

# Estado social de derecho y criterio de sostenibilidad fiscal<sup>1</sup>

Social state of law and criterion of fiscal sustainability

Andrea Alarcón Peña<sup>2</sup>

José López Oliva<sup>3</sup>

## Resumen:

Con una metodología deductiva que parte del análisis de la doctrina constitucional económica, la pretensión de este artículo es presentar las consecuencias que la introducción del criterio de sostenibilidad fiscal generó para el subsistema constitucional económico. Describe las principales características del incidente de impacto fiscal como instrumento de coordinación y dialogo de los órganos del poder público orientado a garantizar la sostenibilidad fiscal, cuando se advierta seriamente amenazada por una decisión judicial proferida por los tribunales de cierre de jurisdicción. El escrito presenta los principales retos que la reforma constitucional del Acto legislativo 3 de 2011 plantea para el Estado Social de Derecho y la imposibilidad de reconocer una transformación hacia un Estado fiscal en el que la realización de derechos este condicionada por la existencia de recursos económicos. Con esta pretensión el artículo presenta una descripción del sistema de Economía Social de Mercado, la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal y el incidente de impacto fiscal como instrumento que, en apariencia, condiciona la autonomía e independencia del poder jurisdiccional.

## Palabras clave:

Economía social de mercado, Sostenibilidad fiscal, incidente de impacto fiscal, progresividad, Estado fiscal.

<sup>1</sup> Este artículo constituye avance del proyecto de Investigación No. INV-DER- 3435 que se titula La regla de la razón como criterio de ponderación en prácticas de paralelismo consciente en Colombia. Financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada para las vigencias fiscales 2021 y 2022. El proyecto hace parte del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UMNG

<sup>2</sup> Abogada *Cum Laude* Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Comercial y de los negocios, Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Doctora Sobresaliente *Cum Laude* en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Postdoctora en Altos estudios del Derecho de la Universidad de Bologna (Italia). Profesora investigadora de la Universidad Militar Nueva Granada. <https://orcid.org/0000-0003-4926-4288>. [Andrea.alarcon@unimilitar.edu.co](mailto:Andrea.alarcon@unimilitar.edu.co)

<sup>3</sup> Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Postdoctor en Altos estudios del Derecho de la Universidad de Bologna (Italia). Doctor (PhD) en Bioética médica – Responsabilidad y daño indemnizable de la UMNG. Master en Derecho de la Universidad de los Andes. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín y la USB. Profesor e investigador de la Universidad Militar Nueva Granada. <https://orcid.org/0000-0001-9308-2153>. [Jose.lopez@unimilitar.edu.co](mailto:Jose.lopez@unimilitar.edu.co).

**Abstract:**

With a deductive methodology that starts from the analysis of the economic constitutional doctrine, the aim of this article is to present the consequences that the introduction of the fiscal sustainability criterion generated for the economic constitutional subsystem. It describes the main characteristics of the fiscal impact incident as an instrument of coordination and dialogue of the organs of public power aimed at guaranteeing fiscal sustainability, when it is seriously threatened by a judicial decision issued by the courts of closing jurisdiction. The writing presents the main challenges that the constitutional reform of Legislative Act 3 of 2011 poses for the Social State of Law and the impossibility of recognizing a transformation towards a fiscal State in which the realization of rights is conditioned by the existence of economic resources. With this claim, the article presents a description of the Social Market Economy system, the legal nature of fiscal sustainability and the incident of fiscal impact as an instrument that, apparently, conditions the autonomy and independence of the jurisdictional power.

**Keywords:**

Social market economy, Fiscal sustainability, Fiscal impact incident, Progressivity, Fiscal state

**Introducción**

El constituyente colombiano en 1991, siguiendo la tendencia del constitucionalismo contemporáneo, adoptó para el Estado colombiano el modelo de Estado Social de Derecho (López Oliva, 2010). Esta decisión permitió situar en la problemática constitucional la ordenación de la economía colombiana. Tal decisión política, sin embargo, no se refleja en el reconocimiento expreso de un sistema económico en particular. Esta circunstancia, considerando la revisión de las Gacetas de la Asamblea Nacional Constituyente, podría ser analizada desde tres posibles aristas 1) el constituyente omitió adoptar una decisión sobre Constitución Económica (considerando la pluralidad de ideologías y tendencias presentes en la Asamblea); 2) el constituyente, partiendo del reconocimiento del Estado Social de Derecho, advirtió, que el único sistema compatible con este es el de Economía Social de Mercado, o 3) el constituyente estimó que el amplio catálogo de derechos, libertades, valores y principios con contenido económico, señalan una brújula que el legislador y el gobierno deben considerar al adoptar leyes y políticas económicas diversas.

De estas tres opciones, la omisión deliberada debe ser descartada. Las restantes se ajustan a la interpretación que, vía jurisprudencia, ha hecho la Corte Constitucional. De la misma manera, en consonancia con el principio de unidad constitucional, no es posible -como en su momento reconoció Schmitt- predicar la existencia de una Constitución Política y una Económica independientes.

Lo que es claro es que, a pesar de la ausencia de un sistema constitucional económico expreso, existe una relación inescindible entre economía y política. Como advertía Lasalle (1984), la Constitución de un país debe considerar los factores reales de poder, y uno de ellos es el económico. La Constitución colombiana, en armonía con esta premisa, no puede calificarse como indiferente en asuntos económicos (C-063 de 2021). La revisión de su articulado, en perspectiva formal, permite advertir abundante clausulado con este contenido. Normas que no solamente establecen derechos y garantías sino campos de acciones y competencias para diversidad de órganos (Alarcón Peña, 2018).

La dispersión de cláusulas de contenido económico que registra la Carta exige un ejercicio de armonización pues, una revisión desprevenida parecería advertir contradicción entre algunas de ellas. Sin embargo, un ejercicio de interpretación sistemática armoniza con un sistema de Economía Social de Mercado. En este el papel del mercado constituye pilar fundamental pues es en aquel en el que los agentes económicos desarrollan libertades y derechos, satisfacen sus necesidades y desarrollan relaciones de consumo (Villalba Cuellar, 2013, 2009 y ). Pero además, el Estado, como director general de la economía -artículo 334. C.P.- despliega en él pluralidad de competencias orientada a corregir fallas -externalidades, bienes públicos, asimetría de la información, monopolios, etc... (Peña, 2011)-, propiciar la supremacía del bien común y el desarrollo económico equitativo y garantizar la supremacía del bien común. Estas circunstancias excluyen la posibilidad de un sistema de economía de mercado en el que la confianza en el mano invisible es esencial (Cortes Zambrano, 2010).

El constituyente en 1991 fue enfático en advertir que el Estado colombiano tenía una deuda social con amplios sectores de la sociedad (tradicionalmente marginados y discriminados) frente a la cual, el Estado no podía persistir en su rol indiferente frente a las relaciones socio-económicas (T-533 de 1992). Esta postura se ajusta a la tendencia

que desarrolla el constitucionalismo contemporáneo en el que los textos constitucionales, de forma amplia o reducida, incorporaron disposiciones económicas (Bassols Coma, 1985).

Considerando esta intención, el constituyente incluyó un catálogo amplio de principios constitutivos, reguladores y suplementarios que, desde la teoría económica, señalan mandatos para agentes diversos del poder público. Dentro de estos principios, fundamentales para la materialización del sistema de Economía Social de Mercado, los estructurales describen las circunstancias que deben concurrir en el mercado para garantizar el ejercicio de la actividad económica.

Tales condiciones precisan un sistema normativo robusto provisto de instituciones sólidas que garanticen su cumplimiento y son: a) Sistema de precios efectivo con garantía de libre competencia económica (garantía institucional); b) Estabilidad monetaria; c) Inexistencia de barreras de entrada artificiales que impidan el acceso al mercado de cualquier agente económico; d) Protección de la propiedad privada; e) Libertad de contratación; f) Reconocimiento de un sistema de responsabilidad (frente al incumplimiento de contratos y generación de daños); y g) Política económica constante (Eucken, 1963 )

Y aunque la descripción de estos principios constitutivos presenta una base esencial para que el mercado funcione, la existencia de fallas del mercado y otras condiciones hace imperativa la intervención del Estado. Los principios reguladores en este contexto, protegen el adecuado funcionamiento del sistema de mercado y permiten, a través del ejercicio de diversas competencias, resolver problemas derivados del ejercicio abusivo de libertades que no armoniza con el carácter social que constituye impronta en el Estado Social de Derecho (Torres Avila, 2020). Tales principios son cuatro, a) Política de promoción y defensa de la competencia que restrinja cualquier poder de mercado, b) Política fiscal con impuestos progresivos; c) Prevención de externalidades; y d) Corrección de situaciones anómalas propias del mercado laboral (Rivadeneira Frisch, 2009).

Los principios expuestos constituyen una reafirmación de la imposibilidad que tiene el mercado para regularse de forma autónoma. La supervisión, vigilancia, regulación y control de escenarios diversos del mercado constituye premisa fundamental que justifica el reconocimiento del Estado como director general de la economía (Guinard-Hernández D. , 2017). En este sistema se advierte que el mercado registra problemas y que para lograr bienestar social es preciso adoptar medidas correctivas -ex post-, pero también preventivas -ex ante- (Hasse, Schneider, & Weigelt, 2004, pág. 168).

Es en este escenario en donde se advierte la necesidad de garantizar constancia y confianza en la política económica. Tal condición exige un sistema de finanzas públicas constante, confiable estable y saludable. La inclusión de la regla fiscal, el incidente de impacto fiscal, la regla de sostenibilidad fiscal como reformas constitucionales constituyen concreciones de la teleología del sistema de Economía Social de Mercado, pero también supone concordancia con políticas globales que pretenden disciplinar el gasto y evitar crisis económicas sistémicas.

### **1. Sostenibilidad fiscal e incidente de impacto fiscal**

La entrada en vigencia de la regla fiscal de control del gasto público en el país se remonta al año 2000 con la promulgación de la Ley 617. La reforma constitucional consignada en el Acto legislativo No. 3 de 2011, y su posterior desarrollo legislativo con la ley 1473 de 2011, establecieron una regla de equilibrio presupuestal. La pretensión de estas disposiciones normativas determina que el gasto estructural no puede superar el ingreso estructural en un monto anual determinado. En estricto sentido se persigue la reducción del déficit estructural que, para el año 2022 debía equivaler al 1% del PIB. Se trata de una regla cuantitativa sobre las finanzas del Gobierno Nacional para garantizar que la deuda pública sea sostenible, estabilidad macroeconómica, se propenda por la eliminación de una política fiscal que tiende a ser procíclica y se reduzca el endeudamiento. Para que este mandato fue efectivo se creó el Fondo de Ahorro y Estabilización Macroeconómica que apoyaría el gasto contracíclico, apoyaría la amortización de la deuda y se financiarían necesidades generadas por circunstancias extraordinarias que precisaran recursos y que pudiera implicar suspensión de la regla fiscal.

Como se reconoció en su momento, la inclusión de la sostenibilidad fiscal -como un principio inicialmente- modificó el artículo 334 de la Constitución Política y constituía un mandato de optimización que orientaba a los órganos y ramas del poder público. Su contenido además condicionaba la interpretación de los artículos 339 y 346 constitucionales en relación con el Plan Nacional de Desarrollo y la Ley de Presupuesto General de la Nación.

Arango Rivadeneira señaló al respecto que esta reforma constitucional modificó sustancialmente el núcleo del sistema constitucional económico al introducir el incidente fiscal y armonizar el reconocimiento jurisdiccional de garantías y derechos con la estabilidad económica del Estado (2012, pág. 14). Lo anterior en consideración a que la reforma, además de incluir la sostenibilidad fiscal introdujo el incidente de impacto fiscal que permite solicitar que la ejecución de una sentencia sea diferida, modulada o condicionada cuando su cumplimiento afecte la sostenibilidad fiscal de la entidad pública condenada (Sierra Fagua, 2020).

Y aunque se aludió inicialmente de la sostenibilidad fiscal como un principio, la Corte Constitucional al analizar acción pública de constitucionalidad, contra varios artículos de la Ley 1695 de 2013 que desarrolló el artículo 334 superior, dispuso que la naturaleza jurídica de principio no podía predicarse en este caso (Gómez Fajardo, 2015). Se trata de un criterio orientador, una herramienta para lograr los objetivos del Estado Social de Derecho y un instrumento para mantener en equilibrio la sana relación entre ingreso y gasto público (C-870 de 2014). Y como criterio, se encuentra desprovisto de jerarquía normativa suficiente para plantear un conflicto entre aquella y los principios esenciales del Estado Social de Derecho.

Aclarada la naturaleza jurídica de la sostenibilidad fiscal, es preciso abordar aspectos relacionados con su materialización práctica. Se trata de un mecanismo procesal instrumental de control fiscal, desarrollado legislativamente a través de un procedimiento especial, que no podía ser subsumido por otra acción. Procede contra sentencias judiciales proferidas por los tribunales de cierre de jurisdicción (Corte Constitucional, Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia) y puede ser tramitado a solicitud de alguno de los Ministros del Despacho o del Procurador General de la Nación. Esta

competencia es exclusiva de estos funcionarios sin que exista la posibilidad de delegación en otro órgano o autoridad (Guerrero Vinueza, 2012).

A través de este procedimiento se pretende garantizar la sostenibilidad fiscal de las finanzas públicas contribuyendo a la estabilidad macroeconómica del país y las entidades públicas que podían experimentar afectaciones importantes en su sostenibilidad fiscal como consecuencia de una decisión judicial. Una vez proferida y notificada la decisión (sentencia o auto posterior) podrá promoverse ante la Sala Plena de la corporación que adoptó la decisión, por cualquiera de los competentes señalados, el incidente de impacto fiscal dentro de los 3 días siguientes (art. 1 Ley 1695 de 2013)<sup>4</sup>.

Se trata en consecuencia de un espacio de dialogo y deliberación entre el Gobierno Nacional, el Procurador y las Altas Cortes con el fin de analizar el alcance fiscal de la decisión proferida. Como se indicó previamente, la Corporación que adoptó la sentencia debe escuchar las razones y el impacto económico que podría tener la sentencia, pero bajo ninguna circunstancia la carga de acreditar la afectación económica se radica en el poder judicial (Arango Rivadeneira, 2012). La carga argumentativa corresponde a quien solicita la apertura del incidente, que a su vez, debe presentar un plan de cumplimiento de la decisión que solicita sea modulada, condicionada o diferida.

El incidente es la concreción del concepto de disciplina fiscal que pretende reducir abultados déficits fiscales. Se procura racionalizar el gasto y el manejo de los recursos para materializar la satisfacción del mandato de prevalencia del interés general sobre el particular que, debe armonizar con la prioridad que caracteriza la política económica respecto al gasto público social. Intereses que deben considerar la necesidad de garantizar la satisfacción del núcleo esencial del derecho de aquel que, con ocasión de la modulación, ve condicionada la ejecución de una decisión que le es favorable.

---

<sup>4</sup> Frente a esta circunstancia, precisó la Corte Constitucional que, frente a la opción de interponer el incidente contra autos, se encuentran excluidos aquellos proferidos en el marco de acción de tutela. Lo anterior debido a que la ley 1695 de 2013 es una ley ordinaria y, por expresa disposición constitucional - art. 152- la acción de tutela -y cualquier cuestión que la regule- deberá ser desarrollado mediante ley estatutaria.

Tal limitación se produce por la reducida capacidad del Gobierno Nacional para satisfacer y sufragar sus gastos -recursos limitados frente a necesidades abundantes, progresivas y de satisfacción prioritaria-. La materialización de los derechos y garantías suponen un importante costo financiero que, en ocasiones es obtenido a través de decisiones judiciales debido a la imposibilidad de alcanzar su disfrute por medios tradicionales. Lo anterior no es nocivo *per se* pero supone un aumento en el gasto y convierte a las corporaciones judiciales en ordenadoras del gasto. Frente a esta realidad la reforma tuvo la pretensión de incrementar el rigor en materia fiscal de cara a los incrementales costos que producen decisiones judiciales.

El problema principal que se ha planteado en relación con este tema esta dado por la posible afectación a los derechos de los que han resultado beneficiados con la decisión judicial que, por vía de incidente será modificada, condicionada o modulada. La parte resolutive de aquella consigna la forma en que el juez resuelve el conflicto -que pretensiones y excepciones prosperaron y a que sujeto procesal le será dado un derecho o reconocida una petición- y la forma en que tal decisión debe ser cumplida.

El juez, al momento de tomar la decisión considera todos los argumentos -de hecho y derecho- que le han sido puestos en consideración por los sujetos procesales. Cuando el incidente prospera, la decisión de fondo no sufre o experimenta variación alguna -por lo menos desde el punto de vista formal-. La afectación se produce en relación con la forma en que se cumplirá la decisión, pero no sobre la decisión -sentido y fondo-. Se trata en consecuencia de una nueva regla procesal en el incidente (Gaviria Cardona, 2018).

Sin embargo, la modulación de la sentencia si constituye variación de la decisión y afecta los derechos de los que, inicialmente, fueron notificados de una decisión que debía satisfacerse en unas condiciones inicialmente indicadas. La ejecución de la sentencia en los términos inicialmente indicados supone la obediencia de los ciudadanos y los órganos del poder público a la Constitución. Como ha indicado la Corte Constitucional, la garantía de cumplimiento de las decisiones judiciales se haya ligada a los principios de eficacia, prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y eficacia. Se trata de uno de los elementos que constituye el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso (T-048 de 2019).

Pensar en que la ejecución de una decisión judicial este condicionada por aspectos económicos, presupuestales o financieros se traduce en la pérdida de eficacia de la teleología del Estado Social de Derecho y la adopción de un modelo de Estado Fiscal. Un Estado en el cual la satisfacción de los derechos se encuentra restringida por la disponibilidad de recursos (Arango Rivadeneira, 2011).

## **2. Sostenibilidad fiscal como Criterio orientador y el incidente de impacto fiscal**

La sostenibilidad fiscal, como criterio, propone la necesidad de armonizar el disfrute y materialización efectiva de los derechos individuales y colectivos obtenidos a través de decisión judicial, y el derecho de la sociedad a tener unas finanzas saludables (Arango Rivadeneira, 2011, pág. 71). Este conflicto plantea la premisa de garantizar la protección que respecto de futuras generaciones debe brindarse para que cuenten con recursos suficientes para el disfrute de sus derechos. Se genera entonces un debate entre fines políticos y derechos. Las futuras generaciones no pueden recibir como herencia una deuda insostenible (Fundación observatorio fiscal, 2022) que tenga como origen decisiones que no provienen de quien, originalmente, detenta el monopolio en la ordenación del gasto.

Sin embargo, la cuestión que plantea este debate no puede reducirse a una circunstancia dicotómica. Aunque es cierto que la progresividad en el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales depende de la existencia de recursos que permitan financiarlos, también es cierto que no puede esgrimirse como excusa la inexistencia de recursos para limitar o restringir la materialización de los derechos. La prevalencia del interés general sobre el particular, tampoco es argumento que permita limitar el disfrute de un derecho que se ha concretado. Ello sólo procedería en circunstancias excepcionales que constituyan extrema urgencia. Lo anterior al considerar que los derechos son reglas en una democracia y todos los ciudadanos merecen el mismo respeto (Arango Rivadeneira, 2012, pág. 20).

La posibilidad de coartar el disfrute de un derecho, cuyo reconocimiento se obtuvo judicialmente, por motivos de eficiencia económica supondría una cosificación del individuo. Se hablaría de una vulneración del principio fundamental de dignidad humana

al permitir que, con el objetivo de realizar un fin político colectivo se instrumentalice al sujeto. Se defendería la idea de un Estado fiscal en el que consideraciones económicas y presupuestales prevalecen sobre la necesaria prevalencia de la teleología del Estado social de derecho.

Quizás sería posible pregonar la tesis de la limitación en el disfrute del derecho pero no un vaciamiento en el mismo. Se parte de la tesis de la progresividad de los derechos que determina que aquellos no pueden ser disminuidos mediante decisiones normativas con el fin de evitar regresiones significativas (Bernal Pulido, 2008). Se prohíben retrocesos injustificados y exige que en aquellos casos en los que se produzca una limitación ella debe tener un origen legal y siempre ser necesaria, adecuada y proporcionada (Nogueira Alcalá, 2009).

Colombia ha asumido obligaciones respecto a la necesaria progresividad de los Derechos económicos, sociales y culturales, y como consecuencia, salvo que se acredite a través de un juicio de proporcionalidad, no es plausible —incluso en el proceso de Incidente de sostenibilidad fiscal— tomar una decisión que suponga una regresión en la materialización de derechos.

Evidente resulta así que la incorporación del incidente genera desafíos frente a la noción de Constitución económica (Alarcón Peña, 2020). Este incidente limita la efectividad en la teleología del Estado Social de Derecho al incorporar la opción de modular, diferir o condicionar los efectos de una decisión judicial cuando, se estime por parte del competente que, los efectos sean perjudiciales para la estabilidad macroeconómica y la sostenibilidad fiscal de la entidad pública condenada.

Al respecto ha indicado Suescún que esta reforma constitucional y su posterior desarrollo legislativo “ha sido inspirada en las obligaciones crecientes de mayor gasto público provenientes de recientes fallos judiciales que han impuesto grandes costos sobre la política fiscal. Ejemplo de ello son las demandas por las pirámides que ascienden 42 billones de pesos o las del UPAC por 32 billones. Al no introducirse el principio de sostenibilidad, estas decisiones supondrían: i) asumir una senda de mayor gasto y endeudamiento, creando mayores restricciones fiscales y generando insostenibilidad de

las finanzas públicas; o ii) reacomodar el gasto, sacrificando rubros sensibles como la inversión, en particular, la inversión en infraestructura” (2011, pág. 10).

Y aunque parece razonable la introducción de la medida, el incidente propicia una cuestión esencial frente al principio de separación de poderes -art. 113 C.P.- Cuando se permite al Gobierno Nacional -en cabeza de los ministros- y al Ministerio Público - Procurador General de la Nación- iniciar el trámite se plantea una indebida injerencia en las competencias, autonomía e independencia de los tribunales de cierre de la jurisdicción constitucional y administrativa. Frente a este argumento, podría indicarse que en idéntico sentido la norma en cuestión consigna el principio de colaboración y cooperación armónica entre ramas y órganos del poder público, al tener en cuenta la identidad de los fines del Estado (C-288 de 2012).

Al respecto, considerando el contenido del artículo 1 de la ley 1695 de 2013, aunque el trámite del incidente es obligatorio, no lo es modular, modificar o diferir los efectos de la sentencia o del auto que afecta la sostenibilidad fiscal del ente condenado. De la misma manera, tampoco resulta obligatorio el Plan concreto de cumplimiento que presenta quien solicita la apertura del mismo. Se trata de elementos de juicio que servirán como insumos para que la Corporación judicial adopte la decisión correspondiente, para que en ese proceso de diálogo entre órganos del poder pueda proferirse una decisión que, en todo caso no podrá afectar los derechos, limitar su alcance o negar su protección efectiva. Una respuesta en sentido diverso permitiría colegir, sin consideración alguna que, el principio de independencia de la Rama judicial estaría condicionado a la observancia irrestricta de los intereses del Ejecutivo y que, en consecuencia, la división del poder público habría sido ignorada.

El incidente tiene una pretensión adicional, con el activismo de los jueces -especialmente con las decisiones de la Corte Constitucional- muchas de sus decisiones han sido ampliamente celebradas y criticadas. La protección de libertades y derechos individuales y colectivos, la superación de lagunas axiológicas, la protección de grupos poblaciones discriminados históricamente y la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales han sido logros obtenidos, en muchas ocasiones, a través de decisiones de la jurisdicción. Sin embargo, otros sectores critican el alto contenido económicos de las

decisiones que no es tenido en cuenta por los jueces (Castaño Peña, 2013). Señalan una ausencia de legitimidad en la decisión (Roa Roa, 2015) y la usurpación del poder de ordenación del gasto que corresponde al Ejecutivo. El incidente, como se indicó previamente pretende retornar al Ejecutivo el monopolio de la iniciativa del gasto y un mayor control sobre esta facultad.

Los retos que, para la Constitución Económica y el sistema de Economía Social de Mercado, supone la adopción del incidente, debe ser analizado en consideración con dos de sus principios constitutivos, la estabilidad de la moneda y la constancia y confianza de la política económica. Los costos que genera la satisfacción de los derechos no puede ser óbice para restringir el disfrute de los mismos. Sin embargo, a la necesidad de esta materialización se liga la obligación del Estado para mantener la capacidad adquisitiva de la moneda. Cuando se incrementa de forma sustancial el gasto público, otros componentes macroeconómicos se afectan: déficit fiscal y eventual incremento en la inflación.

Esta circunstancia afecta la estabilidad macroeconómica y genera que la función del Estado como director general de la economía se potencie. Se requieren entonces medidas de intervención que, en todo caso, no pueden ser contrarias al mercado y deben respetar el principio de progresividad de los derechos y la imposibilidad de afectar su núcleo esencial.

Para garantizar el propósito de estabilidad macroeconómica es imperativo reducir las fluctuaciones en el ciclo económico a través de la asunción de compromisos por los órganos del poder -especialmente los responsables de la política económica y fiscal- para gestionar la economía nacional y alcanzar los fines y objetivos del Estado, con prevalencia de los de bien común y justicia social (Guinard-Hernández D. , 2017). Cuando este propósito no se satisface, la respuesta se visibiliza en aumento en la tasa de desocupación, inflación y menoscabo a sectores esenciales de la economía con nocivas consecuencias para los ciudadanos.

Es por lo anterior que, al hacer un análisis de la reforma al artículo 334 constitucional, es posible señalar:

a) En el manejo de las finanzas públicas es preciso garantizar la cobertura de los gastos públicos que resulten necesarios. Sin embargo, el gasto público social (destinado a la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas de salud<sup>5</sup>, educación, saneamiento básico ambiental y agua potable), tiene prelación por lo que resulta indispensable procurar rentas suficientes para que los requerimientos colectivos y públicos sean satisfechos con criterios de programación, planeación y planificación (Salazar, 2021).

b) El criterio de sostenibilidad fiscal no puede ser presentado como argumento para condicionar, limitar o restringir el disfrute de derechos.

c) En cumplimiento del principio de progresividad y no regresividad de los derechos (artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) es obligación del Estado adoptar medidas que incrementen la realización efectiva de los mismos para que los ciudadanos puedan desarrollar su proyecto de vida en condiciones de dignidad.

d) Cuando se profiera una decisión (sentencia o auto) que pueda generar riesgo serio para la sostenibilidad fiscal de la entidad condenada -art. 334 C.P.-, será posible solicitar la apertura del incidente de impacto fiscal cuyo trámite, por parte de la Sala Plena de la máxima corporación judicial, es obligatorio (cumpliendo la carga procesal de sustentar el incidente en el término que señala el artículo 5 de la Ley 1695 de 2013).

e) La obligatoriedad en el trámite no supone una obligación para el juez competente de modular, condicionar o diferir los efectos de la decisión. Se trata de propiciar un espacio de diálogo y discusión en el que el tribunal de cierre jurisdiccional, con la participación de los sujetos procesales, escuche los argumentos que presente el Ministro o Procurador (C-228 de 2010). No será posible, en ningún caso, modificar el sentido de la decisión afectando así el principio procesal de cosa juzgada.

f) La posibilidad que contempla el incidente no supone una restricción en la autonomía de los jueces (C-584 de 2014). En consonancia con los principios de colaboración

---

<sup>5</sup> Al respecto, en materia de protección al derecho a la salud y la protección de los usuarios del sistema, consultar López Oliva 2010, 2013 y 2022.

armónica (segunda evolución del principio de separación del poder (Rodríguez, 2009) y coordinación institucional, el incidente genera un espacio de deliberación para que los efectos de las sentencias se hagan compatibles con el criterio de sostenibilidad fiscal (C-870 de 2014)

g) El criterio aludido constituye uno de las posibilidades de acción que tiene el Estado como director general de la economía en consonancia con el mandato de los artículos 350 y 366 de la C.P

h) La sostenibilidad fiscal no constituye un fin o mandato de realización en sí mismo. Se trata de un instrumento que contribuye a la realización de los fines del Estado social de Derecho.

k) La necesidad de observar la sostenibilidad fiscal como un criterio no exige de los jueces la obligación de considerar o analizar con detalle las implicaciones fiscales de su decisión. Una obligación en ese sentido impondría cargas adicionales a la labor judicial.

l) Los jueces de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Consejo Superior de la Judicatura (reemplazado por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial), tienen un papel fundamental para, a través de sus decisiones, adoptar las medidas necesarias para garantizar derechos que, no pudieron ser alcanzados por otras vías. El activismo de los jueces supone la adopción de decisiones independientemente del impacto económico que puedan generar (Pacheco Quintero, Jaimes Sanguino, & Duarte Bernal, 2017).

m) Si bien es cierto, de conformidad con el artículo 16 de la ley 1695 de 2013, el juez deberá considerar la capacidad fiscal del departamento o municipio previo a proferir la decisión, ello no puede ser entendido como una posibilidad de menoscabo, restricción del alcance o negación de protección efectiva de derechos fundamentales (C-322 de 2021). Para ello el juez solicitará al representante legal de la entidad territorial -sujeto procesal-, que se pronuncie sobre las posibles consecuencias que una eventual condena produciría en las finanzas públicas.

Estas conclusiones deben reforzarse considerando que en relación con derechos, frente a conquistas alcanzadas, no es factible adoptar decisiones -legislativas, políticas públicas o judiciales- que supongan retrocesos -medidas regresivas-. Sin embargo, frente a lo alcanzado si es posible señalar que frente a posteriores reconocimientos o desarrollos que tengan como pretensión ampliar la garantía o el alcance del derecho si existirá un condicionamiento que esta dado por el criterio de sostenibilidad fiscal

Finalmente, el Acto legislativo 3 de 2011 y su desarrollo legislativo -Ley 1695 de 2013- exige, para su comprensión adecuada, la articulación de tres consideraciones. En primer lugar, el acto reformativo prescribe expresamente que este criterio y el incidente no podrán ser usados para realizar afectaciones del núcleo esencial de derechos fundamentales. En segundo lugar, la copiosa jurisprudencia constitucional señala que no es posible adoptar medidas regresivas, excepción hecha de aquellas que, con origen legal superen un test de proporcionalidad. Finalmente, cuando las corporaciones judiciales adopten decisiones que tengan impacto fiscal deben considerar el criterio de sostenibilidad fiscal sin que ello suponga una limitación a su poder decisorio y activismo judicial.

## **Conclusiones**

1. El criterio de sostenibilidad fiscal, en el caso colombiano, no registra una naturaleza jurídica como principio —noción que genera consecuencias normativas imperativas— sino de criterio —instrumento orientador con valor normativo obligatorio reducido—.
2. La adopción de este criterio obedece, principalmente, a la necesidad de restituir al Ejecutivo el monopolio de la iniciativa y ordenación del gasto que se ha visto reducida por el activismo judicial visible en la jurisprudencia de los altos Tribunales.
3. Este criterio puede ser interpretado como una herramienta para que el Estado conserve una disciplina económica orientada a reducir abultados déficits fiscales. De esta manera se minimiza el riesgo para la estabilidad de las finanzas y el gasto público imponiendo al Gobierno central y a las autoridades territoriales a seguir la regla fiscal.

4. Como consecuencia de la introducción de este criterio, se implementó el incidente de impacto fiscal que no podrá menoscabar la prioridad y prevalencia constitucional que tiene el gasto público social y mucho menos el menoscabo en el principio de progresividad de los derechos.

## REFERENCIAS

Alarcón Peña, A. (2018). Economía Social de Mercado como sistema constitucional económico colombiano. Un análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Estudios constitucionales*, 16(2), 141-182. doi:10.4067/S0718-52002018000200141

Alarcón Peña, A. (2020). *Constitución económica y sistema económico*. Bogotá: Grupo editorial Ibañez.

Arango Rivadeneira, R. (2011). Sustitución del estado social de derecho por un Estado fiscal. *Revista Zero Universidad Externado de Colombia*, 27(13), 70-72.

Arango Rivadeneira, R. (Enero-Junio de 2012). Derechos y fines políticos. *Revista Jurídicas*, 9(1), 13-31.

Bassols Coma, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.

Bernal Pulido, C. (2008). *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

C-1052 de 2012 (Corte Constitucional).

C-288 de 2012 (Corte Constitucional).

C-870 de 2014 (Corte Constitucional)

C-584 de 2014 (Corte Constitucional)

C-322 de 2021 (Corte Constitucional)

C-063 de 2021 (Corte Constitucional)

Castaño Peña, J. A. (2013). Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Derecho del Estado*(31), 119-160. Obtenido de [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0122-98932013000200004&lng=en&tlng=es](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932013000200004&lng=en&tlng=es)

Cortés Zambrano, S. (2009). El Estado, la Constitución y la Economía de Mercado *Revista Virtual Via in viniendi et iudicandi*, 1-44.

Fundación observatorio fiscal. (2022). Propuestas constitucionales. Chile. Obtenido de [https://observatoriofiscal.cl/Informes/2022.02.03\\_Propuestas\\_Constitucionales\\_desde\\_eI\\_OGF/](https://observatoriofiscal.cl/Informes/2022.02.03_Propuestas_Constitucionales_desde_eI_OGF/)

Gaviria Cardona, A. (2018). Sentido y alcance del incidente de impacto fiscal en Colombia. *Revista de Derecho privado*, 391-407.

Gómez Fajardo, J. C. (2015). El criterio de sostenibilidad fiscal: un cuestionamiento sobre los efectos del Acto legislativo 003 de 2011. *Revista Derecho Público*, 2-31. doi:DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.12>

Guerrero Vinuesa, A. P. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios del Estado Social de Derecho. *Criterio jurídico*, 79-126.

Guinard-Hernández, D. (2017). La 'regulación económica' como instrumento de intervención estatal en la economía. *Revista digital de Derecho Administrativo*, 177-224. doi:<https://doi.org/10.18601/21452946.n18.09>

López Oliva, J. O. (2010). La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. *Novum jus*, 167-180.

López Oliva, José O. (2010). La última reforma del Sistema general de seguridad social en salud en Colombia: Lejano de la eficiencia y camino a la privatización total. *Prolegómenos. Derechos y Valores*, XIII(25),219-233. ISSN: 0121-182X. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87617271013>

López Oliva, J. (2013). Reparación integral de víctimas de procedimientos de cirugía plástica con fines estéticos a través del seguro de responsabilidad civil. *Revista Repertorio De Medicina Y Cirugía*, 22(2), 132–147. <https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.v22.n2.2013.862>

López Oliva, J. ., Vargas Chaves, I. ., & Alarcón Peña, A. . (2022). La historia clínica: un medio de prueba estelar en los procesos de responsabilidad médica. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 137–154. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3813>

Müller-Armack, A. (1963 (1948)). Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social. En W. Eucken, A. Muller-Armack, H. von Stackleberg, W. Ropke, F. Machlup, & L. Friedrich, *La economía de mercado* (J. Cerezo, Trad., Vol. I, págs. 81-147). Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones.

Nogueira Alcalá, H. (2009). Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios constitucionales*, 143-205.

Peña, A. A. (2011). Los juristas frente a los mercados: herramientas del análisis económico del derecho. *Revista Iusta*, 2(35), 125-136.

Pacheco Quintero, N. J., Jaimes Sanguino, M. A., & Duarte Bernal, A. S. (2017). La sostenibilidad fiscal y la regresividad de los derechos sociales: un primer momento de análisis. *Revista Temas sociojurídicos*, 59-77.

Ramírez Plazas, J. (2012). Sostenibilidad Fiscal en Colombia. *Revista Piélagus Unievrsidad Surcolombiana*, 11(11), 149-165.

Rivadeneira Frisch, J. (2009). *Economía social de mercado*. Quito: Fundación Konrad Adenauer.

Roa Roa, J. E. (2015). *El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Obtenido de

<https://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/4/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-26.pdf>

Rodriguez, L. (2009). El poder ejecutivo en Colombia. *AIDA Opera prima de derecho administrativo*, 577-604. doi:<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/opera-prima-derecho-admin/issue/view/105>

Sala Sánchez, P. (2014). La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica. *Revista española de control externo*, 16(46), 11-121.

Salazar, J. H. (2021). Estado social de Derecho - Presupuesto público con sentido de humanidad eco sustentable , 17(2), e-7817. <https://doi.org/10.18041/1794-7200/clj.2020.v17n2.7817>. *Criterio Libre Jurídico*, 17(2), 4-11. doi:<http://dx.doi.org/10.18041/crilibjur.2020.v17n2.7817>

Sierra Fagua, W. (2020). (2020). El Incidente de Impacto Fiscal en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. *Misión Jurídica*, 1-47. doi:<https://doi.org/10.25058/1794600X.1795>

Suescún, R. (Mayo de 2011). La sostenibilidad fiscal como pilar de la estabilidad macroeconómica. (F. -K. Stiftung, Ed.) *Debates de coyuntura económica y social*(86), 9-14.

Torres Ávila, J. (2020). Los fundamentos del sistema de derechos y libertades en la Constitución de 1991. *Prolegómenos*, 22(44), 49-66. doi:<https://doi.org/10.18359/prole.3623>

Villalba, J. C. (2009). La noción de consumidor en el derecho comparado y en el derecho colombiano. *Universitas* 58(119), 305-340. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14498>.

Villalba Cuéllar, J. C. (2013). La responsabilidad del productor por garantía de bienes y servicios en el derecho colombiano. *Prolegómenos. Derechos y valores*, (16), 45-67.

ST-533 de 1992 (Corte Constitucional)

ST-048 de 2019 (Corte Constitucional)

Pre-Print