión fiscal está subordinada a la protección de los derechos y no a la inversa.

Por supuesto, la judicatura colombiana no desconoce que la satisfacción de los derechos sociales requiere de esfuerzos fiscales, a través del uso de recursos públicos que por naturaleza son escasos, más aún en el ámbito de los países latinoamericanos, aquejados por evidentes déficits, uso fraudulento de los ingresos fiscales y escasa tributación. Por ende, la jurisprudencia acepta que los recursos existentes deben ser distribuidos a partir de criterios de priorización, que no son otros que los del acceso a los bienes y servicios en condiciones de igualdad de oportunidades. La primera línea de batalla del derecho constitucional es la satisfacción de los derechos de las comunidades marginadas y en condiciones de vulnerabilidad. Luego, a partir de criterios de progresividad, se debe optar por un uso de los recursos que paulatinamente llegue a condiciones de universalidad en las prestaciones que garantizan tantos los derechos sociales como las libertades civiles.

El reto, en ese orden de ideas, es lograr soluciones creativas desde la judicatura, que reconozcan los límites fiscales, pero que sobre todo asuman que la justificación del Estado no es otra que la protección de los derechos de los ciudadanos. Esto requiere un balance delicado y una responsabilidad de la mayor envergadura. Considero que las soluciones planteadas por la jurisprudencia constitucional colombiana, a pesar de sus seguras críticas, son un esfuerzo válido en esta dirección.

