

Tabla de contenido

Introducción.....	2
<u>1. El principio de progresividad de los derechos en materia pensional.....</u>	7
1.1. Marco normativo y contenido del Principio de Progresividad de los derechos pensionales.....	7
1.1.1 Derecho a la seguridad social en Colombia.	7
1.1.2 Derechos en materia pensional.	14
1.1.3 Derecho a la pensión.	16
1.1.4 Principio de progresividad y no regresividad.	18
1.1.5 Principio de progresividad y no regresividad en el sistema de seguridad social.	23
1.1.6 Principio de progresividad y no regresividad en los derechos en materia pensional.	27
2. Principio de sostenibilidad fiscal en el sistema de seguridad social	29
2.1 Consideraciones generales sobre el principio de sostenibilidad fiscal	29
2.2 Desarrollo normativo y conceptual del Principio de Sostenibilidad Fiscal en el Sistema de Seguridad Social.....	34
2.3 Impacto del principio de sostenibilidad fiscal en las reformas legislativas que propenden por la regresividad de los derechos pensionales	39
2.4 Análisis presupuesta y de cobertura del régimen pensional	45
3. Límites al principio de sostenibilidad fiscal dentro del sistema de seguridad social, para proteger la progresividad de los derechos pensionales. Análisis desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional	51
3.1. La teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales – Fijación de los límites de un derecho con base en la posibilidad de determinar su núcleo.	51
3.2 La teoría del núcleo esencial y los derechos en materia pensional	57
3.3 La teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales y el Principio de Sostenibilidad Fiscal	59
3.4 Transgresiones que realiza el Principio de Sostenibilidad Fiscal en virtud de su aplicación dentro de los fallos judiciales.....	63
3.4.1 El Principio de Separación de Poderes ante la aplicación de la Sostenibilidad Fiscal.....	70
3.4.2 El Principio de Cosa Juzgada en virtud de la aplicación del Acto Legislativo 03 de 2011.	74
3.4.3 El Principio de Sostenibilidad Fiscal limita la autonomía de las autoridades judiciales.....	78
3.4. Test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales.....	80
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	92

Introducción

El Principio de Progresividad de los derechos pensionales y la prohibición de su regresividad, se encuentran consagrados en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, así como dentro de algunas normas de carácter internacional que integran el Bloque de Constitucionalidad, entre las que se encuentran: la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, ha venido sosteniendo que el Principio de Progresividad y la prohibición de regresividad, se refieren a que, una vez alcanzado determinado nivel de protección de los derechos pensionales, no puede retrocederse frente a ese nivel conseguido. En dicho sentido, es un deber para el Estado cumplir con el mandato de progresividad, es decir que, con el máximo de recursos disponibles, se efectúe la cobertura universal de los contenidos de esta clase de derechos.

No obstante, el Gobierno Nacional se ha visto en la necesidad de impulsar ante el Congreso de la República, proyectos de ley y de reforma a la Constitución, con el propósito de defender la sostenibilidad fiscal del Estado. Tal es el caso de la Ley 358 de 1997, que reguló por vez primera el concepto de sostenibilidad fiscal, al reglamentar el artículo 364 constitucional, en el cual se establecieron límites al endeudamiento de las entidades territoriales, para evitar que excedieran su capacidad de pago; luego, a través de la Ley 617 de 2000, se hizo una clasificación de las entidades territoriales en categorías presupuestales, estableciéndose topes máximos para sus gastos de funcionamiento, para racionalizar los fiscos departamentales, municipales y distritales; posteriormente, las Leyes 819 de 2003, 1448 de 2011, 1454 de 2011 y 1473 de 2011, estipularon reglas fiscales para sanear las finanzas públicas de las entidades territoriales e impusieron obligaciones al Gobierno Nacional, en la elaboración del presupuesto nacional.

Pero sin duda, la modificación más importante en dicha materia ha sido el Acto Legislativo 03 de 2011, mediante el cual se modificó el artículo 334 de la Carta Política, estableciendo que el Principio de Sostenibilidad Fiscal es un criterio de actuación,

armonización y coordinación de las competencias de todas las autoridades públicas, y, además, creando el incidente de impacto fiscal, el cual es un instrumento cuya titularidad reside en el Procurador General de la Nación o uno de los Ministros de Gobierno, cuyo propósito es el de modular los efectos de los fallos judiciales a los requerimientos de la sostenibilidad fiscal.

Así las cosas, en procura de desarrollar mecanismos que posibiliten la sostenibilidad fiscal, se han efectuado reformas sobre las normas que regulan el tema de las pensiones, acarreando ciertas consecuencias, como el aumento de los requisitos para acceder al derecho a la pensión. Estas normas se han mantenido vigentes en el ordenamiento jurídico interno, bajo el pretexto de su conveniencia para la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social.

De otra parte, la Corte Constitucional también ha considerado que, ante la presencia de ciertas dificultades que puedan llegar a hacer insostenible financieramente el grado de protección alcanzado en materia de derechos pensionales, el Principio de Progresividad debe ceder. Por ello, dicha Corporación ha declarado la exequibilidad de reformas pensionales en principio consideradas como regresivas, pero que finalmente se justificaron por el Gobierno Nacional en la Sostenibilidad Fiscal, por cuanto se trataba de medidas legislativas dirigidas a garantizar la posibilidad futura del derecho a la pensión.

Como consecuencia del panorama esbozado, es evidente que existe incertidumbre frente a la concreción del derecho a la pensión, puesto que se condiciona la existencia de recursos dirigidos hacia esa finalidad, y se desnaturaliza el derecho a la seguridad social. Igualmente, se presenta una violación al Principio de Progresividad de derechos pensionales, contenido en las normas constitucionales e internacionales ya referidas, por lo que se torna en imperioso el establecimiento de unos límites normativos a la regresividad que se ha producido en materia pensional.

De ese modo, resulta plausible formular la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuáles son los elementos generales que deben considerarse para implementar el Principio de Sostenibilidad Fiscal del Sistema de Seguridad Social, con el fin de evitar que se vulnere

el Principio de Progresividad de los derechos pensionales, consagrado en los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991 y en el Bloque de Constitucionalidad?

Así las cosas, y de acuerdo con el interrogante planteado, la hipótesis de la investigación es que: dada la vulneración resultante de la incongruencia manifestada entre las normas nacionales e internacionales que consagran los principios de progresividad y de prohibición de regresividad, y las normas en materia pensional sujetas al Principio de Sostenibilidad Fiscal, es preciso establecer el núcleo fundamental del derecho a la pensión como límite a la permisón de regresividad y a la primacía de la Sostenibilidad Fiscal, en aras de salvaguardar el Principio de Progresividad de las normas pensionales.

Ahora bien, debe señalarse que, con ocasión del planteamiento esbozado, esta investigación tiene un propósito general, el cual consiste en determinar cuáles son los límites normativos que se deben imponer al Principio de Sostenibilidad Fiscal del Sistema de Seguridad Social, para evitar la vulneración del Principio de Progresividad de los derechos pensionales.

Igualmente, se hace necesario manifestar, que el problema expuesto, así como el objetivo general de este abordaje, será desarrollado a través de los siguientes objetivos específicos: establecer el marco normativo, contenido y alcance del Principio de Progresividad de los derechos en materia pensional; identificar el desarrollo normativo y conceptual del Principio de Sostenibilidad Fiscal en el Sistema de Seguridad Social, así como su impacto en las reformas legislativas que propenden por la regresividad de los derechos pensionales; y, analizar, con base en la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuáles son los posibles límites en virtud del desarrollo del Principio de Sostenibilidad Fiscal dentro del Sistema de Seguridad Social, para proteger la progresividad de los derechos pensionales.

Por último, con el fin de alcanzar los propósitos planteados, se hace necesario efectuar una revisión bibliográfica, normativa y jurisprudencial relacionada con temas como derechos pensionales desde el punto de vista del Principio de Progresividad, prohibición de regresividad y Sostenibilidad Fiscal del Sistema de Seguridad Social.

Igualmente, al tratarse de una investigación de tipo descriptivo-exploratoria, tendrá la finalidad de describir las características más importantes del objeto de estudio con respecto a su aparición y comportamiento, y, permitirá determinar variables, relaciones o condiciones en las que se da el fenómeno cuyo análisis se emprende. El enfoque será hermenéutico, al permitir la comprensión de la realidad en diversas expresiones (fenómenos y manifestaciones inherentes a la sociedad y al ser humano con toda su complejidad), apelando a criterios interpretativos que permitan evitar incurrir en visiones erradas o distorsionadas desde códigos personales, conceptos, creencias, ideas o prejuicios de quien investiga. También, al abordar fenómenos condicionados desde las dinámicas económicas y sociales, el presente estudio recurre a un método de corte dialéctico, es decir que, por encontrarse la realidad sometida a contradicciones y a evolución constante, sus manifestaciones deben ser analizadas desde las relaciones establecidas con otras expresiones en estado de cambio continuo.

La principal razón para desarrollar esta investigación es que el tema de los derechos pensionales es un asunto clave dentro del derecho a la seguridad social, y por lo tanto es preciso llevar a cabo estudios que permitan analizar las condiciones que está generando el Estado para garantizar el cumplimiento de estos derechos, teniendo en cuenta las necesidades de las personas, así como la importancia de mejorar significativamente su calidad de vida. Por tanto, el principal elemento que debe orientar los temas relacionados con la seguridad social en Colombia debe ser, precisamente, el de no regresividad, con la finalidad de evitar que se genere un proceso de retroceso en el goce los derechos, que afecte directamente a los ciudadanos.

No obstante, también es preciso tener en cuenta que pueden existir condiciones en las cuales sea totalmente necesario aplicar una medida regresiva en el cumplimiento de un derecho, solo si no existe otra solución plausible para una problemática, o si en realidad la aplicación de tal medida puede traer más beneficios en un futuro para los ciudadanos. Por ello, teniendo en cuenta esta compleja situación, la investigación que se propone es clave para conocer el estado actual de la cuestión, reconocer los argumentos que han promovido el desarrollo de medidas regresivas en el tema de los derechos pensionales, y reconocer

cuáles son las mejores salidas y soluciones de tipo jurídico a la situación que se ha venido presentando. Así las cosas, esta disertación se torna en útil y necesaria, por cuanto se dirige a establecer los límites concretos de los derechos pensionales, buscando por dicha vía garantizar un mínimo de protección al núcleo esencial de aquellos, y en esa medida evitar tanto su afectación futura como que se vulnere el Principio de Progresividad de los mismos, en virtud de la Sostenibilidad Fiscal del Sistema de Seguridad Social, ofreciéndole de tal modo al legislador pautas de delimitación específicas que le permitan asegurar la preservación de tales derechos, desde el punto de vista material.

1. El principio de progresividad de los derechos en materia pensional

1.1. Marco normativo y contenido del Principio de Progresividad de los derechos pensionales.

En el presente capítulo se analiza cuál es el marco normativo desde el cual se ha establecido en Colombia el principio de progresividad de los derechos pensionales. Por ello, en primera instancia, es clave reconocer la forma como se ha orientado el desarrollo de la seguridad social en Colombia, tema de carácter público dentro del cual se inserta el análisis sobre el sistema general de pensiones, para que, ofreciendo una aproximación conceptual a lo que justamente debe entenderse por derechos pensionales, puedan establecerse los derroteros característicos de la progresividad en el ámbito de dichas garantías.

1.1.1 Derecho a la seguridad social en Colombia.

Para empezar es preciso recoger lo dispuesto en fallos como la Sentencia T-431 de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Sentencia T-779 de 2010 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), la Sentencia T-176 de 2011 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la Sentencia T-338 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto) y la Sentencia T-693 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); en las cuales, la Corte Constitucional, al establecer el problema jurídico y desarrollar sus consideraciones, incluye un capítulo en el que se reitera la fundamentalidad del derecho a la seguridad social, citando al artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial a través de la cual el Tribunal Constitucional cambió su postura de discriminación entre derechos fundamentales y pragmáticos, para concluir que actualmente, todos los derechos constitucionales tienen la calidad de fundamentales (Duque & Duque, 2016),

De manera que, estos derechos fundamentales se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución; estos valores consignados en normas jurídicas tienen efectos vinculantes y delimitan las fronteras más allá de las cuales no puede

ir la acción estatal sin cometer una actuación arbitraria –lo que se denomina obligación estatal de orden negativo o de abstención-. Simultáneamente, implican admitir que en el Estado Social y Democrático de Derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades, ni disponen de los mismos medios económicos y educativos que les permitirían elegir libremente aquello que tienen motivos para valorar; por ello el Estado busca conceder un mayor grado de libertad, especialmente, a quienes están en una situación de desventaja económica, social y educativa. Por ese motivo, es necesario compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz –es decir, obligación de carácter positivo- (Corte Constitucional, Sentencia T-016 del 22 de enero de 2007; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Así mismo, la Corte Constitucional, en Sentencia T-164 del 22 de marzo de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), establece, en concordancia con su otra jurisprudencia, las razones por las cuales la Seguridad Social es reconocida como un derecho constitucional fundamental en el ordenamiento jurídico colombiano, siendo aquellas que se enuncian a renglón seguido: i) su carácter irrenunciable; ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado Colombiano en la materia, y, iii) el ser una prestación como servicio público en correspondencia con el principio de universalidad.

Dicho principio encuentra su fundamento principalmente en cinco artículos de la Constitución Política de Colombia, los cuales son:

Artículo 1. Principio de la dignidad humana y de la solidaridad: Se establece que Colombia es una nación fundada en el respeto de la dignidad humana y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Artículo 2. Fines esenciales del Estado: Dentro de estos bienes se destacan garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades.

Artículo 13. Promoción de condiciones de igualdad real y efectiva. Este artículo se asocia principalmente al tema de seguridad social y pensiones, cuando establece que el Estado debe proteger especialmente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, dada su condición económica, física o mental, encontrándose así mismo en la obligación de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas sean cometidos. (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 13).

Artículo 334. Acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por las personas de menores ingresos. Se establece que el Estado, como principal agente que interviene en el desarrollo económico, es el que debe asegurar que todas las personas, de manera progresiva, tengan acceso efectivo al conjunto de los bienes y servicios básicos.

Artículo 366: prioridad del gasto social en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales: Se plantea que la prioridad del gasto siempre debe estar enfocada en satisfacer de manera progresiva las necesidades de la población, especialmente de aquellas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad.

Sin embargo, vale la pena aclarar que, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social no puede confundirse con su aptitud de hacerse efectivo a través de la acción de tutela. En tal sentido, la protección del derecho fundamental a la seguridad social únicamente será procedente por vía de tutela, cuando: i) adquiere los rasgos de un derecho subjetivo; ii) la falta o deficiencia de su regulación normativa vulnera gravemente un derecho fundamental, hasta el punto que impide llevar una vida digna; y, iii) cuando la acción satisface los requisitos de procedibilidad exigibles en todos los casos, y respecto de todos los derechos fundamentales.

Para efectos de la presente investigación, es importante centrarse en el tema de la seguridad social en Colombia, reconociendo en primer lugar el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991, que define a la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio, el cual se prestará bajo la dirección, coordinación y

control del Estado, teniendo en cuenta los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad; esta a su vez, es un derecho irrenunciable, cuya cobertura debe ampliarse progresivamente por parte del Estado en colaboración con los particulares. A su vez, el artículo 53 de la Carta Política, establece también la garantía a la seguridad social y la irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en dichas normas, como uno de los principios mínimos fundamentales que deben ser observados por las leyes establecidas en materia laboral, de modo que no se contravengan postulados orientadores del espíritu constitucional como la libertad y la dignidad humana.

Ahora bien, en materia internacional vale la pena resalta el artículo 2.1 del PIDESC señala al respecto que, cada uno de los Estados Parte en el Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto individualmente como a través de mecanismos de asistencia y cooperación internacional, especialmente de índole económico y técnico, tendientes a disponer del máximo de recursos para lograr progresivamente, por todos los medios adecuados, incluso desarrollando medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento internacional. Adicionalmente, el artículo 11 de la misma normativa, dispone el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y teniendo en cuenta una mejora continua de las condiciones de vida, para lo cual, los Estados Parte del Pacto, están en la obligación de tomar medidas apropiadas para asegurar la efectividad de ese derecho.

Igualmente, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos refiere que los Estados Parte se comprometen a la adopción tanto a nivel interno como a través de la cooperación internacional, de providencias, con el fin de lograr progresivamente la efectividad plena de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de que existan recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios adecuados.

También, el artículo 1.1. del “Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” de San

Salvador consagra que los Estados Parte en dicho Protocolo, se comprometen a tomar las medidas necesarias, hasta el máximo de recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, para lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho instrumento.

Ahora bien, los retos que tiene el Sistema General de Seguridad Social colombiano son varios, y se relacionan en gran medida con la cobertura, la calidad y las posibilidades de ofrecer un servicio eficiente para todos los ciudadanos que lo necesiten. No obstante existe un aspecto fundamental que limita la eficiencia del sistema: la falta de aplicación de un carácter y unas políticas integrales que atiendan las diferentes dimensiones de las cuales se compone el bienestar humano (Rodríguez, 2012). Esta es una situación que debe ser solucionada mediante estrategias coherentes con las necesidades del país, que ayuden a generar un sistema de salud más competitivo e inclusivo, basado en principios de justicia social. Por tanto, de acuerdo con Gutiérrez, Acosta y Alfonso (2012), más allá de aludir a las críticas sobre los medios de financiamiento del Sistema de Seguridad Social, sobre las cuales se enfocan generalmente los autores al hablar problemáticas y desafíos, lo realmente importante es argumentar que en la actualidad la protección a los trabajadores no se establece desde un enfoque integral, que permita reconocer sus diferentes necesidades y que genere un apoyo significativo en los diferentes aspectos que componen su calidad de vida.

Cabe reconocer que el Sistema de Seguridad Social tiene en Colombia el objetivo principal de ofrecer una cobertura integral para las diferentes contingencias a las cuales están expuestos los trabajadores en el entorno laboral, definiendo los principales compromisos que debe adquirir el empleador, las prestaciones y beneficios a los que tienen acceso los trabajadores; y ofreciendo una asistencia efectiva que ayude a garantizar la seguridad y el bienestar total de todos los empleados (Rodríguez, 2012). Siguiendo las palabras de Dussich y Silva (2012):

La seguridad social, es una política de estado, a través de la cual se busca la atención integral de las contingencias que puedan generar un estado de carencia; busca la liberación de toda necesidad y el bienestar de la población. Se tiene como

un mecanismo de redistribución del ingreso y la búsqueda del bienestar general (p. 43).

El Estado es el principal responsable que debe garantizar el control y la coordinación de las diferentes herramientas de asistencia que hacen parte de la Seguridad Social, estableciendo una dinámica efectiva entre las diferentes instituciones que se encargan de proteger la integridad de los trabajadores (Gutiérrez, Acosta y Alfonso, 2012). Por tanto, el objetivo central debe ser el de garantizar los derechos básicos del trabajador, con la finalidad de promover una mejor calidad de vida que incida positivamente en el desarrollo social y económico del país.

Sin embargo, explica Rodríguez (2012) la poca efectividad del Sistema de Seguridad Social colombiano se evidencia en el desarrollo de un conjunto de problemas estructurales que tienen ver con la falta de compromiso por parte de los empleadores, la ausencia efectiva de mecanismos de control que permitan detectar a tiempo las diferentes violaciones que se cometen a los derechos de los trabajadores, y la presencia constante de inequidades que afectan considerablemente su calidad de vida. Por otro lado, el Sistema de Seguridad Social se ha enfocado únicamente en mejorar la cobertura, incrementando el número de beneficiarios, pero no en asegurar la calidad de los servicios y de las políticas de protección, por lo cual hoy en día se cuenta con un sistema débil, que no es capaz de promover efectivamente una mejor situación. El principio básico que debe orientar el diseño de las políticas e iniciativas que conforman el Sistema de Seguridad Social debe ser el de la Justicia social, fomentando el desarrollo de posibilidades y oportunidades iguales para todas las personas, con el fin que puedan hacer valer sus derechos, sin ser discriminadas; y beneficiándose del progreso económico y social en el lugar en el que trabajan (Flórez, 2013).

Ahora bien, según el planteamiento desarrollado por autores como Bernal y Forero (2012), uno de los principales factores que se han convertido en una debilidad en la Seguridad Social del Estado colombiano, es que se ha olvidado la necesidad de implementar un carácter integral que contemple las diferentes necesidades de los trabajadores, satisfaciendo de esta manera sus expectativas a través de estrategias eficaces.

Según las consideraciones de Flórez (2013), un acercamiento profundo en torno a la justicia social, hace evidente que, para mejorar la situación y la calidad de vida de los trabajadores, es preciso enfocarse en las diferentes dimensiones que se involucran en el bienestar humano, como sus necesidades, capacidades y conocimientos, ayudándoles a superar sus posibles limitaciones a través de campañas y proyectos basados en la participación, y en distintos tipos de capacitaciones que les permitan desarrollar sus conocimientos.

Por lo tanto, construir una visión integral de la Seguridad Social debe partir por incorporar distintos enfoques, como el ambiente, la educación, la salud y la comunidad, atendiendo de esta manera a las situaciones de las cuales depende el bienestar del trabajador. Según el análisis planteado por Gutiérrez, Acosta y Alfonso (2012), debido a los cambios que constantemente desafían el mundo, a la globalización, a las crisis ambientales y al surgimiento de sistemas democráticos basados en intereses económicos, es necesario que la cuestión de la justicia social vaya mucho más allá de lo económico. Se deben incluir, por lo tanto, una perspectiva integral que combine los diferentes aspectos que motivan el progreso humano y el mejoramiento en la calidad de vida de los trabajadores.

Teniendo en cuenta lo anterior, la principal salida que se puede generar para mejorar la eficiencia del Sistema de Seguridad Social colombiano, posibilitando su enfoque integral, es la formulación de una política Pública que integre los diferentes servicios que ofrecen las instituciones relevantes en el tema, en cuanto a todo lo relacionado con atención prioritaria en salud, aseguramiento social y prestación de servicios. Todo lo mencionado debe establecerse como la base a partir de la cual los trabajadores pueden garantizar una buena calidad de vida, y tener las posibilidades de fortalecer y potenciar sus capacidades y conocimientos. Sólo de esta forma se puede apoyar efectivamente el desarrollo de una sociedad más justa, equitativa e inclusiva, que además promueva el mejoramiento social y económico de las condiciones de vida de las personas.

Reivindicar el carácter integral de un sistema de seguridad social implica mejorar la cobertura, la asistencia, los programas de apoyo, el acceso a la educación y a la salud. Implica también mejorar las condiciones laborales, la satisfacción que puedan experimentar los trabajadores ante sus funciones cotidianas, y las posibilidades que tienen de fortalecer

sus capacidades y conocimientos. Un sistema de este tipo, explica Flórez (2013), no puede basarse únicamente en mejorar la cobertura, sino que debe además integrar todo el conjunto de condiciones de las cuales depende el bienestar, la salud y la seguridad de los trabajadores, formulando políticas efectivas que incidan positivamente en sus vidas y en las de sus familias.

Para finalizar, es importante decir que a pesar de las debilidades, retos y desafíos que tiene el Sistema de Seguridad Social colombiano, este es un tema relativamente nuevo en Colombia. A pesar de ello, se han generado importantes avances relacionados con la cobertura del sistema, que han permitido generar conciencia sobre la importancia de seguir avanzando en el desarrollo de políticas públicas que mejoren el bienestar, seguridad y salud del trabajador. No obstante, es importante seguir insistiendo en el enfoque integral de dichas políticas, y en la consumación de los principios básicos que las deben orientar en cada momento: la equidad, la justicia, la capacidad de mantenimiento y la igualdad de oportunidades.

1.1.2 Derechos en materia pensional.

Es preciso partir de reconocer que este sistema se define como un conjunto de normas cuya finalidad es la de garantizar el amparo a la población contra las situaciones que se presentan en la vejez, la invalidez y la muerte (Muñoz, 2010). Por tanto, como lo explica Bernal y Forero (2012), el reconocimiento de pensiones y prestaciones se ha establecido en la ley como un elemento que tiene como objetivo central promover el mejoramiento de las condiciones de vida de la población, especialmente en aquellos casos en los cuales debido a una avanzada edad o a temas de invalidez no pueden desarrollar actividades laborales.

Así mismo, los derechos pensionales han sido reconocidos desde la misma Constitución Política como estrechamente vinculados con los derechos a la seguridad social y al trabajo, ya que nacen y se consolidan tomando como punto de partida una relación laboral, además de tener una directa conexión con la dignidad humana y la posibilidad de existencia misma (Corte Constitucional, Sentencia T-202 del 23 de marzo de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla). Igualmente, esta clase de derechos deben serle garantizados a los

trabajadores independientes, quienes a lo largo de su vida laboral cotizaron al sistema (Arévalo Lugo, 2016).

En el ámbito internacional, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el cual establece en su numeral 1º, que toda persona cuenta con el derecho a tener un nivel de vida apropiado, que le asegure tanto a ella como a su núcleo familiar condiciones de salud y bienestar, especialmente en lo que se refiere a la alimentación, el vestuario, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; igualmente, tiene derecho a recibir seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por causa de circunstancias que sean ajenas a su voluntad; dicho en otras palabras, esta declaración reconoce expresamente que existen los derechos pensionales y por tanto es necesaria su protección. Ahora bien, es preciso apuntar que el derecho a la pensión, del cual se hablará más adelante, no es el único componente de los derechos en materia pensional. Como se afirma en el documento guía del Sistema General de Pensiones del Ministerio del Trabajo (2014) los afiliados al Régimen de Prima Media tienen derecho a una indemnización sustitutiva de la pensión, la cual consiste en una prestación económica que se otorga cuando éstos no reúnen el número mínimo de semanas cotizadas pero han cumplido la edad mínima para acceder a la pensión de vejez y declaran la imposibilidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones. Dicha indemnización también aplica para los afiliados al Régimen de Ahorro individual, a quienes se le entrega la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual más los rendimientos financieros y si es del caso se sumará también el valor del bono pensional (Mintrabajo, 2014).

Del mismo modo, existen otras prestaciones adicionales garantizadas en el sistema pensional que cobijan otro tipo de situaciones adicionales a la pensión. Una de ellas es el auxilio funerario por muerte de un afiliado o pensionado, que se otorga a quien compruebe haber sufragado los gastos de entierro del afiliado o pensionado, en cuyo caso se le reconoce un valor equivalente al último salario base de cotización o de la última mesada pensional recibida (la cual no puede ser inferior a 5 ni superior a 10 SMLMV). Así mismo,

la Mesada 14 y la mesada adicional de diciembre, hacen parte del sistema pensional colombiano (Mintrabajo, 2014).

1.1.3 Derecho a la pensión.

La Corte Constitucional ha definido lo que significa la pensión en los siguientes términos:

un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo. Por lo tanto, el pago de una pensión no es una dádiva súbita de la Nación, sino el simple reintegro que del ahorro constante durante largos años es debido al trabajador. Así mismo, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la pensión es aquella prestación social que se obtiene por la prestación del servicio durante un número determinado de años, con la concurrencia del factor edad, requisitos que no son meramente condiciones de exigibilidad del pago de la mesada pensional, sino elementos configurativos del derecho a disfrutarla, sin los cuales el trabajador no puede reclamarla válidamente (Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Igualmente, el derecho a la pensión ha venido adquiriendo por vía jurisprudencial la calidad de derecho fundamental, porque si bien no aparece taxativamente enunciado como tal en el capítulo de la Constitución referente a esta clase de derechos, es considerado fundamental por conexidad con otros derechos que sí ostentan aquel rango, como quiera que, según la Corte Constitucional, adquiere dicha condición, cuando con su vulneración se afectan la vida, la subsistencia y el mínimo vital, puesto que con la pensión se garantizan la salud, el trabajo y la seguridad social (Sentencia T-297 del 16 de junio de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

El derecho a la pensión debe ser visto observando varios aspectos: el primero de ellos, uno de carácter social, porque parte de un grupo familiar, en la mayoría de ocasiones, personas de la tercera edad, dependen de la pensión para satisfacer sus necesidades básicas; el segundo, uno de carácter psicológico, porque para quienes tienen derecho a reclamar la pensión, es necesario pasar por una serie de vicisitudes y particularidades que les hacen merecedores de su reconocimiento; y, un tercero, de tipo económico, puesto que el

equilibrio de la economía requiere de sujetos que tengan capacidad de endeudamiento y de consumo, resultando inconveniente aislar a estas personas de participar activamente del mercado, por el simple hecho de no encontrarse en condiciones que les permitan seguir laborando (Fruto & Osorio, 2013).

Ahora bien, existen tres momentos en los cuales, la perspectiva jurisprudencial sobre el derecho a las pensiones sufre evidentes transmutaciones. El primero de ellos, que comienza desde la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, hasta las dos primeras reformas al sistema pensional producidas con la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003, en las que una serie de fallos de la Corte Constitucional tiende a considerar el derecho a la pensión como prestacional y conexo a otros derechos fundamentales, pero sin tener en sí mismo el carácter de derecho fundamental; un segundo momento denominado como de transmutación y progresividad, entre los años 2003 a 2009, para trascender en un tercer momento de las decisiones del Alto Tribunal, desde el año 2010 hasta el tiempo presente, a derecho fundamental autónomo (Duque & Duque, 2016).

Más concretamente hablando, en el primer momento, el derecho a la pensión no es per se un derecho fundamental, sino esencialmente un derecho social, pero adquiere dicho carácter en conexidad con otros derechos fundamentales. Luego, en el segundo momento, la jurisprudencia constitucional, aunque mantiene la idea original de que la seguridad social no es per se un derecho fundamental y su eficacia directa solo puede predicarse en la medida que sea afectada con su desconocimiento la garantía de un derecho que sí lo sea, situación que empieza a ser determinante para moderar el discurso de no fundamentalidad, dotando a la seguridad social, al igual que a otros derechos políticos, sociales y económicos de una mayor trascendencia en el orden constitucional, gozando de doble connotación (derecho constitucional y servicio público) en el Estado Social de Derecho (Duque & Duque, 2016).

Entre tanto, el tercer momento, es decir, cuando la Corte Constitucional empieza a considerar el derecho a la pensión como un derecho fundamental autónomo, implica que, en adelante las sentencias revestirán la confirmación de esa línea, pues, al momento de analizar la procedencia del mecanismo de tutela, se acude a criterios de consideración

constitucional, irrenunciabilidad, bloque de constitucionalidad y especial protección de los afiliados en condición de vejez, invalidez o sobrevivencia (Duque & Duque, 2016).

Al respecto, sentencias como la T-431 de 2009, T-779 de 2010, T-176 de 2011, T-338 de 2012 y T-693 de 2014, reitera la fundamentalidad del derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta para ello las observaciones que se hicieron sobre el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la evolución jurisprudencial que le permitió a la Corte cambiar su postura inicial de discriminar entre derechos fundamentales y programáticos, para llegar a la conclusión de que actualmente todos los derechos constitucionales tienen el carácter de fundamentalidad y pueden ser amparados por vía de tutela (Duque & Duque, 2016).

Vista de tal modo, la evolución conceptual demostrada por el derecho a la seguridad social, y, en consecuencia, del derecho a la pensión, podría pensarse que, en dicho sentido, existe un esfuerzo permanente por lograr, el mejoramiento de los mecanismos dirigidos hacia una mayor y mejor protección de los derechos humanos, también para su garantía, al tiempo que, se procura blindarlos de modo tal, que, sea cada vez más difícil incurrir en prácticas o facilitar circunstancias, por medio de las cuales avoquen su retroceso.

1.1.4 Principio de progresividad y no regresividad.

Teniendo en cuenta el enfoque que se ha establecido en materia pensional desde una perspectiva internacional, en este punto de la argumentación es importante analizar con mayor detenimiento la forma en que se ha orientado el principio de progresividad y no regresividad en el orden jurídico colombiano, a partir de un proceso de revisión de literatura que permita examinar en qué estado se encuentra el tema en la actualidad. Para el desarrollo del marco legal en torno al principio de progresividad de los derechos a la seguridad social es preciso partir, en primera instancia, de reconocer que dicho principio se asocia al hecho de que Colombia es un Estado Social de Derecho, en el cual:

Las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la Nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad (Sentencia C-272 de 2009, Corte Constitucional).

Es importante resaltar, de acuerdo con las palabras de Calvo (2014), que, desde la aprobación de la Constitución Política de 1991, la jurisprudencia general en Colombia ha fundamentado mandatos orientados a corregir de manera continua y gradual las evidentes desigualdades que existen en el país, que generan enormes vulnerabilidades, segregación y pobreza. Enfrentar de manera efectiva estas problemáticas implica el desarrollo de medidas de tipo económico, político y social que ayuden a estimular un mejoramiento previo del bienestar y de las condiciones de vida de toda la población.

En palabras de Dussich y Silva (2012), estos mandatos que se han orientado en el país responden a un conjunto de principios básicos reglamentados en la Constitución, dentro de los cuales se destacan el principio de la dignidad humana, los fines que son esenciales al desarrollo del Estado, la promoción de condiciones de igualdad para todas las comunidades (sin importar el territorio en el que vivan), el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para todas las personas (especialmente para aquellas que enfrentan condiciones de vulnerabilidad) y la prioridad en el gasto público de la nación en programas y políticas adecuadas de asistencia social.

Lo que se puede interpretar del anterior análisis, siguiendo las palabras de Picard de Orsini y Useche (2005), es que el Estado debe procurar que, ninguna de las medidas aprobadas o políticas desarrolladas se establezcan como situaciones que puedan llegar a agravar la situación de injusticia, vulnerabilidad y segregación que se vive en el país. Por tanto, de acuerdo con la argumentación que se ha planteado, se puede decir con Calvo (2014), que: “el principio de progresividad tiene sustento en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que éste contempla la obligación de los Estados Partes de lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales” (p. 86).

De acuerdo con lo que se ha formulado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-443 del 8 de julio de 2009 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), el mandato de progresividad reconoce que el cumplimiento de los derechos de la población y la satisfacción plena de dichos derechos implica cierta gradualidad, es decir, un proceso que se genera a través del tiempo, y que está sujeto al éxito que se vaya obteniendo de acuerdo con el impacto generado por las políticas públicas. Por otro lado, la progresividad también implica un segundo sentido que va más allá de la gradualidad, el cual es, precisamente, el de progreso, ya que las medidas implementadas por el Estado definitivamente deben llevar al cumplimiento de unos objetivos particulares, generando algún tipo de beneficio para las comunidades, y evitando de esta manera la regresión.

Por tanto, de acuerdo con Picard de Orsini y Useche (2005), este principio de progresividad se asocia al reconocimiento de que el cumplimiento de los derechos de la población, dentro de los cuales se destacan los derechos económicos, políticos y sociales, no pueden lograrse en periodos cortos de tiempo. Lo anterior es clave de entender, explica Naranjo (2000), pues permite reconocer que mejorar el bienestar y calidad de vida de las personas requiere de esfuerzos conjuntos e integrales por parte del Estado y la misma población, lo cual implica el desarrollo de redes articuladas de trabajo colaborativo que demandan tiempo, planeación, estructuración y compromiso.

Ahora bien, siguiendo la argumentación planteada por Flórez, Morales, Ríos y Triana (2015), el principio de progresividad y de no regresividad tiene implicaciones jurídicas específicas asociadas al desarrollo de una sociedad más justa, lo cual implica que el Estado debe establecer las iniciativas, programas y estrategias que sean necesarias para cumplir estos objetivos y aportar en la realización de los derechos de la población. La idea clave es que una vez se alcancen ciertos niveles de protección, el Estado no puede por ningún motivo establecer retrocesos frente a dicho nivel de protección.

Las condiciones y elementos básicos del principio de progresividad en Colombia se encuentran determinados y explicados en la Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004 proferida por la Corte Constitucional, en la cual se señalan las principales implicaciones para el Estado, las cuales son: en primer lugar, que el Estado tiene la obligación de iniciar

de manera inmediata el desarrollo de un proceso que le permita satisfacer el cumplimiento de los derechos asociados a la seguridad social en Colombia, con el fin de mejorar las condiciones de vida de la población y promover de esta manera sus derechos sociales, económicos y culturales.

En segundo lugar, se establece que el principio de progresividad implica para el Estado que debe establecer medidas y políticas que garanticen protecciones cada vez más superiores y mayores con cada uno de los derechos de la población, incluyendo temas de seguridad social y pensiones. Por último, se manifiesta que el incumplimiento del Estado de estos derechos y de su continuo mejoramiento no es excusable y ningún sentido, razón por la cual una de las principales funciones del Estado es precisamente la de garantizar el cumplimiento de los derechos.

Otro elemento relevante que se ha podido reconocer a través del análisis que se ha planteado, es que el principio de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, se restringe de manera inmediata la amplia libertad del legislador, ya que siempre debe atenerse a no desarrollar ninguna medida regresiva que limite la satisfacción y el nivel de cumplimiento alcanzado de los derechos.

En este sentido, se puede decir con Calvo (2014), que:

El principio de progresividad ha sido aplicado por la jurisprudencia colombiana, como parámetro de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto, en la efectividad de los derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social en pensiones, a la educación, al acceso a la propiedad, a la vivienda, al goce del medioambiente, de las personas con discapacidad y de los desplazados, y a la reparación integral a cargo del Estado en casos de responsabilidad extracontractual; así como también en la previsión de garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos (p. 169).

Así, teniendo en cuenta lo que hasta aquí se ha expuesto, el Principio de Progresividad ha sido definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como una carga estatal en virtud de la cual el Estado debe propender por realizar reformas que permitan cada vez una mayor inclusión y ampliación en los niveles de cobertura y calidad

de la seguridad social en el país, por lo que, en cumplimiento de este principio, no pueden generarse situaciones regresivas para los derechos y beneficios que han sido adquiridos en materia de seguridad social (Sentencia T-826 del 5 de noviembre de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

Igualmente, se hace referencia a la introducción del Principio de Progresividad mediante la recepción de los criterios ofrecidos por los Principios de Limburgo de 1987 y las Directrices de Maastricht de 1997, las cuales son recomendaciones acerca de la implementación y comprensión de los derechos consagrados en el PIDESC, elaboradas por expertos en Derecho Internacional, las cuales se han convertido en una fuente directa para avocar la comprensión, interpretación y forma de aplicación de estos derechos (Sentencia C-228 del 30 de marzo de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

Sobre el particular, por ejemplo, la Directriz No. 9 de Maastricht, estipuló que el Principio de Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, estipulado en el artículo 2 del PIDESC, no debe utilizarse como pretexto para su incumplimiento, y deben garantizarse los niveles mínimos esenciales de realización de cada uno de los derechos, si no se cuenta con la completitud de recursos requeridos para atenderlos (2011).

Entre tanto, refiere Courtis (2006) que las Directrices de Maastricht conforman un instrumento de interpretación empleado por los órganos de supervisión de tratados internacionales sobre derechos económicos sociales y culturales, según las cuales, son violaciones de dichos derechos, la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de uno de ellos; igualmente la adopción de legislación o de políticas expresamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos, excepto cuando su propósito y efecto sea el de aumentar la igualdad, y mejorar la realización del mismo tipo de derechos; y la adopción de cualquier medida que deliberadamente sea regresiva y tenga por objeto reducir el rango de alcance dentro del cual se protege ese derecho.

Por tanto, se ha entendido que una medida es regresiva de los derechos sociales, de acuerdo con las siguientes consideraciones: a) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo

de protección del respectivo derecho; b) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; c) cuando disminuye o desvía ostensiblemente recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, siempre y cuando, dicha disminución en la inversión de recursos se haya producido antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (Corte Constitucional, Sentencia T-469 del 23 de julio de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Esto quiere decir que, una vez alcanzado un mínimo nivel de protección de los derechos en desarrollo del Principio de Progresividad, el legislador se encuentra impedido para establecer medidas que impliquen un retroceso en dicho nivel jurídico de protección (Calvo Chaves, 2011), de tal suerte que, tanto la progresividad como la no regresividad, se constituyen en un límite a las normas y medidas públicas, en el sentido de no poder disminuir el nivel de protección alcanzado ni crear obstáculos para lograr los cometidos de un Estado constitucional, social y democrático de Derecho (Calvo, 2014).

Por ende, de acuerdo con el análisis que aquí se trae, el principio de progresividad es un elemento considerativo dentro del derecho a la pensión. Se tiene, además, desde esta perspectiva, que el derecho a la seguridad social se constituye como un derecho de carácter fundamental. Dicha fundamentalidad es producto de una serie de reformas en el ámbito legal, las cuales logran establecer un núcleo esencial del derecho, su transmutación de derecho meramente programático a uno reconocido y con claras consecuencias para el Estado en cuanto a su reconocimiento, de lo cual se desprenden obligaciones tanto positivas como negativas, en el marco de responsabilidades internacionales, que se elevan por decisión del legislador a categoría de normativa constitucional (Duque & Duque, 2016).

1.1.5 Principio de progresividad y no regresividad en el sistema de seguridad social.

Ahora bien, de acuerdo con la argumentación que se ha planteado, es importante analizar en qué medida se puedan relacionar las características, retos y desafíos actuales del sistema de seguridad social colombiano con el principio de progresividad y de no regresión que se ha venido explicando. En palabras de Picard de Orsini y Useche (2005), la seguridad social es

un derecho económico, social y cultural, y por lo tanto tiene la característica de progresividad: razón por la cual el Estado no puede establecer medidas que reduzcan algún beneficio o protección que se haya alcanzado previamente.

La jurisprudencia que se ha venido analizando en el presente capítulo, como el PIDESC y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, señala que cualquier medida que pueda ser considerada como regresiva, y que llegue a generar un desmejoramiento de la protección ya alcanzada, es totalmente contraria al mandato de progresividad, y por lo tanto debe ser examinada detalladamente, a través de un análisis sobre los principios constitucionales. Este análisis es aún más urgente, explica Naranjo (2000), cuando el conjunto de personas que pueden sufrir de la violación en sus derechos debido a la aplicación de medidas que generen la regresión, son personas que requieren una protección especial, como es el caso de los pensionados.

En este punto es importante tener en cuenta las palabras de Flores, Morales, Ríos y Triana (2011), quienes sostienen que

El Sistema General de Pensiones hace parte de la Seguridad Social, y fue consagrado en la Constitución Política como un servicio público de carácter obligatorio a cargo del Estado, y por ello este tiene facultad para reformar el sistema pensional, lo que puede llevar a crear situaciones más gravosas para acceder a la pensión, a pesar de las razones de equidad que existen para proteger a los que tienen derecho adquirido a esta prestación económica (p. 12).

En este sentido, es clave tener en cuenta lo que ha sido expresado por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuando explica que cualquier tipo de medida con carácter retroactivo relacionada a los temas de seguridad social debe tener una consideración cuidadosa, siempre partiendo del principio de supremacía constitucional. Lo anterior implica desarrollar una argumentación y justificación detallada, en un contexto que permita entender de qué forma la medida puede asegurar un mayor aprovechamiento de los recursos disponibles, así como un mayor

bienestar para la sociedad. Al Estado, por lo tanto, le corresponde demostrar de una manera fehaciente la necesidad de la medida retroactiva, siguiendo las siguientes consideraciones:

1. Que la medida tenga como finalidad básica cumplir o satisfacer una demanda o un objetivo constitucional particular.
2. Que la medida sea realmente efectiva y presente las garantías necesarias para alcanzar la finalidad que se persigue.
3. Que en medio de un análisis en el cual se evalúen distintas alternativas y cursos de acción, la medida sea el camino más razonable para alcanzar la finalidad propuesta.
4. Que no se llegue a afectar el contenido básico del derecho social que se encuentra comprometido.
5. Que en medio de un análisis sobre el costo y el beneficio que se podrían generar debido a la implementación de la medida, el beneficio sea superior al costo que implica el desarrollo y la aplicación de la medida retroactiva.
6. Que la medida cumpla con los principios de proporcionalidad y de razonabilidad dispuestos en la Constitución.

En síntesis, como se puede apreciar, la medida retroactiva debe estar sujeta al cumplimiento de un principio o de una finalidad, que no solo debe promover el bienestar social (además de no generar costos mayores a los beneficios), sino que además tiene que cumplir con los principios mínimos del derecho en cuestión. Además, es clave que la medida se establezca luego de un proceso detallado de análisis en el cual se evalúen todas las demás oportunidades posibles, con la finalidad de evitar cualquier tipo de violación a los derechos sociales, económicos y culturales de las personas.

Por otra parte, es importante tener en cuenta las apreciaciones de Courtuis (2006), quien explica que existen dos posibles nociones de regresividad, las cuales son:

Regresividad de resultados: Se genera cuando se aplica una medida regresiva en los resultados de una política pública, que hace que dichos resultados empeoren si se comparan con el punto inicial de partida. Generalmente, estas medidas se generan debido a problemas presupuestales o a problemáticas asociadas con la planeación de las políticas públicas.

Regresividad normativa: Se genera cuando se limita la extensión de los derechos concedidos por una norma. Se puede decir que una medida presenta regresividad normativa cuando suprime o restringe derechos que ya habían sido alcanzados o concedidos anteriormente.

Como se puede apreciar, la regresión siempre implica volver atrás, limitar un derecho o afectar un resultado. Por lo tanto, la aplicación de estas medidas debe estar completamente justificado, evidenciando que la regresión es la única opción posible, y que de su implementación depende que se puedan generar los ajustes y mejoras necesarias para que un futuro se puedan establecer mayores beneficios para la población. En este sentido, la medida regresiva tendría que poseer un carácter positivo a largo plazo, pues si bien de manera inmediata lo que hace es generar limitaciones, lo que se espera con su aplicación es que se puedan establecer nuevas condiciones que permitan solucionar los problemas, desarrollar nuevas estrategias y orientar nuevas políticas que posteriormente influyan de manera efectiva en el cumplimiento y goce de los derechos de las personas.

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones, es preciso concluir que el Sistema de Seguridad Social en Colombia actualmente se encuentra más enfocado en el aumento de su cobertura que en prestar servicios con una mayor calidad y eficiencia. Ello hace imperiosa la necesidad de insistir en un enfoque integral de tal clase de derechos que guarde consonancia con los principios de equidad, justicia, capacidad de mantenimiento e igualdad de oportunidades, pero ante todo con los de progresividad y prohibición de la regresividad. Sin embargo, ante la ocurrencia de circunstancias determinadas (por ejemplo la defensa del interés general, la ampliación progresiva de la cobertura social, la realización de políticas sociales y financieras que busquen lograr la sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social), es viable la aplicación de medidas regresivas por parte del Estado, aunque en todo caso, deberán justificarse los motivos que llevan a implementarlas -

en razón a que cuentan con la presunción de inconstitucionalidad-, con las ventajas o beneficios que puedan ofrecer tanto en el tiempo presente como a futuro, y, tendrá que hacerse, en procura de un objetivo igualmente constitucional, sin llegar a afectar el núcleo básico del derecho comprometido.

1.1.6 Principio de progresividad y no regresividad en los derechos en materia pensional. Para analizar la importancia de promover el principio de progresividad en materia pensional, es importante, por ejemplo, tener en cuenta el caso de España, en donde se ha establecido la necesidad de contar con estrategias continuas y actualizadas que permitan promover una interpretación del derecho pensional como algo que no solo contribuye a satisfacer algunas condiciones básicas de acceso a bienes y servicios, sino que además se establezca como una de las principales herramientas que tiene el Estado para garantizar el bienestar y calidad de vida de todas las personas.

Es por ello que en España se ha propuesto, en los últimos años, el desarrollo de una reforma pensional que permita: “aumentar el umbral máximo de rentas establecidas para el acceso a las pensiones no contributivas y, en consecuencia, su cuantía para llegar a situarse en el entorno del SMI, sólo algo por debajo de las pensiones mínimas contributivas” (Suárez, 2014, p. 330). De esta manera, en países como España el tema de las pensiones se ha configurado como un tema de vital importancia, en el cual, antes de aplicar alguna medida regresiva, lo más importante es garantizar un aumento progresivo de la satisfacción y goce del derecho, a partir de estímulos económicos que incidan favorablemente en el bienestar y calidad de vida de las poblaciones. Por otro lado, un elemento fundamental que se considera en el caso español es el reconocimiento de la teoría del núcleo esencial de los derechos, el cual debe ser siempre respetado y protegido para que no se violen los límites de su cumplimiento –este particular será retomado en el tercer capítulo del documento-.

Por otra parte, se genera una incoherencia entre la posición que tiene el Estado de ayudar a los pensionados para acceder a los beneficios asociados con este derecho, con lo que ha venido sucediendo en la realidad, pues desde el año 2008 en Colombia se ha evidenciado un crecimiento progresivo de tutelas, debido por ejemplo a los requisitos establecidos por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión. En la sentencia C - 429 del 1

de julio de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa), la Corte Constitucional afirma que, en lo referente al tema de las pensiones, existen casos en los cuales es preciso y necesario revisar la legislación que existe en materia pensional en Colombia, con el fin de promover medidas que puedan mejorar la solidez y efectividad financiera del sistema de seguridad social colombiano. En casos en los que se amerite, por lo tanto, el principio de progresividad no sería un obstáculo para el desarrollo de regulaciones en el sistema de pensiones. Esta afirmación es de suma relevancia para el análisis del tema que se ha planteado, por lo cual es clave realizar la correspondiente citación:

Con fundamento en el principio de progresividad de los derechos sociales y de no regresividad de las normas sobre seguridad social, no se puede concluir que las regulaciones sobre regímenes pensionales sean absolutamente inmodificables. Excepcionalmente, cuando exigentes circunstancias lo ameriten, puede proceder la revisión legislativa o constitucional de las normas pensionales en defensa del interés general, de la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas para lograr la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y asegurar el bienestar de futuras generaciones (Corte Constitucional, Sentencia C-428 de 2009).

Por lo tanto, lo que se trata de explicar en esta sentencia es que, en realidad, el Estado sí puede aplicar un paso regresivo en el beneficio y protección de un derecho social prestacional, solo en casos en los que se demuestre la necesidad de la medida regresiva, y cuando en realidad existen razones totalmente incuestionables. Además, como lo explican Picard de Orsini y Useche (2005), el desarrollo de una medida regresiva implica también demostrar que en el futuro se podrán alcanzar mayores beneficios para la sociedad.

Sin embargo, la clave en todo este tema, como lo explica Courtis (2006), es que siempre se debe partir de reconocer que el desarrollo de una medida regresiva tiene una presunción de inconstitucionalidad. Solo la argumentación concreta a favor de la medida, que permita evidenciar con hechos que es totalmente necesaria e imperiosa, puede favorecer la aprobación de una medida de este tipo.

2. Principio de sostenibilidad fiscal en el sistema de seguridad social

En este capítulo se hará una exploración sobre las principales características del Principio de Sostenibilidad Fiscal y su injerencia en las dinámicas económicas del Estado, para consecuentemente abordar luego el estudio de una problemática central dentro de la presente investigación: la sostenibilidad financiera como limitante a la garantía y realización material de los derechos (sean estos fundamentales o sociales, económicos y culturales), y más específicamente hablando, en el ámbito de la seguridad social, lo cual le permite al legislador modificar los alcances y límites de las prestaciones pensionales. Por tal motivo, se propone, para efectos de lograr una mejor comprensión del tema cuyo estudio se emprende, abordarlo desde una perspectiva normativa (tomando en consideración sus desarrollos constitucionales y legales), también conceptual, haciendo por último especial énfasis en el impacto que tiene el principio de sostenibilidad fiscal en las reformas legislativas que propugnan por la regresividad de los derechos pensionales.

2.1 Consideraciones generales sobre el principio de sostenibilidad fiscal

La sostenibilidad fiscal se asocia al desarrollo de parámetros, mediciones y estrategias de tipo económico que permitan mantener el equilibrio entre las necesidades de inversión y desarrollo social, con el presupuesto del Estado. En Colombia, en los últimos años y debido a la necesidad de establecer las medidas necesarias y pertinentes para asegurar que los proyectos de inversión y el desarrollo de las políticas públicas sea realmente coherente con las capacidades y fondos del Estado, el tema de la sostenibilidad fiscal ha pasado de ser criterio de decisión a un principio fundamental que orienta los procesos de toma de decisión, y que regula la implementación de las políticas, con el fin de mejorar la eficiencia del Estado y mejorar el control financiero en torno a sus operaciones.

Un principio fundamental desde el cual se ha orientado la sostenibilidad fiscal en Colombia es el de colaboración, ya que se reconoce la necesidad de mantener un proceso continuo de comunicación y participación entre todos los órganos que componen el poder público a nivel nacional, con el fin de alcanzar la sostenibilidad fiscal. Esta colaboración se expresa principalmente en la necesidad de que todas las autoridades económicas se

comprometerán a alcanzar el logro de una mejor política económica, a partir de factores como la estabilización de la macroeconomía, los bajos niveles de inflación y el control sostenido en las fluctuaciones del ciclo económico. De esta forma, la colaboración apunta al desarrollo de un mejor panorama económico en país, que potencian el crecimiento de nuevas posibilidades de inversión y crecimiento social en el mediano y largo plazo.

De acuerdo con las palabras de Guerrero (2012):

Con la globalización se ha venido consolidando una corriente del pensamiento económico-fiscal, en el contexto del derecho de la hacienda pública y del constitucionalismo economicista, que pretende constitucionalizar los llamados “principios presupuestales”, a través de normas de la más alta jerarquía, mediante las cuales se establecen parámetros de prudencia y mesura con relación a la gestión presupuestal, en aras de la consecución de lo que se denomina “sostenibilidad fiscal”, que no es otra cosa que una herramienta financiera para mantener dicho equilibrio (p. 81).

La sostenibilidad fiscal, por lo tanto, orienta a las ramas del poder público para tomar decisiones y para decidir, de acuerdo con los montos presupuestales, qué clase de proyectos se deben realizar y ejecutar, teniendo en cuenta también las necesidades de la población y las prioridades en temas de inversión social. Es preciso, por tanto, reconocer desde una perspectiva teórica cuáles son los fundamentos desde los cuales se orienta el principio de sostenibilidad fiscal. Principalmente, como lo explica el Observatorio Legislativo (2012), dicho principio se asocia a la necesidad de propiciar una moderación y prudencia en los gastos del Estado, lo cual implica un proceso de planeación previo que permita determinar los fondos y recursos disponibles, evaluando además el impacto generado por los proyectos y la pertinencia de acuerdo con las necesidades de la población.

De acuerdo con Guerrero (2012), la sostenibilidad fiscal se asocia también con el principio de equilibrio presupuestal, en el cual fue desarrollado en el siglo XX ante las crisis económicas que comenzaron a sacudir el mundo, con el fin de cumplir con una norma básica y elemental: que los gastos del Estado no deben superar los ingresos del Estado. Por

tanto, la sostenibilidad fiscal se relaciona con una norma básica y elemental, cuya finalidad principal es la de evitar malas ejecuciones presupuestales y efectos negativos en la realización de los proyectos de inversión pública.

Sin embargo, todo lo anterior tiene una consecuencia importante, y es que, en suma, la sostenibilidad fiscal introduce una limitante a la garantía y cumplimiento del goce de los derechos fundamentales de los ciudadanos. De acuerdo con Aguilera (2014), tal límite se expresa en la medida en que se imponen obstáculos de tipo financiero y presupuestal para el cumplimiento del desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales, así como de las condiciones que promueven una mejor calidad de vida para la población. Esto se debe a que habrá casos en los cuales el Estado, debido a los análisis presupuestales que se establecen con el fin de aplicar el principio de sostenibilidad fiscal, preferirá no desarrollar algún tipo de proyecto o intervención que beneficiaría a la sociedad y que apoyaría el goce efectivo de sus derechos.

De acuerdo con las apreciaciones de Pico (2015), esta problemática que se ha generado en torno a las discrepancias que pueden existir entre la sostenibilidad fiscal con el principio de no regresión en lo que tiene que ver con el goce efectivo de los derechos de la población, se ha desarrollado debido a apreciaciones equivocadas en torno a los factores que inciden en los problemas presupuestales del Estado.

En efecto, el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, económicos y culturales no es la fuente de los desequilibrios que afectan la capacidad presupuestal del Estado. Más allá de ello, hay elementos que inciden con mucha más intensidad en las inestabilidades financieras. Dentro de ellos se destacan, principalmente, la corrupción que existe en el país y el desarrollo de gastos públicos exagerados, que no se rigen de acuerdo con un proceso de planeación adecuado, lo cual es causa de que muchas veces esos proyectos generen servicios que no son realmente urgentes ni necesarios para la población (Guerrero, 2012)

El análisis que se ha planteado sobre temas como sostenibilidad fiscal, equilibrio presupuestal, gasto público, inversión social y garantía de los derechos sociales,

económicos y culturales, permite reconocer un importante punto de debate. En primer lugar, se destaca la posición según la cual la sostenibilidad fiscal es sumamente necesaria para regular y controlar los gastos, mejorando de esta manera la eficiencia en los gastos e inversiones públicas que desarrolla el Estado, con el fin de mejorar el bienestar y calidad de vida de los colombianos. Por otro lado, se encuentra el punto de vista según el cual la sostenibilidad fiscal limita el cumplimiento del deber del Estado, y se establece como un factor que genera regresión en el cumplimiento de los derechos.

Desde la primera postura, se pueden reconocer las apreciaciones de Aguilera (2014), quien explica que:

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. 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 (p. 5).

Por otro lado, siguiendo la argumentación planteada por Camacho, Moreno y Rincón (2012), el principio de sostenibilidad fiscal se ha establecido en Colombia con la finalidad de promover el logro y alcance de una serie de objetivos, dentro de los cuales se destaca, en primer lugar, la finalidad de promover la productividad y competitividad del Estado para hacer frente a las problemáticas sociales y garantizar de esta manera el cumplimiento y garantía de los derechos de la población, por medio de una mejor planificación en lo que tiene que ver con los temas fiscales. Un segundo objetivo a destacar es el de asegurar que todas las personas, especialmente aquellas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, puedan acceder al mismo conjunto de bienes y servicios promovidos por el Estado. Finalmente, vale la pena mencionar un último objetivo enfocado a mejorar el empleo de los recursos humanos.

Como se puede apreciar, la sostenibilidad fiscal se ha asociado en Colombia con elementos como la igualdad, el acceso a bienes y servicios por parte de la población

vulnerable, competitividad, equidad y desarrollo del recurso humano. Sin embargo, como lo plantean Camacho, Moreno y Rincón (2012), no se puede desconocer que la sostenibilidad fiscal no deja de ser, ante todo, una limitación y restricción para el desarrollo de proyectos e iniciativas sociales.

Es preciso tener en cuenta que Colombia se ha reconocido el principio de progresividad y no regresión de los derechos sociales, económicos y culturales, principalmente en el artículo 53 de la Constitución Política. En particular, este principio implica que una vez se alcance de nivel de protección específico, no se puede generar un retroceso por ningún tipo de decisión tomada por el legislador. Sin embargo, en casos en los cuales prime el principio de sostenibilidad fiscal al restringir la continuidad de un proyecto asociado a la garantía de los derechos de la población, se estaría atentando contra el principio de no regresión.

Ahora bien, en el caso de la seguridad social, el principio de sostenibilidad fiscal le permite al legislador modificar, siguiendo un conjunto de criterios totalmente presupuestales y de eficiencia, los límites y alcances de la prestación social pensional. Principalmente, estas modificaciones en Colombia se refieren al tiempo que le es necesario a un ciudadano para pensionarse y la edad, y se han establecido precisamente para generar recortes presupuestales que pueden llegar a afectar el principio de no regresión de los derechos.

En conjunto, como se puede apreciar, la sostenibilidad fiscal tal y como se ha venido desarrollando en Colombia genera importantes debates que es preciso considerar. Por tanto, a continuación, se plantea un análisis normativo en torno a este principio asociado al tema de seguridad social, y además se examina y considera el impacto del principio de sostenibilidad fiscal en las reformas legislativas que propenden por la regresividad de los derechos pensionales.

2.2 Desarrollo normativo y conceptual del Principio de Sostenibilidad Fiscal en el Sistema de Seguridad Social

Mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, se modificó el artículo 334 de la Constitución Política de 1991, introduciendo un criterio originado en recientes tendencias del pensamiento económico-fiscal, más específicamente hablando, dentro del contexto del derecho de hacienda pública y del constitucionalismo economicista, a través del cual pretenden elevarse a rango constitucional los denominados “principios presupuestales”, desarrollando para ello normas de la más superior jerarquía, mediante las cuales se establezcan parámetros de prudencia y medida con respecto a la gestión presupuestal del Estado, y de esa manera alcanzar la “sostenibilidad fiscal”, como herramienta diseñada para mantener tal equilibrio (Guerrero Vinuesa, 2012, pág. 81)

La adopción de la sostenibilidad fiscal obedece a distintos procesos de análisis y reflexión en torno a las políticas macroeconómicas relacionadas con el gasto público, y de cómo este incide directamente en las finanzas del Estado. Entre estos aspectos se encuentra la concepción que se tiene acerca de los derechos sociales y cómo estos pueden constituir o no parámetros de obligatorio cumplimiento para el Estado –bien sea porque son constitucionalizados o ya porque se excluyen del ordenamiento constitucional- (Aguilera Díaz, 2014).

De un modo más concreto, la materialización de la sostenibilidad fiscal se produce gracias a la regla fiscal, la cual implica básicamente que, en materia presupuestal, el gasto no puede superar al ingreso (Archila Peñalosa, 2013). Especialmente, el principio de sostenibilidad fiscal se plantea en el entramado constitucional colombiano como una medida tomada para contrarrestar las consecuencias que frente al presupuesto general de la nación estaba teniendo la judicialización de los derechos sociales, por lo cual resultaba necesario incidir de alguna forma en la toma de decisiones de los jueces. Dicho de otro modo, teniendo en cuenta que, en Colombia, las decisiones judiciales, incluidas las de la Corte Constitucional y demás Altas Cortes, al garantizar derechos, vienen atentando contra el equilibrio presupuestal y el modelo económico, han obligado al diseño de instrumento normativos sobre sostenibilidad fiscal, para limitar presupuestalmente, no solamente las

decisiones administrativas, sino también las de tipo jurisdiccional (Guerrero Vinuesa, 2012).

Así las cosas, existen cuatro razones fundamentales que orientaron el desarrollo del Acto Legislativo en cuestión: 1) la necesidad de coordinación entre las funciones del Banco de la República y la ejecución de la política económica general, en favor de los objetivos generales del Estado Social de Derecho; 2) la intervención del Gobierno Nacional en las finanzas de las entidades territoriales como instrumento para conjurar una crisis estructural de estas, que podría amenazar la sostenibilidad fiscal y la estabilidad macroeconómica; 3) la preminencia de la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones sobre los intereses particulares de los beneficiarios de regímenes especiales; 4) la prevalencia de la protección general de los derechos económicos y sociales sobre la prestación de algún derecho particular, para asegurar que el conjunto de aquellos sea reconocido de manera progresiva (Pico Larrota, 2015).

En este punto es importante tener en consideración las apreciaciones del Observatorio Legislativo (2010), cuando explica los principales beneficios asociados a la sostenibilidad fiscal. Dicha institución señala que la sostenibilidad permite al gobierno reducir la deuda en el mediano plazo, así como generar un enfoque fundamentado en el rigor, la disciplina y la planeación en cada una de las entidades del Estado, con el fin de promover un mejor manejo fiscal. Del mismo modo, el Observatorio (2010) afirma que mediante dicho principio se protege al presupuesto del Estado de las variables dinámicas de la economía, en la medida en que se establece una ejecución presupuestal más cuidadosa y planificada; y se logra que el Estado tenga una mejor capacidad de ahorrar en momentos de recesión y crisis económicas, lo cual derivaría en un mejor cumplimiento de sus objetivos a mediano y largo plazo.

Por otra parte, el Observatorio (2010) señala que el principio de sostenibilidad fiscal genera un mejor manejo macroeconómico de los excedentes que son generados en el sector minero-energético al tiempo que reduce y evita problemas de credibilidad del Estado, al tener un mejor manejo financiero. Lo anterior, deriva en una mejor ejecución presupuestal y control fiscal que reduce y limita las posibilidades para la corrupción.

Como se puede apreciar, la sostenibilidad fiscal se asocia principalmente a criterios basados en la eficiencia, y en mejorar las posibilidades que tiene el Estado para cumplir con sus objetivos, además de establecer nuevas opciones de ahorro, y protegerse financieramente ante los giros y continuas trasformaciones que se presentan en el plano económico.

Por su parte, para el Procurador General de la Nación, en concepto emitido dentro de la Sentencia C-288 del 18 de abril de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), del Acto Legislativo 03 de 2011 se pueden deducir dos intenciones: la primera de ellas, consistente en acreditar que la sostenibilidad fiscal es una función y una responsabilidad a cargo del Gobierno Nacional, consistente en la eficiente provisión de gastos y de su financiamiento, con un riguroso control para la ejecución de los mismos, dada la escasez de recursos públicos; la segunda, relativa a que la sostenibilidad fiscal es una herramienta para la realización del Estado Social y Democrático de Derecho, que permite desplegar toda una serie de bienes y servicios básicos, relacionados únicamente en los paquetes o conjuntos que al respecto estén definidos por el legislador, teniendo en cuenta las correspondientes asignaciones de recursos previstas en los planes y presupuestos. No obstante, debe tenerse en cuenta que, tanto los planes como los presupuestos introducen unos límites máximos de gasto público social para el suministro de esos bienes y servicios.

En consecuencia, el artículo 334 de la Constitución Política de acuerdo con su más reciente redacción, asigna la dirección general de la economía al Estado, mediante la intervención, por mandato de ley, en diversos factores y componentes de esta, con el fin de lograr su racionalización, todo dentro de un marco de sostenibilidad fiscal, con la finalidad última de lograr el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano; igualmente, ese marco de sostenibilidad fiscal deberá orientar a las ramas y órganos del poder público en lo que a sus competencias se refiere, pero dentro de un esquema de colaboración armónica, y, fungir como un instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho.

Por consiguiente, el Acto Legislativo 03 de 2011 establece la prohibición de afectar los derechos fundamentales a la hora de llevarse a cabo la valoración propuesta en virtud de la sostenibilidad fiscal, de modo que, tales derechos no pueden ser desconocidos o afectados en relación con la aplicación de dicho principio. Sin embargo, respecto de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, no existe limitación alguna a la hora de aplicar el principio de sostenibilidad fiscal, por lo cual resulta muy pertinente analizar qué tan conveniente llega a ser, en aras de garantizar su protección (Aguilera Díaz, 2014).

Adicionalmente, el Acto Legislativo objeto de análisis, crea el llamado “incidente de impacto fiscal”, que se encuentra legalmente desarrollado mediante la Ley 1695 de 2013, y el cual es de trámite obligatorio, promoviéndose con el fin de que, una vez proferida sentencia por cualquiera de las máximas corporaciones judiciales, puedan solicitar su apertura para determinar el impacto que tienen dichos fallos en las finanzas públicas, y en consecuencia establecer si es procedente modular, modificar o diferir los efectos de estos, buscando que no produzcan considerables alteraciones de la sostenibilidad fiscal (Guerrero Vinuesa, 2012).

Ahora bien, desde el punto de vista del Sistema de Seguridad Social, la sostenibilidad fiscal ha tenido una serie de implicaciones al respecto, como quiera que, bajo la influencia de este principio, se viene formulando una serie de políticas públicas, que si bien, se encontrarían centradas en vindicar la salud como un derecho –incluso de carácter fundamental- y pretenden fijar pautas para el mejoramiento del servicio, se encuentran marcadas en su implementación por el aspecto económico y fiscal que aquí se viene tratando.

Tal es el caso de la Ley 1751 (2015) o “Ley Estatutaria de Salud”, que entiende la sostenibilidad fiscal del Sistema de Seguridad Social como uno de los principios y ejes centrales del derecho fundamental a la salud, de acuerdo con el literal i) de su artículo 5º, cuando dispone que es responsabilidad del Estado respetar, proteger y garantizar el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, para lo cual deberá adoptar tanto la regulación como las políticas que sean indispensables para financiar de manera sostenible los servicios

de salud, garantizando el flujo de recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población.

Igualmente, resulta clara la influencia que ejerce este principio, de acuerdo con la definición que incorpora la ley en comento, dentro de su artículo 6°, cuando establece que el Estado debe disponer, por los medios que la ley estime convenientes, de los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

En igual sentido, incluso desde el proyecto de Ley Estatutaria de reforma al Sistema General de Seguridad Social en Salud se enuncian estas consideraciones, toda vez que, la modificación planteada sobre el sistema de salud involucra toda una serie de intereses de especial categoría, relacionados también con la vida y la dignidad humana, razón por la cual, ante las notorias falencias normativas y relacionadas con aspectos como la prestación de los servicios, los derechos ligados estrechamente a la seguridad social, resultan ser reconocidos o resueltos por instancias judiciales, generalmente a través de la acción de tutela (Aguilera Díaz, 2014).

No obstante todo lo anteriormente señalado, aun cuando hoy en día es imposible concebir a la administración de justicia desde una perspectiva multidisciplinaria que desconozca el ámbito jurídico, social y económico, resulta inconsecuente limitar la eficacia de las decisiones de las altas cortes en materia de derechos económicos, sociales y culturales, permitiendo al mismo tiempo una intromisión en las funciones de cada poder público, con lo cual se contraría la Constitución, el precedente jurisprudencial y el orden jurídico; además se vulneran los principios de división de poderes, el respeto y la garantía de los derechos humanos, la legalidad y la seguridad jurídica, propios de un Estado Social de Derecho (Sánchez Gutiérrez, Ricaurte Espinel, & Castillo Cárdenas, 2012).

2.3 Impacto del principio de sostenibilidad fiscal en las reformas legislativas que propenden por la regresividad de los derechos pensionales

La modificación realizada sobre la Constitución Política de 1991, al incluir el principio de sostenibilidad fiscal sugiere para gran parte de la academia, que se trata de una inclusión que atenta contra la esencia misma de la Carta Magna, al no ser el espacio apropiado para auxiliar una política de carácter económico que se superpone a los derechos fundamentales, yendo abiertamente en contravía con el espíritu del Estado Social de Derecho y del artículo 366 Constitucional, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y el artículo 11 de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos y Políticos que establecen que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, cuyo gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación (Sánchez Gutiérrez, Ricaurte Espinel, & Castillo Cárdenas, 2012).

En relación al Sistema General de Pensiones, la inclusión del principio de sostenibilidad fiscal no es algo completamente innovador, pues con el Acto Legislativo 01 de 2005, ya había sido elevado a rango constitucional el concepto de sostenibilidad financiera, y en efecto, el Estado se vio obligado a garantizar que el Sistema General de Pensiones fuera sostenible, razón por la cual, cada ley expedida con posterioridad al citado Acto Legislativo, debe regirse por un marco de sostenibilidad de las disposiciones que allí se establecen. De acuerdo con esta idea, el principio de sostenibilidad para el gasto público y la inversión al Sistema General de Pensiones, se integran a los tres principios rectores de universalidad, eficacia y solidaridad consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política (Camacho Corzo, Moreno Guevara, & Rincón Muñoz, 2012).

Desde esta perspectiva, si bien, la justificación que ha venido empleado el Estado para sostener financieramente al Sistema General de Pensiones, tuvo como efecto que se realizara la inclusión constitucional del principio de sostenibilidad financiera, desde las primeras modificaciones hechas sobre el Sistema General de Seguridad Social, incluida la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003, se ha incentivado la reducción

de gasto fiscal, recurriendo a criterios como el desarrollo de dos regímenes pensionales (Prima Media con Prestación Definida y Ahorro Individual), el aumento progresivo de requisitos para acceder al derecho a la pensión (edad, tasa de cotización, semanas cotizadas, tiempos de servicio, eliminación de regímenes exceptuados, etc.); igualmente, a través del Decreto 2664 de 2007, se modifica la metodología de cálculo de la rentabilidad mínima que deben garantizar las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías a sus afiliados, y, con la Ley 1473 de 2011 se crea una regla fiscal que tiene por objetivo la sostenibilidad fiscal de largo plazo de las finanzas públicas y la estabilidad macroeconómica del país (Camacho Corzo, Moreno Guevara, & Rincón Muñoz, 2012).

Particularmente, de acuerdo con el Instituto Interamericano para el Desarrollo Económico y Social (INDES) y el Departamento de Investigación y Economista Jefe del Banco Interamericano de Desarrollo (2012), uno de los debates financieros más relevantes sobre las reformas efectuadas a los sistemas de pensiones, se ha planteado en términos de los problemas fiscales originados por la transición entre el sistema tradicional y el nuevo sistema de capitalización individual. Aunque en principio, las cuentas de capitalización individual ponen freno al surgimiento de futuras obligaciones fiscales para pagar pensiones, al crearse esas cuentas manejadas por parte de fondos privados, se genera una suerte de costos por cuanto el sistema público deja de recibir las contribuciones de los afiliados a los fondos. Así mismo hay costos de transición si se expiden “bonos de reconocimiento” para trabajadores que se trasladan del sistema público al privado (cuyo valor son las deudas implícitas con estos trabajadores). El costo de transición se genera cuando se efectúa el pago de esos bonos, lo cual puede suceder cuando el trabajador se afilia a un fondo privado, o con mayor probabilidad, cuando llega a su edad de retiro.

Y es que, en el caso colombiano, la administración del Régimen de Prima Media, por parte del Instituto de Seguros Sociales (ISS) desde su creación en la década de los 60 y hasta el año 2012, fue objeto de permanentes cuestionamientos, por cuenta de los constantes casos de corrupción, malas prácticas administrativas, decisiones judiciales que desestabilizaron al régimen hasta el punto de ponerlo en riesgo inminente de caída hasta llegar a su liquidación, teniendo que ser reemplazada por la Administradora Colombiana de

Pensiones (Colpensiones), logrando al fin llegar a un cierto punto de estabilidad relativa a día de hoy, desde la perspectiva institucional (Ruiz Ariza, 2017).

No obstante, los mentados desequilibrios no han desaparecido, ya que ellos son inherentes al Régimen de Prima Media y no a las entidades encargadas de administrarlo. En ese estado de cosas, la incorporación paulatina de la regla fiscal dentro del sistema pensional, no se corresponde con criterios utilitaristas, sino que fue y es una necesidad improrrogable, el alcanzar una solidez financiera y fiscal, ya que de ello depende que en el futuro los aportantes menores no reciban la carga de financiar las pensiones más altas y que esta sea una función exclusiva de los grandes cotizantes a la seguridad social. De ese modo, la crítica situación del Sistema General de Pensiones radica en la ineficacia de las disposiciones jurídicas del Sistema de Seguridad Social, puesto que el principio de sostenibilidad fiscal no resulta compatible con el actuar administrativo y judicial de reconocimiento de prestaciones económicas elevadas, afectando el equilibrio pensional entre aportantes de clases trabajadoras y beneficiarios de pensiones onerosas (Ruiz Ariza, 2017).

Al respecto, cabría preguntarse si existen unos reales beneficiarios ante el eventual desmonte del Régimen de Prima Media, porque sí resulta a todas luces claro, que todos los afiliados al sistema de Prima Media quedarían al vaivén de las dinámicas propias de la economía de mercado y de los sistemas financieros. En efecto, la creciente tendencia consiste en hacer creer que las pensiones hacen parte de la economía de mercado, que son un ahorro y no un derecho (Procuraduría General de la Nación, 2013).

De acuerdo con todo lo anterior, podría afirmarse que existe una predisposición a considerar que la efectividad de un Sistema de Seguridad Social debe medirse en términos de su influencia en las políticas fiscales, dejando de lado su verdadero impacto en la calidad de vida de las personas. En esa medida, el principio de no regresividad de los derechos, como componente del de progresividad, debe necesariamente ser tenido en cuenta como una guía para desarrollar cualquier eventual reforma pensional, de modo que, para determinar si una norma es regresiva y viola el principio de la no regresividad de las normas sociales, no es suficiente con comparar simplemente su texto con el de la norma

que se modifica, sino que se requiere tener en cuenta el objetivo social perseguido a través de la nueva disposición legal y si el cambio que ella introduce en los requisitos para acceder a un derecho es o no conveniente para el conjunto de la sociedad (Gnecco Mendoza, s.f.).

Por otro lado, como lo sostienen Piraquive y Santa María (2016), la sostenibilidad financiera de los sistemas de pensiones se encuentra relacionada con el crecimiento de la población: cuanto más número de personas ingresen al mercado laboral formal, mayor el número de contribuciones al sistema existirán. No obstante, cuando la tasa de crecimiento de la población comienza a revertirse, la sostenibilidad financiera termina dependiendo del comportamiento de la economía y de la productividad laboral.

De modo paralelo, expone Pérez de la Rosa (2016) que, mientras la población va envejeciendo conforme pasa el tiempo, luego los aportantes, es decir, la población joven y con edad para integrar la fuerza laboral, es menor, y, en consecuencia, la base aportante se disminuye (esto, aunado a otros factores como la no afiliación al sistema o la no cotización al Régimen de Prima Media sino a otros regímenes); así mismo, al aumentar la expectativa de vida de la población mayor, mayor es el gasto en el cual se tiene que incurrir. Por ello, un sistema pensional deseable, debe tener en cuenta, para evitar desequilibrios que afecten su propia economía y, por ende, su estabilidad, el acudir a reglas que no solamente impidan estos desbarajustes, sino que además permitan su desarrollo eficiente, sin déficits ni superávits, tanto a mediano como a largo plazo.

Así las cosas, complementando esas consideraciones, sostiene el Ministerio de Trabajo, de acuerdo con la exposición de Rodríguez Bohórquez (2015), que los principales problemas que aquejan al sistema pensional son: la baja cobertura, la desigualdad, y que es socialmente insostenible. Frente a la baja cobertura, cabe mencionar que esta se origina como consecuencia de la informalidad laboral que no permite a los trabajadores cumplir con requisitos básicos para acceder al derecho a la pensión, como el tiempo y monto de cotización, y aún, los trabajadores formalmente vinculados tampoco logran alcanzar dicha meta; en tal sentido, la desigualdad se manifiesta en el hecho de que solo uno de cada diez colombianos llega a pensionarse por falta de opciones y mecanismos de inclusión al sistema. Una persona vinculada al Régimen de Prima Media recibe mayor pensión que otra

en igualdad de condiciones, pero vinculada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Tomando en consideración los factores aquí ilustrados, es evidente que los sistemas de pensiones, tal y como se encuentran estructurados hoy en día, no brindan una adecuada protección a significativa parte de la sociedad, especialmente, en tratándose de los sectores más vulnerables de la población, como lo son las familias de escasos recursos. Además, los países que han mantenido sus sistemas de reparto (esto es contributivos, como sucede en Colombia), vienen enfrentando serios problemas para el financiamiento de aquellos, pues, esta clase de regímenes pensionales han demostrado tener muy poca adaptabilidad a los cambios demográficos que vienen sucediéndose en la región y el mundo (CAF, s.f.).

Del mismo modo, en muchos casos, las necesidades de financiación del sector público han provocado la captura de los fondos de seguridad social, generando una percepción generalizada poco favorable acerca de la transparencia y efectividad del sistema. Al hacerse una redistribución poco transparente y no necesariamente progresiva de los recursos, y sumando esto a las ineficiencias del sistema, se producen pocos incentivos a la realización de aportes previsionales; un amplio porcentaje de la población asimila los aportes a la seguridad social como tributos y no como ahorros (s.f., pág. 239).

En todo caso, será importante anotar que, incluso antes de que la sostenibilidad financiera fuera incluida por la Constitución Política como principio, la Corte Constitucional ya había expresado que aquella no puede tomarse como fin último del Estado ni justificar limitaciones de los derechos fundamentales, como lo señala la Sentencia C-227 de 2004, (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en la que se estudiaba la exequibilidad del inciso 2° del párrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, y se manifestó que la sostenibilidad financiera no puede ser invocada de forma genérica para limitar o negar un beneficio de la seguridad social a las personas de sectores vulnerables y por ello declaró inconstitucional una expresión de la norma acusada, ya que excluía a las madres de las personas en condición de discapacidad que superaran cierto rango de edad del beneficio de la pensión especial de vejez, aduciendo motivos de sostenibilidad financiera.

En este sentido, un sistema pensional debe cumplir con ciertos requerimientos y características que determinarán si es eficiente o no en un contexto social y temporal específicos, tales como: ser un sistema de cobertura amplia, sencillo, uniforme, y, ante todo, acorde con las necesidades de la población que aporta y sería beneficiaria de las prestaciones ofrecidas. Tal equilibrio entre los recursos existentes y los que se destinan para el pago de pensiones, es la base fundamental del más reciente principio rector del sistema pensional consagrado en la Constitución Política de 1991, producto de una inobjetable variación social y demográfica del país, que facilitó la entrada en el ordenamiento jurídico del principio de sostenibilidad fiscal como componente transversal del sistema (Ruiz Ariza, 2017).

Ahora bien, es importante relacionar el análisis sobre el tema pensional que se ha planteado, con la sostenibilidad fiscal y el principio de no regresión de los derechos. En particular, se reconoce que la garantía de la no regresividad de los derechos pensionales en Colombia se ha establecido a través de tres principios básicos por medio de los cuales se decide si una medida regresiva puede ser aplicada o ejecutada. Dichos principios son:

- Principio de idoneidad: Para cumplir con este principio es vital determinar si la medida en realidad tiene un fin que sea legítimo en plano constitucional, y que generará a largo plazo mayores ventajas que las que se presenta actualmente.
- Presupuesto de la necesidad: Se realiza una valoración para definir si entre todas las medidas regresivas que existan, se ha seleccionado la menos regresiva de todas.
- Proporcionalidad: Se confronta el principio de no regresividad con diferentes temas constitucionales, dentro de los cuales se resalta la sostenibilidad de los derechos y los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad.

En medio de estos procesos que orientan la decisión sobre la aplicación de una medida regresiva, se pueden generar desacuerdos entre los jueces, que buscan amparar ante todo la protección de los derechos, con el gobierno que busca garantizar la sanidad fiscal. Siguiendo las palabras de Guerrero (2012):

En el hipotético caso de que en Colombia un juez de la República, al amparar y proteger un derecho fundamental o social, afecte de alguna manera el asunto fiscal, de forma que a juicio del Gobierno o del Ministerio Público se ponga en peligro la sanidad fiscal, la reforma introducida con el acto legislativo en comento no solo permite desconocer el principio de seguridad jurídica, al pretender modular la sentencia proveniente de una alta corte, sino que atenta contra el mencionado principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales (p. 44).

De acuerdo con las consideraciones efectuadas hasta este punto, puede establecerse que, si el gobierno se enfoca únicamente en la sanidad fiscal, son plausibles graves perjuicios que limiten y atenten en contra de los derechos de las personas. Esto ya ha ocurrido en la práctica, a través del Acto legislativo No. 01 de 2005, por medio del cual se ha reformado el derecho a la seguridad social mediante la introducción de la sostenibilidad financiera en el sistema pensional. De esta forma, se reducen o limitan algunos de los beneficios de los pensionados en Colombia, con el fin de mejorar la eficiencia en el gasto público del Estado.

Igualmente, aunque, como se ha venido explicando en el presente capítulo, el principio de sostenibilidad fiscal tiene la función primordial de desarrollar acciones que ayuden a reducir o a racionalizar los gastos, es preciso analizar detalladamente en dónde, en qué aspectos concretos se deben hacer dichas reducciones, tratando siempre de cumplir con el principio constitucional de la no regresividad en materia de garantía a los derechos sociales, económicos y culturales.

2.4 Análisis presupuesta y de cobertura del régimen pensional

En la actualidad el principal problema del sistema pensional colombiano es su baja cobertura que, sumado al alto grado de regresividad del sistema, generan un impacto fiscal considerable, pues, a pesar de las consideraciones normativas, en la práctica las reglas establecidas para el cálculo de los beneficios en el Régimen de Prima Media (RPM) han derivado en que las pensiones de mayor magnitud reciban mayores subsidios (Fedesarrollo y Acric, 2018). El impacto fiscal se debe fundamentalmente a la imposibilidad de mantener

una sostenibilidad fiscal exclusivamente a partir de las cotizaciones de los trabajadores, motivo por el cual el gobierno debe aportar un porcentaje de sus recursos para cubrir el faltante, que en la actualidad representan más del 3,5% del PIB (Fedesarrollo y Acric, 2018).

Para 2018, específicamente en épocas electorales, solo el 24% de las personas mayores de 65 años recibía una pensión y solo el 35% de la población económicamente activa cotizaba a pensiones; conforme a los índices de informalidad laboral y la ausencia de una reforma pensional, Fedesarrollo y Acric (2018) afirman que este comportamiento tenderá a acentuarse en los próximos años. Según el último informe sobre empleo informal y seguridad social presentado por el Dane¹ en junio de 2019, en las 13 ciudades y áreas metropolitanas, la proporción de hombres ocupados que eran informales fue de 44,1%, mientras que esta proporción para las mujeres fue de 49,1%, teniendo una leve mejora frente al año pasado cuando la proporción de ocupados informales para hombres y mujeres fue 45,5% y 48,8%, respectivamente.

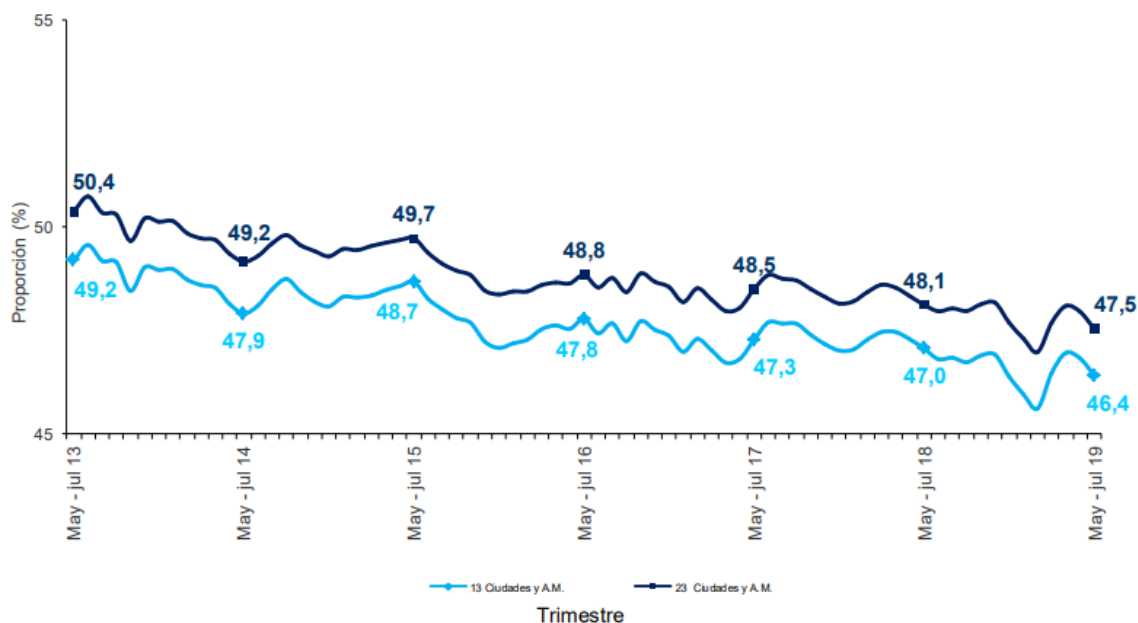


Figura 1. Proporción de población ocupada informal (2013 - 2019).

¹ En Colombia el Dane mide el empleo informal a partir de la afiliación a la seguridad social.

Nota. Tomada del último informe del Dane (2019) en el cual se miden 13 y 23 ciudades y áreas metropolitanas.

Si bien este promedio ha disminuido en relación a los años anteriores, como se aprecia en la anterior gráfica, en la práctica continúa siendo preocupante que casi la mitad de la población no se encuentre en condición de aportante al régimen de pensiones. En este mismo informe el Dane afirma que entre 2018 y 2019 el número de personas ocupada que reportaron estar afiliados a seguridad social en salud y pensión disminuyó levemente, para el caso de salud se redujo en 1 punto porcentual y en el caso de las pensiones apenas se dio una diferencia de 0.1 puntos porcentuales. Lo anterior significa que mientras la tasa de empleo aumenta el número de personas cotizantes disminuye, lo que quiere decir que un mayor número de personas ocupadas no se encuentran accediendo al régimen de pensiones.

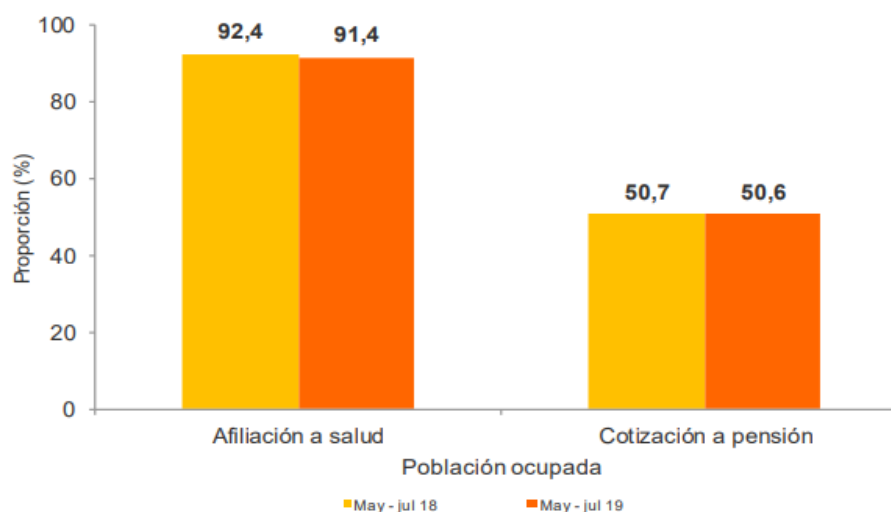
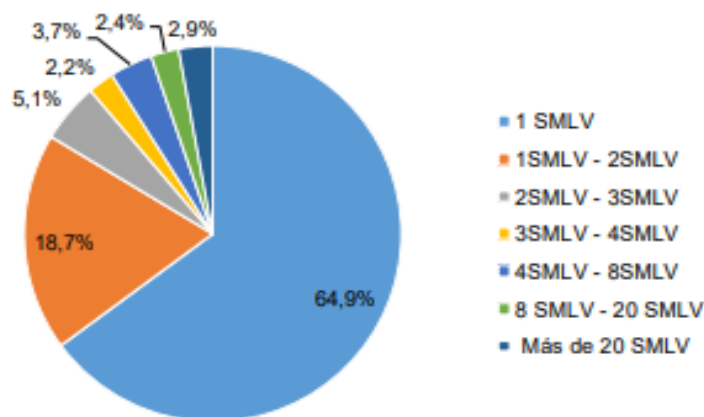


Figura 2. Proporción de la población ocupada, según afiliación al régimen de seguridad social en salud y cotización a pensión.

Nota. Tomada del último informe del Dane (2019) en el cual se miden 13 y 23 ciudades y áreas metropolitanas.

Según Fedesarrollo y Acric (2018) parte de esta problemática se debe dos situaciones: el requisito de que la cotización básica no puede ser inferior al salario mínimo, lo que implica que cerca del 55% de la población es excluida del sistema por tener ingresos por debajo de este umbral; y la elevada rotación entre trabajos formales e informales, que implica que pocos trabajadores lleguen a cumplir los requisitos para acceder a una pensión contributiva en cualquiera de los dos regímenes. (p. 4)

No obstante, la problemática más preocupante en relación a la sostenibilidad fiscal es la desproporción en relación a los subsidios en el sistema pensional, que como lo definen Fedesarrollo y Acric (2018) se caracteriza por su inequidad e impacto regresivo. Según este informe el 86% de los subsidios se dirigen al quintil de ingresos más altos, mientras que el quintil más bajo solamente recibe el 0,1% de los mismos. Esta situación se acentúa si se analiza la composición de acuerdo al tipo de afiliación, en las siguientes gráficas se evidencia que la distribución de los afiliados en ambos regímenes se compone mayoritariamente por personas con ingresos de un salario mínimo.



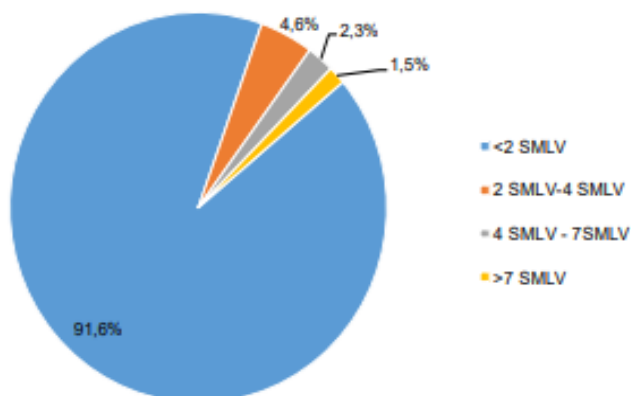


Figura 3. Distribución por salarios de afiliados al RAIS y al RPM (respectivamente)

Nota. Tomadas de López y Sarmiento (2019)

Ahora bien, hasta 2003 se contaban con las reservas del RPM, sin embargo, a partir de dicho año las obligaciones pensionales han venido siendo asumidas con recursos del Presupuesto General de la Nación, lo que según el informe de la Comisión de Gasto, para 2018 representó cerca del 3,5% del PIB (Comisión de Gasto, 2018). En la siguiente tabla se observa cómo las transferencias corrientes de la GNC a pensiones son las que mayor aumento han tenido en el PIB en los últimos años, significando más de 8 billones de pesos entre 2015 y 2017.

Concepto	2015	2016	2017	2015	2016	2017
	Billones de pesos			Porcentaje del PIB		
Transferencias corrientes	88,34	94,74	107,51	11,1	11,1	11,8
1. SGP	29,74	32,24	35,75	3,7	3,7	3,9
2. Pensiones	25,10	28,99	33,69	3,1	3,4	3,7
3. Transferencias salud (no SGP)	9,92	10,77	12,16	1,2	1,2	1,3
4. Contribuciones a la nomina*	4,01	4,35	4,67	0,5	0,5	0,5
5. Población vulnerable	6,64	5,15	6,74	0,8	0,6	0,7
6. Universidades	2,45	2,63	2,93	0,3	0,3	0,3
7. Resto de transferencias	10,49	10,61	11,57	1,3	1,2	1,3

*Las contribuciones a la nomina son un gasto que depende del personal de planta del Estado. Para mantener comparabilidad con las cifras del gobierno se han trasladado desde los gastos de personal a transferencias.

Figura 4. Transferencias corrientes del GNC 2015-2017.

Nota. Tomada de López y Sarmiento (2019)

Para López y Sarmiento (2019), la alta proporción de las transferencias pensionales incide en la reducción de la capacidad de sostenibilidad del sistema, y esta se ve afectada además por la tendencia hacia el traslado de los afiliados del RAIS al RPM.

3. Límites al principio de sostenibilidad fiscal dentro del sistema de seguridad social, para proteger la progresividad de los derechos pensionales. Análisis desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Dentro de este último capítulo de la investigación se pretende realizar, en primera instancia, un estudio sobre las principales características de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales y las diferentes metodologías para determinar, justamente, ese núcleo, así como la incidencia que esta podría tener para establecer los límites del principio de sostenibilidad fiscal a propósito del derecho a la pensión y el principio de progresividad. Posteriormente, se abordarán los principales desarrollos efectuados frente a las limitantes impuestas al principio de sostenibilidad fiscal dentro del sistema de seguridad social en pensiones, con miras a proteger la progresividad de los derechos pensionales y evitar la regresividad de los mismos, constituyendo aplicaciones concretas de la teoría inicialmente planteada.

3.1. La teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales – Fijación de los límites de un derecho con base en la posibilidad de determinar su núcleo.

No existen derechos ilimitados, ni siquiera los de carácter fundamental (Aguar de Luque, 1993). En dicho sentido, el antecedente primigenio sobre la posibilidad de limitar un derecho fundamental, únicamente en virtud de una ley de carácter general y sin que ello implique la afectación de su esencia, está en la Constitución alemana (art. 19, Ley fundamental de Bonn); aquí, las restricciones tienen que ceñirse a lo estrictamente necesario para salvaguardar otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos. Para emitir una ley general, tendrá que existir previa habilitación constitucional, además dicha limitación no podrá tener efectos retroactivos (Aguar de Luque, 1993, pág. 15).

Sobre este particular, refiere la Sentencia 11 de 1981 proferida por el Tribunal Constitucional Español, cuál es el núcleo esencial de un derecho, en los siguientes términos:

[...] aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga [...] (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 11/81 de 1981).

De acuerdo con esta referencia, el contenido esencial del derecho queda integrado por aquellas facultades del derecho que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en calidad de tal. Que los derechos fundamentales puedan ser reconocidos y garantizados en la Constitución como limitados y que el legislador sea el primero en intervenir en su ámbito constitucionalmente protegido, por ser a quien se lo encarga el constituyente, conduce al estudio de la limitación de los derechos fundamentales por vía legislativa. Entonces, el análisis sobre las colisiones que se producen por causa del ejercicio plural de los derechos en un marco social conflictivo, y, por ende, el análisis de los límites y limitaciones que responden al intento jurídico de regular, modular o armonizar la realización de estos, conduce necesariamente a la intervención de la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional ejerce continuamente la labor de precisar, definir y de ser necesario, redefinir el contenido de los derechos fundamentales, actuando además como el último limitador de ellos, resolviendo múltiples supuestos de ejercicio conflictivo y decidiendo en muchas ocasiones sobre asuntos con un marcado contenido político (Aba Catoira, 1998).

En ese orden de ideas, todo derecho tiene sus límites, los que, en relación a los derechos fundamentales, se encuentran establecidos algunas veces dentro de la Constitución misma. Sin embargo, no son los límites expresamente señalados en el texto constitucional los que plantean dificultades de interpretación, sino los límites intrínsecos, es decir, aquellos que derivan su mera incorporación y conformación constitucional como tales derechos. Igualmente, la virtualidad limitadora de los límites se despliega en relación a todos los derechos fundamentales, sin perjuicio de la individualidad del contenido esencial de cada derecho, y se proyecta sobre cualquier manifestación legislativa que incida

en el ámbito de los derechos, no solo frente a regulaciones concretas de su ejercicio (Aguar de Luque, 1993).

Y es que actualmente, el problema de los derechos fundamentales no es como antaño el de su consagración y reconocimiento dentro de una Constitución, sino el de su realización y vigencia efectiva, esto es, la eficacia y proyección de aquellos en todas sus dimensiones posibles, lo cual produce conflictos prácticos (de aplicación y realización material). En ese entendido, el Estado Constitucional y de Derecho, es el Estado de los derechos fundamentales (Aba Catoira, 1998).

De esa manera, si se miran los derechos fundamentales tomando como punto de partida una perspectiva dinámica, ellos son normas constitucionales que positivizan un derecho a partir del cual cualquier ciudadano puede exigir su tutela ante los tribunales, y conforme a los cuales habrán de interpretarse todas las normas que componen el ordenamiento. Vistos así, son fundamentales únicamente, aquellos derechos reconocidos y garantizados jurídica e institucionalmente. En conexión con su naturaleza dinámica (atendiendo a razones circunstanciales o de contexto social, político, económico o cultural), serán reconocidos, y su contenido será variable en calidad y cantidad; dicho de otro modo, los derechos fundamentales presentan una doble naturaleza: por un lado son facultades que les permiten a sus titulares accionar los poderes del Estado en caso de posibles restricciones, y por otro, consisten en elementos objetivos del ordenamiento jurídico que obligan al Estado desde la Constitución a conseguir su realización (Aba Catoira, 1998, pág. 14).

Como un derecho no se agota con su inclusión en un texto jurídico (este es apenas su punto de partida), sino que entra en una dinámica de desarrollo, interpretación y aplicación que afecta su sentido y función, ese desarrollo legal y jurisprudencial del que es objeto, se llevará a cabo partiendo de que el Estado ha de procurar la realización efectiva de los derechos y demás bienes constitucionales que constituyen elementos del ordenamiento. La inserción de los derechos y libertades en normas constitucionales los configura como categorías jurídicas limitadas, pues, aunque su constitucionalización les reporta protección, al tiempo los relativiza, en cuanto a que, si la Constitución es un todo normativo, una

unidad jurídica, ninguno de sus preceptos podrá interpretarse con desconocimiento de los demás, por lo que se modalizan. La coexistencia de los derechos implica que en determinadas circunstancias puedan tener situaciones de colisión, de conflicto, que tendrían que ser resueltas en favor de uno de ellos, pero con desmedro del otro (Aba Catoira, 1998, pág. 14).

Quien establece expresamente la delimitación del derecho será el legislador en desarrollo del mismo o en última instancia el Tribunal Constitucional, ambos por vía interpretativa, confrontación de normas y preceptos constitucionales (dónde comienza y dónde acaba el contenido protegido) (Aba Catoira, 1998, pág. 15). Una vez delimitado el contenido del derecho, este puede ser intervenido con finalidad restrictiva o limitadora, para lograr la realización de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, siempre y cuando no sea posible lograr ese objetivo de una manera menos gravosa para el derecho que resulta intervenido (Aba Catoira, 1998, pág. 20).

La garantía del contenido esencial se constitucionaliza como un reforzamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales, en cuanto el último de los límites u obstáculos que se encuentra el legislador constituido en la intervención de los derechos. El contenido esencial es esa parte del derecho, no todo su contenido constitucionalmente protegido, que el legislador en ningún caso puede afectar so pena de inconstitucionalidad. Así las cosas, la ley que limita el derecho puede resultar justificada en la Constitución, pero no resultar en última instancia admitida como integrante del ordenamiento constitucional, porque afecta de alguna manera el núcleo esencial del derecho concebido como intocable (Aba Catoira, 1998, pág. 26).

Por su parte, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón), reitera la vigencia de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales, cuando manifiesta que existe un ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o las formas en las que se manifieste. Este núcleo básico del derecho fundamental, no es susceptible de interpretación u opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas. Según esta idea, quedan excluidos de tal consideración aquellos derechos que

requieren de una delimitación en el mundo de las mayorías políticas (como sucedería en efecto con los derechos sociales, económicos y culturales de contenido difuso, cuya aplicación está encomendada al legislador para que fije el sentido del texto constitucional), es decir, que tales derechos no pueden considerarse como fundamentales, salvo circunstancias en las cuales dentro de un caso específico, sea evidente su conexidad con un principio o derecho fundamental.

Igualmente, el Máximo Tribunal Constitucional, en la Sentencia T-426 del 24 de junio de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), corrobora que la interpretación y aplicación de la teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales está indisolublemente vinculada al orden de valores que consagra la Constitución. El hecho de la ponderación de valores o intereses objeto de protección constitucional no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales. Así, el núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.

Sobre el particular, refiere la Corte Constitucional en el fallo objeto de revisión, que, para determinar el núcleo esencial de un derecho fundamental, el juzgador dispone de técnicas jurídicas complementarias. Desde el punto de vista de los derechos subjetivos, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose.

En este sentido, vale la pena destacar el enfoque proporcionalista del teórico alemán del neoconstitucionalismo Robert Alexy, quien propone cuatro dimensiones de la maximidad de los derechos del núcleo esencial: el máximo rango, la máxima fuerza, la máxima indeterminación y el máximo contenido. Sobre el rango, Alexy (citado en Moreso, 2010) afirma que la ponderación puede ser dividida en tres etapas, la primera enfocada al establecimiento del grado de no satisfacción del primer principio, la segunda al establecimiento de este grado en el principio en pugna con el primero, y la tercera, que evalúa si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de

satisfacción del primero. Para Alexy el grado de afección a un derecho determinado, se divide en tres rangos: leve, medio y grave.

Ahora bien, sobre la fuerza es preciso anotar que Alexy se ubica entre los denominados “internalistas” que, a diferencia de los “externalistas”, ubican la fuerza normativa de una ley dentro de la ley misma (Shiner, 2010). Partiendo de esto el enfoque de proporcionalista de Alexy no aboga por reducir la fuerza de los principios, ni por reducir el alcance de los mismo conservando su fuerza, pues, como afirma Moreso (2010) esto significa considerar la formulación de los principios como incompleta y expandirla. El enfoque de Alexy sostiene que se puede conservar el alcance de manera que los principios no entren en conflicto (Moreso, 2010). De modo que, para Alexy el derecho puede tener un concepto fuerte y un concepto débil, el primero es aquel que relaciona todos los elementos del derecho para su conceptualización (Hernández y Jiménez, 2018)

Respecto a la indeterminación, Agudelo, León y Prieto (2015) afirman que la coherencia interna y la unidad del sistema jurídico devienen de un mandato de justicia, cuya coherencia interna es de naturaleza axiológica valorativa y no lógica, por tal motivo, cuando las teorías jurídicas no responden a casos concretos, se encuentra un margen de indeterminación legal que da al juez un amplio espectro de interpretación, donde los vacíos legales pueden ser colmados a través de concepciones políticas. (p. 14) En este sentido, García y Pérez (2015) afirman que la indeterminación semántica “no es exigible o verificable de manera unívoca por cuanto responde a dinámicas distintas que varían no sólo según la jurisdicción y competencia del juez sino, de la valoración y ponderación de los principios constitucionales que irradian la teoría del caso” (p. 265). Es decir, que el ejercicio interpretativo depende del evento judicial y se manifiesta de manera particular según los operadores jurídicos que estudian y valoran los distintos casos.

Finalmente, sobre el contenido, vale la pena citar un fragmento de Rojas (2012), quien afirma que;

El resultado al que llega Alexy es doble. Por una parte, la teoría del discurso procura la razón implícita de la praxis real de la argumentación. Por el otro lado, muestra el

carácter ideal del discurso. El contenido lo forma la relatividad del resultado y el contexto tan amplio de lo posible discursivo. (p. 165)

Es en este sentido, en donde juega un papel importante la “función técnica” pues busca mediante la sistematización organizar los contenidos legales en conceptos fundamentales y en instituciones jurídicas, de manera que permitan una categorización lógica-racional del material jurídico y, al mismo tiempo, una perspectiva sencilla, muy amplia y rápida de los contenidos, lo anterior permitiría facilitar la función de información y la aplicación del derecho (Rojas, 2012).

De otro lado, la jurisprudencia de intereses ha diseñado una fórmula según la cual, el núcleo esencial del derecho fundamental es aquella parte de su contenido que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resultan, real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce o rebasa el contenido esencial, cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, dificultándolo más allá de lo razonable, o lo despojan de la necesaria protección. Consecuentemente, la garantía del núcleo esencial o intangible de los derechos fundamentales impide que el legislador en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de los mismos; las leyes generales que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales deben interpretarse teniendo en cuenta el significado de estos en una sociedad libre y democrática, en la cual, los efectos restrictivos sobre tales derechos deben ser limitados.

3.2 La teoría del núcleo esencial y los derechos en materia pensional

Si se tiene en cuenta que el derecho a la pensión es de carácter prestacional, de acuerdo con la Corte Constitucional (Sentencia C-177 del 4 de mayo de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero), no porque su realización sea progresiva quiere decir que pueda existir violación de aquel, debido a omisiones del Estado o a actuaciones insuficientes de su parte. Efectivamente, así como existe un contenido esencial de los derechos civiles y políticos, la doctrina internacional ha considerado que existe un contenido esencial de los derechos económicos y sociales –como en efecto lo era el derecho a la pensión antes de ser

considerado de carácter fundamental-, el cual logra materializarse en los “derechos mínimos de subsistencia para todos, sea cual fuere el nivel de desarrollo económico”, en concordancia con el Principio No. 25 de Limburgo sobre “La Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (Comisión Internacional de Juristas, Facultad de Derecho - Universidad de Limburg, & Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, 1986). Por consiguiente, se considera que existe una violación a las obligaciones internacionales cuando los Estados no aseguran ese mínimo vital, salvo que existan razones poderosas capaces de justificar tal situación. Además, el Estado adquiere el compromiso de tomar todas las medidas que sean necesarias, y, hasta el máximo de los recursos que tenga a disposición, por lo que, si llega a constatarse que dichos recursos no han sido empleados de manera adecuada para la realización de estos derechos, puede también considerarse que el Estado está incumpliendo con sus obligaciones internacionales.

Empero, si se tiene en cuenta, que el derecho a la pensión, en tanto fundamental no puede tener un carácter absoluto, su contenido esencial tendrá que ser determinado caso por caso por la Corte Constitucional, al igual que el de los demás derechos fundamentales, según las consideraciones ya realizadas, en una labor que conllevará a un análisis de su origen y sustento en la Carta Política, como también de su desarrollo legislativo, doctrinario y jurisprudencial, a lo largo del tiempo (Abanto Revilla, 2014).

De esta manera, realizando un interesante ejercicio de derecho comparado, el Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado acerca del contenido esencial del derecho a la pensión, dentro de la Sentencia que corresponde al Expediente N° 00050-2004-AI/TC (Fallo del 3 de junio de 2005), destacando que se compone por tres elementos que constituyen su “núcleo duro”, a saberse: 1) el derecho de acceso a una pensión; 2) el derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión; 3) el derecho a una pensión mínima vital. Vale destacar que en los fundamentos 107 y 108 del fallo, el Tribunal Constitucional reconoce la existencia de otros elementos que también integrarían el derecho a la pensión, los cuales pueden agruparse complementariamente en: no esenciales (reajustes y topes) y adicionales (pensiones de sobrevivientes). A diferencia de los elementos esenciales, estos sí

podrán ser revisados y regulados por el legislador para su libre configuración normativa (Abanto Revilla, 2014, pág. 7).

En el caso colombiano, el derecho a la pensión reviste carácter de fundamental atendiendo a que se deriva directa e inmediatamente de los derechos a la seguridad social y al trabajo, ya que nace y se consolida ligado a una relación laboral, como lo ha señalado insistentemente la Corte Constitucional. Igualmente, su contenido esencial podría caracterizarse del modo siguiente: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legamente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social. Por ello, quien ha satisfecho los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, exigidas por la ley para acceder a una pensión, tiene un derecho adquirido a gozar de la misma (Corte Constitucional, Sentencia C-168 del 20 de abril de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Así, la persona que cumple con el lleno de requisitos exigidos para acceder al derecho a la pensión, adquiere el estatus de jubilado y por ende tiene un derecho adquirido al reconocimiento pleno y oportuno de su jubilación, entendiendo que la seguridad social forma parte de los derechos adquiridos e irrenunciables. Siguiendo con el propósito de salvaguardar el derecho a la seguridad social en pensiones, la jurisprudencia ha insistido en el carácter de derecho subjetivo que puede ser solicitado, ya sea ante autoridades administrativas o judiciales (Corte Constitucional, Sentencia T-583 del 22 de julio de 2010; M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

3.3 La teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales y el Principio de Sostenibilidad Fiscal

De acuerdo con el artículo 334 de la carta de Leyes colombianas, el Estado tiene la autoridad y la dirección de la economía, lo que le permite acceder a la explotación de los

recursos naturales, uso del suelo, producción, distribución, utilización y consumo de bienes, así como racionalizar los servicios públicos y privados, con el fin de cumplir con el objetivo de brindar calidad de vida a los habitantes, distribuir equitativamente las oportunidades y los beneficios de desarrollo y preservación en un ambiente sano.

Esta capacidad atribuida al Estado se encuentra en el marco de la sostenibilidad fiscal, sin embargo, en este mismo artículo se indica que la intervención de los recursos se realiza, justamente, para beneficiar de manera progresiva a todas las personas, siendo aquellas que carecen de ingresos suficientes y del acceso a bienes y servicios básicos, una prioridad. De acuerdo con esto, es evidente que la regresividad, aunque necesaria, no puede entrar en conflicto o en contradicción con el principio de progresión; sobre todo cuando quienes son beneficiados son las personas más vulnerables o, que pueden llegar a ser vulneradas con la aplicación de acciones o modificaciones regresivas.

Frente a lo dicho, es importante destacar el énfasis que hace este artículo 334 en lo referente a no afectar el núcleo de los derechos fundamentales. El Acto Legislativo 03 de 2011 modifica el artículo agregado las pautas a seguir cuando se solicite un Incidente de Impacto Fiscal. Primero, el Procurador General de la Nación o un Ministro de Gobierno puede realizar dicha solicitud, la cual corresponde a un trámite obligatorio, seguidamente:

Se oirán las explicaciones de los proponentes sobre las consecuencias de la sentencia en las finanzas públicas, así como el plan concreto para su cumplimiento y se decidirá si procede modular, modificar o diferir los efectos de la misma, con el objetivo de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal (Artículo 334, Constitución Política de 1991).

Hasta este punto es posible identificar que en la normatividad colombiana se procura dar prioridad a dos aspectos que, de acuerdo con la investigación aquí planteada, pueden parecer contradictorios: por un lado, la protección de los derechos fundamentales; y por el otro, evitar en la medida de lo posible cualquier tipo de incidente en materia fiscal que ponga en riesgo el desarrollo económico del país. En este sentido es necesario recordar que la sostenibilidad fiscal tiene como propósito proteger y cuidar que se administre

correctamente el presupuesto del Estado con el fin de alcanzar equilibrio entre las responsabilidades financieras del Estado y el desarrollo social. En todo caso, este equilibrio se procura con el fin de que el Estado cumpla su objetivo fundamental de garantizar los derechos y beneficios para todos los ciudadanos, propios de un Estado Social de Derecho.

Por esto, el parágrafo de este artículo resulta contundente al aclarar que su interpretación “bajo ninguna circunstancia, autoridad alguna de naturaleza administrativa, legislativa o judicial, podrá invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva” (Artículo 334, Constitución Política de 1991). De acuerdo con esto, el proceso para la solicitud de Incidente de Impacto Fiscal anteriormente citado, a cargo del Procurador o un Ministro, en el que se hace la debida lectura de las explicaciones y se estudia el plan concreto para su cumplimiento debe estar orientado por la aclaración citada, de modo que exige que estos funcionarios lo contemplen a la luz de los derechos fundamentales.

En consecuencia, amén de lo hasta aquí expuesto, Ruiz (2017) defiende la idea de que los criterios de sostenibilidad en sí lo único que representan son instrumentos financieros que sirven de herramienta en los escenarios de planeación y ordenación del gasto público, ámbito reservado por la Constitución a los órganos ejecutivo y legislativo, de manera que la regla fiscal no es un factor que guíe, y mucho menos que determine o condicione la protección y garantía de los derechos fundamentales –el derecho a la pensión en el caso objeto de examen-, toda vez que en la actividad judicial de las Altas Cortes: 1) el criterio de sostenibilidad no resulta aplicable en la decisión de juicios concretos; 2) el criterio de sostenibilidad solo opera luego de ejecutoriada la sentencia que pone fin al caso concreto (en el trámite del Incidente de Impacto Fiscal); 3) para que proceda el juicio sobre la sostenibilidad del fallo en el incidente, es indispensable que el interesado justifique adecuadamente su postura y acredite suficientemente el respeto de las cautelas que contiene el artículo 334 C.P., sin perjuicio de los demás requisitos que debe desarrollar el legislador y la decisión definitiva que tome la autoridad correspondiente.

Por tanto, la actividad judicial no tiene en cuenta para sus decisiones criterios fiscales, y el instrumento previsto para que eventualmente ciertas decisiones sean

estudiadas (Incidente de Impacto Fiscal que regula la Ley 1695 de 2013), solo es viable en casos de especialísima trascendencia nacional, por lo que su utilización en materia pensional está completamente restringida (Ruiz Ariza, 2017, pág. 15).

En conclusión, la sostenibilidad financiera más que un principio operante, es un criterio orientador de la actividad legislativa y no tiene relevancia administrativa o judicial, porque se teme que riña, que produzca tensión con los derechos fundamentales de los asociados de ciertas condiciones de vida. Más bien, la solución que permitiría hacer verdaderamente sostenible fiscalmente al sistema pensional, parte de la necesidad de fomentar la Solidaridad Económica Pensional, involucrando a todos los actores de la dinámica prestacional: así, el equilibrio entre aportantes y beneficiarios es esencial para el reconocimiento de prestaciones por vía administrativa e incluso judicial, si se desea que el sistema sea en realidad justo y equitativo (Ruiz Ariza, 2017, pág. 21).

De acuerdo con las consideraciones realizadas hasta este punto, la sostenibilidad no debe ser una razón para desconocer los derechos fundamentales como la pensión, ni mucho menos ser fundamento para medidas regresivas que limiten la materialización de este derecho, además su dominio debe encuadrarse en un marco de progresividad y sostenibilidad entendida desde el plano social, acode a un Estado Social de Derecho como el colombiano (Duque & Duque, 2016).

Igualmente, al amparo del Estado Social de Derecho, habrán de ofrecerse alternativas que posibiliten la sostenibilidad integral del sistema, pero brindando las mejores garantías constitucionales (como el reconocimiento explícito del derecho a la pensión como derecho fundamental en la Constitución Política de Colombia) para la materialización efectiva del derecho pensional presente y futuro. El principio de sostenibilidad financiera no debe ser una limitante del derecho fundamental a una pensión, este principio con los demás que inspiran el sistema pensional, debe ser garante de todo un conjunto de acciones reguladas que conduzcan categóricamente al disfrute de los derechos y garantías constitucionales como lo es el acceso a una pensión y el goce de una vida mejor (Duque & Duque, 2016).

3.4 Transgresiones que realiza el Principio de Sostenibilidad Fiscal en virtud de su aplicación dentro de los fallos judiciales.

La principal modificación al artículo 334 de la Constitución Política, ejercida por el Acto Legislativo 03 de 2011 es haber introducido la figura de “incidente de impacto fiscal”, el cual ha sido analizado por diferentes investigadores sobre su impacto y tomando como fuente de análisis sobre los diferentes fallos que la Corte Constitucional ha hecho en la materia. Es posible identificar en estos fallos elementos susceptibles de interpretación que requieren análisis, sobre el cual se desarrollará este punto para indicar las diferentes transgresiones del principio de sostenibilidad fiscal.

Para desarrollar la explicación sobre las transgresiones de este principio, es importante aclarar que el “incidente de impacto fiscal”, tal como se explicó anteriormente, permite que, una vez proferida la sentencia, se solicite su apertura ante el Procurador o un ministro, con el fin de determinar si esta afecta a las finanzas públicas y "decidir si procede modular, modificar o diferir los efectos de estos, con el fin de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal” (Boita, 2014, p.16). Es importante resaltar que la utilización de los términos modular, modificar o diferir tienen una importante incidencia en la interpretación que el organismo encargado de a las sentencias (Gaviria, 2018).

Por el motivo anteriormente expuesto, es importante fijarse, en primer lugar, en la naturaleza que tiene el principio de sostenibilidad, de manera que sea posible distinguirlo de verdaderos principios o valores histórica y moralmente reconocidos que son protegidos por el derecho. Un primer intento de reconocimiento se encuentra en el parágrafo del acto legislativo que, como fue señalado, hace hincapié en que el principio de sostenibilidad no puede afectar el cumplimiento y garantía de los derechos humanos fundamentales y que el “incidente de impacto fiscal” no puede ser utilizado como excusa para menoscabar o negar la protección efectiva de estos derechos.

Al respecto, Boita (2014) afirma que según el texto normativo y las exposiciones de motivos de la etapa prelegislativa que se llevó a cabo en el trámite legislativo en el Congreso de la República, darle lugar a la sostenibilidad fiscal como principio dentro de la

Constitución, atenta contra esta directamente y contra los verdaderos principios y valores constitucionales. Siguiendo la teoría sobre los principios y valores en el derecho de Atienza y Ruiz (1996), existen diferencias entre lo que es un principio y una regla, las cuales corresponden fundamentalmente a su orientación. Las reglas dependen de la subsistencia de unos hechos determinados; solamente en la medida que se presenten los hechos, es posible contemplar si la regla para solucionarlo es o no aplicable. Por otro lado, los principios se encuentran en una dimensión distinta a la de las reglas por aspectos de peso o importancia: si hay conflicto entre principios es necesario determinar el peso relativo de cada principio para establecer la solución.

El motivo por el cual los principios tienen esta dimensión es porque en los conflictos jurídicos hacen referencia directa a valores morales; en este sentido el derecho debe responder a problemas que implican dilemas en los que la técnica no es suficiente, pero debe aproximarse en la medida de lo posible a brindar satisfacción de manera que subsane la afectación moral. Así las cosas, tal como afirma Boita (2014), las soluciones que el derecho brinda a problemas jurídicos no son solamente técnicas. En este orden de ideas, el principio de sostenibilidad fiscal no es, en el marco constitucional colombiano, un principio o valor dado que no corresponde a un derecho fundamental enunciado es la Constitución, ni hace referencia a la afectación de valores morales.

Este razonamiento es el que lleva a Boita (2014) a afirmar que el llamado principio de sostenibilidad fiscal o presupuestal enunciado en el artículo 344 es una norma o enunciado jurídico y no un principio en el sentido esencial del término emanado del derecho. Según este autor, la “sostenibilidad fiscal” se ha introducido en el ordenamiento jurídico con el fin de “i) propender por la salud financiera del sistema y ii) limitar el exagerado gasto social por el reconocimiento de derechos” (p.20), motivo por el cual el Gobierno debe asumir la decisión que al respecto haga un juez ante la solicitud de “incidente de impacto fiscal”. Este proceso obedece más a la aplicación de una directriz o norma programática en tanto que depende de órganos jurisdiccionales, que tienen el poder para decidir en última instancia sobre conflictos de intereses, para ser ejecutada.

Por lo tanto, no se trata de la protección de un derecho fundamental, ante el cual los diferentes órganos jurisdiccionales entran a proteger, sino una norma que puede llegar a determinar decisiones en la medida que se cumplan una serie de hechos o circunstancias específicas. Por el contrario, y siguiendo a Boita (2014):

“el principio de sostenibilidad fiscal”, tal como lo venimos hablando, se constituye en un principio, pero con las características y la naturaleza de “directriz” o “norma programática”, en razón a que el Congreso de la República, en su condición de “constituyente derivado”, le dio el trámite constitucional y legal válido (p.20).

De inicio, se encuentra que la misma enunciación de la “sostenibilidad fiscal” como un principio es ya una transgresión en lo referente a la diferenciación entre principio que apela a los derechos fundamentales y a normas o directrices para aplicar en orden a contextos puntuales. De esta manera se vulnera el marco de interpretación ante el cual puede ser susceptible el uso de los términos y su alcance. Esto implica que la sostenibilidad fiscal sea asumida como un principio cuando, en realidad, se trata de una medida que está subordinada a los objetivos fundamentales del Estado social de derecho; en este sentido las decisiones tomadas en dicho ámbito tienen una naturaleza pragmática que busca mantener la estabilidad económica y financiera a largo plazo para garantizar los objetivos enunciados en el primer párrafo del artículo 344. En último lugar, la sostenibilidad fiscal responde al objetivo de establecer acciones que legitimen y fortalezcan al modelo económico capitalista que sigue el país (Guerrero, 2012).

Según lo dicho anteriormente, hasta este punto es posible perfilar al “principio de sostenibilidad fiscal” no como un principio, en el sentido estricto del término. La naturaleza de la “sostenibilidad fiscal” es la de una directriz o norma, la cual es de tipo jurídica, con una finalidad eminentemente pragmática anteriormente mencionada; por lo tanto, fue creada para el beneficio del Estado social de derecho. Para identificar las condiciones en las que esta norma o directriz puede ser aplicada, se hace necesario profundizar en la comprensión respecto al “incidente de impacto fiscal”.

Para Gaviria (2018), el hecho de que en el Acto legislativo 3 de 2011 se haya introducido la figura de “incidente de impacto fiscal” como una en la que es posible “modular”, “modificar” o “diferir” los efectos de una sentencia, tiene implicaciones que, en sí mismas, transgreden a los derechos fundamentales y a los objetivos del Estado social de derecho. Es por este motivo que el autor revisa lo que es una sentencia y la firmeza de la sentencia, entendida como la cosa juzgada. Dado que estos son dos elementos que merecen una exploración más detenida, se les dará lugar más adelante. Por ahora resulta importante profundizar en el modo como el principio de sostenibilidad fiscal puede llegar a modificar, modular o diferir los efectos de una sentencia, lo que indica que una de sus transgresiones se encuentre, justamente, en las condiciones desde las cuales puede operar.

La Corte Constitucional ha intentado mantener la noción que habla de los efectos moderados o controlados que tiene el mecanismo de “incidente de impacto fiscal” del principio de sostenibilidad fiscal, argumentando que existe diferencia entre la sentencia y sus efectos en tanto que en algunas ocasiones la sentencia, a pesar de considerarse cosa juzgada, debe ser cambiada para que pueda ser efectiva; esto quiere decir, según el órgano jurisdiccional, que el cambio solicitado por el “incidente de impacto fiscal” se ejecuta sobre los efectos de la sentencia pero no sobre la sentencia misma. Ante esto, resulta evidente el razonamiento de Gaviria (2018):

Debe precisarse que no existe ningún criterio sólido que permita realizar la diferenciación que pretende hacer la corporación: es que los efectos de la sentencia tienen una relación directa con su contenido. Finalmente, lo que se debe cumplir, y la forma de cumplirse, está íntimamente relacionado con la decisión (p.395).

De acuerdo con este argumento, la defensa proferida por la Corte Constitucional viene a ser, en realidad, una falacia desde la cual se volatiliza la cosa juzgada y se interviene la sentencia para causar un cambio profunda en esta. Para los jueces constitucionales, dicha indeterminación o tergiversación de los términos tiene un efecto que le plantea tomar una decisión cuyas consecuencias son opuestas. Por un lado, el juez puede asumir una ilimitada tendencia a proteger los derechos constitucionales para evitar que el ejecutivo bloquee su decisión mediante el “incidente de impacto fiscal”; en caso contrario,

el juez puede dar vía libre a la medida de manera que se restrinjan de manera indebida o riesgosa las garantías para hacer cumplir los derechos fundamentales (Roa, 2015).

Cada una de las decisiones presenta, en la mayoría de las veces, consecuencias que pueden resultar inesperadas o difícilmente deducibles. La decisión que restringe o evita la solicitud del ejecutivo por “incidente de impacto fiscal” puede ser utilizada por el juez para ganar aceptación de parte de la opinión pública, promoviendo una suerte de “populismo judicial” que podría frustrar la búsqueda esencial de armonía entre los diferentes órganos jurisdiccionales. La decisión que avala medidas fundadas en el principio de sostenibilidad fiscal, a pesar de que se consideran que están en detrimento de dar garantía para la consecución de los derechos fundamentales –como se ha dicho anteriormente–, han llevado, en casos exitosos sucedidos en Colombia, a construir políticas públicas eficientes orientadas por la planificación y la racionalización (Roa, 2015, p.16).

Respecto al modo como se ha implementado, de acuerdo con el contexto, el “incidente de impacto fiscal”, por la Corte Constitucional, es posible recurrir a la enumeración que hace Roa (2015) de casos en los que esta figura se ha tramitado.

Por medio de la sentencia C-337 de 2016 el órgano jurisdiccional difirió los efectos de la sentencia C-492 de 2015, en la cual había sido declarada la exequibilidad condicionada del artículo 10 de la Ley 1607 de 2012 bajo el argumento de que se privaría a la Nación del ingreso de aproximadamente \$355.000 millones, afectando gravemente sus finanzas. Por medio del “incidente de impacto fiscal” se logró que la Corte difiriera respecto a la fecha de entrada en vigencia de la sentencia de manera que esta empezara a aplicarse en 2017 y no en 2016 tal como se había establecido.

El Consejo de Estado también dio trámite a un “incidente de impacto fiscal” en el caso de la sentencia condenatoria contra el Distrito Capital por el relleno sanitario Doña Juana. Según la Sección Tercera del Consejo de Estado, la administración debía pagar la suma de \$227.440.551, 400 a las víctimas, en el término de 10 días de su ejecución. Ante esto, el Distrito Capital solicitó ante el Procurador General de la Nación el mecanismo estudiado: en este caso la Sala Plena del Consejo de Estado tomó la decisión de modificar

la fecha y modo de pago de la suma compensatoria: se dividió el pago en dos montos, los cuales debían hacerse efectivos el 31 de diciembre de 2014 y otro antes del 31 de enero de 2015.

En ambos casos, la implementación del “incidente de impacto fiscal” tuvo como resultado la modificación de fechas establecidas por una sentencia. Según Gaviria (2018) dicha aplicación deja ver la oportunidad que tiene el ejecutivo para incumplir a sentencias que han sido cosa juzgada, lo que conlleva a una cierta legitimación de su ineficiencia expresada en la imposibilidad de materializar la protección de los derechos cuando se hace uso de un recurso judicial. Para este autor, la falta de recurso patrimonial no puede convertirse en un factor determinante para diluir la efectividad de un fallo (p.400). De fondo, los principales afectados con la aplicación de la medida, y por segunda ocasión, fueron los ciudadanos.

Antes de revisar las transgresiones del principio de sostenibilidad financiera, es válido indicar cuáles son los alcances o fortalezas de este, de manera que sea posible comparar sus efectos en ambos sentidos, tanto en lo positivo que ha logrado, como en lo negativo. Para realizar esta exposición se toma la clasificación de fortalezas enumeradas y explicadas por Acosta y Pérez (2016), quienes encuentran la manera como este principio responde a un marco legal establecido en varios órganos repartidos tanto en la rama ejecutiva como la judicial.

Una primera fortaleza identificada por los autores es la ayuda a la economía del país, en el enunciado del artículo 344 y, posteriormente, en el acto legislativo que lo modifica, el principio de sostenibilidad se presenta como un medio más para lograr la prosperidad general y de hacer efectivos los principios y derechos consagrados en la Constitución. Tiene concordancia, entonces, con la denominación de planificación económica presentada por el Departamento Nacional de Planeación, para la cual los recursos públicos deben ser destinados para el beneficio del país, independientemente del modelo de Estado ejercido.

En segundo lugar, señalan Acosta y Pérez (2016), el principio de sostenibilidad financiera asegura unidad de criterios para ejecutar el presupuesto de la nación. En tanto que la “sostenibilidad fiscal” está pensada para proteger al país de posibles descalabros financieros ante el cumplimiento de determinadas sentencias, se trata de un principio que responde a las necesidades de control del presupuesto público. Principalmente, responde a la Ley 1473 de 2011, la cual protege las finanzas públicas por medio de la expedición de normas “que garanticen la sostenibilidad de largo plazo de las finanzas públicas y contribuyan a la estabilidad macroeconómica del país” (Ley 1473 de 2011).

Posteriormente, se establece que dicho principio permite que la rama judicial cumpla con la función que le corresponde. En tanto que el Acto legislativo 3 de 2011 es un marco legal que es referente de las decisiones de los jueces, garantiza que la administración de la justicia actúe de manera independiente. A pesar de esto, como se verá en la enumeración de transgresiones, la separación de poderes es uno de los elementos del poder público que se considera que el principio de sostenibilidad fiscal intenta vulnerar. Una cuarta fortaleza identificada por los autores es la relacionada con asegurar la reparación equitativa de la riqueza. La “sostenibilidad fiscal” permitiría que el Estado sea capaz de cubrir los gastos de funcionamiento, inversión, cobertura de deudas y cumplir con sus fines esenciales de manera adecuada y equilibrada al protegerlo de riesgos económicos graves.

Finalmente, Acosta y Pérez (2016), señalan como fortaleza del principio de sostenibilidad financiera que permite que los órganos de control ejerzan funciones. La participación de la Procuraduría General de la Nación como ente que puede emitir la solicitud de “incidente de impacto fiscal” estaría integrado con la función de ejercer control fiscal, administrativo y preventivo en razón a la protección de los intereses económicos de la Nación (Artículos 267, 275, 278), conferida en la Constitución Política de 1991.

Ahora bien, a lo largo de la caracterización realizada de la “sostenibilidad fiscal” y el mecanismo de “incidente de impacto fiscal” que le corresponde, se han fijado algunas de sus transgresiones en lo que tiene que ver con la formulación que hizo la Corte Constitucional de este y en las consecuencias de su implementación en dos casos puntuales.

Sin embargo, es posible realizar una enumeración más amplia de las diferentes transgresiones que han sido identificadas en diferentes estudios jurídicos, a presentar.

Para Barbosa (2014) existen tres elementos sobre los cuales el principio de sostenibilidad fiscal genera alteración, que lleva al detrimento de los principios democrático-deliberativos sobre los cuales descansa el Estado social de derecho, estos son: la cosa juzgada, la separación de poderes y el contenido prestacional de los derechos. Anteriormente se habían hecho menciones a la afectación que tenían estos tres elementos fundamentales del contrato social por parte de la sostenibilidad fiscal y en este punto se profundizará en cada uno de ellos.

3.4.1 El Principio de Separación de Poderes ante la aplicación de la Sostenibilidad Fiscal.

La separación de poderes es uno de los elementos consagrados en la Constitución Política con el fin de darle estructura al sistema político y asegurar su correcto funcionamiento basado en principios, normas y valores. Esta separación queda enunciada en el artículo 113 de la siguiente manera:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines (Constitución Política de 1991, Artículo 113).

De acuerdo con el Artículo 230 de la Constitución, se aclara que la providencia de los jueces depende exclusivamente de la ley, en este sentido, son criterios auxiliares de su actividad judicial la equidad, la jurisprudencia y los principios generales del derecho. Por lo tanto, los jueces, en la interpretación de las normas deben acudir a la ponderación de la razonabilidad del ordenamiento jurídico, el cual se basa en la Constitución, “lo cual proyecta a Colombia como un Estado constitucional con fuerza vinculante y con influencia sobre las relaciones políticas” (Ayala, 2016, p.87).

Posteriormente, en el Acto Legislativo 2 de 2015 del Diario Oficial 49560, “Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”, como su nombre lo indica, se realizan modificaciones en varios artículos, como el 112, que establece que el candidato que le siga en votos al candidato que se declare elegido podrá recibir una curul en el senado; o el 126, en el que se especifican hasta qué grado y en qué condiciones los servidores públicos no pueden realizar ningún tipo de contrato con personas con las que tengan parentesco. En términos generales, este Acto Legislativo, viene a ser una reforma de Equilibrio de Poderes que pretendía ser consagrada en 26 artículos, algunos de los cuales no fueron aprobados por la Corte Constitucional. Entre los artículos que fueron considerados inexecutable por la alta corte, es importante resaltar el relativo a que el gobierno nacional quedara a cargo del consejo de Gobierno Judicial y la Gerencia de la Rama Judicial; lo que indica que el Consejo Superior de la Judicatura continúa a la cabeza de dichas funciones.

En la sentencia C-288 de 2012 la Corte Constitucional emite conceptualización acerca de que el Acto Legislativo 3 de 2011 no desconocía el principio de separación de los poderes públicos, la concretización de los derechos fundamentales ni la cláusula del Estado social y democracia del derecho. El argumento utilizado por esta Corte parte de la explicación de que el principio de separación de poderes se puede aplicar desde dos modelos. El primero apela a una delimitación rigurosa en la cual se reconoce de manera organizada y equilibrada la distribución del poder en la que cada órgano cumple sus funciones establecidas bajo la condición de ejercer el poder dentro de los límites constitucionales; se añade que el carácter rígido de este modelo es una estrategia para asegurar las libertades de los; y afirma que:

Desde esta perspectiva, el equilibrio de los poderes es una consecuencia natural de la autonomía de órganos con funciones constitucionalmente bien delimitadas. En consecuencia, el control que ejerce un órgano sobre otro en relación con el cumplimiento de sus propias funciones, es básicamente un control político, que se da de manera tanto espontánea como ocasional, y sólo frente a casos extremos (Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012).

El segundo modelo es el denominado de frenos y contrapesos (*checks and balances*), comparte la delimitación de las funciones estatales pero hace énfasis en la necesidad de que exista control y fiscalizaciones entre los diferentes órganos de manera recíproca de manera que entre ellos se regulen. Por lo tanto, la armonía entre los diferentes órganos estatales se deriva del control político ejercido entre ellos a partir de la intervención de tareas y de las relaciones de colaboración mutua. Esto quiere decir que “cada órgano tiene la posibilidad de condicionar y controlar a los otros en el ejercicio de sus respectivas funciones” (Corte Constitucional, sentencia C-288 de 2012). Tal como se puede ver, el principio de sostenibilidad financiera se justifica en que, en Colombia, el equilibrio de poder obedece a este segundo modelo de separación de las ramas del poder público en el que se aplica un sistema flexible en el que se integran el principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado con la ejecución de mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes.

La Corte Constitucional afirma que para que se presente sustitución entre los poderes debe presentarse dos situaciones: 1, que se suplante una de las ramas del poder por medio de la asignación de sus competencias a otros órganos, y 2, que el acto jurídico resultante de esa asignación produzca que el acto jurídico resultante no pueda ser controlado por los mecanismos establecidos en la Constitución, sobre todo el control judicial. Para Barbosa (2014), sin embargo, si se operó una sustitución de los tres elementos constitucionales mencionados (separación de poderes, cosa juzgada y autonomía de los órganos judiciales).

Para el caso de la separación de poderes, Barbosa (2014) afirma que la sustitución se presenta en tanto que dar a entender que los efectos de una sentencia judicial es el espacio de encuentro o interlocución entre las diferentes ramas del poder público, tal como se establece con el Acto legislativo 3 de 2011, en los que el Procurador General o los ministros son los mediadores, es muestra de que no hay equilibrio de la rama judicial. Por lo tanto, se trataría de la implementación de acciones de dos órganos ajenos a la rama judicial ante un fallo intangible. Se sigue la reflexión de Barbosa (2014) sobre que “no es posible imaginar que una vez se profiera la decisión judicial, otra rama del poder público

pueda proponer un incidente de impacto fiscal en torno a los efectos del fallo” (p.12), este procedimiento viola la cláusula de separación de los poderes, incluso del modelo de frenos y contrapesos.

Además de que el principio ejerce esta delimitación de la autoridad de un órgano en relación con los otros, correspondientes a ramas diferentes, es importante tener en cuenta que históricamente en Colombia el órgano judicial se ha caracterizado por ejercer un constitucionalismo débil (Roa, 2015), el cual se caracteriza porque los jueces tienden a aplicar medidas de carácter populista poniendo en riesgo las decisiones de los órganos ejecutivo o legislativo en materia fiscal o económica. Por ello, se ha planteado que los jueces tengan en cuenta las consecuencias económicas de sus decisiones, siguiendo una orientación democrática; y que hagan uso de diferentes mecanismos que no corresponden a su ámbito para poder establecer las sentencias, siguiendo una orientación tecnocrática. Este es parte del marco teórico en el cual opera el principio de sostenibilidad fiscal en el que el juez ya no tiene la última palabra respecto a la protección de derechos y esta se le asigna al ejecutivo o legislativo, de manera que estos poseen apenas un mínimo de legitimidad democrática cuando las decisiones tienen impacto económico.

La otra parte de la explicación se refiere a la manera como el órgano jurídico en el país ha seguido una escuela tradicional de interpretación del derecho, la cual no corresponde a la visión global de los servidores judiciales, al decir de Ayala (2016), sino que continúan los procesos establecidos por la escuela keynesiana y el silogismo jurídico en el que se pasan por alto análisis estructurales de ciencias afines como la ciencia política, la filosófica, la sociológica, la económica, y en contrario de una interpretación aristotélica y finalista, se acude al criterio formal y procedimental de validez de las normas del Estado que le corresponde interpretar (p.88).

Por lo tanto, no se trata solamente de una debilidad manifiesta en la falta de construcción de una perspectiva interdisciplinar y reconocedora de la complejidad del contexto por parte del órgano jurisdiccional, sino del desconocimiento de la responsabilidad conferida en el artículo 233 de la Constitución.

3.4.2 El Principio de Cosa Juzgada en virtud de la aplicación del Acto Legislativo 03 de 2011.

Para llevar a cabo el análisis sobre el impacto que tiene la sostenibilidad fiscal en el principio de cosa juzgada, es importante entender qué se entiende por este término y, por lo tanto, comprender lo que es una sentencia y cuándo se asume que ha sido juzgada. En la sentencia C-522/09 de la Corte Constitucional el principio de cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutadas, de modo que las hace “inmutables, impugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto” (Corte Constitucional, sentencia C-522 de 2009). Las providencias judiciales gozan de ser, entonces, sentencias sobre las cuales no es posible volver a tomar decisión cuando ya han sido falladas. De este modo, el órgano jurisdiccional evita las controversias reabiertas o modificadas en virtud de que un juez de las altas cortes ha dado punto final y definitivo a estas. Entre los aspectos que garantizan esta cualidad se encuentra el que brinda seguridad a la sociedad civil y confianza respecto a la eficiencia y los procedimientos del órgano jurídico; de este modo se procura un orden justo y su materialización es obligatoria, de modo que el trámite se haga de manera oportuna y se pueda evitar afectaciones en materia fiscal. Sin embargo, en esta misma sentencia se aclara que la cosa juzgada no tiene carácter absoluto.

Para que una sentencia sea considerada como cosa juzgada el fallo debe cumplir con los siguientes tres condiciones: identidad de las partes, identidad de objeto e identidad de causa. Además, las circunstancias en las que se genera la cosa juzgada, de acuerdo con los artículos 332 y 333 del Código del Procedimiento Civil, en una sentencia ya ejecutada para un proceso contencioso tiene tres aspectos a cumplir:

(i) que se atribuye ese efecto a las sentencias, que al decir del artículo 302 de la misma obra son “las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuere la instancia en que se pronuncien”, y no a las restantes providencias, genéricamente conocidas como autos; (ii) que debe tratarse de sentencias ejecutoriadas, efecto que según enseña el

artículo 331 *ibídem* se alcanza tres (3) días después de su notificación cuando contra ellas no procede ningún recurso, cuando se han vencido los términos correspondientes sin haberse interpuesto ninguno de los recursos que procedían, o cuando se han decidido de fondo aquellos recursos que se hubieren interpuesto; y (iii) que esas sentencias hayan sido proferidas al término de un proceso contencioso, esto es, de los que requiere que el juez decida entre dos o más intereses contrapuestos. Siempre que concurren esos tres elementos es conveniente y justificable que se genere el ya explicado efecto de cosa juzgada (Corte Constitucional, sentencia C-522 de 2009).

Cumplidos estos tres aspectos, la sentencia adquiere el carácter de inmodificable y la orden jurisdiccional debe verificarse por los sujetos procesales de manera que se dé eficacia a esta. En suma, a los beneficios anteriormente mencionados, queda claro que con ella se da fin a la activación del aparato jurisdiccional a través de una solución concreta y fundamentada en las leyes. Por esto, el caso juzgado pasa a ser una nueva regla del derecho cuyo carácter es concreto y las personas que hacen parte del proceso deben cumplirla.

Ahora bien, según la Corte Constitucional existe diferencia entre la decisión y la orden que indica cómo dicha decisión debe cumplirse. En este sentido, el objeto de la sentencia juzgada puede de manera accidental sin perder de vista que se dé cumplimiento a los requisitos para asegurar el cumplimiento de la decisión. Esta figura es denominada modulación de la sentencia. Se trata de una medida legítima que ha causado controversia dado que, para algunos intérpretes de la doctrina, se trata de una figura que se encuentra en contradicción al Estado social de derecho porque vulnera a aquellos que habían recibido un fallo judicial favorable, obligándolos a continuar en un proceso que ya se había dado por culminado (Acosta y Pérez, 2016; Gaviria, 2018).

Tal como fue analizado anteriormente, el hecho de que el “incidente de impacto fiscal” enunciado en el Acto legislativo 3 de 2011 implique que una sentencia ya fallada pueda llegar a ser modificada, modulada o a plantearsele diferencias debe entenderse como una contradicción y una transgresión misma al principio de cosa juzgada, la cual pretende lo contrario. Es en este sentido que la mayoría de autores consultados (Barbosa, 2013;

Aguilera, 2014; Acosta y Pérez, 2016; Roa, 2016; Gaviria, 2018) consideren que el mecanismo de “incidente de impacto fiscal” desconoce el principio constitucional de cosa juzgada, poniendo en riesgo de manera indirecta el cumplimiento de los objetivos del Estado social de derecho. De manera indirecta porque la modificación de algunas o de todas las medidas para dar cumplimiento a la sentencia hacen parte misma de la esencia de ella en virtud del carácter de materialización.

De hecho, Charry (2016) afirma que además de violar el principio de seguridad jurídica, el “incidente de impacto fiscal” también atenta contra el principio de debido proceso. Hay que recordar que en la sentencia C-341 de 2014 es definido como el conjunto de garantías que se emiten desde el ordenamiento jurídico para proteger al individuo que hace parte de un proceso judicial o administrativo para que le sean respetados sus derechos y se aplique la justicia de manera correcta y conforme a la ley.

Es oportuno, para comprender el planteamiento de Charry (2016) enumerar las garantías del debido proceso presentados en la sentencia mencionada. En primer lugar, se encuentra el derecho a la jurisdicción, el cual implica derecho a acceso a los jueces y autoridades administrativas de manera libre e igualitaria. En segundo lugar, se ubica el derecho al juez natural, quien se caracteriza por ser la autoridad capacitada y docta tanto en la ley como en los hechos para ejercer jurisdicción sobre el proceso, reconociendo, a su vez, la calidad de las personas y la división del trabajo en orden a lo establecido en la Constitución.

Posteriormente, se encuentra el derecho a la defensa, que garantiza el acceso de las personas acusadas a todos los medios legítimos para defenderse y obtener una decisión favorable. Vinculados a este derecho se encuentran el derecho al tiempo y al uso de medios adecuados para ejercer la defensa, derecho a la asistencia de un abogado, a la igualdad ante la ley, a la buena fe y a la lealtad de las personas.

Luego, se encuentra el derecho al proceso público, el cual debe desarrollarse durante un proceso de tiempo razonable para evitar que este sea sometido a prolongaciones injustificadas. Finalmente, se encuentran el derecho a la independencia del juez, el cual está

directamente relacionado con el principio de separación de poderes, dado que el juez tiene la autonomía y autoridad para emitir fallo independientemente de los órganos legislativo o ejecutivo; y el derecho a la independencia e imparcialidad del juez o funcionario, quienes deben tomar sus decisiones conforme a la ley de manera imparcial y procurando el mayor grado de satisfacción para las partes.

La enumeración de estos derechos permite identificar que son varios de ellos los que son vulnerados con el “incidente de impacto fiscal”; algunos de ellos ya han sido mencionados (autoridad y autonomía de las decisiones de los jueces, principio de separación de poderes, garantía del derecho a la seguridad judicial). En específico, el principio al debido proceso se viola también porque la modificación, modelación o diferenciación del fallo genera incertidumbre en el precedente jurisprudencial dado que limita a los jueces a tomar sus decisiones de acuerdo con el criterio de principio de sostenibilidad fiscal que, como ya se pudo demostrar, no es en efecto un principio. Además, “en el eventual caso de ser impuesto [este principio] y no ser argumentado oportunamente por parte del Procurador General o los Ministros de Gobierno, causaría una dilación injustificada del proceso, a pesar de encontrarse ejecutoriada la sentencia” (p.58).

Desde una perspectiva crítica que plantee soluciones, Guerrero (2012) hace alusión a la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Brasilia, en 2008, en la cual se discutieron las reglas respecto a la seguridad jurídica en la que uno de los puntos trabajados estuvo en relación con la cosa juzgada y el cumplimiento de las decisiones judiciales. Las recomendaciones que el autor hace, partiendo de lo discutido en esa cumbre, es que ante el “incidente de impacto fiscal”, se deben tomar las siguientes tres acciones: primero tomar una actitud firme frente al cumplimiento o ejecución de las sentencias, en segundo lugar, que el tribunal sentenciador sea el que tenga la última palabra respecto a dejar sin efecto o modificar un pronunciamiento judicial, y por último es necesario que los jueces tengan mayor autonomía y que se les de sustento para que sus decisiones sean firmes y sean ejecutadas dando prelación al principio de cosa juzgada.

3.4.3 El Principio de Sostenibilidad Fiscal limita la autonomía de las autoridades judiciales.

Tanto Gaviria (2018) como Roa (2015) se aproximan a indicar las dificultades que para un juez significa tomar decisión ante un caso de solicitud de “incidente de impacto fiscal”. Efectivamente, es posible entender que dicho mecanismo puede tener efectos limitantes o aceleradores de los fallos judiciales, los cuales pueden, en cualquier caso, perjudicar o beneficiar para brindar garantías en la consecución de los derechos fundamentales del Estado social de derecho (Acosta y Pérez, 2016). Anteriormente fueron enumerados los alcances o beneficios del principio aquí estudiado. Ahora tiene lugar analizar cómo este limita la autonomía de los jueces, como primer elemento a enumerar de sus transgresiones, entendidas también como sus efectos negativos.

Se considera que la “sostenibilidad fiscal” interfiere de manera negativa en las decisiones de los jueces porque les exige, en primer momento, contemplar la variación de las sentencias ya proferidas por las altas corporaciones, sin tener en cuenta a los posibles afectados por una eventual decisión que modifique el beneficio conferido en una sentencia que se considera cosa juzgada. En este sentido se entiende que los jueces se encuentren sometidos al principio, a la vez que tener que consultar al ejecutivo implica la vulneración de la separación de los poderes, el cual es un aspecto sobre el que hay que profundizar, tal como se hará más adelante (Acosta y Pérez, 2015).

Siguiendo con la idea expuesta, “Hay fricciones que se suscitan entre la rama legislativa y la ejecutiva con respecto al impacto fiscal de un fallo” (p.18); es sabido que tanto el organismo judicial como el ejecutivo tienen como misión en común abogar por los derechos sociales, por lo tanto, si un juez identifica que una medida del ejecutivo puede llegar a poner en riesgo el cumplimiento de dicha misión, su objetivo particular es conminar a la administración para que haga cumplimiento de sus funciones. Por lo tanto, en un caso de estos, el juez haría gala del activismo judicial que le permite exigir a las otras ramas del poder público cumplir la normatividad de acuerdo con su interpretación defensora de los derechos sociales. Esto quiere decir que ante la circunstancia en que el

gasto público implique el cumplimiento de derechos sociales, el juez debe darle prioridad al derecho sobre el impacto financiero que el cumplimiento de este tenga.

Sin embargo, el principio de sostenibilidad fiscal en su ejercicio impide que el juez actúe bajo su total autonomía y condiciona su decisión a los intereses del ejecutivo cuando esta impacte en el erario público, dejando la administración de dicho gasto a criterio del gobierno.

A la observación realizada hasta aquí en este punto, es importante resaltar que, a la vez que con el “incidente de impacto fiscal” los jueces pierden autonomía, el Procurador General de la Nación adquiere –en términos de Roa, (2015)– “legitimación activa absoluta”, lo cual es riesgoso en tanto que no hace parte de las funciones de este cargo, de acuerdo con la Constitución, y porque las razones institucionales que justifican dicha intervención evidencian tergiversaciones.

En el Artículo 277 de la Constitución Política se especifican las funciones del Procurador General de la Nación: 1. “Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y las decisiones judiciales y actos administrativos”; 2. “Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad”, para lo cual recibe el apoyo del Defensor del Pueblo; 3. Defender los intereses de la sociedad y; 4. Los intereses colectivos; 5. Velar por la diligencia y eficiencia en las funciones administrativas; 6. Vigilar la conducta de los funcionarios públicos ejerciendo el poder disciplinario; investigar, imponer sanciones; 7. Intervenir en procesos y ante autoridades judiciales o administrativas; 8. Rendir informe de gestión; y 9. Exigir información a los funcionarios públicos.

En el Artículo 7-12 del Decreto 262 de 2000, se especifica que el Procurador General tiene una serie de facultades con relación a los procesos de “incidente de impacto fiscal” para defender el principio de sostenibilidad fiscal. Según Roa (2015), antes de la sentencia el Procurador tuvo un espacio para ser escuchado respecto a los efectos económicos del fallo, motivo por el cual no puede volver a pronunciarse sobre una sentencia que ya se considera cosa juzgada, es decir, para la cual ya se ha emitido una decisión judicial. Por otro lado, en el Acto legislativo 3 de 2011 se especifica que la

autoridad que solicite el “incidente...” debe ser una voz económica, autorizada y especializada que pueda argumentar debidamente las consecuencias del fallo, tarea que la Procuraduría, según se puede comprobar en la enumeración de las funciones aquí realizada, no tiene asignada.

Frente a esto es importante resaltar el ejemplo que Roa (2015) presenta como argumento para demostrar que la Procuraduría, incluso en el estudio fiscal de su propia dependencia, ha dado muestra de que no tiene la capacidad para cuestionar decisiones judiciales en materia de finanzas: se trata del error de cálculo que cometió para establecer el tiempo oportuno en la ejecución de su plan de cumplimiento, legitimado en la sentencia C-101 de 2013.

3.4. Test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales.

Las conclusiones a las que lleva el análisis sobre las transgresiones sobre los fallos que causa el principio de sostenibilidad es que tanto su accionar como sus efectos impiden que se cumpla el principio de progresividad de los derechos. A continuación, se lleva a cabo un análisis sobre este principio y el modo como se puede aplicar una prueba de proporcionalidad para medirlo en orden con el principio de sostenibilidad fiscal y su mecanismo de “incidente de impacto fiscal”.

El principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales es un principio que tiene su definición desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido estudiado por la jurisprudencia constitucional y la doctrina y está legitimado en la Constitución Política. En este punto es importante recordar el ejercicio de exégesis realizado al inicio de este capítulo, en el que se estableció la diferencia entre principio y regla, dado que brinda las bases conceptuales y terminológicas desde las cuales se configura la definición del principio a exponer.

Para recordar, es válido afirmar que los principios de tipo constitucional son los fundamentos axiológicos desde los cuales se da sentido y finalidad a las normas jurídicas; los principios de la nación colombiana se encuentran presentes en el Preámbulo de la Constitución y en los artículos 1 y 2. Por su parte, las normas están más delimitadas y

reducidas en cuanto al alcance e interpretación en tanto que indican de manera precisa cuáles deben ser las acciones a realizar ante un determinado caso.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entiende al principio de progresividad y no regresividad como un sustento de los propósitos de los Estados por lograr el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y su Protocolo Facultativo (2012) se parte del criterio de que dar cumplimiento de manera inmediata a la totalidad de los derechos es imposible. Por este motivo se propone que dicho cumplimiento se haga de manera progresiva, lo que implica que las acciones del Estado deben ser continuas, “sin diferimiento indefinido de esfuerzos para cumplirlos” (p.9). Para lograr esto, los Estados Parte pueden hacer uso de todos los recursos judiciales, legislativos, administrativos, económicos, sociales y educativos para lograrlo.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (ONU), también ha emitido un concepto respecto a la progresividad como principio en el cual plantea que por ningún motivo el ente legislador puede permitir ni motivar a que se apliquen medidas que lleguen a afectar el alcance progresivo de los bienes en el Estado Social de Derecho. Como la ONU y el Derecho Internacional de Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA (en el Capítulo V del Informe Anual de 1993), y la Asamblea General de la Organización de los Estados (por medio de la aprobación de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador, el 7 de junio de 2005) se han pronunciado respecto al principio de progresividad como uno fundamental para seguir en el cumplimiento de los derechos sociales (Calvo, 2013).

Es posible realizar un breve rastreo en la Constitución Política sobre la mención acerca de la progresividad como principio en tanto que responde a los planteamientos del Derecho Internacional. En el Artículo 48 de la Constitución Política, referente a la Seguridad Social como servicio público, se encuentra enunciado el principio de progresividad de la siguiente manera: “Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares,

ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley” (Constitución Política de 1991, Artículo 48). Así mismo se menciona el acceso progresivo a la propiedad de la tierra (Artículo 64). Posteriormente en el artículo 334, que es en el que se encuentra enunciado el principio de sostenibilidad fiscal, nuevamente se acude a la progresividad como fundamento de lo que será la medida de “incidente de impacto fiscal”. En el Artículo 363 se afirma que el sistema tributario debe fundarse en la equidad, la eficiencia y la progresividad.

Adicionalmente, es posible mencionar una serie de sentencias en las cuales se hace presente el principio de progresividad. La sentencia C-443 de 2009 (Referencia expediente D-7419. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 34 de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el código de minas”), en la cual se hace referencia al “mandato de progresividad” para justificar la importancia de la gratuidad para garantizar la satisfacción plena de los derechos sociales. Y se agrega en el argumento que este mandato “implica un segundo sentido, el de progreso, consiste en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales” (Corte Constitucional, sentencia C-443 de 2009).

La sentencia C-038 de 2004 enumera cuáles son las implicaciones del mandato de progresividad, las cuales Calvo (2013) se encarga de sintetizar, a saber:

(i) implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos, (ii) hace referencia al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales, (iii) no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos, e (iv) implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida (p.149).

En orden con lo dicho, la jurisprudencia constitucional y la doctrina han establecido mediante sus conceptos la prohibición a cualquier intento de limitar o restringir el principio de progresividad en materia de derechos sociales. Establecer cualquier tipo de medida en contra de la progresividad implica que haya un análisis profundo y una argumentación en línea con los derechos fundamentales, y que son protegidos por los entes internacionales ya mencionados. Dussich y Silva (2012) enumeran cuáles son los parámetros que permitan contemplar al órgano jurisdiccional las acciones que intervengan en el principio de progresividad:

1. Que la medida establecida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa.
2. Que se demuestre que la medida es efectivamente contundente para lograr la finalidad perseguida.
3. Que evaluadas diversas alternativas, la medida es necesaria para el fin propuesto.
4. Que no se afecta el contenido mínimo del derecho social comprometido.
5. Que el beneficio que se pretende, es superior al costo que apareja (p.21).

Es posible afirmar que, de acuerdo con la enumeración realizada, lo que pretenden estas premisas es evitar, a toda costa, que el principio de progresividad sea afectado. De hecho, una norma regresiva solamente se justifica en la medida que pueda llegar a alcanzar progresivamente algo o bien a evitar que dicho principio no se cumpla.

La afectación de la progresividad es su regresividad, sobre la cual se han dictado sentencias de manera que sea posible identificar cuando determinadas decisiones se oponen a la progresividad. Siguiendo a Courtis (20), es posible medir el acceso que tienen las personas a los diferentes recursos que hacen referencia a derechos sociales a partir de la aplicación de indicadores de medición de la satisfacción; este concepto fundamenta las definiciones desarrolladas por las organizaciones internacionales ya mencionadas. En este orden de ideas, las disposiciones regresivas implican un retroceso respecto a la extensión concedida a un derecho, o a políticas que evidencien indicadores negativos respecto a la cobertura de determinado derecho.

Ante los mecanismos que son posibles utilizar para determinar si se está aplicando una medida regresiva a un derecho social, la Corte Constitucional ha establecido la implementación de un test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales. Además de tener en cuenta las pautas sobre las implicaciones del mandato de progresividad (Calvo, 2014) y las acciones que intervengan en el principio de progresividad (Dussich y Silva, 2012), en la sentencia C-228 de 2011 se indican los siguientes componentes del test:

El test de proporcionalidad en materia de regresividad de los derechos sociales ha utilizado los tres pasos que se plantean en el juicio de igualdad, es decir el principio de idoneidad que consiste en verificar si la medida regresiva tiene un fin constitucionalmente legítimo y un presupuesto constitucional que la justifique, en segundo lugar el presupuesto de la necesidad en donde se valora si de todas las medidas posibles, la que escogió el legislador es la menos regresiva, hasta llegar hasta al último paso del test de verificar la proporcionalidad en sentido estricto que consiste en confrontar el principio de no regresividad con otros principios constitucionales como la garantía de sostenibilidad del sistema o los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia cuando se trata de valorar el sistema de seguridad social, para establecer si en el caso concreto se presenta un mayor menoscabo del principio de progresividad frente al principio constitucional que se enfrenta a éste (Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2011).

En síntesis, el principio de idoneidad, el presupuesto de la necesidad, y la proporcionalidad en sentido estricto son los elementos desde los cuales determinar si una medida es regresiva o no. A la sentencia ya mencionada le sirven como complementarias las sentencias C-507 de 2008, C-1141 de 2008, C-727 de 2009, T-177 de 1999, T-840 de 2009 y T-772 de 2003, las cuales serán analizadas en lo que resta del presente capítulo con el fin de detallar más detenidamente los componentes que conforman el test de proporcionalidad.

Antes de pasar a mencionar cada una de las sentencias resulta importante definir lo que se entiende como racionalidad y proporcionalidad en materia de regresividad. El juicio

de razonabilidad es la exigencia de que el legislador, el ejecutivo o el judicial tienen en la formulación de sus decisiones de manera que generen todos los medios para lograr la finalidad que pretenden siempre y cuando la decisión sea razonable “no solo en sí misma, sino frente a todo el ordenamiento jurídico, solo así podrá considerarse que es “derecho” y así, justa” (Sapag, 2008, p .161). La proporcionalidad hace parte del proceso de análisis para dar validez constitucional a una norma de manera que esta, efectivamente, esté conforme a la Constitución; en este sentido debe considerarse, también, si en el control a una norma ha tomado en cuenta la finalidad y los medios empleados para lograrla

En la sentencia C-507 de 2008 se estudia la prohibición de la regresividad la cual, en primer momento, se define como “la disminución del radio de protección de un derecho social”, la cual se presenta, principalmente, porque se reducen los recursos públicos invertidos para la satisfacción de determinado derecho o porque se presenta un aumento significativo en el costo que implica el acceso a determinado bien, sobre todo para las personas de escasos recursos. Por lo tanto, al examinar la regresividad es fundamental tener en cuenta el impacto de la medida regresiva en los sectores más vulnerables de la población. En este punto es posible mencionar las características que, según la Corte Constitucional, tiene una medida regresiva:

1. Recorta o limita el acceso a un derecho social.
2. Aumenta sustancialmente los requisitos para acceder a un derecho.
3. Disminuye o desvía significativamente los recursos públicos destinados a la consecución de la satisfacción completa de un derecho.

La sentencia C-1141 de 2008, en la que se emite fallo sobre la incapacidad permanente parcial en el sistema general de riesgos profesionales, es mencionado el principio de progresividad y la prohibición de regresividad con el fin de destacarlo como un componente esencia de la garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De acuerdo con esto, la Corte Constitucional sigue las directrices en la materia de los organismos internacionales que fueron mencionadas con anterioridad. Específicamente, se sustenta que los derechos sociales implican su exigibilidad judicial de protección, por lo

tanto, el Estado está en la responsabilidad y la tarea de establecer estándares mínimos para que la garantía de acceso a estos derechos avance y no exista retorno ante esto.

Por esto, el mandato de progresividad exige, con el fin de prevenir algún intento de regresividad, que la amplia libertad de configuración del legislador sea disminuida y controlada pues “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto” (Corte Constitucional, sentencia C-1141 de 2008). Esta sentencia resulta fundamental para examinar, entonces, la inconstitucionalidad del “incidente de impacto fiscal” o la sostenibilidad fiscal en tanto que, como se ha demostrado a lo largo de la exposición aquí realizada, cumple con las características mencionadas en esta sentencia como regresivas.

La sentencia C-727 de 2009 permite precisar con más claridad lo que ha dictaminado la Corte Constitucional en materia de pensiones. Aunque el principio de progresividad y la prohibición de regresividad se enuncian aquí, tal como se ha expuesto en su sentido positivo, esta sentencia apunta que existen motivos para que la posibilidad de regresividad no se petrifique, principalmente en materia de pensiones. Este fallo, por medio del cual se ha justificado la modificación de la edad para ser pensionado en Colombia, indica que la pensión es uno de los derechos sociales que pueden entrar a ser legítimamente modificados dado que pueden impactar negativamente en la economía nacional. El argumento completo es el siguiente:

Así la Corte ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional, sentencia C-727 de 2009).

Es materia del análisis, entonces, identificar si con los componentes hasta ahora recopilados, esta declaración de la Corte obedece claramente a un argumento que, tal como lo enumeran Dussich y Silva (2012), cumple con los parámetros para legitimar una

regresividad. Sin embargo, también resulta claro que el mecanismo de la “incidente de impacto fiscal”, por lo que se ha caracterizado sería improcedente e inconstitucional para justificar la regresividad en este caso.

La sentencia T-177 de 1999, sobre la cual se toma decisión respecto al derecho a la salud de los enfermos de sida, permite profundizar sobre el concepto de Derechos económicos, sociales y culturales en relación con el mandato de progresividad. El elemento principal de esta sentencia es determinar la reivindicación de la lucha por la garantía de los derechos sociales que hace el Estado por medio del reparto de los bienes y gasto público para garantizar estos derechos. Por este motivo el Estado se comprometió, también a contribuir al fisco y exigir la prestación de servicios determinados de acuerdo con el actor.

Finalmente, la sentencia T-772 de 2003, especifica la prohibición de adelantar políticas económicas, sociales y culturales de carácter regresivo en consonancia con los deberes diferenciales que tiene el Estado. El primero de estos deberes hace referencia a la progresiva satisfacción de los derechos mencionados, los cuales deben estar encaminadas a lograr que exista igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados. Esta enunciación permite agregar a la interpretación llevada a cabo hasta este punto que, además de todos los componentes a tener en cuenta, las medidas regresivas no deben dar lugar a que se profundicen las brechas y la inequidad entre las personas.

De acuerdo con esto, el desarrollo progresivo de los derechos sociales debe pensar en la colectividad y que el bienestar que estos brindan son comunes a los ciudadanos. Por lo tanto, es posible plantear que una medida regresiva puede ser aprobada en tanto que cumpla con los componentes del test hasta ahora planteados y que, además, pueda ser tomada de manera temporal y no continua. Esto en correspondencia con lo que se afirma en la citada sentencia T-772 de 2003 acerca de que la progresividad, como su nombre lo indica, procura que la cobertura y la satisfacción de los derechos debe ir en aumento. Pues “la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales” (Corte Constitucional, T-772 de 2003).

Conclusiones

A continuación, se presentan algunas conclusiones que se derivan del trabajo investigativo hecho en el presente documento.

- Para evitar que la implementación del Principio de Sostenibilidad Fiscal vulnere el Principio de Progresividad y la Prohibición de Regresividad de los derechos pensionales, resulta necesario que la Corte Constitucional establezca con mayor claridad y unívocamente, por vía jurisprudencial cuál es el núcleo o contenido esencial del derecho a la pensión, delimitándolo de tal modo, que exista la claridad suficiente para que, ni el legislador ni las autoridades administrativas o judiciales puedan transgredirlo con sus procedimientos. Quiere decir lo anterior que, aun cuando la Corte Constitucional se ha pronunciado en variadísimas ocasiones acerca del contenido esencial del derecho a la pensión y su alcance, los desarrollos hasta el momento efectuados han resultado insuficientes a la hora de establecer unos criterios definitivos que permitan identificar el marco para protegerlo y garantizarlo.

-Así las cosas, aunque resulta claro que el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión puede ser determinado por el Máximo Tribunal Constitucional atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso, no deben dejar de tenerse en cuenta los siguientes elementos generales para su desarrollo:

- a) El derecho al reconocimiento de la pensión y acceder a ella, tras haber cumplido los requisitos legales para adquirirla.
- b), El derecho a no ser privado arbitrariamente de la pensión
- c) El deber por parte del Estado de proteger y garantizar el derecho a la pensión legalmente establecida.
- d) El derecho adquirido a la pensión como condición sine qua non para la realización del derecho a un mínimo vital.

- De acuerdo con lo anteriormente señalado, los operadores jurídicos pueden recurrir a métodos o técnicas complementarias para establecer cuál es el contenido esencial de un derecho fundamental, y consecuentemente establecer con absoluta claridad, cuáles son sus límites. Así las cosas, por una parte, tendrán que estudiarse las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho pueda ser reconocido dentro del tipo normativo que lo describe, y sin las cuales perdería su naturaleza completamente; por otra, es importante determinar aquel contenido del derecho fundamental, sin el cual llevarlo a la práctica sería imposible, y que, por consiguiente, no permitiría proteger de manera adecuada, los intereses jurídicamente tutelados. En el caso del derecho fundamental a la pensión, la determinación sobre el alcance de su contenido, esto es, su núcleo duro, debe hacerse atendiendo a la supremacía de los principios y reglas de carácter constitucional –la vindicación de la dignidad humana como fin último del Estado Social de Derecho–, así como observando las actuales circunstancias sociales y económicas del país; no puede tratarse de una construcción descontextualizada ni ajena a la realidad nacional.

- Como quiera que, gracias a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el derecho a la pensión adquirió el carácter de fundamental, para proceder a imponer limitaciones sobre este (particularmente por parte del legislador, como lo es el principio de progresividad y la consecuente regresividad), es necesario que tales restricciones sean ceñidas a lo estrictamente necesario para otros derechos o intereses protegidos por la Carta Política, pero, sin llegar a afectar el núcleo esencial de aquel, una vez que ese núcleo o contenido esencial sea adecuada y definitivamente precisado por parte del Alto Tribunal. Sin embargo, en todo caso, antes de llegar a afectar dicho núcleo deberá atenderse la naturaleza dinámica del derecho fundamental, para determinar si al entrar en confrontación con otros valores, principios o derechos reconocidos por el texto constitucional, su contenido y, por ende, materialización misma, deben ser atendidos de modo preferencial por parte del Estado y los particulares.

- El núcleo esencial de un derecho fundamental no es susceptible de interpretación u opinión aleatoria, sometida al movimiento propio de las coyunturas políticas; todo derecho cuyo contenido pueda ser maleable o adaptable a las circunstancias particulares del

momento, no puede catalogarse como fundamental. En ese orden de ideas, si el contenido normativo que produce el legislador, llega a afectar el núcleo esencial del derecho a la pensión, dicha ley no podrá ser considerada como integrante del ordenamiento constitucional, y ahí se habrá fijado un claro límite a las normas que puedan poner tal derecho en situación de amenaza o riesgo de vulneración.

-En materia económica, se encontró que el sistema pensional se encuentra en una grave crisis por cuenta de diversos factores, como la alta informalidad en las tasas de empleo y el desequilibrio en relación a los subsidios estatales. Estos factores dan cuenta de que en el país, además de la indeterminación jurídica, existe una crisis de recursos en la cual el sistema de pensiones no manifiesta ser financieramente viable, pues la suma de los aportes de los contribuyentes y del Estado no alcanza para cubrir los pagos de las pensiones actuales y, mucho menos acumular reservas para el pago de las mesadas futuras y de las pensiones en causación. Partiendo de que un Estado debe garantizar el reconocimiento de las pensiones como derecho, pero que dicho reconocimiento depende del presupuesto público, en Colombia se manifiesta un desequilibrio fiscal y financiero.

-Visto de acuerdo a estas consideraciones, el principio de sostenibilidad fiscal aplicado en materia de seguridad social, aunque se considere como un criterio orientador de la actividad legislativa, no debe ser reconocido desde el punto de vista administrativo o judicial, cuando entre en tensión con el derecho fundamental a la pensión, pues hacerlo conllevaría a incurrir en medidas regresivas que condicionarían la materialización efectiva de tal derecho. La sostenibilidad y la progresividad del sistema general de pensiones, debería ser entendida desde una perspectiva social y solidaria.

Bibliografía

- Aba Catoira, A. (1998). El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*(2), 13-32. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/61893667.pdf>
- Abanto Revilla, C. (2014). Un intento de adecuación de las bases de la seguridad social al sistema privado de pensiones en Perú. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1-17.
- Acosta, L., & Pérez, L. (2016). *¿El principio de sostenibilidad fiscal es un limitante o un acelerador para el cumplimiento de los fallos judiciales? (Tesis de posgrado)*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Aguiar de Luque, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(14), 9-34.
- Aguilera Díaz, J. (2014). *Límites y alcances del Principio de Sostenibilidad Fiscal en el Estado Social de Derecho*. Obtenido de [https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11968/1/LIMITES%20Y%20ALCANCES%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20SOSTENIBILIDAD%20FISCAL%20EN%20EL%20ESTADO%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20\(1\).pdf](https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/11968/1/LIMITES%20Y%20ALCANCES%20DEL%20PRINCIPIO%20DE%20SOSTENIBILIDAD%20FISCAL%20EN%20EL%20ESTADO%20SOCIAL%20DE%20DERECHO%20(1).pdf)
- Archila Peñalosa, E. (2013). El dilema de la sostenibilidad fiscal. *Con-texto - Revista de Derecho y Economía*(40), 3-4.
- Arévalo Lugo, M. (2016). *El derecho a la pensión como derecho fundamental. Desconocimiento de los derechos pensionales por parte del Estado*. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/7685/4/EL%20DERECHO%20>

A%20LA%20PENSI%C3%93N%20COMO%20DERECHO%20FUNDAMENTA
L%20%20%28F%29.pdf

Ayala, S. (2016). *El Estado Social de Derecho y la sostenibilidad fiscal en Colombia. (Tesis de maestría)*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Boita, N. (2014). *La sostenibilidad fiscal y su incidencia en el Estado Social de Derecho. (Tesis de posgrado)*. Villavicencio: Universidad Santo Tomás.

CAF. (s.f.). *El reto de la cobertura del sistema de pensiones*. Obtenido de <https://www.caf.com/media/3088/cap8.elretodelacoberturadelsistemadepensiones.pdf>

Calvo Chaves, N. (2011). Aplicación del principio de progresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Memorando de Derecho*, 63-81.

Calvo, N. (enero-junio de 2014). Aproximaciones conceptuales al principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales. (U. S.-E. Derecho, Ed.) *Revista Vis Iuris*, 1(1).

Camacho Corzo, P., Moreno Guevara, J., & Rincón Muñoz, M. (2012). *Sostenibilidad financiera de la pensión de vejez en los regímenes pensionales, el caso colombiano*. Obtenido de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/6417/RinconMunozMonicaLiliana2012.pdf?sequence=1>

Charry, A. (2016). *El incidente de impacto fiscal en el marco de la sostenibilidad en el Estado social de derecho. (Tesis de pregrado)*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.

Colombia, C. d. (2015). Ley 1751.

Comisión Internacional de Juristas, Facultad de Derecho - Universidad de Limburg, & Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan. (1986). *Los Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y*

Culturales. Obtenido de <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-principios-de-limburg-sobre-la-aplicacion-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-2.pdf>

Constitución Política de Colombia. (1991).

Courtis, C. (2006). La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios. En C. Courtis, *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (págs. 3-52). Buenos Aires: Ediciones del Puerto.

Duque, N., & Duque, S. (2016). El derecho fundamental a una pensión y el principio de sostenibilidad financiera: un análisis desde el régimen de prima media con prestación definida en Colombia. *Justicia Juris*, 12(1), 40-55.

Dussich, M., & Silva, A. (2012). *El principio de progresividad en el sistema de seguridad social en pensiones. (Tesis de posgrado)*. Santiago de Cali: Universidad ICESI.

Fruto, R., & Osorio, A. (2013). El derecho a la pensión como derecho fundamental. *Revista Pensamiento Americano*, 3(4).

Gaviria, A. (2018). Sentido y alcance del incidente de impacto fiscal en Colombia. *Revista de Derecho Privado*(35), 391-407.

Gnecco Mendoza, G. (s.f.). *Incidencia de los derechos constitucionales de la seguridad social en un escenario de reforma pensional*. Obtenido de <http://colegiodeabogados.co/wp-content/uploads/GUSTAVO-GNECCO.pdf>

Guerrero Vinuesa, A. (2012). Sostenibilidad fiscal y principios en el Estado Social de Derecho. (U. L. Cali, Ed.) *Criterio Jurídico*, 12(1), 79-126.

INDES, & BID. (2012). *La Realidad Fiscal. Módulo 5 - El futuro de los sistemas pensionales*. Obtenido de <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7468/La-Realidad-Fiscal-Una->

Introduccion-a-los-Problemas-y-Políticas-Fiscales-en-América-Latina-Modulo-5-El-futuro-de-los-sistemas-de-pensiones.pdf?sequence=1

Nación, P. G. (24 de enero de 2013). *AUDIENCIA PÚBLICA SOBRE DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 4 DE 1992. AUTOS D-9173 y D-9183*. Obtenido de https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/portal_doc_interes//101_PONENCIA.pdf

Peláez Campo, C., & Tamayo Posada, C. (2016). *Análisis de los factores determinantes de la sostenibilidad del Sistema Pensional: una comparación entre Colombia y Chile*. Obtenido de https://repository.eafit.edu.co/bitstream/handle/10784/11216/Camila_Pel%C3%A1ezCampo_Catalina_TamayoPosada_2016.pdf?sequence=2

Pico Larrota, J. (2015). La sostenibilidad fiscal, su relación con los derechos humanos, multiplicador de conflicto. *C&P*(6), 350-364.

Piraquive, G., & Santa Maria, M. (20 de marzo de 2016). *Evolución y alternativas del sistema pensional en Colombia*. Obtenido de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Estudios%20Econmicos/398.pdf>

Roa, J. (2015). El incidente de impacto fiscal y la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales. *Serie documentos de trabajo*, 1-23.

Rodríguez Bohórquez, A. (2015). *De la reforma pensional en Colombia; Reflexión sobre una reforma plausible en materia de Régimen de Prima Media*. Obtenido de <https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/2594/1/DE%20LA%20REFORMA%20PENSIONAL%20EN%20COLOMBIA.pdf>

Ruiz Ariza, H. (2017). *La solidaridad económica prestacional como elemento integrador del principio de sostenibilidad fiscal en el modelo pensional colombiano*. Obtenido de

<https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10450/Ruizhugo2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sánchez Gutiérrez, D., Ricaurte Espinel, S., & Castillo Cárdenas, D. (2012). Compatibilidad del principio de sostenibilidad fiscal y el concepto de Estado Social de Derecho en Colombia. *In Vestigium Ire*, 5, 85-94.

Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite institucional al poder del Estado: Un estudio comparado. *Dikaion*, 22(17), 157-198.

Sentencia C-227 (Corte Constitucional de Colombia, 8 de marzo de 2004).

Sentencia, T-016 (Corte Constitucional de Colombia, 22 de enero de 2007).

Sentencia C-272 (Corte Constitucional de Colombia, 14 de octubre de 2009).

Sentencia, T-202 (Corte Constitucional de Colombia, 23 de marzo de 2011).

Sentencia C-228 (Corte Constitucional de Colombia, 30 de marzo de 2011).

Sentencia C-288 (Corte Constitucional de Colombia, 18 de abril de 2012).

Sentencia C-870 (Corte Constitucional de Colombia, 13 de noviembre de 2014).

Sentencia, T-406 (Corte Constitucional de Colombia, 5 de junio de 1992).

Sentencia, T-426 (Corte Constitucional de Colombia, 24 de junio de 1992).

Sentencia, C-168 (Corte Constitucional de Colombia, 20 de abril de 1995).

Sentencia, C-177 (Corte Constitucional de Colombia, 4 de mayo de 1997).

Sentencia, C-177 (Corte Constitucional de Colombia, 4 de mayo de 1998).

Sentencia, T-297 (Corte Constitucional de Colombia, 16 de junio de 1998).

Sentencia , T-583 (Corte Constitucional de Colombia, 22 de julio de 2010).

Sentencia T-469 (Corte Constitucional de Colombia, 23 de julio de 2013).

Sentencia T-826 (Corte Constitucional de Colombia, 5 de noviembre de 2014).

Sentencia 11 (Tribunal Constitucional Español 1981).

Sentencia, Expediente N° 00050-2004-AI/TC (Tribunal Constitucional de Perú, 3 de junio de 2005).