

SCIENTIA

REVISTA DE INVESTIGACIÓN

Scientia

ISSN: 0258-9702

viceipup@ancon.up.ac.pa

Universidad de Panamá

Panamá

Celis Vela, Dúber Armando

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales Usos discursivos de los
derechos sociales en la justicia constitucional colombiana

Scientia, núm. 160, julio-diciembre, 2015, pp. 143-166

Universidad de Panamá

Panamá, Panamá

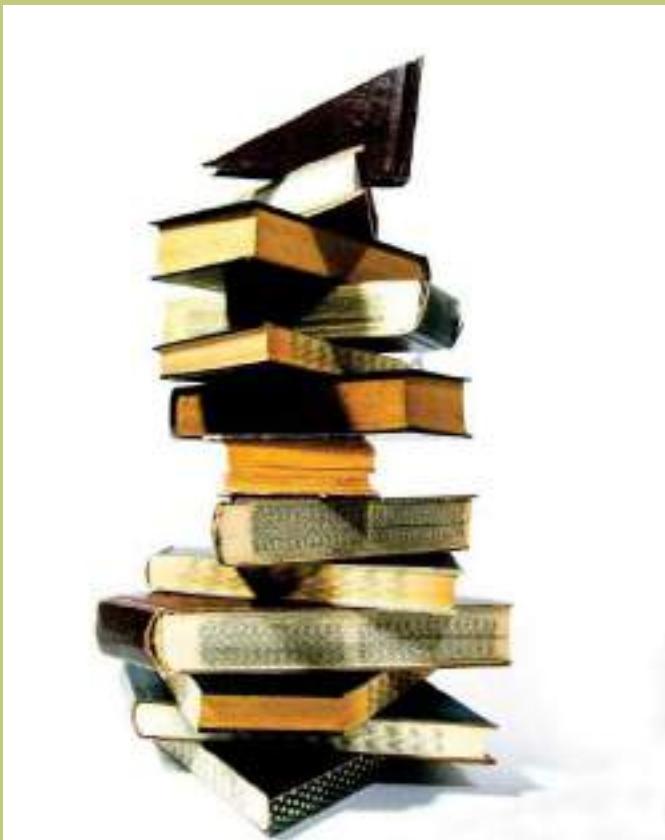
Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=651769460006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



Autor: Juan Carlos Gil Acevedo
Título: Babel
Técnica: fotografía digital
Dimensiones: variables
Año: 2014

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana¹

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a06

¹ Artículo de investigación, resultado del proyecto “Uso discursivo de los derechos sociales en Colombia y las limitaciones fácticas de su eficacia normativa”, adscrito a la línea de investigación Filosofía del Derecho Constitucional del grupo de investigación Saber, Poder y Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. La investigación terminó el 4 de noviembre de 2014 y fue asesorada por el profesor Roberth Uribe Álvarez como trabajo de investigación desarrollado en la Maestría en Derecho.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2015

Fecha de aprobación: 21 de agosto de 2015

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales

Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana

Dúber Armando Celis Vela²

Resumen

Este trabajo presenta una reconstrucción del discurso jurídico y económico de los derechos sociales. La finalidad es identificar encuentros y desencuentros para evaluar posibilidades y obstáculos de justiciabilidad. En general, se establecen unos lineamientos para comprender y explicar prácticas de justificación y aplicación. Los límites y restricciones a la justiciabilidad son analizados a la luz del concepto de derecho que subyace a cada discurso. El discurso económico adopta una concepción pragmática de los derechos y el jurídico asume una concepción idealista. En ambos casos, es posible que los derechos sean considerados nominalmente fundamentales sin que existan condiciones para su exigibilidad. Al final se analizan las posibilidades de protección de los derechos sociales de cara a realidades y poderes enquistados en el ordenamiento jurídico. En este sentido, se resalta el alcance restringido que tiene el Estado Social en el marco de la sostenibilidad fiscal. La sostenibilidad fiscal formaliza políticas fiscales de carácter coyuntural para justificar limitaciones en la justiciabilidad de los derechos sociales.

Palabras clave: derechos sociales, discurso económico, discurso moral, justiciabilidad, ductilidad, sostenibilidad fiscal.

Discursive practices and social rights justiciability. Discursive uses of social rights in the Colombian constitutional justice

Abstract

This paper presents a reconstruction of the legal and economic discourse of social rights. The authors aim at identifying discursive points of contact and divergence to evaluate possibilities and constraints of justiciability. In general, some guidelines are provided in order to understand and explain justification and implementation practices. Limits and restrictions to justiciability are analyzed in light of the concept of law underlining each discourse. In this respect, economic discourses adopt a pragmatic conception towards rights, whereas legal discourse embrace an idealistic. In both cases, social rights can be consideredas nominally fundamental, without legal conditions for its enforceability. Ultimately, the possibilities to protect social rights against realities and powers entrenched in the legal system are analyzed. In this sense, the limited significance of the Social State within the fiscal sustainability framework is highlighted. As concluded, fiscal sustainability end up formalizing short-term policies to justify limitations on social rights justiciability.

Keywords: social rights, economic discourse, moral discourse, justiciability, ductility, fiscal sustainability.

² Magíster en Derecho, Abogado, Filósofo; profesor de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, integrante del grupo de investigación Saber, Poder y Derecho. Correo electrónico: duber.celis@udea.edu.co; duber.celis@gmail.com. A.A. 1226, Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Citación de este artículo usando el sistema APA: Celis Vela, D. A. (2015). Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana. *Estudios de Derecho*, 72(160), 143-166. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n160a06

Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales.

Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana

Introducción

Las aspiraciones materiales de las constituciones contemporáneas³ y las limitaciones fácticas de los recursos han originado conflictos en torno a la identificación y justiciabilidad⁴ de los derechos sociales. En este debate contemporáneo se ha tratado de determinar cuáles son y cómo hacerlos exigibles, lo cual ha sido consecuencia del audaz desarrollo jurisprudencial de la justicia constitucional⁵. En el marco de múltiples tensiones⁶, las definiciones normativas y las garantías de protección han adquirido diverso contenido y alcance. El enfrentamiento entre

3 Este concepto hace referencia a constituciones que establecen un generoso sistema de derechos y formas de justicia constitucional para hacerlos efectivos. Uprimny & Rodríguez (2005, p. 29) proponen una tipología de cuatro modelos de constitución según su fuerza jurídica y el contenido normativo. Aquí se alude al modelo de constitución normativa y valorativa que corresponde a países con (neo)constitucionalismo.

4 La justiciabilidad implica resolver un problema fáctico y jurídico tendiente a determinar cuándo un sujeto jurídico puede exigir una acción positiva del Estado. Este problema puede ser analizado desde una perspectiva cognoscitiva, metodológica y funcional (Arango, 2005, p. 35).

5 El aumento del activismo judicial en derechos sociales es frecuente en América Latina y algunos países del sur global como India y Sudáfrica. Los Tribunales Constitucionales de estos países se han ocupado de problemas sociales como el analfabetismo, el hambre, la vivienda digna y la salud. Por esta razón, la justicia se ha convertido en un factor importante para la definición y solución de los conflictos sociales (Rodríguez, 1999, p. 22).

6 Las tensiones sobre los derechos sociales se han presentado desde una perspectiva filosófico-política, jurídica y económica, entre otras. Al primer caso pertenecen las visiones liberales individualistas que consideran toda política redistributiva como injusta porque el Estado hace transferencias autoritarias de la propiedad (Nozick, 1988, p. 174). Por esta razón, los derechos sociales son destructores del orden liberal. Estas posiciones son contestadas desde concepciones que defienden el Estado Social de Derecho, pues sin medios materiales es imposible el ejercicio de los derechos. El reconocimiento formal de los derechos no es suficiente (Cortés, 2001, p. 71; Sen, 2001, p. 102). El debate jurídico tiene lugar en torno a la limitada justiciabilidad o naturaleza de las normas y la fuerza vinculante de la Constitución. En esta perspectiva, se encuentran las discrepancias entre (Bökenforde, 1993; Alexy, 1993; Arango, 2005) o entre Atria (2004) y Abramovich & Courtis (2002). Finalmente, el discurso económico mira las posiciones que diferencian entre derechos liberales y sociales en función a las prestaciones económicas, las cuales, han sido desdibujadas señalando el papel activo que

propósitos ético-morales y exigencias del desarrollo económico ha propiciado la producción de discursos que buscan establecer condiciones jurídicas mínimas para la aplicación de los derechos sociales. En el caso colombiano, dichos discursos han generado renovadas prácticas jurídicas de interpretación constitucional o aplicación del derecho y han promovido tanto reformas políticas como constitucionales (Rodríguez, 2009, p. 59).

El análisis de estos discursos en Colombia exige considerar tres aspectos presentes en el momento de su uso y reconocimiento judicial. El primero, concierne a los índices alarmantes de desigualdad, los cuales son profundizados por el conflicto armado interno y la omisión acumulada en el diseño de políticas públicas de redistribución de recursos y oportunidades. El segundo, alude a la existencia de un conjunto de sentencias protectoras de los derechos sociales, proferidas por la Corte Constitucional. Pese a los avances en este campo, la jurisprudencia sobre la materia es dispersa, con precedentes flexibles y eficacia relativa. Esta situación de indeterminación se acentúa con la subordinación parcial de la dogmática a la jurisprudencia, como consecuencia de la ausencia de un conocimiento teórico consolidado (Ramírez, 2007, p. 65). El tercero, se refleja en el debate entre economistas y juristas que terminó con la adopción de una reforma que incorporó la sostenibilidad fiscal en la Constitución.

Las tensiones discursivas y los aspectos enunciados propiciaron mutaciones normativas en las disposiciones sobre derechos sociales y han alterado sus condiciones de aplicación. Esta interpretación constitucional flexible justifica la incorporación de aspiraciones morales y restricciones económicas que, la práctica jurídica, de manera frecuente, adscribe a los textos constitucionales. Este constitucionalismo de los derechos sociales ha oscilado entre la maximalización o minimalización de intereses en conflicto, lo cual es fuente de controversia entre (neo) constitucionalistas y economistas al punto que, en la cultura jurídica colombiana, persisten prácticas discursivas ambivalentes para la definición del alcance de derechos sociales. Garantía y restricción ha sido el lenguaje de los derechos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁷.

Una caracterización de las tendencias discursivas sobre derechos sociales permite reconocer afinidades e incongruencias entre promesas constitucionales, estándares

el Estado también desempeña frente a las libertades negativas (Sunstein & Holmes, 2011; Prieto Sanchís, 2003; Pisarello, 2007).

7 La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido variable. En la Sentencia T-406 de 1992 se adoptó una decisión que garantizó derechos sociales y colectivos de forma amplia. Sin embargo, estas posiciones no se han mantenido en el tiempo, pues en la C-038 de 2004, la Corte Constitucional admitió retrocesos en la legislación del trabajo porque consideró que había razones de política económica que justificaban la restricción.

mínimos y restricciones fiscales. Los mínimos legales de derechos sociales como la educación, el trabajo, los servicios públicos y la salud, responden a las dinámicas del mercado, se transforman en aspiraciones legales que se mantienen en parámetros fijos y suponen continuidades o discontinuidades entre la Constitución y la ley. El análisis de tales prácticas implica entender las mutaciones conceptuales y normativas de los derechos sociales. Con el fin de comprender los usos discursivos de los derechos sociales, se hará: 1) un análisis de las mutaciones normativas de los derechos según los discursos jurídicos dominantes; 2) una evaluación de la ductilidad del juez constitucional en la protección de los derechos; 3) un análisis del sentido de la sostenibilidad fiscal como principio constitucional y, 4) unas conclusiones generales sobre prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales.

1. Mutaciones discursivas de la Constitución y alcance de los derechos sociales

Un análisis sobre el discurso de los derechos sociales pretende comprender y explicar las prácticas jurídicas de justificación y aplicación más frecuentes. Las razones y formas de protección usados permiten identificar las tendencias argumentativas que fundamentan sus pretensiones de corrección. Los discursos dominantes consisten en un conjunto coherente de razones a favor o en contra de los derechos sociales y han logrado influir en su justiciabilidad. Tales posiciones argumentativas son desarrolladas por participantes en el sistema jurídico, es decir, por una diversidad de sujetos que involucra juristas, políticos, litigantes, jueces, economistas, sociólogos, entre otros. Participante es quien argumenta dentro de un sistema jurídico a favor de lo que está ordenado, prohibido o autorizado (Alexy, 2004, p. 31). Estos participantes apoyan sus pretensiones de corrección en criterios técnicos según la reconstrucción interpretativa que hacen del sistema político, sus disciplinas académicas colonizan el derecho⁸.

Los argumentos técnicos que se usan en el derecho acarrean muchos supuestos metodológicos y epistemológicos no evaluados. Esto reduce los niveles de justificabilidad de las decisiones, pues se cree que los mercados funcionan de manera natural o espontánea y no como consecuencia de la regulación del Estado (Arango,

8 La tesis de la respuesta correcta ha estado presente en el discurso constitucional contemporáneo como justificación para la expansión de las garantías de los derechos fundamentales. En muchos casos los derechos sociales se han derivado de posiciones jurídicas iusfundamentales mediante argumentaciones persuasivas que muestran cómo el sistema jurídico admite una solución (Arango, 2005, p. 53). Sin embargo, la respuesta correcta no solo obra a favor de la garantía de los derechos sociales, posiciones jurídicas colectivas como el desarrollo, la estabilidad del empleo o la sostenibilidad fiscal pueden generar restricciones justificadas desde una perspectiva económica.

2005, p. 149). El análisis de tales discursos abraza un propósito de coherencia y controlabilidad racional de prácticas sociales que envuelven instancias normativas y subrayan la dimensión política del conocimiento jurídico. El análisis discursivo de los derechos sociales exige indagar por la justificación interna y externa de las posiciones jurídicas usadas para su expansión o restricción con el fin de abordar sus problemas desde una perspectiva general, esto es, excediendo la reconstrucción de normas o decisiones judiciales. Así, el problema de los derechos sociales supera los límites de la dogmática y la jurisprudencia constitucional.

Este desglose analítico sobre las clases de reconocimiento y las formas de justiciabilidad de los derechos sociales, es el presupuesto para una crítica a las prácticas del modelo constitucional y a la planificación técnica de la justicia social. El análisis crítico, dada la complejidad de los derechos sociales, tiene en cuenta sus contextos de aplicación (Noguera, 2010, p. 23), en los que los discursos están constituidos por argumentos normativos que resultan de interpretaciones jurídicas, económicas o morales de la sociedad y del Estado. Todas las pretensiones de corrección posibles, sustentan aspiraciones humanitarias, económicas y sociales; las cuales son usadas como justificaciones institucionales en circunstancias de extensión o restricción de los derechos. La multiplicidad de los argumentos disponibles para la definición de los derechos, exige un ejercicio teórico de sistematización para comprender el sentido de sus prácticas jurídicas, sin descalificar de manera *a priori* los medios o idealizar ciegamente los fines. El discurso que satisfaga las pretensiones de los participantes en un contexto social determinado, impacta las decisiones judiciales, determina el funcionamiento del modelo institucional y reduce o amplifica el sistema de garantías para grupos en situación de vulnerabilidad.

La identificación de tendencias discursivas con fundamento en pretensiones de corrección implica señalar sus rasgos sobresalientes y la forma como éstas han determinado la justicia constitucional. La ductilidad argumentativa no se opone a la definición de ciertos perfiles discursivos como consecuencia de decisiones judiciales garantistas. El carácter progresista del activismo judicial de élite, ha tenido cierto respaldo en prácticas de defensa de los derechos sociales y ha generado mutaciones discursivas sustentadas en una jurisprudencia *ad hominem*, que terminó con la adopción de las reformas constitucionales que consolidan la planificación técnica de la justicia social.

La ductilidad argumentativa es un rasgo sobresaliente del discurso jurídico contemporáneo. Los participantes recurren a diversas estrategias de justificación para respaldar sus pretensiones, entre ellas se encuentran: la interpretación literal, la suposición de fines o intenciones de las autoridades normativas, el cálculo de consecuencias, reglas probatorias, reconstrucción de precedentes, conocimientos

técnico-científicos y datos empíricos. La contingencia de los intereses o la dinámica económico-social implica posiciones relativas en los sujetos para la obtención de propósitos individuales o sociales. Un caso especial de ductilidad discursiva se evidencia en el control de constitucionalidad, el cual adquiere un matiz problemático por el alcance jurídico, político y social que comporta para un sistema democrático.

La determinación del contenido y alcance de los derechos implica decisiones sobre asuntos axiológicos que, en sociedades plurales, están sujetos a desacuerdos. No es posible considerar que la única forma de desacuerdo sea axiológica, los criterios científicos o técnicos también son susceptibles de valoración en sus presupuestos metodológicos o epistemológicos. Si las personas difieren en el alcance que tienen sus derechos y las funciones institucionales del sistema social, entonces en toda decisión judicial se impone la opinión del juez, la cual siempre será arbitraria para una de las partes (Waldron, 2005, p. 216). Aunque la jurisprudencia use el lenguaje del objetivismo moral o técnico, tal realidad no puede ser desconocida, el control se debate entre las difusas fronteras de la política y el derecho.

El impacto de algunas providencias judiciales protectoras de los derechos sociales en Colombia ha despertado optimismo por la jurisprudencia constitucional. La academia ha centrado su atención en la actividad del juez constitucional y en el desarrollo de metodologías para transformar la función secundaria de la decisión judicial en el sistema de fuentes del derecho colombiano. La justificación de un precedente judicial vinculante como instrumento del derecho apareció como una concesión que permitía el control y afianzamiento de la actividad judicial en términos de coherencia, racionalidad y justicia de las decisiones (López, 2007, p. 338). Así, el naciente derecho judicial colombiano, se vio como una conquista transformadora cuyo ejercicio impactó positivamente los derechos sociales y despertó reacciones tendientes a disminuir sus efectos. Aunque sus aportes al desarrollo de la jurisprudencia no pueden ser ignorados, la reconstrucción metodológica de líneas jurisprudenciales ha terminado en cirugías estéticas de la función judicial, pues en las decisiones adoptadas subyacen tensiones discursivas que, con frecuencia, son opacadas con una interpretación formal de la decisión judicial.

El entusiasmo por el protagonismo político del juez activista, protector de derechos, teórico y actor social, disminuyó la función crítica de la dogmática constitucional. En términos generales, tratadistas y dogmáticos reducen su trabajo a la descripción de pronunciamientos judiciales y descuidan las dimensiones analíticas y normativas de la dogmática jurídica⁹. El retraso de las ciencias jurídicas

9 En términos de Ramírez (2007, p. 63), gran parte de la producción académica en el derecho constitucional puede calificarse como de información protodogmática. Esto significa que no hay mediación conceptual sino verbalización de textos positivos. Este es el caso de Younes (2007) y Pérez (2004), entre otros.

y políticas para teorizar y diseñar un Estado Social equiparable al Estado Liberal, ha permitido que el Estado Social se desarrolle a través de la ampliación de espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, del juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, de la proliferación de discriminaciones o privilegios y del caos normativo (Ferrajoli, 1999, p. 30). En el caso colombiano, la producción del pensamiento jurídico se subordinó a la función del juez para promover una concepción filosófica y política de sus decisiones judiciales. La intervención de la Corte Constitucional en los problemas cruciales de la sociedad como la defensa de los derechos civiles, la protección de los derechos sociales, el control a los estados de excepción, la declaración de estados inconstitucionales de cosas, entre otros, motivaron una producción académica complaciente, una sociedad civil expectante de las decisiones del juez filósofo y alentaron una reacción política que ha venido diezmando el alcance jurídico y social de sus providencias.

En las facultades de derecho han dedicado amplios esfuerzos al reconocimiento e identificación de las decisiones de la Corte Constitucional como punto de referencia para la transformación de sus prácticas académicas y jurídicas. Muestra de esto es el número significativo de investigaciones y trabajos de grado para optar a títulos, que consisten en la indagación de conceptos y líneas jurisprudenciales desarrolladas por el juez constitucional. Una sociedad civil esperanzada en las decisiones del sabio juez constitucional que especula sobre valores sustantivos con actitudes intervencionistas ante los problemas sociales, permitió la creación de una jurisprudencia *ad hominem* que sintoniza con las preferencias ideológicas del juez, ya se ha demostrado en diversos contextos legales, que los valores personales se deslizan en su razonamiento judicial (Ely, 1997, p. 63). Los fallos de la Corte Constitucional dieron vuelo político a los problemas sociales, visibilizaron realidades dramáticas de exclusión y despertaron el debate público en una sociedad civil relativamente pasiva; sin embargo, no fueron respaldadas por el desarrollo investigativo y la voluntad política para consolidar los procesos de transformación iniciados.

El entusiasmo creció porque jueces y amplios sectores de ciudadanos compartían los valores descubiertos en la Constitución; sin embargo, las decisiones progresistas y garantistas de los derechos también suscitan animadversión y reacciones políticas que condujeron a la implementación de reformas (salud, pensiones, sostenibilidad fiscal) para atenuar el impacto del juez constitucional. La paradoja del control de constitucionalidad consiste en que la interpretación ampliada o disminuida de la Constitución suele acudir al uso de un lenguaje cargado de objetivismo moral (Waldrón, 2005, p. 195) para sustentar la aparente imparcialidad de sus abstracciones políticas y morales.

La experiencia reciente, ha hecho pensar que la Corte Constitucional es un órgano políticamente frágil, su composición la ha hecho susceptible de manipulación externa y, en sentido estricto, una reacción política que conduzca a la mutilación judicial no es una cuestión que deba desestimarse. En ese aspecto, el sistema de elección de sus magistrados produce una politización de la jurisdicción al punto que su orientación jurídica puede ser caracterizada por el origen político de sus integrantes. Esta no es una posición desmesurada, la naturaleza de la interpretación constitucional permite que el juez pueda imprimirlle diversas orientaciones jurídicas y políticas a la Constitución. La contradicción entre el juez activista y el político oportunista se ha venido disolviendo, cada día aquel se parece más a éste. La función principal constituye el mayor problema del control de constitucionalidad: un cuerpo que no es electo ni es responsable políticamente, dice a los representantes que no pueden gobernar como desean (Ely, 1997, p. 23). El control de constitucionalidad no supone una defensa de la Constitución en abstracto como categoría metafísica del derecho; por el contrario, la norma constitucional realiza su sentido en la interpretación que de ella hace el juez constitucional.

Una Corte Constitucional controlada intelectualmente por algunos sectores del poder político, disminuye la trascendencia que tiene la justicia constitucional para la consolidación de la democracia. Además, ha terminado por defraudar la confianza de los constitucionalistas y las expectativas de la sociedad civil. Una jurisprudencia constitucional maleable entre el progresismo y el conservativismo político no parece en contradicción con una concepción (neo) constitucionalista del derecho. De hecho, uno de sus peligros es la mitificación de la labor judicial que puede tolerar la limitación del contenido y alcance de la Constitución. Este fenómeno es consecuencia de la politización de la justicia que ha afectado su desempeño e independencia (Uprimny y Rodríguez, 2006, p. 15). La heterogeneidad de valores e intereses expresados en la Constitución, la constante competencia y enfrentamiento social y la coalición política de intereses, pueden conducir a la contractualización de la interpretación constitucional, tal como parece ser la experiencia colombiana reciente. Esta situación encuentra expresión o es un entendimiento más del “derecho dúctil” propuesto por Zagrebelsky (2007, p. 124). En este contexto, la integración de la Corte Constitucional se convierte en una lucha política o en un voto de batalla para la defensa de la Constitución, entendida como expresión posible de las orientaciones ideológicas de grupos dominantes.

La interpretación de la Constitución en cabeza de poderes personificados, no fortalece la consolidación de una institución tan importante para una democracia como el control de constitucionalidad. La falta de funcionamiento de los mecanismos de representación y participación democráticos ha tenido como correlato la pasividad

de la sociedad civil. Ver a la Corte Constitucional como única alternativa ante la ausencia de voluntad política del legislador y la omisión del ejecutivo, produce una forma de paternalismo judicial, académico, deliberativo y jurídico que termina en la frustración y la desconfianza cuando cambian las preferencias axiológicas relativamente compartidas. Este hecho se hace más notorio por el déficit de movilización social y activismo político en cabeza de la sociedad.

Las mutaciones interpretativas de la Constitución, por efecto de prácticas discursivas dominantes en la jurisprudencia sobre los derechos sociales, exigen una visión integral de sus problemas o realidades. El protagonismo de los jueces constitucionales ha provocado el tránsito de la hegemonía de la ley a la primacía de la interpretación constitucional para alcanzar la efectividad de los derechos sociales. La jurisprudencia constitucional, en materia de derechos sociales, ha recepcionado posiciones jurídicas dominantes en contextos trasnacionales y ha generado interpretaciones que son aplicadas por otros jueces en virtud de la fuerza vinculante de sus decisiones. En todas las áreas, las sentencias de los jueces constitucionales tienen una importancia fundamental, pues definen los casos, crean las reglas para disputas futuras y son símbolos sociales de autoridad, imparcialidad o compromiso que generan la creencia de corrección sobre lo decidido (Rodríguez, 1999, pp. 67-68). La manera como se produce el discurso jurídico local, implica presunciones epistemológicas sobre la justificación de teorías jurídicas o criterios judiciales tomados del derecho comparado que se vuelven influyentes en la cultura jurídica.

2. Tendencias discursivas en derechos sociales

El problema de los derechos no está llamado a resolverse como la definición de un asunto normativo, pues involucra aspectos sociales, económicos y culturales que, en la mayoría de los casos, son ajenos al derecho. Así, su análisis exige ponerlos en un contexto para la explicación de prácticas discursivas de participantes en un sistema jurídico. El discurso no puede separarse de realidades que pretende ayudar a conocer y, en caso de disociarse, carecería de justificación funcional. Si bien el lenguaje de los derechos surgió en las revoluciones burguesas para contener despotismos, y en muchos casos para preservar una distribución desigual de la propiedad, no significa que posea núcleos semánticos inmutables. En este sentido, Gargarella (2004, p. 63)¹⁰ ha señalado que los derechos se han independizado de los propósitos de sus creadores para socavar los intereses de los más poderosos. Este es

10 Este argumento es una réplica a Atria (2004, p. 1), quien considera que los derechos fueron concebidos originalmente como derechos del individuo contra la comunidad. Los derechos existen ontológicamente antes de la comunidad.

el caso del constitucionalismo latinoamericano que ha estado alineado con causas sociales de redistribución del ingreso y protección a los grupos más vulnerables.

La caracterización del discurso de los derechos, exige identificar una serie de presupuestos filosóficos y metodológicos que sustentan las funciones político-simbólicas de sus argumentos y definen la justiciabilidad de los derechos sociales. En términos generales, los discursos que disputan la justificación de los derechos están escindidos en dos dimensiones: jurídico-política y socio-económica (Pietro Sanchís, 1994, p. 380). Tales dimensiones han sustentado la formación de discursos dominantes en la interpretación y aplicación de la Constitución y operan con diferentes conceptos de derechos. En Colombia, entre estos discursos se desató un acalorado debate animado por la pretensión de reivindicar los presupuestos epistemológicos y argumentos técnicos para justificar pretensiones sociales (Arango, 2001) o económicas (Carrasquilla, 2001; Clavijo, 2002; Kalmanovitz, 2006).

El discurso social que hace énfasis en la equidad y la igualdad, identifica los derechos sociales por su alto nivel de importancia (Arango, 2005, p. 38)¹¹, pues impactan el desarrollo del ser humano. Esta orientación valorativa hace hincapié en la expansión de los derechos través del sistema judicial¹². Los derechos, en tanto están sustraídos a la disponibilidad del mercado y la política, actúan no solo como factores de legitimación sino de deslegitimación de las decisiones (Ferrajoli, 1999, p. 24). La tendencia general es concebir al derecho como un mundo semántico autosuficiente, el cual tiene capacidad de imponerse a las realidades sociales (Haba, 2004, p. 22). El problema de los derechos sociales no es un asunto que los juristas puedan resolver mediante normas de papel. Implica tomar conciencia acerca de los límites del derecho. La idea de que el desarrollo de los derechos está asegurado en una providencia judicial es una ilusión. La experiencia constitucional ha mostrado que una decisión judicial en sí misma carece del efecto deseado para transformar realidades sociales. La desconfianza hacia la política representativa, lleva a postular la primacía del derecho sobre la política y reduce el funcionamiento de la jurisdicción constitucional a la producción decisiones judiciales (Pisarello, 2007, p. 113).

El discurso económico adopta una posición funcionalista sobre los derechos, se centra en la protección a la economía y la búsqueda del equilibrio fiscal. A esta

11 Arango (2005, p. 38) considera a los derechos sociales como derecho subjetivos con un alto grado de importancia y carácter positivo general. Su justificación consiste en el hecho de ser derechos humanos cuyo carácter ideal o moral se ha fortalecido mediante su positivación.

12 García Amado (2009, p. 26) plantea que en esta concepción el ordenamiento jurídico se desdobra en una parte superficial, que es defectuosa por indeterminada y por estar llena de lagunas y antinomias, y una parte profunda o esencial, que contiene la solución predeterminada para cualquier caso difícil. La Constitución es la quintaesencia de la verdad moral y de la justicia objetiva, y los jueces, traductores seguros de esas verdades axiológico-jurídicas a decisiones materialmente justas y objetivamente correctas.

concepción, subyace una comprensión liberal y proceduralista de la Constitución en sentido débil¹³, centrada en la optimización de los recursos y la libertad de mercado. Los derechos son identificados por su contenido porque requieren de la prestación de algún bien o servicio. Esta concepción económica de los derechos y de la justicia, considera al legislativo como el escenario central de la vida jurídico-política por razones técnicas o democráticas y promueve la fundamentación constitucional de una política pública de contenido fiscal para el ejercicio del poder judicial. El Estado no puede avanzar en términos económicos, sociales y políticos si el sistema judicial no proporciona estabilidad y seguridad, los cuales pasan por restricciones al activismo judicial (Clavijo, 2001, p. 28). Desdeña de la influencia de las decisiones jurisdiccionales en el ordenamiento constitucional porque parte de una relación ideal entre derechos y mercado que supone la libertad e igualdad de todas las personas (Arango, 2005, p. 138). El análisis económico del derecho constitucional proporciona criterios para maximizar la eficiencia en la asignación de los recursos sociales. La protección de los derechos depende de maximizar la eficiencia social en el marco de una perspectiva gerencial de la justicia.

El discurso de los derechos no es ajeno a una concepción particular de la sociedad, la economía y la política. El análisis de los derechos sociales implica el tratamiento de una problemática social cuyo objeto no puede ser agotado en especulaciones analíticas. Por tanto, no se puede avanzar sin desconocer el impacto de los reclamos de unos y el sentido de la resistencia de otros. Ignorar esta situación sobreestima la capacidad del derecho y, finalmente, desdibuja las instituciones democráticas, su promoción ha quedado librada a la capacidad de algunos jueces activistas que han alimentado la distancia entre ciudadanía y representación política. La falta de una relación entre política y derecho o derecho y economía, hacen que estructuras sociales ya instaladas reaccionen contra el cambio social hasta tornarlo inocuo como ha ocurrido recientemente con el fenómeno de la sostenibilidad fiscal. Así, las reformas jurídicas pueden bloquearse dado ciertos límites constitucionales que impone la economía.

El contraste de estos discursos ha provocado cierto aislamiento académico que se ha tratado de flexibilizar con una concepción dialógica de la justicia constitucional (Ely, 1997; Habermas, 1998). La garantía de los derechos sociales exige incorporar de manera explícita y crítica los aportes de la economía a las estrategias de justiciabilidad, sin que existan subordinaciones mutuas (Uprimny & Rodríguez, 2005, p. 26). Sin embargo, la situación de indeterminación de los derechos persiste y resulta funcional para las pretensiones de corrección de los participantes. Así, las

13 Concepción discursiva impulsada en el país por el movimiento derecho y economía y el (neo) institucionalismo, posiciones representadas por Carrasquilla, 2001; Clavijo, 2001 y Kalmanovitz, 2006.

disposiciones constitucionales tienen una naturaleza mutable y los derechos son enunciados programáticos¹⁴ para el Estado, los cuales, adquieren la condición de normas cuando se comportan como derechos subjetivos. Esta situación no ha sido ajena a las prácticas de la justicia constitucional colombiana, pues los derechos sociales se han protegido de manera activa pero coyuntural. La teoría constitucional, aunque asume que los derechos sociales son fundamentales y tienen carácter de mandato, considera que solo se convierten en derechos subjetivos en casos extremos (Arango, 2005, p. 44).

Los derechos sociales, como directivas programáticas, se refieren a prestaciones positivas del Estado que no poseen un desarrollo legislativo para que puedan exigirse judicialmente. Sin embargo, no es posible que el vacío legislativo socave su valor constitucional; por tanto, la omisión legislativa ha posibilitado la intervención del juez para garantizar un derecho fundamental vulnerado por conexidad con un derecho social. La jurisprudencia constitucional ha establecido que los derechos sociales pueden ser protegidos judicialmente cuando se comprometen los derechos fundamentales y de conformidad con las posibilidades económicas para la solución del problema, dentro de una lógica de lo razonable. En este sentido, desde la creación de la Corte Constitucional se ha adoptado una concepción pragmática de los derechos que ha sido funcional a políticas de expansión o restricción constitucional.

La garantía de los derechos sociales es un problema político de asignación de recursos. La tesis de la conexidad para reconocer judicialmente derechos sociales fue presentada como una elaboración jurisprudencial de carácter progresista; sin embargo, en su fundamento conceptual, considera que los derechos sociales no son fundamentales. La protección judicial por conexidad solo trató de conjurar situaciones de vulnerabilidad de los derechos fundamentales. En esta perspectiva, los derechos sociales aparecen como aspiraciones sociales cuya individualización no puede realizarse al margen de la ley y las posibilidades financieras del Estado¹⁵. Esta concepción, sin duda, está alineada con el discurso económico de los derechos sociales que tiene presente el equilibrio fiscal. A juicio del juez constitucional¹⁶, los derechos sociales pueden convertirse en derechos subjetivos cuando han sido desarrollados por el legislador. Este supuesto implica que la autoridad estatal debe crear instituciones y procedimientos encaminados directamente a la realización del

14 Arango (2005, pp. 65 y 95) sostiene que las proposiciones normativas sobre derechos no pueden ser expresadas mediante enunciados sobre metas. Plantea que el Estado es el exclusivamente obligado a garantizar los derechos sociales, los cuales son exigibles, en razón a que se transforman en derechos fundamentales e involucran al legislador, al ejecutivo y a la administración de justicia.

15 Esta concepción puede rastrearse en la Sentencia T-205 de 1997.

16 Entre otras sentencias, esta posición puede identificarse en la Sentencia T-304 de 1998, la cual representa una tendencia formalista en la identificación y justiciabilidad de los derechos sociales.

derecho social. En este caso, la situación de protección ya está definida en la ley, lo cual justifica la mutación del derecho social en un auténtico derecho subjetivo y sus límites de satisfacción están sujetos a un estándar mínimo.

Las mutaciones discursivas de la concepción jurisprudencial se refuerzan con la adopción de los principios de progresividad y la prohibición de regresividad desarrollados a la luz del bloque de constitucionalidad. Tales principios son parámetros valorativos fluctuantes y están sujetos a la relatividad de la ponderación que realice el juez constitucional. En atención al principio de progresividad, los desarrollos legales serán objeto de un análisis posterior; sin embargo, cabe precisar que el contenido asignado ha disimulado una práctica institucional de negación parcial de los derechos sociales. En este aspecto, ha jugado un papel importante la interpretación de la ley a la luz de la Constitución, lo que ha permitido limitar el sentido o eliminar normas jurídicas restrictivas o regresivas de los derechos sociales en algunas ocasiones.

En la jurisprudencia constitucional, el principio de progresividad de los derechos sociales ha desempeñado un papel preponderante. Con él se han incorporado principios lógicos de coherencia interna en la creación y aplicación de los derechos para permitir que se siga avanzando en su realización efectiva. Así, el Estado debe adoptar medidas inmediatas tendientes a asegurar, de manera progresiva, la plena efectividad de los derechos sociales con el fin de agotar todas las posibilidades y los recursos disponibles. Este principio, aunque no fue consagrado directamente en la Constitución, se obtuvo a partir del bloque de constitucionalidad para evitar la regresividad de los derechos sociales (Arango, 2006, pp. 157-158).

En jurisprudencia posterior, la Corte Constitucional¹⁷ empezó a considerar que los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales. A partir de este momento, el juez constitucional adoptó el lenguaje de los derechos fundamentales para los derechos sociales e hizo innecesaria la tesis de la conexidad, el matiz prestacional de los derechos dejó de ser el criterio determinante de su fundamentalidad. Sin embargo, la Corte Constitucional separó el carácter fundamental de los derechos sociales de la manera como se hacen efectivos en la práctica; con lo que no contribuye mucho a su justiciabilidad. En este sentido, cuándo exigir una acción positiva del Estado para garantizar los derechos sociales es

17 La Sentencia T-016 de 2007 es representativa de la concepción de los derechos sociales como fundamentales pese a carecer de medios autónomos para hacerlos exigibles. En este orden de ideas, la Corte Constitucional hará una separación entre derechos y garantías que refuerza la ductilidad.

una cuestión indeterminada. Una vez más el dualismo entre conceptos de derechos y justiciabilidad favorece la ductilidad de los discursos social y económico¹⁸.

El concepto de derechos sociales se transforma en atención al uso que de él hacen los participantes según sus criterios de corrección económica y moral. Catalogar los derechos sociales como fundamentales sin la posibilidad de ser garantizados en forma directa, de cierta manera, refuerza el poder simbólico del lenguaje sobre los desequilibrios del mundo social. Las transformaciones semánticas de la jurisprudencia constitucional han sido aparentes y accidentales, los derechos sociales siguen siendo formalmente fundamentales pero sin efectos procesales. La importancia moral no tiene efectos en la vida social, por tanto, su extensión o restricción dependen de discursos dominantes y reglas técnicas, en las que el juez está expuesto a las vicisitudes del discurso económico. La armonización de los derechos sociales con el principio de sostenibilidad fiscal no tiene reparos constitucionales, inicialmente los límites fiscales no son un impedimento para hacerlos efectivos¹⁹ sino un dudoso instrumento subordinado a los fines del Estado Social.

La fundamentalidad de los derechos sociales expresa una semántica contingente en la jurisprudencia constitucional. Esta situación, en razón a que el contenido de los derechos sociales ha determinado de forma razonable, el marco de la interpretación sistemática de una Constitución democrática (Arango, 2005, p.175). Los derechos sociales existen para superar desequilibrios materiales instalados en las relaciones sociales; sin embargo, el compromiso en su realización no es muy decidido. Los derechos sociales se encaminan a la protección de los individuos frente al poder social, económico y cultural, pero la práctica discursiva reproduce las relaciones de desigualdad existentes.

Esta manera de entender los derechos sociales puede asociarse a una forma de constitucionalismo aspiracional que existe en Colombia y en Latinoamérica, el cual prospera en contextos sociales para afianzar procesos de cambio social que se hacen efectivos, no solo con el desarrollo legal o jurisprudencial de los derechos, sino con un movimiento social, político y educativo que impulse su desarrollo

18 Este concepto de derechos desarrollado por la Corte Constitucional contrasta con una visión kelseniana de los derechos subjetivos ya que un derecho subjetivo implica la posibilidad de hacerlo efectivo. En este sentido, los derechos envuelven un poder para reclamar el cumplimiento de una obligación (Kelsen, 2005, p. 100).

19 Así pretendió establecerse en el Acto Legislativo 03 de 2011 cuando se indicó que la sostenibilidad fiscal no afectaría los derechos fundamentales. Aunque existe una regla explícita de precedencia (Alexy, 1993, p. 94), vaciar el contenido y alcance de los derechos sociales no constituye una garantía de protección, la interpretación constitucional tolera amplios márgenes de discrecionalidad valorativa cuando se recurre a cánones espiritualistas (López, 2012, p. 121).

(García Villegas, 2012, pp. 93-94). Desde una perspectiva política esta posición es aceptable; sin embargo, su viabilidad es discutible en un contexto social donde la desigualdad material y la violencia se han convertido en una tradición social normalizada. Ante este panorama, queda la opción de asumir el derecho como un proyecto político para confrontar las situaciones más problemáticas de la sociedad.

3. Contextos de aplicación de los derechos sociales y sostenibilidad fiscal

En algunas regiones del país la violencia ha generado situaciones extremas de vulneración a los derechos sociales, que suscita preguntas por las relaciones existentes entre derecho y sociedad (Lemaitre, 2011, p. 48). En una tradición jurídica como la colombiana, el derecho ha generado poca incidencia en los conflictos más agobiantes de la sociedad; inclusive, en algunos ámbitos ha contribuido a profundizarlos. Este hecho debe conducir a revisar los presupuestos teóricos que subyacen a las prácticas judiciales sobre derechos sociales, o a evaluar la solución jurídica o política dada al conflicto social. La garantía de los derechos sociales constituye una condición de posibilidad para el desarrollo y la cohesión social.

La posición judicial de los derechos sociales refleja tensiones entre derechos y participación, por un lado existe el imperativo social de mejorar las condiciones materiales de los individuos, y por el otro, la necesidad institucional de garantizar el principio democrático. No obstante, la ductilidad de los derechos sociales ha dejado al individuo expuesto a poderes económicos y sociales enquistados en el ordenamiento jurídico. La función de los derechos sociales consiste no solo en asegurar la libertad económica de una persona, sino servir de parámetro general para la justicia distributiva, sobre todo en sociedades estructuralmente pobres (Arango, 2005, p. 160). Por tanto, la solución jurisprudencial adoptada por la Corte Constitucional ha sido a todas luces coyuntural e insuficiente. Sin embargo, es necesario resaltar su papel en contextos donde los otros poderes públicos se han sustraído al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales (Bernal, 2005, p. 225).

La Corte Constitucional ha asumido dos posiciones discursivas frente a los derechos sociales: en primer lugar, los ha visto como metas políticas que excepcionalmente pueden ser protegidas judicialmente y, en segundo lugar, como valores morales a partir de su consideración como derechos fundamentales; en esta última, los derechos sociales son una pretensión moral de justicia que se asocia a la idea de dignidad humana. Sin embargo, la ausencia de un mecanismo autónomo de protección aumenta las tensiones internas y contradicciones de los

derechos sociales. En razón a que el carácter fundamental de los derechos sociales fue una creación jurisprudencial, puede interpretarse este hecho como un típico uso alternativo del derecho por parte de la Corte Constitucional que no produce mayores efectos en su justiciabilidad. Se trata de un uso alternativo simbólico, pues la actividad interpretativa del juez no es un ejercicio mecánico sino que tiene una carga ideológica a favor de los menos favorecidos.

La utilidad del discurso sobre los derechos sociales se refleja en la funcionalidad política o jurídica que tiene para la defensa de ciertos intereses en el estrado judicial o en el foro político. La Constitución Política de 1991 ha posibilitado la recepción de posiciones antiformalistas en el derecho colombiano. La aplicación de las normas constitucionales, a través de decisiones judiciales, ha permitido entender la textura abierta del derecho que genera una tensión permanente y protege intereses enfrentados. Las teorías críticas del derecho, han subrayado la radical indeterminación del ordenamiento y el carácter ideológico y político de la adjudicación (Rodríguez, 1999, p. 21). La protección de los derechos sociales es vista como un campo de enfrentamiento y confrontación, en el cual la conveniencia ha sido un factor determinante en la decisión judicial. La falta de elaboración de un sistema de garantías equiparable al sistema de garantías predispostas para la libertad y la propiedad, representa no solo un factor de inefficiencia de los derechos, sino el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio (Ferrajoli, 1999, p. 16). Por este motivo, la protección constitucional ha sido fluctuante y coyuntural.

La sostenibilidad fiscal evidencia el alcance restringido que adquiere el Estado Social en el marco de una economía liberal. Esto subraya la paradoja del discurso económico de los derechos sociales y exige reconocer que la justiciabilidad no solo es un problema económico, sino político e institucional que compromete la capacidad de respuesta del Estado Social de Derecho. La garantía de los derechos sociales depende de la intervención prestacional del Estado (Arango, 2005, p. 91). Si esta clase de derechos carece de carácter normativo (Atria, 2004, p. 25), la objeción a la garantía estatal de los derechos sociales consiste en la necesidad de disponer de recursos e instituciones para su efectiva protección. En realidad, no se trata de cualquier clase de derechos, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen especial relevancia para el desarrollo, toda vez que involucran la vida digna del ser humano en sociedad. Por debajo de ciertos niveles de bienestar material y social, de entrenamiento y educación, las personas no pueden participar en la sociedad como ciudadanos iguales (Rawls, 1995, p. 166). El mínimo social es un límite que no puede ser franqueado por una sociedad moderna.

En países con extremos índices de desigualdad o concentración de la riqueza como Colombia (Garay, 2003, p. 15), el Estado debe hacer esfuerzos adicionales para

materializar los derechos de las personas, pues esta situación representa un tangible retroceso en su justiciabilidad. Sin embargo, en lugar de propiciar mecanismos de protección, se introducen principios que protegen la estabilidad presupuestal y limitan el goce efectivo de los derechos sociales como la sostenibilidad fiscal. Colombia es un país que requiere un tratamiento especial en materia de derechos sociales, su contexto socioeconómico y de conflicto constituye situaciones extremas de vulneración. Los derechos sociales, en sociedades con altos niveles de pobreza y desigualdad, no pueden comportarse como simples sugerencias para el legislador o las autoridades públicas. Por el contrario, se trata de aspectos determinantes de la actuación del Estado que condicionan la dinámica del mercado y la economía.

El pensamiento fiscal ha creado condiciones jurídicas para restringir la protección de los derechos sociales toda vez que decisiones judiciales garantistas proferidas por la Corte Constitucional, han desestabilizado la economía nacional. En este sentido, la eficacia de los derechos sociales depende de la existencia y disponibilidad de los recursos apropiados por el Estado. Estos argumentos confirman la tesis económica de que la garantía de los derechos sociales, es la fuente de los desequilibrios presupuestales y financieros del Estado (Steiner, 2011), lo cual genera tensiones entre eficiencia y democracia.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido que los derechos sociales son exigibles de manera excepcional porque su satisfacción solo está protegida cuando los derechos han sido regulados por el legislador, o cuando poseen un vínculo especial con un derecho fundamental. Así las cosas, la intervención del Estado es inicial y subsidiaria, está presente como garantía para evitar una afectación mayor. Esta situación normativa y jurisprudencial exige reflexionar sobre la titularidad de los derechos sociales ya que su protección oscila de forma alternativa entre los individuos o los recursos. En efecto, conviene pensar si la disponibilidad de los recursos supone, para todos los individuos, un derecho a la existencia de otro derecho: la sostenibilidad fiscal.

En este contexto, se profundizan las razones de limitación, ponderación y regulación de las normas sobre derechos sociales. La razonabilidad, como parámetro de evaluación de satisfacción de los derechos sociales, implica un control mucho más incierto, se materializa en el análisis genérico de los medios y fines elegidos. Lo razonable es un concepto que adquiere sentido en función a las pretensiones de corrección de los participantes. Lo mismo ocurre con el otro estándar de satisfacción de los derechos sociales, conocido en la jurisprudencia alemana como contenido esencial o de obligaciones mínimas esenciales (CIJ, 2010, p. 39). Así, el pensamiento fiscal implica un escrutinio estricto y restrictivo para los derechos en juego y puede vaciar el contenido axiológico-moral de la Constitución. Ambos

parámetros, el contenido esencial y la razonabilidad, resultan funcionales a los discursos dominantes entre los participantes; además, permiten justificar decisiones con iguales niveles de corrección económica, política o moral.

La idea de la sostenibilidad fiscal como criterio regulador de los derechos sociales produce consecuencias paradójicas, pues el desarrollo y la estabilidad económica puestos como fines de la economía liberal, exigen condiciones básicas aseguradas. Las políticas sociales deben generar mayores beneficios para los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, sin poner en riesgo los derechos (Rawls, 1995, p. 280). Quizá aquel aspecto que pretende ser restringido en el discurso económico sea la condición de posibilidad del desarrollo. En este sentido, la rentabilidad de los recursos que participan del mercado tiene como correlato condiciones materiales de bienestar social. La existencia de los derechos sociales no depende exclusivamente de su consagración en un texto constitucional porque es necesario disponer recursos e instituciones para que las personas puedan disfrutar de condiciones materiales de existencia. Los derechos tienen costos que deben ser sufragados por sus titulares o que exigen la intervención del Estado. Sin embargo, el costo de los derechos no es una cuestión exclusiva de los derechos sociales ya que también puede aplicarse a cualquier clase de derechos (Sunstein, 1998, p. 65).

A diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales tienen especial relevancia para el desarrollo del ser humano. Si bien exigen erogaciones económicas, esto no puede llevar a que los derechos sociales se conviertan en actividades económicas que generan los mismos o superiores niveles de rentabilidad que las demás actividades económicas. Los derechos sociales pueden ser considerados como límites materiales de la economía o condiciones para el desarrollo social y no como objeto de explotación social. La justiciabilidad de los derechos sociales puede realizarse de múltiples maneras, entre las cuales es posible derivar una multiplicidad de obligaciones para el Estado, como la de respetar, la de proteger y la de satisfacer (Abramovich & Courtis, 2002, p. 45). El discurso económico de los derechos sociales limita su protección, la escasez de los recursos disponibles implica que se debe mirar no solo a un individuo, sino a todas las personas que se encuentran en igual situación. La defensa de la economía subraya que estaría razonablemente justificado vulnerar el derecho de uno con el pretexto de garantizar, en abstracto, el derecho de la mayoría, pues la protección de un derecho no puede derivar en la negación de los derechos en cabeza de los demás.

El derecho de todos no es un derecho, se trata de un concepto metafísico, de una falacia argumentativa que en abstracto se convierte en una justificación jurídica para negar los derechos sociales. Criterios externos a la situación jurídica objeo

de protección constitucional no pueden incidir en las condiciones de exigibilidad. Así, lo metafísico, lo indeterminado, lo imaginado por los economistas sería el pretexto para tolerar situaciones que desdicen de un Estado Social y defraudan la solidaridad como uno de sus pilares fundamentales. La economía debe hacer posible en la mayor de las posibilidades los derechos sociales; en ningún momento puede convertirse en la condición para su extensión y protección.

La rentabilidad de los recursos que participan del mercado tiene límites y exige hacer efectiva la función social de la propiedad. La garantía de los derechos no siempre depende de problemas económicos. Además, pueden existir obstáculos institucionales que limitan su capacidad de satisfacción. Las entidades creadas para la protección de los derechos no siempre han sido eficaces en su protección y se han convertido en obstáculos para su materialización (Arango, 2009, p. 4). En este contexto, introducir un criterio de sostenibilidad fiscal puede conducir a mantener y extender los obstáculos que limitan el goce de los derechos.

Conclusiones

El problema de la justiciabilidad de los derechos sociales y prácticas de la justicia constitucional colombiana, permiten concluir que las disputas teóricas sobre su exigibilidad dependen de la tensión entre aspiraciones materiales y limitaciones fácticas. En esta perspectiva, los discursos envuelven la pretensión de establecer condiciones mínimas de satisfacción para los derechos sociales. Su análisis exige mirar las realidades de desigualdad y exclusión en Colombia, el rol político que adoptaron los jueces y la controversia entre economía y derecho que ha llegado hasta la constitucionalización de una política fiscal determinada. Estas tensiones han provocado mutaciones normativas en la Constitución y la ley como consecuencia de discursos ambivalentes para la definición del contenido y alcance de los derechos.

Los discursos consisten en razones a favor y en contra de los derechos sociales que han logrado influir en su justiciabilidad. Las pretensiones sobre derechos sociales se fundamentan en reconstrucciones que hacen del sistema político. Así, en términos analíticos, puede caracterizarse un discurso político-moral y otro económico, los cuales compiten para imprimirlle una orientación específica al Estado. El discurso social hace énfasis en la equidad y la igualdad. Sin embargo, desconoce que una decisión normativa carece del efecto deseado de transformar las realidades sociales. El discurso económico adopta una posición funcionalista y pragmática de los derechos y centra su objeto de protección en la economía y el equilibrio social.

La tesis de la conexidad de los derechos sociales con derechos fundamentales para asegurar su justiciabilidad, solo trató de conjurar situaciones extremas de vulneración. Sin embargo, en su fundamento conceptual, considera que los derechos sociales no pueden ser garantizados al margen de las posibilidades financieras del Estado. La consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales tampoco ha logrado impactar el sistema de garantías. La semántica de los derechos sociales tiene un carácter dúctil y contingente. En consecuencia, el concepto de derecho se transforma según el uso que los participantes hacen del sistema jurídico con sujeción a criterios de corrección económica o moral y no contribuye a su justiciabilidad, solo refuerza el efecto simbólico del lenguaje frente a desequilibrios sociales. Los derechos sociales no son ajenos a una concepción particular de la sociedad, la economía y la política.

La falta de diálogo entre política y derecho hacen que estructuras sociales reaccionen contra el cambio social hasta tornarlo inocuo. Por esta razón, el juez constitucional colombiano ha hecho un giro del activismo fuerte a un activismo dialógico que incluye la participación de otros poderes públicos en la adopción de políticas públicas derivadas de la intervención judicial en problemáticas sociales. El problema de los derechos sociales supone una interacción entre derecho y sociedad porque su garantía es una condición para el desarrollo y la cohesión social. La ductilidad discursiva deja al individuo expuesto a poderes enquistados en el ordenamiento jurídico cuando no existe un sistema fuerte de garantías. La fundamentalidad de los derechos sociales como categoría ideal, expresa un uso alternativo de carácter simbólico del derecho.

En países con índices extremos de desigualdad es indispensable hacer esfuerzos adicionales para materializar los derechos de las personas. Los derechos sociales son la condición de posibilidad y el límite a la dinámica del mercado. La sostenibilidad fiscal evidencia el alcance restringido que tiene el Estado Social en la economía de mercado. Como criterio de regulación produce resultados paradójicos, pues el desarrollo y la estabilidad exigen condiciones mínimas aseguradas.

Referencias

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. Garzón Valdés, Trad.). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2004). *El Concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.

- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, (12), 185-212.
- Arango, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, R. (2006). La prohibición de retroceso en Colombia. En Courtis, C. (Comp.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 37-63). Buenos Aires: Editores del Puerto srl.
- Arango, R. (2009). Los derechos sociales en Iberoamérica: estado de la cuestión y perspectiva de futuro. *Cuadernos electrónicos, Derechos Humanos y Democracia*, (5), 1-23.
- Atria, F. (2004). ¿Existen los derechos sociales? *Discusiones: Derechos Sociales*, (4), 15-59. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcsf352>.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bökenforde, E. (1993). Escritos sobre derechos fundamentales. (J. L. Resquejo e I. Villaverde Menéndez, Trad.). Baden-Baden: Nomos.
- Carrasquilla, A. (2001). Economía y constitución: Hacia un enfoque estratégico. *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*, (12), 9-26.
- Clavijo Vergara, S. (2001). Fallos y fallas económicas de las altas cortes: el caso de Colombia 1991-2000. *Revista del Banco de la República*, 74 (882), 1-42.
- Comisión Internacional de Juristas. (2010.) *Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad*, Ginebra: CIJ.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-406 (1992).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-205 (1997).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-304 (1998).
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-016 (2007).
- Cortés Rodas, F. (2001). El proyecto político y democrático y la cuestión de los derechos humanos sociales. En Alonso Espinal, M. A. & Giraldo Ramírez, J. *Ciudadanía y Derechos Sociales* (pp. 64-99) Medellín: Ediciones Escuela Nacional Sindical.
- Ely, J. H. (1997). *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, S.A.
- Garay, L. J. (2003). En torno a la economía política de la exclusión en Colombia. *Revista de Economía Institucional*, 5 (8), 15-31.
- García Amado, J. A. (2009). Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. En Mantilla Espinosa, F. (Coord.). *Controversias constitucionales* (pp. 24-69), Bogotá: Universidad del Rosario.

- García Villegas, M. (2012). Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina. *Ánálisis Político*. 25 (75), 77-97.
- Gargarella, R. (2004). Derecho y disociación. Un comentario a ¿Existen los derechos sociales? de Fernando Atria. *Discusiones: Derechos Sociales*, (4), 61-70.
- Haba, E. P. (2004). Magia verbal, realidades y sentido fermental de los, así llamados, derecho económicos. *Criterio Jurídico*. 1 (4), 7-30.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta S.A.
- Kalmanovitz, S. (2001). *Instituciones y desarrollo económico en Colombia*. Bogotá: Norma.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Lemaitre Ripoll, J. (2011). ¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en las zonas sin ley. En Rodríguez, C. (Coord). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 47-68). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- López Medina, D. E. (2007). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencia y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- López Medina, D. E. (2012). *La letra y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Bogotá: Temis.
- Noguera Fernández, A. (2010). *Los derechos sociales en las constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nozick, R. (1988). *Anarquía, estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Pérez, J. (2004). *Derecho Constitucional colombiano*. Bogotá: Temis.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta S.A.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ramírez, V. J. (2007). Argumentos dogmáticos y aplicación del derecho. Universidad de Antioquia, Medellín: *Revista Estudios de Derecho*, 64 (143), 45-66.
- Rawls, J. (1995). *Una teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rodríguez Garavito, C. (1999). Estudio preliminar. En Kennedy, D. *Libertad y restricción en la decisión judicial. Debate con la teoría crítica del derecho* (pp. 15-88). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Rodríguez Garavito, C. (2009). *La globalización del estado de derecho. El neoconstitucionalismo, el neoliberalismo y la transformación institucional en América Latina*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- Sen, A. (2001). Propiedad y hambre. *Precedente Anuario jurídico*. (8), 103-113.

- Steiner, R. (2011). Regla fiscal y el principio de sostenibilidad fiscal en Colombia. *Foco económico*, (2). Recuperado de <http://focoeconomico.org/2011/05/10/regla-fiscal-y-el-principio-de-sostenibilidad-fiscal-en-colombia-2/>
- Strawson, P. (1997). *Análisis y metafísica*. Barcelona: Paidós.
- Sunstein Cass, R. & Holmes, S. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos aires: Siglo XXI Editores.
- Uprimny, R., Rodríguez, C. & García, M. (2006). ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia. Bogotá: Norma.
- Uprimny, R. & Rodríguez Garavito, C. (2005). Constitución y modelo económico en Colombia: hacia una discusión productiva entre economía y derecho. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.775.pdf.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos*. Trad. José Luis Martí y Águeda Quiroga. Estudio preliminar de Roberto Gargarella y José Luis Martí. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- Younes Moreno, D. (2007). *Derecho constitucional colombiano*. Bogotá: Ibáñez.
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. M. Gascón. Madrid: Trotta S.A.