GASTO PÚBLICO SOCIAL EN EL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS

Presentado por:

CARLOS ABRAHAM JIMÉNEZ LÓPEZ

Candidato a Magister en Derecho Público

Director del trabajo:

Mauricio Antonio Torres Guarnizo

UNIVERSIDAD SANTO TOMAS

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTÁ

2015

Contenido

GASTO PÚBLICO SOCIAL EN EL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS.....	1
0. INTRODUCCIÓN	5
1. CAPÍTULO PRIMERO	10
1.0. Introducción.....	10
1.1. El Estado de Bienestar.....	10
1.2. Definición Del Estado Social De Derecho.....	15
1.3. Derechos en el Estado Social de Derecho.....	20
1.3.1. Los Principios Constitucionales en el Estado Social de Derecho.....	20
1.3.2. Los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho	21
1.3.3. La fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho	22
1.3.4. Derechos Sociales en el Estado Social de Derecho	24
1.3.5. Algunas manifestaciones concretas del Estado Social de Derecho.....	27
1.4. Definición del Gasto Público Social.....	28
1.4.1. Gasto Público Social Según la Ley Orgánica de Presupuesto	30
1.4.2. La importancia redistributiva del Gasto Público Social	30
1.4.3. Gastos de inversión social/gastos de funcionamiento.....	35
2. CAPÍTULO SEGUNDO	37
2.0. Introducción.....	37
2.1. Crisis Y Crítica Del Estado De Bienestar	37
2.1.1. Fallos del Estado	37
2.1.2. El desempleo	40
2.1.3. Crecimiento desbordado del Estado	41

2.1.4.	Mayor gasto	42
2.1.5.	Crisis filosófica	45
2.1.6.	Desinterés de la gente por trabajar.....	48
2.2.	Sostenibilidad Fiscal	49
2.2.1.	Base conceptual de la reforma del incidente fiscal.....	50
2.2.2.	En que consiste el incidente fiscal	51
2.2.3.	El incidente fiscal no es violador de los Derechos Fundamentales.....	53
2.3.	Futuro Del Estado De Bienestar	55
3.	CAPÍTULO TERCERO	59
3.0.	Introducción	59
3.1.	Modificación del Sistema General de Regalías	59
3.2.	Pronunciamientos de la Corte Constitucional al Sistema General de Regalías	62
3.3.	Ausencia del Presupuesto Social en el nuevo Sistema General de Regalías	64
3.4.	El Estado De Bienestar y El Sistema De Regalías	66
3.5.	Gasto Público Social en el Sistema General de Regalías.....	70
	EL nuevo Sistema General de Regalías, LEY 1530 DE 2012.....	70
3.6.	Los Recursos de Regalías Son Limitados	78
4.	CAPÍTULO CUARTO	81
4.1.	El Análisis Económico Del Derecho	81
4.1.1	Las bases del análisis económico del derecho	83
4.1.2.	Las principales contribuciones del análisis económico del derecho.....	84
4.1.3.	Algunas críticas dirigidas al análisis económico del Derecho.....	85
4.2.	Análisis Económico del Derecho del Sistema General de Regalías.....	87

4.2.1. Desconcentración de los recursos y retribución de los recursos a todos los territorios.	87
4.2.2. Definición de lo rubros que se deben financiar	89
4.2.3. Complementariedad del Presupuesto General de la Nación y el Presupuesto General del Sistema General de Regalías	91
4.2.4. Análisis Económico Del Derecho A Los Subsidios De Servicio Público Financiados Con Recursos De Regalías	93
CONCLUSIONES.....	96
BIBLIOGRAFÍA	98

INTRODUCCIÓN

El nuevo Sistema General de Regalías configura una modificación a la distribución de dineros por la explotación de los recursos mineros energéticos entre las entidades territoriales. Antes del Acto Legislativo 05 de 2010, estos recursos se distribuían entre las regiones productoras de los recursos minero-energéticos, como compensación al daño ambiental causado. Muchos pensarían, que estas regiones por el volumen de dineros recibidos, tendrían mayor desarrollo y una mejor calidad de vida para sus habitantes en comparación con el promedio nacional. Algo que no fue así, los recursos recibidos por regalías no impactaron de forma adecuada en el mejoramiento de la calidad de vida, la mayoría, por casos de corrupción en las entidades territoriales encargadas de ejecutar estos dineros. Ante el importante crecimiento de recursos por la explotación de hidrocarburos, y por tanto, de los ingresos fiscales derivados de la renta petrolera y minera a partir del año 2000, se hizo manifiesta la excesiva concentración de estos dineros en unas pocas entidades territoriales, acompañado, de los malos manejos.

Con este panorama, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional rediseñaron el marco constitucional que regía la distribución de las regalías en Colombia, artículos 360 y 361 de la Constitución Política, remplazando el esquema de las regalías y compensaciones por el Sistema General de Regalías, Acto Legislativo 05 de 2010 y Ley Estatutaria 1530 de 2012, que lo reglamenta. Entre los objetivos a la modificación del régimen anterior de regalías y compensaciones se encuentra el de utilizar estos recursos para impulsar el crecimiento regional, la equidad entre regiones, disminuir los índices de pobreza y aumentar la competitividad del país. Esta distribución se hizo garantizando los dineros para el fondo pensional del país, los fondos de ciencia tecnología e innovación, de desarrollo regional y de compensación regional.

Un gran debate público se ha originado en torno a la modificación de la distribución de regalías en Colombia. Los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional y de los teóricos de la hacienda pública, han estado centrados en las facultades que tenían el Congreso de la República y el Gobierno Nacional para modificar esta distribución, ya que con ella se disminuyen los recursos que las entidades territoriales productoras recibían y se redistribuyen a toda la Nación. La Corte Constitucional en sus sentencias C-010 y C-624 de 2013, ha reiterado

estas facultades al Congreso, en virtud de que los recursos de regalías constituyen derechos cedidos de la Nación a las entidades territoriales.

La Ley Orgánica del Sistema General de Regalías, Ley 1530 de 2012, ha venido precisando dentro de sus objetivos la búsqueda del progreso social, en los que se destinan los recursos para la educación y la construcción de obras de desarrollo en las regiones. Inversiones que están dirigidas a impulsar el desarrollo económico, con un mayor impacto económico para la sociedad. Pero no hace alusión directa al Gasto Público Social, ni a los servicios sociales. Anteriormente el uso de estos dineros, según la Ley 141 de 1991, se dirigía a la financiación de la prestación de servicios sociales, haciendo especial énfasis en salud, educación, agua potable, alcantarillado y la reducción de la mortalidad infantil. Por tanto, las gobernaciones debían designar no menos del sesenta por ciento (60%) del total de sus regalías y las alcaldías no menos del setenta y cinco por ciento (75%) para estos propósitos, destinación que sólo podía cambiarse cuando las entidades territoriales beneficiarias cumplieran con las coberturas mínimas en los sectores señalados. En el presupuesto anual se separaban los recursos provenientes de las regalías destinados a los sectores señalados.

Es por eso, que entre muchos de los temas que se podrían abordar, este trabajo se centra en el Gasto Público Social del Sistema General de Regalías, teniendo en cuenta que el artículo 350 de la Constitución Política define en el Presupuesto General de la Nación la obligatoriedad de contar con un Gasto Público Social, el cual no podrá disminuir porcentualmente respecto al mismo rubro del año anterior, pero el mismo, no fue definido de forma precisa para el actual presupuesto del Sistema General de Regalías, el cual es un presupuesto diferente al Presupuesto General de la Nación y al presupuesto del Sistema General de Participaciones.

Nuestra pregunta de investigación es ¿debe el Sistema General de Regalías contar con componente determinado de Gasto Público Social, con la definición específica de las áreas sociales a invertir, como lo precisaba la anterior distribución de regalías, Ley 141 de 1991, las cuales no puede disminuir porcentualmente en el tiempo como lo obliga la Constitución Política en su artículo 350 para el Presupuesto General de la Nación?

Inquietud reforzada por el salvamento de voto por parte del honorable magistrado **Pretelt Chaljub** quien en la Sentencia C-010 de 2013, con sus argumentos, fortalece la motivación de esta investigación, respecto a sí debe el Sistema General de Regalías contar con un componente determinado de Gasto Público Social.

El magistrado **Pretelt Chaljub** consideró que el Acto Legislativo 05 de 2010 lleva consigo una reducción significativa de los ingresos de inversión y gasto social de las entidades territoriales, al redireccionar su destino a los fondos de ahorro pensional territorial (10%) y al de estabilización (30%), sin que tal medida haya sido acompañada de una disminución de las funciones en cabeza de los municipios, distritos y departamentos, o de medidas dirigidas a elevar otras fuentes de recursos. Advirtió, que el pago de la seguridad social constituye un gasto de funcionamiento, específicamente un gasto de personal y de otro, los recursos de “ahorro y estabilización” son precisamente ahorros que se realizarán a partir de los recursos de las regalías destinados a finalidades de orden macroeconómico y no de inversión o gasto social en las entidades territoriales.

La Constitución Política colombiana define al Gasto Público Social como prioritario sobre cualquier otra asignación y no podrá disminuir en el tiempo; este principio no quedó especificado en la Ley Orgánica del Sistema General de Regalías, como lo hemos observado en los argumentos que llevaron a la modificación de este sistema. Además el Gobierno Nacional, en múltiples ocasiones, ha expresado que estos recursos del llamado “boom minero” financiarán de forma prioritaria las grandes obras de infraestructura que requiere las regiones del país para salir del atraso y dar un salto al desarrollo. Sin embargo, estas obras no están definidas en la legislación colombiana como Gasto Público Social. Así las cosas, la inclusión de este principio legal podría modificar sustancialmente la escogencia que actualmente se están haciendo de los proyectos a financiarse con regalías.

Para esta investigación es necesario primero construir una definición del concepto de Gasto Público Social, conexo al principio constitucional que define al Estado colombiano como un *Estado Social de Derecho*, y como este instrumento conduce a la realidad la esencia de una teoría del Estado Social de Derecho, por eso la misma Constitución Nacional ha previsto que el

Gasto Público Social, tenga prioridad sobre cualquier otra asignación y no pueda disminuir porcentualmente en el Presupuesto General de la Nación.

El Gasto Público Social es una refrendación del Estado Social de Derecho, desarrollo constitucional del Estado de Bienestar. Y dado que, las implicaciones de este tipo de Estado es la columna principal de la obligatoriedad del Gasto Público Social, es importante entender la historia del mismo, cómo surge, en qué consiste y las críticas que ha recibido. El Estado de Bienestar tiene su principal sustento en las ideas y las políticas keynesianas de intervención del Estado en la economía con objeto de estabilizarla redistribuyendo la renta, aportando fondos para la cobertura de un determinado nivel de prestaciones sociales. El logro más importante es, la institucionalización de los llamados derechos sociales, es decir, el derecho de todo ciudadano, a recibir del Estado unas prestaciones monetarias (pensiones, subsidios o ayudas), en determinadas circunstancias, y un conjunto de servicios sociales, entre los que se destacan los educativos, sanitarios y, cada vez más, también los medioambientales, culturales y de ocio(Casilda Bejar, 1996, pág. 19).

La mayor dificultad que encuentran los Estados para sostener un Estado de Bienestar es la falta de recursos para mantener las demandas crecientes de los derechos sociales por parte de la ciudadanía. Acompañado de otras dificultades que acarrea este Estado, como las fallas que presenta en la distribución de los recursos, un mayor crecimiento del aparato burocrático del Estado y la falta de confianza que inspira este sistema por el incumplimiento de sus promesas respecto a los derechos sociales.

Con respecto al Gasto Público Social financiado con recursos de regalías, se debe tener una reserva respecto a estos gastos, ya que, en nuestro caso, no se puede pretender que los recursos mineros energéticos que son temporales y limitados por la naturaleza misma, financien gastos que a futuro sean de difícil o imposible desmantelamiento, como son algunos gastos públicos de carácter social.

Existe en la actualidad un notable e inexplicable consenso con respecto al Estado de Bienestar: todas las fuerzas políticas coinciden en que hay que reformarlo y muchas coinciden también en que hay que limitarlo, reducirlo o controlar su crecimiento(Rodriguez Braun, 1996, pág. 59). La plasmación práctica de dicho consenso es algo difícil y peligroso, primero, porque el Estado se

rige por una dinámica que implica que no se puede invertir sin reducir el bienestar del propio Estado, y segundo, porque ninguna sociedad puede funcionar apaciblemente con un Estado sin bienestar. La única forma de reducir el Estado sin reducir su bienestar es la modificación del consenso que todavía hoy existe sobre el papel y las funciones del sector público.

Para esta investigación es importante el punto de vista del Análisis Económico del Derecho, puesto que la legislación debe estar muy atenta no solamente a los fenómenos sociológicos, jurídicos sino que también es importante el punto de vista económico para entender los fenómenos con mayor claridad. Ya que la economía es la ciencia que estudia la gestión de la escasez, la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos (Doménech Pascual, 2013, pág. 3). El Análisis Económico del Derecho pretende relacionar a la economía y al Derecho como un modo de abordar interdisciplinariamente fenómenos sociales determinados. Consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico, de los problemas más importantes en el Derecho (Anglas Castañeda, 2008, pág. 3). En el cual, no se reemplaza el razonamiento jurídico sino se busca complementarlo.

La ejecución de los recursos de regalías se debe hacer con la mayor claridad, dado que nos encontramos en una etapa de desarrollo del propio sistema, es importante esta clase de discusiones para definir el uso de estos recursos, especialmente por las posiciones encontradas entre la obligación constitucional de Gasto Público Social y el Análisis Económico del Derecho, en el que, este último aporta los argumentos para tener reservas frente a la obligatoriedad del Gasto Público Social en el Sistema General de Regalías, por la volatilidad de estos recursos y por lo que en estos momentos vivimos: la reducción de ingresos. Un ejemplo claro es que, con recursos de regalías se debe construir un hospital más no se debe pagar los especialistas de la salud, porque siendo un Gasto Público Social tiene un enfoque de gasto de funcionamiento permanente. Esta claridad permitirá al Estado Colombiano invertir los recursos de regalías de la mejor forma para generar más desarrollo, cumplir con las coberturas de los servicios públicos básicos y ayudar así, a salir del atraso que vive nuestro país.

Para finalizar el trabajo con base al Análisis Económico del Derecho se realizará un estudio del Sistema General de Regalías, centrado en la eficiencia del sistema en su conjunto como en el presupuesto del mismo.

1. CAPÍTULO PRIMERO

1.0.Introducción

Este capítulo está centrado en la definición del Gasto Público Social, para ello es necesario el estudio del Estado de Bienestar, en qué consiste, la evolución del mismo, y cómo esa evolución permitió la materialización del concepto del Estado Social de Derecho que rige nuestra Constitución colombiana. La evolución del Estado de Bienestar en el Estado Social de Derecho elevó a rango constitucional los derechos sociales, económicos y culturales, convirtiéndolos en garantía por medio de la Constitución Política y teniendo en cuenta que el cumplimiento de los mismos se ha garantizado con recursos del denominado Gasto Público Social.

1.1.El Estado de Bienestar

No hay duda de que el fenómeno de mayor trascendencia económica, social y política en el ámbito de las sociedades durante la segunda mitad del Siglo XX lo constituye el Estado de Bienestar “Welfare State”. Surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales. El movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la República de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo impulsor de toda la dinámica social (Sentencia T-406, 1992).

El Estado de Bienestar, tiene su principal sustento en las ideas y las políticas keynesianas de intervención del Estado en la economía con objeto de estabilizarla, regulando el ciclo y redistribuyendo la renta. Estimaban que los fallos del sistema debían ser corregidos con la intervención del Estado en la asignación de recursos, por medio de políticas macroeconómicas de

manejo de la demanda agregada fundamentalmente (Casilda Bejar, 1996, pág. 17), y con base en estas premisas, el Estado debe aportar fondos para la cobertura de un determinado nivel de prestaciones sociales. Esta amplia gama de coberturas se ha ido extendiendo paulatinamente a lo largo de los años, incluyendo nuevas prestaciones y aplicándose a colectivos anteriormente desprotegidos (Gurpide Huarte, 1996, pág. 370).

Se puede entender como Estado de Bienestar aquel en que el Estado asume el fomento del bienestar individual y colectivo y lo planifica, redistribuyendo beneficios procedentes de la gestión económica y distribuyéndolos al logro del bienestar de la sociedad (Dueñas Ruiz, 2008, pág. 92). Pues bien, el Estado de Bienestar es un modelo de Estado, que sin afectar el Estado liberal, le da a este un contenido social, por que apoya los derechos sociales, económicos y culturales. Va, por lo tanto, más allá del Estado liberal, del individualismo y de las razones del Estado (Dueñas Ruiz, 2008, pág. 110).

El Estado de Bienestar no es la respuesta a todos los problemas de una sociedad compleja, pero ha desempeñado, y deberá seguir desempeñando, funciones esenciales para la construcción de una sociedad en la que sus miembros puedan desarrollar una vida digna y sostenible. Es la expresión institucional que ha adoptado la reforma social en los países, permitiendo logros importantes en el bienestar social y en el desarrollo político de unas sociedades (Martínez González Tablas, Álvarez Cantalapiedra, & Vicent Valverde, 2014).

La política social puede concebirse como una mediación entre lo que conviene desde un punto de vista político y lo que es posible según el cálculo económico, siempre bajo el monopolio de la acción pública (Fernández Santiago, 2011, pág. 100). El mayor objetivo del Estado de Bienestar es la distribución de recursos entre generaciones. Se produce un traslado de recursos del sector más activo de la población al más desprotegido (Berzosa, 1996, pág. 260). El Estado de Bienestar, se ocupa de los más desfavorecidos, garantizando su poder adquisitivo, asegurándoles frente a las incertidumbres y cuidándose de que tanto ellos como su descendencia tengan igualdad de oportunidades (García Cotarelo, pág. 20).

El objeto consiste en limitar situaciones de marginalidad y de pobreza que pueden acabar la cohesión social del sistema, colocando en riesgo la generación de valor económico. La reforma

social de rentas mínimas y de prevención de la pobreza, en sus distintas dimensiones, han sido sus fortalezas (Salazar Silva, 2006, pág. 133).

Los principios tradicionales del Estado de Bienestar, son igualdad, solidaridad y garantías universales de bienestar para todos. Los sistemas universales han facilitado las redistribuciones verticales entre los estratos de renta de toda la población, de los que tienen más a los que tienen menos (Pico, 1996, pág. 48). La universalidad significa que los servicios sociales están dirigidos a todos los grupos de renta, y para acceder a ellos no es necesario pasar ningún tipo de control de ingresos (Berzosa, 1996, pág. 256).

Los efectos positivos de algunos patrones de protección social han sido evidentes, ya que han propiciado el aumento progresivo del nivel de vida de un número de ciudadanos, y han posibilitado una redistribución equitativa de la renta (Gurpide Huarte, 1996, pág. 371). El Estado de Bienestar a través de las políticas keynesianas ha hecho posible dos objetivos: el crecimiento económico y la mejora de las condiciones de vida de las capas sociales más necesitadas de la población. Parece indiscutible que en ciertos sectores del Estado de Bienestar han tenido mejoras (Berzosa, 1996, pág. 260). Nadie duda que la mayor educación sea la piedra angular de escape de la exclusión. En este horizonte de renovada capacitación y esfuerzo como puerta de entrada a un sistema productivo moderno (Isuani & Nieto Michel, 2002, pág. 1). El gasto de educación e infraestructura es necesario para sostener el crecimiento de la productividad del sector privado. El Estado de Bienestar en algunos casos actúa como un complemento para garantizar la competitividad del conjunto de la economía (Castells & Bosch, 1998, pág. 44). Los países asiáticos que más han crecido económicamente en los últimos tiempos tenían una base muy importante de personas educadas y con conocimientos, lo cual no ha hecho sino reforzar el crecimiento de dichos países (Del Sol Cobos J. G., 2004).

Es importante observar las estimaciones expresadas por doteóricos del desarrollo en las sociedades, los cuales ha reforzado estas apreciaciones sobre el Estado de Bienestar.

Uno de ellos es AmrtyaSen, quien establece una forma de contemplar la riqueza y el desarrollo: en lugar de verlos por sí mismos únicamente, se los puede contemplar como medios muy poderosos con los que conseguir la felicidad, o lo más cercano a ésta, como podría ser vivir mucho y en condiciones óptimas de bienestar y de libertad. Las oportunidades sociales, o todos

aquellos servicios (públicos) que ofrece una sociedad para la mejora personal de los individuos que la conforman, como la educación. Ya que, por ejemplo, el analfabetismo, además de la falta de conocimientos, implica el no poder participar, de los servicios económicos, o el no poder hacer valer los derechos políticos de la persona (Del Sol Cobos J. G., 2004). La seguridad protectora, para ayudar a los más desfavorecidos por cualquier causa a sobrevivir y prosperar en la sociedad, deberán ser proporcionados por el conjunto de la sociedad, de forma fija (subsidios). Las personas sanas y preparadas –educación y sanidad públicas- tienen más facilidad -capacidades- para ganar rentas mayores y transformar dichas rentas en capacidades individuales a este respecto Sen cita y analiza el ejemplo del Estado indio de Kerala, donde ha dado prioridad al desarrollo humano de sus habitantes para reducir la miseria en que vivían. El autor explica cómo todos los países que han conseguido un cierto desarrollo de sus habitantes han tenido una época de fuerte inversión pública (Del Sol Cobos J. G., 2004).

Precisamente es analizando dos países asiáticos (China e India, parecidos por encontrarse “en vía de desarrollo”, por su gigantesca población y por su reciente aperturismo económico) como Sen ve confirmados sus argumentos: si china ha conseguido unos resultados tan superiores a los de la India en su proceso de liberalización de mercados es porque contaba con una población mucho mejor instruida y en mayor proporción que la India. Análogamente, Sen desmonta su argumento para considerar sólo el crecimiento económico a la hora de diseñar las políticas económicas y sociales, a saber, la correlación entre renta y longevidad, pues hay estudios que indican que esa relación no es directa, sino que median muy fuertemente la dedicación de los aumentos de presupuesto nacional a la erradicación de la pobreza y a los programas sociales como la sanidad o la educación públicas (Del Sol Cobos J. G., 2004).

John Rawls plantea que la idea principal del utilitarismo es que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están dispuestas de tal modo que obtienen el mayor equilibrio neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es justa (Caballero, 2006, pág. 3).

Rawls plantea que el principal problema de la justicia es la elección del sistema social. El sistema social ha de estructurarse de tal manera que la distribución resultante sea justa. Para ello, es necesario establecer una política adecuada e instituciones legales que establezca un proceso

económico y social. Sin esta estructura, el proceso distributivo no será justo por falta de imparcialidad. En este marco, la igualdad de oportunidades no será sólo una igualdad formal. Esto significa que el orden social deberá ofrecer iguales oportunidades de enseñanza y cultura a personas similarmente capacitadas, también reforzará y subrayará la igualdad de oportunidades en las actividades económicas y en la libre elección de ocupación. Por su parte, el gobierno debería garantizar un mínimo social, bien por asignaciones familiares y subsidios o por medios tales como un impuesto negativo sobre la renta (Caballero, 2006, pág. 18).

La construcción del Estado de Bienestar responde a determinados procesos históricos en cada Estado, en los que han intervenido un conjunto complejo de variables, de su estructura de clases, de las formas de representación y movilización política y del proceso de desarrollo económico en general. Aunque pueden observarse aspectos del Estado de Bienestar en los que convergen los distintos Estados, las peculiaridades de sus procesos históricos han dado lugar también a apreciables diferencias entre ellos (Perez Yruela, 1996, pág. 119).

Desde el punto de vista económico, el mantenimiento del Estado de Bienestar va unido a la justificación de la propia intervención del sector público en la economía. De igual modo que los fallos del mercado han servido de argumentos a favor de una mayor presencia pública en la vida económica, los fallos del sector público desgastan las bases que sustentan la legitimidad de la presencia de éste en la vida de los ciudadanos (Fernandez Santiago, 2011). Existen muchas áreas donde los ricos son más beneficiados por los programas de bienestar que los pobres. Pero, la desigualdad sería superior si no se aplicasen estos programas. Por eso, resulta indiscutible, que el sistema de economía de mercado tiene gran capacidad para generar bienes y servicios, pero también pobreza, y sobre todo, desigualdad (Berzosa, 1996, pág. 260).

El Estado como instrumento de justicia social, basado en una economía social de mercado, con iniciativa privada, pero en la que se ejerce una cierta intervención redistributiva de la riqueza y de los recursos, permite corregir los excesos individuales o colectivistas (Sentencia C-1064, 2001).

El Estado de Bienestar ha centrado la convivencia social y ha marcado la pauta del progreso económico de los distintos países en los que domina la economía social de mercado. Esta realidad ha afectado de manera decisiva, al propio Estado, que se ha transformado, con la correspondiente validez constitucional, en un Estado Social de Derecho (Casilda Bejar, 1996, pág. 17).

El Estado intenta corregir los fallos del mercado, como monopolio y la contaminación, a fin de fomentar la eficiencia. Los programas públicos destinados a fomentar la equidad se valen de los impuestos y del gasto para redistribuir la renta en favor de determinados grupos. El Estado recurre a los impuestos, el gasto y la regulación monetaria para fomentar el crecimiento y la estabilidad macroeconómicos, reducir el paro y la inflación y fomentar el crecimiento económico(Samuelson & Nordhaus, 1993, pág. 49).

1.2.Definición Del Estado Social De Derecho

Ya desde los albores del siglo XX apareció en el pensamiento político colombiano la noción de “Estado Bienestar”, según corresponde al poder público garantizar la satisfacción de las demandas sociales respecto de una amplia gama de necesidades básicas colectivas. Así, el antiguo modelo de Estado gendarme concebido por el liberalismo clásico, más reducido en sus deberes y en sus funciones, cedió paso para el advenimiento del Estado Social, verdadero promotor de la dinámica colectiva y responsable del acceso de todos los ciudadanos a las condiciones mínimas de vida que garantizan el respeto de la dignidad humana y de los derechos fundamentales. En este sentido nuestra Carta Fundamental es elocuente cuando expresa: "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado"(Sentencia C-557, 2000).

La Constitución Política define a Colombia en su artículo 1.º como un “Estado social de derecho”. Fue ésta una de las mayores innovaciones introducidas en 1991, pues ella constituye una norma fundamental o estructural del mismo, de aquellas que configuran la esencia misma del Estado colombiano (Villar Borda, 2007, pág. 75).

La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado Social de Derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano (Sentencia T-406, 1992).

El constituyente ha declarado su creencia en un concepto amplio y verdadero de equidad social y ha optado por el histórico cambio de llamar al suyo un Estado Social de Derecho. Este camino ha impuesto, no solo al Estado, sino también a la sociedad, la obligación de abrir paso a

la más preciada de las conquistas morales a las que puede aspirar un pueblo: la consagración expresa de los principios de igualdad real y de solidaridad entre los colombianos.

La búsqueda de la igualdad, la preferencia por los derechos sociales, y la convicción de que el poder público debe promover el cambio de las condiciones económicas y sociales para asegurar el real disfrute de los derechos por parte del mayor número de ciudadanos, ha desembocado en la tesis del Estado Social de Derecho.

De acuerdo con Vidal Perdomo (2009), la diferencia entre el Estado de Derecho y el Estado Social de Derecho radicaría:

“En que el primero atiende solo a la vertiente formal del principio de igualdad (lo importante es que, para el derecho, todos tengan iguales derechos, con independencia de que no estén realmente en situación de disfrutarlos y ejercerlos por igual) y prescinde de las relaciones sociales de poder (incurriendo en el riesgo de que la igualdad formal de todos se convierta en el derecho de los más poderosos de hacer valer sin contemplaciones su superioridad real), mientras que para el segundo lo decisivo ha de ser la igualdad en sentido material por lo que tiene la obligación, atendiendo a las relaciones sociales de poder, de corregir las desigualdades, garantizando que los débiles socialmente cuenten con una libertad y una protección judicial equivalente a las de los socialmente favorecido”(pág. 262)

El propósito principal del Estado Social de Derecho es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado Social de Derecho a una mera instancia dadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades (Sentencia C-566, 1995).

En el nuevo orden constitucional, el fin esencial del Estado colombiano no puede, ni debe ser, otro distinto a luchar por alcanzar la dignidad en las condiciones de vida de todos los colombianos. El Estado Social de Derecho busca lograr la orientación de la política administrativa hacia la satisfacción de las necesidades básicas de la población, con miras a lograr

la efectividad de los derechos, tendencia que no es casual y que no aparece inusualmente en nuestro Derecho Constitucional a partir de la Carta de 1991 (Sentencia C-557, 2000). La Corte Constitucional ha querido recalcar la importancia histórica que tiene la consagración constitucional de esta frase en la vida del país al recordar que “el Estado se configura genéticamente para servir como instrumento a la garantía y realización de los derechos. Esta es la esencia del Estado Social de Derecho”(Sentencia T-406, 1992).

Es importante subrayar que el Estado Social de Derecho como fórmula política no es idéntico, ni su relación necesaria con el modelo económico del “Estado de Bienestar”. El Estado de Bienestar es compatible con el Estado Social de Derecho pero no es su única manifestación institucional. Tal diferencia ya ha sido subrayada por la Corte Constitucional cuando sostuvo:

El llamado Estado de Bienestar, tan criticado por doctrinas contrapuestas como el liberalismo tradicional o la teoría marxista, no es consecuencia necesaria del carácter social de nuestro Estado de derecho. Por el contrario, éste trasciende las contradicciones que el primero evidenció históricamente. En efecto, el Estado de Bienestar, que pretendió promover a extensos sectores marginados de los beneficios sociales a través de una política económica basada en la construcción de obras públicas, en el subsidio a diversas actividades de producción y en la extensión de servicios gratuitos, desembocó en muchos casos en crisis fiscal y evidenció sus contradicciones al transferir más poder a los grupos poderosos de la sociedad contratados por el mismo Estado para acometer sus proyectos y liberados por éste de la prestación de otros servicios. A lo anterior se vino a sumar el crecimiento incontrolado del aparato burocrático administrativo y su ineficiencia para resolver los problemas de una sociedad capitalista compleja(Sentencia C-1064, 2001).

Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado (Sentencia T-406, 1992). Como lo ha señalado la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades, la consagración del carácter Social del Estado de Derecho, impone al Estado el deber de preservar y garantizar el respeto y eficacia de los derechos como fines primordiales de la actividad estatal. De este modo, el Estado Social de Derecho que, no sólo es la fórmula jurídica adoptada por la Carta de 1991, sino que es el modelo ideológico dominante en el

constitucionalismo contemporáneo, que propende por la defensa de la justicia material y la eficacia de los derechos de las personas. Así, constituye una línea de conducta determinante y obligatoria para todas las autoridades públicas (Sentencia C-820, 2006). Este nuevo modelo implica la conformidad de la ley con las reglas y principios constitucionales, y el poder de los tribunales constitucionales de declarar la invalidez de las leyes contrarias a la Constitución (Pardo & Parra, 2006).

Precisamente, con el tránsito del Estado Liberal, cuyo principal fundamento normativo es la ley, al Estado Social de Derecho, en cuya cúspide normativa encontramos a la Constitución, se evidencia la mutación de la naturaleza jurídica de la Carta. En efecto, dicho cambio resulta claro al observar que de una categoría inicial puramente programática a una disposición normativa con eficacia directa y obligatoria, la Constitución es ahora la norma superior cuya aplicación directa e interpretación obligatoria irradia todo el ordenamiento jurídico, pues en el Estado constitucional las normas superiores no requieren de la ley para ser aplicadas sino que se exigen y superponen. En tal virtud, la Constitución es una realidad normativa, esto es, una norma jurídica efectiva que sustenta todo el ordenamiento jurídico e impone valores, principios y reglas fundamentales para la sociedad y los coloca fuera del alcance de las mayorías parlamentarias ocasionales (Sentencia C-820, 2006).

Así las cosas, existe una profunda diferencia entre el Estado de Derecho individualista que tenía como propósito la defensa de las libertades formales y que se desentendía por completo de los derechos económicos sociales, y el Estado Social de Derecho que, por el contrario, incorpora a la Carta Política estos últimos lo cual le impone a las autoridades públicas el deber jurídico de actuar para remover los obstáculos que se encuentren en la organización político económica en cuanto ellos constituyan barreras en contra de la igualdad (Sentencia C-1064, 2001).

El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un

catálogo de principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política (Sentencia T-406, 1992).

Así las cosas, el Estado social de derecho en palabras de García Pelayo (1987), “desde el punto de vista axiológico, se orienta hacia una síntesis de los valores de la personalidad individual, típicos del liberalismo y de los valores sociales en el sentido histórico concreto que el vocablo adquiere desde el segundo tercio del siglo XIX”.

Es así como ya se manifestó que es necesario diferenciar el concepto de Estado Social de Derecho del de Estado de Bienestar, ya que se genera confusión (histórica y teleológica) en torno a uno y otro. Por ejemplo en palabras de (Araujo, 1996), “el Estado Social de derecho o estado de bienestar, equivale al Estado liberal intervencionista” (p.115) .

Mientras que el Estado Social de Derecho es un marco de acción estatal, que en sentido amplio incluye toda una serie de políticas y acciones estatales en pro de la redistribución justa de la riqueza independiente de las condiciones económicas, el Estado de Bienestar, temporalmente acotado al posguerra de la Segunda Guerra Mundial, hace referencia al plano económico de una serie de políticas de intervención del estado bajo la condición (hoy no existente) de pleno empleo, con fundamento en las teorías keynesianas, con una acción destinada esencialmente a políticas en seguridad social y en términos generales a la promoción de los derechos sociales sectoriales y los de los grupos vulnerables (Sotelo, 2010). Es acá donde confluyen el uno y el otro, pero donde no se deben confundir.

Esto implica, para el objeto de nuestra investigación, que la intervención del Estado en términos de política fiscal utilizando el presupuesto como elemento esencial de dicha intervención, y en especial en torno al Gasto Público Social, debe responder a un marco axiológico del Estado Social de Derecho, que implique la materialización de la redistribución justa de la riqueza, sin desconocer la existencia de políticas económicas, en el marco de un Estado de Bienestar que tiendan a generar un mejoramiento en la calidad de vida de todos los ciudadanos .

1.3.Derechos en el Estado Social de Derecho

1.3.1. Los Principios Constitucionales en el Estado Social de Derecho

La Constitución no es un invento artificioso sino un pacto político fundamental concebido a partir de nuestra realidad y adoptado por una Asamblea Constituyente popularmente elegida y pluralista, y acordada para orientar la atención que las autoridades brinden a los problemas concretos de los colombianos. Por su origen y su función, la interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado responda a las realidades nacionales. Por eso, el artículo 2° de la Carta dispone que el Estado tiene como uno de sus fines esenciales “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”(Sentencia C-1064, 2001).

Lo primero que se señala es la diferenciación entre reglas y principios. Las reglas solo pueden ser cumplidas o incumplidas, todo o nada. Los principios, son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización. Una regla expulsa del mundo jurídico a la contraria. Si un principio entra en colisión con otro principio no lo expulsa del mundo jurídico sino que se pondera su aplicación en el caso concreto. Es más los principios pueden cohabitar. Se debe orientar en lo posible, conjugar reglas o principios y, obviamente, si los principios son constitucionales y entran en contradicción con las reglas, se aplican los principios, entre otras razones por la primacía de la norma constitucional (Dueñas Ruiz, 2008, pág. 51).

Los principios constitucionales, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Uno de los principios constitucionales, entre otros, es el Estado Social de Derecho. Su alcance normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente.

Los principios constitucionales son la base axiológico-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. En consecuencia, ninguna norma o institución del sistema puede estar en contradicción con los postulados expuestos en los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio (Sentencia T-406, 1992).

1.3.2. Los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho

La declaración constitucional del Estado Social de Derecho significa una evolución de la teoría de los derechos y las libertades con énfasis en los derechos económicos, sociales, y culturales. Las tres generaciones de derechos constitucionales, son: los individuales y políticos que surgieron de las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII; los económicos y sociales del constitucionalismo social de la primera parte del siglo XX, y los colectivos y del ambiente que encarnan las ultimas preocupaciones políticas y jurídicas de la materia (Vidal Perdomo, 2009, pág. 401).

Los pilares del Estado Social de Derecho se encuentran en el concepto de derecho fundamental. Dos notas esenciales de este concepto lo demuestran. En primer lugar su dimensión objetiva, esto es, su trascendencia del ámbito propio de los derechos individuales hacia todo el aparato organizativo del Estado. Más aún, el aparato no tiene sentido si no se entiende como mecanismo encaminado a la realización de los derechos (Sentencia T-406, 1992).

Para que un derecho tenga la calidad de fundamental debe reunir unos requisitos esenciales. De otro lado para la identificación de un derecho de tal naturaleza existen unos criterios que ponen en evidencia los requisitos señalados y el derecho fundamental mismo. Los requisitos esenciales son:

Primero, una conexión directa con los principios constitucionales ya que estos son la base jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo. El sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio.

Segundo, deben estar dotados de eficacia directa. Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa.

Tercero, entorno a los criterios de distinción, el constituyente señaló en forma expresa su voluntad de consagrar como fundamentales algunos derechos. El carácter de fundamental no coincide con el de aplicación inmediata. Siendo así, necesario distinguir entre derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos fundamentales que no son de aplicación inmediata.

Algunos derechos no aparecen considerados expresamente como fundamentales. Sin embargo, su conexión con otros derechos fundamentales es de tal naturaleza que, sin la debida protección de aquellos, estos prácticamente desaparecerían o harían imposible su eficaz protección. En ocasiones se requiere de una interpretación global entre principios, valores, derechos fundamentales de aplicación inmediata y derechos económicos sociales o culturales para poder apoyar razonablemente una decisión judicial (Sentencia T-406, 1992).

1.3.3. La fuerza vinculante de los Derechos Fundamentales en el Estado Social de Derecho

La protección de los derechos fundamentales es una de las características del Estado Social de Derecho. Los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, están reconocidos en numerosos tratados internacionales, por ejemplo, las Convenciones americana y europea de Derechos Humanos, y los pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Pardo & Parra, 2006).

Igualmente, las Constituciones modernas han enumerados los derechos que consideran fundamentales, sea por referencia en artículos específicos o mediante la remisión de los derechos inalienables de la persona humana o por referencia a lo previsto a los tratados internacionales. El listado de los derechos fundamentales no está cerrado. Se ha superado la visión en que identifica los derechos fundamentales con los derechos de libertad. Hoy se admiten la visión donde también son derechos fundamentales, los derechos sociales, económicos y culturales, incluyéndose dentro de ellos la seguridad social. La tesis de que los derechos fundamentales son únicamente los

denominados “derechos de primera generación” (libertad, igualdad), dejando de una lado los de “segunda generación” (sociales, económicos y culturales) es una visión genética de los derechos que afecta la esencia de los derechos subjetivos fundamentales (Dueñas Ruiz, 2008, pág. 53).

Los derechos fundamentales se encuentran estipulados en la Constitución y, por tanto, cualquier ley que los infrinja es inconstitucional. Además, tiene la máxima fuerza jurídica por que vinculan como derecho directamente vigente a las ramas legislativa, ejecutiva y judicial.

En términos generales en relación con la legislación hay que tener en cuenta esos aspectos: primero, todos los poderes públicos quedan vinculados por los derechos fundamentales. Segundo, solo a través de las leyes estatutarias podrán regular el ejercicio de los derechos fundamentales. Tercero, las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales deben respetar el “contenido esencial” de los derechos estipulados en la Constitución.

Hay que tener en consideración que los derechos fundamentales se han elevado a una categoría constitucional junto con los principios y los valores constitucionales. La esencia de los derechos fundamentales reside en la dignidad de la persona humana. Cuando hay derechos en conflicto debe acudir a la ponderación, la razonabilidad y la proporcionalidad.

Respecto a los derechos fundamentales, se aplica la teoría del Bloque de Constitucionalidad que implica que los derechos constitucionales deben ser interpretados conforme a lo previsto en los tratados de Derechos Humanos y de DIH vigentes internacionalmente para el Estado respectivo, y teniendo en cuenta la jurisprudencia de los Tribunales internacionales de Derechos Humanos.

El problema fundamental de tales derechos se encuentra en la definición de las relaciones entre ellos y no en la enunciación de los que son. Es relativamente fácil ponerse de acuerdo en los derechos que son fundamentales pero es difícil saber, a priori, como se aplican. El problema fundamental de los principios no es el de su enunciación sino el de su aplicación, en caso de conflicto entre dos o tres derechos, ¿cuál debe tener prioridad? (Sentencia C-1064, 2001).

Los derechos fundamentales defiende posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento, no pueden quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria (Dueñas Ruiz, 2008, pág. 52).

Cuando el texto legal es inconstitucional no por lo que dice sino por lo que deja de decir; no podría proteger los derechos fundamentales amenazados o vulnerados con la aplicación concreta de la ley. En consecuencia la Corte Constitucional no sólo “debe intervenir en debates hermenéuticos sobre el alcance de las disposiciones sometidas a control”, sino que, además, debe fijar la interpretación legal que resulta autorizada constitucionalmente (Sentencia C-820, 2006).

1.3.4. Derechos Sociales en el Estado Social de Derecho

Quizá el logro histórico más importante alcanzado por el Estado de Bienestar haya sido la institucionalización de los llamados derechos sociales, es decir, el derecho de todo ciudadano, a recibir del Estado unas prestaciones monetarias (pensiones, subsidios o ayudas), en determinadas circunstancias, y un conjunto de servicios sociales, entre los que destacan los educativos y sanitarios y, cada vez más, también los medioambientales, culturales y de ocio (Casilda Bejar, 1996, pág. 19). Los tipos de prestaciones públicas canalizados por el Estado de Bienestar se dividen en dos grandes grupos: primero, los bienes tutelares y segundo, la garantía de recursos; los primeros contienen los gastos estatales en educación, sanidad y vivienda; los segundos abarcan pensiones, seguro de enfermedad, subsidios familiares y prestaciones de desempleo (Gonzalez & Mendoza, 1996, pág. 166).

El grueso de sus programas sociales se dirige a dar seguridad a los ciudadanos y a fomentar la igualdad de oportunidades (Gonzalez & Mendoza, 1996, pág. 164). Como la responsabilidad estatal en el mantenimiento de un nivel mínimo de vida, entendido como un derecho social, es decir, no como caridad pública para una minoría, sino como un problema de responsabilidad colectiva hacia todos los ciudadanos de una comunidad nacional moderna y democrática (Berzosa, 1996, pág. 256). El individuo pasa a ser ciudadano por medio del reconocimiento de derechos civiles, políticos y sociales que modelan la construcción del contrato social (Isuani & Nieto Michel, 2002, pág. 1). En los países en que ha funcionado con éxito, el Estado de Bienestar ha sido un poderoso instrumento de cohesión nacional, en el sentido de contribuir muy positivamente a que los individuos se sintieran miembros de la misma comunidad política. Al reforzar los lazos de solidaridad entre las personas y evitar las situaciones de marginación y exclusión social (Castells, 2013, pág. 17). El Estado de Bienestar tiene una característica propia de enorme importancia: extiende esta igualdad, más allá del campo de los derechos políticos y

civiles, al de los servicios públicos básicos y la fiscalidad. Al hacerlo, crea, de hecho un espacio de solidaridad entre los individuos. La igualdad de derechos y deberes significa ahora que individuos en iguales circunstancias recibirán los mismos servicios (Castells, 2013, pág. 17).

Mucho se ha discutido sobre el carácter normativo de los mismos. Las opiniones se dividen entre quienes otorgan naturaleza normativa a tales derechos, haciendo de ellos plenos derechos constitucionales y quienes consideran que se trata de enunciados programáticos que sólo adquieren la condición de normas jurídicas cuando el legislador los desarrolle a través de la ley. La mayoría de los derechos en referencia implican una prestación por parte del Estado y por lo tanto una erogación económica que por lo general depende de una decisión política.

La razón de ser de estos derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos. Dicho de otra forma, sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos son una mascarada. Y a la inversa, sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes (Sentencia T-406, 1992).

Nunca habrá suficiente dinero para satisfacer todas las necesidades de una sociedad. Esa es una regla universal. El dilema entonces es a qué gasto se le da prelación. Al respecto, ha habido siempre dos orientaciones. Una, es la de favorecer las condiciones logísticas y de competitividad para quienes tienen recursos en bancos, industrias y otras empresas, así habrá más empleo y se generarán más productos para ser comprados por los consumidores y mantener activa la economía. La otra, es la de garantizar a los pobres un mínimo de vida digna (alimentación, salud, vivienda, educación y trabajo) y promover progreso a través de su desarrollo y su vinculación al ciclo económico (Gallon, 2011).

La Constitución de 1991 convirtió la segunda vía en una obligación: reconoció los elementos de la vida digna como derechos fundamentales y no como simples aspiraciones. (Gallon, 2011). Por tanto se puede considerar que los derechos económicos, sociales y culturales son exigibles a través de diversas vías: judicial, administrativa, política y legislativa. La postulación de casos judiciales referidos a estos derechos adquiere un mayor sentido en el marco de acciones integradas en el campo político y social, tanto nacional como internacional. Los instrumentos internacionales y constitucionales de protección de los derechos económicos, sociales y

culturales son operativos y establecen derechos exigibles directamente por las personas, incluso ante su omisión en la reglamentación legal (Troya Jaramillo, 2014, pág. 30).

Ya antes lo habían hecho varios tratados internacionales de derechos humanos. Pero la Constitución Política de 1991 estableció además un recurso accesible para la gente, la acción de tutela, que permite hacer valer derechos sociales (Gallon, 2011). En tal sentido, los jueces están obligados a aplicar directamente estos instrumentos y a reconocer en los casos concretos sometidos a su jurisdicción los derechos que estos consagran. Es un caso evidente del deber ser. También lo es la Carta Social de las Américas por un nuevo orden social para América Latina y el Caribe, aprobada por la cuadragésima séptima Asamblea General de la OEA el 4 de junio de 2012 en Cochabamba –Bolivia.(Troya Jaramillo, 2014, pág. 30).

Si bien es cierto estos derechos no son considerados como fundamentales, lo es también el hecho que por diversos factores de conexidad representan un importante patrimonio para el ciudadano, dado que protegen y promueven importantes aspectos para el desarrollo integral del individuo, los cuales coadyuvan a generar condiciones propicias al ejercicio de los derechos fundamentales (Aguilera Diaz, 2014, pág. 131). En lo que respecta a la protección constitucional de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional colombiana considera que la protección constitucional inmediata de los derechos sociales – por vía de la acción de tutela – es el medio de defensa judicial idóneo para exigir el respeto de sus derechos fundamentales (Arango, 2005, pág. 232).

De acuerdo con la Corte Constitucional, de validarse estas condiciones, un derecho denominado como económico, social o cultural, adquiere la connotación de derecho fundamental y, por tanto, susceptible de protección mediante acción de tutela. En este contexto, la procedencia de este mecanismo de protección está sujeta a la validación de condiciones de riesgo o vulneración de un derecho fundamental, así como la existencia de un vacío normativo que implique la inmediata protección por parte del operador judicial. El juez deberá pronunciarse sobre el sentido y alcance de la norma en el caso concreto y, si es necesario, solicitar la intervención de las autoridades competentes para que tenga lugar la prestación del Estado que ponga fin a la violación del derecho. En tales eventos el juez debe tomar decisiones que consulten no sólo la gravedad de la violación del derecho fundamental a la luz de los textos

constitucionales, sino también las posibilidades económicas de solución del problema dentro de una lógica de lo razonable, que tenga en cuenta, por un lado, las condiciones de escasez de recursos, y por el otro, los propósitos de igualdad y justicia social que señala la Constitución(Aguilera Diaz, 2014, pág. 34).

Los recursos insuficientes nunca pueden ser una justificación adecuada para que el Estado prive a ninguna persona de sus derechos constitucionales. Se consagra claramente la primacía de los derechos fundamentales sobre las razones presupuestarias (Troya Jaramillo, 2014, pág. 134). El Gasto Público es una cuestión justiciable, en tanto está incluido en el marco constitucional. El uso de recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar que autoriza a los jueces a dar tutela efectiva a los derechos garantizados, constitucionalmente, por la vía de responsabilizar al Estado (Troya Jaramillo, 2014, pág. 197).

1.3.5. Algunas manifestaciones concretas del Estado Social de Derecho

La fórmula política del Estado Social de Derecho exige que los órganos del Estado forjen la realidad institucional según los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos (Preámbulo y artículos 1, 2, 13, 42 a 50, 363 y 366 C.P.). Ello supone, entre otras cosas, la superación del concepto formal de Estado de Derecho, limitado a la provisión de garantías y procedimientos necesarios para asegurar la libertad legal de la persona. (Sentencia C-1064, 2001)

“El artículo 1 de la Constitución Política define al Estado colombiano como un Estado Social de Derecho, de lo cual se desprende el deber de especial protección a los grupos más débiles y vulnerables de la población según su artículo 13, así como la consagración de un importante catálogo de derechos económicos, sociales y culturales, artículos 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 65, 66, 67, 70 y 71. Adicionalmente, la Constitución Política le confiere una incuestionable prioridad al gasto social en su artículo 350 y le adjudica tareas sociales a las autoridades públicas en su artículo 366 entre otras”(Sentencia T-1083, 2000).

Similar al tratamiento que utilizó el legislador en la Ley 60 de 1993 para determinar porcentajes en las áreas sociales, y que fue estudiado en su oportunidad por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"En tal sentido, el Estado debe dirigir su acción a la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable para la reducción de la pobreza elevada del país, a fin de disminuir la desigualdad de oportunidades de las personas que habitan las diferentes regiones del país, como se deduce claramente de los preceptos constitucionales consignados en los artículos 365 y siguientes de la Carta Política de 1991"(Sentencia C-567, 1995).

De esta manera, la definición de los porcentajes fijos de inversión en los sectores sociales prioritarios de que trata la Ley 60 de 1993: educación, salud, agua potable y saneamiento básico y cultura, deporte y recreación, tiene como fundamento básico la necesidad de asegurar el logro de los objetivos sociales consagrados en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo (Sentencia C-567, 1995).

"Ello supone que dentro del criterio de unidad nacional, existen algunas áreas prioritarias en las cuales se deben señalar directrices por el legislador, a iniciativa del Gobierno Nacional, para el efectivo cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado de servir a la comunidad y promover la prosperidad general (artículo 2o. C.P.)"(Sentencia C-567, 1995).

1.4. Definición del Gasto Público Social

Anteriormente los estudiosos de la hacienda pública le daban más importancia a los ingresos presupuestales, en contraposición con el gasto. Esto, llevó a Keynes a manifestar que el gasto público no juega un papel neutral en la actividad económica y los problemas fiscales ya no son consecuencias de los ingresos, en cuanto a la carencia de los mismos, sino a su ineficiencia en la asignación. Consideró que al no ser neutral, debe ser manejado de acuerdo con la coyuntura y el énfasis económico del momento, como un poderoso instrumento de dirección de la política fiscal y por lo tanto productivo desde el punto de vista financiero y de rentabilidad social (Ojeda Peñaranda, 2006, pág. 51).

Los estudios modernos de finanzas públicas coinciden en afirmar que es más eficaz el gasto que el impuesto como instrumento redistributivo, cuando el primero se orienta prioritariamente hacia el gasto social, o sea, hacia la atención de las necesidades básicas de las personas más desprotegidas dentro de la sociedad (Musgrave & Musgrave, 1989).

Las disposiciones constitucionales de Gasto Público Social incorporado en la Carta deben interpretarse, como lo ha hecho el desarrollo legislativo que ha propuesto el gobierno nacional, teniendo muy presente que el fin esencial del Estado es garantizar el bienestar social de los colombianos. Sin lugar a dudas, la composición del Gasto Público Social es un fiel reflejo de las prioridades de una sociedad. Para el constituyente de 1991, la prioridad del Estado es lo social y, en atención a ello, ha querido asegurar que así quede efectivamente plasmado en el presupuesto de las entidades territoriales y de la Nación.

De manera que hoy, más que nunca impera deslindar con precisión qué es exactamente el Gasto Público Social, para que tenga una aplicación concreta de los efectos que el Constituyente ha querido asegurar a la consagración de su prioridad. Se considera que la Constitución ha definido que los fines sociales del Estado son objetivos imperiosos y ha también señalado que el Gasto Público Sociales un medio prioritario para alcanzar dichos fines (Sentencia C-1064, 2001).

La Asamblea Constitucional consideró que: "en Colombia el sector social no ha sido entendido como un pilar fundamental del desarrollo y, en consecuencia ha sido sistemáticamente discriminado desde los puntos de vista político y presupuestal". Para remediar esta situación era necesario que la finalidad social tuviese un cumplimiento permanente, anticipatorio y prioritario (Sentencia T-406, 1992).

De manera que es posible afirmar que, en general, la doctrina económica contemporánea no solo avala el juicio de valor emitido por la Constitución Nacional al asignar prioridad a la inversión social por sobre la inversión en otros sectores, como un mecanismo redistributivo, sino que adicionalmente endosa la valoración implícita de que el Gasto Público Social es el mecanismo idóneo para alcanzar estos fines.

1.4.1. Gasto Público Social Según la Ley Orgánica de Presupuesto

De conformidad con el artículo 350 de la Constitución, "la ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado Gasto Público Social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva". Y agrega: "excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el Gasto Público Social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación" (Sentencia C-541, 1995).

En la Ley Orgánica del Presupuesto, por su parte, define como Gasto Público Social aquel como aquel gasto:

“cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programadas tanto en funcionamiento como en inversión”

Respecto al presupuesto de inversión social no se puede disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto con el gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones (Sentencia C-151, 1995). La misma Constitución determinó que no hay rentas de destinación específica exceptuando las destinadas para inversión social (Sentencia C-375, 2010).

1.4.2. La importancia redistributiva del Gasto Público Social

La Estado obtiene legitimidad por causa de utilidad y por razón de la *redistribución derentas*. Todo está puesto al servicio de esta misión redistributiva, núcleo de la política económica, que “penetra hasta las mismas entrañas de lo administrativo, matizándolo y dándole dirección y sentido”. En definitiva, lo que se intenta “no es conservar la forma del orden económico espontáneo, sino conformar, por el contrario, este mismo orden, según unos cánones de justicia distributiva, (...) a fin de evitar la anarquía distributiva del mercado” (Ruiz Ojeda & Monnet, 2010, pág. 7).

Sobre el Gasto Social Público se ha escrito mucho y son muchos los posibles esquemas aplicables; ahora bien, el mayor debate existente está relacionado con los conceptos eficiencia y redistribución. Los instrumentos más importantes que tienen los países para redistribuir son los

impuestos (progresivos) y posteriormente en la destinación de lo recaudado. Desde un punto de vista eficiente, es decir Pareto superior (cuando no se puede ganar más sin que nadie pierda; no se toma en cuenta como se distribuya), el mejor impuesto sería el de suma fija, es decir, que todas la personas paguen exactamente la misma cantidad. Este impuesto es 100% eficiente, pero 0% redistributivo. Del otro lado, el impuesto progresivo de la renta, es de carácter redistributivo, quien tiene más, paga un mayor porcentaje, pero al alterar las asignaciones iniciales de recursos (efecto sustitución), se convierte en un impuesto más ineficiente que el de suma fija pues no se utilizarán de forma óptima todos los recursos. Así pues, desde el punto vista impositivo, existen dos fuerzas opuestas, aunque en la mayoría de países prevalece la idea que la función redistributiva de los impuestos es más importante que la de eficiencia (Escolá, 2015).

El Gasto Social es un gasto redistributivo. Según Juan Camilo Restrepo (2012) “las razones que explican los propósitos redistributivos del Gasto Publico no son otros que ofrecer, o al menos acercar, la igualdad de oportunidades que los miembros de la sociedad para participar en el crecimiento económico” (pág. 35).

Debido al aumento de la población activa, del incremento del stock de capital y de los avances de los conocimientos tecnológicos, la economía puede producir cada vez más con el paso del tiempo. Este crecimiento permitiría que la mayoría de la población pueda disfrutar de un nivel de vida más alto (Mochón, 2005, pág. 329).

Para ello, es necesario que el Estado recoja impuestos de unos sectores de la comunidad con mayores ingresos y los asigne a otros de menores, mediante su aplicación a la provisión de bienes o servicios. El Estado Social de Derecho no opera en una sola visión: el principio de la solidaridad social es la contrapartida de la exigencia de los derechos sociales (Vidal Perdomo, 2009, pág. 292). El artículo 363 de la Constitución Nacional consigna los principios en los que se funda el sistema tributario, los cuales son: eficiencia, equidad y progresividad (Sentencia C-080, 1996), los cuales corresponden al esquema propio de un Estado Social de Derecho. La función distributiva de determinados bienes y servicios culturales y materiales por parte del Estado, se apoya fundamentalmente en el ejercicio de la potestad tributaria y tiene, por ende, un límite en la capacidad de exacción del sistema fiscal, el cual a su turno depende del nivel y del crecimiento de la economía (Sentencia C-566, 1995).

Se trata, en definitiva, del paso de un “manejo del impuesto en sus tareas extra-fiscales” al “manejo extra-fiscal del impuesto”; no es que debamos tratar correctamente los efectos colaterales redistributivos que la recaudación provoca, sino que hemos de instrumentar conscientemente las figuras impositivas para que tengan unos efectos redistributivos expresamente buscados y queridos. Todo mecanismo redistributivo supone una “destrucción de riqueza, en cuanto comporta de suyo ciertos costes de redistribución”, y esto plantea la necesidad de que el Estado se involucre en estos elementos “pasivos del fenómeno tributario, en primer término para perecuar (*sic*) sus injusticias, esto es buscar un reparto equitativo de las cargas entre quienes las soportan, y en segundo lugar, para utilizar ya francamente estos efectos secundarios del impuesto para conseguir una más justa redistribución de la renta nacional” (Ruiz Ojeda & Monnet, 2010, pág. 8).

No se está planteando que el Estado asuma el papel de *Robin Hood* de quitar a los ricos para dar a los pobres, típico ejemplo de juego de suma cero, sino del factor idiosincrático del keynesanismo, condensado en la noción de *factor multiplicador*. La explicación detenida de este concepto nos llevaría demasiado lejos pero, en esencia, podríamos decir que el multiplicador es el mecanismo, elaborado y aplicado con unos niveles de sofisticación técnica y conceptual extraordinarios, con el que se constata, cuantifica y define el impacto que los instrumentos de redistribución tienen sobre la creación de renta. Se parte pues, de la base de que la redistribución no sólo reparte riqueza, sino que, ante todo, la genera (Ruiz Ojeda & Monnet, 2010, pág. 9).

La experiencia enseña que las desigualdades son consecuencia de un sistema que incentiva a ciertos individuos a que incrementen el nivel general de riqueza. Y que este aumento de la riqueza social debe ser usado para generar una elevación de los ingresos de los más pobres y por lo tanto debe ser tarea de los gobiernos hacer los ajustes para que los de menores recursos se beneficien del aumento de la riqueza (Caballero, 2006, pág. 20).

Igualmente, el propósito redistributivo de las finanzas públicas también se pueden lograr por vía de recaudos cuya estructura sea eminentemente progresiva. No obstante la vía del gasto se acepta comúnmente, como más efectivo que la vía del impuesto redistributivo.

El gasto social tiene su razón de ser en el carácter redistributivo, en esta medida, los gastos en educación, seguridad social y salud y nutrición para los más pobres son sociales por ser

indiscutiblemente redistributivos. Lo mismo puede decirse de los gastos en infraestructura física, como el apoyo a la construcción de vivienda social o a la construcción de acueductos y alcantarillados, en la medida en que benefician primordialmente a los sectores más necesitados (Fedesarrollo, 1990).

En cambio, el gasto en justicia no es social en razón a que es servicio público, que no responde al principio de exclusión y que, por ende, no puede tomarse propiamente, como redistributivo. Esta definición, naturalmente, debe suponer que la redistribución se hace en favor de la superación de las condiciones de pobreza de las personas de menores recursos, toda vez que no tendría sentido alguno llamar social a una redistribución destinada a cualquier otro propósito. El Gasto Social debe ser un elemento esencial a fin del rompimiento del “circulo vicioso de la pobreza, acelerando el crecimiento económico y mejorando en la economía los niveles de PIB y de PNB (Rossetti, 1994, pág. 518).

Es tan amplia esta definición que prácticamente cualquier tipo de gasto presupuestal, hoy en día, podría ser catalogado como Gasto Público Social. En efecto, ¿de qué gasto presupuestal puede afirmarse que no está dirigido a buscar el bienestar general o el mejoramiento de la calidad de vida de la población? (Restrepo, 2005, pág. 14).

Es por esta razón que la Contraloría General de la República, ha expresado:

"La definición del Gasto Público Social establecida en el Estatuto Orgánico del Presupuesto es ambigua porque no solo incluye los sectores clásicos (salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, entre otros), sino todos aquellos gastos que se puedan considerar tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida, lo cual hace muy laxa la clasificación de los componentes del Anexo Gasto Social en el Presupuesto. Por lo anterior, es importante ajustar la definición y la medición del Gasto Público Social y de esta manera cumplir con el precepto constitucional de otorgarle prioridad bajo los principios de eficiencia, eficacia y equidad, a su ejecución" (Restrepo, 2005, pág. 14).

En este mismo estudio la Contraloría ha propuesto una nueva definición del que debería entenderse por Gasto Público Social, concepto que es diferente al que hoy día incorpora el Estatuto Orgánico del Presupuesto (Restrepo, 2005, pág. 15).

"Un gasto gubernamental se puede considerar social si logra la disminución de la pobreza, la redistribución del ingreso y la riqueza y la acumulación de capital social. Desde la naturaleza del bien, la clasificación puede ser posible siempre que admita la rivalidad y la exclusión y permite identificar a los beneficiarios, quienes no se deberán considerar tales si el acceso al bien lo consiguen por su vinculación laboral" (Restrepo, 2005, pág. 15).

Además proponer tres criterios básicos para determinar si se está realmente frente a un gasto social:

"De manera que, aceptando una definición de los elementos esenciales del gasto social, bien puede resumirse que al menos son tres las características que debe reunir un gasto si ha de considerarse como social: su carácter netamente redistributivo, su alto impacto sobre el bienestar general de la sociedad y su destinación a la satisfacción de necesidades básicas". (Restrepo, 2005, pág. 15).

La Constitución define, que, el objetivo del Gasto Social es mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados (art. 13 CP), que por no haber tenido una equitativa participación en los beneficios del desarrollo, presentan necesidades básicas insatisfechas (art. 324, 350, 357 y 366 CP). Así, el artículo 366 de la Carta señala lo siguiente:

"El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable" (Sentencia C-151, 1995).

El artículo 350 de la Carta señala tres criterios para la distribución territorial del Gasto Público Social: "Se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa" (Sentencia C-151, 1995). La Constitución define la consecución de los fines sociales del Estado como un objetivo imperioso. De hecho se trata de una decisión del constituyente que se refleja a lo largo de la Carta (Sentencia C-1064, 2001).

Se requiere revisar la utilidad del último inciso del artículo 350 CP. conforme al cual el porcentaje de inversiones de una vigencia fiscal, en relación con el gasto total, no puede ser inferior al de la vigencia inmediatamente anterior, porque aun considerando la indiscutible

importancia que representa la inversión social para el país, es claro que ese tipo de exigencias resulta excesivo y desatiende el hecho de que en ocasiones las inversiones pueden superar los niveles usuales como consecuencia de hechos excepcionales o circunstancias que no necesariamente se repiten, o al menos no en las mismas proporciones (Plazas Vega, 2010, pág. 642).

1.4.3. Gastos de inversión social/gastos de funcionamiento

El objetivo de la inversión y el Gasto Social en la Constitución no es aumentar la producción de determinados bienes físicos, sino mejorar el bienestar general y satisfacer las necesidades de las personas, en especial de aquellos sectores sociales discriminados, que por no haber tenido una equitativa participación en los beneficios del desarrollo, presentan necesidades básicas insatisfechas. Es obvio que una inversión para una escuela que no podrá tener maestros o para un hospital que estará desprovisto de médicos es inútil e ineficiente, (Principio de programación integral - EOP), puesto que no sirve para satisfacer las necesidades de educación y de salud de la población del municipio respectivo. Por eso, en determinadas circunstancias, constituye una mejor inversión en el bienestar de la población que las autoridades gasten en el funcionamiento de las escuelas y los centros de salud, en vez de efectuar nuevas construcciones en este campo. Por consiguiente, interpretar de manera restrictiva el alcance del concepto de inversión social, en el sentido de que sólo caben inversiones en el sentido económico financiero del término, puede provocar una proliferación de obras físicas que, lejos de permitir una mejor satisfacción de las necesidades básicas de la población, puede hacer que el Gasto Social se torne inútil e irracional (Sentencia C-151, 1995).

La Corte Constitucional considera que esa interpretación no es admisible por cuanto ella comporta conclusiones contrarias a los propios principios y valores constitucionales. En efecto, si el artículo 357 de la Carta hubiera establecido una rígida dicotomía entre los gastos sociales de inversión y los gastos sociales de funcionamiento, entonces tendríamos que concluir que un municipio, por medio de su participación en los ingresos corrientes de la Nación, podría financiar la construcción de una escuela o de un hospital, pero no podría pagar los salarios de los médicos y los profesores respectivos.

La Corte Constitucional estima, que es racional que la noción constitucional de "inversión social" no se opone a los gastos de funcionamiento siempre y cuando estos se efectúen también en el sector social (Sentencia C-151, 1995). En este sentido la Corte aseveró:

“La referencia hecha en la Ley 141 de 1994 (específicamente, en los párrafos 1° y 2° del artículo 1°) a la financiación de proyectos de energización, como una de las posibilidades definidas por el legislador para la inversión de las regalías, cumple con claros preceptos constitucionales que velan por el bienestar general (artículos 1 y 2 C.P.). Debe recordarse que "el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población", son "finalidades sociales del Estado" (Cfr. artículo 366 C.P.) y, por tanto, resulta admisible que las leyes que desarrollan los mandatos de la Constitución contemplen programas y proyectos, que sin estar explícitamente señalados en la Norma Fundamental, son congruentes con los objetivos que se intentan alcanzar con la ayuda del ordenamiento jurídico. Los deberes del Estado frente a la comunidad no se reducen a la satisfacción de las necesidades expresamente contempladas por las normas constitucionales (salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable), pues dichas enunciaciones no agotan -en principio-, el panorama de los frentes que la administración debe atender para servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios, derechos y deberes que se reconocen a todos los colombianos”(Sentencia C-207, 2000).

Finalmente, es importe manifestar, que la Corte Constitucional definió algunos rubros que componen el Gasto Público Social, ellos son: gastos realizados en beneficio de las personas especialmente protegidas por la Constitución, como por ejemplo los niños, las madres cabeza de familia, los desempleados, los discapacitados, los desplazados o los integrantes de otros grupos vulnerables, o gastos destinados a programas sociales constitucionalmente prioritarios, como por ejemplo, los de alimentación y cuidado de indigentes, cubrimiento de pasivos pensionales, educación y capacitación y salud (Sentencia C-1064, 2001).

2. CAPÍTULO SEGUNDO

2.0.Introducción

En este capítulo se hará una introducción de las crisis y críticas que se han presentados en el Estado de Bienestar, dado que este ha fallado en la redistribución de los recursos de los más ricos hacia los más pobres, provocando el crecimiento desborda del Estado, representado en un mayor gasto. El Estado colombiano ha tenido que recurrido a reformas constitucionales para enfrentar la escases de recursos, frente a las demandas crecientes de la comunidad y lograr la estabilidad fiscal del Estado, lo que se ha denominado el incidente fiscal.

2.1.Crisis y Crítica del Estado de Bienestar

El Estado de Bienestar no ha sido perfecto, es por ello importante observar como este ha favorecido el mejoramiento en la calidad de vida de ciertos sectores de la población, pero al igual se debe observar con detenimiento las fallas que genera este modelo y cómo su concepto ha venido a ser revaluado por los últimos acontecimientos que han ocurrido en los países que asumieron como modelo de desarrollo el Estado de Bienestar.

Ahora bien, la aspiración de cubrir las necesidades básicas y, por encima de ellas, las originadas por la inclinación al bienestar, requiere el empleo de recursos que, por lo general, son escasos. Pero la simple observación de lo que ha sucedido a lo largo de la historia, pone de manifiesto que no todos los Estados logran alcanzar este bienestar que apetecen y al que, por su propia condición de personas humanas, tienen derecho sus ciudadanos (Termes, 1997, pág. 1).

2.1.1. Fallos del Estado

Existe en la actualidad un notable e inexplicable consenso con respecto al Estado de Bienestar: todas las fuerzas políticas coinciden en que hay que reformarlo y muchas coinciden también en que hay que limitarlo, reducirlo o controlar su crecimiento. La plasmación práctica de dicho consenso es algo difícil y peligroso, porque el Estado se rige por una dinámica que no se puede invertir sin reducir el bienestar del propio Estado y porque ninguna sociedad puede funcionar apaciblemente con un Estado sin bienestar. La única forma de reducir el Estado sin reducir su

bienestar es la modificación del consenso que todavía hoy existe sobre el papel y las funciones del sector público (Rodríguez Braun, 1996, pág. 59). Consenso que pretende buscar un equilibrio y superar el enfrentamiento permanente entre, distintos intereses y clases sociales (Villar Borda, 2007, pág. 91).

Lo cierto es que la evidencia disponible en las últimas décadas demuestra que también existen fallos del Estado cuando éste asigna recursos, y que el propio Estado ha encontrado muchas dificultades para alcanzar los dos principales objetivos del Estado de Bienestar: la eliminación del ciclo económico y de sus perniciosas consecuencias y la redistribución de la renta. De ahí parten la mayoría de las críticas a su intervención en la economía y, en consecuencia, al Estado de Bienestar, las disputas en curso entre diferentes grupos en, torno a cuestiones redistributivas, las contiendas sobre la desigualdad y la solidaridad, fuerzan a llevar a cabo una constante renegociación del contrato social y, por extensión, del Estado de Bienestar (Casilda Bejar, 1996, pág. 18).

Es inocultable que muchas naciones industrializadas y ricas no están hoy en capacidad de responder por completo a todas las exigencias de convertir en derechos jurídicos las aspiraciones de sus pueblos y que dan marcha atrás en compromisos constitucionales y legales ya estipulados. Lo anterior se puede predicar con mucha mayor razón de los Estados en vía de desarrollo y de las naciones pobres, corriéndose el riesgo de que tales derechos queden como simples buenas intenciones o se reduzcan a retórica sin efectos reales. Pero esto no les quita el carácter jurídico a los derechos sociales, como tampoco pierde su calidad de derecho una norma que proteja la vida humana o la libertad de las personas porque el Estado no la cumpla (Villar Borda, 2007, pág. 90).

El estallido de la crisis ha generado una crítica desde distintas posiciones al Estado de Bienestar, habiéndose producido en muchos casos un deterioro en el conjunto de las políticas sociales (Berzosa, 1996, pág. 253).

Los argumentos empleados contra el Estado de Bienestar tienen bastante consistencia y obligan a buscar una respuesta que no se reduzca a negar tercamente unos hechos. En lo esencial, estos argumentos señalan las disfuncionalidades más evidentes de la faceta asistencial del Estado de Bienestar: la dinámica política de un gasto público imparable en sociedades democráticas; el carácter anti-igualitario y contraproducente de unas políticas originariamente igualitarias; la

función desmovilizadora de la asistencia social. La responsabilidad de la crisis recae directamente sobre la gestión del Estado de Bienestar y que, en el fondo, dicha gestión destruye los mecanismos del mercado, los únicos que han demostrado ser capaces de asignar racionalmente los recursos (García Cotarelo, pág. 29).

Su presunto objetivo de corregir los fallos del mercado se ha revelado ineficaz y, para colmo, él mismo ha generado más fallos que el mercado (Gómez de Pedro, 2001, pág. 369). El primer principio que se violó es el de la reciprocidad, esto implica que se debe considerar si los fallos del mercado no son en realidad tolerables comparados con los fallos del Estado (Rodríguez Braun, 1996, pág. 65).

Eventualmente se va creando el campo fértil para que germine la idea de que muchas de las cosas que hace el Estado por nosotros las podríamos hacer nosotros mejor, más tranquilamente y a un costo menor. Este es el cambio más importante, porque es obvio que la gente se acostumbra al Estado y porque el Estado procura desde sus poderosas tribunas afianzar la creencia opuesta, es decir, la idea de que sin el Estado no habría forma de conseguir los bienes y servicios que suministra. Desconfiamos de consignas como la igualdad y la solidaridad, porque el Estado no parece resolverlas. Da la sensación de que el Estado no resuelve la desigualdad sino que va creando desigualdades diferentes (Rodríguez Braun, 1996, pág. 68). Lo más discutible es si realmente el Estado de Bienestar ha contribuido a una mejora en la redistribución de la renta (Berzosa, 1996, pág. 260). Esto es si el Estado es capaz de generar una “destrucción creativa” o sea, de acabar con ciertas instituciones que generan desigualdad para generar unas que sean inclusivas, sirvan para redistribuir riqueza y conlleven al desarrollo (Acemoglu & Robinson, 2012).

Las técnicas redistributivas no le impiden advertirnos de que todas y cada una de ellas suponen de suyo una destrucción de riqueza, en cuanto comportan ciertos costes de redistribución. Pero la hiperactividad redistributiva no sólo comporta costes bajo la forma de pérdidas de fricción que, ciertamente, la convertibilidad de técnicas permitiría atenuar; también hay razones de orden constitucional (que de legitimidad) o de búsqueda del consenso y, en esta encrucijada de problemas, la economía proporciona interesantes criterios de discernimiento. La misión principal del derecho público es la reducción de los costes asociados a los intercambios de

derechos de propiedad mediante la creación de estructuras organizativas de acción colectiva, económicamente eficientes y generadoras de seguridad en la transacción, con mínimos requerimientos de negociación y máxima eficiencia en la ejecución. Así se tratan los costes de transacción y los problemas del coste social, a través de la correcta definición y delimitación de los derechos de propiedad, no lograda plenamente, aunque sí mejorada, con el sistema jurídico contractual y administrativo. Su pensamiento muestra aquí una clara sintonía con los nervios principales del Análisis Económico del Derecho (Ruiz Ojeda & Monnet, 2010, pág. 20).

2.1.2. El desempleo

Las bases sociales y económicas sobre las que se construyó el Estado de Bienestar han variado, sometiendo al Estado a límites de diferente naturaleza: económicos, financieros, democráticos, demográficos, etc. Al mismo tiempo surgen nuevas necesidades sociales que atender de la mano de los cambios acaecidos: tanto el envejecimiento de la población como las necesidades de atención social de las personas dependientes, la inmigración, las nuevas formas familiares, la precariedad laboral y los riesgos emergentes asociados al deterioro ecológico y climático, generan cambios en los colectivos vulnerables que no encuentran suficiente cobertura en los esquemas del bienestar social (Martínez González Tablas, Álvarez Cantalapiedra, & Vicent Valverde, 2014). La aparición de situaciones de estancamiento con inflación, desacelerando el crecimiento económico, de forma que no sólo ha dejado de aumentar la base económica que sustenta el gasto social, sino que se ve al Estado de Bienestar como una barrera para la recuperación económica (Casilda Bejar, 1996, pág. 21).

Es por ello, que un grupo de economistas y expertos ha planteado que se debe dismantelar el Estado de Bienestar para alcanzar una fase de expansión duradera y estable y ser competitiva en la economía actual que se encuentra cada vez más globalizada (Berzosa, 1996, pág. 255).

El recurso económico básico, el medio de producción, para utilizar el término de los economistas, ya no es el capital ni los recursos naturales (el suelo de los economistas), ni la “mano de obra”. Es y será el saber. Las actividades principales en la creación de riqueza no serán ni la asignación de capital para usos productivos, ni la mano de obra, los dos polos de la teoría económica en los siglos XIX y XX, fuera esta clásica, marxista, keynesiana o neoclásica.

Ahora el valor se crea mediante la productividad y la innovación, ambas aplicaciones del saber al trabajo (Casilda Bejar, 1996, pág. 25). Nos encontramos, por tanto, ante un fenómeno desconocido, el del crecimiento sin empleo que lleva aparejadas la reducción de la Jornada laboral, la flexibilidad y la precariedad en el trabajo. Estas consecuencias de la economía postindustrial reducen las oportunidades de vida en términos de bienestar con lo cual el Estado tiene que acudir cada vez más a complementar las necesidades del ciudadano en la fase activa del ciclo vital: no en la vejez ni en la infancia sino en el período adulto (Pico, 1996, pág. 54).

2.1.3. Crecimiento desbordado del Estado

El Estado de Bienestar, no ha logrado el objetivo de la tan deseada igualdad social, como grado último de la ciudadanía. Es generalizada la crítica a su tamaño, excesivo para lo que debería asumir según lo que le corresponde en justicia. Este exceso o sobrecarga responde a una inflada responsabilidad social, por la que el Estado se hace cargo de todos los problemas que surgen en la sociedad. Llama la atención el crecimiento desmesurado del aparato burocrático que ha ido adquiriendo un volumen creciente al ritmo de la política. Los inconvenientes acarreados por este fenómeno son patentes: ineficacia, lentitud, descontento. De tal manera ha crecido la burocracia que en muchos ámbitos se la identifica con el gobierno (Gomez de Pedro, 2001, pág. 381). En la teoría devaluada de Keynes y del grueso de economistas del siglo XX, no tuvieron ni siquiera la preocupación ante la ampliación del tamaño del Estado: más aún, la recomendaron como la mejor forma de resolver los problemas económicos (Salazar Silva, 2006, pág. 136).

El Estado creció en un régimen de libertades porque la gente así lo pidió. Hay una demanda social de más Estado, que explica el mayor gasto público. Las sociedades cargaron al Estado con deberes, la contrapartida de los derechos sociales, de garantizar universalmente salud, educación, pensiones, vivienda, empleo, etc. El Estado que tenemos es el que hemos querido (Rodriguez Braun, 1996, pág. 63). Este crecimiento no fue fruto de una reflexión política, cosa que sí pasó en el Estado constitucional, sino que se llevó a cabo por una serie de procesos evolutivos encaminados a conseguir unas metas políticas no reflexionadas que darían lugar a la aparición de los Estados del Bienestar (Gomez de Pedro, 2001, pág. 356). Las crisis económicas y la acumulación de obligaciones sociales por parte del Estado han conducido en varios países a la llamada crisis del Estado social, o la denominada crisis de gobernabilidad. Frente a esa situación

se proponen soluciones extremas, como la de desmontar por completo el Estado Social y todo el sistema de políticas de bienestar social, como abogan los adalides del neoliberalismo.

Naturalmente que ello llevaría a la deslegitimación del Estado al perder el apoyo de grandes masas de la población. Se hace referencia al Estado democrático, que es un elemento inseparable del Estado de Derecho (Villar Borda, 2007, pág. 89). Las propuestas neoliberales ni son inevitables ni son deseables, pues conllevan la degradación de las condiciones de vida de amplios sectores de la población, tienden a excluir a los más desfavorecidos y no mejoran los resultados agregados de la sociedad en términos de renta y de bienestar (Martínez González Tablas, Álvarez Cantalapiedra, & Vicent Valverde, 2014).

Repasemos ahora el consenso actual sobre el Estado colombiano. Es muy llamativo. No hay más que ver la Constitución de 1991, que revela el rezago de nuestros juristas, que no incorporaron ninguna de las inquietudes que en esos mismos años ocupaban a abogados y economistas del mundo desarrollado. En cambio, cargaron al Estado colombiano con tantos deberes sociales que el gasto público casi podría seguir subiendo legítimamente sin parar. Esos mismos políticos que pidieron y aplaudieron el aumento del Estado, ahora coinciden en que hay que frenarlo y reducirlo. Pero quieren reducirlo dejándolo tal cual, es decir, sin cambiar sus objetivos y funcionamiento (Rodríguez Braun, 1996, pág. 69).

2.1.4. Mayor gasto

Algunos países sufrieron ciertos desajustes económicos que trataron de solventar mediante medidas fiscales expansivas y un crecimiento controlado del déficit público. Las propuestas keynesianas de la demanda agregada empezaban, a su vez, a fallar en su promesa de eficacia y mayor enriquecimiento (Gómez de Pedro, 2001, pág. 340). El norteamericano James O'Connor hizo suya esta visión, mientras que el ámbito de la acción estatal y, por tanto, del gasto, ha aumentado de forma considerable, el Estado depende del sector privado, que es el que se beneficia de la política de acumulación de capital, para conseguir sus ingresos mediante los impuestos. El resultado es una tendencia del gasto público a aumentar más rápidamente que los ingresos. No es que haya una ley inflexible por la que el gasto tenga que crecer siempre con mayor rapidez que los ingresos, pero es un hecho que las necesidades crecientes a las que sólo el

Estado puede hacer frente producen mayores demandas sobre el presupuesto público (Gomez de Pedro, 2001, pág. 353).

No cabe duda que esta brecha fiscal, o déficit presupuestario, se ha convertido en un problema mucho más relevante (Berzosa, 1996, pág. 262). Los límites del Estado de Bienestar vendrían condicionados por los límites fiscales de la propia dimensión del gasto público y habrían dado lugar a lo que se ha denominado “crisis fiscal del Estado”(Fernandez Santiago, 2011, pág. 100).

Este sobredimensionamiento repentino del presupuesto público del Estado de Bienestar amenaza con estrangular el crecimiento económico de los países que es, precisamente, la principal garantía del mantenimiento de cualquier sistema de protección pública a largo plazo (Gurpide Huarte, 1996, pág. 371). Se pudo comprobar que el planteamiento sobre el que estaba basado el Estado de Bienestar era fiscalmente inviable (Garcia Cotarelo, pág. 26). En esto consiste la crisis fiscal, en la brecha cada vez mayor entre las tareas de las que es responsable el Estado y su financiación. El Estado no tiene control directo sobre los recursos productivos y para satisfacer las demandas sociales sólo tiene dos soluciones: o aumenta los impuestos o pasa por alto el déficit presupuestario que sufre (Gomez de Pedro, 2001, pág. 354).

Los modernos Estados de Bienestar han asociado injustamente la satisfacción de necesidades colectivas con el gasto, incluso el sobregasto, y, por supuesto, con la improductividad (Montoro Romero & Montoro Romero, 1996, pág. 91). La protesta contra la excesiva fiscalidad se ha generalizado hasta convertirse en un clamor universalmente compartido en contra del excesivo gasto público. A su vez, la formula keynesiana de financiar ese gasto mediante déficit público se considera hoy como el principal drenaje de la actividad privada y suscita rudas críticas entre los teóricos de la Hacienda Pública (Garcia Cotarelo, pág. 29). Esta fórmula, ha sido utilizada por doquier. En estos momentos, nos hallamos en una situación diferente, en donde la totalidad de los países del Bienestar están sumidos en un déficit público a través de las colosales cargas de los pagos por intereses derivados de una galopante deuda pública; un excelente modo de dañar la economía real del país, absorbiendo recursos financieros que podrían localizarse en sectores productivos, generadores de riqueza y empleo, y presionando al alza los tipos de interés con el consiguiente desánimo de la inversión y de la creación de empleo (Montoro Romero & Montoro Romero, 1996, pág. 86). En este desajuste económico se descubre el fracaso de las técnicas

keynesianas que impulsaban el crecimiento de la producción mediante el aumento del consumo (Gomez de Pedro, 2001, pág. 380).

Cada clase y grupo económico y social quiere que el Gobierno gaste crecientes sumas de dinero en un número creciente de cosas. Pero ninguno quiere pagar nuevos impuestos o mayores índices sobre los viejos impuestos. Las demandas de la sociedad sobre los presupuestos parecen ilimitadas, pero la voluntad y la capacidad de los ciudadanos de pagar los gastos que éstas resultan estrechamente limitadas (Gomez de Pedro, 2001, pág. 354). Se considera que los gastos en bienestar social son unos costes que impiden la recuperación económica. La receta es clara: si se quiere ser más competitivo hay que eliminar presión fiscal y como consecuencia de ello eliminar parte de los gastos sociales. Todo esto además afectó a las conquistas sociales adquiridas con anterioridad (Berzosa, 1996, pág. 263).

En momentos de contracción de la económica, el Estado debería actuar como un generador empleo y como un mecanismo de regulación a través de su política monetaria y fiscal. Por supuesto, la financiación de las medidas de fomento de la demanda a través de las obras públicas y también del gasto social. Sin embargo, este fomento tiene tendencia a generar déficit público (*García Cotarelo, pág. 20*).

El ciclo económico como tal suele encadenar unas etapas de mayor o menor crecimiento, incluso decrecimiento que son las que denominados fases del ciclo económico, que pueden agruparse en:

Recuperación.- Esta fase del ciclo económico nace en el punto de inflexión de la recesión a la expansión que se denomina como la fase de recuperación o reactivación. Durante el período de renacimiento o recuperación, hay expansiones y aumento de las actividades económicas. En que la demanda comienza a elevarse, la producción aumenta y esto provoca un aumento de la inversión.

Expansión.- Durante esta nueva fase del ciclo económico las expectativas de los consumidores están aumentando, la producción industrial está creciendo, los tipos de interés han tocado fondo y la curva de tipos de interés está empezando a ser más pronunciada.

Auge.- Las tasas de interés pueden estar aumentando rápidamente, con una curva de tipos plana. En esta fase del ciclo económico las expectativas de los consumidores están empezando estabilizarse y el crecimiento de la producción industrial es también plana.

Contracción. Es la fase del ciclo económico más negativa donde la variación del PIB es negativa, trimestre a trimestre, los tipos de interés están cayendo, las expectativas de los consumidores han tocado fondo y la curva de tipos de interés es normal.

En la actualidad, el efecto global de estas medidas protectoras es más dudoso por su incidencia en el incremento de la inflación y, por tanto, en la competitividad de los países; y por las dificultades que genera en la reducción del desempleo creciente. La conjunción de estos hechos está ocasionando un aumento desproporcionado del gasto público que cuestiona la sostenibilidad misma del Estado de Bienestar (Gurpide Huarte, 1996, pág. 371).

Dos circunstancias genéricas diferencian el presente del pasado que acogió el ascenso del Estado de Bienestar, restricciones reales que deben ser tenidas en cuenta. Las exigencias que se derivan de la urgencia de adoptar una senda de sostenibilidad medioambiental en vez de transitar por la imposible prolongación de los combustibles fósiles, de la ignorancia de los límites físicos del planeta y de la explotación del mundo subdesarrollado (Martínez González Tablas, Álvarez Cantalapiedra, & Vicent Valverde, 2014).

El otro hecho del que se queja Sen es la dirección de los ataques de los económicamente conservadores, quienes ven muy mal todo aquello que aumente el déficit público, como la educación o la sanidad pública, pero que no dicen nada cuando se dedican partidas enormes del presupuesto a fines armamentísticos, que no van a tener ningún reflejo ni en el aumento de las rentas de los individuos de la sociedad que sustenta esas partidas, ni en sus libertades individuales inmediatas (Del Sol Cobos J. G., 2004).

2.1.5. Crisis filosófica

La crisis del Estado de bienestar, actualmente, ya no se cuestiona simplemente la financiación, sino también los principios organizadores de la solidaridad y la concepción misma de los

derechos sociales por lo que se impone una “refundación” intelectual y moral del modelo (Martinez Roman & Guillen Sadaba, 1996, pág. 315).

La llamada crisis filosófica del Estado de Bienestar: en la cual el Estado ha perdido capacidad de decisión ante un sistema comercial, financiero y monetario que es global. Dado que, el Estado se ha hecho demasiado pequeño para problemas tan grandes y, encima, en un ejercicio de difícil interpretación política, declina de sus derechos. Es decir, que el Estado pasa de Estado providencial para los menos favorecidos en las relaciones sociales a un Estado proteccionista para los menos favorecidos en las relaciones económicas globales (Tortosa, 1996, pág. 103).

El Estado de Bienestar entra en una nueva etapa: la de la crisis filosófica. La pérdida del sentido originario de los principios organizadores de la solidaridad. Bajo la excusa de la fuerte restricción económica que padece el Estado, se ha provocado un aumento de la selectividad en las prestaciones. Esto “derriba uno de los dogmas fundamentales de los Estados de Bienestar: la universalización de las prestaciones sociales” y separa a los que tienen suficiente para cotizar en los seguros sociales de los que no pueden y sólo les queda la opción de la solidaridad social. Una espiral de autodestrucción de la solidaridad: para indemnizar la exclusión del mercado del empleo de una gran parte de la población, se aumentan cada vez más las cargas sobre el trabajo y, como consecuencia, se reduce éste (Gomez de Pedro, 2001, pág. 379).

La clase media no encuentra una compensación entre lo que aporta y lo que recibe y como consecuencia se aleja del Estado de Bienestar (Pico, 1996, pág. 53). Frente a problemas estructurales, no basta la adhesión a los valores, hay que cambiar el enfoque mismo del problema valiéndose de una teoría política en el Estado de Bienestar que, como método de reflexión, haga conscientes a los políticos del sentido, las posibilidades y los límites de la política bajo las condiciones actuales y las futuras (Gomez de Pedro, 2001, pág. 360). La crisis parece más de principios, ideológica, de objetivos o institucional que de exceso de gastos. De hecho, es el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Cultural de las Naciones Unidas establecido para desempeñar las funciones de supervisión del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) el que propugna la necesidad de reorientar las políticas públicas hacia esas alternativas (Soto Lostal, 2013, pág. 59).

Posiblemente desde su creación como instrumento para escapar del dilema de la pobreza o la revolución, el Estado de Bienestar Social está en crisis, no existe una sociedad en la que prime la justicia social, sin una política social que tome medidas encaminadas a su consecución; no sirven de nada las leyes sin la posibilidad de su aplicación (Fernandez Santiago, 2011, pág. 100). El Estado social requiere de una base económica y recursos financieros suficientes para poder atender los requerimientos surgidos de los derechos establecidos. Lo contrario es simplemente hacer populismo constitucional y acentuar el carácter ideológico de la Constitución, manifestando el desfase entre las normas y la realidad (Villar Borda, 2007, pág. 92).

A lo largo de los años anteriores se había ido alimentando en los ciudadanos la expectativa de que todas sus necesidades serían cubiertas y satisfechas. Pero en los momentos de dificultad económica del Estado, éste se vio obligado a hacer recortes en el presupuesto destinado a algunos de los servicios sociales prometidos, lo cual genera un sentimiento de desencanto e insatisfacción en el electorado y una pérdida de confianza (Gomez de Pedro, 2001, pág. 341). Una pérdida generalizada de confianza en el sistema social del Estado de Bienestar, se pone en duda: la capacidad del Estado para gestionar una economía mixta, de la que el sector de bienestar es una parte integral. En muchos sentidos, el núcleo de la crisis está constituido por una pérdida de confianza. Parece que han dejado de funcionar las técnicas de intervención estatal en la economía de mercado. De forma genérica, se cuestiona la efectividad de la acción estatal y, por lo tanto, su campo de actuación (Casilda Bejar, 1996, pág. 21).

Surge así el problema entre el ser y el deber ser del derecho, entre la realidad y la idealidad de las normas jurídicas, que en Estado Social de Derecho se expresan en la distancia entre las promesas constitucionales y la posibilidad política, económica, financiera, cultural y social de realización (Villar Borda, 2007, pág. 91). Necesariamente en una generalizada frustración, fundamentada en una conciencia nacional de tener derecho a cualquier cosa, y no deberes. Es decir, la excesiva demanda social desemboca de manera inevitable en desconfianza y en deslegitimación del mismo Estado, como un efecto de la anulación del impulso individual (Montoro Romero & Montoro Romero, 1996, pág. 86).

La conjunción de todas estas circunstancias hizo tambalear los cimientos del Estado de Bienestar. A su vez, la actitud de desconfianza que empezó a caracterizar a los ciudadanos y el

revuelo intelectual levantado entre sus defensores y opositores, favoreció que algunos autores señalaran como la verdadera causa una crisis de legitimidad del Estado (Gomez de Pedro, 2001, pág. 349).

2.1.6. Desinterés de la gente por trabajar

Lo que, ha sucedido, es que nuestros contemporáneos, acostumbrados a tener cubiertas, sin esfuerzo, todas sus necesidades básicas, desde la cuna hasta la tumba, han perdido el amor al riesgo y a la aventura, creadora de riqueza. Preso de una paralizante excesiva seguridad, el hombre de hoy se desinteresa progresivamente de su contribución al desarrollo de la sociedad, lo que conduce a instituciones cada vez más ineficaces y anquilosadas. En esta situación, lo único que subsiste es la ambición por el enriquecimiento rápido y sin esfuerzo, fomentando la corrupción y el empleo de toda clase de artes torcidas para lograrlo (Casilda Bejar, 1996, pág. 18). El Estado ciertamente debe proteger las situaciones de indigencia y extenderla a los contados casos que la sociedad no puede atender. El error del Estado de Bienestar es haber querido que esta protección se universalizara, generaciones enteras han sido adormecidas por el exceso de seguridad, en detrimento de las unidades productivas de riqueza que se sienten desincentivadas (Termes, 1997, pág. 2).

Este grave fenómeno circular puede ser apreciado de manera muy clara en lo que se ha denominado la *trampa de la pobreza*: el mismo afán del Estado por proteger a los ciudadanos de la pobreza crea innumerables situaciones en que estos mismos ciudadanos quedan prisioneros en ella. La razón de este fenómeno se encuentra en la dirección equivocada del impulso: en vez de estimular al individuo para que desarrolle capacidades adquisitivas, fomenta el espíritu de dependencia y el derecho indefinido (Montoro Romero & Montoro Romero, 1996, pág. 86).

En el seno del Estado de Bienestar aparecen pretensiones duraderas, fruto de la idea de que las demandas pueden exigirse y, una vez, atendidas, hacer creer que se tiene un derecho continuo a disfrutar de ellas (Gomez de Pedro, 2001, pág. 358). El Estado de Bienestar, en manos de políticos que buscan sus propios objetivos de perpetuación en el poder, produce efectos contrarios a los que dice perseguir. El seguro de desempleo amplio y duradero, produce más paro; la ayuda a los marginados produce más marginación; los programas contra la pobreza producen

más pobres; la protección a las madres solteras y a las mujeres abandonadas, multiplica el número de madres solteras y el número de hogares monoparentales (Casilda Bejar, 1996, pág. 18).

Los defensores del Estado de Bienestar dicen, corrompiendo de nuevo los conceptos, que, gracias a él, nuestras sociedades son más solidarias, cuando, en realidad, la solidaridad organizada con cargo al Presupuesto lo que hace es expulsar la virtud personal de la solidaridad, con sacrificio personal, de la que la sociedad dio abundantes pruebas antes de que el intervencionismo estatal justificara la inhibición del individuo (Casilda Bejar, 1996, pág. 18). Gran parte de las teorías de la derecha coinciden en criticar este punto de partida del Estado de Bienestar que ha primado la igualdad social en detrimento de la libertad personal, lo cual ha dado lugar a nefastas consecuencias. Una de ellas es la gran dependencia de los ciudadanos del “papá Estado” (Gomez de Pedro, 2001, pág. 369).

Tradicionalmente los científicos políticos se han ocupado de mejorar el funcionamiento del Gobierno. Quizás en los próximos años puedan ocuparse más de cómo conseguir reducir el número de tareas que el Estado ha llegado a asumir según se esperaba de él (Gomez de Pedro, 2001, pág. 370).

2.2.Sostenibilidad Fiscal

Los recursos de las regalías minero-energéticas son recursos temporales en el tiempo y sin claridad de sus durabilidad, un debate que se da actualmente por las dificultades que atraviesa el sector y ha hecho que tributen menores recursos. Ya se comienza hablar del desvanecimiento del boom minero-energético, lo que ha despertado las alarmas del gobierno nacional, quien impulsó la reforma constitucional que crea el principio de sostenibilidad fiscal de los recursos públicos, el cual consiste a *grosso modo* en especificar que las ramas del poder colombiano deben garantizar ingresos presupuestales de cualquier inversión o gasto que este haga en el mediano y largo tiempo, para contar con un presupuesto equilibrado y no se deba recurrir a mayor deuda en nuestro país.

2.2.1. Base conceptual de la reforma del incidente fiscal

Recientemente se modificó el corazón del modelo económico constitucional para introducir el principio de incidente fiscal y conciliar el reconocimiento judicial de derechos con la estabilidad económica del Estado con el Acto Legislativo 03 de 2011.

Esta reforma tuvo iniciativa en el ejecutivo y constituye a juicio de éste una necesidad en el propósito de garantizar que las finanzas públicas tengan la capacidad de financiar el actual modelo de Estado Social de Derecho, asumir de forma adecuada los pasivos del Estado, financiar los gastos del presente y que están soportados en deuda, garantizar la prestación de servicios y bienes públicos a las futuras generaciones y en ultimas un modelo económico sostenible (Aguilera Diaz, 2014, pág. 23). Desde la perspectiva fiscal el principio ha sido previsto como un mecanismo que garantiza la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas y además contribuye a la estabilidad macroeconómica del país. Para desarrolla los criterios de rentabilidad, sostenibilidad y conveniencia, en cuanto a la determinación del gasto y promueve, en términos económicos, la prevalencia del interés general sobre el particular (Aguilera Diaz, 2014, pág. 5).

Con ella, se prefirió el abandono de la tendencia invariable del gasto, es decir, que el gasto este en función de los ingresos corrientes de la nación, lo cual define una dinámica inversionista de aumento del gasto público en tiempos de bonanza económica y de reducción del mismo en un escenario de recesión de los ingresos. Resulta contraproducente para la estabilidad de la economía extender el Gasto Público en función del ingreso proveniente del sector hidrocarburos, conduciendo así a una dinámica basada en precios y producción variable a lo largo del tiempo. En relación con el aumento del gasto es necesario que este cuente con una fuente de financiación para su sustento estable, al tiempo que se plantea la imposibilidad de recurrir al endeudamiento para tal fin. (Aguilera Diaz, 2014, pág. 104).

Las decisiones judiciales juegan un papel determinante en la consecución de un escenario acorde con la sostenibilidad fiscal en la medida que representan un factor que incide de manera indirecta en la ordenación del gasto, a partir de los costos medidas y acciones que son ordenados en dichas providencias (Aguilera Diaz, 2014, pág. 104).

En el ámbito del desarrollo del Estado Social de Derecho, la sostenibilidad fiscal garantiza que la política de gasto pueda mantenerse a través del tiempo, de manera que en el mediano y en el largo plazo se logren importantes objetivos públicos como la reducción de la pobreza y la desigualdad y la equidad inter-generacional(Aguilera Diaz, 2014, pág. 115).

2.2.2. En que consiste el incidente fiscal

La implementación de la regla fiscal ha sido considerada como un avance en lo que al control fiscal respecta, necesaria para garantizar la aplicación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales que constituyen el núcleo esencial del Estado Social de Derecho. La sostenibilidad fiscal tiene como objetivo el garantizar que el poder ejecutivo, legislativo y judicial en sus actuaciones atienda y desarrollen los criterios de sostenibilidad, sostenimiento, financiamiento a futuro y estabilidad económica (Aguilera Diaz, 2014, pág. 111). Introduce un cambio en el régimen de la hacienda pública que interfiere directamente en las decisiones de los jueces en el reconocimiento de derechos de los ciudadanos (Arango, Derechos y Fines Politicos, 2012, pág. 21).

La adopción de la sostenibilidad fiscal obedece a distintos procesos de reflexión y análisis de las políticas macroeconómicas relacionadas con el gasto público y de cómo éste impacta en las finanzas del Estado. Un primer aspecto refiere especialmente a la concepción misma que se tiene de los derechos sociales y de cómo estos constituyen o no parámetros de obligatorio cumplimiento para el Estado (Aguilera Diaz, 2014, pág. 23).

Se ha aprobado una reforma constitucional, Acto Legislativo 03 de 2011, que permite pedirles a las altas corporaciones judiciales que modulen, modifiquen o difieran los efectos económicos de sus sentencias para evitar alteraciones serias de la “sostenibilidad fiscal”. Dentro de los tres días siguientes a la sentencia, el Gobierno o la Procuraduría pueden proponer un “incidente de impacto fiscal”. La justificación es que la sostenibilidad fiscal, es decir, la limitación de los gastos del Estado a los recursos presupuestados, sería la condición “para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”(Gallon, 2011).

El Acto Legislativo 03 de 2011 establece la prohibición de afectar los derechos fundamentales a la hora de efectuar la valoración que propone la sostenibilidad fiscal, en otras palabras, no

pueden ser desconocidos ni afectados en relación con los fines que busca dicha institución. No obstante, respecto de los derechos denominados como sociales económicos y culturales, no existe limitación alguna al momento de llevar a cabo la aplicación del mentado principio, de lo cual se infiere que resulte válido evaluar la conveniencia o no al momento de adoptar medidas que garanticen su protección(Aguilera Diaz, 2014, pág. 29).

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-288 de 2011, al evaluar la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011 consideró que no existe sustitución del principio de Estado Social de Derecho definiendo para ello que este instrumento de evaluación económica debe entenderse en función del beneficio del interés general y como un mecanismo para alcanzar en forma gradual los derechos económicos, sociales y culturales, por tanto declaro exequible dicha norma (Aguilera Diaz, 2014, pág. 116). Teniendo claramente establecido que la sostenibilidad fiscal no puede convertirse en un instrumento para negar la protección efectiva de los derechos constitucionales, o el garantizar la faceta prestacional que tienen todos los derechos consagrados en la Carta Política.

La eficiencia económica es un objetivo colectivo: requiere una distribución tal de oportunidades y riesgos que produzca la mayor acumulación de beneficios económicos definidos de alguna manera. Por cierto, cualquier objetivo colectivo ha de sugerir una distribución determinada, dados ciertos hechos determinados, los principios distributivos se subordinan a alguna concepción del bien colectivo acumulativo, de manera que ofrecer a un hombre una cantidad menor de algún beneficio sea algo que se pueda justificar simplemente demostrando que así se llegará a un mayor beneficio general(Arango, 2012, pág. 17).

Al tenor de lo expuesto surge entonces un conflicto en el escenario jurídico del país y es aquel de poder establecer hasta qué punto los administradores de justicia en Colombia (jueces y magistrados) deben atender a los criterios constitucionales propios del Estado Social de Derecho, de los cuales se derivan los derechos económicos, sociales y culturales, frente a la interpretación que se deba hacer de Sostenibilidad Fiscal. No pareciera ser sencillo el análisis en la medida que generalmente los derechos que se reconocen y amparan en dichas instancias judiciales, generalmente vía tutela, encuentran su sustento en la evaluación que se hace a partir de la

conectividad que tienen con instituciones jurídicas de mayor rango como el derecho a la vida, la dignidad, trabajo y a la salud entre otros (Aguilera Diaz, 2014, pág. 105).

El Acto Legislativo 03 de 2011 “Por el cual se establece el principio de la sostenibilidad fiscal”, prevé cómo la sostenibilidad fiscal constituye un criterio orientador de las actuaciones de los poderes públicos en Colombia. A partir de este concepto se plantea un análisis respecto de si este último principio representa o no restricción o limitación, ya sea directa o indirectamente, del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que hacen parte del núcleo del Estado Social de Derecho, caso en el cual se estaría entre una posible tensión de principios del orden constitucional (Aguilera Diaz, 2014, pág. 38).

La Corte Constitucional al evaluar la constitucionalidad del Acto Legislativo 03 de 2011, por el cual se establece el Principio de Sostenibilidad Fiscal, destacó en la sentencia C-288 de 2012 como éste deberá ser interpretado en armonía con los valores y principios de la Constitución, esta apreciación tiene su fundamento al advertir que su aplicación no puede ser un argumento para desconocer los fines sociales del modelo de Estado de aplicación en Colombia (Aguilera Diaz, 2014, pág. 124). El Acto Legislativo 03 de 2011 establece la prohibición de desconocer los Derechos Fundamentales cuando se busque la aplicación del Principio de Sostenibilidad Fiscal. Sin embargo, al operar dicha salvedad únicamente respecto de esta categoría de derechos, puede considerarse que tácitamente se permite la restricción de los derechos característicos del Estado Social de Derecho, conocidos como sociales, culturales y económicos (Aguilera Diaz, 2014, pág. 131).

El gasto público es el principal factor de análisis y de aplicación en relación con la dinámica económica y fiscal que plantea el principio de sostenibilidad fiscal. Para el gobierno nacional representa la posibilidad de controlar y retomar la iniciativa en materia presupuestal consiguiendo con ello el cumplimiento de las metas fiscales y la reducción del gasto público (Aguilera Diaz, 2014, pág. 70).

2.2.3. El incidente fiscal no es violador de los Derechos Fundamentales

La introducción de un incidente fiscal a nivel constitucional plantea especiales dificultades en el contexto de un Estado constitucional, democrático y social de derecho que se caracteriza por

tomar en serio la teoría política de los derechos. Esto porque, en principio, argumentos políticos colectivos como la estabilidad en las finanzas públicas podría tener prevalencia sobre argumentos de principio, pese a que la propia reforma se esfuerce en proteger el “núcleo esencial de los derechos fundamentales” o en impedir interpretaciones del artículo constitucional reformado que recorten el alcance de los derechos fundamentales (Arango, Derechos y Fines Politicos, 2012, pág. 22).

En la ponderación entre argumentos políticos y argumentos de principio, la hipótesis de la tutela de los derechos fundamentales de sujetos con especial protección constitucional inclina claramente la balanza a favor de éstos últimos. No entenderlo así sería instrumentalizar a personas o grupos de personas que requieren de atención inmediata y ponerlos al servicio de objetivos generales con desconocimiento de su dignidad como persona humana (Arango, Derechos y Fines Politicos, 2012, pág. 24).

Al analizar la aplicación de los principios de Estado Social de Derecho y de la Sostenibilidad Fiscal, en un determinado caso podría dar lugar a una posible tensión de principios sustentada en los fines que plantea este último en aras de orientar el accionar de los poderes públicos hacia la búsqueda de condiciones macroeconómicas y fiscales óptimas (Aguilera Diaz, 2014, pág. 41). Los principios como mandatos de optimización se integran a la Constitución Política a modo de criterios orientadores de la administración pública, lo cual implica que no pueden ser desconocidos por el Estado en la medida que constituyen el eje fundamental del sistema jurídico colombiano y su desarrollo se da desde una perspectiva integradora y complementaria de la actividad estatal (Aguilera Diaz, 2014, pág. 37).

Es evidente entonces que el conjunto de postulados, derechos y garantías que se circunscriben al principio de Estado Social de Derecho frente el Principio de Sostenibilidad Fiscal, no gozarían de una protección eficiente, o al menos inmediata por parte del Estado, esto en la medida que tendrían que ser valorados ya no desde una perspectiva de obligatoriedad y cumplimiento sino ahora desde la óptica y análisis de las implicaciones económicas y fiscales que conlleva su reconocimiento (Aguilera Diaz, 2014, pág. 43).

En conclusión, al analizar el Principio de Sostenibilidad Fiscal frente al Principio de Estado Social de Derecho habrán de observarse los aspectos en que cada uno de estos dos principios

contribuyen al cumplimiento de los fines del Estado, como en su aplicación se consigue el bienestar general de la comunidad; la prosperidad general; el efectivo cumplimiento no sólo de los denominados derechos fundamentales, sino así también del conjunto de derechos económicos, sociales y culturales que habiendo sido reconocidos por diversos tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 mediante Resolución 2.200, constituyen obligaciones demandables del Estado colombiano y por tanto, exigibles judicialmente (Aguilera Diaz, 2014, pág. 44).

2.3.Futuro Del Estado De Bienestar

La crisis de la política económica keynesiana ha tenido sus repercusiones en el propio Estado de Bienestar. Ahora bien, las cosas no hubieran ido mejor sin la intervención del Estado. Por el contrario, al aumentar los pagos por desempleo y de bienestar social, así como al apoyo al crédito, el Estado ha logrado evitar males mayores. Aun cuando no se ha eliminado el surgimiento de la crisis, se ha conseguido aliviar las consecuencias más penosas (Berzosa, 1996, pág. 264). La defensa del Estado de Bienestar en toda su potencialidad, implica también asumir el reto del continuo perfeccionamiento de la intervención pública y la necesidad de corregir los errores o disfuncionalidades que pueden existir en los procesos hasta ahora practicados (Martínez gonzalez Tablas, Alvarez Cantalapiedra, & Vicent Valverde, 2014). Entre los argumentos a favor de la existencia de algún modelo de Estado de Bienestar, es que sólo el Estado puede garantizar unos mínimos de protección social para todos los ciudadanos, aun cuando se reconozca el necesario protagonismo del mercado y de la iniciativa social. Los problemas surgen en la interpretación de los mínimos: hasta dónde debe llegar el Estado de modo que no haya dejación de su responsabilidad social sin que, por otra parte, suponga un incentivo la pérdida de la responsabilidad de los individuos y de la propia sociedad (Martínez Roman & Guillen Sadaba, 1996, pág. 313). El Estado de Bienestar, no obstante, aunque cuestionado sigue sobreviviendo. En ningún país se ha desmantelado, y a pesar de todo el vapuleo que sufre, no parece que sea tarea fácil realizar este proceso en un futuro próximo. Lo que no quiere significar tampoco que el Estado de Bienestar sea irreversible (Berzosa, 1996, pág. 255).

Es importante que las propuestas que se realicen para un Estado de Bienestar futuro consideren que la importancia del mismo no puede seguir dependiendo del crecimiento económico. Los límites físicos del planeta deben ser asumidos con urgencia. Esta circunstancia genérica, sitúa a la redistribución de la riqueza como garante de la protección del conjunto social (Martínez González Tablas, Álvarez Cantalapiedra, & Vicent Valverde, 2014). Se plantea la necesidad de implementar el respeto del medio ambiente como un principio esencial para el bienestar general (Soto Lostal, 2013, pág. 74).

La limitación del área en que existe y opera el Estado de Bienestar aconseja la implantación de una serie de actuaciones en diversos frentes. Las actuaciones son las siguientes: en primer lugar, hay que conseguir un serio cambio de valores sociales y culturales entre la población, introduciendo criterios de racionalidad y esfuerzo. En segundo lugar, las correcciones deben afectar a los mecanismos de decisión política. Básicamente se trata de racionalizar al máximo la decisión del votante a través de una mayor vinculación de los impuestos a los servicios públicos que recibe directa o indirectamente (Montoro Romero & Montoro Romero, 1996, pág. 90).

A los gastos sociales no se les puede aplicar criterios de rentabilidad económica, pero sí se debe evaluar su utilidad social y tratar de evitar duplicidades. Un problema clásico en materia de bienestar social, que se ha agudizado en los últimos años, es la necesaria coordinación y cooperación entre las diferentes áreas implicadas como lo define el artículo 288 de la Constitución Política (Martínez Roman & Guillen Sadaba, 1996, pág. 327). De ahí la tarea urgente de llevar a cabo su reforma en la línea apuntada con anterioridad de dar prioridad a la política social y redistributiva. También se necesita alcanzar un mayor grado de eficacia en la intervención del Estado (Berzosa, 1996, pág. 270). Así pues, lo que nuestras sociedades necesitan no es desmontar el Estado de Bienestar, sino adaptarlo a las demandas sociales de mayor participación en las decisiones sobre provisión y de mejora en la gestión de los recursos destinados a ella (Gómez de Pedro, 2001, pág. 397).

No es fácil determinar y analizar las posibles alternativas ante la crisis del Estado de Bienestar, entre las propuestas más privatizadoras y potenciadoras del mercado y el individualismo, caben posibles soluciones mixtas. Posiblemente sean necesarios nuevos pactos entre los diversos agentes económicos (Casilda Bejar, 1996, pág. 31). Esta reflexión nos lleva a

otra más grave, cuál es la situación económica y social del Tercer Mundo. No deja de ser una terrible paradoja discutir, sobre la crisis del Estado de Bienestar; cuando paralelamente asistimos a la incapacidad de atender las necesidades elementales en otras partes del mundo (Casilda Bejar, 1996, pág. 31).

Es evidente que en estos momentos nos encontramos en un proceso de transición, del Estado de Bienestar de la Sociedad Industrial al Estado de Bienestar de la Sociedad de la Información, de la economía social de mercado “industrial” a la economía social de mercado “informatizada”. Es importante interpretar correctamente los factores de este cambio si se quiere que las inevitables reformas del sistema vigente de protección social faciliten el mayor bienestar de las futuras generaciones (Fontela, 1996, pág. 278). Al acercamos al nuevo siglo es importante saber reordenar con valentía las prioridades de los gobiernos y redimensionar el tamaño y la función de los Estados. Debemos considerar que revitalizar el actual modelo no supone, en absoluto, que el Estado tenga que abandonar su función de asistencia social. Supone, por el contrario, plantear un nuevo concepto de “sociedad de bienestar”, como alternativa al ya gastado del Estado de Bienestar. Se trata de despertar la responsabilidad y la solidaridad de todos los interlocutores sociales por los problemas que existen en la sociedad, sin dejarlos confiados a la tutela automática y anónima del Estado. De esta forma, no sólo se podrá actuar más eficazmente contra la marginación y la desigualdad, sino que se conseguirá una sociedad más responsable y solidaria (Reinoso y Reino, 1996, pág. 410).

La Sociedad del Bienestar se fundamenta en la visión mixta del Bienestar. Es decir, parte de la base de que son tres instituciones sociales bien distintas las que contribuyen al surgimiento y mantenimiento del bienestar colectivo: el espacio doméstico, el mercado y el Estado. De esta forma se consigue entender realmente el bienestar total en la sociedad. Debe recuperarse con toda su plenitud el principio de igualdad de oportunidades, el mejor posible para articular las sociedades modernas (Montoro Romero & Montoro Romero, 1996, pág. 94).

No sería moral mantener este Estado mínimo si no ofreciera servicios de protección para todos. Por eso, “los operadores del Estado mínimo están moralmente obligados a producir el Estado mínimo”. La característica principal de la acción de este Estado ya no será la

redistribución, sino la compensación inscrita en un amplio margen de libertad personal (Gomez de Pedro, 2001, pág. 387).

3. CAPÍTULO TERCERO

3.0.Introducción

Este trabajo se centra, en el Gasto Público Social del sistema de regalías, un punto que tendrá relevancia en los próximos años cuando los entes territoriales comprendan a cabalidad como presentar los proyectos a financiarse con estos recursos, y corresponda elegir cual proyecto financiar, al ser escasos los recursos frente al valor de los proyectos presentados, y por tanto, no podrán tenerse en cuenta los proyectos a financiarse por su orden de llegada como sucede actualmente. Si no que, con regalías se deban financiar proyectos que impacten en el Gasto Público Social. Por tanto se establecerá en este trabajo si el Sistema General de Regalías debe contar con un Gasto Público Social como anexo de la definición de Estado Social de Derecho que ha dado nuestra Constitución Política.

Dado que la anterior ley que distribuía los recursos de regalías concretó que estos deberían de servir para financiar servicios sociales y para tal fin definió unos porcentajes para estos rubros, y de acuerdo con el artículo 350 de la Constitución Política que obliga a la no disminución de los recursos que financien gastos con carácter sociales. En este capítulo definiremos si el Sistema General de Regalías debe contar con un Gasto Público Social y que será definido con unos porcentajes para la prestación de los servicios sociales.

3.1.Modificación del Sistema General de Regalías

De acuerdo con la Corte Constitucional, las regalías son una “contraprestación económica por la explotación de los recursos naturales no renovables generada en favor del Estado y las entidades territoriales”(Sentencia C-938, 2003). Por su parte Restrepo (2012) define las regalías como:

“producto de la explotación de bienes que necesariamente se ubican en el suelo, el subsuelo y la riqueza mineral que en este se encuentran son catalogados doctrinalmente como bienes patrimoniales cuyo derecho se ejerce por parte de la nación y las entidades territoriales”.

La distribución de las regalías entre las diferentes entidades territoriales se realizaba de acuerdo con el tipo y volumen de los recursos explotados y transportados, sin tener en cuenta, criterios como, el número de habitantes a beneficiar, el número de personas o familias pobres, los índices de necesidades básicas insatisfechas de dichos habitantes, la capacidad administrativa y financiera de las entidades territoriales y los impactos ambientales.

El Constituyente de 1991 había establecido inicialmente que las regalías serían repartidas entre las entidades territoriales con el fin principal de promocionar la minería, preservar el ambiente y financiar proyectos regionales de inversión definidos como prioritarios en los planes de desarrollo de las respectivas entidades territoriales (artículo 361 en su versión original); dicho de otra forma, en el diseño original de la nueva Carta se contemplaron las regalías como recursos dirigidos a financiar servicios públicos y sociales básicos y a promover el desarrollo regional (Sentencia C-624, 2013).

El uso de las regalías, según la Ley 141 de 1991, se dirigía principalmente para la financiación de la prestación de servicios sociales, haciendo especial énfasis en salud, educación, agua potable, alcantarillado y la reducción de la mortalidad infantil. Las gobernaciones debían designar no menos del sesenta por ciento (60%) del total de sus regalías y las alcaldías no menos del setenta y cinco por ciento (75%), para estos propósitos, destinación que sólo podía cambiarse cuando las entidades territoriales beneficiarias cumplieran con las coberturas mínimas en los sectores señalados. En el presupuesto anual se separaban claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinan a los sectores señalados.

En el proyecto de Acto Legislativo 13 de 2010, quedó plasmado lo siguiente:

“el balance general del logro de las coberturas mínimas no fue el mejor, después de más de una década de asignación de regalías, no es razonable que no se haya alcanzado un mínimo de servicios sociales básicos en aquellos departamentos que eran los principales beneficiarios de esta fuente de recursos”.

Ante el importante crecimiento de los recursos de la producción de hidrocarburos y por ende del ingreso fiscal derivado de la renta petrolera y la producción de carbón a partir del año 2000, se hizo manifiesta la excesiva concentración de estos recursos en unas pocas entidades territoriales. Por eso, el Congreso de la República y el Gobierno Nacional rediseñaron el marco

constitucional que regía la distribución de las regalías en Colombia, artículos 360 y 361 de la Constitución Política, remplazando el esquema de las regalías por el Sistema General de Regalías, Ley 1530 de 2012. Uno de los objetivos de la modificación al régimen anterior de regalías y compensaciones es utilizar estos recursos para impulsar el crecimiento regional, la equidad entre regiones, disminuir los índices de pobreza y aumentar la competitividad del país.

El nuevo artículo 361 de la Constitución Política de Colombia, según el acto legislativo 05 de 2010, definió:

“los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán a financiar proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población”.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, se crearon los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional financiaran proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

El Fondo de Compensación Regional financiará proyectos de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia.

La Constitución colombiana definió que los recursos del Sistema General de Regalías no hacen parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tiene su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la Ley orgánica del Sistema General de Regalías.

En la ley 1530 de 2012 en su artículo 40 se define que con los recursos del Sistema General de Regalías se deben financiar proyectos de inversión, y además, que no podrán financiarse gastos de funcionamiento. Los proyectos a ser financiados con los recursos de regalías son los proyectos de inversión del Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales, y deben ser acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

3.2.Pronunciamientos de la Corte Constitucional en torno al Sistema General de Regalías

Muchas inquietudes ha generado en la academia y en el sector público la modificación del Sistema de Regalías por parte del Congreso y el Gobierno, entre las que está, si el Congreso de la República tenía la facultad de modificar la Constitución Política, y si la modificación a la distribución de los recursos no afecta el principio Constitucional de Estado descentralizado y de la autonomía administrativa de las regiones. Estas cuestiones no serán abordadas en esta tesis, dado que, ya han sido resueltas por la honorable Corte Constitucional en varias demandas interpuestas, en contra del Gobierno Central por entidades territoriales que percibían regalías, al sentir vulnerados sus derechos, por sustraer los recursos que venían percibiendo con la anterior distribución.

La Corte Constitucional profirió el fallo de sentencia C-317 de 2012, reiterando la facultad que tiene el Gobierno Central y el Congreso de modificar la Constitución y cambiar los destinatarios de los recursos de regalías, posición que ha sido ratificada, como cosa juzgada, en las sentencias C-318 y C- 538, de 2012.

En varias oportunidades la Corte fue estimulada a pronunciarse respecto de sí el Acto Legislativo 05 de 2010, violaba el principio fundamental constitucional que estableció al Estado colombiano como una República unitaria y descentralizada.

En las sentencias C-709 y C-968, de 2012, la Corte se abstuvo de pronunciarse al respecto por considerar que las demandas no eran claras en sus peticiones. La corte aborda esta inquietud y se pronuncia al respecto en la sentencia C-010 de 2013, postura ratificada por la sentencia C-121 de 2013.

A juicio de la Corte, las reformas introducidas por el Acto Legislativo 05 de 2010, a los artículos 360 y 361 de la Constitución Política, no se configura sustitución alguna de la Carta de 1991 que desborde los límites de la competencia del constituyente derivado para reformar la Constitución. Vistos los antecedentes del Acto Legislativo, es claro que su finalidad fue corregir las inequidades del régimen anterior de distribución y administración de las regalías, que son recursos del Estado y evitar la incorrecta utilización y despilfarro de los mismos, enmarcada en objetivos constitucionales como la equidad y la prosperidad general. Para la Corte, la modificación de los artículos 360 y 361 del estatuto constitucional no desvirtúan en nada el núcleo esencial de la descentralización territorial, en la medida en que solamente efectúa ajustes en materia de administración, destinación y control de las regalías, con el fin de desarrollar de manera efectiva los principios y postulados consagrados en la Constitución de 1991, con la participación de los entes territoriales en las regalías y su destinación a actividades relacionadas con el desarrollo regional (Sentencia C- 010, 2013).

Las regalías son consideradas fuentes exógenas de financiación de las entidades territoriales provienen de la transferencia o cesión de las rentas nacionales a las entidades territoriales, así como de los derechos de éstas a participar de las mismas. Este tipo de fuentes admite una amplia intervención del Legislador, puesto que se trata de fuentes nacionales de financiación. En particular, la Corte ha señalado:

“Que nada obsta para que la ley intervenga en la definición de las áreas a las cuales deben destinarse los recursos nacionales transferidos o cedidos a las entidades territoriales, siempre que la destinación sea proporcionada y respete las prioridades constitucionales relativas a cada una de las distintas fuentes exógenas de financiación (...). Sin embargo, tal destinación debe perseguir un fin constitucionalmente importante y resultar útil, necesaria y estrictamente proporcionada, en términos de la autonomía de las entidades territoriales, para la consecución del fin perseguido”(Sentencia C-624, 2013).

3.3. Ausencia del Presupuesto Social en el nuevo Sistema General de Regalías

Por tanto las inquietudes que se desarrollaran en esta investigación, hacen referencia a la modificación de los recursos destinados al Gasto Público Social, que se venía financiando con las regalías. Esta investigación busca definir si el Sistema General de Regalías está obligado a tener un componente de su presupuesto denominado *Gasto Público Social*, como instrumento del Estado Social de Derecho, el cual no podrá disminuir porcentualmente respecto al año anterior. Y dado que, al crear el Sistema General de Regalías, Ley 1530 de 2012, no se definió claramente en que se deben invertir estos recursos, solo se ha hecho alusión a que estos recursos de inversión financiarán los proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población. Y la anterior distribución definía que el uso de las regalías, se daba principalmente para la financiación de la prestación de servicios sociales, haciendo especial énfasis en salud, educación, agua potable, alcantarillado y la reducción de la mortalidad infantil (Ley 141, 1994), se pensaría que con la nueva distribución se pueden disminuir los recursos para los servicios sociales (inversión social).

El salvamento de voto por parte del honorable magistrado **Pretelt Chaljub** en la sentencia C-010 de 2013 es oportuno para el análisis de esta tesis, dado que, en sus argumentos refuerza las inquietudes que motivaron esta investigación, respecto a si debe el Sistema General de Regalías contar con un Gasto Público Social.

El magistrado **Pretelt Chaljub** consideró que el Acto Legislativo lleva consigo una reducción significativa de los ingresos de inversión y gasto social de las entidades territoriales, al redireccionar su destino a los fondos de ahorro pensional territorial (10%) y al de estabilización (30%), sin que tal medida haya sido acompañada de una disminución de las funciones en cabeza de los municipios, distritos y departamentos, o de medidas dirigidas a elevar otras fuentes de recursos. Advirtió que el pago de la seguridad social constituye un gasto de funcionamiento, específicamente un gasto de personal y de otro, los recursos de “ahorro y estabilización” son precisamente ahorros que se realizarán a partir de los recursos de las regalías destinados a finalidades de orden macroeconómico y no de inversión y gasto social en las entidades

territoriales. Además, la reforma, deliberadamente, da prioridad a la estabilidad macroeconómica y la sostenibilidad financiera del gobierno central, por encima del gasto y la inversión social, particularmente para la atención inmediata de las necesidades básicas insatisfechas de la población más pobre y vulnerable. De esta forma, la preocupación del Gobierno Nacional, en la que se inscribe el acto legislativo, del saneamiento de las finanzas centrales, se regula a costa del gasto social y de los recursos de inversión de las regiones.

Esta tesis se busca examinar la incorporación del Gasto Público Social en el Sistema General de Regalías, Ley 1530 de 2012, con la definición específica de sus áreas sociales a invertir, como lo precisaba la anterior distribución de regalías, Ley 141 de 1991, las cuales no puede disminuir porcentualmente en el tiempo como lo obliga la Constitución Política en su artículo 350 para el Presupuesto General de la Nación.

El nuevo Sistema General de Regalías se creó con el propósito de aumentar la competitividad en Colombia, en gran medida, este propósito se lograra con una adecuada escogencia de los proyectos de inversión a financiarse con los recursos de regalías distribuidos entre los Fondos de Desarrollo Regional, de Compensación Regional y de Ciencia, Tecnología e Innovación.

El legislador y el gobierno buscaron en este sistema los mecanismos apropiados para la estabilización de los ingresos de regalías por ser temporales y, en una estrategia de política económica para establecer vínculos con los demás sectores productivos, que ocasionaran mayores niveles de crecimiento económico. En el artículo 6 del decreto 1949 de 2012 se determinó que los proyectos de inversión susceptibles a ser financiados con recursos del Sistema General de Regalías, son aquellas iniciativas que contengan actividades limitadas en el tiempo.

Para eso, basaron el Sistema en tres principios según el proyecto de Acto Legislativo 13 de 2010. El primero, generar ahorros para épocas de escasez, promover el carácter contra-cíclico de la política económica, y mantener estable el gasto público a través del tiempo. Este es concepto de equidad intergeneracional. El segundo, un mecanismo de inversión de los ingresos minero-energéticos que priorice su distribución hacia la población más pobre y contribuya a la equidad social. El tercero, el reconocimiento de los recursos del subsuelo como una propiedad de todos los colombianos, los cuales deben favorecer el desarrollo regional de todos sus departamentos y municipios. Este concepto de equidad regional fortalece la integración de diversas entidades

territoriales en pos de proyectos comunes, promueve, además la coordinación y planeación de la inversión de recursos y priorización de grandes proyectos de desarrollo.

La Constitución Política colombiana define al Gasto Público Social como prioritario sobre cualquier otra asignación, y este principio legal no quedo especificado en la ley orgánica del Sistema General de Regalías, Ley 1530 de 2012, como lo hemos observado en los argumentos que llevaron a la modificación de este sistema. Además el gobierno nacional, en múltiples ocasiones ha expresado que estos recursos del llamado boom minero financiaran prioritariamente las grandes obras de infraestructura que requiere las regiones del país para salir del atraso y dar un salto al desarrollo. Sin embargo, estas grandes obras no están definidas en la legislación colombiana como Gasto Público Social, la inclusión de este principio legal podría modificar sustancialmente la escogencia que actualmente se están haciendo de los proyectos a financiarse con regalías.

Ya que el acto legislativo que dio nacimiento al Sistema de Regalías definió que su presupuesto es diferente al Presupuesto General de la Nación y del Sistema General de Participaciones, al tener su propio presupuesto se puede decir qué en un ejercicio de hermenéutica jurídica con el Presupuesto General de la Nación, como *idea principal de esta tesis*. El Sistema General de Regalías al desarrollar su propia ley de apropiaciones, debe cumplir con el artículo 350 de la Constitución Política Colombiana, el cual define: la Ley de apropiaciones contar con un componente denominado Gasto Público Social. Este principio será refrendado en el Presupuesto del Sistema General de Regalías, aunque no se permite la financiación de gastos permanentes ni gastos de funcionamiento con estos recursos.

3.4.El Estado De Bienestar y El Sistema De Regalías

Como hemos visto a lo largo de esta disertación, la mayor dificultad que encuentra los Estados para sostener el Estado de Bienestar o como conocemos al Estado Social De Derecho, es la falta de recursos para mantener las demandas crecientes de los derechos sociales por parte de la ciudadanía. Especialmente por las falencias que tenemos, entre ellas, la dificultad del Estado Colombiano para llegar a unas tasas universales en educación, salud, pensiones etc.

Hemos visto como el Estado de Bienestar se alimenta de mayor fiscalización para lograr sus objetivos y en nuestro país es normal escuchar al gobierno cada dos años hablar de reformas tributarias para suplir el déficit presupuestario que cubran estas demandas.

Por eso, los recursos de regalías no se pueden considerar como nuevos impuestos o producto de mayor fiscalización, son recursos que provienen, de otra fuente, del boom minero energético por el que actualmente atraviesa el país. Por ello, el gobierno tomó la decisión de redistribuir estos recursos en todas las zonas del país.

Relacionamos las doctrinas y experiencias internacionales, sobre la restricción que ha tenido el Gasto Público Social y el Estado de Bienestar, en su uso, por parte de los gobiernos en otras regiones del mundo. **En nuestro caso es importante, porque no se puede pretender que los recursos mineros energéticos que son temporales y limitados por la naturaleza misma, financien gastos que más adelante sean de difícil o imposible desmantelamiento, como son algunos gastos de carácter social.**

Estos recursos temporales están destinados a inversiones, que activen el aparato productivo del país, que generen mayor desarrollo y por tanto mayor riqueza. Y no para correr el riesgo de utilizar estos recursos en ampliar programas sociales con los que actualmente cumple el gobierno como son: las viviendas gratuitas, más familias en acción, igualmente, la ley de víctimas y reparación o el futuro proceso de paz, que el país a esta fecha está esperando sus alcances, y se discute en la Habana. Todos ellos, son programas sociales que a la fecha que han mostrado resultados positivos en muchos casos pero se encuentran con problemas de financiación y que podría valiéndose del carácter de gasto social de los mismos, aprovechar la obligación constitucional de Gasto Social, utilizar los recursos de regalías para financiarse. Algo que estaría bien desde el punto de vista de la solidaridad, pero que a futuro tendría problemas por la definición de recursos temporales que tienen los recursos mineros energéticos, dejando de tal manera estos programas a medias.

Actualmente el Sistema General de Regalías destina sus recursos a la educación y la construcción de obras de desarrollo para las regiones. Inversiones que están dirigidas a impulsar el desarrollo económico, con un mayor impacto económico para la sociedad. Y no hace alusión a

los gastos sociales, además la ley colombiana de presupuesto público no ha especificado claramente la definición del Gasto Público Social. Según el artículo 41:

“Se entiende por Gasto Público Social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programadas tanto en funcionamiento como en inversión”(Decreto 111, 1996).

Por eso, es clave establecer que rubros serán los que se consideren como Gasto Público Social en el Sistema de Regalías, y no se confunda con varios programas sociales de carácter asistencialistas, los cuales no se han destinado para ellos inicialmente. La ley que define este rubro es muy amplia, casi que cualquier gasto es social, por eso la importancia de esta definición para dar una mayor claridad y que no se siga haciendo un mal uso de estos recursos por parte del gobierno.

En el capítulo anterior se observó los inconvenientes que generan los gastos asistenciales, cuando se realizó una crítica al Estado de Bienestar en el punto 2.7. Ya que estos alimentan la creación de unos ciudadanos a la espera que el Estado resuelva todas sus carencias económicas como sucede en algunos casos. Y se esté generando una motivación a desplazarse hacia los grandes centros poblados donde es más expedito la adquisición de estos subsidios, comparado con otras partes lejanas del país, donde el Estado no hace presencia. Este será un tema de una investigación futura, de cómo los subsidios que combaten la pobreza han provocado mayor concentración en las grandes ciudades.

La ejecución de los recursos de regalías se debe hacer con la mayor claridad, dado que nos encontramos en una etapa de desarrollo y es importante esta clase de discusiones para definir el uso de estos recursos, especialmente por las posiciones encontradas entre la obligación constitucional de gasto social y el análisis económico. En el que, este último respalda la no inserción de gastos recurrentes en el Sistema General de Regalías, sino inversiones con enfoque social, pero con tiempo limitado. Un ejemplo claro es, con recursos de regalías se debe construir un hospital más no se debe pagar los especialistas de la salud, ya que siendo un gasto social tiene un enfoque de gasto de funcionamiento permanente. Esta claridad permitirá al Estado colombiano

invertir sus recursos de regalías de la mejor forma para generar más desarrollo, cumplir con las coberturas de los servicios públicos básicos y ayudar así, a salir del atraso que vive nuestro país.

Dado que la Constitución Política en su artículo 350 define, la ley de apropiaciones debe tener un componente denominado Gasto Público Social que agrupe las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva. Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el Gasto Público Social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación. En la distribución territorial del Gasto Público Social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa.

Por consiguiente con la reforma constitucional que transformó al Sistema General de Regalías modificando la prioridad de inversión de los recursos, de un modelo que financiaba prioritariamente la prestación de servicios sociales, a un nuevo sistema que se enfoca en aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población. Y dado que el Sistema General de Regalías tiene su propio sistema presupuestal y la Constitución Política define en su artículo 350 que la ley de apropiaciones debe tener un componente denominado Gasto Público Social. Nos encontramos con nuestra pregunta de investigación ¿debe el nuevo Sistema General de Regalías, contar con un Gasto Público Social, donde se especifique porcentualmente la áreas a invertir los recursos como lo definía la anterior distribución de las regalías?.

La Constitución define que el Sistema de Regalías cuenta con 3 fondos de inversión. Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional los cuales financian proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional. Y el Fondo de Compensación Regional que financia proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2o del artículo anterior. Transcurrido este período, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional.

Se podría determinar que el Sistema General de Regalías ya cuenta con un componente de su presupuesto que recibe la denominación de Gasto Público Social, y puede ser respecto a los recursos del fondo de compensación regional, dado que la Constitución Política de Colombia en el artículo 350 define que en la distribución territorial del Gasto Público Social tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa. Y dado que, el Fondo de Compensación Regional tiene en cuenta los criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, haciendo que los recursos de este fondo tengan características que denominan al Gasto Público Social. Aunque, este concepto tiene una falencia debido a que la Constitución Política define que los recursos de inversión social no podrá disminuir porcentualmente entre año y año, y la reforma constitucional que dio nacimiento al Sistema General de Regalías especifica que el fondo de compensación regional desaparecerá en 30 años y todos sus recursos se trasladaran al fondo de desarrollo regional.

3.5. Gasto Público Social en el Sistema General de Regalías

Dado que esta investigación se centra en definir si el Sistema General de Regalías, Ley 1530 de 2012, debe contar con un componente de su presupuesto denominado Gasto Público Social. Al igual que lo tenía la anterior ley que regulaba los recursos de regalías, Ley 141 de 1991, esta definía claramente las áreas sociales en que se debían invertir estos recursos. Es necesario realizar un ejercicio de hermenéutica con los objetivos de este Sistema General de Regalías y verificar si concuerda con los principios de la Constitución Política Colombiana. Especialmente al referente al Gasto Público Social, conexo al principio de Estado Social de Derecho, y que la Corte Constitucional ha expresado como fundamental, este gasto en el Presupuesto General de la Nación.

Para eso observaremos alguno de los objetivos de este nuevo sistema enmarcados en la Ley 1530 de 2012 en el Artículo 2, se hace una referencia de alguno de los objetivos que hacen alusión a lo social para identificar si en el algún momento se enuncia el Gasto Público Social. Y solo en estos dos objetivos de la ley se hace alusión a los servicios sociales.

2 Propiciar la adopción de mecanismos de inversión de los ingresos minero-energéticos que prioricen su distribución hacia la población más pobre y contribuya a la equidad social.

8. Incentivar o propiciar la inversión en la restauración social y económica de los territorios donde se desarrollen actividades de exploración y explotación de recursos naturales no renovables, así como en la protección y recuperación ambiental(Ley 1530, 2012).

En el objetivo estipulado en el numeral 5, se observa cómo se destina claramente los recursos para grandes proyecto de desarrollo sin tener en cuenta el Gasto Público Social:

“5) Fortalecer la equidad regional en la distribución de los ingresos minero-energéticos, a través de la integración de las entidades territoriales en proyectos comunes; promoviendo la coordinación y planeación de la inversión de los recursos y priorización de grandes proyectos de desarrollo”

Para dar más amplitud a este análisis se hace necesario mostrar alguno de los criterios utilizados de acuerdo a la Ley 1530 de 2012 en su Artículo 27, para la definición de los recursos de inversión.

1. Impacto territorial, económico, social, cultural y ambiental.

9. Destinación de recursos para inversiones físicas en educación.

12. Destinación de recursos para el desarrollo de infraestructura física para mejorar la calidad de educación(Ley 1530, 2012).

Como se observa solo se hace una pequeña alusión a lo social en el primer punto, y en otros dos puntos se hace explícito el gasto en educación que ha sido definido por la ley y algunas sentencias como un Gasto Público Social. En ninguna otra parte de la ley 1530 de 2012 se habla del Gasto Público Social o de un concepto social.

Dado que en los principios generales del Sistema General de Regalías no se habla del Gasto Público Social, debemos analizar los fondos de compensación y de desarrollo, más los recursos directos del sistema general de regalías, para estimar inicialmente que rubros se permiten financiar por cada fondo y saber si está estipulado el Gasto Público Social en ello y se han definido algunos porcentajes para los mismos.

En el Artículo 33 de la Ley 1530 de 2012 se habla del Fondo de Desarrollo Regional (FDR) el cual tendrá como objeto mejorar la competitividad de la economía, así como promover el desarrollo social, económico, institucional y ambiental de las entidades territoriales, mediante la financiación de proyectos de inversión de impacto regional, acordados entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales en el marco de los esquemas de asociación que se creen.

Los recursos del Fondo de Desarrollo Regional serán distribuidos entre los departamentos, para cada año, atendiendo los criterios de la participación del departamento en la población total del país y la pobreza relativa, medido con el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI).

En el Artículo 34 de la Ley 1530 de 2012 se define que el Fondo de Compensación Regional (FCR) tendrá como objeto financiar los proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, acordados entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales, de acuerdo con los criterios señalados en el inciso noveno del artículo 361 de la Constitución (Ley 1530, 2012).

Los recursos del Fondo de Compensación Regional serán distribuidos entre los departamentos, para cada año, atendiendo los siguientes criterios: la participación del departamento en la población total del país; la pobreza relativa, medido con el índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI); y el factor de desempleo (Ley 1530, 2012).

Del total de los recursos provenientes del Fondo de Compensación Regional del Sistema General de Regalías, se destinará un 40% para la financiación de proyectos de impacto local. De los cuales 30% será para proyectos de impacto local en los municipios más pobres del país y con cargo al 10% restante solo podrán financiarse proyectos presentados por municipios de cuarta, quinta y sexta categoría que no reciban recursos del 30% y que tengan un NBI inferior o igual al 35%, de acuerdo con criterios de población y pobreza que defina el reglamento (Ley 1744, 2014).

Para la definición y aprobación de estos proyectos sesionará el Órgano Colegiado de Administración y Decisión que se estableció por la Constitución para las asignaciones directas de los departamentos productores. Solo para este efecto, este órgano estará conformado por el delegado del Gobierno Nacional, el Gobernador o su delegado y el Alcalde.

Para acceder a estos recursos, los proyectos deberán estar debidamente estructurados y viabilizados. Así mismo, deberán ser presentados al Órgano Colegiado mencionado en el inciso anterior los cuales serán aprobados con la sola verificación de su inclusión en el plan de desarrollo municipal respectivo.

En el artículo 40 de la Ley 1530 de 2012, se especifica que los recursos de las asignaciones directas de que tratan el inciso segundo del artículo 361 de la Constitución Política y el artículo 21 de la Ley en mención, se destinarán a la financiación o cofinanciación de proyectos de inversión para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales (Ley 1530, 2012). Con los recursos de regalías y compensaciones no se financiarán gastos de funcionamiento, ni programas de reestructuración de pasivos o de saneamiento fiscal y financiero.

De acuerdo con el artículo 41, las entidades beneficiarias de los proyectos de inversión a las que se refiere el presente capítulo, realizarán la evaluación previa y registro de los mismos, en concordancia con lo previsto en la ley (Ley 1530, 2012).

Para efectos de ejecutar los proyectos que se pretendan financiar con recursos de las asignaciones directas deberán ser concordantes con el plan de desarrollo territorial, y ser formulados conforme a las metodologías y lineamientos que defina el Departamento Nacional de Planeación, en su condición de organismo nacional de planeación y en desarrollo de lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 49 de la Ley 152 de 1994.

Según lo apreciado, en la Ley 1530 de 2012 no quedó explícito cuáles rubros se pueden financiar con los recursos de regalías ni la obligatoriedad de los mismos, en algunos apartes habla de desarrollo social, pero no se identifica claramente el Gasto Público Social como tal, y no hay una diferencia especial entre los proyectos que son financiados por los fondos de desarrollo, compensación y las regalías directas. La única diferencia en la forma en cómo se reparte sus recursos entre las entidades que tiene un índice de necesidades básicas insatisfechas NBI, y que se tiene en cuenta el factor de desempleo. Indicadores que también son usados para determinar la distribución de los recursos con carácter social. Pero en ningún momento especifica en que pueden ser usados los recursos de los diferentes fondos. En la Constitución se describe que los

recursos del fondo de desarrollo y de ciencia, tecnología e innovación, tendrían un aporte para el desarrollo de las regiones y los recursos de compensación serán para proyectos de impacto local.

Pero en ninguna parte de la Ley 1530 de 2012 hace referencia en qué consiste esta diferencia, que no es de poca monta. Esto hace que el sistema no tenga una claridad sobre las obras que se pueden financiar con estos recursos, porque se podría sugerir e identificar de acuerdo a este investigación que el fondo de compensación y las regalías directas asumirían el componente de Gasto Público Social, y que los fondos de ciencia, tecnología e innovación y desarrollo, serían los fondos con lo que se financiarían las obras de envergadura o las grandes obras de desarrollo como lo ha dado a entender el gobierno nacional. Pero a la fecha no se ha realizado esta diferenciación, generando así un área de trabajo de futuras investigaciones en la definición de los proyectos posibles a financiarse con los recursos de los fondos de regalías que tanto se requiere por el momento.

Para definir mejor la existencia de un Gasto Público Social en el Sistema General de Regalías, en el cual se enmarque claramente los rubros en que pueden ser invertidos estos recursos recurriremos a varias sentencias sobre la anterior forma de distribución de las regalías en las cuales se define. Los constituyentes de 1991 buscaron que las fuentes exógenas de financiación de las entidades territoriales, principalmente las regalías, fueran destinadas a cumplir los objetivos del artículo 366 superior, es decir, a atender las necesidades básicas insatisfechas y a garantizar la prestación de servicios esenciales como la salud, la educación, el saneamiento básico y el agua potable, prioritarios y principales en el Estado Social de Derecho, objetivos cobijados por la amplia gama de funciones atribuidas por la nueva Constitución a las entidades territoriales (Sentencia C-624, 2013).

El destino de las regalías era la inversión y el gasto social, pues además de compensar el impacto ambiental de los proyectos extractivos, los constituyentes buscaron que las regalías ayudaran al desarrollo de todas las regiones y sirvieran como herramienta de redistribución del ingreso. Esta interpretación era defendida por la Corte Constitucional, quien avalaba que el Legislador impusiera destinos específicos para los recursos de las regalías, siempre y cuando estuvieran dentro del ámbito de la inversión social, según los mandatos de la Carta, y la regulación persiguiera el uso eficiente de los recursos. Por ejemplo, en la sentencia C-567 de

1995, la Corte avaló que el legislador señalara en la Ley 141 de 1994, como áreas prioritarias destinatarias de las regalías directas, el saneamiento ambiental y la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales. La Corte explicó:

“La Corte Constitucional encuentra que las disposiciones contenidas en las partes acusadas de los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, son de carácter indicativo y general que se ocupan de ordenar unas medidas razonables relacionadas con la planeación del gasto de inversión social y en la definición de unas reglas por las cuales se establecen las correspondientes reglas de prioridad del gasto que se debe atender con los recursos nacionales provenientes de las regalías, atendiendo, en buena medida, a la experiencia histórica concreta del inmediato pasado en materia de la falta de una orientación racional y de planeación técnica de la orientación de las inversión de los recursos mencionados”(Sentencia C-624, 2013).

Luego, en la sentencia C-207 de 2000, la Corporación encontró ajustado a la Carta que la Ley 141 también señalara como destino de las regalías indirectas los proyectos de energización. En la sentencia C-509 de 2008, este Tribunal, con argumentos similares, declaró exequible disposiciones de la Ley 141 que ordenaban la transferencia específica de cierto porcentaje de regalías indirectas a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena, con el fin de realizar labores de preservación y protección del ambiente en su jurisdicción.

Posteriormente, en la sentencia C-240 de 2011, se avaló la redistribución de algunos recursos del Fondo Nacional de Regalías para mitigar los daños causados por una fuerte ola invernal, evitar la propagación de sus efectos y prevenir desastres futuros. Sin embargo, la normativa y la jurisprudencia permitían a las entidades territoriales elegir los proyectos específicos a financiar con las regalías, a través de la definición de áreas prioritarias dentro de sus planes de desarrollo. (Sentencia C-624, 2013).

El Constituyente y la jurisprudencia constitucional habían hecho énfasis en que los proyectos a financiar debían ser aquellos definidos por las propias entidades territoriales como prioritarios. De esta forma, se buscaba promover el autogobierno de las entidades territoriales y la

participación de todos los ciudadanos, articulados en el sistema de planeación, en la definición de los destinos de los departamentos, distritos y municipios. (Sentencia C-624, 2013).

Además, como se explicó, en la sentencia C-010 de 2013 al examinar una demanda contra el Acto Legislativo 05 de 2011 bajo el cargo de sustitución parcial de la Carta Política, las regalías en el nuevo esquema constitucional continúan siendo un recurso exógeno de las entidades territoriales, por cuanto son ingresos del Estado respecto de los cuales aquellas solamente tienen un derecho de participación. Esto explica que en el nuevo texto superior se siga otorgando al Legislador una amplia libertad de configuración en materia de distribución de las regalías entre las entidades territoriales. Además, las regalías siguen teniendo un destino eminentemente territorial relacionado con el desarrollo regional y la erradicación de la pobreza (Sentencia C-624, 2013).

Por ello no cabe duda de que la Ley 141 de 1993 también encuentra fundamento constitucional en las otras disposiciones de la Carta Política según las consideraciones contenidas en la sentencia C-478 de 1992, en el sentido de que las participaciones de las regalías y compensaciones no son situado fiscal ni participación de los ingresos corrientes de la nación, y, además en cuanto asegura que las inversiones públicas deben estar encaminadas a ser parte de los planes generales de desarrollo a nivel departamental o municipal y en buena parte para la atención de necesidades básicas insatisfechas (Sentencia C-567, 1995).

De igual modo es claro que, de conformidad con la Constitución Política, con los recursos provenientes de regalías no asignadas por la ley a departamentos, municipios o puertos en los que los recursos se producen o transportan, se debía crear el Fondo Nacional de Regalías, para que sus recursos se destinen a todas las entidades territoriales según criterios que corresponde señalar a la ley, para promover la minería y financiar proyectos de inversión prioritarios, según planes de desarrollo.

Por lo que corresponde a la demanda contra los artículos 14 y 15 cabe destacar que la definición de las áreas sociales a las cuales se dirigen las regalías es similar al tratamiento que utilizó el legislador en la Ley 60 de 1993, y que fue estudiado en su oportunidad por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

"En tal sentido, el Estado debe dirigir su acción a la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable para la reducción de la pobreza elevada del país, a fin de disminuir la desigualdad de oportunidades de las personas que habitan las diferentes regiones del país, como se deduce claramente de los preceptos constitucionales consignados en los artículos 365 y siguientes de la Carta Política de 1991(Sentencia C-567, 1995).

De esta manera, la definición de los porcentajes fijos de inversión en los sectores sociales prioritarios de que trata la Ley 60 de 1993: educación, salud, agua potable y saneamiento básico y cultura, deporte y recreación, tiene como fundamento básico la necesidad de asegurar el logro de los objetivos sociales consagrados en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo (Sentencia C-567, 1995).

Ello supone que dentro del criterio de unidad nacional, existen algunas áreas prioritarias en las cuales se deben señalar directrices por el Legislador, a iniciativa del Gobierno Nacional, para el efectivo cumplimiento de las finalidades esenciales del Estado de servir a la comunidad y promover la prosperidad general (artículo 2o. C.P.)" (Sentencia C-567, 1995).

En concepto de la Corte esta jurisprudencia sirve para interpretar lo concerniente a la constitucionalidad de los artículos 14 y 15 acusados en la medida en que la distribución de los porcentajes que allí se establece resulta de la política general de gasto público social, en la que no se puede descuidar lo señalado por el artículo 339 en lo que se refiere a los planes de desarrollo departamental y municipal; en efecto, el inciso segundo del artículo 339 de la Constitución Nacional advierte con claridad que:

"(...) las entidades territoriales elaborarán y adoptarán de manera concertada entre ellas y el gobierno nacional, planes de desarrollo, con el objeto de asegurar el uso eficiente de sus recursos y el desempeño adecuado de las funciones que les hayan sido asignadas por la Constitución y la ley"(Sentencia C-567, 1995).

Además, es claro que según lo dispuesto por el artículo 359 numeral 1o. de la Carta Política, la ley puede señalar la destinación específica de las rentas nacionales en las que participen los departamentos y municipios y que lo que se establece por las partes acusadas de los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994 es ejercicio de esta competencia, ya que la mencionada renta recibida

por la explotación de los recursos naturales no renovables es nacional, por pertenecer exclusivamente al Estado y en ella deben participar los departamentos y municipios en los términos establecidos en la ley, todo lo cual permite al legislador establecer la destinación de los recursos de las regalías (Sentencia C-567, 1995).

La Corte Constitucional encuentra que las disposiciones contenidas en las partes acusadas de los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, son de carácter indicativo y general que se ocupan de ordenar unas medidas razonables relacionadas con la planeación del gasto de inversión social y en la definición de unas reglas por las cuales se establecen las correspondientes reglas de prioridad del gasto que se debe atender con los recursos nacionales provenientes de las regalías, atendiendo, en buena medida, a la experiencia histórica concreta del inmediato pasado en materia de la falta de una orientación racional y de planeación técnica de la orientación de las inversión de los recursos mencionados (Sentencia C-567, 1995).

3.6. Los Recursos de Regalías Son Limitados

El Gasto Público Social en el capítulo primero observamos como la Corte Constitucional, lo definió como el gasto de inversión y de funcionamiento, lo cual hace generar inquietudes en esta investigación dado la prohibición a financiar gastos de funcionamiento con recursos de regalías independiente de si son sociales o no. Según el artículo 59 del acuerdo 13 de 2012 de la comisión rectora del Sistema General de Regalías. Los recursos de regalías no pueden usarse en gastos recurrentes. El artículo 3° de la Ley 617 de 2000 definió que los gastos de funcionamiento de las entidades territoriales deben financiarse con sus ingresos corrientes de libre destinación, de tal manera que estos sean suficientes para atender sus obligaciones corrientes, provisionar el pasivo prestacional y pensional; y financiar, al menos parcialmente, la inversión pública autónoma de las mismas. En todo caso, no se podrán financiar gastos de funcionamiento con recursos de las regalías y compensaciones. Es importante resaltar que la exposición de motivos de la Ley 617 insistía en que si se pagaban gastos de funcionamiento con recursos no recurrentes, como las regalías, ello implicaba generar gastos futuros sin que se contaran con recursos para su pago, situación en la que incurrieron algunas entidades territoriales, que a la postre llevo a la imposibilidad de pagar otros compromisos, como la deuda pública o el pasivo pensional.

También se prohibió con los recursos de asignaciones directas y compensaciones de regalías se pagaran gastos de funcionamiento. Efectivamente, se sostuvo en la exposición de motivos del acto legislativo, que para el periodo 2005-2010, de las principales causas de irregularidades en el uso de regalías y compensaciones, era precisamente la violación de la legislación al financiar gastos de funcionamiento con recursos de regalías.

Es claro, el problema con nuestros recursos de regalías, la definición de Gasto Público Social en el propio sistema hace que se deban financiar gasto de carácter social, pero con características de funcionamiento y como estos recursos tiene una característica de variabilidad en el tiempo, que no aseguran una sostenibilidad, nos hacen reflexionar sobre la viabilidad de estos recursos como gastos sociales que tiene características de funcionamiento y como observamos en el capítulo 2 de este trabajo de tesis, hacen muy difícil garantizar su financiación en el tiempo. Para nuestra investigación es importante el nuevo principio que se ha refrendado en la Constitución Política colombiana como lo es la sostenibilidad fiscal que busca preservar en el tiempo los recursos que ejecuta el Estado, en todas sus áreas de inversión, para ellos es necesario revisar los principios del Sistema General de Regalías y la característica de los proyectos de inversión de las regalías para comprender como este principio puede afectar el Gasto Público Social es este sistema, dado que estos recursos son temporales y limitados en el tiempo.

Según el Artículo 62, de la Ley 1530 de 2012, los principios del Sistema Presupuestal del Sistema General de Regalías son: de planificación regional; programación integral; plurianualidad, coordinación, continuidad; desarrollo armónico de las regiones; concurrencia y complementariedad; inembargabilidad; publicidad y transparencia.

En estos principios podemos apreciar específicamente en el principio de Programación integral Artículo 64, de la Ley 1530 de 2012. El cual define, los proyectos de inversión registrados en el banco de programas y proyectos de inversión del Sistema General de Regalías incorporarán, en forma integral, todos los gastos asociados al respectivo proyecto inversión, sin que los mismos correspondan a gastos corrientes, entendidos estos como gastos recurrentes que son de carácter permanente y posteriores a la terminación del proyecto.

Como los proyectos a ser financiados con regalías no deben tener una duración prolongada en el tiempo esto haría que algunos proyectos que cuentan con personal de funcionamiento no se puedan aprobar con estos recursos, así tengan gasto de carácter social, lo cual está especificado en las reglas generales para los proyectos financiados con regalías. Los proyectos de inversión susceptibles de ser financiados con los recursos del Sistema General de Regalías deben estar en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales. Una de las características de dichos proyectos es la sostenibilidad, entendida como la posibilidad de financiar la operación y funcionamiento del proyecto con ingresos de naturaleza permanentes.

En conclusión basados en el principio de la sostenibilidad fiscal, los recursos de regalías no podrán ser objeto de algún tipo de acción judicial para el cumplimiento de la financiación de algún gasto social con un componente fuerte en funcionamiento, por contar con recursos inestables en el tiempo y no poder garantizar con ella la sostenibilidad fiscal. Ejemplo sería el alcalde que quiere financiar el pago de monitores con recursos de regalías para mejorar la calidad de la educación en su municipio, un gasto que se aprecia su característica de gasto de funcionamiento. O como ha debatido constantemente, por la escasez de los recursos para las víctimas desplazadas por la violencia, o las más recientes voces, que han criticado la falta de recursos para el posconflicto, quieran destinar los rubros de regalías utilizando la calidad de gasto social que tienen ellos, para exigir vía judicial (acción de tutela) el uso de los mismos en estos procesos. Sin tener presente que estos recursos deben garantizar la constancia de los mismos en el tiempo, base de la sostenibilidad fiscal, y que claramente los recursos de regalías no favorecen por ser volátiles en el tiempo.

El uso eficiente de las regalías indudablemente incide sobre el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio nacional, especialmente los más vulnerables desde el punto de vista socio-económico. Las regalías dada la precariedad de las finanzas de muchas entidades territoriales, son una herramienta indispensable para promover el progreso a través de la inversión y el gasto social. (Sentencia C-624, 2013).

4. CAPÍTULO CUARTO

4.1. El Análisis Económico Del Derecho

El análisis económico del derecho nos hace tomar conciencia de cuanta responsabilidad tiene el Derecho en el desarrollo de un país. Reglas claras, jueces honestos y normas predecibles no solo tienen que ver con el bienestar individual, sino con el bienestar agregado. Hoy ya sabemos que “el mal Derecho” nos cuesta varios puntos en el crecimiento del PIB y reduce las inversiones. Hoy sabemos que “el mal Derecho” no solo genera injusticia, sino además, subdesarrollo (Anglas Castañeda, 2008, pág. 208).

El análisis económico del derecho pretende relacionar a la economía y al Derecho como un modo de abordar interdisciplinariamente fenómenos sociales determinados. El análisis económico del derecho consiste en la aplicación del análisis económico al estudio del funcionamiento del sistema jurídico, de los problemas más importantes en el Derecho. No se reemplaza el razonamiento jurídico sino se busca complementarlo (Anglas Castañeda, 2008, pág. 3). Hay un interés creciente entre economistas y académicos del derecho en el uso de las teorías y los métodos empíricos característicos de la economía con miras a ampliar la comprensión del sistema jurídico (Landes & Posner, 2011, pág. 79). Así pues, el Análisis Económico del Derecho AED se configura como la aplicación de la teoría económica al examen de la formación, estructura y efectos de las leyes e instituciones jurídicas, tomando en cuenta los efectos económicos y sociales (Ramírez de Aguilera, Pomares Hernandez, & Rama Matias, pág. 332).

Se inicia con el convencimiento que hay que tener en cuenta que no es posible entender las instituciones jurídicas únicamente con argumentos legales, es esencial considerar los efectos económicos que tales instituciones tienen sobre la sociedad y qué resultados generan para los ciudadanos (Anglas Castañeda, 2008, pág. 8). La economía, de acuerdo con una antigua definición que todavía goza de gran aceptación, es la ciencia que estudia la gestión de la escasez, la adopción de decisiones humanas en situaciones en las que los recursos disponibles para atender diversos fines tienen diferentes usos alternativos y son escasos. Repárese en que, de acuerdo con esta definición, la economía no se ocuparía de determinadas clases de actividades (la agricultura, la industria, la banca, el comercio, el turismo, etc.), sino de un aspecto de la conducta humana, el

que deriva de la influencia que sobre ella ejerce la escasez. En la medida en que tal aspecto esté presente, cualquier conducta humana puede ser objeto de esta ciencia (Doménech Pascual, 2013, pág. 3). La aplicación de la economía al derecho no es en sí controvertida. Lo que es nuevo y controvertido es la variedad de problemas del campo jurídico a los que se aplica ahora la economía (Landes & Posner, 2011, pág. 80).

El estudio de los problemas económicos siempre ha tenido que considerar, para hacer viable sus planteamientos, el ordenamiento jurídico. De igual manera, los propios juristas que se han preocupado por el contexto social o medio en el cual se aplica la norma han tenido que apreciar el fenómeno económico. Las acciones económicas han influido parcialmente en la categorización del derecho y los problemas económicos deben ser resueltos por la máquina legal (Anglas Castañeda, 2008, pág. 14).

La idea de que las distintas ramas del conocimiento tienen fundamentos propios, diferenciados claramente entre sí, ha facilitado el desarrollo autónomo de cada una de las ciencias sociales, pero al mismo tiempo ha dificultado el entendimiento de las relaciones existentes entre las distintas formas de conocimiento y, sobre todo, ha hecho que la comprensión de la realidad que tienen la mayoría de los académicos de las ciencias sociales, incapaces muchas veces de ver los fenómenos sociales en toda su complejidad, sea pobre y enormemente reduccionista (Morales de Setien Ravina, 2011, pág. 66).

El AED consiste en estudiar, bien con una finalidad práctica o bien con una finalidad puramente cognoscitiva, las normas jurídicas aplicando los conocimientos y métodos proporcionados por la economía (Doménech Pascual, 2013, pág. 3).

El análisis económico puede ser *positivo* o *normativo*. En el primer caso, se estudia cómo actúan realmente las personas en condiciones de escasez, cómo asignan, de hecho, sus limitados recursos. En el segundo, se trata de formular juicios acerca de lo que debería hacerse, sobre cómo deberían emplear las personas sus recursos para maximizar la satisfacción de ciertos fines. El AED plantea los problemas jurídicos como problemas económicos (Doménech Pascual, 2013, pág. 3).

El AED puede hacerse igualmente desde un plano positivo o normativo. La manera como influyen determinadas circunstancias reales en el contenido y forma de ciertas decisiones jurídicas. La teoría económica se ha utilizado para explicar, por ejemplo, por qué ciertas regulaciones legislativas adoptan determinados contenidos y no otros, o cómo influyen los sistemas retributivos de los jueces o su ideología sobre el sentido de sus decisiones.

4.1.1 Las bases del análisis económico del derecho

Es imposible comprender la lógica del análisis económico del derecho si no se entienden los tres presupuestos principales que fundamentan la mayor parte de las obras sobre análisis económico: la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismos de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos (Morales de Setien Ravina, 2011, pág. 44).

Entre el derecho y la economía existe un elemento central: la eficiencia. Al enfrentar, tanto la economía como el derecho el problema de la escasez de recursos y como asignarlos, se busca siempre una solución socialmente eficaz (Anglas Castañeda, 2008, pág. 9). En la economía clásica, la eficiencia es el principal instrumento para evaluar y comparar las decisiones económicas. En sociedades en las que se ha escogido el libre mercado como forma de organización de la economía es difícil separarse de la eficiencia como criterio de valoración de los resultados de su funcionamiento (Morales de Setien Ravina, 2011, pág. 47).

La mayoría de los análisis económicos del derecho utilizan un criterio de eficiencia, el criterio de Kaldor- Hicks, que parte de un supuesto mucho más cercano a lo que ocurre en la realidad cuando se torna una determinada medida legal: la situación de algunos sujetos empeorará y la de otros mejorará. Para valorar la eficiencia según este criterio, lo relevante es que las ganancias en utilidad del grupo beneficiado sean superiores a las del grupo perjudicado, es decir, que las ganancias de unos compensen las de otros (Morales de Setien Ravina, 2011, pág. 48).

Cuando se habla de un análisis costo beneficio, no se está hablando de dinero necesariamente, sino de los motores de la conducta humana, y éstos son bienestar y malestar. Lo que hace el análisis económico del derecho es establecer las relaciones que existen entre ellos para poder determinar el comportamiento de los individuos (Anglas Castañeda, 2008, pág. 15).

4.1.2. Las principales contribuciones del análisis económico del derecho

En sus orígenes, el alcance del Análisis Económico del Derecho se limitó al análisis de las instituciones jurídicas de claro contenido económico, en las que resultaba relativamente clara, la aplicabilidad del instrumental del análisis de los mercados (Ramirez de Aguilera, Pomares Hernandez, & Rama Matias, pág. 333). Los académicos dedicados al estudio del derecho económico estaban ahora listos para dar un paso más allá y aplicar la lógica de la economía a ramas del derecho ajenas al mercado. La lógica económica se convertiría en un modelo explicativo general de las normas y conductas jurídicas y trasladaría el ideal de la eficiencia a todas las áreas del derecho (Morales de Setien Ravina, 2011, pág. 25).

El análisis económico puede ser útil para diseñar reformas del sistema jurídico. Si el sistema legal estuviera, pensado sistemática y efectivamente para maximizar la eficiencia económica, la relevancia del análisis económico de las normas sería muy pequeña. En efecto, lo que se observa son áreas del derecho que parecen tener una lógica económica fuerte y coherente (Landes & Posner, 2011, pág. 92).

Uno de los principales presupuestos del AED, se centra en el teorema diseñado por Ronald Coase cuyo primer postulado establece lo siguiente:

“En ausencia de costos de transacción, las partes intervinientes en un acuerdo llegarán siempre a la solución más eficaz con independencia de cuál sea la asignación inicial de derechos que haga un sistema jurídico”.

Nos advierte sobre las implicaciones y retroalimentaciones entre el sistema jurídico y el sistema económico, hasta el punto que un inadecuado desarrollo legislativo puede generar la presencia de fallos de mercado y por tanto asignaciones ineficientes (Ramirez de Aguilera, Pomares Hernandez, & Rama Matias, pág. 333).

Así lo plantea el mismo Coase en el segundo postulado de su teorema:

“Si los costos de transacción van a impedir celebrar una negociación que produzca una redistribución eficiente de los derechos, el sistema jurídico podría efectuar una asignación de derechos que condujera a la situación más eficiente”.

Los académicos del derecho son en general más felices predicando la reforma del sistema jurídico que intentando comprender cómo funciona. El resultado de la preferencia por el análisis normativo es que nuestro conocimiento del sistema jurídico es pobre, incompleto y asistemático lo cual, irónicamente, es una situación que hace muy difícil proponer reformas sensatas del sistema (Landes & Posner, 2011, pág. 99).

El desarrollo del Análisis Económico del Derecho, ha venido marcado por el progresivo enriquecimiento de su contenido y alcance, tanto por la aparición de nuevos tópicos y técnicas en la Ciencia Económica, como por la progresiva aplicación a áreas jurídicas no estudiadas hasta entonces (Ramírez de Aguilera, Pomares Hernandez, & Rama Matias, pág. 334). El análisis económico del derecho de la competencia y de los problemas de regulación explícitamente económica todavía es un campo de estudio boyante y, junto con el estudio económico de la tributación, de las sociedades mercantiles y de los títulos valores cotizados en bolsa, otras áreas del "viejo" análisis económico del derecho, continuará siendo un importante componente del campo general del análisis económico del derecho (Landes & Posner, 2011, pág. 82).

Una crítica sostiene que puesto que la economía tiene sus limitaciones. Por ejemplo, no existe una teoría económica ampliamente aceptada sobre la distribución óptima del ingreso y la riqueza, el jurista puede prescindir de ese enfoque o incluso rechazarla hasta que esas limitaciones se superen. Eso es equivalente al absurdo de decir que un método carece de importancia a menos que sea a la vez universal e incuestionable (Landes & Posner, 2011, pág. 106). Dejando a un lado los ámbitos de aplicación que han surgido a raíz de la aplicación de nuevas técnicas de análisis en la evolución reciente del Análisis Económico del Derecho se observa una preocupación creciente por los temas relativos a los problemas de eficiencia que genera la regulación, así como a los problemas que plantea la intervención del Estado en la economía (Ramírez de Aguilera, Pomares Hernandez, & Rama Matias, pág. 337).

4.1.3. Algunas críticas dirigidas al análisis económico del Derecho

La cuestión de los fines se ha dicho que el Derecho no es susceptible de ser analizado económicamente, porque las personas y el ordenamiento jurídico persiguen fines no exclusivamente económicos, que no son tenidos en cuenta, en absoluto o no como es debido, por

la ciencia lúgubre. En esta línea, ciertos juristas contraponen a veces los intereses económicos con intereses de otro tipo, y llegan a sostener incluso que algunos de éstos deben prevalecer sobre aquéllos. Recordemos la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la que se afirma la existencia de un “principio general (...) según el cual debe atribuirse incontestablemente un carácter preponderante a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas”. Sin embargo, la economía es enteramente neutral respecto de los fines. La economía pretende explicar cómo actúan las personas cuando los recursos de que disponen son escasos para el cumplimiento de sus fines, y qué decisiones deberían adoptar, cómo deberían emplear dichos recursos, para lograr maximizar la satisfacción de esos fines, cualesquiera que éstos sean. La economía no nos dice en modo alguno qué metas últimas debemos perseguir (Doménech Pascual, 2013, pág. 21).

Al AED se le ha criticado su postulado de que la eficiencia debe ser el único objetivo de las normas jurídicas, pues, advierten los críticos, entre la eficiencia y la justicia (distributiva) hay un conflicto. Sin embargo, aquí se está criticando una determinada versión del AED que no es obligado compartir. Richard Posner sostuvo inicialmente, desde luego, que lo que el sistema jurídico debe perseguir no es la maximización de la utilidad, entendida como sinónimo aproximado de felicidad, sino la maximización de la riqueza, entendida aproximadamente como lo que estarían dispuestos a pagar los hombres por los bienes existentes. Interesa resaltar que, de acuerdo con este criterio, lo importante es aumentar la riqueza global, poner cada recurso en manos de la persona que está dispuesta a pagar más por él, siendo indiferente el hecho de que los recursos queden más o menos repartidos; un sistema que produce diez billones de dólares de riqueza concentrada en unas pocas personas es preferible a otro que sólo genera nueve billones distribuidos entre toda la población. Este criterio coincide esencialmente con el de la eficiencia, en sentido Kaldor-Hicks: un resultado es más eficiente que otro si quienes ganan con él pueden compensar a los que pierden, de modo que nadie salga perjudicado, si bien no es necesario que los compensen efectivamente (Doménech Pascual, 2013, pág. 22).

Ésta es, sin embargo, una posición que ya ni siquiera el propio Posner sostiene. Hoy existe cierto consenso entre los juristas-economistas acerca de que las cuestiones distributivas importan. Lo que el Derecho debería maximizar no es la riqueza, sino el bienestar social, que también depende, entre otros factores, de cómo esté repartida la misma.

La distribución de la riqueza importa, cuando menos, por las siguientes razones. De un lado, por la utilidad marginal decreciente de la renta, que hace que cada unidad adicional de renta reporte mayor bienestar a los pobres que a los ricos, por lo que transferirla desde estos segundos a los primeros incrementa, *ceterisparibus*, el bienestar agregado del conjunto de los individuos que integran la sociedad (Doménech Pascual, 2013, pág. 22).

De otro lado, por la circunstancia de que el bienestar de algunas personas puede depender directamente de cómo está distribuida la riqueza, por ejemplo porque éstas sufren al saber que hay gente pobre. Ahora bien, muchas veces, resulta razonable obviar, y *de facto* se obvian, las cuestiones distributivas al analizar económicamente problemas jurídicos concretos. Al contrario, la mejor a estos efectos suele ser emplear únicamente los sistemas tributario y de protección social. Así, por ejemplo, las normas que regulan el justiprecio no atienden a razones distributivas. La cuantía del justiprecio no se hace depender de la riqueza del expropiado o del beneficiario. La mejor manera de corregir las desigualdades eventualmente existentes entre propietarios no es pagar un justiprecio mayor a los más pobres. Estas desigualdades se corrigen más adecuadamente haciendo pagar más impuestos a los propietarios más ricos o prestando más ayuda social a quienes más la necesitan (Doménech Pascual, 2013, pág. 23).

4.2. Análisis Económico del Derecho del Sistema General de Regalías

Este punto lo realizaremos teniendo en cuenta la eficiencia como punto central para comparar la anterior distribución de los recursos de regalías y con el nuevo Sistema General de Regalías, y tener claridad que puntos del nuevo sistema deben ser mejorados:

4.2.1. Desconcentración de los recursos y retribución de los recursos a todos los territorios.

Anteriormente los recursos de regalías minero energéticas financiaban de forma principal las regiones productoras de los mismos. Los recursos de regalías se distribuían entre los productores (80%) y el Fondo Nacional de Regalías - FNR (20%). Las asignaciones directas debían destinarse a alcanzar las metas de coberturas, para financiar los proyectos priorizados incluidos en sus planes de desarrollo. Así estas regiones no podían invertir estos recursos en otros rubros sin que primero cumplieran con los porcentajes mínimos de cobertura en servicios sociales.

Los recursos restantes se destinaban para el Fondo de Nacional de Regalías. Con recursos del FNR, se financiaban proyectos atendiendo los acuerdos sectoriales expedidos por el Consejo Asesor. Estos recursos se distribuían en los territorios del país de acuerdo a los proyectos presentados para ser financiados con este fondo, el cual no contaba, con una definición para la distribución de estos recursos entre todas las entidades territoriales del país, especialmente las de zona más apartadas y como mayor índice de necesidades básicas insatisfechas, dada la baja capacidad de estos entes regionales para estructurar proyectos de calidad. Presentándose un desequilibrio en la asignación de los recursos entre las regiones, haciendo con ello, que se diera una concentración de recursos hacia las entidades con mayor capacidad técnica para estructurar los proyectos a ser financiados, acentuándose las brechas entre regiones.

La distribución de los ingresos establecida en el artículo 361 de la Constitución Política y en la Ley 1530 de 2012 que regula la organización y funcionamiento del SGR, generó un impacto positivo indiscutible en estas tres dimensiones de la equidad. Primero, generar ahorros para épocas de escasez, promover el carácter contra-cíclico de la política económica, y mantener estable el gasto público a través del tiempo. Este es un concepto de equidad intergeneracional. Segundo, un mecanismo de inversión de los ingresos minero-energéticos que priorice su distribución hacia la población más pobre y contribuya a la equidad social. Tercero, el reconocimiento de los recursos del subsuelo como una propiedad de todos los colombianos, debe favorecer el desarrollo regional de todos sus departamentos y municipios.

En ahorro para la estabilidad y el futuro, de un promedio de \$442.000 millones anuales ahorrados en el Fondo de Ahorro y Estabilización Petrolera (FAEP) entre el 2006 y el 2011, con el SGR se pasó a un ahorro anual promedio de \$1.6 billones entre el 2012 y 2014 en el Fondo de Ahorro y Estabilización (FAE). En materia de equidad social, con la creación del Fondo de Compensación Regional, que tiene como objeto financiar proyectos de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, se destina cerca del 25% de los recursos del Sistema a la población con mayores niveles de pobreza y necesidades básicas insatisfechas. Asimismo, los demás Fondos de inversión y ahorro del SGR se distribuyen entre las entidades territoriales incorporando como criterios centrales, las Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI) y el desempleo.

En cuanto a equidad regional, si bien la Constitución Política mantuvo el derecho de las entidades territoriales en cuyos territorios se explotan o a través de los cuales se transportan los recursos naturales no renovables, de participar y ejecutar directamente los ingresos de regalías y compensaciones. Se definió una distribución en la cual los recursos de inversión regional se distribuirían un 20% para las asignaciones directas y un 80% para los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional, en los cuales participan todos los departamentos del país incluyendo igualmente a las entidades productoras. Con el SGR, los 32 departamentos y 1.088 municipios reciben ingresos por concepto de regalías.

Se mantienen las asignaciones directas en un menor porcentaje y los recursos restantes se distribuyen a todo el país, a través de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación, de Desarrollo Regional y de Compensación Regional, de Ahorro y Estabilización y FONPET. El nuevo Sistema General de Regalías, distribuyen estos recursos hacia todos los municipios del país, con una prioridad hacia los territorios productores, al igual que con la creación del fondo de compensación, por los primeros 30 años, se destinan los recursos en un mayor porcentaje hacia los municipios de categoría cuarta, quinta y sexta, que son los municipios en el país que tienen las mayores tasa de necesidad básicas insatisfechas y desempleo, dado que son estos municipios con menores recursos propios para invertir (impuestos de industria y comercio, predial, tasa a la gasolina y los de valorización). Lo que ha hecho es que estos recursos de regalías se conviertan en la fuente principal para financiar obras de inversión en estos municipios.

4.2.2. Definición de lo rubros que se deben financiar

La Ley 141 de 1994, define como áreas destinatarias de las regalías directas, el saneamiento ambiental y la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales. Los recursos no podrán ser modificados para cubrir otras áreas, sin que se hayan logrado las coberturas de los mismos.

El nuevo sistema habla que los recursos se invertirán en el desarrollo y mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades, pero no especifica en que sectores se deben financiar con recursos de regalías, habla el artículo 27 de la Ley 1530 de 2012, de la inversión en plantas

físicas para la educación, y salvo el fondo de ciencia y tecnología, no se expresa la obligatoriedad de rubros sociales para los fondos de desarrollo y compensación. Por eso, el Congreso de la Republica y el Gobierno Nacional han buscado los mecanismo para limitar las votaciones dentro de los OCAD regionales, y buscar que se hagan una buena elección de los proyectos a financiarse, se ha recurrido al voto positivo del Gobierno en los OCAD para aprobar los proyectos, en el Artículo 31 del Presupuesto del Sistema General de Regalías para los años 2013-2014 (Ley 1606, 2012), con lo cual conseguían vetar los proyectos que no tuvieran el perfil que buscan el Legislador y el Gobierno Nacional. En la Sentencia C-624 de 2013 la Corte Constitucional es consciente de los inconvenientes que presentan algunos proyectos de regalías, que no impactaran en el objetivo de este Sistema, pero que la medida que tomo el Legislativo del voto positivo del Gobierno Nacional en los OCAD restringe la autonomía de las misma, además se aumenta el control del Gobierno Nacional con lo que se iría en contra descentralización administrativa que procura la Constitución Política, es por ello que el voto positivo en los OCAD por parte del gobierno es derogado (Sentencia C-624, 2013).

En el Presupuesto General del Sistema General de Regalías para los años 2015 y 2016 en su Artículo 40, habla de la evaluación de proyectos por parte de los Órganos Colegiados de Administración y Decisión (OCAD), la Comisión Rectora implementará un sistema de evaluación basado en puntajes, el cual estará fundamentado en criterios de relevancia, objetividad, pertinencia, sostenibilidad, impacto social y consistencia con las prioridades señaladas por los Planes de Desarrollo de los respectivos entes territoriales. (Ley 1744, 2014).

El sistema de evaluación por puntajes consolidará la información pertinente y necesaria para consulta, así como las razones y criterios para la aprobación o desaprobación de los proyectos sometidos a consideración de los OCAD. El Departamento Nacional de Planeación propondrá a la Comisión Rectora, para su aprobación, el diseño y la estructura del sistema de evaluación por puntajes, basado en las características y criterios establecidos en los artículos 23 y 27 de la Ley 1530 de 2012, y será el responsable de su adecuada administración.

Aquí observamos como el Legislativo y el Gobierno Nacional han tenido que recurrir a la implementación de mecanismos a través de la Ley de Presupuesto del Sistema para lograr que los recursos de regalías sean bien invertidos. Por eso, las medidas tomadas en la Ley 141 de

1994, definían las áreas a invertir, con el fin de lograr una correcta planeación de las inversiones de tipo social. Es clave entonces, pensar en tomar de nuevo estos indicadores desde la legislación para mejorar en la pertinencia de escoger los proyectos a financiar con regalías que impacten en los gastos de carácter social.

Es claro que el nuevo Sistema debe definir con mayor claridad el uso de los fondos de desarrollo y compensación, porque los dos fondos se crearon con filosofías diferentes, en la práctica, solo se diferencian en la forma de distribuir sus recursos, dado que la elección de los proyectos a financiarse es de igual, y es importante que se hiciera una diferenciación de las áreas que pueden ser financiadas para cada uno.

Se podría hablar que el fondo de compensación y más las regalías directas, deban centrarse en financiar las áreas que tienen servicios sociales como se consideraba en la Ley 141 de 1994, tendiendo claridad que estas inversiones serán en proyectos con tiempo limitado, en el que no se tenga gasto recurrentes como se ha definido a lo largo de esta tesis. Dado que, al definir las áreas en que pueden ser invertidos estos recursos, se podría considerar la eliminación de los OCAD para los proyectos de regalías directas, como el Fondo de Compensación, cuyos recursos se encuentran dirigidos hacia los municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, para evitar el desgaste administrativo que se presenta en estos la escogencia de los proyectos por parte de los OCAD y se lograría mayor agilidad en la ejecución de los recursos.

El fondo de desarrollo debería servir para financiar como su nombre lo indica, la construcción de obras de envergadura como inicialmente ha querido el Gobierno Nacional, por tanto se debe continuar con los OCAD para que se permita a todos los actores del desarrollo del país contar con voz y voto en la escogencia de los proyectos.

4.2.3. Complementariedad del Presupuesto General de la Nación y el Presupuesto General del Sistema General de Regalías

La Constitución Política ha definido que los recursos públicos se deben invertir con pertinencia y complementariedad, es por esto que los proyectos financiados con recursos provenientes de las regalías, se deben armonizar a los proyectos financiados con recursos de los

municipios y los recursos del Presupuesto General de la Nación, como son los provenientes del Sistema General de Participación, los cuales tienen unos rubros específicos a financiar, para que no se presenten inversiones sin planeación y coordinación.

En esta investigación se ha realizado una evaluación de algunos proyectos que han sido financiados con recursos de regalías, entre los cuales se debe hacer hincapié a dos proyectos en especial, que han generado toda clase de duda, por su falta de pertinencia. Debe tomar el Gobierno correctivos para que esta clase de proyectos sean financiados con otras fuentes y no con recursos de regalías, por ser temporales, ellos son: la construcción de un cementerio en el departamento de Arauca por el orden de los 600 millones de pesos y el proyecto de subsidio a la población de estratos 1 y 2 de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo en el municipio de Neiva departamento del Huila por el orden de 3,500 millones de pesos. Estos dos proyectos nos llaman la atención por lo observado a lo largo de esta tesis. Como se podría decir que la construcción de un cementerio generar desarrollo, cuando esta clase de proyectos son liderados por privados, como ocurre en el resto del país, y más cuando este proyecto no genera ningún aporte al progreso de la región y mucho menos se podría catalogar como Gasto Público Social. El segundo proyecto ese loable pero inconveniente en sus fuentes de financiación, los gastos en servicios públicos son claramente un gasto de carácter social, este proyecto nos hace apreciar como recursos de carácter social tienen un componente de durabilidad en el tiempo, como observamos en este trabajo los recursos aportados por el Estado en forma de subsidios son de difícil desmantelamiento por parte del mismo. Y con la volatilidad que han presentado los recursos de regalías dificulta su sostenimiento continuo en el tiempo (discusión que se desarrollara de forma amplia en el siguiente punto). Se debe buscar una complementariedad en el Presupuesto del Sistema General de Regalías con el Presupuesto General de la Nación, para evitar una dualidad de funciones y responsabilidades.

Actualmente la discusión del Presupuesto del Sistema General de Regalías se realiza cada dos años, discusión que se torna ineficiente por la cantidad de horas que se emplean en debates entre el Gobierno y el Congreso, y los pocos resultados que estos reflejan. Estas discusiones se podrían llevar en el marco del debate del Presupuesto General de la Nación para asegurarla complementariedad de los dos presupuestos, ya que en el presupuesto de regalías las partidas de los entes territoriales están definidas por la Ley 1530 de 2012, y no puede ser modificadas por una

ley de Ordinaria como la de Presupuesto. Se podría mejorar la eficiencia del mismo Sistema si se busca la unificación de ambos presupuestos, para evitar el desgaste que hoy tiene el Congreso y el Gobierno, con un presupuesto de regalías que está definido y que las únicas discusiones son el monto total, que depende de los ingresos.

4.2.4. Análisis Económico del Derecho a los Subsidios de Servicios Públicos Financiados con Recursos de Regalías

Esta parte final de la investigación nos centraremos en el Análisis Económico del Derecho a los subsidios que viene recibiendo los habitantes de Neiva de estrato 1 y 2 los cuales son financiados con recursos de regalías, para ello, inicialmente se realizara un resumen de las bases jurídicas que soportan este subsidio, además debemos realizar un análisis teniendo en cuenta la escasez de estos recursos y la durabilidad de los mismos en el tiempo. De acuerdo a la comisión de regalías, en su Acuerdo 13 de 2012, el cual se establecen los requisitos para la viabilización, aprobación y ejecución de los proyectos de inversión financiados con cargo al Sistema General de Regalías. En su Artículo 1° aplica para proyectos de inversión formulados por las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas y las comunidades étnicas minoritarias, susceptibles de ser financiadas con los recursos del Fondo de Compensación Regional, del Fondo de Desarrollo Regional y de las asignaciones directas del Sistema General de Regalías. En su artículo 16, se define para los proyectos de inversión como son: la prestación de los servicios de agua y saneamiento básico en zonas urbanas y rurales relacionadas con la ejecución de obras para sistemas de acueductos, alcantarillados y drenajes urbanos; soluciones individuales de evacuación y tratamiento de excretas, y alcantarillado no convencionales; sistemas de tratamiento de agua potable y residuales; recolección, manejo, disposición y tratamiento de residuos sólidos; embalses y represas. En ninguna parte de este acuerdo se define que los recursos de regalías puedan ser usados como subsidios, sino al contrario se habla solo de obra pública.

Aunque, en el Decreto 849 de 2002 se dan el soporte jurídico para la financiación de los subsidios con recursos de regalías, en su artículo 3°, el cual define las contribuciones para subsidio. Son las diferentes clases de recursos con que cuentan las personas prestadoras de los servicios públicos para ayudar a financiar los subsidios definidos en la Ley 142 de 1994 y

otorgados por el municipio o distrito para los usuarios de los estratos subsidiables. Los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos deberán contar con las diferentes fuentes de recursos: entre esas en su ordinal d) los recursos provenientes de las regalías por concepto de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad del Estado, de acuerdo con la Ley 141 de 1994, o las normas que la modifiquen o adicionen.

Para tener mayor claridad respecto al uso de estos recursos recurriremos a la Sentencia C-324 de 2009, la cual especifica que, la subvención o subsidio no es otra cosa que la diferencia entre el precio que los compradores pagan y el precio que los productores reciben, diferencia que es pagada por un tercer agente, en este caso el Estado. No obstante, la doctrina apunta a afirmar que sólo en la medida en que el costo del subsidio que autoriza el Estado sea menor que el beneficio que obtiene la sociedad en su conjunto con su aplicación, éste se encuentra plenamente justificado, pues sólo en esa medida el instrumento resulta **eficiente y equitativo** (Sentencia C-324, 2009).

De lo contrario, esto es, cuando el costo del subsidio es mayor que los beneficios que obtiene la sociedad o cuando éste únicamente aumenta las diferencias sociales o beneficia injustificadamente a un grupo de interés, se está frente a un subsidio regresivo de efectos perversos para la sociedad. En el mismo caso se encontrarían aquellos subsidios que se postergan de manera indefinida en el tiempo, si se tiene en cuenta que ellos están dirigidos a desencadenar un proceso económico en situaciones coyunturales con el fin de generar un beneficio social, de manera que la racionalidad impone que un subsidio con vocación de permanencia carece de eficacia. (Sentencia C-324, 2009)

La anterior visión económica guarda coherencia con los postulados superiores, si se tiene en cuenta que la razón de ser del subsidio es alcanzar metas sociales, o bien favorecer, por distintas razones, a determinadas personas, actividades o zonas del país, de manera que este criterio indudablemente debe orientar cualquier análisis de constitucionalidad (Sentencia C-324, 2009).

Por su parte, los subsidios directos generan una cierta inercia pues una vez entregadas las ayudas es casi imposible modificarlas sin un costo político para el gobernante de turno. Sin embargo, el verdadero problema que entrañan es que son una herramienta limitada para alcanzar las metas sociales. Es decir, si el subsidio tiene por finalidad superar situaciones transitorias y

puntuales en que se encuentran determinadas personas es posible que, bien manejados, produzcan resultados positivos, de manera que funcionan bien en situaciones coyunturales, pero no como mecanismo para revertir o superar problemas estructurales. Lo que significa, como lo han expresado los tratadistas, que se deben identificar y distinguir los problemas sociales coyunturales de las situaciones de tipo estructural (Sentencia C-324, 2009).

Así, la pobreza extrema no alcanzan a ser remediada con mecanismos de subsidio, en atención a que este no es un problema de carencia pura de dinero, sino “ un subproducto de otro fenómeno más complejo: la incapacidad de generar recursos” en donde siempre resultaran insuficientes las políticas redistributivas implícitas en todo subsidio directo; por ello su uso debería ser limitado en economías de ingresos bajos, además de que su creación puede dar lugar a conductas contraproducentes, por ejemplo, en aquellos países en que se subsidia el desempleo, aumenta la tasa de desempleo (Sentencia C-324, 2009).

En consecuencia, cuando la ley que dé vida al subsidio otorgado en desarrollo de la facultad de intervención del Estado en la economía, no establezca su finalidad, alcances y límites (Art. 150-21 C.P.) o cuando el costo del subsidio para el Estado supere el costo del beneficio para la sociedad en su conjunto o se dirija a un grupo de interés en que no se privilegie el gasto social se estará frente a la prohibición de que trata el inciso primero del artículo 355 de la Constitución Política (Sentencia C-324, 2009).

De acuerdo a este análisis es de preocupación que el nuevo Sistema de Regalías no haya definido de forma clara las áreas sociales en las que puede invertir sus recursos, puesto que al no dejar especificadas las misma, se podría cumplir este precepto con recursos escasos y desviar los mismo hacia áreas diferentes que no generen desarrollo, además de no ser un complemento de los recursos que transfiere la nación por medio de otros rubros, en este caso las transferencias del Sistema General de Participación que gira recursos para los servicios sociales en los que se encuentra los recursos para agua potable y saneamiento básico, con los por ley se debe financiar los subsidios de las personas con menor capacidad financiera. O en otros casos, estos recursos se conviertan en gatos recurrentes como apreciamos en la financiación de los subsidios de los servicios públicos que al transcurrir en el tiempo serán de difícil eliminación.

CONCLUSIONES

- Las regalías son consideradas fuentes exógenas de financiación de las entidades territoriales provienen de la transferencia o cesión de las rentas nacionales a las entidades territoriales, así como de los derechos de éstas a participar de las mismas. Este tipo de fuentes admite una amplia intervención del Legislador, puesto que se trata de fuentes nacionales de financiación. En el diseño original de la Carta Política se contemplaron las regalías como recursos dirigidos a financiar servicios públicos y sociales básicos y a promover el desarrollo regional. El destino de las regalías son la inversión y el gasto social, pues además de compensar el impacto ambiental de los proyectos extractivos, los constituyentes buscaron que las regalías ayudarán al desarrollo de todas las regiones y sirvieran como herramienta de redistribución del ingreso.
- Las disposiciones constitucionales de Gasto Público Social incorporado en la Carta deben interpretarse, como lo ha hecho el desarrollo legislativo que ha propuesto el gobierno nacional, teniendo muy presente que el fin esencial del Estado es garantizar el bienestar social de los colombianos. Sin lugar a dudas, la composición del Gasto Público Social es un fiel reflejo de las prioridades de una sociedad. Para el constituyente de 1991, la prioridad del Estado es lo social y, en atención a ello, ha querido asegurar que así quede efectivamente plasmado en el presupuesto de las entidades territoriales y de la Nación. Por la tanto obliga a que todo recurso busque impactar el Gasto Público Social, que consiste en aquel gasto que aguarda la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, para la reducción de la pobreza elevada del país, a fin de disminuir la desigualdad de oportunidades de las personas que habitan las diferentes regiones del país, como se deduce claramente de los preceptos constitucionales consignados en los artículos 365 y siguientes de la Carta Política de 1991.
- Es claro, el problema con los recursos de regalías es, la definición de Gasto Público Social en el propio sistema, hace que se deban financiar gasto de carácter social tanto de

inversión como de funcionamiento y como estos recursos tiene una característica de variabilidad en el tiempo, que no garantizan una inversión continua, nos hacen reflexionar sobre la viabilidad de que recursos de gastos sociales que tiene características de funcionamiento garanticen su financiación en el tiempo, se prevé que con recursos de regalías se financien únicamente inversiones sociales en infraestructura, dada la imposibilidad de financiar gastos recurrentes, como sucede con algunos gastos sociales. Se requiere revisar la utilidad del último inciso del artículo 350 conforme al cual el porcentaje de inversiones de una vigencia fiscal, en relación con el gasto total, no puede ser inferior al de la vigencia inmediatamente anterior, porque aun considerando la indiscutible importancia que representa la inversión social para el país, es claro que ese tipo de exigencias resulta excesivo y desatiende el hecho de que en ocasiones las inversiones pueden superar los niveles usuales como consecuencia de hechos excepcionales o circunstancias que no necesariamente se repiten, o al menos no en las mismas proporciones.

- Se debe implementar una modificación al Sistema General de Regalías unos porcentajes para las áreas sociales similar a la anterior distribución de regalías y así lograr el objetivo constitucional de garantizar el Gasto Público Social, ya que actualmente en los objetivos del Sistema es destinar recursos a las entidades más pobres, pero no se define en que áreas invertir los mismo. Esto se podría desarrollar para el fondo de compensación como para las regalías directas. De esta manera, la definición de los porcentajes fijos de inversión en los sectores sociales prioritarios, busca la necesidad de asegurar el logro de los objetivos sociales consagrados en la Constitución y en el Plan Nacional de Desarrollo.
- Se debe buscar la unificación de las discusiones del Presupuesto General de la Nación y del Presupuesto del Sistema General de Regalías, para garantizar la complementación de ambos, y hacer los debates de este último más eficientes por el desgaste al que se somete al Congreso y al Gobierno, en un presupuesto en que los porcentajes para cada entidad territorial ya están definidos de acuerdo al monto total, de acuerdo a la ley estatutaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D., & Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países*. Barcelona: Deusto.
- Aguilera Diaz, J. (2014). *Limites y Alcances del Principio de Sostabilidad Fiscal en EL Estado Social de Derecho*. Bogota: Universidad Militar Nueva Granada.
- Anglas Castañeda, D. J. (2008). *Teoria del Analisis Economico del Derecho*. Lima.
- Arango, R. (2005). *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogota: LEGIS.
- Arango, R. (2012). *Derechos y Fines Politicos. Juridico Manizales*, 13-31.
- Araujo, A. (1996). *Teoria de la Constitucion*. Bogotá: Presencia.
- Berzosa, C. (1996). *Crisis Economica y Retrocesores del Estado de Binestar*. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contras del Estado del Bienestar* (págs. 253-274). Madrid: Tecnos S.A.
- Caballero, J. F. (2006). *La Teoria de la Justicia de Jhon Rawls. Voces y contexto*.
- Casilda Bejar, R. (1996). *El Estado de Bienestar a Discusion*. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros Y Contras del Estado de Bienestar* (págs. 15-34). Madrid: Tecnos S.A.
- Castells, A. (Marzo de 2013). *La descentralizacion de las politicas sociales en el estado de Bienestar*.
- Castells, A., & Bosch, N. (1998). *El Futuro del Estado del Bienestar: Algunas lineas de reflexion*. En A. Castells, & N. Bosch, *El Futuro del Estado del Bienestar* (pág. 17ñ100). Madrid: Civitas.
- Constitucion Politica de Colombia*. (1991).
- Decreto 111. (16 de Enero de 1996).
- Del Sol Cobos, J. G. (2004). *Resumen de " Desarrollo y Libertad", De Amartya Sen. Energía, Economía y Desarrollo Sostenible*.

Del Sol Cobos, J. G. (Junio de 2004). Resumen de "Desarrollo y Libertad" de Amartya Sen. *Energía, Economía y Desarrollo Sostenible*.

Doménech Pascual, G. (2013). *POR QUÉ Y CÓMO HACER ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO*. Valencia: Universidad de Valencia.

Dueñas Ruiz, O. J. (2008). *Lecciones de Teoría Constitucional*. Bogotá: Librería Ediciones Del Profesionalismo Ltda.

Escolá, M. M. (02 de Enero de 2015). *Breve análisis del gasto social en España*. Recuperado el 04 de 01 de 2015, de Forumlibertas.com: <http://goo.gl/aekHzD>

Fedesarrollo. (1990). Programa Sociales y situación del medio ambiente. *Conyuntura Social #2*.

Fernandez Santiago, P. (2011). *La Política Social a Favor de los Ciudadanos. La Economía Especulativa una Amenaza al Estado de Bienestar Social*. Obtenido de Revista DE Derecho UNED.

Fontela, E. (1996). Desigualda, Desempleo Y Protección Social. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contrasts del Estado del Bienestar* (págs. 275-290). Madrid: Tecnos S.A.

Gallon, G. (15 de Junio de 2011). Sostenibilidad Fiscal o regresividad social? *El Espectador*, pág. Opinion.

García Cotarelo, R. (s.f.). *Crisis y Reformulación del Estado del Bienestar*. Universidad Complutense de Madrid.

Gómez de Pedro, E. (26 de junio de 2001). Estado de Bienestar presupuesto éticos y políticos. Barcelona: Universidad de Barcelona.

Gonzalez, M. J., & Mendoza, I. (1996). El Estado de Bienestar y El Crecimiento del Estado. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contrasts Del Estado del Bienestar* (págs. 147-190). Madrid: Tecnos S.A.

- Gurpide Huarte, J. (1996). La necesaria Eficiencia del Nuevo Estado del Bienestar. En R. Casillda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contrás del Estado del Bienestar* (págs. 369-392). Madrid: Tecnos S.A.
- Isuani, E. A., & Nieto Michel, D. R. (Febrero de 2002). *La Cuestion Social y el Estado de Bienestar en el Mundo post-Keynesiano*. Recuperado el 23 de Agosto de 2014, de Centro Latinoamericano de Administracion para el Desarrollo: <http://siare.clad.org/revistas/0041012.pdf>
- Landes, W. M., & Posner, R. A. (2011). El Enfoque Economico del Derecho. En R. A. Posner, W. M. Landes , & M. G. Kelman, *Analisis Economico del Derecho* (págs. 77-122). Bogota: Siglo del Hombre Editores.
- Ley 141 . (28 de Junio de 1994). Bogota.
- Ley 1530. (17 de Mayo de 2012). Bogota.
- Ley 1606. (21 de Diciembre de 2012). Bogota.
- Ley 1744. (26 de Diciembre de 2014). Bogota.
- Martinez gonzalez Tablas, A., Alvarez Cantalapiedra, S., & Vicent Valverde, L. (20 de 07 de 2014). *Entorno al Estado de Bienestar*. Recuperado el 30 de 07 de 2014, de Publico.es: <http://goo.gl/lwICqc>
- Martinez Roman, M., & Guillen Sadaba, E. (1996). Estado de Bienestar y Servicios Sociales: Problemas, Reacciones Y medidas Necesarias. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contrás del Estado del Bienestar* (págs. 313-336). Madrid: Tecnos S.A.
- Montoro Romero, C., & Montoro Romero, R. (1996). Del Estado de Bienestar a la Sociedad del Bienestar. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contrás del Estado del Bienestar* (págs. 75-100). Madrid: Tecnos S.A.

- Morales de Setien Ravina, C. (2011). Las Bases del Analisis Economico del Derecho. En R. A. Posner, W. M. Landes, & M. G. Kelman , *Analisis Economico del Derecho* (págs. 11-76). Bogota: Siglo del Hombre Editores.
- Musgrave, R. A., & Musgrave, P. B. (1989). *Finance in theory and practice*. McGraw Hill.
- Ojeda Peñaranda, D. (2006). *Manual de Hacienda Pública*. Bogotá: Ediciones del Profesional LTDA.
- Pardo, C., & Parra, C. (2006). *Teoria Constitucional Libro Amicorum en Homenaje a Vladimiro Narajo*. BOgota: Universidad Del Rosario.
- Perez Yruela, M. (1996). Corporatismo y Estado del Binestar. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contras del Estado del Bienestar* (págs. 119-146). Madrid: Tecnos S.A.
- Pico, J. (1996). Modelos Sobre el Estado del Bienestar. De la Ideologia a la Practica. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contras del Estado del Bienestar* (págs. 37-58). Madrid: Tecnos, S.A.
- Plazas Vega, M. (2010). *Derecho de la Hacienda Pública y Derecho Tributario*. Bogota: Temis.
- Ramirez de Aguilera, E. C., Pomares Hernandez, I. J., & Rama Matias, E. (s.f.). *Analiss Economico del Derecho: Una revision selectiva de la literatura reciente*. Universidad de Huelva.
- Reinoso y Reino, V. (1996). Pros y Contras del Estado del Bienestar, Revitalizar un Modelo que se Agota. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contras del Estado del Bienestar* (págs. 393-410). Madrid: Tecnos S.A.
- Restrepo, J. c. (2005). *Fundamento del Derecho Presupuestal*. Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Rodriguez Braun, C. (1996). El Bienestar del Estado. En R. Casilda Bejar, & j. M. Tortosa, *Pros y Contras del Estado del Bienestar* (págs. 59-74). Madrid: Tecnos S.A.
- Rossetti, J. P. (1994). *Introduccion a la Economía*. Sao Pablo: Atlas S.A.

Ruiz Ojeda, A., & Monnet, J. (2010). Villar Palasí, pionero del Análisis Económico del Derecho Público. *Revista de Administracion Publica*.

Salazar Silva, F. (junio de 2006). Teoria Economica y Estado del Bienestar . *Cuardenos de Administracion # 35*. Universidad del Valle.

Samuelson, P. A., & Nordhaus, W. D. (1993). *Economia*. Madrid: McGRAW-HILL.

Sentencia C- 010 (Corte Constitucional 23 de Enero de 2013).

Sentencia C-1064 (Corte Constitucional 10 de Octubre de 2001).

Sentencia C-151 (Corte Constitucional 5 de Abril de 1995).

Sentencia C-207 (Corte Constitucional 1 de Marzo de 2000).

Sentencia C-375 (Corte Constitucional 19 de Mayo de 2010).

Sentencia C-541 (Corte Constitucional 23 de Noviembre de 1995).

Sentencia C-557 (Corte Constitucional 16 de Mayo de 2000).

Sentencia C-566 (Corte Constitucional 30 de Noviembre de 1995).

Sentencia C-567 (Corte Constitucional 30 de Noviembre de 1995).

Sentencia C-624 (Corte Constitucional 11 de Diciembre de 2013).

Sentencia C-820 (Corte Constitucional 04 de Octubre de 2006).

Sentencia C-938 (Corte Constitucional 15 de Octubre de 2003).

Sentencia T-1083 (Corte Constitucional 17 de Agosto de 2000).

Sentencia T-406 (Corte Constitucional 5 de Junio de 1992).

Sotelo, I. (2010). *El Estado Social: Antecedentes , origen, declive*. Madrid: Trotta.

Soto Lostal, S. (Julio de 2013). Regresividad, derechos Constitucionales y Estado Social. *Revista Juridicca de los Derechos Sociales*. Sevilla.

Termes, R. (1997). *Del Estado del Bienestar a la Sociedad del Bienestar*. Madrid: Cuadernos de Sociedad 8.

Tortosa, J. M. (1996). Malestar del Estado y Estado del Bienestar. En R. Casilda Bejar, & J. M. Tortosa, *Pros y Contras del Estado del Bienestar* (págs. 101-116). Madrid: Tecnos S.A.

Troya Jaramillo, J. V. (2014). *El derecho del Gasto Publico*. Bogota: Temis.

Vidal Perdomo, J. (2009). *Derecho Constitucional General e Instituciones Politicas*. Bogota: Legis.

Villar Borda, L. (2007). Estado de Derecho y Estado social de Derecho. *Revista Derecho del Estado* #20, 75-96.