

JUSTICIA PENSIONAL Y NEOLIBERALISMO

**Un estudio de caso
sobre la relación derecho y economía**

Miguel Eduardo Cárdenas Rivera



Publicaciones ILSA

ISBN colección: 958-9262-28-7

ISBN este número: 958-9262-54-6

Coordinación editorial: Marta Rojas, Publicaciones ILSA

Diseño y diagramación: Publicaciones ILSA, María Inés León

Impresión: Ediciones Antropos

Bogotá, Colombia, noviembre de 2004

© Miguel Eduardo Cárdenas Rivera

© Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, ILSA

Calle 38 No. 16-45. Teléfonos: (571) 2455955, 2884772, 2884437, 2880416

Página web: www.ilsa.org.co

Correo electrónico: ilsa@epm.net.co

Todo hombre especula con crear al otro una *nueva* necesidad para obligarle a un nuevo sacrificio, para colocarlo en una nueva relación de dependencia e inducirle a un nuevo modo de *disfrute* y, por ende, de ruina económica. Cada cual trata de crear una fuerza esencial *extraña* sobre el otro, para encontrar en ello la satisfacción de su propia egoísta necesidad. Con la masa de los objetos aumenta, por tanto, el reino de los entes extraños que sojuzgan al hombre, y cada nuevo producto es una nueva *potencia* del fraude mutuo y del mutuo despojo. El hombre se empobrece tanto más como hombre, necesita tanto más del *dinero*, para apoderarse de la esencia ajena, y la potencia de su *dinero* disminuye precisamente en razón inversa a la proporción en que aumenta la medida de la producción; es decir, sus necesidades crecen a medida que aumenta el *poder* del dinero. La necesidad de dinero es, por tanto, la verdadera necesidad producida por la economía política y la única necesidad que ésta produce. La *cantidad* del dinero se convierte cada vez más en su única cualidad *poderosa*; y así como reduce toda esencia a su abstracción, se reduce en su propio movimiento como esencia *cuantitativa*. Su verdadera medida es la *falta de medida*, lo *desmesurado*.

Karl Marx, *Manuscritos económico-filosóficos de 1844*

Contenido

9	PRÓLOGO	
13	INTRODUCCIÓN	
21	ACOTAMIENTO INICIAL	
29	UNA APROXIMACIÓN AL VÍNCULO DE LA ECONOMÍA CON EL DERECHO	1
	¿EXISTEN POSIBILIDADES DE CONTEMPLAR EL DERECHO COMO MECANISMO EMANCIPADOR DENTRO DE UNA ECONOMÍA CAPITALISTA? DESARROLLO IDEOLÓGICO SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO COLOFÓN	
73	UNA PERSPECTIVA CRÍTICA DE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO, LA ECONOMÍA Y LA POLÍTICA	2
	ALGUNOS APORTES CRÍTICOS AL DERECHO DERECHO, ECONOMÍA Y DERECHOS SOCIALES MERCADO, POLÍTICAS SOCIALES Y CIUDADANÍA EFECTOS DE LAS DIFERENTES FORMAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL DERECHO PENSIONAL	
101	EL DERECHO PENSIONAL COMO DERECHO SOCIAL: SU CONCEPCIÓN FORMAL Y MATERIAL	3
	EL CONCEPTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL CONSAGRACIÓN FORMAL DEL DERECHO PENSIONAL FRENTE A SU REAL APLICACIÓN LOS FONDOS DE PENSIONES (<i>HEDGE FUNDS</i>) Y LA DINÁMICA GLOBAL DEL CAPITALISMO FINANCIERO EL “NUEVO SISTEMA PENSIONAL” DE LA LEY 100 DE 1993 EL PROCESO DE DESESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES	

159

**EL DERECHO PENSIONAL EN LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

4

EL LENGUAJE JURÍDICO SOBRE EL ESTADO SOCIAL
DE DERECHO: SU SIGNIFICADO PARA EL DESARROLLO
Y APLICACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO
A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PERSPECTIVA
DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

EL DEBATE SOBRE LA JUSTICIABILIDAD
DEL DERECHO PENSIONAL:

LAS VISIONES PROGRAMÁTICA Y FUNDAMENTALISTA

¿ES “EMANCIPATORIA” LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHO PENSIONAL?

225

CONCLUSIONES FINALES

251

BIBLIOGRAFÍA

Prólogo

Darío I. Restrepo

Para escribir una obra como la que nos ofrece Miguel Eduardo Cárdenas se requiere haber madurado durante mucho tiempo la pregunta por las relaciones entre derecho y economía. Articulaciones conflictivas que en su pluma no son otra cosa que el clásico interés por dilucidar las posibilidades de la libertad humana que lucha contra los determinismos que la restringen, a la vez que moldean sus anhelos y condicionan sus búsquedas.

Lo propio de un pensamiento maduro es la complejidad que aquí se despliega con creces. La mirada se ha posado una y otra vez sobre la misma inquietud, de tal manera que descubre múltiples aristas y canales de comunicación. El resultado de la investigación es que en el fondo de las cosas no se encuentra un ladrillo sobre el cual se construye todo el edificio de la realidad. Lo que Miguel Eduardo encuentra en el centro de la realidad, y por lo tanto en las relaciones entre derecho y economía, es un hervidero de conflictos sociales, políticos y económicos que fundan la sociedad capitalista.

Las tensiones entre economía y derecho son discutidas a partir de muchas respuestas teóricas y políticas, a cada una de las cuales se le concede cierta validez, pero también se muestran sus insuficiencias. ¿Existe una jerarquía única que va desde la economía al derecho? ¿Es acaso el derecho un mero reflejo de las relaciones económicas o un simple instrumento de disciplina requerida por la explotación y la opresión dentro del sistema capitalista? O, por el contrario, las condiciones, intereses y estrategias so-

ciales se plasman en forma de derecho, normas y regulaciones, en tal medida que es menester reconocer una independencia y una historia propia al derecho y sus concreciones. Más aún, ¿acaso las luchas por consignar aspiraciones y conquistas en leyes, garantías y derechos no son un requisito irremplazable en todo ensanchamiento de las libertades? ¿Puede existir libertad sin que ésta sea el imperio de los valores humanitarios hechos derecho? ¿Tiene el derecho alguna posibilidad real de disciplinar la economía, o mejor, de moldearla o, más aun, de revolucionar las relaciones productivas? ¿Cuáles son las condiciones económicas necesarias para la plenitud de los derechos humanos y cuáles las condiciones jurídicas para la existencia de unas relaciones productivas democráticas? He aquí el cúmulo de preguntas que giran, van y vienen, profundizan la temática y permiten la construcción de una aproximación programática al tema.

No hay visión sin vista, es decir que el artefacto teórico metodológico condiciona tanto el objeto de estudio, que realiza una construcción misma de la realidad. Es por eso que el análisis de las relaciones entre derecho y economía sin pasión, parte tomada e intención no existe. El discurso tecnocrático que plantea las relaciones entre economía y derecho como “objetivas” no es más que el deseado imperio de las leyes de la ganancia económica sobre los derechos de las personas. Miguel Eduardo no se esconde, mérito grande en épocas de tanta descalificación del pensamiento crítico, por poco eficaz, práctico y, finalmente, por improductivo, entendido el concepto como ahorro de costos y maximización de ganancias.

Miguel Eduardo practica un marxismo radical, ni ingenuo ni sectario. Radical es el análisis porque la comprensión del derecho está relacionada íntimamente con las relaciones productivas, por fuera de las cuales no se puede deslindar el derecho como artefacto de encubrimiento, del derecho como pugna por la legitimación del poder, pero tampoco como sendero, freno, contra poder y arma de lucha. Las relaciones productivas no son una sino múltiples, como bastas las concreciones de los intereses que en ellas se tejen; así, el derecho no es uno sino también múltiple, diferenciado, jerarquizado, poroso e inestable.

Sin embargo, el derecho no lo puede todo, como tampoco la política, a menos que tengan el uno y la otra la capacidad de facilitar transformaciones en las condiciones productivas en la sociedad. Miguel Eduardo está lejos de compartir un cierto fetichismo normativo ingenuo de aquellos que creen tanto en la función civilizadora del derecho, que lo erigen como fuerza racionalizadora y revolucionaria mayor. Desde esta perspectiva, la construcción de las normas es una actividad que se erige por sobre intereses y relaciones de poder social, político, económico, territorial o ra-

cial y, desde este olimpo, el derecho se acerca a producir la sociedad mejor para todos. En la perspectiva de este libro, el derecho no está por encima de nada, menos del conjunto de relaciones de poder en la sociedad capitalista.

El marxismo en este ensayo no es sectario, es decir, no cae en posiciones reduccionistas que niegan las posibilidades de transformación de la realidad a partir del derecho, bajo el supuesto que el único derecho revolucionario es el anticapitalista y por lo tanto toda lucha por consignar relaciones de poder dentro de la sociedad es reformista, funcional y encubridora de la explotación. Si todo fuera funcional, ¿cómo acercarse al estudio de la hecatombe de una era y la penosa y grandiosa contienda por el surgimiento de nuevas regulaciones, normatividades, valores ordenadores de la producción y de la política? En otras palabras, ¿cómo no reconocer que la disputa abierta en esta era emergente entre los poderes del capital y los poderes de la ciudadanía es a la vez la disputa entre principios racionalizadores del derecho?

La Carta Política de Colombia que emergió en 1991 es en este sentido un icono ejemplar de la expresión de las relaciones de poder en principios contradictorios de derecho. Por una parte, los derechos de propiedad, la apertura de las políticas públicas a las empresas privadas, la privatización de las empresas estatales, el alejamiento de todo control democrático de la instancia garante del monetarismo: el Banco de la República. Por otra parte, el derecho a la participación social en la definición, administración y goce de las políticas públicas, el derecho a la intimidad, al trabajo digno, al buen trato, a la salud y la educación, el derecho de los pueblos indios a sus autoridades, sus tierras y sus relaciones productivas de carácter comunitario y el derecho de los poblados a dotarse de sus propias autoridades y ejercer la autonomía.

Uno y otro chocan sin cesar, el derecho a la expansión del mercado como principio de orden social contra los derechos a la igualdad política y las oportunidades económicas. Este conflicto no está saldado. El neoliberalismo acumula fuerza mediante los exitosos ataques contra la estabilidad de las relaciones laborales, nutre su poder mediante la disolución del Estado nación, agranda su cartera con cada privatización, por remate, de las empresas estatales y se yergue como imbatible entre más expande la propiedad transnacional sobre los recursos, territorios, conocimientos y el trabajo de millones. Pero, por el otro lado y al tiempo, una revolución subjetiva está en curso y como toda revolución profunda está repleta de vertientes y cauces plurales. La explosión de los derechos es el signo de la época, contra toda discriminación, por la construcción de espacios que permitan la realización de las aspiraciones de diversos grupos so-

ciales, por la valoración de las minorías y los derechos ciudadanos independientemente del grado de fortuna, por el derecho a la educación, la salud y las pensiones.

La pertinencia de este libro sobre derecho y economía es entonces múltiple, desde el debate a las diferentes posturas filosóficas y teóricas sobre sus relaciones, pasando por la construcción programática de la materia desde un marxismo radical, ni ingenuo, ni sectario, hasta ser un instrumento para comprender las principales pugnas abiertas desde la reforma a la Constitución Nacional en 1991, en particular sobre aquellas referidas al derecho pensional. Una última razón, no se trata de un libro para abogados, tampoco para economistas, ni necesariamente para especialistas en seguridad social. Es un ensayo de frontera, es decir, transfronterizo entre varias disciplinas. Bienvenido.

Noviembre de 2004

Introducción

Un ensayo sobre los límites del derecho

Héctor-León Moncayo S.

Es improbable que hoy en día alguien persista en sostener la simple, o más bien simplista, teoría según la cual el derecho es un instrumento al servicio de las clases dominantes en una sociedad determinada. Aunque sólo fuera por el hecho de que, en sentido estricto, únicamente es posible hablar de derecho, en cuanto discurso y práctica, en cuanto “orden” social, en la época moderna, es decir en el capitalismo, lo cual revela su especificidad histórica y al mismo tiempo una realidad estructural que descarta cualquier enfoque instrumental, generalmente voluntarista. Pero, así mismo, es cada vez menos convincente la ideología convencional que lo considera como una conquista de la humanidad en el camino hacia la libertad y el progreso, y hacia la superación o reemplazo, en la convivencia social, de las razones de la fuerza por la fuerza de las razones. Tampoco, en consecuencia, es aceptable el supuesto de neutralidad social.

El punto de llegada del debate, incluso entre las concepciones hegemónicas y contrahegemónicas, como las identifican algunos, reclama para el derecho no sólo su especificidad histórica sino su especificidad social, es decir su lugar diferenciado en el conjunto de prácticas posibles en la sociedad; un paso más allá, de todas maneras, de la conocida metáfora marxiana de la “superestructura” que condujo a las infortunadas explicaciones del “reflejo”. Sin embargo, en contra de los enfoques que lo consideran un sistema autónomo y autorreferente, con obvias implicaciones de neutralidad o por lo menos de indeterminación social, teorías como la del *campo jurídico* de Bourdieu destacan el carácter jerarquizado de la estruc-

tura de donde provienen los actores que se lo disputan y las estrechas interrelaciones con otros campos como el económico y el político (Bourdieu y Teubner, 2000). La naturaleza de la jerarquía y de las interrelaciones no es fácil de definir; sobre todo en referencia a una noción de totalidad social; así en esta última existe algún tipo de centralidad (¿económica?) y en el caso específico de lo jurídico teniendo en cuenta además que inevitablemente surge la cuestión del Estado. Esta problemática, por lo demás, ya había sido puesta en evidencia por el estructuralismo francés. Se abre así un nuevo campo de debates que son los que caracterizan actualmente las elaboraciones de la sociología jurídica.¹

Aceptado el derecho como un campo en disputa puede preguntarse, entonces, si es posible allí una práctica emancipatoria. El interrogante tiene que ver con una definición sobre los límites del campo mismo. ¿Es emancipatoria dentro del propio discurso (o los discursos) del derecho, por ejemplo en la línea de los derechos humanos? O ¿es emancipatoria en cuanto transgresión o ruptura de los límites? En el fondo se trata de una caracterización, por cierto indispensable, del campo jurídico, por ejemplo cuando se postula que el discurso es esencialmente contradictorio. Alude, en cierto modo, a la discusión entre el monismo y el pluralismo jurídico. Y remite, en general, a la cuestión de los efectos pertinentes de un campo sobre los otros.

I

Es en este lugar en donde se desarrolla la reflexión de Miguel Eduardo Cárdenas. Y es por eso que resulta, a la vez, particular y general, local y universal. Su objeto de estudio son las transformaciones del derecho pensional en Colombia, en la normatividad y en la jurisprudencia. Pero, obviamente, la experiencia colombiana no es única ni excepcional. Corresponde a la gran transformación que viene ocurriendo en el mundo en aquella rama del derecho que dio en llamarse alguna vez derecho social y que tuvo su cimiento en la noción de seguridad social. Tal vez la única particularidad local consista en que dicha transformación coincide en Colombia con la promulgación de una Constitución que consagró por primera vez –y tardíamente– la noción de “Estado social de derecho”. Se convierte así en un laboratorio privilegiado para examinar los límites del derecho y volver sobre el debate brevemente enunciado líneas atrás.

¹ Ver, por ejemplo, García y Rodríguez (2003).

Pero aun en este último aspecto, la reflexión del autor adquiere connotaciones universales. El llamado *activismo judicial* es un fenómeno que se observa en otras latitudes y, en la misma medida en que es valorado positivamente por parte de diferentes movimientos sociales, ha sido objeto de arduos debates no sólo entre los abogados sino principalmente por parte de economistas y políticos. Las razones concretas del *activismo judicial* seguramente son diferentes en otros países, pero podría arriesgarse una hipótesis sobre su ocurrencia generalizada: como es obvio, se trata todavía de una transición en la cual se enfrentan las fuerzas transformadoras y las resistencias provenientes de una constitucionalidad –y el discurso correspondiente– que, pese a todo, caracterizó el siglo XX. Pero tiene que ver principalmente con una paradoja de la propia transición. En efecto, al tiempo que se difundía e imponía por todo el mundo, en la década de los noventa, el llamado modelo neoliberal, también –a instancias de Naciones Unidas– se ampliaba y profundizaba un discurso de derechos humanos que no solamente rebasaba los tradicionales derechos políticos y civiles de carácter individual, sino que predicaba su integralidad e indivisibilidad.

II

Acorde con tales preocupaciones, la obra de M. E. Cárdenas desemboca, en su último capítulo, en un análisis concienzudo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derecho pensional. El telón de fondo está en la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos y sociales. El balance, sin embargo, no es alentador. Los diferentes pronunciamientos de la Corte se ubican en la contradicción entre un discurso sobre el derecho social y la realidad de un sistema pensional colonizado por el poder financiero, aspectos que Cárdenas ha expuesto en detalle previamente, mostrándonos la magnitud de la transformación contemporánea. El derecho social ha sido reemplazado por el puro derecho comercial. La cuestión de la responsabilidad del Estado, no sólo en el tema pensional sino en general en referencia a la seguridad social, queda reducida, en la ideología poco a poco dominante, al estrecho espacio que permite el tamaño del presupuesto público, argumentación que, como se verá más adelante, oculta lo esencial, a saber, la opción preferente por el mercado.

El debate sobre la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, a pesar del considerable espacio que se le dedica en este libro, no es, sin

²

Desde el ángulo de la defensa del Estado social de derecho, una excelente presentación de los argumentos sobre la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales se encuentra en Uprimny (2001).

embargo, el aspecto central de la reflexión. Del derecho pensional se remonta, como se dijo, al problema de la naturaleza y los límites del derecho, al cual dedica los dos primeros capítulos. Y entre las corrientes teóricas que lo analizan, que el autor clasifica en optimistas y escépticas, no duda en tomar partido por las últimas, tal como lo deja establecido desde la Introducción.

La clave de la discusión está, según el autor, en la relación entre derecho y economía. Obviamente, al reconocer una estrecha dependencia del derecho respecto a la economía no postula su subordinación consciente, como lo hace por ejemplo la corriente de *law and economics*, sino, por el contrario, la ruptura. La realidad actual no hace más que confirmar la validez de esta posición. La idea según la cual el derecho, en la medida en que logra positivizar normas de contenido ético (¿emancipador?), terminará por transformar la realidad capitalista de la inequidad, no pasa de ser una ilusión. Una buena forma de aproximarse a esta constatación se encontraría en la diferencia que hizo popular una corriente norteamericana entre el “derecho en los libros” y el “derecho en la práctica”. Los jueces, a todos los niveles, se someten finalmente a las exigencias de la “realidad”, contribuyendo a dar al derecho una función esencialmente legitimadora de la dominación. No es posible, ni conveniente, poner las esperanzas en ellos.

III

El análisis de la naturaleza del derecho (moderno, agregan algunos) que el autor desarrolla en buena parte del libro nos ofrece también perspectivas adicionales. No se trata tanto de una categórica y absurda contradicción entre el derecho positivo (formal) y las prácticas, empíricamente consideradas, sino más bien de la sorprendente conformidad, pese a todo, entre el discurso jurídico y la realidad social que se pretende construir; comenzando por la noción de sujeto individual y libre. Su carácter abstracto, por ejemplo, no es una anomalía sino su forma específica de existir y de producir efectos sociales reales. La necesidad de la “interpretación”, o de la “aplicación a la realidad”, pertenece a la naturaleza misma del discurso jurídico, que implica, por ello mismo, la función judicial.

El derecho es parte de la realidad social, ya sea que lo consideremos simplemente como “superestructura”, o como *campo jurídico*, presumiblemente con un estatus equivalente a otros. Cumple, por lo menos y para no entrar ahora en disquisiciones, una función “organizadora”. Tanto en su parte propiamente normativa como en la justificatoria –el espacio de la libertad– produce un “orden social”. Incluso la corriente neoinstitucio-

nalista de la economía, ahora en boga, reconoce que el mismo mercado sería imposible sin sus presupuestos básicos. En consecuencia, hablar de sus relaciones con la economía, suponiendo una suerte de exterioridad previa, se vuelve extremadamente problemático.

En realidad, hay una suerte de anfibología al utilizar el término economía. Una es la acepción que proviene de Marx. Como se sabe, a pesar de desarrollar su pensamiento en el campo de lo que entonces se conocía como economía política, él se cuidó siempre de subrayar “Crítica de la...” para advertir que trataba de encontrar en su “anatomía” las relaciones sociales subyacentes. En ese sentido, el derecho, tanto como la economía (el proceso de acumulación del capital a través del mercado), estarían explicados por el sustrato material e histórico de la sociedad contemporánea. Igual que el Estado moderno, indisolublemente ligado al primero. Puede discutirse la noción de formas “aparienciales” que de allí se desprende, pero es claro que el determinante no es la “economía”.

Otra es la acepción que, tanto en el sentido común como en ciertas corrientes de las disciplinas del derecho y de la economía, por ejemplo en *law and economics*, ya mencionada, se le da al término “economía”. En este caso, a pesar de la trascendentalización que se le da en el sentido de “selección de medios escasos, de posibles usos alternativos, para alcanzar fines determinados”, se refiere a la realidad del mercado. Es decir, la solución del problema de la producción y la distribución a través de las leyes de oferta y demanda, expresadas en las señales de los precios (monetarios). En el fondo, subyace una ética (y una antropología) utilitaria que no está lejos del discurso jurídico. No hay, entonces, dependencia entre derecho y economía sino una absoluta conformidad en sus presupuestos. Es por eso que en las actuales corrientes de la “teoría económica del derecho”, en donde se suele señalar una colonización del discurso de este último por parte del de la economía, lo que encontramos no es otra cosa que una reafirmación de su común origen.

Pero en la mayoría de las corrientes que predicán la dependencia del derecho respecto a la economía, lo que se está predicando es la subordinación absoluta del Estado respecto al mercado. Evidente cuando se pregona la subordinación de la llamada política pública al análisis de costo-beneficio en sentido puramente pecuniario. Lo que se está proponiendo es el abandono de las capacidades intervencionistas y reguladoras del Estado propias del antiguo “Estado bienestar”. Este es un hecho histórico – cronológicamente hablando, de fines del siglo XX– que explica las transformaciones en el campo jurídico y concretamente en las Constitu-

ciones Nacionales, noción ésta que, por lo demás, tiende a perder sentido actualmente. No es conveniente, por lo tanto, reivindicar la determinación del campo jurídico por parte de la realidad social capitalista, mostrando los argumentos neoliberales de la subordinación del derecho a la economía, argumentos que solamente buscan el sometimiento de los derechos sociales, introducidos en el discurso jurídico del siglo XX, a los imperativos del mercado.

IV

Ahora bien, no es necesario, en épocas de transición, atribuir a la contradicción entre la formalidad y la práctica, todos los fracasos del activismo judicial. Existen múltiples disputas en torno a la “interpretación”.³ Pero, una corriente al fin se impondrá. El caso del derecho pensional, objeto de este libro, es una demostración excepcional. Estamos en presencia de una transformación sustancial del discurso jurídico, no sólo en Colombia sino en el mundo. Como se sabe, la Ley 100 de 1993, que explica muy bien en sus implicaciones el autor, dio lugar a la aparición de los fondos privados de pensiones. La lógica de este nuevo sistema, en competencia con el tradicional sistema público (y para arruinarlo), constituye una colosal transformación de la filosofía original que pretendía proteger los derechos de las personas en la vejez. Desafortunadamente, abrumados por las disquisiciones técnicas acerca de la adecuada financiación del sistema, aún los críticos enfrentan no pocas dificultades para entender la radicalidad de la transformación. El paso del llamado “modelo de reparto” a uno de “capitalización individual” no es una simple variante técnica. Se abandonan los tradicionales principios de la solidaridad, la universalidad y la integralidad. Sobre todo el primero. Se derrumba así la noción de seguridad social que se consideraba en el siglo XX tan importante que había merecido referencia explícita en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollos en los sucesivos pactos.

La argumentación que sustentaba este cambio –no sólo en Colombia, cabe insistir–, impulsada sobre todo por el Banco Mundial, se apoyaba en la pretensión de conseguir mayor equidad, en buena parte a partir del prejuicio según el cual el “sector privado” es más eficiente y menos corrupto que el público, y en el objetivo de apalancar el crecimiento económico con base en una mejor asignación del ahorro nacional. Objetivo este

3

Desde el ángulo de la defensa del Estado social de derecho, una excelente presentación de los argumentos sobre la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales se encuentra en Uprimny.

que se sustentaba en las supuestas virtudes de la profundización del mercado de capitales. Pero sería ingenuo atribuir esta decisión a una determinación “objetiva” de la economía. Se trata de una opción de política económica, tan aplicable como otras, incluso en el marco del capitalismo. Es eso tan cierto que desde su propia enunciación fue objeto de debate. Y hoy lo es mucho más, después de más de diez años de aplicada en numerosos países. Se hizo evidente, con el auge mundial de los fondos de pensiones, que era un modelo extremadamente vulnerable a la lógica especulativa del capital. Y que ni siquiera, dadas las dificultades de la transición, conduciría a un saneamiento de las finanzas públicas. El balance en Colombia es desolador. De ahí las reformas que de año en año se proponen.⁴

El resultado, en realidad, no era indeseado. Se trataba precisamente de ofrecer al capital financiero un instrumento privilegiado de operación. Pero condujo a una transformación del discurso jurídico; transformación que está en la base de las discusiones actuales que en apariencia versan sobre problemas de interpretación. En Colombia quizás falte todavía un examen más juicioso de esta Constitución de 1991 que permitió, al tiempo que las ilusiones de quienes querían ver en ella cosa diferente, la expedición de la Ley 100. Poco a poco el discurso jurídico corresponderá a la realidad social, de individualismo reforzado, que se ha querido construir.

V

Las transformaciones a que se ha hecho alusión provienen de una mutación histórica fundamental. Si algo se derrumbó con el siglo XX no fue el “gran relato” del “comunismo”, como se suele decir a propósito del Muro, sino, sobre todo, el proyecto de la socialdemocracia que pretendía, precisamente a través del derecho, eliminar o aminorar la iniquidad del capitalismo que Marx había denunciado. El peso de la clase obrera, en su forma sindical, había logrado esta aminoración en los países del centro del capitalismo mundial. Pero ni aun allí podía sostenerse por mucho tiempo. Desde fines de los años setenta se registra un proceso paulatino pero firme de derrotas del movimiento obrero. Con el neoliberalismo retorna el capitalismo “salvaje” del siglo XIX, realidad que no logra ocultarse tras el progreso evasivo en los símbolos del confort. En el centro como en la periferia. Y ya la clase obrera no es la misma.

A veces se olvida que todas las historias del derecho laboral se remiten a esta confrontación social y política que lo hizo posible. Confundi-

4

Una buena síntesis del debate se encuentra en Rodríguez (2003).

dos con la idea de que eran conquistas de la humanidad –el derecho en la linealidad del progreso–, muchos se niegan a aceptar su reversibilidad. El principio ético (de la ética del siglo XX) de la seguridad social, era así mismo susceptible de desaparición. El razonamiento jurídico individualista, implícito en los fundamentos del capitalismo, podía volver. La derrota del movimiento social es al mismo tiempo la derrota de lo social en el campo jurídico.

No es pertinente en este lugar indagar en las alternativas, lo que sí se puede constatar es que se ha impuesto, por el momento, la hegemonía del capital financiero. Y sólo en ese sentido sociopolítico se puede aceptar que las “razones de la economía” constituyan un límite insuperable para el derecho. Aunque quizá ya no sea posible un modelo de seguridad social y de derecho laboral. El “Estado bienestar” seguramente no tiene viabilidad en el capitalismo contemporáneo. Debe recordarse que años atrás se había desarrollado teóricamente el tema de la crisis fiscal del Estado como algo estructural. El campo jurídico no admitiría entonces reformulaciones igualitarias. Pero, en ese sentido sería también cierto que la socialdemocracia no tiene una segunda oportunidad.

De cualquier manera, conserva absoluta validez la tesis central de M. E. Cárdenas en esta obra: aparte de las ilusiones jurídicas y judiciales, tanto en el pasado como en el presente, solamente la movilización política ha podido, y puede, producir transformaciones en la realidad social, a través de la única transformación que es definitiva, la de las relaciones de poder.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOURDIEU, P. y TEUBNER, G. (2000). *La fuerza del derecho*. Bogotá: Uniandes, Pensar, Siglo del Hombre.
- GARCÍA, M. y C. RODRÍGUEZ (eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. Bogotá: ILSA, Universidad Nacional de Colombia.
- UPRIMNY, R. (2001). Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía. En *Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes*. Bogotá: Editorial Uniandes.
- RODRÍGUEZ, O. (2003). El liberalismo radical y la reforma al sistema de pensiones. En Restrepo, D. (ed.). *La falacia Neoliberal*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Acotamiento inicial

Uno de los más importantes debates en la actualidad versa sobre la función social de los derechos, en particular de los derechos sociales o, en otros términos, sobre la función que cumplen los derechos sociales en Colombia, especialmente los derechos en materia de seguridad social. La pregunta aquí formulada es la siguiente: a partir de la Constitución de 1991, ¿cuál es la función social de esos derechos en el constitucionalismo colombiano?

Este libro se propone responder esa pregunta, cuya solución exige un debate teórico. La perspectiva teórica aquí escogida es esencialmente norteamericana, porque es en los Estados Unidos donde más se ha discutido sobre la función social de los derechos y para qué sirven, lo que ha llevado a que los movimientos sociales se cuestionen si éstos son útiles o no, y si es conveniente o no que una de sus estrategias sea la jurídica.

A partir de los años setenta, en los Estados Unidos ha habido una amplia polémica al respecto, que además estuvo ligada a la evaluación, sobre todo durante la segunda mitad de los años setenta y la primera mitad de los ochenta, del *civil rights movement*, movimiento por los derechos civiles de los negros, las lesbianas, las feministas, etcétera.

En esta discusión hay dos grandes posiciones sobre los derechos: una *escéptica* y otra *optimista*. Dentro de la corriente *optimista* están los autores *liberales* que creen en el derecho y que consideran que éste puede conducir a realizar sus contenidos en la práctica. Para ellos, el derecho puede conducir a una realidad social acorde con los contenidos jurídicos. En esta corriente sobresalen Dworkin y Rawls (Gargarella, 1999; Boron, 2003: 48-62).

En la postura *escéptica* se encuentran aquellos que creen que el derecho no es una variable independiente para modificar la sociedad, esto es, que el derecho está determinado por la sociedad. A su interior hay dos grandes teorías: la de los *críticos* y la de *law and economics*, que, a su vez, están divididas por su enfoque político: los *críticos* son de izquierda y los de *law and economics* son de derecha. Ambos descreen del derecho, consideran que éste es una variable dependiente de la realidad social –de la política, en el caso de los *críticos*, y de la economía, en el caso de *law and economics*–. Es decir, ni los *law and economics* ni los *críticos* le reconocen autonomía al derecho, mientras los *liberales* sí se la reconocen.

Lo anterior tiene que ver con el problema crucial de la justicia, esto es, de la judicialización de los derechos, o de la interpretación de los derechos, y particularmente con los llamados “casos difíciles”,¹ que son aquellos en los que intervienen varios principios que entran en colisión. Los *liberales* sostienen que esos principios se pueden resolver jurídicamente, es decir, que el derecho tiene autonomía y capacidad para encontrar una solución, mientras que los *escépticos* –tanto los *críticos* como *law and economics*– consideran que el problema de los “casos difíciles” no puede ser resuelto por el derecho, dado que no tiene herramientas propias para resolverlos y que es necesario acudir a la sociedad, al “*afuera*” del derecho. En este punto, *law and economics* opina que hay que acudir a la economía, pues esta disciplina proporciona los elementos de juicio suficientes para resolver estos casos, mientras que los *críticos* estiman que es la política –la percepción política de los jueces– la que determina su solución.

La tesis que aquí se desarrolla se enmarca en ese debate, tomando partido por la posición *crítica*, es decir, por una visión *escéptica* de los derechos, considerando que éstos están determinados por la política y, en este caso, la política está ligada a la defensa de unos intereses materiales y económicos específicos. De tal manera que las decisiones de los jueces en materia de derechos sociales –y en particular de los derechos relativos a la seguridad social en Colombia– defienden los intereses dominantes de la sociedad, que son funcionales a una determinada estructura económica y, en ese sentido, los jueces reproducen el derecho sin pretender una ruptura o promover una alternativa emancipatoria.

Este trabajo evita tomar la postura que asume *a priori* que los jueces no tienen autonomía y que simplemente –en un enfoque marxista ortodoxo– deciden con base en la estructura económica dominante –que

¹ Para una explicación de la noción “casos difíciles”, véase Peña (1996: 88-116).

son algo así como puras herramientas del capitalismo—. Se adopta una posición en el sentido de asumir que el derecho tiene una cierta autonomía en relación con la estructura económica dominante, pero que esa autonomía es *mínima*, y que finalmente prevalecen esos intereses económicos dominantes. Igualmente se admite que esa *mínima autonomía* explica ciertas sentencias progresistas que se dan aquí y allá, pero que visto desde un punto de vista general, comprensivo y estructural, el derecho progresista –en los textos o en la misma Constitución– termina siendo más simbólico que real, es decir, un instrumento de legitimación política de esas estructuras dominantes, más que un mecanismo de emancipación y de protección de las clases subalternas.²

En la discusión aquí planteada intervienen primordialmente tres variables o disciplinas teóricas, a saber:

- El problema, en términos de lucha al interior de la teoría del derecho, que pone a discutir entre sí a los *críticos con law and economics* y a éstos con los *liberales*.
- La teoría de la *emancipación social a través del derecho* (promovida fundamentalmente por Boaventura de Sousa Santos).
- El *constitucionalismo en América Latina*, esto es, la discusión acerca de cuál es su función, para qué sirven las constituciones en América Latina y, en particular, para qué existe el constitucionalismo aspiracional.³

Si bien aquí se utilizarán fundamentalmente las dos primeras disciplinas, también se llamará la atención sobre el planteamiento del “análisis económico del derecho”, disciplina más bien técnica, que de forma seguidista y poco crítica ha sido recogida en nuestro medio para atacar de manera desconsiderada e interesada a la Corte Constitucional.

² García y Rodríguez (2003: 43) precisan que: “El reformismo con propósitos simbólicos es contrarrestado por otra práctica institucional que hace contrapeso –a través de medidas de control autoritarias– al exceso retórico, al progresismo textual y al déficit de eficacia propios de la legitimación simbólica. [...] La proliferación de normas jurídicas –buena parte de ellas generosas sobre el papel pero carentes del respaldo de una voluntad gubernamental de llevarlas a la práctica– crearía un caos normativo si no se introdujeran excepciones. Esto es especialmente claro en el ámbito constitucional”.

³ Se trata de la diferencia que hace el profesor Mauricio García Villegas entre el constitucionalismo “aspiracional” (de contenido simbólico-programático) y el “protector” (simbólico-material).

El fortalecimiento del capital financiero, en virtud de las tendencias económicas predominantes, es una realidad que se puede comprobar a partir de la tensión entre la ética, la economía y el derecho, y el papel de mediador objetivo que juega *lo político* en el complejo conjunto del sistema social.

En el ámbito jurídico, este fenómeno se manifiesta en la pugna entre el derecho a la seguridad social, basado en ciertos principios éticos y políticos –que para este trabajo se limitará al ámbito pensional–, y el derecho comercial de seguros, fundado en otras concepciones pragmáticas y económicas. Tal confrontación trae como resultado la transformación de la concepción de la seguridad social de un derecho realmente justiciable a un derecho *reconocido* simbólicamente.

Esta reversión en el plano jurídico ha concluido en la gran polémica que generan los derechos sociales en torno a su misma condición de derechos y su respectiva eficacia jurídica.⁴ Este fenómeno se presenta en algunos sistemas constitucionales que han puesto en entredicho la exigencia judicial de los derechos sociales, argumentando que son compromisos o principios, pero no derechos. Así puede verse, por ejemplo, en la Constitución española, donde no se consagran derechos sociales, sino *principios sociales*; en el mismo sentido, se encuentra la decisión del Comité Beaudoin Dobbie de adoptar una Carta Social para Canadá donde se afirma que aquellas prerrogativas son compromisos que expresan objetivos, mas no derechos (Uprimny, 2000: 169). Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano la seguridad social ha sido reconocida como derecho constitucional fundamental y, por lo tanto, “[...] es un asunto que *es justiciable* y que no escapa a las controversias en la jurisdicción constitucional” (las cursivas no hacen parte del texto original).⁵

En desarrollo de una tendencia contemporánea orientada a la superación de los derechos liberales⁶ (aquellos que principalmente poseen

⁴ Respecto al no reconocimiento de los derechos sociales, Uprimny señala que éste obedece a las grandes dificultades que encierra su efectividad, debido a su carácter esencialmente prestacional (véase Uprimny, 2000: 149-176). Por su parte, Baldasare (2001: 13) afirma que esta problemática en torno al reconocimiento de la condición de estos derechos como tales, encuentra respuesta en una “valoración discutible y superficial de las transformaciones que el ‘Estado de derecho’ liberal, con sus especiales categorías jurídicas, ha presentado por obra del ‘Estado social’ y de la democracia pluralista”.

⁵ Sentencia C-1489 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶ Al respecto es importante la consideración de Uprimny en el sentido de que “una democracia constitucional genuina supone el reconocimiento de al menos tres tipos

un carácter individual), ajenos a la búsqueda del bienestar, el derecho a la seguridad social cuenta –como se anotó– con rango constitucional.⁷ Con esto, se configura una verdadera *idea regulativa*, que más allá de responder a grandes elaboraciones teóricas es tal como lo expone Baldassare el fruto de necesidades prácticas:

[...] el reconocimiento de los “derechos sociales” y la institución de una organización constitucional que los asumiera como valores fundamentales (Estado social) fueron más el resultado de numerosos impulsos, a menudo en contraste en sus intenciones, que la consecuencia de la acción de un movimiento político y social específico y unívoco. (Baldassare, 2001: 5)

Este derrotero, que los derechos sociales constituyan una forma de derecho material que supere el formalismo discursivo jurídico-constitucional, se expresa de manera contundente en el ideario colombiano contemporáneo:

La necesidad de plantear nuevamente la cuestión social, que para nosotros significa el aseguramiento de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales implica pensar de forma diferente el modelo de sociedad y de Estado que requerimos para encontrarles solución a nuestros más graves problemas: la pobreza, el hambre, el desempleo, la violencia y la debilidad política de nuestras propias democracias. (Cortés, 2002: 67)

La lucha por la subsistencia de la persona, con base en la teoría de la necesidad,⁸ no es un asunto exclusivo de la economía; este toca tam-

de derechos constitucionales: unos derechos de defensa contra el Estado, a fin de amparar la autonomía de la persona y protegerla contra el gobierno arbitrario; unos derechos a la igual participación política o derechos de ciudadanía política, que tiene su expresión más clara en la universalidad del voto; y, finalmente, unas **garantías materiales**, que configuran una suerte de “ciudadanía social”, pues sólo con ellas existirán verdaderamente ciudadanos libres e iguales” (negrillas fuera de texto) (Uprimny, 2000: 170).

⁷ La sentencia T-183 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, reconoce que: “La pensión de jubilación, una de las prestaciones sociales básicas, tuvo un origen legal pero goza hoy de jerarquía constitucional, pues aparece expresamente consagrada en la Carta Política, motivo por el cual constituye una conquista laboral del más alto nivel que no puede ser suprimida ni desconocida por el legislador”.

⁸ Cfr. Marx (1989: 227 y ss.) [Contradicción entre la base de la producción burguesa (medida de valor) y su propio desarrollo. Máquinas, etc.]. En los *Grundrisse*, Marx afirmó, hace más de 140 años, que los progresos tecnológicos, la ciencia aplicada y

bién al derecho como elemento activo regulador de la economía. De ahí que resulte vital evaluar las reales posibilidades de efectividad de la estrategia jurídica en la lucha por la materialidad de los derechos sociales, pues aunque parece innegable que el reconocimiento constitucional de este tipo de derechos puede estimarse como un avance relativo frente a su eficacia, no es menos cierto que con el simple reconocimiento jurídico-formal, la problemática por unos derechos sociales *incierto* –en tanto y en cuanto el derecho siga siendo el títere de la economía– no se resuelve.

La literatura jurídica es reiterativa en el *topos* acerca de la “creciente ineficacia de las instituciones del derecho” (cfr. Faría, 2000: 11-45) como resultado del paso del Estado keynesiano, intervencionista, regulador o “providencial” al actual Estado bajo la égida neoliberal. Se intentan explicaciones al fenómeno en al menos tres variantes teóricas:

- La *positivista-normativa*, en la que la eficacia de un determinado orden legal acostumbra a definirse como el poder de producción de efectos jurídicos concretos en la regulación de situaciones, relaciones y comportamientos previstos por los códigos y las leyes vigentes. Así, la eficacia toca tanto a la aplicación como a la exigencia de las diferentes normas en vigor.
- La *técnico-jurídica*, en la que las normas se muestran eficaces cuando pueden aplicarse y exigirse dentro de los límites del sistema legal.
- La *sociológica*, en la que las normas y las leyes acostumbran ser eficaces cuando encuentran en la realidad regulada por ellas las condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, ideológicas y hasta antropológicas para su *enforcement*, para su reconoci-

la automatización de la producción finalmente liberarían al ser humano de la necesidad, de los trabajos físicos y del trabajo alienado en general, lo que permitiría su plena realización, pasando a ser el tiempo libre (*disposable time*, decía Marx), y no el trabajo, la medida del valor. Lo paradójico de la sociedad contemporánea es que los progresos tecnológicos son deslumbrantes, pero las necesidades mínimas de buena parte de la población mundial permanecen insatisfechas, todos los seres humanos están cada vez más alienados al trabajo (cualquiera sea su categoría) y quienes tienen los medios económicos suficientes están esclavizados por el consumismo.

Para una perspectiva que no sigue la tradición hegeliano-marxista de la filosofía de la historia, véase Heller (1996: 84-85). Heller explica que la “necesidad es una categoría social. Los hombres y mujeres ‘tienen’ necesidades en tanto *zoon politikon*, en tanto actores y criaturas sociopolíticas. Sin embargo, sus necesidades son siempre individuales. Podemos comprender la necesidad de cada persona; podemos conocer, si queremos conocerlo, qué necesita cada una de ellas. Sin embargo, en lo relativo a la estructura concreta y a los objetos de sus necesidades, cada una es diferente”.

miento, para su aceptación y para su cumplimiento por parte de los destinatarios. El enfoque sociológico hace posible una evaluación comparativa entre los objetivos y comportamientos previstos y establecidos por las normas y por las leyes y los resultados alcanzados efectivamente por ellas en un determinado contexto sociopolítico.

El profesor Mauricio García Villegas diferencia la *eficacia* que “se presenta cuando una norma además de conseguir que se cumpla la conducta prevista, logra que se realicen los objetivos también previstos”, de la *eficiencia* que hace “referencia al logro de los objetivos previstos a través de la utilización de los mejores medios posibles”.

Y aclara:

Este concepto pone en relación los medios utilizados con los fines propuestos bien sea que estos últimos sean considerados en abstracto, como objetivos, o en concreto, como resultados obtenidos luego de la puesta en obra. En todo caso, la eficiencia se obtiene cuando el fin propuesto se logra a través de los mejores medios al alcance. Este concepto va un poco más allá en el análisis de los resultados: una norma puede ser efectiva y eficaz sin que de ellos se desprenda una apreciación favorable sobre su eficiencia. En este caso, aquello que se pone en entredicho no es ya el proceso que conduce de la promulgación a la realización de los fines, sino la concepción de la aplicación de la norma misma, entendida como instrumento de acción social. En otros términos, *el tema de la eficiencia plantea la actividad normativa como un problema económico que consiste en la búsqueda de los medios más adecuados para la obtención de ciertos fines* (las cursivas no son del texto). (García Villegas, 1993: 97-98)

Con una pretensión autorreguladora, el sistema jurídico ha establecido parámetros para la interpretación del derecho pensional, a saber: (i) los principios regulativos expuestos por la normatividad y (ii) el precedente que se registra en la doctrina constitucional –que da cuerpo al derecho en sí–. No obstante, éstos no constituyen garantía para el uso pleno y efectivo de este derecho, dado que aparece la barrera impuesta por las carencias materiales y la improductividad social del sistema económico vigente, que compele una inviabilidad financiera (en el ámbito monetario) para el ejercicio universal del derecho. De ahí que para cumplir el propósito de hacer efectivos los derechos sociales –en este caso el derecho pensional–, no pueda abandonarse la lucha emancipatoria desde la movilización social y la organización política.

El criterio que guía el presente trabajo es que el capitalismo contemporáneo, basado en la hegemonía del capital monopolista internacional,⁹ impide la realización del derecho pensional, entendido como el instrumento creado en el ámbito del derecho social para garantizar una vejez digna. La crítica al capitalismo ha sido respondida con la creación de los derechos sociales, pero en la práctica el lenguaje jurídico no pasa de ser un instrumento retórico para encubrir la realidad de miseria generalizada a la que el capitalismo condena a amplios sectores de la población mundial.¹⁰

⁹ Véase Fioravanti (1976) y Amín (1993). Sobre el problema de la hegemonía, consúltese Amín (1999: 192-195).

¹⁰ Como lo reclama el Nobel José Saramago: "¿Tenemos el derecho de llamar democracia a un sistema donde los que mandan son el poder económico y el poder financiero mundial? No me parece que nosotros los hayamos elegido [...]" (*El Tiempo*, 16 de enero de 2003: 2-5).

Una aproximación al vínculo de la economía con el derecho

1

Es preciso explicar la relación entre la economía y el derecho. Gran parte de las explicaciones conocidas terminan sumiéndose en especulaciones de corte netamente ideológico. Unos ponen a la economía arriba, como la que determina al derecho, otros lo hacen al contrario. Aquí se mantendrá una postura marxista, pero se intentará incursionar en puntos que el marxismo ortodoxo no ha podido resolver y ha dejado a un lado, por cuanto no concuerdan con algunos de sus postulados básicos.

No se pretende resolver esta inmensa cuestión, pero sí contribuir al debate acerca de ciertos interrogantes, tales como: ¿puede el derecho, de alguna manera, cambiar el cauce de la economía, haciéndola más equitativa?, ¿mientras no cambien las relaciones de producción y ciertos paradigmas sobre la economía política, el derecho será un sirviente legitimador del estatus social y económico actual?

¿Qué relación existe entre la economía y el derecho? El objetivo de este capítulo es dar respuesta a este interrogante. En términos corrientes, la respuesta reza que el derecho a la vez responde y regula una estructura económica, pero habría que precisar más bien cómo es esa relación. De manera figurativa, lo que aquí se propone es que el derecho sea la cabeza de la sociedad y la economía los pies.

¿EXISTEN POSIBILIDADES DE CONTEMPLAR EL DERECHO COMO MECANISMO EMANCIPADOR DENTRO DE UNA ECONOMÍA CAPITALISTA?

Antes de entrar a definir lo que puede significar el derecho, es preciso presentar la tesis que aquí se busca resolver. Este aparte pretende explorar la relación entre economía y derecho, desde un punto de vista específico de izquierda, pero más allá de ello se pregunta cuál es la vigencia de la idea de que el derecho pueda transformar la realidad.

La dualidad del derecho

¿Qué tan cierta es la imposibilidad del derecho de servir como herramienta de cambio social? Se ha creído en varios momentos que el derecho mismo es capaz de contrarrestar al capitalismo, nivelando la terrible iniquidad resultante de su racionalidad, pero luego se constata que a la vez se mantiene como un mecanismo protector del *statu quo*; al no hacerlo, corre con el riesgo de ser transformado para obedecer a la dinámica del sistema: ¿cuál de estas dos caras es la verdadera?

La respuesta a esta pregunta no es evidente. Puede que el derecho sea simplemente una herramienta maleable, un medio para cualquier fin; aunque la posibilidad de que el derecho obtenga cambios frente al *statu quo* no parece fácil.

Plantear un caso hipotético puede ser una ayuda. Supóngase que un juez activista quiera dictar una sentencia a favor de una clase social subalterna. La sentencia *a la que él quiere llegar* –en términos de Kennedy– no es tan sencilla de obtener como quisiera. Puede existir una norma que se interponga y que le dificulte llegar a un fallo activista; también la expectativa generalizada alrededor de la sentencia impide que tal fallo tenga un contenido declaradamente activista, lo que restringe la posibilidad de que el fallo sea progresista –el *ratio decidendi* cada vez oscila alrededor del *statu quo* (Kennedy, 1999: 89-221).

Esta realidad se torna más evidente en un contexto universal, en la era de la globalización y transnacionalización del capital. Ninguna legislación y sistema jurídico nacional –por más activismo judicial que haga– podrá contradecir las intransigentes leyes del mercado, con la amenaza y las consecuencias para un determinado país de dejar de ser competitivo y atractivo para la inversión extranjera. Y esto es precisamente lo que se percibe en materia del derecho pensional.

En Colombia se ha presenciado en los últimos años un fuerte debate entre los economistas y los juristas con respecto a los fallos de la Corte

Constitucional, creada por mandato de la Constitución vigente desde 1991. Los economistas argumentan que la Corte se está pronunciando con fallos que trascienden su competencia y sus conocimientos, especialmente en el tema de la economía. Consideran que, de esta manera, la Corte va a traspasar las finanzas del país. Este debate tiene gran cobertura por parte de los medios.

Una de las discusiones más fuertes se produjo con el conocido fallo sobre la unidad de poder adquisitivo constante (UPAC). No obstante haberse sustituido la UPAC por la unidad de valor real (UVR), la situación sigue idéntica para los deudores. El fallo de la Corte buscaba proteger a los prestatarios, personas principalmente de clase media, que veían amenazado su derecho a la vivienda por el excesivo aumento de las cuotas. Pero el sector financiero logró hacer prevalecer sus intereses, a tal punto que con la UVR la situación de los afectados no parece haber mejorado.

Otro fallo fue el del aumento de los salarios de los trabajadores del Estado que devengaban entre 2 y 4 salarios mínimos. El Gobierno, presionado por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, pretendía no efectuar el respectivo ajuste anual a sus trabajadores. El Ministro de Hacienda de turno retó el alcance del fallo, al proponer que el aumento fuera del 0.0001%.

Los fallos de la Corte han producido efectos positivos en materia social, pero se puede caer en la trampa de creer que la Corte es un verdadero mecanismo de logros sociales. Varias han sido las advertencias de poderosos políticos y economistas, representantes de la oligarquía, que amenazan con el desmantelamiento de la Corte a través de una reforma constitucional. No se debe desconocer que tienen la capacidad de hacerlo, y si los magistrados de la Corte deciden extralimitarse y convertirse en activistas, es bastante probable que la Corte sea cerrada o que sus integrantes sean agentes del poder ejecutivo. No es necesario insistir demasiado en tan trillado tema, que no sólo es motivo de discusión en Colombia.¹

¹ Este problema ha sido motivo de debate desde el primer fallo judicial con el que se intervino en materia política, el caso *Marbury* contra *Madison* en 1803. Véase Uprimny y Rodríguez (2003: 31-36). Una excelente crítica al sistema constitucional y sus presuntos logros sociales se encuentra en Valencia (1987: 43, 46). El profesor Valencia anota que: "El orden liberal divide y jerarquiza para dominar, pero exige de todos los grupos e individuos, por igual, una sujeción sin reservas a los dictados de la razón de Estado. La sociedad de clases niega la igualdad material entre sus miembros, pero el Estado convierte el sometimiento [...] en la única horizontalidad posible". Más adelante, agrega: "los derechos humanos de los colombianos del común pasan por las libertades económicas de la clase propietaria y apropiadora. El discurso de unas

En la perspectiva de la economía ortodoxa que cuestiona con acritud los fallos constitucionales sobresale Salomón Kalmanovitz para quien

es claro que la Corte Constitucional ha invadido los terrenos de otros poderes constituidos del Estado colombiano, debilitando a la democracia representativa; que lo ha hecho sin conocimiento de causa, actuando con criterios anti-técnicos y anti-científicos; que ha erigido obstáculos nuevos al desarrollo económico colombiano, alejándonos de la construcción de mercados de capital complejos; que ha contribuido poco a una mayor justicia social y, finalmente, que ha aumentado el riesgo macroeconómico a que ha estado sometido el país en el pasado inmediato. (Kalmanovitz, 2000)

Kalmanovitz basa su enfoque en Mancur Olson, quien plantea que

para capturar todas las ganancias del comercio se requiere un orden legal y político que garantice la ejecución de los contratos, proteja los derechos de propiedad, desarrolle los acuerdos hipotecarios, permita la responsabilidad limitada de las empresas y facilite el uso extendido y perdurable del mercado de capital que hace más líquidas las inversiones y los préstamos de lo que sería posible de otra forma. Estas condiciones deben ser respetadas por largos períodos de tiempo para generar las expectativas adecuadas entre los agentes. (Olson, 2000: 185)

El debate ha tomado fuerza y contenido en el último lustro, lo que ha conllevado la organización de debates académicos y la publicación de trabajos de interés en la óptica del denominado “análisis económico del derecho”, influyente corriente jurídica en los Estados Unidos que efectúa

garantías reconocidas a todos se ve afrontado y negado por la praxis de unos bienes (políticos, culturales y económicos) usufructuados por pocos. La generalidad de la constitución política cede el paso a la particularidad del código civil”. Valencia Villa (1997) reconoce que: “la carta de derechos del título II es, con mucho, la obra maestra del constituyente del 91 y la mayor hazaña de la razón ciudadana en la historia constitucional de Colombia. Al incorporar por fin, completas y actualizadas, las tres generaciones de derechos humanos, representa la mejor caja de herramientas para armar, operar y reparar la democracia”. Pero unas líneas más adelante considera sin ambages que el ejercicio de los derechos sociales se imposibilita por “la crisis de derechos humanos de carácter catastrófico típica de una sociedad bajo dictadura o en guerra convencional, que existe en Colombia desde finales de los setenta y que tiene sus factores de producción y de reproducción en el conflicto armado interno y en el colapso de la justicia penal, respectivamente” (p. 190). También *cfr.* García de Enterría (1985). Alrededor del debate colombiano, véase Varios autores (1999).

un replanteamiento de la economía y su relación con el derecho, en particular en temas relativos a los contratos, las normas y las instituciones en la perspectiva de garantizar la “seguridad jurídica”.²

En la misma línea se encuentra el profesor Hernando Torres Corredor, de la Universidad Nacional de Colombia, quien compenetrado en el espíritu de la Constitución de 1991 considera

que el derecho ha rebasado los límites impuestos por la dogmática jurídica, a partir de un diálogo interdisciplinario que lleva al entendimiento racional de los paradigmas del Estado social de derecho, frente a las restricciones en la cantidad y calidad de los recursos públicos disponibles. [...] El análisis económico permite el estudio del impacto de variables económicas tales como las restricciones presupuestales, el empleo, los precios, los subsidios, entre otros; analiza el impacto sobre el ejercicio de derecho, y su contenido; para ello, utiliza los paradigmas económicos sobre eficiencia, costo-beneficio, teoría de precios, buscando un equilibrio entre el ejercicio de los derechos individuales³ y colectivos, y la dinámica de una economía de mercado. [...] En tal sentido, la exigencia que la sociedad hace a los jueces para que efectúen ejercicios de asignación de derechos frente a las restricciones económicas y jurídicas

² Cfr. Núñez Trujillo (2000: 63-123). Para este divulgador criollo, “esta escuela del pensamiento jurídico contemporáneo [...] continúa expandiéndose, entre otras razones porque es la única forma de que los abogados conserven la iniciativa en la redacción de normas viables en el mundo actual” (p. 66).

³ Cfr. Cante Maldonado (2001). En este trabajo, el autor examina desde la economía liberal pura los derechos individuales, cuestiona el individualismo metodológico que no asume la existencia (a partir de la idea de libertad) de individuos soberanos, explora la formación de preferencias, creencias y estrategias en un proceso de elección interdependiente, esto es, la presencia de individuos que simultáneamente se complementan y se obstruyen en la puja por el acceso a la información y a los derechos de propiedad. En su enfoque “la genuina decisividad de un individuo (la realización de sus preferencias sin obedecer ni ser coaccionado) depende de la forma en que proteja sus derechos de propiedad, mediante sus creencias y las estrategias que construya para superar la inmunidad frente a intrusiones del rival. Se subraya que la libertad es un problema de rivalidad, depende del comportamiento intencional y estratégico. Al seguir y ampliar este mecanismo se puede mostrar, ciertamente, que conociendo la información sobre el adversario entonces se pueden diseñar las estrategias encaminadas a afectar (por coacción e interferencia) su libertad negativa [...]. Esto ayudará a entender que la libertad en un contexto de rivalidad resulta un recurso escaso y, además, que muchas personas débiles y/o dependientes prefieren garantías de seguridad, comodidad, estatus y, en general, existencias pacíficas antes que aventurarse en la difícil tarea de ser libres” (Cante, 2001: 19-20).

cotidianas, son un reto para la ciencia jurídica; a partir de este escenario la ciencia jurídica debe incorporar de manera crítica los nuevos paradigmas del derecho. (Torres, 2002)⁴

De tal manera que el ejercicio del derecho habrá de limitarse al análisis contable de la capacidad de gestión eficiente en el marco de la “economía de mercado”, y es entonces la capacidad monetaria la que liga el derecho formal con la realidad material:

[...] la eficiencia, como valor jurídico en la dimensión de la cohabitación entre la economía y el derecho, sólo puede asegurarse teniendo en cuenta como referente y objetivo final la equidad. La eficiencia posibilita la realización material de la equidad en una sociedad como la nuestra. Bajo este precepto, ha de evaluarse la necesidad de reducir los costos de transacción, a través de la asignación clara de los derechos y de los recursos públicos, en la esfera legislativa; en la definición clara de las reglas de juego económicas y en la adopción de las medidas necesarias para desarrollarlas, desde la esfera gubernamental; y, en la consideración de restricciones económicas, en el otorgamiento de derechos, desde la esfera judicial cuya intervención ha de ser subsidiaria, en la medida en que la claridad de los derechos y las reglas del tráfico económico-jurídico sean altamente aceptadas por la sociedad. (Torres, 2002: 60-61)

Y ese realismo que acepta de manera pragmática que la economía capitalista es insuperable lleva al profesor Torres Corredor a concluir en los términos que se acaban de reseñar:

La teoría *law and economics* tiene como idea central que las normas jurídicas generan costos y pueden procurar beneficios, de modo que la creación de normas y su aplicación debe ser decidida en función de su eficacia económica. Por ejemplo, para decidir si con el fin de combatir la delincuencia se permite a los particulares portar armas de fuego o se deja el monopolio de la represión a la fuerza pública, basta determinar en cuál de las dos alternativas el costo de la represión resulta menor (Lott, 1998: 16). En la misma corriente ideológica se pretende reducir a un simple cálculo económico la decisión de utilizar o no técnicas de reanimación a un enfermo, en función de su edad, de la gravedad de su estado y de la esperanza estimada de sobrevivencia (Posner, 1996). Una figura eminente de la teo-

⁴ Con este trabajo, el autor mereció un premio por parte de la Corporación José Ignacio de Márquez.

ría del costo-beneficio aplicable a todas las actividades humanas (incluidos el matrimonio, la fertilidad, la educación y la formación) es Gary Becker, premio Nobel de Economía en 1992. Desde esta perspectiva, el ser humano y todas sus manifestaciones se reducen a la categoría de mercancías, que tienen un costo negativo para obtener o no un beneficio. Pero tal medición del beneficio es bastante reducida en cuanto deja de lado valores sociales no susceptibles de cuantificar.

Los apologistas del capitalismo han llegado a formular una nueva moral. El ensayista francés Guy Sorman considera que el capitalismo históricamente se desarrolló con base en comportamientos inmorales y ahora conquista nuevas regiones en la actividad de los mafiosos y de los traficantes de drogas. Condenarlos sería moralmente justificado, como lo sería condenar la desocupación, la exclusión y las desigualdades sociales. Pero tales comportamientos antiéticos sirven para desarrollar un sistema que ha demostrado ser el más progresista y moralmente respetable, porque en él los seres humanos viven mejor. (Sorman, 1995: 2444-2445)

Otra mirada se encuentra en la contribución del investigador de la Universidad Externado de Colombia Alexei Julio, quien aborda la formulación de los asuntos económicos en la Constitución Política de 1991 para reconocer

la creciente complejidad reguladora que a su vez da origen a una serie de problemas como son el valor normativo y la fuerza vinculante de los principios que forman la actual Constitución económica colombiana, y los problemas que implica la coexistencia de distintos modos de producción constitucionalmente reconocidos. (Julio, 2002: 171-199)

La globalización económica que impacta con vigor el sistema jurídico tradicional propio del Estado-nación, que cumple una función reguladora bajo la influencia del keynesianismo (*Welfare State*) para dar paso al fenómeno de la “globalización del derecho”, es estudiada por el profesor brasileño Eduardo Faría quien explica cómo:

En el ámbito específico del Estado-Nación, sus instituciones jurídicas terminaron siendo reducidas progresivamente al número de normas y títulos legales y se volvieron más ágiles y flexibles en términos procesales. Desde luego, el Estado continuó legislando inclusive en materia económica, financiera, monetaria, tributaria, de seguridad social, laboral, civil y comercial. Pero pasó a hacerlo ahora y ese es el hecho nuevo digno de esta nota, disminuido en su poder de intervención y muchas veces constreñido a com-

partir su titularidad de iniciativa legislativa con diferentes fuerzas que trascienden el nivel nacional; o sea, limitado en sus políticas fiscales, en sus instrumentos de dirección y en sus estrategias de planeación; obligado a tomar en cuenta antes el contexto económico-financiero internacional que las propias presiones, anhelos, expectativas y reivindicaciones nacionales, y restringido al papel de articulador y controlador de la “autorregulación”, teniendo como función (a) preservar la complejidad de las diferentes racionalidades de los sectores y agentes productivos y (b) inducir procesos de mutuo entendimiento entre ellos. (Faria, 2000: 38)

Otra variante del estudio sobre la relación mutua entre el derecho y la economía es la conocida como “movimiento derecho y desarrollo”, cuyo origen data de los años sesenta, bajo la influencia de los planes de intervención de los Estados Unidos en el “Tercer Mundo” y que en el caso concreto de América Latina se denominó “Alianza para el Progreso”. Este movimiento, dado su etnocentrismo, entró en una primera crisis en la década de los setenta, pero algunos consultores de los países del centro perseveraron en el enfoque de elaborar políticas para promover el desarrollo a través de la influencia en las instituciones jurídicas. Luego, en los ochenta, el tema adquirió relevancia con la consolidación de la corriente conocida como “Nueva Economía Institucional” (NEI) y su influencia en los programas del Banco Mundial y sus sucursales regionales, que asumen el concepto según el cual es necesario construir un verdadero Estado de derecho como condición para el desarrollo económico con base en el mercado. Así, otros organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) influyen en gobiernos y organismos ligados al gran capital en los países centrales que han coincidido en que el progreso económico a través del mercado requiere el establecimiento de un marco legal y judicial que lo posibilite (Burgos, 2000: 47-95 y 2002: 174-199).

¿Está confinado el derecho a ser el títere del sistema económico? No obstante los anteriores enfoques, continúa vigente la pregunta: ¿dónde se sitúa el derecho en la relación estructura-superestructura? No se puede caer en conclusiones apresuradas como lo han hecho varios marxistas ortodoxos⁵. Estos concluyen que el derecho no es nada más que un elemento

5

En la época de la revolución soviética, Pashukanis se encargó de identificar el posible contenido del derecho proletario, el cual nunca –según Pashukanis– podría liberarse de su componente burgués. El derecho tal como se entiende hoy en día es un producto de la sociedad burguesa. Pashukanis defiende que la etapa de transición al socia-

de la superestructura y que por lo tanto no es mucho lo que pueda hacer contra los efectos de las relaciones de producción. Puede que lo sea, pero no por ello se debe renunciar a un estudio más detallado. Su contenido, como aquí se reitera, también presenta elementos emancipadores, pero que están estancados de una manera contraproducente para el fin que persiguen.

lismo no podría prescindir del derecho burgués, en especial porque los modos de producción permanecerían intactos durante el período de transición (Nueva Economía Política); la única diferencia en el nuevo sistema (haciendo referencia a la Revolución de 1917) sería que el nuevo gran capitalista era el Estado. En este capitalismo de Estado, muchas de las relaciones serían tal como eran las anteriores. Pashukanis estaba interesado en esta etapa de transición, por tal motivo se empeñó en encontrar la forma del *nuevo derecho*: "Aunque la conquista del poder político por el proletariado es un presupuesto necesario del socialismo, no es, sin embargo, suficiente para que éste sea establecido. Sólo hay socialismo si la producción y la distribución están planificadas, situación a la que todavía no hemos llegado y que, como la experiencia está demostrando, no se alcanzará pronto". Criticó fuertemente las posturas sociológicas y psicológicas del derecho que se limitaban a esbozar el contenido de éste (entre éstos estaban A.A. Plotnieks, P.I. Stuchka). De nada servía concluir que el contenido del derecho era burgués cuando había una gran necesidad de identificar sus conceptos fundamentales. Pashukanis fue asesinado en 1937 en una de las purgas estalinistas. Sobre el tratamiento del marxismo al problema del derecho, consúltese Marx (1867/1972: t. 1, capítulo XXIV, 607-649) y Bottomore (1984: 450-452). Al respecto, véase Condes (1989) y Moncayo (1975), donde el autor anota que: "El haber asignado al derecho una función referente a su papel instrumental (medio de producción) respecto de la práctica política en la manifestación y realización necesarias de los diferentes intereses de clase, exige, sin embargo, algunas precisiones de orden conceptual. Cuando nos referimos a la manifestación de los intereses de clase queremos significar que los intereses señalan o indican su existencia social en el ámbito de las prácticas de clase. Pero es claro que esta manifestación no puede entenderse de manera simple, sino referida siempre al cuadro general de la lucha de clases, o sea, dicho en otras palabras, que los intereses de clase siempre se presentan en oposición, en conflicto. Tal manifestación puede producirse en todos los niveles o esferas sociales, y en este sentido la manifestación jurídica no es sino una de las formas de expresión de los intereses de clase, necesaria para su manifestación y realización en el ámbito político" (p. 67). Y más adelante sentencia: "Situados en la orilla opuesta de los intereses de las clases dominadas, la situación es fundamentalmente diferente. La estructura jurídico-política, de una formación social capitalista, esto es el Estado Capitalista, es esencialmente el producto de la lucha de clases y la expresión del bloque histórico de las clases dominantes y aun cuando en ella se reflejen, de una u otra manera, los intereses de las clases dominadas (pues es justamente el terreno de la lucha de clases en el ámbito político), se trata de efectos producidos dentro del marco general de la dominación política de clase. Esta circunstancia impide que la estructura jurídico-política de la formación constituya también el aparato político para la realización de los intereses de las clases dominadas, pues a su interior las clases sólo logran expresarse como tales, es decir como dominadas" (p. 70).

La relación estructura-superestructura es sin duda más compleja que aquellas conclusiones apresuradas que limitan el derecho como herramienta de la dominación *burguesa* (Souza, 2001: 18-29).⁶ Antes de llegar a cualquier conclusión para reconocer esta relación entre estructura-superestructura es necesario ir paso a paso. Reconocer el diálogo entre estructura-superestructura es un proceso complicado y el diálogo entre ambas no es fácilmente reconocible. Uno de los grandes teóricos marxistas del siglo XX, Antonio Gramsci, al exponer su categoría de bloque histórico señala que: “El bloque histórico debe ser considerado como el punto de partida para el análisis de cómo un sistema de valores culturales penetra, se expande, socializa e integra un sistema social” (Gramsci, en Portelli, 1987: 10).

La relación entre estructura y superestructura en el capitalismo y el posible papel del derecho como mecanismo emancipador

De los puntos anteriores se desprende la siguiente hipótesis, que se trabajará e intentará demostrar en las siguientes páginas: el sistema capitalista se encuentra aún en constante desarrollo y consolidación. Por tanto, la relación entre estructura y superestructura se encuentra de igual manera en constante cambio. La identificación de esta relación se hace compleja con el tiempo. Entonces, del contenido de un elemento de la superestructura, en este caso el derecho, no se puede de manera simple concluir que sea un mecanismo exclusivo de la dominación *burguesa*. De hecho, a simple vista, la evolución de lo que se llama derecho parece ir en el sentido inverso de lo que se esperaría fuera un *sistema* que respaldara y se correspondiera con el capitalismo y su racionalidad, respectivamente. En el derecho se han positivizado normas morales que en teoría tienen un gran alcance social; un ejemplo de ello son los derechos sociales, incluidos en constituciones nacionales y en varios tratados internacionales.

Sin embargo, al verificar en la realidad concreta la vigencia de tales normas, se encuentra una desaparición muy amplia. Los datos sobre pobreza y violación de todo tipo de derechos en el mundo no dejan de ser preocupantes. Se intentará demostrar que el contenido de estos derechos es

⁶ Al respecto, Mao Tse-Tung señala que: “[...] junto con reconocer que, en el curso general del desarrollo histórico, lo material determina lo espiritual y el ser social determina la conciencia social, también reconocemos y debemos reconocer la reacción que ejerce lo espiritual sobre lo material, la conciencia social sobre el ser social y la superestructura sobre la base económica. No vamos así en contra del materialismo, sino que evitamos el materialismo mecanicista y defendemos firmemente el materialismo dialéctico”. Cfr. Mao Tse-Tung (1971: 359).

abstracto para la mayoría de las personas y no tiene un cumplimiento real. Intentar darles un cumplimiento efectivo globalmente, es algo imposible. La razón de ello estriba en que hacerlo afecta gravemente la racionalidad económica imperante en el orden global,⁷ y por lo tanto es insostenible un Estado nacional que proteja e impulse su aplicación, pues se enfrenta con un mercado que lo tacha de caduco y lo amenaza con excluirlo del merca-

⁷ En la ciencia jurídica se cuenta con desarrollos como los formulados por Abramovic y Courtis (2002: 220-221), en cuyo texto se encuentra la siguiente propuesta: “En los últimos años hemos sido testigos del desmantelamiento de las instituciones tradicionales que caracterizaron el denominado Estado de bienestar. Este proceso tuvo un impacto indudable sobre los derechos sociales, y su nota característica es la precarización de los derechos sociales clásicos vinculados al trabajo y a la seguridad social. Sin embargo, simultáneamente surgieron con fuerza nuevos derechos sociales, a partir de la reivindicación de espacios de autonomía académica, el desarrollo de principios de interpretación normativa, y la gestación de mecanismos novedosos de tutela que se han abierto camino en la jurisprudencia, hasta alcanzar muchos de ellos su consagración legal. Entre estos nuevos derechos sociales podemos mencionar los derechos de los consumidores y los derechos que protegen el medio ambiente. De tal modo [que] mecanismos de tutela de los derechos civiles y políticos que podían utilizarse para proteger derechos económicos, sociales y culturales, en el marco de este proceso de degradación de los derechos sociales del trabajo y la seguridad social, una vía alternativa de exigibilidad consiste en utilizar los derechos sociales ‘fuertes’ y sus mecanismos de tutela, para proteger derechos sociales ‘debilitados’. En determinadas circunstancias, derechos sociales ‘fuertes’, como al derecho a la protección del ambiente, pueden salir en defensa de derechos sociales tradicionales, como los vinculados a la regulación del trabajo. Pensemos por ejemplo, en qué medida podría aprovecharse la rica jurisprudencia sobre legitimación colectiva en la acción ambiental, o sobre la procedencia de estudios de impacto ambiental, con un sentido cautelar ante la inminencia o desarrollo de una obra o actividad peligrosa, para la tutela del derecho a condiciones de trabajo dignas, o a un ambiente de trabajo seguro e inocuo. En la misma línea argumental, algunas prestaciones del Estado en materia de seguridad social pueden ser exigidas reforzando la posición de los beneficiarios de esas prestaciones a partir de su condición de usuarios o consumidores de un servicio público”.

Mientras que la ciencia jurídica busca “una vía alternativa” en otras disciplinas sociales, entre ellas la ciencia política y en especial la economía, se toma como presupuesto de sus predicciones un comportamiento del hombre de tipo racional egoísta. Desde esta óptica, el único fin que persigue el hombre es maximizar su utilidad, entrando así en una batalla con los demás agentes racionales para llegar a un equilibrio general. De acuerdo con la teoría del bienestar, el máximo beneficio para la sociedad se encuentra en el equilibrio paretiano. A este equilibrio poco le importa que el óptimo sea encontrado, suponiendo que la cantidad a repartir sea diez en esa sociedad de dos agentes, asignando nueve a un agente y uno al otro. Lo importante es alcanzar el óptimo de Pareto, la distribución equitativa no tiene ninguna relevancia.

do global. A la vez, lo induce a que se reduzca, dejando el terreno libre para la panacea liberal.⁸

En resumen se puede anotar que, sin dejar de tener en cuenta que la economía es la base material de las relaciones sociales, existe una relación interactiva entre economía y derecho, independientemente de que a este último se lo considere o no una superestructura.⁹ Si bien las relaciones sociales, que están determinadas por las relaciones de producción, generan las normas jurídicas que las consagran (propiedad, contrato, etc.), el derecho puede reaccionar sobre aquéllas, no para cambiarlas radicalmente, pero sí para modificarlas. ¿En qué sentido se producen los cambios en el derecho que influyen sobre las relaciones sociales? Depende de la relación de fuerzas entre las clases en un momento dado y de las condiciones objetivas de la economía. Cuando la relación de fuerzas es favorable a las clases oprimidas (y con mayor razón si la situación objetiva de la economía per-

⁸ Cfr. Offe (1994) y Navarro (2000: 57). Este último autor explica cómo “El objetivo del movimiento socialdemócrata fue el de expandir los derechos políticos y sociales a toda la población como manera de protegerla frente a riesgos establecidos durante el ciclo vital de las personas. De ahí que su objetivo fuera el conseguir la seguridad material a través de la solidaridad, universalizando tales derechos. Por lo tanto, y desde muy al principio el movimiento de los trabajadores identificaba sus intereses con los intereses de la ciudadanía, demandando la universalización de los beneficios políticos y sociales. Es más, su alianza con otros sectores y clases y muy en especial con las clases medias (cuyas expectativas eran más elevadas que las de la clase trabajadora) facilitaron el establecimiento de sistemas universales de alta calidad. Muy poco de sus propuestas estaba basado en la prueba de medios (*meanstead*) sino en la prueba de ciudadanía (o residencia). Como medidas para conseguir tal universalidad, el movimiento socialdemócrata enfatizó como objetivos de sus políticas económicas y sociales el alcanzar el pleno empleo y establecer el Estado del bienestar, lo cual, además de proteger a la ciudadanía frente a los riesgos del ciclo vital de las personas, reduciría (a través de políticas públicas redistributivas) las desigualdades sociales creadas por el mercado, contribuyendo también a alcanzar el pleno empleo mediante la producción de puestos de trabajo a través de la expansión de los servicios del Estado del bienestar y mediante su apoyo al proceso productivo”.

⁹ Vilar (1983: 80) anota que: “[...] la cuestión principal es ésta: ¿cuál es la relación entre el hombre y su producto, entre economía e historia? Cuando Marx planteó el principio (‘en último análisis’) de la primacía de lo económico, muchos se indignaron en nombre del ‘espíritu’, porque la economía de la época no podía ofrecer a las masas más que un salario mínimo interprofesional no garantizado y realmente bajísimo. Hoy, cuando el más mínimo paso en el ‘desarrollo’ debería ofrecer, si no a todos, por lo menos a la mayoría, automóvil y televisor, hete aquí que la primacía de lo económico se convierte en un principio conservador, ya que todo se resolverá por lo económico; y es revolucionario descubrir que no sólo de pan vive el hombre”.

mite a las clases dominantes hacer concesiones), la lucha de los oprimidos puede permitir cambios en el derecho favorables a ellos, que se traducirán en algunos cambios en las relaciones de producción (leyes laborales, Estado de bienestar). Si la relación de fuerzas es desfavorable para las clases dominadas y la situación económica no es buena (caso actual), el derecho emprende una cuenta regresiva.

Pero además está el papel ideológico del derecho. La Declaración Universal, los pactos internacionales y otros instrumentos y leyes, en la medida en que son conocidos por las masas, permiten adquirir conciencia de que tienen ciertos derechos y eso puede ayudarlas a pasar a la acción para reivindicarlos. El derecho (vigente, según como se emplee o la propuesta de nuevas normas) no puede transformar la realidad, pero puede ayudar a transformarla siempre que la economía se socialice y deje su tiranía.

¿Qué puede ser el derecho?

Definir, o dar significado a una palabra, es expresar lo que se entiende por ella. A grandes rasgos es fácil explicar qué es una casa o un carro. Pero surge un problema cuando se intenta definir que es algo abstracto, algo que no se puede ir a verificar y decir, *ahí lo tienes*.¹⁰ Seguramente, al definir lo que es un perro, no se entra en muchas discusiones. La mayoría de los problemas surgirían cuando cada hombre diera una definición basada en la idea de los perros que ha visto en su vida. Y cuando intentase explicárselo a

¹⁰

Wittgenstein anota lo siguiente: "Usted siempre escucha que la gente dice que la filosofía no hace ningún progreso y que los mismos problemas filosóficos que preocupaban ya a los griegos nos siguen inquietando hoy. Pero la gente que dice esto no entiende la razón por la cual esto tiene que ser así. La razón está en que nuestro lenguaje ha seguido siendo el mismo y nos introduce en las mismas preguntas. Mientras haya un verbo ser que parezca funcionar de la misma manera que comer o beber [...] la gente tropezará con las mismas enojosas dificultades y se quedará absorto ante algo que ninguna explicación podrá remover" (en Hacker, 1998: 13). No es aceptable plenamente el pensamiento de Wittgenstein; sin embargo, puede concordarse con él en la postura de que gran parte de los problemas seudofilosóficos corren por cuenta de *ambigüedades del lenguaje*. Al respecto, *cfr.* Peña (1994: 39-40), quien anota que: "El objetivo de la filosofía es, entonces, hacer desaparecer los problemas de la misma; más que resolverlos, disolverlos al eliminar las perplejidades que impiden encontrarles salida. La filosofía no se enfrenta a problemas empíricos sino a problemas conceptuales originados en confusiones debidas al funcionamiento del lenguaje. En efecto, decir que el problema debe desaparecer es considerar que surge como producto de un malentendido, y corregido éste, la fuente del problema se elimina, de modo que en sentido estricto el problema no se resuelve, desaparece".

alguien, si éste nunca ha visto un perro, le podría generar grandes confusiones al definir su versión de perro. Lo mejor que podría hacer para salir del problema, él y el interesado, sería señalarle y decir: mira, ese es un perro.

Con el derecho, como con muchos otros conceptos, el caso es distinto. Si alguien pregunta, ¿dónde está el derecho? difícilmente podría alcanzarse un acuerdo al decir dónde puede encontrarlo. Unos dirán que lo puede encontrar en los libros, otras por el contrario dirían que el derecho solo adquiere sentido cuando está en acción. Pero el problema no solo se encuentra en estas dos opciones porque de cada una nacen otras. ¿En qué libros?, ¿en qué código? O, más bien, ¿en la Constitución?

No sería la misma conclusión a la que se llegaría, si se mirase en un código civil, o en la Constitución, distinto a que se trata de un gran número de normas que le prescriben a diferentes sujetos qué deben hacer y qué no. El individuo que inicialmente hizo esa pregunta, quedaría más confundido si verificase en la realidad cómo es el derecho. En primer lugar porque no sabría a dónde ir a mirar: a un juzgado, o a un barrio marginal, o a un centro comercial, o a una plaza de mercado, o a un municipio periférico. En muchos lugares, empezando por el juzgado, encontraría que en la práctica el derecho es bastante distinto a lo que dice en los libros. La confusión en la que estaría inmerso sería inmensa.

Primero, porque no sabría a qué texto creerle: los textos jurídicos entre sí se contradicen en muchos casos:

La precisión del lenguaje humano, en general, y del lenguaje jurídico, en particular, es limitada. (...). La vaguedad o “textura abierta” del lenguaje se acentúa en el campo de las reglas jurídicas –y las reglas sociales en general–, por dos razones fundamentales. Toda expresión lingüística tiene un núcleo duro de significado y un área de penumbra.¹¹

¹¹ Rodríguez (1998: 33-34). La cita continúa: “El núcleo de significado de una expresión está conformado por los casos de fácil interpretación, es decir, aquellos en los cuales casi todos los intérpretes estarían de acuerdo en que la expresión se aplica –no se aplica– a los hechos considerados. Así, en el conocido ejemplo de Hart, frente a una regla que dice: ‘está prohibida la circulación de vehículos en el parque’, todos estaríamos de acuerdo en que los camiones y los automóviles no podrían circular en ese lugar, porque se entiende que esos casos están incluidos en el núcleo de la palabra ‘vehículo’ en este contexto. La zona de penumbra de las expresiones lingüísticas está conformada por los casos difíciles de interpretación, en los que es controvertible si se aplica la expresión de textura abierta a los hechos examinados. En la regla que nos sirve de ejemplo, ¿están comprendidas las bicicletas? Sin duda encontraríamos

Segundo, porque no sabría cuál de todos los textos comparar con la realidad. Y tercero, tampoco podría saber qué realidad, pues pronto descubre que la eficacia de aquél derecho de los libros que decreta ser válido para todo un territorio, varía dependiendo de la clase social, del territorio (ciudad, barrio, presencia del Estado en la zona), del gremio, de la costumbre, coexistencia de otros sistemas de control, etcétera.

La intención de este apartado no es desarrollar el tema sobre la validez del derecho, ni mucho menos construir lo que nadie ha logrado: una definición aceptada universalmente.

Lo importante consiste en manifestar la innegable falta de correspondencia entre lo que se denomina *law in the books* y *law in action*,¹² en el proceso de demostrar que el *law in the books*, en lo relacionado con los derechos sociales, no es coherente con la realidad.¹³ En especial, si desde 1789 se está diciendo que todos los hombres son iguales, y cuando el ingreso *per cápita* anual en países desarrollados está alrededor de 25 mil dólares, mientras en otros muchos la gran mayoría de la población recibe un ingreso anual de 350 dólares o inferior. ¿De qué igualdad se está hablando? ¿De qué sirve lo que dicen los libros, si no tienen una eficacia real? ¿Serán metas que se persiguen? ¿Qué efecto imaginario tiene sobre los ciudadanos del mundo, en especial de países atrasados, la existencia de estos derechos? Respuesta: todo depende de quien sea y donde se encuentre la persona.

intérpretes dando razones a favor de la aplicación de la palabra 'vehículo' a este caso y otros argumentando que las bicicletas pueden circular libremente por el parque".

¹² Esta distinción es bastante utilizada por la sociología del derecho en los Estados Unidos de Norteamérica. El término *law in books* indica aquel derecho que reposa en los libros, señalando cómo deberían ser las cosas; en oposición, el *law in action* hace referencia a aquel derecho que no está escrito, pero que se practica en la realidad, determinando la manera como efectivamente se resuelven muchos problemas sobre los que el *law in the books* no tiene ninguna incidencia, aunque su contenido escrito lo pretenda.

¹³ Para un análisis detallado con cifras sobre reconocimiento, defensa y protección de los derechos sociales, *cfr.* García y Santos (2001: t. I, cap. IX, 455-483).

DESARROLLO IDEOLÓGICO SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO

La perspectiva de Pietro Barcellona¹⁴

A continuación se explorará una perspectiva marxista sobre lo que es el derecho.

La victoria más grande del capitalismo consiste en hacer creer al hombre que no existe ninguna alternativa superior. No son pocos los que creen que con el capitalismo se ha llegado al final de la historia, que no existe un estadio superior para la organización social. El capitalismo ha producido una hegemonía ideológica de orden mundial. Una ideología que no solo pertenece a una clase social específica, como es la burguesía, sino que brota de la conciencia del sujeto moderno.¹⁵

¹⁴ Para una explicación sobre el contenido de su propuesta, véase Bergalli y Silveira (2001: 437-467). Sirva la siguiente anotación de Bergalli y Silveira para reconocer la importancia sustantiva del enfoque del jurista italiano: “[...] Para Barcellona el problema de la democracia es previo al del derecho y la justicia. La democracia no se puede deducir ni del Estado ni del derecho porque la democracia pasa por ser la socialización del poder normativo de la sociedad, la constitución política de lo social. Entre la democracia (el mundo de las pasiones) y las instituciones instituidas —el derecho, las libertades y la justicia— (el mundo de la razón) existe una brecha habitada por los procesos de creación histórica social. Para que haya democracia, en toda democracia debe haber una dialéctica entre la esfera de la ‘política social’, el terreno de la creación social, y la esfera de lo ‘político-estatal’, que tiene como función la conservación de lo existente. El papel de la política es precisamente el de hacer de puente entre estas dos esferas. La política debe transformar el mundo de los impulsos y de las pasiones existentes dentro de la esfera de la ‘política social’ en acciones intencionales, en metas e instituciones compartidas con los otros miembros de la comunidad” (pp. 461-462).

¹⁵ La hegemonía ideológica de la burguesía se articula y complementa con los aparatos de esa dominación. En sentido estricto, no “brota” de la conciencia del hombre moderno, sino del pensamiento de los ideólogos del sistema, de los medios académicos financiados por el gran capital, de los políticos, etc., y se transmite ininterrumpidamente a través de los medios de comunicación masivos, monopolizados por las transnacionales, convirtiéndose así en la ideología espontánea de las masas. Pero esa no es una ley social inmutable. En los momentos de crisis del sistema, esa ideología espontánea puede ceder el paso a la conciencia de la necesidad del cambio: “El modo de producción de la vida material determina [*bedingen*] el proceso social, político e intelectual de la vida en general. No es la conciencia de los hombres la que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social la que determina su conciencia. En un estadio determinado de su desarrollo, las fuerzas productivas materiales de la sociedad entran en contradicción con las relaciones de producción existentes o —lo cual sólo constituye una expresión jurídica de lo mismo— con las relaciones de producción dentro de las cuales se habían estado moviendo hasta ese momento.

En este sentido se podría afirmar que el marxismo clasista caduca al no adaptarse a las nuevas formas de organización social. Los ideales de la vida burguesa se han desplegado a tal punto que han logrado prácticamente la desaparición de la clase obrera, y por ende convertido en un sin-sentido la lucha de clases. El hombre trabajador ya no lucha por la defensa de su clase, sino que por el contrario aspira poder *ascender* de posición social. Se han convencido, mediante todo tipo de propaganda, que la felicidad se obtiene mediante la acumulación.¹⁶

Esas relaciones se transforman de formas de desarrollo de las fuerzas productivas en ataduras a las mismas. Se inicia entonces una época de revolución social. Con la modificación del fundamento económico, todo ese edificio descomunal se trastoca con mayor o menor rapidez. Al considerar esta clase de trastocamientos, siempre es menester distinguir entre el trastocamiento material de las condiciones económicas de producción, fielmente comprobables desde el punto de vista de las ciencias naturales, y las formas jurídicas, políticas, religiosas, artísticas o filosóficas, en suma, ideológicas, dentro de las cuales los hombres cobran conciencia de este conflicto y lo dirimen. Así como no se juzga a un individuo de acuerdo a lo que éste cree ser, tampoco es posible juzgar una época semejante de revolución a partir de su propia conciencia, sino que, por el contrario, se debe explicar esta conciencia a partir de las contradicciones de la vida material, a partir del conflicto existente entre fuerzas sociales productivas y relaciones de producción. Una formación social jamás parece hasta tanto no se hayan desarrollado las fuerzas productivas para las cuales resulta ampliamente suficiente, y jamás ocupan su lugar relaciones de producción nuevas y superiores antes de que las condiciones de existencia de las mismas no hayan sido incubadas en el seno de la propia antigua sociedad. De ahí que la humanidad se plante sólo tareas que puede resolver, pues considerándolo más profundamente siempre hallaremos que la propia tarea sólo surge cuando las condiciones materiales para su resolución ya existen o, cuando menos, se hallan en proceso de devenir" (Cfr. Marx, 1997: 4-5). [N.B. En Colombia, Moisés Melo tradujo esta obra marxista para Editorial Oveja Negra de Medellín, cuya primera edición data de 1968]. Es el "momento de iluminación" de que hablaba Gramsci. Por cierto que el combate contra la ideología del sistema, incluso por medio del derecho, puede ayudar a que llegue ese momento. Esta idea ha venido siendo desarrollada por varios filósofos contemporáneos. Una de las críticas más potentes y devastadoras que desenmascaran estos nuevos tipos de poder, o micropoder en términos foucaultianos, proviene de Antonio Negri y Michael Hardt (2001). *Imperio*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo. Se trata de la versión en español de su libro *Empire* (2000). Cambridge, Mass.: Harvard University Press, la traducción corresponde a Eduardo Satier.

¹⁶ Cfr. "La clase obrera del año 2000". *Le Monde Diplomatique*, junio de 2000, 19-24. Los obreros de las fábricas de automóviles ahora se denominan operadores y se consideran desvinculados de cualquier tipo de lucha. "En este sentido que se ejerce la capacidad de seducción del nuevo espíritu del capitalismo sobre ciertas fracciones del grupo obrero, especialmente jóvenes. Entrar en la modernidad les ofrece perspectivas de identificación diferentes a las tradicionales del movimiento obrero clásico."

¿De dónde proviene el derecho moderno? ¿Qué le hace tener esta forma? ¿Cómo es la relación entre el derecho y la ciencia?

Sin duda, el nacimiento de la ciencia se puede considerar como una de las principales características de la modernidad (Sábato, 1988). Desde Descartes en el siglo XVII, tal como lo aclara Heidegger en su famosa conferencia “¿Qué es eso de la filosofía?”, el pensamiento del hombre ha estado dedicado a la búsqueda de la certidumbre. Las ciencias surgieron de la incertidumbre total y del rechazo al pensamiento escolástico y a las religiones en general:

La ciencia moderna nace y se desarrolla como instancia para la construcción de un mundo humano, no extraño, no caótico, no peligroso como el mundo natural. Es decir, la ciencia nace sobre el presupuesto de una falta de leyes necesarias, sobre la ausencia de necesidad se basa en el azar, en la imprevisibilidad del evento. Su naturaleza es hipotética precisamente por estar abierta a la irrupción de lo imprevisto y lo imprevisible. La ciencia nace como apertura al evento, a la innovación, al devenir, nace como reconocimiento del acaecer, y sin embargo su vocación es la de negar inmediatamente esta apertura, bloquear la innovación, anticipar el devenir y neutralizarlo. Todo su destino está aquí, en esta dramática alternativa: si quiere conferir un orden al mundo, al devenir, al movimiento, la ciencia debe bloquear el azar y negarlo, porque debe normalizar, medir, impedir el retorno al caos, del desorden natural; y sin embargo, para ser ciencia moderna, ciencia sin leyes metafísicas, debe fundarse sobre el azar, sobre la experiencia de la innovación. La ciencia debe garantizar el azar y

co, que no les parece portador de una esperanza colectiva y que parece incluso encerrarlos en un mundo anticuado, cuyos términos ya no encajan con la realidad. Los jóvenes obreros, sometidos a la sucesión muchas veces humillante de pequeños trabajos sin futuro, no manejan ni usan la palabra explotación”. Los equipos de trabajo para el ensamblaje de autos trabajan por metas, de tal manera que son sancionados si no cumplen con la meta propuesta. Cuando un obrero se enferma, el equipo se perjudica pues se retrasa la producción. Por tal razón, los obreros enfermos hacen hasta lo imposible por no ausentarse del trabajo; la represión más fuerte proviene de sus compañeros de trabajo. Cada año el número de horas propuesto para fabricar un carro disminuye: en 1999 era de 18.3 horas, en 2000 de 15. Lo importante para los patronos es la eficiencia del obrero, en nada importa su enfermedad o su estado de ánimo. Esto es en Francia, un país altamente desarrollado, donde la calidad vida y las adquisiciones sociales de los trabajadores es muy alta, y donde de alguna manera sus derechos son reconocidos: ¿cómo será el caso de los trabajadores de los países atrasados, si en los avanzados es así?

la libertad en contra del retorno de la necesidad, del orden cósmico inmutable, del hado antiguo; pero no puede realizar esta vocación suya sin proponerse ella misma como estatuto de necesidad, como continuo exorcismo del azar. (Barcellona, 1996: 18-19)

Inicialmente la nueva cualidad del pensamiento se enfocó hacia el conocimiento del mundo; en ciencias como la física y la química hubo descubrimientos revolucionarios. Pero esta nueva cualidad no se limitó al conocimiento exhaustivo del mundo; también enfocó su interés hacia el hombre. El hombre se convirtió en el nuevo objeto de estudio. Nacieron ciencias que pretendían conocer al hombre hasta lograr predecir sus comportamientos, saber qué pensaba, qué sentía. Todo esto no solo como una herramienta de poder-saber, como describe Foucault, sino por el simple miedo a la incertidumbre.¹⁷ En el momento en que el hombre se convierte en objeto, la ciencia empieza a categorizar sus tipos; ahora se distingue entre enfermo-sano, productivo-improductivo, peligroso-pacífico (Foucault, 1998a: 199-230).¹⁸

Nacimiento del derecho moderno

El derecho moderno nace también en ese momento y de ahí su gran similitud con el naciente espíritu científico:

Completamente análogas son las paradojas de la norma jurídica y del moderno Estado de derecho. El derecho positivo, contingente, arbitrario, presupone la inalcanzabilidad de la justicia como valor objetivo, como ley necesaria; y sin embargo debe afirmarse como única instancia posible, como última forma de la pacificación, como la neutralización de toda posibilidad de nuevo desorden y de la misma libertad de una decisión innovadora que rompa la consistencia del sistema. (...) Ciencia y derecho moderno son hijos de la historia, de la irrupción de lo imprevisto, y son al mismo tiempo bloqueo de lo imprevisto y de la innovación, fin de la historia como discontinuidad y ruptura. (Barcellona, 1996)¹⁹

¹⁷ En el texto "What is Enlightenment?", de Foucault (1984: 32-50), se alude al texto de Kant (1997). *¿Qué es la Ilustración?* Bogotá: Fondo de Cultura Económica. La traducción del texto de Foucault aparece en una compilación de conferencias y ensayos de Foucault (1992).

¹⁸ Para un formidable estudio del pensamiento de Foucault, véase Sauquillo (1989).

¹⁹ La ciencia contemporánea recoge la dialéctica del azar y la necesidad de que ya hablaba Engels, de lo que es la teoría del caos (que se pretende utilizar *in extenso*, pero que los físicos y matemáticos se esfuerzan para darle el lugar que le corresponde en

Estas líneas de Barcellona confirman la estrecha relación entre el nacimiento de la ciencia y del derecho. Muchos de los eventos centrales en la historia de estas dos disciplinas no son mera coincidencia. Ejemplo de ello es ver cómo poco a poco ambas se escindieron de la metafísica. Otro ejemplo es lo que demarca claramente los derroteros de ambas, la necesidad de comprenderlo todo. Ambas van avanzando apoyadas sobre la arbitrariedad. Asumiendo verdades inciertas, planteando dogmas, haciéndolos pasar como axiomas científicos (Foucault, 1995).

Para ir avanzado como ciencia, el derecho requirió ciertos postulados, los cuales facilitaron su fortalecimiento. Así se retomaron algunas figuras romanas que facilitarían la creación de un nuevo tipo de sujeto, el *sujeto jurídico*. Un individuo arrancado de todo vínculo social y ético, pero ubicado en un contexto lleno de necesidades, es aquel que en la modernidad viene a ser reconocido como tal *sujeto jurídico*. Este sujeto sería titular de deberes que ya no eran morales, sino jurídicos. La sanción de su incumplimiento ya no sería la ira del señor feudal o la de dios, sino la fuerza de la ley. La coacción que inicialmente tenía una validez divina, ahora tenía una validez autopoiética. El sistema jurídico, mediante una cantidad de artimañas, lograba darse validez a sí mismo, escondiendo su falacia de circularidad (García, 1997).²⁰

Estas innovaciones han producido un gran cambio en la cosmogonía de los hombres modernos, en especial por el cambio que ha surgido en su relación con la naturaleza. Ahora toda la naturaleza se presenta como *res nullius* (cosa de nadie), lista para ser apropiada. En el siglo XIX, toda África fue vista así, hasta sus mismos habitantes.

Se sabe que el nuevo orden de las cosas era ciertamente distinto a las anteriores formas de la organización social. El Estado moderno, una de las grandes innovaciones de este período, era el monopolizador del derecho, el encargado de darle contenido y de implantar su cumplimiento.

las ciencias naturales). Einstein escribía a Max Born: "tu crees en el dios que juega a los dados, yo solo creo en el valor de las leyes". Y los dos tenían razón, teoría de la relatividad, física cuántica y teoría del caos. El paralelismo entre el neoliberalismo y el intento de poner el caos en el centro de las ciencias sociales despierta sospecha. Para el padre de la escuela del "análisis económico del derecho" el profesor Coase, las normas jurídicas serían creaciones artificiales que no dejan actuar debidamente el mundo de los negocios (que se supone debe estar regido por las caóticas leyes del mercado).

20

En esta obra se encuentra una excelente introducción al pensamiento del ya fallecido Niklas Luhmann.

Pero la eficacia de su obediencia ya no podría consistir en el reconocimiento divino del regente, pues nadie le haría caso. Se diría que son los hombres mismos los que aceptan tal autoridad. Tal autoridad tendría derecho a gobernar gracias a un *contrato social* universalmente válido. Pero todo contrato, aunque sea hipotético como este, requiere partes. ¿Cuáles son? Supuestamente, todo hombre. Si durante tantos siglos muchos hombres nunca fueron tomados en cuenta, surge la pregunta ¿por qué se incluye ahora a los excluidos?, ¿qué beneficios traería hacerlo?²¹

Tras la caída del feudalismo resurgió el Estado absolutista. Pero este Estado no promocionaba la emancipación de los hombres, *de facto* la burguesía se mantenía subordinada tras la caída del feudalismo. Especialmente afectada se encontraba la naciente burguesía. Ésta tenía en la monarquía un obstáculo para facilitar sus actividades. El feudalismo había fracasado gracias a la formación de las ciudades y la extensión del comercio, pero, con su debilitamiento, la burguesía todavía no era tan fuerte como para asumir el poder; ni la mentalidad de los siervos estaba preparada (Sweezy, 1972: 16-48).²² El absolutismo monárquico fue el gran paso transicional entre el feudalismo y el capitalismo. Su gran logro fue revivir el Estado, recuperar las instituciones sociales. Para la existencia del Estado moderno fue necesaria la existencia previa del Estado absolutista.

El Estado absolutista atentaba contra la libertad y los intereses de la nueva clase burguesa. En realidad poco importaban los títulos nobiliarios, lo primordial era por lo tanto tener el dinero para comerciar. La mo-

²¹ Foucault contrapone el contractualismo de los filósofos del siglo XVIII con el nuevo estado de la guerra-opresión de la supuesta paz perpetua en la que la tensión de las relaciones de poder se legitima y se tornan eternas. Foucault invierte la frase de Clausewitz: la guerra es la continuación de la política, en la política es la continuación de la guerra. Esta afirmación le permite comparar el estado de cosas actual como una etapa de guerra constante. "Se articula en torno al poder como derecho originario que se cede y constituye la soberanía, y en torno al contrato como matriz del poder político. El poder así constituido corre el riesgo de hacerse opresión cuando se sobrepasa a sí mismo, es decir, cuando va más allá de los términos del contrato. Poder-contrato, con la opresión como límite o más bien, como la superación del límite. El otro sistema trataría de analizar, al contrario, el poder político, no ya según el esquema contrato-opresión, sino el de guerra-represión. En este punto, la represión ya no es lo que era la opresión respecto del contrato, es decir un abuso, sino el simple efecto y la simple continuación de una relación de dominación. La represión no sería otra cosa que la puesta en funcionamiento, dentro de esta 'pseudo-paz', de una relación de fuerzas perpetua" (Foucault, 1998b: 31).

²² Como se recordará, este aspecto es parte del famoso debate entre Dobb y Sweezy, en el que por cierto este último salió airoso.

narquía desconocía estos nuevos procesos, pero era causante de exorbitantes gastos, tarde o temprano cometería abusos contra los nuevos ricos –para financiar sus despilfarradores lujos–, representados en altísimos impuestos o préstamos nunca pagados. De igual manera, los burgueses estaban interesados en tener algún tipo de participación política. La monarquía era un enemigo de sus intereses, de ahí que la realeza tendría que caer o por lo menos pasar a un segundo plano. Tendría que aparecer una nueva forma de gobierno en la cual la burguesía fuese la que ejerciese la hegemonía.

El paso de un Estado al otro requería una Revolución, el *ancien régime* no caería tan fácil. La bandera para conseguir apoyo era clara. Su emblema: la igualdad entre los hombres, de la que los monarcas eran símbolo antagonico. La monarquía no podía alcanzar la abolición de los rezagos feudales uniendo contra ella a los antiguos siervos de la gleba con la burguesía.

El 6 de agosto de 1789, la Constituyente francesa adoptó el siguiente texto final:

La asamblea nacional deja abolido el régimen feudal por completo; decreta que los derechos y deberes, bien sean feudales o de “*quit-rent*”, aquellos que pertenecen a manos muertas reales o personales, quedan abolidos sin indemnización. Todas las demás obligaciones acostumbradas son redimibles, y el precio y método de readquisición serán determinados por la Asamblea Nacional. Los derechos extinguidos que no son suprimidos por este decreto continuarán en vigor hasta que hayan sido redimidos.

El 11 de agosto, la Constituyente –en la búsqueda de la secularización del Estado– suprimió los diezmos.

¿Cuál era la implicación del decreto adoptado por la Asamblea? Ciertamente, el régimen quedó en principio abolido, y esto fue un logro de importancia. Sin embargo, la cláusula de redimibilidad de los derechos sobre la tierra equivalía en la práctica a mantenerlos. Los campesinos no tenían los medios con que redimirlos. Y llegar a un acuerdo sobre el valor de los derechos y el modo de pagar la indemnización envolvía un proceso legal complicado. De este modo, los privilegiados pudieron salvar ingresos considerables. Los representantes de la rica burguesía, atemorizados por la revuelta de los campesinos, habían corrido para ayudar a los amenazados aristócratas (Thorez, Ducloz, Politzer y Peri, 1968: 92-93).²³

23

Por ello “el mismo Marx parece haber mirado algunas veces conceptos como el de la justicia como mera ideología burguesa para enmascarar la explotación, aunque

Esta nueva insignia de la igualdad tomaría un curso que estaba bastante alejado de lo que pensaron sus promotores. Todas las manifestaciones sociales y en especial las más radicales fueron aplastadas por la oleada reaccionaria subsiguiente a la revolución.

La igualdad tenía un contenido abstracto, formal, no material.²⁴ El derecho igualitario burgués es nivelador en abstracto, porque aplica a todos los hombres la misma medida, sin tener en cuenta sus diferencias físicas, familiares, intelectuales, etc. Según Marx y Engels, en la sociedad comunista el estrecho derecho burgués sería superado, y cada uno dará según sus propias capacidades y recibirá según las propias necesidades (Marx y Engels, 1998).²⁵

El nuevo Estado dejaría el paso abierto para que el mercado, acudiendo al artilugio de *la mano invisible*, lograra el orden social. Así lo pensó Adam Smith en 1776 en su obra *La riqueza de las naciones*. Su pensamiento daría soporte al pensamiento liberal que con el triunfo de la Revolución Francesa lograría el poder político, verdadero hito histórico en

su propia obra esté impulsada, irónicamente, por el deseo apasionado de una sociedad justa. La burguesía puede ser obstáculo para la libertad, la justicia y el bienestar universal en la actualidad; pero en su tiempo, fue una fuerza revolucionaria que derrotó a sus antagonistas feudales, que legó las ideas de justicia y libertad a sus sucesores socialistas, y que desarrolló las fuerzas productivas a tal punto que el proyecto socialista se hace factible" (Eagleton, 1999: 53-54).

24 Eagleton (1999) precisa al respecto que: "El Estado burgués ve sus ciudadanos como iguales en abstracto, por ejemplo, en las urnas de votación, pero sólo de una forma que suprime y encubre sus desigualdades sociales específicas. La meta de la democracia socialista es acabar con esta fisura entre la forma política y su contenido social, de manera tal que nuestra presencia en el Estado político, como ciudadanos participativos, pueda ser nuestra presencia como individuos reales: "Sólo cuando el hombre real, individual, reabsorba en sí mismo al ciudadano abstracto y, como hombre individual, exista en el ámbito de especie en su vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales; sólo cuando, habiendo reconocido y organizado sus *fuerzas propias* como fuerzas sociales, ya no las separe de sí en forma de fuerza política; sólo entonces se habrá cumplido la emancipación humana" (*La cuestión jurídica*, p. 201). Así como Marx quiere abolir el intercambio de mercancías en la esfera económica, para que la producción esté más al servicio del uso que de la ganancia, también desea 'desmercantilizar' la personalidad humana, emancipando la riqueza del desarrollo sensible del individuo de la lógica abstracta, utilitaria, en la que comúnmente se halla prisionero" (pp. 32-33).

25 Cfr. Marx y Engels (1998), donde se lee que: "El lugar de la antigua sociedad burguesa, con sus clases y sus contradicciones de clase, será ocupado por una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno será la condición del libre desarrollo de todos" (p. 67).

el mundo entero (Bobbio, 1990: 58-69).²⁶ Con el pensamiento de Smith “el liberalismo económico encuentra su evangelio. El capitalismo, oprimido aún por la rigidez de las instituciones del *ancien régime*, lanza al mundo la promesa de sus futuras realizaciones que hace posible la Revolución Francesa”.²⁷

La nueva igualdad se reconocía en que todos los hombres eran capaces e iguales para contratar.²⁸ Las relaciones civiles y comerciales ahora

26 Thorez *et al.* (1968) también demuestran la necesidad de la Revolución Francesa para la definitiva abolición del feudalismo y la superación del Estado absolutista. Sin embargo, se hace una fuerte crítica a la creencia de que la Revolución Francesa haya logrado verdaderos avances para la clase trabajadora. Una clara muestra de ello fue la arremetida contrarrevolucionaria contra la *conspiración de los iguales* liderada por Babuef. Con este y varios ejemplos más, comprueban el componente reaccionario de la gran revolución burguesa de 1789.

27 Tallada, José M. (1996). Prólogo escrito en 1933 a *La riqueza de las naciones*, de Adam Smith, traducida en 1794 por José Alonso Ortiz. Barcelona: Editorial Folio, p. 9.

28 “Marx ve la noción de ‘igualdad de derechos’ como herencia de la época burguesa, como una especie de reflejo espiritual del intercambio de mercancías iguales en abstracto. Esto no quiere decir que para él el concepto carezca de valor, sino que, inevitablemente, reprime la particularidad de hombres y mujeres, sus dotes diferenciales únicas. Así, actúa, entre otras cosas, como una forma de mistificación, ocultando el verdadero contenido de las desigualdades sociales tras una mera forma legal. En últimas, Marx está más preocupado por la diferencia que por la igualdad. Bajo el socialismo se mantiene vigente que: ‘(...) unos individuos son superiores física o intelectualmente a otros y rinden pues, en el mismo tiempo, más trabajo, o pueden trabajar más tiempo; y el trabajo, para servir de medida, tiene que determinarse en cuanto a duración e intensidad; de otro modo, deja de ser medida. Este derecho *igual* es un derecho *desigual* para trabajo desigual. No reconoce ninguna distinción de clase, porque aquí cada individuo no es más que un obrero como los demás; pero reconoce, tácitamente, como otros tantos privilegios naturales, las desiguales aptitudes de los individuos y, por consiguiente, la desigual capacidad de rendimiento. *En el fondo es, por tanto, como todo derecho, el derecho de la desigualdad.* El derecho solo puede consistir, por naturaleza, en la aplicación de una medida igual; pero los individuos desiguales (y no serían distintos individuos si no fuesen desiguales) solo pueden medirse por la misma medida siempre y cuando se les mire solo desde un aspecto *determinado*; por ejemplo, en el caso concreto, *sólo* en cuanto obreros, y no se vea en ellos ninguna otra cosa, es decir, se prescinda de todo lo demás: Prosigamos: unos obreros están casados y otros no; unos tienen más hijos que otros, etc., etc. A igual rendimiento y, por consiguiente, a igual participación en el fondo social de consumo, unos obtienen de hecho más que otros, unos son más ricos que otros, etc. Para evitar todos estos inconvenientes, el derecho no tendría que ser igual, sino desigual’ (*Crítica del Programa de Gotha*, pp. 334-335). El socialismo no es, entonces, una simple nivelación de individuos, pues contempla un respeto hacia sus diferencias específicas, y permite que estas diferencias, por primera vez, se hagan valer” (Eagleton, 1999: 63-64).

eran regidas por códigos. En ellos se recalca la importancia de la autonomía de la voluntad. Eran pocas las restricciones impuestas al individuo para acordar los contenidos de los contratos.²⁹ A la vez, los derechos del hombre también se alzaron a la calidad de normas jurídicas. Normas que se podrían denominar con cierta cándida inocencia como directrices. ¿Cómo podrían convivir los principios del derecho civil con algunos de los nuevos derechos humanos positivizados? La única manera era dándoles un significado blando a tales derechos.

Tómese por ejemplo el derecho a la vida. Una interpretación que se le podría dar sería, ningún hombre podrá matar a otro hombre. Otra podría ser, todo hombre debe tener derecho a sobrevivir. Pero si le diese otra interpretación más dura, como: todo hombre tiene derecho a vivir dignamente, inmediatamente se preguntaría, ¿quién está en la obligación de hacer valer esta norma, el Estado, la sociedad?, ¿cuál es la sanción por no cumplirla, qué debe hacerse para realizar este derecho? La interpretación que se optó ante ese enunciado en un comienzo fue el de un derecho vacío. De acuerdo con los principios del derecho civil, todo contrato consensual nace jurídicamente cuando se manifiesta la voluntad de las partes. ¿Sería válido un contrato en el cual la parte pasiva –el trabajador– aceptara un salario ínfimo, cuando su alternativa es la inanición? No parece que exista de por medio la verdadera voluntad del trabajador, por lo tanto el contrato debería ser nulo, e inválido pues la dignidad del trabajador está siendo sacrificada. Y sin embargo, en la época de la revolución industrial fue cuando más abusos se cometieron contra los trabajadores. Familias enteras padecían jornadas de 14 y 16 horas diarias.

Desde ese entonces, el derecho demostró su incapacidad para producir avances sociales. A pesar de que su contenido así lo aparentara, las normas tenían un contenido vacío y se limitaban a establecer reglas de juego.

El gran cuestionamiento que empieza a surgir es el siguiente: ¿qué sentido tiene la existencia de unas normas con un contenido que arguye ser favorable para el hombre, cuando las condiciones reales se apartan de tales postulados? La interpretación de la norma y su margen de alcance están supeditados a las condiciones económicas imperantes.

29

Tal supuesta autonomía queda en entredicho, pues, como se sabe, la formación de los contratos no es más que un contenido impuesto por una parte más poderosa. La parte débil no tiene ninguna posibilidad de acordar el contenido con la amenaza de contratar a otra parte, "si quiere bien, o si no se consigue otro". Véase Barcellona et al. (1993: 143-155).

El derecho no sobrevive incólume a estas ambigüedades y se reconoce en él una crisis. Harold Berman señala un futuro mejor, como una de las características del derecho moderno que promete una emancipación:

Un elemento clave de cada una de las grandes revoluciones de la historia occidental fue la visión apocalíptica del futuro. Cada una fue más que un programa político, hasta más que una lucha apasionada por reformar el mundo. Cada una representó también la fe en una escatología y un compromiso con ella, un sueño mesiánico de un tiempo final, una convicción de que la historia avanzaba hacia un desenlace último. (Berman, 1996: 36)

Pero el derecho parece más bien haberse estancado, ya se ha llegado al final de los tiempos, al reino de los cielos en la tierra, no puede esperarse nada mejor. El derecho ignora la situación externa, cree para sí que gracias a ser moderno, él mismo es un sistema independiente de los demás sistemas, que avanza autónomamente. Así, desde un punto de vista luhmaniano, el derecho asume y muestra haber reducido la complejidad del entorno a un máximo, siendo que la realidad sigue independiente de él, y la independencia que presupone es apenas una figura, pues el contenido del derecho nunca podrá ir en contravía de los valores económicos imperantes. Y, por tanto, la escisión del derecho como sistema independiente no es cierta, su contenido estará sujeto a una mutación dirigida por las exigencias económicas.

Tal esbozo positivo del derecho se debe a Kelsen:

El esfuerzo de Kelsen es, desde este punto de vista, ejemplar por el modo en que pretende configurar lo jurídico como una realidad que se basta a sí misma, capaz de autofundarse, no condicionada ni por las relaciones de fuerza ni por la ideología. Kelsen afirma expresamente: *el derecho es un medio social específico, no un fin. El derecho hace del uso de la fuerza un monopolio de la comunidad. Toda norma es un modelo de conducta asociado a una ventaja o a una desventaja que, mediante la técnica del ojo por ojo, realiza casi automáticamente la reintegración del orden turbado*, y replica que toda norma que establece sanciones debe ser establecida por el mismo derecho: *el derecho es esencialmente una técnica de producción de mandatos mediante procedimientos regulados por el mismo derecho*. En definitiva, el derecho tiene el privilegio de regular su propia creación. (Barcelona, 1996: 24)

La situación global muestra una gran crisis, que sistemas como el derecho parecen ignorar. La propuesta de Kelsen se presenta y se desarrolla como

cierta. Más aún, lo cierto es que el desarrollo del pensamiento jurídico avanzó separado de los avances sociales, y por lo tanto el derecho se muestra como el mejor y el único posible capaz de reflejarse exclusivamente en sí mismo.

Sin embargo, más allá de este resultado, más allá de esta consistencia del sistema, algo sigue emergiendo: el sufrimiento individual y la miseria de las relaciones humanas se condensan en el umbral del sistema como una pregunta aplazada; no tienen forma, pero la reclaman (Barcelona, 1996: 22).

Efecto del derecho moderno sobre la conciencia y la creación del sujeto como objeto de consumo

En la actualidad, una mejoría reconocible es el pluralismo. Tarde o temprano se sabría que mediante pretensiones metafísicas universalistas todo intento por desconocer la diversidad de valores culturales fracasaría. La diversidad no es un invento, es posible comprobar su existencia al visitar cualquier gran ciudad del mundo. Sin embargo, el liberalismo sigue detrás de la mayoría de las organizaciones sociales, aunque ahora liberado de su revestimiento metafísico logra o por lo menos se adjudica el papel de integrar a la comunidad global. El derecho ha sido capaz de incorporar este *politeísmo de valores* (proveniente de distintas causas: religión, cultura, o simple *life style*). Desde su óptica (la del derecho), la procedencia racial o religiosa (o cualquier otra) parece dejar de importar, *el sistema solo ve lo que tiene que ver y no ve lo que no tiene que ver* –según la frase de Luhmann–. Por lo tanto, el color de la piel o las creencias le son indiferentes. Todas las diferencias son absorbidas por el principio, ya mencionado, de la igualdad. Esta igualdad tiene un efecto negativo a causa de la conversión del sujeto en una partícula homogeneizada, como parte de una masa uniformada.

En realidad, la connotación más significativa del derecho como regla que determina su propia creación del derecho como medida universal, supone lograr un objetivo que en cierto sentido puede parecer imposible: *permitir la unificación de una sociedad atomizada*, permitir la coexistencia de lo que Weber y Kelsen llamarían el moderno “politeísmo de valores”, la falta de valores absolutos o de verdades vinculantes, la atomización y la disipación individual de la sociedad y, al mismo tiempo, permitir la realización de una profunda y fuerte unificación de la sociedad de los átomos de manera que se impida la resolución del individualismo en el desorden y en el conflicto permanente. Puede parecer paradójico, pero lo que el derecho realiza en su configuración moderna parece casi un evento milagroso

en el desarrollo de las sociedades humanas: unir y separar a la vez, mantener como posible la división y la atomización de la sociedad, concebida como sociedad de individuos independientes y, al mismo tiempo, realizar su unificación, alcanzar esa unidad que permite identificar la sociedad como código (Barcellona, 1996: 25).

En este orden de ideas, cabe la pregunta sobre la relación del derecho con la Justicia. Socialmente se ha llegado a tratar estas dos palabras como sinónimos. Puede que tal uso provenga de una herencia iusnaturalista, o de un *positivismo ideológico* extremo, en términos de C.S. Nino (1983: 23-25). Sin embargo, tal uso resulta *cínico*. Para muchos, la única justicia posible es la que se le acredita al derecho moderno liberal. ¿Pero qué justicia ha obtenido el derecho, distinta a una burda concepción de esta que trata a los desiguales como iguales (igualdad formal), haciendo permanecer intacto el *statu quo*?³⁰

Siempre ha sido y es imposible encontrar un consenso alrededor de un concepto como *justicia*. Durante la historia de la humanidad, la mayoría de los hombres se han designado como defensores y buscadores de la justicia. Repasar sus acciones en pro de obtener tal justicia causa asombro, pues sus procedimientos parecen altamente injustos. Casi todas las guerras han sido por cuenta del enfrentamiento entre dos visiones distintas de Justicia, cada una segura de sí misma y capaz de aplastar la concepción contraria con tal de prevalecer. ¿En cuál de todas creer?

La variedad de tipos de ideas sobre lo que es la justicia es sorprendente. Solo en lo que se puede denominar como Liberalismo, oscilan concepciones de justicia que van desde liberalismos a ultranza como los de Von Hayek (1996) o Nozick (1990), pasando por liberalismos intermedios como el de Rawls (1993 y 1998) a liberalismos socialistas como el de R. Dahrendorf (1970; 1995: 37). Eso sólo en el liberalismo. Pero los comunitaristas tienen otras, los comunistas otras, los anarquistas otras, etc. Y en cada una de estas existen varias posiciones. ¿Es posible encontrar la mejor? No se podría saber. Todas tienen argumentos a su favor. El problema surge cuando todas las versiones de justicia se creen la mejor, la única. Cuando alguna pretende ser hegemónica, las demás pasan a un segundo plano, y la

30

Es tal el arraigamiento del tan estrecho lazo entre justicia y derecho, que no son pocos los países en donde los ministerios de Derecho son llamados ministerios de Justicia. Tal como George Orwell lo exponía en su apocalíptica novela *1984*. En Colombia, país de exabruptos, se le denominaba desde 1991 "Ministerio de la Justicia y el Derecho", y con la reestructuración de la administración central efectuada en 2003 se le denomina "Ministerio del Interior y Justicia".

lucha no se limita a los debates académicos. Sin embargo, a pesar de la indeterminación, se debe tomar postura.

A grandes rasgos y de manera concreta, la concepción por la que aquí se propugna consiste en que la justicia solo puede ser alcanzada mediante una verdadera justicia social.³¹ Verdadera no en un sentido absoluto, sino en el sentido que debe ser universal –transnacional, válida para todo ser humano–, en la cual todo hombre y mujer tengan la posibilidad de vivir dignamente.

No es pertinente detenerse en las razones (y sentimientos) por las cuales aquí se defiende un concepto de justicia específico, pues no se está proponiendo una nueva teoría de la justicia. En resumen, se puede pensar con respecto a la justicia que, como punto medular, a todo ser humano se le debe reconocer una calidad de vida superior a la mínima supervivencia. No basta solo con asegurar la vida. Esta concepción está radicalmente en contra de las propuestas neoliberales y liberales que consideran que los problemas de justicia en el mundo se deben a que falta más liberalismo; que la pobreza proviene de la falta de libertad de mercado, de la excesiva intervención estatal, de los aranceles, de las restricciones estatales en las fugas de capitales. El neoliberalismo no es aceptable, pues al verificar la situación global en términos económicos (redistribución del ingreso, expectativa de vida, mortalidad infantil, nivel de educación, agua potable, desnutrición), se encuentra una situación bastante desalentadora.

Dentro de esa tendencia predominante neoliberal se encuentra un derecho que a pesar de designarse, por lo menos en teoría, como defensor de la justicia, se ha limitado exclusivamente a vigilar el cumplimiento y garantizar unas reglas de juego. A esta visión se pueden plantear varias objeciones. Una de ellas argumenta que legislaciones de muchos países han promovido principios aptos para la obtención de avances sociales como la solidaridad.

Se puede aceptar que esto puede ser cierto para naciones avanzadas, en las cuales este tipo de normas pueden ser eficaces por cuenta del desarrollo y riqueza del país. Pero, como se ha repetido, estos derechos sociales no pueden tener una vigencia mundial, gran parte de la pobreza que ellos ya superaron, la exportaron. Las empresas multinacionales contratan mano de obra más económica en países cuya oferta laboral es alta y barata, y donde la inexistencia o desmonte de las prerrogativas de los tra-

31

En el plano ético es tarea diaria desenmascarar todo discurso convencido de ser el único poseedor de la verdad.

bajadores (como la seguridad social) no producen sobrecostos. La rentabilidad de las empresas se afectaría si los salarios fuesen del mismo monto en todo el mundo y los derechos laborales y la seguridad social se reconociera y respetara en el marco del proceso de globalización.

De tal manera quedan rebasadas la soberanía y la autodeterminación de aquellos países que resultan atractivos para la inversión extranjera. Puede que los esfuerzos locales por lograr prerrogativas laborales para los trabajadores sean inmensos; sin embargo, son pírricos, pues darles vigencia significaría retar las exigencias neoliberales, ocasionando represalias económicas contra el respectivo país. Esta realidad desvincula totalmente al derecho como medio para la obtención de la justicia.

La norma ya no es mandato de realizar un objetivo o un fin, sino que se ha convertido en una regla de juego, de un juego en el que todos pueden jugar. La sociedad de los átomos es una sociedad que juega. El conflicto y la guerra civil se han convertido en un juego permanente para el que no es necesaria una ley, sino que basta una regla que defina ámbitos y modalidades. (Barcellona, 1996: 26)

Pero, a pesar de tal realidad, pareciera no haber ninguna salida. Pareciese que es preferible la globalización, a cerrar las puertas al mercado global, es indispensable para toda nación comerciar con otras naciones. La encrucijada neoliberal no tiene alternativa, al menos que hubiese un cambio de actitud mundial con respecto a los valores económicos.

Los siguientes puntos de vista, tomados del artículo “El dilema de la globalización, un hecho irreversible”,³² parecen dar clara muestra de esta encrucijada:

Stanley Fischer, Director del Fondo Monetario Internacional (FMI) declaró a propósito de una conferencia que dictó en Camerún sobre los restos de la globalización en África “que no tiene sentido preguntarse si deberíamos continuar o ir en contra de la globalización”. La globalización está aquí para quedarse: la realidad es que nosotros ya vivimos en una economía global, donde los flujos de comercio, de capital y el conocimiento más allá de las fronteras nacionales no sólo es grande sino que cada año se incrementa más. Los países que no estén dispuestos a agacharse con otras naciones arriesgan a quedar rezagados del resto del mundo en términos de ingreso y de desarrollo humano.

32

El Espectador, edición del domingo 24 de junio de 2001, 2A-2B.

Noami Klein en su libro *No Logo* dice: “El comercio libre en el mundo promueve el crecimiento económico global. Crea empleo, hace de las empresas más competitivas y reduce el precio de los bienes para los consumidores. También provee a los países pobres de flujos de capital extranjero y de tecnología que les dan la oportunidad de desarrollarse económicamente y, al extenderse la prosperidad, se crean las condiciones en las cuales la democracia y el respeto por los derechos humanos pueden florecer”.

El economista Paul Krugman, días antes de la cumbre de Québec, publicó en el *New York Times* un artículo titulado “Razón y corazón”. En éste sostiene que el movimiento antiglobalización genera efectos contrarios a los que busca: en 1993, niños de Bangladesh trabajaban produciendo ropa para los almacenes WalMart (una cadena de Estados Unidos). El Senador Tom Harkin presentó un proyecto legislativo que prohibía la importación de productos que involucraran trabajo infantil. Como resultado, las fábricas textiles de Bangladesh dejaron de emplear niños. Las preguntas que se hace Krugman son: ¿regresaron los niños a la escuela? ¿regresaron a hogares felices? La respuesta real es no. Estos niños trabajadores terminaron en trabajos peores o en las calles y un significativo número terminó en prostitución. Krugman agrega: “El punto es que los países del Tercer Mundo no son pobres porque los trabajadores que producen bienes de exportación ganan bajos salarios. Es al revés. Porque los países son pobres, lo que a nosotros nos parece como un mal trabajo y un mal salario son casi siempre mucho mejor que otras alternativas como millones de mexicanos emigrando hacia el norte del país para vincularse con bajos salarios a la producción de bienes de exportación, hecho que indigna a los trabajadores de la Nafta. *Y esos trabajos no existirían si los salarios fueran mucho más altos: los mismos factores que hacen pobres a los países pobres –baja productividad, mala infraestructura, desorden social– implican que tales países puedan competir en el mercado mundial únicamente si ellos pagan salarios mucho más bajos que aquellos pagados en Occidente*” (las cursivas no son del texto). Y termina diciendo: “Muchas de las personas que están adentro de las rejas están sinceramente intentando ayudar a los países más pobres del mundo. Y las personas que están afuera [refiriéndose a los activistas antiglobalización] están haciendo lo mejor que pueden para hacer que los pobres sean más pobres”.

Se han presentado al menos tres puntos de vista totalmente convencidos de que su causa es la única y por supuesto la correcta. Y, de hecho, parece-

rían tener razón, aparentemente se ha llegado a un callejón sin salida. Se está tan involucrado en esta lógica, que renunciar a ella es optar por consecuencias terribles.

Sin embargo, el resultado mundial producto de la globalización económica tampoco es alentador. ¿Qué alternativas existen?, ¿cuáles son los obstáculos?

Uno de los principales problemas consiste en que los intereses privados de las multinacionales difícilmente van a ceder (sobre todo cuando la mayoría –pues no solo son los poderosos– cree que la justa causa está en la libertad del mercado) a principios de equidad y de solidaridad. Hasta ahora la guerra la gana, por todos sus flancos, la globalización neoliberal. La misma cultura está de su lado y atacarla es atacar el *modus vivendi* patrocinado por el mundo capitalista.

He ahí la encrucijada: Stanley Fischer, Naomí Klein y Krugman parecen tener razón. Renunciar a esa lógica podría tener consecuencias terribles en un panorama nada alentador. Las sociedades transnacionales (STN) no van a ceder.

Fischer y Klein se equivocan en el sentido directo de que lo que aseveran no corresponde a la realidad de los hechos. Basta enterarse de lo que pasa ahora en el mundo. Lo de Krugman es un poco más complicado porque hace afirmaciones sobre las “ventajas” que tiene para los trabajadores del Tercer Mundo ser mal pagados y que no se respeten las leyes sociales. Su razonamiento parece lógica pura. En Francia, el fascista Le Pen decía que para resolver el problema de los tres millones de desocupados bastaba con expulsar del país a tres millones de árabes y se acabaría la desocupación. Matemática pura. Sin embargo, el razonamiento es económicamente falso. Lo mismo ocurre con Krugman. Pero es difícil responder sin desarrollar a fondo un razonamiento y ya lo han hecho muchos excelentes economistas. Keynes, Galbraith, Emmanuel, Amin y muchos otros podrían demostrar la falsedad del razonamiento de Krugman. Apelando a estos economistas se puede hacer la demostración contraria: que a los capitalistas les conviene pagar más y dar mejores condiciones de trabajo a los trabajadores. Lo que hace Krugman es justificar el sistema actual con un razonamiento falso (sin dejar de anotar que carece totalmente de ética).³³

33

Luchar contra esta ideología dominante no es fácil: Klein y Krugman son *best sellers*, pero ¿quién lee a Amin, Keynes o Galbraith? Lo curioso con Klein es que, además, algunos comentarios lo presentan como un gran crítico del sistema actual. Es el caso,

No es congruente reconocer que el panorama actual no es alentador, pero que cambiarlo tendría graves consecuencias: el sistema actual es terrible e intentar cambiarlo es lo mejor que se puede hacer. No se trata de atacar el *modus vivendi* de la población mundial sino el *modus muriendi*. Y no sólo de los que mueren de hambre, de enfermedades, y en las guerras internacionales y en las guerras civiles, etc., que no son pocos, sino de los que viven como máquinas trabajando y consumiendo compulsivamente, cualquiera sea su categoría social.

El reino de la técnica

Cuando las ciencias han sido capaces de construir un mundo en el que ya no hay nada por descubrir, el futuro no aparenta ser mucho más de lo que es el presente. Ahí es donde la técnica toma su papel protagónico. En este momento la ciencia, como tal, es innecesaria, lo único que queda es repetir, lo que la ciencia sabe, mecánicamente. El *modus vivendi* de los hombres de hoy está plagado por la técnica.³⁴

Con esto se quiere decir que *hasta el progreso se ha convertido en rutina*, que la capacidad humana de dominar técnicamente a la

mucho más sutil e influyente del Nobel de Economía 1998, Amartya Sen, cuyas ideas son sometidas a un agudo escrutinio en Teitelbaum (2001: 90-91), quien aclara que: "Sen pone en el centro de su reflexión la libertad individual, las condiciones que deben darse para que el individuo pueda elegir libremente lo que considera mejor para sí mismo. Se puede emparentar el pensamiento de Sen con el de los economistas utilitaristas, marginalistas y, en general subjetivistas [...]. Un rasgo común entre Amartya Sen y dichos economistas es el enfoque subjetivo, individualista, de la inserción del ser humano en la sociedad en general y en las relaciones económicas en particular. El individuo vive eligiendo, en la medida de sus capacidades, lo que considera mejor para él. Y Sen precisa que las capacidades del individuo consisten en tener satisfechas sus necesidades materiales básicas y disfrutar de las libertades civiles y políticas, incluida la de estar informado, para poder elegir. El otro rasgo común entre los mencionados economistas y Sen es olvidar el carácter básicamente social e histórico de los sistemas económicos y de las relaciones económicas correspondientes e ignorar el sistema social y económico real y concreto que los rodea. Para una interesante reflexión sobre la inaplicabilidad del derecho al desarrollo, consúltese Uribe (2003: 198-208).

³⁴ No solo su entorno sino también su subjetividad está plegada a la técnica. Barcellona cita a Severino, para denunciar el tipo de hombre que surge de la técnica: "la técnica está proponiéndose llegar a la reconstrucción de la estructura mental del individuo y conferirle aquellas cualidades psicológicas necesarias para el funcionamiento eficaz de los instrumentos" (E. Severino, *Gli abitatori del tempo*, cit., pp. 13, 23, 33 y *passim*).

naturaleza se ha desarrollado de tal forma que es capaz de asumir los caracteres de una capacidad de planificación que hace imposibles lo nuevo y lo imprevisto. (Barcellona, 1996: 34)

Toda actuación que se salga de los parámetros establecidos se convierte en una amenaza. Para estos parámetros son irrelevantes las preferencias sexuales, la raza, la religión, o la ropa que sea usada (según sus normas todos somos iguales –¿pero de qué forma? –). Lo relevante está constituido por la pertenencia a una sociedad de mercado (importa la capacidad de consumo, la capacidad de producción, lo demás no tiene relevancia). Nadie, absolutamente nadie, puede salirse de esta celda (en terminología foucaultiana: de este secuestro). La opción, la alternativa a este estilo de vida, es la exclusión, la locura, el hambre:

En la época de la desmesura del deseo y de la máxima artificialidad del orden, el derecho se convierte en pura técnica de control o quizás en la expresión de una voluntad de parte, de la misma forma que el Estado moderno es producto de una parte.

(...) Contradicción dramática, pues entre el derecho y la justicia, que recuerda antiguos dualismos y antiguas contradicciones, que habría que entender como un mero repetirse de cosas ya sucedidas si no percibiésemos que hoy dicha contradicción ha alcanzado un nivel inusitado e inédito, haciendo cada vez más dramático, en ciertos aspectos, el problema de mantener un orden en el mundo y de encontrar un enlace entre los procedimientos legales y las demandas concretas de equidad planteadas por el conjunto de los estratos sociales que componen la sociedad moderna.

Cada vez más, esta sociedad necesita ser regulada jurídicamente; y cada vez más, la justicia aparece lejana e indecible. (Barcellona, 1996: 27)

En este reino de la técnica, la justicia sale del horizonte como algo a lo que se aspire llegar. La técnica ha logrado que parezca que la justicia ya está aquí en el presente; que con el transcurso normal de las cosas, se llegare al máximo de justicia posible:

La técnica parece proponerse el objetivo (enormemente arriesgado) de construir una *segunda naturaleza sin raíces*, una naturaleza fundada en la capacidad que tiene el hombre de destruir y construir las cosas, en la infinita disponibilidad de la cosa para ser construida y destruida, y, por tanto, para venir de la nada y llegar

a la nada (...). La contradicción entre el derecho y la justicia refleja profunda e intrínsecamente la contradicción entre técnica y vida, entre la abstracción autosuficiente de la técnica y la demanda de sentido para los problemas de la vida y para la relación con el mundo. (Barcellona, 1996: 29-30)

En esta fría lógica del reino de la técnica –por supuesto, en un entorno comprendido por el capitalismo– es claramente identificable la predominancia del formalismo jurídico en el derecho. Aquí se referencia el formalismo de la siguiente manera:

Por formalismo no me refiero –anota Roberto Mangabeira Unger– a lo que para lo que generalmente se usa: creencia en la existencia de un método deductivo o cuasi deductivo capaz de dar determinadas soluciones a problemas jurídicos particulares. Formalismo en este contexto es un compromiso por, y por lo tanto también en la creencia de la posibilidad de un método de justificación jurídica que contrasta con disputas abiertas acerca de los términos básicos de la vida social, disputas que la gente llama ideológicas, filosóficas, o visionarias. Tales conflictos están lejos del limitado canon de argumentos e inferencias que los formalistas adjudican al análisis jurídico. Este formalismo dice que los propósitos, políticas, y principios impersonales son componentes indispensables del razonamiento jurídico. El formalismo en el sentido convencional –la búsqueda de un método de deducción en un sistema ordenado de normas– es solo un limitado caso anómalo de este tipo de jurisprudencia.³⁵

El formalismo jurídico intenta negar toda reminiscencia de complejidad, quiere desconocer toda posibilidad de *innominación*, quiere elevar al derecho como ciencia, cree ser capaz de contener toda conducta humana

³⁵ “[...] By formalism I do not mean what the term is usually taken to describe: belief in the availability of a deductive or quasi-deductive method capable of giving determinate solutions solutions to particular problems of legal choice. -Formalism in this context is a commitment to, and therefore also a belief in the possibility of, a method of legal justification that contrasts with open-ended disputes about the basic terms of social life, disputes that people call ideological, philosophical, or visionary. Such conflicts fall far short of the closely guarded canon of inference and argument that the formalist claims for legal analysis. This formalist holds impersonal purposes, policies, and principles to be indispensable components of legal reasoning. Formalism in the conventional sense –the search for a method of deduction from a gapless system of rules- is merely the anomalous, limiting case of this jurisprudence” (Véase Unger, 1986: 1).

posible. Y sin embargo, no existe ninguna correspondencia de la realidad. Como lo expresa Duncan Kennedy (1997), el formalismo niega estratégicamente su contenido político, defiende su coherencia, y es un claro defensor de un statu quo. A la vez, el formalismo insta un orden artificial, permite la validez de él mismo a través de sí mismo y presume su eficacia. Mas la realidad consiste en que

[...] la doctrina jurídica era una serie de construcciones ideológicas que respaldaban la organización social existente, al convencer a los actores jurídicos y los ciudadanos corrientes que los sistemas jurídico y social eran inevitables y esencialmente justos [...] cuando en realidad [...] no hay una forma políticamente neutral o coherente de hablar del derecho, porque la lógica interna del derecho depende de principios y conceptos profundamente contradictorios. (Minda, 1995, citado por Rodríguez, C., 1999: 47)

Efecto del derecho moderno sobre los derechos sociales

En este último aparte se tratará el tema de los derechos sociales introducido anteriormente. Inicialmente se expondrá la evolución histórica del contenido y validez de los derechos sociales en los países avanzados, de acuerdo con el derrotero propuesto por el profesor italiano Antonio Baldassare. Luego, se concluirá mostrando distintos puntos de vista en torno a los derechos sociales, de acuerdo con el tratamiento dado por la izquierda y por la derecha. Se fijará posición con respecto a la pregunta ¿cuánto se puede esperar de los derechos sociales en cuanto agentes de cambio social?

Los derechos sociales según Baldassare

En los orígenes del Estado liberal, el uso del término derechos *sociales* era casi inconcebible. Según la ideología predominante, el gran auge de los derechos se centraba primordialmente en los derechos subjetivos. El mayor alcance de estos era el del respeto de la autonomía del individuo. Por lo tanto,

proponer la hipótesis de una prestación social como objeto o contenido de un derecho subjetivo y, al mismo tiempo, configurar una pretensión o un poder dispositivo respecto del soberano (legislador) contradecía los principios de fondo del andamiaje jurídico, en especial la idea de una suerte de “monopolio público” de las acciones sociales y políticamente significativas. (Baldassare, 2001: 16-17)

El contenido del derecho enarbolaba los principios de la *libertad* y la *igualdad*. Pero su contenido tenía un alcance muy precario en relación

con tan *importantísimos* derechos. En el caso de la *libertad*, el alcance de ésta no era más que un significado normativo negativo (“mi libertad llega hasta donde llega la libertad del otro”); el derecho a la *igualdad* por su parte no otorgaba al titular más que un reducido sentido formal que en términos prácticos se traducía en igual capacidad para contratar.

Las prestaciones sociales eran brindadas por organizaciones privadas independientes al Estado, por lo general de carácter religioso. Sin embargo, para disfrutar de estos privilegios, la libertad de los beneficiados era coartada. Se exigía cierto comportamiento del beneficiado con el objetivo de normalizar y homogeneizar a las personas, en un proceso de ortopedia social (Foucault, 1995: caps. 4 y 5). De esta manera, los derechos no eran considerados como derechos, sino más bien como caridad, la cual se podía ejercer o no. No existía por lo tanto ninguna consagración legal de estas donaciones distinta a un posible vínculo contractual.

Gran parte de las críticas de los pensadores sociales de este momento histórico al capitalismo y a su sistema jurídico provenían del fácil reconocimiento de la imposibilidad del derecho de obtener la mejoría de la situación social de esa época.

Esta convicción, común a personalidades tan diferentes entre sí como Locke y Ricardo, Proudhon y Marx, partía de la premisa compartida de que la distribución es una suerte de implicación de la producción, y especialmente de la organización productiva, de tal modo que toda intervención del Estado limitada a los procesos distributivos habría podido introducir efectos irracionales o habría sido inútil o insuficiente, ante los ojos de los reformadores, para obtener la transformación del sistema (Baldassare, 2001: 20).

Los derechos sociales solo empezaron a ser tema de interés durante el final del siglo XIX y comienzos del XX. La gran pobreza surgida durante la revolución industrial y las amenazas obreras de revolución para implantar sistemas comunistas, apremiaron a los gobiernos por la necesidad de una transformación de la legislación en la cual se reconocieran derechos sociales. Países con dirigentes con ideologías bastante distintas no demoraron en hacer reformas legislativas.³⁶ Pero tales reformas no alcan-

36

“En Alemania, el seguro obligatorio para todos los trabajadores de la industria, para los inválidos y para los ancianos se promovió (desde 1881), y luego se introdujo (con dos leyes de 1884 y 1889) por el conservador Bismarck; en Italia, los primeros desarrollos fundamentales fueron obra de gobiernos conservadores (basta pensar en la ley Crispi de 1890) y sobre todo del régimen fascista; en Inglaterra y en Francia, los mayores esfuerzos en esta dirección fueron obra de gobiernos predominante-

zaban hasta el momento la jerarquía constitucional, los derechos sociales reconocidos lo eran siempre y cuando provinieran de una iniciativa legislativa, de lo contrario no eran reconocidos. Su existencia consistía en ser meras posibles directrices legislativas.

Indudablemente, esta nueva concepción de los derechos sociales, a pesar de ser restringida, era la que iba a dar paso a logros sociales de mayor calibre, como se conoce en varios textos constitucionales –la colombiana es un ejemplo de ello, como *law in the books*– y que también logra tener vigencia para los ciudadanos de varios países desarrollados.

La evolución histórica de estos derechos ha estado sujeta a una fuerte crítica, proveniente tanto de la izquierda como de la derecha.

Un exponente de la crítica de derecha es Carl Schmitt, 1982 (citado por Arango, 2001a: 137-138). Según este autor, los derechos sociales son los propios de un régimen socialista y, en consecuencia, autoritario, por lo tanto lo único que debe existir son garantías institucionales, por lo general ligadas a los derechos fundamentales clásicos (Baldassare, 2001: 33; Borowsky, 2003). El reconocimiento de los derechos sociales permitiría un fortalecimiento del Estado, éste intervendría con regularidad todas las relaciones laborales y sociales y se encargaría de hacer valer los derechos sociales. Para aquellos defensores a ultranza del egoísmo individualista esto era una inminente amenaza. El fortalecimiento del Estado tendría que ser financiado mediante impuestos y gravámenes sobre varias actividades sociales como el comercio. Algún porcentaje de las utilidades se vería sacrificado por cuenta de esta obligación a la solidaridad. Pero tal rechazo al reconocimiento del Estado de los derechos sociales proviene del tipo de construcción del sujeto. Cuando esta construcción consiste en valores netamente individualistas y egoístas es evidente que estas regulaciones afectan a aquellos individuos más inteligentes, más bellos y más afortunados por haber nacido en una cuna específica. Este orden de ideas y de argumentos son los que defienden aquellos detractores del Estado y fervorosos creyentes en las bondades producto del equilibrio del mercado. Desde esta posición es posible crear una idea entre lo que es bueno y lo que es malo, donde malo es todo aquello que afecte o intervenga en el actuar del individuo. Así, un llamado obligatorio a que un sujeto distribuya parte de su ingreso a un indi-

mente socialistas; en los Estados Unidos de América fue esencial la experiencia de una presidencia liberal progresista como la de F.D. Roosevelt; por último, no puede olvidarse la gran contribución en este sentido por parte de los gobiernos dominados por partidos católicos, en especial en Alemania, Italia, Bélgica y Holanda” (Baldassare, 2001: 24).

viduo desfavorecido es un abuso de autoridad. Toda expresión de solidaridad debe ser producto del propio interés, mas nunca algún tipo de obligación.

Otra postura contraria proviene de aquellos defensores de los derechos sociales que consideran que son valores que deben ser reconocidos a todo hombre. Hoy en día son varios los autores que persiguen elevar estos derechos a la altura de los derechos humanos y los denominan derechos humanos sociales. Dar este tratamiento conduce a que tengan la misma obligatoriedad de cumplimiento universal para todo hombre.

Sin duda este alcance no se limita al reconocimiento formal y vacío de estos derechos. Lo que pretende es lograr darles una validez material. La verdadera libertad únicamente se puede obtener en un entorno no solo de igualdad de derechos, sino también de oportunidades.

Son muchos los Estados nacionales que se denominan Estado social de derecho. El colombiano es un ejemplo de ello, pero el alcance de estos derechos es sumamente corto. Según la postura dominante en Colombia, los derechos sociales no obtienen ninguna defensa estrictamente constitucional distinta a las leyes de la República y la conexión que tengan con derechos fundamentales.³⁷ Pero empíricamente se comprueba una gran falta de correspondencia entre estos derechos y la realidad. La pregunta que les surge a los defensores de estos derechos es cómo lograr que tengan una aplicación real para la totalidad de la población nacional.

El profesor Rodolfo Arango Rivadeneira considera que el problema de la inaplicación de estos derechos consiste en su falta de claridad conceptual. Esta consideración se aplica en especial a los derechos humanos económicos, sociales y culturales. Su carácter de derechos subjetivos le es negado frecuentemente. Esto hace necesario clarificar qué se entiende cuando se habla de derechos humanos sociales como derechos subjetivos. Para ello debe partirse de la definición de ambas categorías de derechos (Arango, 2001a: 140).

La propuesta de Arango aparece sugerente; sin embargo, ¿es admisible considerar que el verdadero problema de la inaplicación de los derechos fundamentales sociales en países atrasados es la falta de claridad conceptual? Supóngase que se logre dar una claridad conceptual a las normas que respaldan los derechos fundamentales humanos, ¿cuáles serían entonces los problemas de inaplicación?

37

Sentencia T- 406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

En un trabajo posterior, Arango avanza en una propuesta para llenar el vacío conceptual que en su opinión explica la imposible exigibilidad judicial de los derechos sociales constitucionales. Según Arango:

el concepto de derechos fundamentales, así como el de derechos subjetivos que le es implícito, puede ser esclarecido por la filosofía analítica y abarca tanto los derechos liberales como los sociales, independientemente de sus diferencias lógico-estructurales.

Este autor, luego de descalificar los enfoques ideológicos, tacha de insuficientes los enfoques que se ocupan de los derechos sociales constitucionales desde la perspectiva filosófica, económica, sociológica y de la teoría del Estado, pues considera que “el tiempo está maduro para analizar el concepto de derechos sociales constitucionales desde la perspectiva de la teoría legal”.

Sobre la base de un concepto de derechos sociales constitucionales que

se refiere a los derechos a un mínimo social para el cubrimiento de las necesidades básicas, las cuales están representadas por aquellos bienes básicos necesarios para llevar una vida con dignidad y autorrespeto. Ejemplos de dichos bienes básicos son la comida, el vestido, el techo, la asistencia médica mínima, la educación básica y secundaria, el trabajo y la seguridad social.

Ya con un concepto en la mano de derechos subjetivos “suficientemente evolucionado” y a la luz del “análisis del lenguaje de los derechos”, queda desbrozado el camino sobre la siguiente clave teórica:

Un concepto evolucionado de derechos subjetivos [del que carecen Rawls y Habermas] es aquel que reproduce enteramente el lenguaje sobre los derechos, bien sean ellos negativos o positivos, y a la vez incorpora en su definición los criterios para determinar su violación.

Sobre esta base, Arango formula y justifica

un nuevo concepto de derechos sociales constitucionales, basado en un concepto evolucionado de derechos, el cual está inmunizado en contra de la objeción de que dichos derechos son indeterminados, por tanto, no propiamente derechos sino directrices políticas. Aquél tiene la virtualidad de mostrar qué razones válidas y suficientes para sustentar un mínimo social para satisfacer las necesidades básicas pueden ser objetivamente reconocidas, no desde la perspectiva rawlsiana de la teoría de la justicia, sino desde la perspectiva de un consecuencialismo de regla moderado. Baste aquí

sólo enunciar el concepto de derechos sociales constitucionales: “Una persona tiene un derecho fundamental a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas, si pese a su situación de urgencia el Estado omite actuar, de forma que lesiona sin justificación constitucional a la persona”.

Como se puede constatar, en la perspectiva de Arango se trata de soluciones individuales totalmente aisladas del problema del tipo de organización socioeconómica que sirve de contexto vivencial a una determinada persona en un momento histórico dado (Arango, 2001b: 185-212; 2002: 103-122).³⁸

El verdadero problema de inaplicación de los derechos humanos fundamentales es un problema económico y político, mas no jurídico. No es la Corte Constitucional³⁹ la que tiene que solucionar la inaplicación de

³⁸ El problema de la subjetividad de los derechos sociales en la doctrina constitucional colombiana se retomará *infra* en el capítulo cuarto. La postura de Arango desconoce el fenómeno del “individualismo posesivo”, estudiado por MacPherson (1970: 16-17). Este académico inglés explica que: “[...] las dificultades de la teoría democrática-liberal moderna son más profundas de lo que se creía; que el individualismo original del siglo XVII contenía la dificultad fundamental, que reside en su cualidad poseedora. Y su cualidad poseedora se halla en la concepción del individuo, que es esencialmente el propietario de su propia persona o de sus capacidades, sin que deba nada por ellas a la sociedad. El individuo no se veía como un todo moral; tampoco como parte de un todo social más amplio, sino como un propietario de sí mismo. La relación de propiedad, que se había convertido cada vez para más y más hombres en la relación críticamente importante que determinaba su verdadera libertad y su verdadera perspectiva de realizar todas sus potencialidades, se encontraba en la naturaleza del individuo. El individuo, se pensaba, es libre en la medida en que es el propietario de su propia persona y de sus capacidades. La esencia humana es la libertad de la dependencia de las voluntades ajenas, y la libertad es función de la posesión. La sociedad se convierte en un hato de individuos libres iguales relacionados entre sí como propietarios de sus propias capacidades y de lo que han adquirido mediante el ejercicio de éstas. La sociedad consiste en relaciones de intercambio entre propietarios. La sociedad política se convierte en un artificio calculado para la protección de esta propiedad y para el mantenimiento de una relación de cambio debidamente ordenada”. Para una interpretación contextualizada, *cfr.* Quesada (1992: 267-310).

³⁹ Colombia ya ha sido ejemplo de ello. La Corte Constitucional ha sido motivo de debate con los economistas en el último lustro. Los defensores de la actividad de la Corte consideran que está defendiendo el marco jurídico constitucional, y haciendo valer los derechos consagrados. Mientras tanto, los detractores argumentaban que los fallos de la Corte en materia económica, tarde o temprano, terminarán quebrando al país. Ambos tienen razón en su propia perspectiva, en realidad lo único que hace la Corte es ser un poco (sin serlo del todo) consecuente con el mandato cons

los derechos pues sus fallos por mucho que lo intenten no son los que lograrán darles una aplicación. El sistema económico mundial actual tiene una lógica, una manera de funcionar, en la que se enmarcan las relaciones sociales. Este sistema económico genera ciertos parámetros para administrar los recursos y el capital. Un óptimo desarrollo de la banca y la inversión son los que a la larga determinan el beneficio general de la sociedad. Cuando no, aumenta el desempleo y en consecuencia la pobreza, se ahuyenta la inversión extranjera, y las finanzas del Estado entran en déficit. Puede que algunas determinaciones constitucionales persigan cambiar algunas situaciones de iniquidad e injusticia y lo que ocurre es que las consecuencias de sus fallos son contraproducentes. Los atacantes de la Corte consideran que la Constitución colombiana es apropiada para un país avanzado, y que este país no tiene la capacidad para reconocer esos derechos. Esta afirmación es devastadora, pero cierta. Sería deseable que no fuera así, pero la situación económica internacional impide a Colombia jugar como si fuera un país avanzado. Jugar a serlo, conduce a la quiebra del actual Estado.

El nuevo orden global impone una manera de hacer funcionar la economía nacional. Organismos internacionales como el FMI y el BM son los encargados de dirigir la economía mundial hacia el mejor desarrollo de la globalización. Para ello se necesita inversión extranjera, disminución del gasto y del tamaño del Estado, bajos impuestos, fortalecimiento de la banca. No hacerlo es resignarse al olvido y a la miseria absoluta (tal como lo manifiestan con su razón los tecnócratas de los organismos multilaterales y sus acólitos locales). La globalización no tiene opción, renunciar a ella puede conducir al país a la más profunda miseria.

Cuando un sistema jurídico como el colombiano pretende enfrentarse a esa fuerza globalizadora y a su orden, produce contradicciones con el sistema económico, que se impone sobre los demás sistemas. Al hacerlo funcionar inadecuadamente, afecta la situación del país pues no es que se esté planteando un sistema alternativo sino que lo hace funcionar mal.

Por lo tanto, el activismo judicial no puede ser el único encargado de hacer valer los derechos inaplicados. Los derechos no son inaplicados por la falta de determinación de la norma, ni por ningún otro motivo distinto a un marco establecido por la economía neoliberal.

titucional y, sin embargo, las consecuencias de sus fallos terminan siendo desfavorables para la "lógica interna" de la economía y el sistema establecido.

Las normas que establecen los derechos sociales en los países atrasados nunca tendrán el verdadero alcance material que deberían tener, dado el contexto económico actual. No se puede desconocer que en otras épocas algunos derechos han tenido mayor alcance; sin embargo, el alcance total o limitado que pueden tener en la actualidad se ve supeditado a la situación económica. En contraposición a la situación colombiana –y de otros países de similar o parecida contextura socioeconómica e institucional–, en los países de capitalismo avanzado, los derechos sociales han obtenido una aplicación con instrumentos tales como el seguro de desempleo, el alto índice de cotización para regímenes de seguridad social de la población, la gratuidad de la educación y su calidad en todos los niveles.

El contenido de las normas que sustentan estos derechos en países avanzados es el mismo que se tiene en los países atrasados y, sin embargo, su alcance es notablemente mayor. La razón no es difícil de descubrir: tienen mayor capacidad económica. Entonces la interpretación de los derechos sociales logra tener aplicación cuando el respaldo material es suficiente para hacerlo. Mientras tanto, no hay manera de hacerlos valer.

No se puede olvidar que toda esta dinámica de avance y retroceso se desarrolla en un contexto mundial en el cual la globalización económica jalona el proceso. En tanto y en cuanto el rol de los países atrasados en este sistema sea seguir en la misma posición del juego, proveer materias primas y mano de obra, es ineluctable seguir jugando en el *team* de los pobres, ¿qué otro papel se podría jugar? No se tiene la capacidad para jugar ningún otro. Lo crudo de esta realidad es que jugar obsecuentemente este papel nos permitirá sobrevivir, cuando no hay ningún otro juego. No hay posibilidad de resistencia en el contexto nacional.

Como lo advierte Boaventura de Sousa Santos:

El diálogo es indispensable para que se pase de una retórica cínica de concesiones vacías a la elaboración de un nuevo contrato social global. El capitalismo global, al tiempo que provoca la desregulación de la economía de los países, impone una nueva legalidad que hace ilegal proteger los derechos de los trabajadores o el medio ambiente. (Santos, 2001d: 48-49)⁴⁰

40

Para una ampliación de este enfoque, véase Santos (2001e: 163-189).

COLOFÓN

La anterior postura sobre la relación entre la economía y el derecho desconfía del derecho como única herramienta efectiva de emancipación. Parece que no se pudiese escapar del paradigma marxista clásico, pero el lector podrá advertir que el proceso para llegar a esta conclusión varió. Sin embargo, es el eclecticismo el que gana esta partida pues en medio de la desconfianza propia de la crítica se reconoce que es posible el uso del derecho como un arma sutil para el cambio social. Seguramente un derecho acompañado de poderosas políticas públicas y económicas pueda llevar a un cambio. De todas maneras, sin una base material distinta a la actual, todo el discurso del derecho se quedará en las nubes, incluso atentando e impidiendo una posible transformación. El requisito para que el planteamiento de los derechos sociales funcione es una base material que permita la solidaridad, y se desprenda de mediciones apoyadas en la eficiencia y la maximización.

El problema, sin duda, no es solo de falta de recursos o de escasez, sino de distribución. El derecho está para varias cosas: para defender el statu quo o para transformarlo, acompañado de una política económica solidaria, o simplemente para entorpecer el sistema que ataca, generando resultados contrarios a los esperados –por cuanto genera retrocesos en materia de justicia, de no superar el statu quo mismo.

Una perspectiva crítica de las relaciones entre el derecho, la economía y la política

2

Para precisar la causa de la aguda problemática en materia de derecho pensional, primero se debe observar que esta *situación-problema* se encuentra mediada por dos factores: en primer lugar, por la intervención del poder del Estado, en orden a fijar los espacios de provisión respectivos para el bienestar social (que han de procurar las pensiones), y para apoyar y organizar el mercado privado de la provisión. Como lo señala Reich:

El Estado se ocupa, en esencia, de resolver los problemas que surgen como consecuencia del funcionamiento del mercado y de instalar de forma complementaria y completiva junto al sistema *de dirección del mercado* una *dirección a su cargo* (Reich, 1985: 113).¹

¹

Algunos autores se refieren a este fenómeno como “el divorcio entre Estado y Mercado” y explican: “El pretendido pensamiento único neoliberal, que se apoya en los dogmas de la globalidad, la competitividad, el fin de la historia y el funcionamiento libre de los mercados, deja de lado los derechos sociales, económicos y culturales de los ciudadanos. En nombre de la razón competitiva, ha cedido a los mercados financieros y a los intereses de un conjunto de fuerzas económicas multinacionales la dirección de la sociedad. La sociedad ha cedido el poder de los ciudadanos —el incipiente poder ciudadano que aún está por construirse en Colombia— a favor de las fuerzas del mercado, que se han apoderado no sólo de la dirección económica sino también de la vida material y psíquica de los individuos. Bajo el dominio del mercado, es más difícil la discusión sobre la democracia, la justicia y la libertad. Pero debe insistirse en la discusión de esos temas, en buscar que los principios axiales de la política y la economía cedan en el antagonismo que ha moldeado a la sociedad de

En segundo lugar, por la conformación y las exigencias de los mercados, que han determinado a su vez la estructura de la función del poder público en el sistema de pensiones. En este marco, el derecho debe responder doblemente: por una parte, a la idea regulativa de la solidaridad, que proviene del “Estado social de derecho”, y, por otra parte, a los *agentes* económicos que actúan en el mercado (Reich, 1985: 67 y ss.).

En síntesis, se hace necesario detenerse en dos puntos: la relación entre derecho y economía que se trató en el capítulo anterior, y el papel *político* que el Estado social de derecho juega en ella.

Para introducir el tema de la repercusión que estos dos factores presentan respecto al derecho pensional, se apelará a continuación a los aportes que desde algunas corrientes del derecho se han realizado en torno a la posibilidad de solucionar los problemas sociales, llevando a cabo una reconceptualización del papel del derecho en el conflicto social.

ALGUNOS APORTES CRÍTICOS AL DERECHO

El aporte del realismo jurídico norteamericano

En primera instancia deben destacarse los aportes que a la crítica del derecho burgués moderno realizó el movimiento del realismo jurídico norteamericano, aportes que, posteriormente, sirvieron de fundamento para la conformación de otros movimientos que continuaron con la labor de crítica al derecho y al sistema judicial de los Estados Unidos, iniciados por el realismo, tales como los estudios críticos del derecho (*Critical Legal Studies*), el movimiento de derecho y sociedad (*Law and Society*) y los estudios de conciencia jurídica (*Legal Consciousness Studies*).²

Los fundamentos principales de la escuela del realismo jurídico norteamericano pueden ser rastreados en los textos *A Realistic Jurisprudence – The Next Step* (1930) y *Some Realism About Realism – Responding to Dean*

nuestros tiempos; en establecer relaciones ‘justas’ entre mercado, Estado y sociedad; en crear instituciones que defiendan y promuevan las innovaciones con programas sociales para lograr la participación democrática. La economía se ha regido por un principio de eficiencia, especialización y maximización que trata al individuo de una manera fragmentada; la estructura axial es la burocracia. En cambio, la política tiene como principio axial la igualdad ante la ley y su base estructural es la participación. No es viable la discordancia del liberalismo político y el neoliberalismo económico”. Cfr. Cortés, Arcos, Asprilla (2003: 165-166).

² Para una explicación detallada de las diferencias teóricas y metodológicas entre estos tres movimientos, véase el estudio preliminar de García V. (2001: 3-34).

Pound (1931), de uno de sus máximos exponentes, Karl N. Llewellyn.³ En el primero de estos textos, Llewellyn recoge sus famosos nueve “puntos de partida comunes” del movimiento realista:

- La concepción del derecho como un *fluir*, del derecho en movimiento y de la creación judicial del derecho.
- La concepción del derecho como un medio para fines sociales, y no como un fin en sí mismo; de manera que cada parte del mismo ha de ser constantemente examinada por su propósito, y por su efecto, y ser juzgada a la luz de ambos y de la relación entre uno y otro.
- La concepción de la sociedad como un *fluir*, y como un *fluir* típicamente más rápido que el derecho, de manera que siempre existe la probabilidad de que cualquier porción del derecho necesita ser reexaminada, para determinar hasta qué punto se adecua a la sociedad a la que pretende servir.
- El divorcio *temporal* entre Ser y Deber ser a efectos de estudio. [...] El argumento es sencillamente que no se puede hacer inteligentemente ningún juicio sobre lo que debería hacerse en el futuro con respecto a cualquier parte del derecho sin conocer objetivamente, tanto como sea posible, lo que dicha parte del derecho está haciendo en este momento [...].
- La desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales [...].
- [...] una desconfianza hacia la teoría según la cual las tradicionales formulaciones de reglas prescriptivas son *el* factor operativo preponderante en la producción de decisiones judiciales [...].
- La creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado [...].
- Una insistencia en evaluar cualquier parte del derecho en términos de sus efectos, y una insistencia en la utilidad de intentar encontrar esos efectos.
- La insistencia en el *ataque constante y programático* sobre los problemas del derecho siguiendo cualquiera de estas líneas (Pérez, 1996a: 241-242).

3

Llewellyn, 1930 y 1931, referenciado por Pérez (1996a: 324-325).

El realismo jurídico se reconoce en la historia del derecho desde la década de los setenta del siglo XX como una escuela crítica de las tradicionales concepciones formalistas del derecho. Entre sus principales aportes, de los cuales se pretende hacer énfasis en este trabajo como fundamento teórico, se encuentran (i) la falsedad de la idea de una total autonomía del derecho, (ii) la indeterminación de las normas jurídicas, (iii) su posible manipulación política, (iv) la impotencia del derecho para alcanzar cambios estructurales en la sociedad, (v) así como su imposibilidad de aprehender la complejidad social.⁴

Crítica a la concepción clásica de los derechos: la perspectiva de Tushnet y la incredulidad en un papel emancipador del derecho

De igual forma, y con el objeto de aplicar la teoría crítica del derecho a la seguridad social, es preciso recoger el aporte del académico norteamericano Mark Tushnet.⁵ Desde su perspectiva, Tushnet hace una crítica a la concepción de los derechos en el capitalismo, rechazando la tendencia a su abstracción. La única opción –según este autor– es hacer una crítica (subjetiva/política) basada en asumir unos valores contra otros, de forma que la sociología del derecho se erija en forma crítica, interpretando y transformando la realidad. En este sentido, la crítica al derecho se torna igualmente crítica al capitalismo: se trata de una crítica a la concepción sobre los derechos en el capitalismo que pretende atacar el eje fundamental de la hegemonía del capital.⁶

⁴ Para una mirada comprensible del realismo, consúltese Hierro (1996: 77-86).

⁵ Consúltese Tushnet (1984). "An Essay on Rights". *Texas Law Review*, 62(8), 1363-1403. Una versión en español se encuentra en García V. (2001: 111-159). Con relación a Tushnet y al perfil del movimiento estudios críticos del derecho debe anotarse que éste tiene como rasgo característico la defensa del postulado general según el cual "el derecho es política". Véase también Rodríguez, C. (1999: 35-46).

⁶ Tushnet se aparta de cierta izquierda que, por arraigarse en una idea *valorativa* (no *sustantiva*) –que conduce a la defensa de los derechos *per se*–, contemporiza con el *statu quo*. En términos de técnica constitucional, el sopesamiento de los valores implica la optimización de unos valores y derechos sobre otros, en concordancia con una particular ideología, y ello conduce a la manipulación política. En consecuencia, la emancipación social no es posible por medio de la lucha por los derechos sino mediante la movilización y la representación política: los intereses sociales se reflejan en el contenido del derecho constitucional si hay *formas políticas* de control social.

Tushnet es escéptico respecto a la utilidad política de la idea de derechos y, por el contrario, sostiene que “la idea de derechos es perjudicial a la felicidad de la humanidad”.⁷

En este orden de ideas, lo fundamental de los derechos está en la movilización política y no en su reconocimiento; y este reconocimiento más bien desactiva los movimientos sociales. Aparece entonces la duda de si la emancipación es posible, gracias a los derechos o a la movilización política. Esta crítica se basa en una posición política *relativista*, en la que el *discurso* no se puede separar con relación a la realidad, se afecta uno y otra entre sí, se trata de una relación dialéctica entre el sujeto y el contexto. Es una crítica radical a la idea de la (in) necesidad de la acción política en aras de la *validez jurídica*.⁸

Tushnet fundamenta en cuatro puntos capitales sus apreciaciones referentes a los derechos: (i) la inestabilidad, (ii) la indeterminación, (iii) la reificación y (iv) la inmutabilidad política.

El primer punto, la inestabilidad de los derechos, hace referencia al carácter variable que los derechos poseen en una sociedad, en el entendido que la sociedad con sus características particulares define los derechos

⁷ Si la sociedad se construye discursivamente (*procesividad*), no hay intereses dados. Véase Cárdenas (2003: 81-104). Allí se muestra que en este punto Habermas es absolutamente endeble. Sin embargo, Tushnet, al referirse a Habermas, propone unas garantías como base para desarrollar las ideas habermasianas: 1. igualdad material mediante el acceso a recursos básicos; 2. participación en la acción política (derechos); 3. control de los trabajadores sobre la producción; 4. control social de las inversiones; 5. rotación en la dirección de las oficinas encargadas de administrar la distribución de recursos y de trabajos, y 6. rotación en la asignación de funciones entre las empresas y de una actividad a otra. Tushnet no niega la posibilidad de organizar el mundo de la vida como Habermas lo desea, pero también reconoce que Habermas ha reformulado su posición al tratar de derivar intereses humanos *emancipatorios* como resultado de la dinámica propia de la vida en sociedad. Apoyándose en el trabajo de algunos filósofos del lenguaje, Habermas argumenta que toda expresión contiene una “noción de situación” en la cual no se produce una distorsión de la comunicación, así la *validez* es el mismo poder coercitivo de las estructuras que dan sustento (*legitimidad*) al orden social establecido. Esta es una complicada discusión que por ahora se deja así.

⁸ En oposición a esta postura crítica de CLS, se encuentra *Law and Society Movement*, que ve el derecho como un instrumento para el progreso social. En este sentido se percibe como un movimiento reformista, que ve en las políticas públicas una alta posibilidad para generar cambios sociales, económicos y políticos. Véase García V. (2001: 6). En la clásica concepción de CLS, la influencia neomarxista es importante. CLS ve el derecho como instrumento de manipulación social y justificación, y desde

sobre los que se fundamenta. Esta relación derechos-sociedad hace que los derechos también definan la sociedad con la cual se relacionan. Esta interacción define la relatividad de la posición de Tushnet.

El segundo punto, sobre el cual afinca su crítica a los derechos, es el carácter indeterminado de éstos. El lenguaje de los derechos es abierto e indeterminado, dejando libertad a las partes para utilizar este lenguaje; esto conduce a que los derechos en la sociedad actual puedan servir para defender cualquier causa.

Tushnet distingue dos tipos de indeterminación: la *técnica*, que obedece al campo jurídico, y la *fundamental*, que se presenta en el contexto social, como parte de la inestabilidad. En la indeterminación técnica puede hablarse de al menos tres técnicas para crear o reconocer la existencia de derechos: el balanceo, derechos contra derechos y los derechos en contextos legales. Los dos primeros, sopesamiento de objetivos sociales y balanceo de derechos, poseen el mismo propósito, que es determinar cuál objetivo o derecho tiene más peso, para señalar el predominante.⁹ El ámbito social sirve como referencia a los derechos para definir sus límites. Este contexto es el que proporciona las condiciones para su ejercicio.

La indeterminación fundamental, por otro lado, muestra cómo la gente del común percibe los derechos de forma abstracta, sin discutir sobre su contenido (Boyle, 1992; Kennedy, 1992: 283-293). Esta indeterminación fundamental ocurre por cuanto los derechos tienen un contexto social de aplicación; este contexto exige que, para gozar de sus derechos, los

la crítica al derecho postula un cambio radical en las estructuras políticas y económicas. Cfr. Pérez (1996b: 87-102).

⁹ El balanceo es posible entre principios, pero no entre reglas. Véase Alexi (1997: 169-172). Para la teoría moderna, la técnica del balanceo invierte la lógica exegética del caso a través de las normas, para ver las normas a través del caso. A este respecto, Tushnet hace tres críticas que sustentan su posición en contra de los derechos. En primer lugar, balancear intereses u objetivos sociales hace necesaria una reducción a una medida de valor que ninguna teoría ha creado. Para Tushnet se "requeriría de una teoría de intereses de acuerdo a la cual algunas personas –los opresores o los indiferentes– podrían imponer sus intereses por la supresión o ignorancia de los intereses de otros". En segundo lugar, un balance exitoso debe tener en cuenta todos los intereses en juego; y, por último, los jueces, que realizan el balanceo, no poseen una forma de hacerlo objetivamente, dejando a su arbitrio decidir sobre lo que es relevante o trivial. De esta manera es el juez, bajo un gran margen, quien dice qué derechos son o no aplicables. Para autores como Tushnet no hay ningún remedio contra la subjetividad del juez, no existe una estrategia que garantice una decisión correcta. La dogmática jurídica y su papel como fijadora de la movilidad del sentido es, por tanto, desconocida.

individuos cuenten con recursos materiales y psicológicos para hacerlos efectivos, de lo contrario el reconocimiento político o legal es una mera estrategia para frenar el cambio social.

Para Tushnet, la indeterminación de los derechos conlleva su abstracción, fenómeno que socava la posibilidad de emancipación política, en razón de que el individuo centra sus expectativas en el reconocimiento y aplicación de los derechos, dejando de lado sus acciones políticas para hacerlos efectivos. En este sentido, los derechos se convierten en barreras de un verdadero cambio social.

El tercer punto sobre el cual este autor sostiene su crítica a los derechos es el que denomina reificación. Esta implica la limitación de la acción política mediante la utilización de derechos. El contenido de la acción política se desvía, llevando al individuo a pensar en abstracto en los derechos. Se trata en definitiva de una acción política banal. La reificación supone una importancia desmedida sobre las ideas y los conceptos, lo que lleva a distorsionarlos, llegando a confundir lo abstracto con lo concreto. La reificación tiene la creencia de que los conceptos existen físicamente, como elementos tangibles, generando una eficacia simbólica de las ideas.

El último argumento hace referencia a la inutilidad política. Para algunos sectores de la izquierda, la crítica a los derechos es cierta, pero esta estimación es abandonada, ya que a la vez consideran que el discurso de los derechos puede servir para alcanzar objetivos para el conjunto de la colectividad.

Tushnet cree que el discurso de los derechos niega toda posibilidad de cambio político, de manera que la aceptación de los derechos por razones de utilidad política no puede ser aceptada.¹⁰ Por otro lado, con fundamento en las experiencias jurídico-políticas que se vivieron en los Estados Unidos durante los sesenta y setenta del siglo XX,¹¹ este autor con-

¹⁰ En contextos sociales como el colombiano, el reconocimiento de derechos puede ser visto fácilmente como un instrumento útil para el progresismo político. Aunque Tushnet no esté en desacuerdo con esto, tampoco cree que la estrategia de la emancipación a través de los derechos legitime el establecimiento; lo considera más bien un movimiento desafortunado.

¹¹ A finales de la guerra de Vietnam se presentaron numerosas movilizaciones en pro de los derechos, lo que condujo al reconocimiento de éstos como algo fundamental. A mediados de los ochenta se presentó un retroceso político en materia de derechos sociales en aspectos que involucran cuestiones de raza y minorías. Este resultado lleva al autor a percibir estas movilizaciones como un fracaso en tanto fueron enfáticas en el reconocimiento de derechos, pero no mantuvieron en consecuencia la presión del movimiento político, que por cierto fue de un particular vigor.

sidera que el ejercicio de los derechos es dañino, al dejar a un lado la verdadera arma con la cual se pueden llevar a cabo los cambios en una sociedad: la *acción política de masas*.

Siendo que tal reconocimiento de derechos no tiene ninguna manifestación real, estos derechos son vacíos pues no repercuten positivamente en la actitud de los hombres. Tal hecho hace creer a los agentes sociales que las metas de las luchas sociales ya han sido obtenidas, o que falta poco para alcanzarlas, cuando en realidad el verdadero cumplimiento de los derechos sociales es un futuro incierto para cuatro quintas partes de la población mundial.

La evolución del contenido del derecho es un claro ejemplo de ello. Ha habido grandes cambios en los contenidos de las normas; muchas de ellas abocan al reconocimiento de derechos fundamentales y sociales. Y, sin embargo, no se constata una mejoría significativa en la calidad de vida de la mayoría de la población mundial, que por el contrario se encuentra en condiciones de miseria extrema. El derecho logra solucionar pocos casos particulares, pero la condición general de la sociedad sigue empeorando.

En los países de capitalismo avanzado, el reconocimiento de los derechos sociales positivizados en varias constituciones se ha convertido en un hecho. Como se sabe, la modernidad/modernización en estos países orientó un proceso institucional que conllevó la posibilidad de delimitar lo público de lo privado y que lo general primara sobre lo particular. La idea pública de satisfacer la necesidad se atendió sobre la base de un proceso distributivo, gracias a la “intervención del Estado” propia de la fase del Estado de derecho formal (liberal) para hacer la transición al “Estado de derecho material” y alcanzar una fase superior de “Estado de distribución” (Baldassare, 2001).¹² Ha habido una gran evolución en el contenido y reconocimiento del derecho. Antonio Baldassare hace un análisis crítico sobre este supuesto gran logro, al cual se hizo referencia.

¿Pero qué hace que estos países sí puedan hacer valer los derechos de sus ciudadanos, pero no de todos los seres humanos del planeta? Se debe tener en cuenta que la riqueza de los países imperialistas se explica principalmente por la pobreza de la periferia. Unos derechos sociales reconocidos para todos los habitantes del planeta serían insostenibles en el

¹²

El destacado jurista liberal italiano explica que: “Los ‘derechos sociales’ tienen su justificación teórica en el concepto de liberación de determinadas formas de privación de origen social y, por tanto, tienen como fin la realización de la igualdad o, más exactamente, una síntesis entre libertad e igualdad, en una palabra, la libertad igual” (p. 49).

capitalismo realmente existente. La abundancia de los países avanzados se apoya en la explotación salarial de los trabajadores del mundo. Una tensión se hace manifiesta. El derecho se encuentra entonces entre la espada y la pared. Por un lado, unos derechos fundamentales y unos derechos sociales, y, por otro, un sistema global capitalista con una racionalidad contraria a estos valores. Las consecuencias de la existencia de tales derechos –a sabiendas que no se realizan– tienen un efecto en el imaginario social, del que Tushnet advierte. Las personas, al saber que existen los derechos en abstracto, creen que el sistema es suficientemente justo y que ellos pueden tener acceso al reconocimiento de los derechos. Mientras que al parecer, y de acuerdo con la dinámica presente del capitalismo, el derecho no logrará verdaderas revoluciones sociales. Solidaridad y *competencia-utilidad* son contrarias. Al entrar en choque, de manera lastimosa, la pugna muy probablemente se resuelve a favor de una eficiencia cruda exclusivamente numérica.

El derecho sugiere: “es posible, mire todos estos derechos a los que usted puede acceder”. Cuando en la práctica, si se valiesen todos esos derechos, el sistema capitalista se desplomaría, su lógica interna paradójicamente se entraría. En consecuencia, parece que el derecho no es mucho lo que puede hacer; se halla una gran inconsistencia, pues su contenido se encuentra desligado de toda posible ejecución, cuando lo que obtiene es generar una legitimidad simbólica del sistema que él mismo quiere humanizar.

Al exponer este punto, Tushnet diferencia entre derechos negativos –que limitan la acción del individuo sobre otras personas– y derechos positivos –que requieren la acción junto con otros por medio de acuerdos con el conglomerado. En palabras de Tushnet:

La distinción entre los derechos positivos y negativos refleja y, quizás a la vez, también se basa en un aspecto fundamental de nuestra vida social. Como tememos que otros, con quienes vivimos actúen de tal manera que aplasten nuestra personalidad, entonces exigimos nuestros derechos negativos. Pero nosotros también sabemos que necesitamos a otras personas para crear unas condiciones dentro de las cuales podamos progresar como seres sociales y, por lo tanto, también necesitamos derechos positivos. En nuestra cultura, el temor a ser aplastado por otros domina a tal punto nuestro deseo de tener un entorno social en el cual podamos desarrollarnos que el conjunto de nuestros derechos está compuesto en su mayoría por derechos negativos. El lenguaje de los derechos negativos apoya la fuerte distinción entre el amenazador ámbito público y el reconfortante ámbito privado. La sola idea de los derechos negativos nos obliga a hacer esa distinción. Pero es posible

ver el ámbito público como reconfortante y el privado como amenazador. De hecho, la idea de los derechos positivos nos obliga a desdibujar la distinción. Sin embargo, eso quiere decir que sería difícil desarrollar una retórica sobre los derechos que cree y niegue a la vez la diferencia entre lo público y lo privado, y que justifique los derechos tanto positivos como negativos. La retórica contemporánea de los derechos habla principalmente de los negativos. Al hacer abstracción de las experiencias reales y reificar la idea de los derechos, se crea un ámbito de autonomía desprovisto de todo contexto social al cual le contraponen un ámbito abstraído de la vida social sin contenido. Sólo pretendiendo que el ámbito abstraído de la vida social tiene contenido, podemos hablar de derechos positivos. (Tushnet, 1984/2001: 140-141)

El predominio de los derechos negativos crea una barrera ideológica a la extensión de los derechos positivos. En opinión de Tushnet es sorprendente que los derechos reconocidos en el actual sistema constitucional estadounidense sean casi todos negativos.¹³ En caso de que la sociedad reconociera derechos positivos, lo haría mediante “estatutos” producto de la presión política sustancial, los cuales por su naturaleza no recibirían, en su mayoría, protección constitucional.

La radicalidad de Tushnet le permite reconocer la posibilidad de tener una Constitución diferente: en la medida en que la Constitución burguesa no puede garantizar los mismos principios en los cuales se sustenta –igualdad, seguridad jurídica–, “no será posible bloquear, a partir de estos valores, el desarrollo de estrategias de emancipación y de reforma” (Reich, 1985: 107).¹⁴

O, como algunos prefieren, no se necesita aceptar la actual como la verdadera Constitución.¹⁵ Pero el persuasivo poder de la descripción no puede ser negado, y por ese poder de persuasión obstruye el desarrollo de

¹³ Tushnet hace referencia a la Constitución de los Estados Unidos de América; la Constitución de Colombia contiene derechos positivos y, sin embargo, la crítica de este autor es válida por cuanto aquí estos derechos son vacuos.

¹⁴ Por su parte, Habermas (1973) plantea la contradicción entre las constituciones burguesas y las crecientes necesidades de actuaciones sociales del Estado. En atención a esta contradicción, los Estados actuales tienen dos alternativas: o bien se transforman en un Estado social y democrático de derecho o devienen en un Estado dictador.

¹⁵ En este punto resulta pertinente considerar la posibilidad constitucional de la desobediencia civil y ésta como un *test* de constitucionalidad. Al respecto, véase Estévez, (1994).

un conjunto más completo de derechos positivos. Tushnet sugiere hacer esfuerzos para construir una sociedad que garantice tanto los derechos positivos como los negativos. Según Tushnet:

(...) el lenguaje de los derechos capta el predicamento contradictorio de las personas, las cuales viven a la vez solas y en conjunto, independientes y sin embargo en solidaridad con otros, es decir, individuos cuyas vidas sólo tienen significado dentro de una sociedad. El lenguaje de los derechos trata de describir cómo las personas pueden defender los intereses que tienen en virtud de su condición humana contra los esfuerzos que hacen otros por abolir esos intereses o vivir indiferentes al sufrimiento ocasionado por el hecho de que ellos no reconocen los derechos de los demás. (Tushnet, 1984/2001: 131)

Este autor cree que se puede caer en una trampa, si se mantiene una posición relativista al plantear proyectos alternativos al capitalismo.

Ciertamente, la experiencia del siglo XX permite afirmar que es menos perverso el orden capitalista liberal que el posiblemente transformado a la manera estalinista. Por tanto, un programa socialista no sería viable, dado que puede que éste resuelva problemas, pero se le exigirá que resuelva *todos* los problemas.¹⁶ Ante esto, la opción es mantener una oposición constante que persiga –a través de la crítica– remediar las falencias del capitalismo y encontrar un camino no alternativo sino *emancipatorio*. Tal como indica Tushnet, “lo que fundamenta la escogencia es el seguro y cierto conocimiento de que las cosas pueden ser mejores de lo que son” (Tushnet, 1984/2001: 151).

Por su parte, Boaventura de Sousa Santos (1998) precisa que:

debido a que ni el sistema capitalista ni el interestatal permiten una globalización genuina de las prácticas sociales, el *jus humanitatis* es potencialmente el campo privilegiado de las luchas entre las formas capitalistas de globalización (localismos globalizados y globalismos localizados), de una parte, y las formas de globalización dirigidas hacia el paradigma emergente (cosmopolitismo y herencia común de la humanidad), de la otra.¹⁷

¹⁶ Sobre la actualidad y pertinencia del debate acerca del socialismo, véanse Roemer (1995), Miliband (1997), Monereo y Chávez (1999), y Gargarella y Ovejero (2001).

¹⁷ El autor abre la perspectiva del *jus humanitatis* como forma de legalidad transnacional que “toma el globo en sí mismo como objeto de su regulación” (Santos, 1998: 245).

El paradigma poscapitalista emergente tiene un poderoso acicate en el *jus humanitatis*, dado que éste choca contra dos principios fundamentales del paradigma dominante: la propiedad, sobre la cual está basado el sistema mundial capitalista, y la soberanía, sobre la cual está basado el sistema interestatal.

Y más adelante precisa que

la aplicación amplia del principio de la herencia común de la humanidad muestra el potencial de este concepto en la transición paradigmática. Contra el expansionismo capitalista, propone la idea de desarrollo sostenible; contra la propiedad privada y la apropiación nacional, la idea del manejo compartido de los recursos, el uso racional y la transmisión a las generaciones futuras; contra la soberanía del Estado-nación, la idea del fideicomiso, el manejo por parte de la comunidad internacional o bajo el control de ésta, en nombre de la humanidad como un todo; contra el *hubris* de la persecución de poder que lleva con tanta frecuencia la guerra, la idea del uso pacífico; contra la economía política del sistema mundial moderno, la idea de la redistribución equitativa de la riqueza mundial, incluyendo los recursos aún inexplorados. (Santos, 1998: 256-257)

Legado marxista

Como germen de toda esta labor crítica del derecho, se encuentra el legado marxista, recogido por Manuel Atienza y Ruiz Manero en esta forma:

- 1) el derecho tiene un carácter clasista;
- 2) es un fenómeno histórico en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social;
- 3) desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social;
- 4) tiene carácter ideológico. Junto a ello, los estudiosos marxistas del derecho han asumido también una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica;
- 5) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los “valores” que el derecho realiza o debe realizar: la justicia o los derechos humanos”. (Atienza y Ruiz, 1993: 11)

Como guía teórica de este trabajo, se pretende subrayar dos de los anteriores puntos: el carácter clasista del derecho y la subordinación de éste a otras esferas sociales. Respecto al primero de ellos, se debe anotar que puede

plantearse desde dos perspectivas diferentes: una *rígida* (mecánica) y una *flexible* (dialéctica).¹⁸ En atención a la perspectiva radical, el derecho en su totalidad no es más que expresión de la voluntad de la clase dominante.¹⁹ Por el contrario, bajo la visión *flexible* –a la cual se adhiere este trabajo– se parte de la existencia de desigualdades sociales que, dada la abstracción del derecho, son reproducidas a través de éste.

Por su parte, la subordinación del derecho a otras esferas sociales –especialmente a la economía– también puede ser percibida rígida o débilmente. Para efectos de este trabajo se pretende resaltar como acertada la concepción *flexible*, en virtud de la cual no habría tanto una *determinación* de unos elementos de la sociedad por otros, sino más bien una *interacción* entre todos ellos. Así, el condicionamiento del derecho por parte de las fuerzas hegemónicas no es percibido como total –tal como es concebido por el marxismo dogmático; más bien se trata de una considerable influencia en el marco de una interrelación y mutua determinación entre las relaciones sociales y el derecho.²⁰

Con el objeto de observar los efectos que en el derecho puede tener la economía, a continuación se abordará, de manera somera, la relación entre estas dos esferas, como elemento determinante para la concepción de los derechos, especialmente los sociales, entre los cuales se encuentra el derecho pensional.

¹⁸ Respecto a las perspectivas *fuertes* y *débiles* en el marxismo, véase Pérez (1996b: 88-89).

¹⁹ Ferdinand Lassalle (1997) plantea una definición del derecho por la misma línea de la mencionada perspectiva radical. Allí afirma que: “la Constitución de un país es en esencia la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país [...]. Se cogen esos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra de la ley, y es castigado” (p. 92). Luego, se pregunta: “qué relación guardan entre sí las dos Constituciones de un país, esa Constitución real y efectiva, formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen en la sociedad, y esa otra Constitución escrita, a la que, para distinguirla de la primera, daremos el nombre de la hoja de papel” (p. 99).

²⁰ Debe tenerse en cuenta que sin embargo esta interacción es compleja y no se da *inter pares*. El derecho, en todo caso, deberá remitirse a elementos sociales materiales como necesidad, conflicto, etcétera.

DERECHO, ECONOMÍA Y DERECHOS SOCIALES

La relación entre derecho y economía ha ido variando de acuerdo con las necesidades históricas dadas por el sistema capitalista y las diversas estructuras sociales. En efecto, se halla que en el derecho se han institucionalizado normas y derechos que representan una suerte de *superación* de la concepción clásica de derecho-libertad, tales como los derechos sociales. No obstante, en esta tendencia *de avanzada* del derecho puede también constatarse una enorme brecha entre el “derecho escrito” y el “derecho en aplicación” (*law in the books* y *law in action*²¹), que lleva a pensar en la utilización de los derechos como mecanismo de extensión de la eficacia simbólica del derecho. Esto se hace más evidente respecto a los derechos sociales, en tanto estos, como derechos programáticos, encuentran un infranqueable límite en las posibilidades materiales (económicas) para su concreción. La efectiva materialización de los derechos sociales, pensada en forma independiente de las consecuencias económicas que ella tenga, se presenta en este marco como un ideal imposible y francamente cuestionable.²²

Para dar curso a este aparte, en primera instancia se hará remisión al concepto de *desmercantilización*, como parámetro indicativo de la capacidad de los derechos sociales de enfrentarse al mercado y, superando las limitaciones que éste pueda oponerle, proveer el bienestar o protección que suponen. En materia pensional, este concepto permitirá identificar la capacidad de los programas de pensiones públicas para liberar a los individuos de la lógica de funcionamiento del mercado (o de las restricciones impuestas por el flujo monetario).

En este sentido, el grado de *desmercantilización* del derecho social a la pensión estará prefigurado por el tipo de relación entre lo público y lo privado, en una determinada formación social y en un momento dado, ya que la ley de la inercia no rige para las instituciones sociales. De ahí que

²¹ Véase *supra* nota 12, capítulo 1.

²² De manera premonitoria, hace una década, García V. (1993: 151) anotaba que: “las condiciones de aplicación de los derechos sociales están caracterizadas, al menos en Colombia, por circunstancias que benefician la posibilidad de apropiación política de los textos jurídicos por parte del Estado: en primer lugar, la debilidad de las presiones sociales frente al Estado; segundo, la falta de una doctrina constitucional dotada de criterios de interpretación autónomos que permitan oponer al poder político del gobierno el poder jurisdiccional de los tribunales; y, finalmente las enormes dificultades materiales, técnicas y administrativas para llevar a la realidad las promesas inscritas en los enunciados constitucionales de derechos sociales. He aquí el terreno abonado para que prospere la eficacia simbólica de los enunciados jurídicos”.

el derecho pensional haya sido diferentemente considerado, dependiendo de la forma en que se relacionen el Estado y el mercado: la extensión e intensidad del servicio público de seguridad social están determinadas por el límite a partir del cual los individuos *quedan libres* para acudir al mercado con el fin de *comprar* seguridad, ya sea con carácter sustitutivo, o bien con carácter adicional (suplementario o complementario) al sistema público.

Lo anterior, aplicado al derecho social a la pensión, se manifiesta en el actual colapso del sistema pensional fundado en la solidaridad. En efecto, este sistema ha venido perdiendo terreno frente al ámbito del derecho comercial de seguros que prospera en la nueva fase de globalización financiera y que regula el ahorro de los trabajadores formales vinculados al mercado laboral para que, individualmente y en fondos privados, construyan su pensión sin consideración a los trabajadores informales o inactivos.

En este punto es vital enmarcar las posibilidades jurídicas en la relación entre derecho y economía. Como ya se anotó, en un Estado capitalista, el derecho se encuentra *en gran parte* condicionado por la economía.²³ El derecho, como resultado de un proceso social, refleja los procesos normales de convivencia social y éstos, a su vez, se encuentran fuertemente determinados por las fuerzas económicas. Así, se debe aceptar que las normas son en gran medida el reflejo de las relaciones sociales y, en este marco, el derecho y la normatividad podrían ser equiparables a una representación ideológica o a la concretización de una ideología hegemónica:

(...) [E]n definitiva, el análisis ideológico del derecho, esto es, la idea de que el derecho y no sólo la ciencia jurídica no es un elemento neutral, sino un instrumento que sirve con relativa independencia de cuáles sean las “intenciones” de quienes lo manejan para ocultar o justificar aspectos de la realidad social es algo a lo que no puede renunciar una teoría crítica del derecho. (Pérez, 1996b: 18)

Para precisar los términos, en el derecho se pueden distinguir dos esferas: una deóntica, o formal-normativa, y una ideológica (Correas, 1993; 1998a: 36-40). La primera hace referencia al entramado normativo o texto legal, mientras que la segunda alude a los mensajes no explícitos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta distinción no es estricta, pues como bien lo señala Oscar Correas,

23

En Bourdieu, este condicionamiento es visto como la interrelación entre los diferentes campos que componen la esfera social, y hace que tales campos sean semiautónomos. Véase Bourdieu and Wacquant (1992).

[E]l sentido transmitido en el discurso está en las palabras mismas. Por tanto, es en realidad imposible, la separación absoluta entre norma y otras ideologías: no existe una norma “pura”, porque la descripción de la conducta obligatoria se efectúa con palabras que tienen un significado. Es decir, no es posible expresar las normas sino con palabras cargadas de sentido. (1998a: 37)

Esto hace latente que el derecho observa finalidades determinadas,²⁴ siendo instrumentalizado para fines sociales o bien para los intereses de los agentes del mercado (Pérez, 1996b). Ante esto, es imposible predicar la neutralidad del derecho, y se hace imperativo tomar partido en relación con las funciones del derecho y su instrumentalización.²⁵ En este punto, aparece pertinente y acertada la afirmación de James Boyd White de que

[o]ur object should not be to achieve maximum “growth” but to try to insure that each human being is able to realize his or her potencial for a meaningful life in community with others. [Nuestro objetivo no debe ser alcanzar un crecimiento máximo sino tratar de asegurar que cada ser humano sea capaz de realizar su potencial para una vida con sentido en comunidad con los demás]. (1998:63)

En suma, el derecho, como producto social, recoge las tensiones entre los fines sociales y los fines del mercado capitalista y esto hace que el derecho devenga en ideología hegemónica. Dado lo anterior, y ante la insuperable imposición de las fuerzas capitalistas y su condicionamiento del derecho, éste se ve limitado en su potencial de consecución de fines sociales, y no puede reemplazar la lucha política y los movimientos sociales. Si el derecho se encuentra *condicionado* por las fuerzas hegemónicas, “no es un medio adecuado para la transformación social, carece de autonomía respecto a la base económica que lo determina” (Pérez, 1996b: 88).

²⁴ Cabe señalar en este punto la distinción entre funciones manifiestas y funciones latentes. Las funciones manifiestas son expresas en la norma y pretendidas conscientemente por los aplicadores de ella. Las funciones latentes, por el contrario, se presentan *encubiertas* y de ellas no son conscientes sus agentes. Estas últimas funciones se tocan en gran parte con la noción de ideología referida en este texto. Véase además López (1996: 457-465).

²⁵ Con relación al realismo jurídico norteamericano, vale resaltar la importancia de tomar una actitud política frente al derecho y asumir una perspectiva consecuen-cial de éste, que enfrente de esa forma la indeterminación del derecho y justifique políticamente su existencia.

MERCADO, POLÍTICAS SOCIALES Y CIUDADANÍA

En este marco de discusión, y observando el proceso que ha recorrido el derecho a la seguridad social en Colombia, se puede concluir que, en últimas, el problema estriba en la forma de articulación entre el mercado y las políticas sociales; esto es, en la combinación de ambos mecanismos para la satisfacción de las necesidades humanas. La forma de organización socioeconómica de una sociedad determinada constituye la base para lograr la efectividad del derecho a la seguridad social. Como acertadamente lo señalara José Luis Monereo:

[...] una de las tendencias más preclaras en la evolución reciente es la progresiva renuncia de las políticas gubernamentales a implantar un Estado de bienestar proveedor de toda seguridad fundado en el modelo de la ciudadanía social. Existe una orientación cada vez mayor hacia la consagración de un modelo más pluralista y privatizado de Estado benefactor, que abre amplios espacios a la iniciativa privada (vertiente individualista y liberal) y concede prestaciones sociales a los beneficiarios (ciudadanos o no) con base a un doble título político y jurídico: a título de la ciudadanía (condición de pertenencia a la comunidad política organizada) y a título “previsor” respecto al esfuerzo contributivo vinculado a la seguridad social y a los sistemas privados de previsión voluntaria (lógica “contractual”). Esta evolución determinará a la postre un replanteamiento (vale decir, redefinición) de la noción de ciudadanía social como fundamento del Estado social. (Monereo, 1996: 15-16)²⁶

Si bien dentro del esquema jurídico-político de la Constitución, el concepto de ciudadanía sirve de presupuesto para asegurar la garantía de los derechos sociales establecidos por la Constitución,²⁷ tal como se ha expuesto, el contenido jurídico de los derechos en mención tiene grandes y graves desencuentros con la práctica y la cultura política de América Latina. La causa de esto puede encontrarse en el hecho de que en estos países el dominio de lo público se confunde frecuentemente con lo privado, y la asis-

²⁶ En este texto, partiendo de un enfoque de política global de pensiones, el autor realiza un completo estudio acerca de la significación jurídico-política y de la regulación normativa en materia de seguridad social, especialmente de los sistemas privados de pensiones.

²⁷ En torno a la “ciudadanía social”, véase Uprimny (1990).

tencia social –como forma de gestión de las políticas públicas de carácter social– se pervierte en formas de clientelismo.²⁸

En este punto se pueden distinguir dos concepciones diversas de “política social”: como un fin en sí misma y como medio para la obtención y acumulación de capital humano,²⁹ a través del cual se incrementa el desarrollo económico (López, 1994: 15-42). En virtud de esta última perspectiva, que da cuenta de una *teoría desarrollista*, las políticas sociales deberán favorecer a la población en capacidad de ser *productiva*. De esta manera, los ancianos y los discapacitados pueden verse marginados de la atención en salud y de la cobertura pensional.

Este enfoque pretende hacer compatibles el desarrollo económico, la equidad y la democracia. Sus argumentos descansan sobre la convicción de que la eficacia económica y la justicia social van de la mano, pues la primera orienta las políticas sociales para, a la vez que se satisfacen principios de justicia, dar cabida a parámetros de optimización económica: mediante la política social se restablece o estabiliza la demanda efectiva y se persigue la reproducción del capital humano. Como puede verse, esta visión demuestra una percepción de los fines sociales como medios para la realización del fin principal, que es el desarrollo económico. De esta forma, la perspectiva social del enfoque desarrollista da coherencia al conjunto de sus postulados en materia económico-social.

La relación entre justicia social y sistema democrático en la perspectiva desarrollista y mercantilista puede ser contrastada con la propuesta por Habermas, dentro de la cual, las condiciones materiales sirven de soporte para la realización de las posibilidades de la participación política y, por ende, para la realización de los derechos sociales (Habermas, 1973: 17-60). En las sociedades actuales, caracterizadas por los mercados capitalistas y la globalización, esta perspectiva es de imposible realización, dado que en esta dinámica, el paradigma desarrollista implica o presupone una democracia de fachada o de baja intensidad,³⁰ que encubre la moderna es-

²⁸ Los esfuerzos tecnocráticos del neoliberalismo para “focalizar el gasto público hacia los más pobres” y subsidiar la demanda para la compra de servicios sociales, se hacen inocuos ante el peso de las formas tradicionales del clientelismo y la corrupción, que operan en la gestión del gasto público social. Cfr. Fresneda, Cárdenas, Sarmiento y González (1997: pp. 255-319).

²⁹ Por capital humano se entiende las variables que determinan la productividad de cada persona, por ejemplo, su grado de educación, su estado de salud, etcétera.

³⁰ Respecto a la democracia de baja intensidad, véase Santos (2001c: 151-207, en esp. 193-194).

clavitud capitalista. En su lugar se halla la llamada *solidaridad fría*, según la cual:

A una relación hecha de generosidad por una parte, de gratitud por la otra, característica de la solidaridad caliente, el sistema universalista [de fin como medio] la sustituye por una relación hecha de sumisión recalcitrante a un impuesto por una parte, de insistencia egoísta sobre sus derechos por la otra. (Habermas, 1973)

Con fundamento en esta exposición de Habermas, se puede afirmar que la equidad no surge de esta pretendida *conciliación* entre desarrollo económico (que asume el mercado como una institución) y justicia social (como idea moral que marca el comportamiento individual en el mundo de la *competencia*). Si acaso, puede ser posible una equidad del *regateo*, en la que se involucran solo *los propietarios*, dando forma a una “equidad propietarista”, distinta a una equidad basada en la solidaridad “que solamente la práctica de la democracia podría hacer plausible y eficaz” (Max-Neef, 1998).

Así, la pretensión de equilibrar mercado y bienestar social tiene la consecuencia perversa de imponer un límite a los derechos sociales frente a su posibilidad de realización en el marco de un desarrollo económico (Ocampo, 2001).

El crecimiento económico como dogma³¹ es cuestionado por el constitucionalismo social,³² debido a que el mercado capitalista impide la concreción de los propósitos consignados en las declaraciones generales de principios, dando paso a la afectación de los derechos fundamentales individuales por vía de “la interpretación individual para cada caso concreto” (Reich, 1985: 86).

Hoy en día, huestes de académicos tienen una actitud positiva sobre la posibilidad de hacer de los derechos humanos una meta internacional, sin que las relaciones de producción tengan que cambiar sustancialmente. Hay propuestas, como las de Boaventura de Sousa Santos (2001e: 163-189), bastante esperanzadoras, pero inaptas para su aplicación.

La propuesta de Santos comienza en el contexto de la globalización. Según él, la globalización no es solo un proceso económico, sino también cultural, que no es exclusivamente hegemónico sino que también puede

³¹ Respecto al fetiche del crecimiento económico, el libre comercio y la globalización, véase Max-Neef (1998).

³² Para un desarrollo conceptual, véase Díaz (2001).

abogar por la emancipación.³³ Los derechos humanos pueden ser vistos de varias formas, que van desde lo hegemónico y universalista –como “arma de Occidente contra el mundo”– hasta “una forma de cosmopolitismo, como globalización de abajo hacia arriba o antihegemónica”. Para que lo puedan ser de la segunda manera requieren un diálogo multicultural. Santos propone una hermenéutica diatópica como herramienta para lograr un diálogo no hegemónico entre culturas. Pero el éxito de tal herramienta no está garantizado *a priori*, como el mismo Santos advierte, puede prestarse a una “política reaccionaria” (Santos, 2001e: 185). Para evitar esta posibilidad se deben aceptar dos imperativos interculturales.

- 1) Entre las diferentes versiones de determinada cultura, debe escogerse la que represente el círculo más amplio de reciprocidad dentro de esa cultura, la versión que vaya más lejos en el reconocimiento del otro;
- 2) Las personas y los grupos sociales tienen derecho a ser iguales cuando la diferencia los hace inferiores, y el derecho a ser diferentes cuando la igualdad los homologa. (Santos, 2001e: 187)

La propuesta de Santos es novedosa. La crítica que aquí se formula se centra en la idea que este proyecto no es realizable donde existan condiciones económicas netamente capitalistas. La misma lógica del sistema capitalista de alguna manera impide la plena realización del ideal de los derechos humanos, en especial los de segunda y tercera generación. En su texto asume que

(...) de las dos versiones de los derechos humanos existentes en nuestra cultura –la liberal y la marxista, la marxista debe ser adoptada, ya que se extiende a los dominios económico y social la igualdad que la versión liberal sólo considera legítima en el dominio político. (Santos, 2001e: 186)

La postura marxista solo es realizable en un campo que traspase los meros límites de la regulación mediante derechos, y sea un cambio efectivo, es decir material.

En este marco, resulta muy importante la crítica a los criterios establecidos de *racionalidad económica*, para combatir la “ofensiva” ideológica que considera que “lo social” en general y los sistemas públicos de

33

No se quiere con ello acusar al autor de ser un defensor de la globalización en todos sus contextos. De hecho, su texto contiene un buen acercamiento teórico sobre las manifestaciones de la globalización.

pensiones no son “financiables” hacia el futuro. Por el contrario, el sistema de pensiones públicas es el instrumento más importante de transferencias sociales que compromete en los países capitalistas avanzados hasta un 10% del PIB.³⁴ De esta forma, los fondos de pensiones se constituyen en una fuente de poder económico para el capitalismo financiero internacional, y es precisamente por ello que el sistema pensional se desvía del fin social de “construir” *pensiones* como instrumento de política social, para pasar a convertirse en un instrumento de ahorro personal, que estimula el individualismo liberal en aras de hacer rentable un negocio financiero. De contera, esto deviene en la ampliación del espacio del derecho privado comercial de seguros, en desmedro del derecho a la seguridad social.

EFFECTOS DE LAS DIFERENTES FORMAS DE INTERVENCIÓN ESTATAL EN EL DERECHO PENSIONAL

Es claro que el derecho, evidenciado como *caballo de Troya* para la ideología (Rodríguez, 1999: 76), puede ser visto como instrumento de dominación o de legitimación por parte de las fuerzas hegemónicas, *v. gr.*, las fuerzas económicas capitalistas; o, *contrario sensu*, para la resistencia, emancipación y conquista de derechos. Empero, se debe también tener en cuenta que el Estado se ha encontrado por otra parte con la necesidad de asumir funciones sociales, dando origen así a una tensión que afecta la relación entre economía y derecho (Reich, 1985). En virtud de las necesidades sociales y económicas actuales, y ante las desigualdades propias de una lógica capitalista, el Estado en la actualidad actúa a través del derecho para simultáneamente (i) organizar los procesos del mercado, e (ii) intervenir en ellos.³⁵ De esta forma, la juridización de la economía se ha visto acrecentada.

³⁴ En otros países, el gasto de pensiones en relación con el PIB supera con creces los guarismos que tienen tan escandalizados a los actuales gobernantes colombianos: el gasto en pensiones como porcentaje del PIB fue 4.2 en Israel (1992), 12.0 en Letonia (1994), 4.1 en Argentina (1994), 14.2 en Bélgica (1995), 5.7 en Canadá (1993) y 6.8% en Estados Unidos (1994-1995). Al respecto, *cf.* *Revista Internacional del Trabajo* (2000), 119(2). Clavijo (1998) anota que en los países de la OCDE, en pensiones se gasta 8.2% del PIB, o sea 23% del gasto público.

³⁵ Siempre ha existido una intervención pública en la economía, reclamada ya en el contexto del mercantilismo, de la fisiocracia, del Estado policía, del parlamentarismo y del autogobierno inglés, y continuada en el Estado liberal europeo desde el siglo XIX (obras públicas, regulación sobre bienes públicos como minas y aguas, medidas proteccionistas para el mercado interno, apoyo a sectores económicos particulares mediante las políticas de contratación pública, etc., por no hablar de las políticas y las

No obstante, esta intervención social del Estado no necesariamente implica una crisis del capitalismo, puede más bien verse como otra etapa de su reproducción ampliada. En efecto, “lejos de advertir el desaparecimiento de la sociedad capitalista y de la clase obrera lo que se puede observar es una profundización de las relaciones capitalistas” (Rodríguez, 1996: 94).³⁶

En este sentido,

[E]l aumento progresivo de la participación estatal en la planificación económica no señala un retroceso del capitalismo, sino precisamente lo contrario: el desarrollo del derecho Económico es un proceso que acompaña al desarrollo del capitalismo. La planificación económica no es un atentado a la libertad de los capitalistas, sino una necesidad de la reproducción del capital. (Correas, 1998a: 221)

Así, no es posible afirmar que estas intervenciones sociales del Estado constituyan un retorno al Estado de bienestar, pues un proceso de reformulación del papel social del Estado está condicionado en las sociedades actuales –como bien lo afirmara Ramón García Cotarello– por dos elementos:

De un lado, cuenta sobremanera la correlación de fuerzas políticas y la claridad de las ideas que vierten en los programas. Los cambios en la estructura de clases, la consolidación de la “nueva clase”, el cambio en la importancia relativa y respectiva de distintas instituciones, como los sindicatos, las organizaciones patronales, los partidos políticos y los nuevos movimientos sociales, obligan a un replanteamiento radical de las estrategias políticas.

De otro lado, la situación de la economía mundial y la importancia decisiva que han llegado a tener los mercados internacionales y sus agentes mayores, como las compañías multinacionales y transnacionales, plantea también problemas nuevos para los que únicamente pueden encontrarse soluciones satisfactorias si son nuevas. (Cotarello, 1988: 134-135)

En lugar de ese resurgir del Estado de bienestar, lo que se encuentra es una fórmula compleja de Estado que se sintetiza en el Estado social

guerras colonialistas e imperialistas, que fueron ciertamente muy importantes desde el punto de vista de su incidencia en la economía nacional).

³⁶

En este texto, el autor da cuenta de cómo esta nueva fase del capitalismo va de la mano con una reestructuración del derecho laboral, dando origen a una contratación “readecuada, de manera camaleónica a las necesidades del proceso de acumulación capitalista” (p. 100).

y democrático de derecho, reconocido por la Carta Política, y copiosamente avalado por la Corte Constitucional colombiana. Esta fórmula recoge elementos de tres formas de Estado: Estado liberal, Estado democrático y Estado social.³⁷ En virtud de la primera forma mencionada, la limitación a los poderes del Estado y la protección a las libertades individuales cobran especial importancia. Por su parte, lo vital para el Estado democrático es la soberanía popular, la igual posibilidad de participación de toda la ciudadanía en los procesos políticos y la formación de voluntad política. Finalmente, en atención a un modelo social de Estado, éste debe perseguir el bienestar general y una justicia mínima material para todos los miembros de la sociedad. Esta fórmula compleja de Estado deviene en muchas ocasiones en enfrentamientos entre los diferentes principios, evidentes en la interpretación y aplicación del derecho.³⁸

Bajo el Estado de bienestar, la evolución histórica de la estructura de las pensiones se encontró marcada por la influencia recíproca y la combinación del Estado y del mercado para la provisión del bienestar; así como por la definición de los modelos de pensiones, es decir, la delimitación de los espacios pertinentes para el servicio público de seguridad social y para los regímenes privados de pensiones.

La expansión simultánea de la seguridad social y de los mecanismos de provisión privada a partir de la segunda posguerra mundial, refleja la interacción entre estos dos sistemas, así como el hecho de que ambos sean relativamente intercambiables, dependiendo en buena medida de la suficiencia de las pensiones del servicio público de seguridad social: los niveles bajos de cuantía de las pensiones públicas en la *combinación global* (público y privado) van acompañados de un aumento del espacio y de los porcentajes de provisión de pensiones del sector privado. Esto pone de manifiesto que los nexos entre Estado y mercado dependen de la distinta

³⁷ Respecto a la complejidad de esta fórmula de Estado y sus repercusiones en la actividad judicial, véase Uprimny (1997).

³⁸ Uprimny explica que: “De un lado, y conforme a la filosofía liberal, el juez debe garantizar las libertades de las personas por medio de decisiones previsibles, esto es, jurídicamente seguras.(...) De otro lado, en virtud de la idea de la soberanía popular, el juez debe respetar las decisiones tomadas mayoritariamente por los órganos políticos, puesto que el juez no tiene una fuente de poder autónomo, ya que carece de legitimación democrática.(...) Y, finalmente, como si fuera poco, el juez debe lograr decisiones mayoritariamente justas, puesto que, en virtud del principio social, la actividad judicial debe contribuir al logro de una sociedad materialmente más justa” (1997: 229-230).

conformación de los Estados de bienestar; estos pueden obedecer a una configuración “institucional” o, por el contrario, “marginal” o residual.

La tendencia histórica del derecho al seguro social se inicia con un concepto asistencial que, bajo el Estado liberal de Occidente en los siglos XVIII y XIX, estuvo a cargo de entidades privadas de beneficencia. En el siglo XX, durante el proceso de configuración del Estado social (primero asistencial, luego benefactor), adquirió la categoría de derecho social, de derecho humanitario y de derecho constitucional, que hoy ostenta. Por su parte, los seguros sociales de génesis bismarckiana acompañaron el nacimiento del derecho laboral y, posteriormente, surgieron los fondos de pensiones-ahorro como parte del derecho comercial regulado por un régimen privado de seguros comerciales.³⁹

En este país, el proceso encaminado a la obtención de un Estado neoliberal ha estado acompañado de la implementación de un nuevo mo-

39

Esta tendencia se vislumbra con toda claridad en la oferta mercantil que posibilita las innovaciones en los mercados financieros, las reformas al sistema pensional y la internacionalización de la economía. La oferta de instrumentos financieros cada vez más complejos pueden servir simultáneamente para ahorrar y para asegurarse contra ciertos riesgos o garantizar una pensión de retiro. En este punto, es importante advertir el efecto antropológico (perverso) de las globalizaciones en el “proyecto de vida” de individuos *alienados*, localizados en un país semiperiférico como Colombia. En efecto, los estudios culturales muestran las consecuencias de un sistema que pretende controlar las dinámicas sociales en todos sus aspectos. El doble proceso de burocratización y de mercantilización de la vida social se extiende a los más íntimos rincones de la vida, de forma que: “el individuo se encuentra *completamente habitado* por las instituciones, pero las mismas instituciones han perdido de vista el sentido último por las cuales surgieron. El interminable debate entre lo público y lo privado, Estado y mercado, planificación y libre competencia, se presenta hoy como una polémica estéril y desorientadora: en una sociedad compleja, los mecanismos del libre mercado están sujetos a una creciente cantidad de reglamentos y vínculos jurídicos, en los que los únicos jugadores capaces de sacar seguro provecho de la ruleta son las grandes empresas con sus gigantescos aparatos burocráticos, que no tienen nada que envidiarle a la burocracia estatal; mientras que al mismo tiempo, las instituciones públicas se han transformado en gigantescas máquinas que prodigan premios y castigos según una justicia procedimental y unos mecanismos distributivos, en gran parte entregados a la casualidad y al desarrollo mecánico de las consecuencias, exactamente de la forma como ocurre en el libre mercado. Tanto el sector público como el sector privado, defienden concepciones diferentes de libertad humana, aun cuando ambos sectores responden a las mismas necesidades y participan del mismo juego, cuyas reglas se originan en una creencia ciega en el mercado, como entidad objetiva e indiscutible. Cabe preguntarse si no fuese tiempo de dejar espacio a otras maneras de interpretar el mundo y la sociedad, más allá de la representación en gráficos de demanda y oferta”. (Vignolo, 1999: 110-111). (La cursiva no es del texto).

delo de desarrollo, acorde al proceso de apertura económica.⁴⁰ Dada la permanencia de la premodernidad en nuestro contexto, estas políticas de *modernización* de la economía se presentaron vertiginosas y radicales, y por ello devinieron en complicados traumas sociales y económicos.⁴¹ Tales traumas se manifiestan en la tensión entre la necesidad de acciones económicas dinamizadoras y unas condiciones económicas internas inapropiadas para la realización de dichos cambios, y nos pone frente a la pregunta sobre la dirección que debe ejercer el Estado respecto a la economía, según lo expuesto en el ordenamiento constitucional vigente (art. 334 C.N.).

La dirección de la economía nacional en la Constitución de 1991 tiene un doble enfoque: por un lado, se consagra una extensa intervención estatal orientada principalmente hacia lo social y, por el otro, se permite la liberalización del mercado, con un talante marcadamente neoliberal. La creciente constitucionalización de lo jurídico, evidente en el reconocimiento de los derechos sociales, también se presenta respecto a las políticas neoliberales. Basta mencionar la independencia del Banco Central, la libertad para el ejercicio económico sin previa autorización legal y la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos y sociales.⁴² De esta forma, la Constitución del 91 amplía el marco de intervención estatal, promueve la participación privada en esferas que, con anterioridad, eran de exclusivo dominio estatal.

Esta tensión entre intervención social y regulación neoliberal es constatable también en el ámbito internacional. En Estados Unidos, por ejemplo, se ha venido cuestionando en las últimas tres décadas el sistema de financiamiento de las prestaciones de los retirados, con base en impuestos sobre las rentas de los trabajadores. Se argumenta que este sistema conlleva a que los ingresos igualen aproximadamente los pagos, de tal forma que los activos no se acumulan significativamente, generando grandes pasivos no financiados. La crítica de los economistas liberales al sistema de reparto simple es contundente: una persona ahorra menos, cuando el Gobierno le asegura una jubilación. De igual forma señala que, a menor

40 En torno a las reformas estatales y la implementación de políticas neoliberales, véase Ocampo (1992a).

41 Ejemplo de la radicalidad de estas medidas puede ser el programa de modernización del mercado aprobado en 1990 por el Consejo Nacional de Política Económica y Social (Conpes), el cual supuso una de las liberaciones comerciales más significativas en la historia de Colombia, enmarcándose en los criterios de gradualidad, sostenibilidad, automatismo de la protección y universalidad. Al respecto, véase López (1994: 25).

42 Cfr. Constitución Política de Colombia de 1991, artículos 333 y 336.

ahorro privado, sin compensación en el incremento del ahorro del Gobierno, menor tasa de acumulación de capital y, por ende, menos rentas reales. Si bien el sistema de financiación de reparto simple reduce la renta real a través de su efecto sobre el ahorro privado, tiene la virtud de redistribuir la riqueza y la renta a lo largo del tiempo dentro de la misma generación.⁴³

Sin embargo, algunos economistas proponen el cambio a un sistema de financiación anticipada parcial, como una medida fiscalmente responsable del futuro incremento del ahorro nacional y la disminución de la presión fiscal cuando se retiren los hijos del *baby boom*.⁴⁴ De otro lado, otros economistas critican el sistema de reparto simple como una trampa legal fiscal, que se convierte en una redistribución velada de los impuestos a lo largo del tiempo. Ellos argumentan que los superávits del impuesto sobre los salarios se utilizan para financiar las operaciones generales del Gobierno, en vez de financiar en general la seguridad social; además, que los excedentes de los fondos en custodia no crean un auténtico ahorro y pueden dar como resultado una sustancial pérdida de la riqueza para la economía en su conjunto.⁴⁵

Exigencias del Estado social de derecho frente al derecho pensional

La consagración del “Estado social de derecho” también da cabida a la mencionada doble caracterización de la regulación constitucional de lo “económico”. Tal como se señaló, el Estado social de derecho recoge tres diversas formas de Estado, en gran medida contradictorias: un Estado liberal, un Estado democrático y un Estado social. Esto hará que en él se concentren reclamaciones que pueden presentarse divergentes, tales como la constitucionalización de los derechos-libertades y de derechos sociales. De hecho, esta problemática dualidad se encuentra presente en los mismos fines del Estado social de derecho: promover la prosperidad en general y facilitar la participación de todos en la vida económica.⁴⁶

⁴³ Weaver (1996: 312-316). En la misma obra, consúltese McMillan (613-617).

⁴⁴ El *baby boom* hace referencia a un incremento en la tasa demográfica de los Estados Unidos, presentado al final de la segunda posguerra.

⁴⁵ En contravía de estos enfoques, el ex presidente Clinton, en su “Informe sobre el estado de la Nación”, presentado ante el Congreso de los Estados Unidos el 19 de enero de 1999, manifestó su intención de transferir a la cuenta de la seguridad social el 62% del superávit fiscal que calcula tendrá su país en los próximos 15 años, con el propósito de garantizar la liquidez del sistema pensional hasta el 2055; es decir, un sistema pensional con estabilidad financiera a largo plazo, sin dar lugar a su privatización (United States Information Service [USIS], Washington D.C., 1999).

⁴⁶ La Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 334 consagra, como fines

En este punto es importante resaltar que si bien en la Constitución coexisten la intervención estatal social y la regulación desarrollista, también es cierto que esta se orienta hacia el sistema “Estado social de derecho”, dentro del cual los derechos sociales deben tener una prioridad en el proceso de interpretación constitucional y, por supuesto, legal:

El reconocimiento constitucional e internacional de los derechos sociales implica que las distintas estrategias económicas deben ser orientadas a realizar progresivamente esos derechos, que son entonces límites a la libertad que tienen las mayorías para optar por distintas políticas económicas. (Uprimny, 2000: 171)

En este sentido, el “Estado social de derecho” debe permitir superar la simple eficacia simbólica o retórica de los derechos sociales (García, 1993).⁴⁷ Al respecto, la Corte Constitucional en diversas oportunidades ha señalado que

[...] los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.⁴⁸

Así mismo, ha afirmado también que:

El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance. [...]

Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El derecho a un mínimo vital [...], es conse-

sociales del Estado, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. La intervención social del Estado pretende conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y de los beneficios del desarrollo, así como la preservación de un ambiente sano. La Constitución define en 41 artículos los derechos sociales, económicos, culturales y colectivos, también llamados derechos de segunda generación.

⁴⁷ El profesor García Villegas se interesa por el análisis de las funciones sociales del derecho y advierte que “el estudio pragmático del discurso jurídico, apoyado en la idea de estrategia, servirá para mostrar cómo las normas funcionan como herramientas que pueden ser utilizadas de diversas maneras en diferentes ocasiones y espacios. En estas posibilidades se encuentra la clave de la capacidad del derecho para articular prácticas y para contribuir a la cohesión social” (1993: p. 77).

⁴⁸ Sentencia C-546 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

cuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución.⁴⁹

En suma, debe entenderse que los principios sociales del Estado social de derecho deben primar sobre el funcionamiento autorregulador del mercado,^{50 51} pero cuando conviven los dos, entorpecen sus propósitos por cuanto un sistema autorregulador es incompatible con la protección de estos derechos.

⁴⁹ Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁰ Este tipo de posiciones de la Corte Constitucional ha dado lugar a un vehemente intento por descalificar a esta institución, dada su reticencia a plegarse a los mandatos de la teoría económica ortodoxa.

⁵¹ Santos (2001: 196) advierte que "(...) como el Estado de derecho transforma los problemas sociales en derechos, y los jueces transforman los conflictos colectivos en disputas individuales, [se] tienden a desmotivar la acción colectiva y la organización".

El derecho pensional como derecho social: su concepción formal y material

3

EL CONCEPTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El concepto normativo del derecho a la seguridad social hace referencia al conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias, para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna dentro del capitalismo. Tales riesgos abarcan una amplia gama de hechos circunstanciales de la vida humana que van desde la invalidez, la vejez y la muerte, hasta las limitaciones a la recreación, la vivienda y la ocupación permanente.

La seguridad social ha sido enfocada generalmente de manera parcial por quienes han tratado de definirla. En efecto, se encuentran tantos autores como definiciones en apariencia disímiles, dando forma a un espectro en virtud del cual la seguridad social es, en cuanto al hombre, un derecho; en cuanto al Estado, una política; en cuanto a la ciencia jurídica, una disciplina; en cuanto a la filosofía, una expresión de justicia; en cuanto a la sociedad, un factor de solidaridad; en cuanto a la administración, un servicio público; en cuanto al desarrollo, un factor integrante de la política general; en cuanto a la economía, un factor de redistribución de riquezas, y así otros numerosos ángulos desde los cuales se puede enfocar la seguridad social. Según Beveridge, es la protección desde la cuna hasta la sepultura.

Durante las últimas décadas se han observado cambios ostensibles en la conceptualización y manejo de la seguridad social en el país. Estos

cambios se han manifestado especialmente en lo que respecta a la seguridad social en salud, pensiones y otras prestaciones económicas. Otras áreas de la seguridad social, tales como la recreación, la vivienda, la educación, entre otras, no han tenido el mismo grado de desarrollo; incluso podría afirmarse que no hay una conceptualización integral e integradora del tema, entre las diferentes instituciones o personas que supuestamente orientan este sector ocupacional. En otras palabras, hay una solución de continuidad entre cada uno de los componentes de la seguridad social, los cuales presentan un comportamiento insular.

Una de las principales causas de esta situación se halla en el modelo bismarckiano¹ que ha venido utilizándose en procura de la modernización de las sociedades nacionales, el cual se caracteriza en lo fundamental por programas separados para atender diferentes riesgos (principalmente los profesionales, de vejez y enfermedad general); la cobertura restringida de la fuerza laboral asalariada (principalmente urbana y vinculada a lo que se considera empresas formales); las cotizaciones basadas en los salarios y aportadas por los asegurados, por las empresas que los emplean y, a veces, por el Estado; prestaciones definidas (especialmente las pensionales directamente relacionadas con las cotizaciones), y regímenes técnico-financieros de capitalización para las pensiones.

Aunque, como se ha señalado, hay múltiples acepciones respecto a la seguridad social, vale resaltar la definición del tratadista español J. Pérez Leñeros:

la parte de la ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión o asistencia, tiene por fin defender y propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual de todos sus miembros.²

¹ Al seleccionar los seguros como forma de desarrollar el sistema de seguridad social, el canciller Bismarck optaba por una forma de armonizar el sistema con el principio de solidaridad. A finales del siglo XIX, la técnica aseguradora comienza a ser reconocida como una respuesta adecuada a la gestión de los problemas sociales; la sociedad aseguradora debía responder por las limitaciones del mercado, instancia incapaz de lograr una situación de pleno empleo y responsable del creciente pauperismo. La utilización de los seguros permite cumplir el papel de una especie de transformador moral y social. Estos funcionan como una "mano invisible que produce seguridad y solidaridad sin que interroge la buena voluntad de los hombres. Por construcción, el seguro atañe a las poblaciones: al hacer de cada uno parte de un todo, hace interdependientes a los individuos" (Cfr. Rosanvallon, 1985: 26).

² Cit. en Mesa Sectorial de Salud (2001).

De otro lado, y común a la mayoría de las definiciones y teorías de la seguridad social, se han identificado una serie de principios que le rigen y que deben servir de parámetros en cualquier sociedad nacional que la pretenda establecer. Ellos son la universalidad, la integración prestacional, la solidaridad, la unidad de gestión,³ la internacionalidad y la igualdad de beneficios.

Para determinar el ámbito general de cobertura de un sistema integral de seguridad social, se hace preciso partir de la norma mínima de seguridad social establecida por la Organización Internacional del Trabajo en su convenio N° 102, expedido en 1952, el cual no ha sido ratificado por Colombia, pero proporciona una conceptualización general internacionalmente aceptada.

El siguiente cuadro resume los esquemas de protección que debe contener, como mínimo, todo sistema integral de seguridad social, de acuerdo con tal instrumento.

Las prestaciones de invalidez, vejez y de sobrevivientes se agrupan tradicionalmente en Colombia bajo la categoría de “sistema pensional”.

Las prestaciones derivadas de las contingencias de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se denominaron en las últimas décadas “sistema de riesgos profesionales”, pero recientemente se han recogido bajo la denominación más comprehensiva de “salud en el trabajo”.

Las prestaciones de atención a la enfermedad y a la maternidad se reconocen en nuestra época como parte del sistema de salud, denomina-

Parte del convenio	Contingencias
III	Enfermedad
IV	Desempleo
V	Vejez
VI	Accidentes del trabajo y enfermedades profesionales
VIII	Maternidad
IX	Invalidez
X	Sobrevivientes

³ Si bien la política de seguridad social es una, a pesar de los múltiples instrumentos y medios de que se sirve, una debe ser la gestión. Lo ideal es que la seguridad social como servicio público a cargo del Estado sea aplicada por un órgano especializado del Estado y que no existan entidades paralelas que dupliquen funciones, dispersen los servicios y dilapiden los recursos.

ción más acorde con el concepto de salud aceptado por la Organización Mundial de la Salud (OMS).

Respecto de la protección contra el desempleo, en el país existe desde hace más de 50 años el sistema de “cesantías”, pero en la actualidad, dados los niveles alarmantes de paro en la economía colombiana, se reconoce la necesidad de un sistema de protección más universal.

El Convenio N° 102 observa reglas precisas sobre el contenido mínimo de cada una de estas prestaciones, su cobertura y sus beneficiarios.

En consecuencia, una reforma a la seguridad social debería integrar cuatro áreas generales, que a su vez deben comprender, cada una, el desarrollo de un sistema de administración y beneficios:

- sistema general de salud
- sistema de salud en el trabajo
- sistema general de pensiones
- sistema de protección contra el desempleo

La delimitación propuesta implica desde luego una definición política, por cuanto el concepto de seguridad social puede resultar más amplio o más restringido, según la opción por la cual se opte y el grado de desarrollo social del país.⁴

En todas las áreas mencionadas existen desarrollos y antecedentes, que en Colombia se remontan a la primera mitad del siglo XX, pero tal vez el tema con mayor atraso sea el de la protección contra el desempleo, cuya necesidad comenzó a ser públicamente reconocida en los últimos tiempos, dados los alarmantes índices de desempleo registrados en el último lustro.

La primera pregunta que se formula frecuentemente en las discusiones sobre las transformaciones requeridas en el campo de la seguridad social en Colombia, se refiere a la posibilidad de tales cambios en el marco de la Constitución de 1991. Por tal razón es necesario examinar el marco superior del concepto normativo de la seguridad social.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 en París (Francia), dispone:

[...]

⁴ Sirva de referencia la propuesta que para el caso de Portugal se encuentra en Santos, Bento, Gonelha, Bruto da Costa (1998).

ART. 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

[...]

ART. 25. 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene así mismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez, u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancia independiente de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

La reforma necesaria debería inspirarse en el propósito de llevar a la sociedad colombiana a dar un salto cualitativo que abandone la concepción de la seguridad social como derecho prestacional, unido al contrato de trabajo, y que reconozca la seguridad social como derecho fundamental, o derecho de ciudadanía, como se le conoce en otros países.

La concepción de la seguridad social como derecho fundamental lleva implícito el postulado de la universalidad, expresado en el artículo 48 de la Constitución Política.

Respecto a los alcances del derecho a la seguridad social, la Corte Constitucional ha desarrollado una vasta jurisprudencia, particularmente sobre los derechos de salud y pensiones, que reconoce su carácter de irrenunciables y reitera la base valorativa del Estado social de derecho, cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana, como se constata en la doctrina constitucional sobre la materia:

Mientras el concepto de Estado social de derecho constituye el paradigma político y filosófico de una organización que, como la colombiana, ha optado por el ser humano y por sus derechos y prerrogativas, por encima de las estructuras formales y teóricas, sus fundamentos representan pilares jurídicos insustituibles de todo el sistema normativo, criterios para su interpretación y sustentos materiales de la organización social. Por lo mismo, los en-

cargados de aplicar las reglas de derecho deben contar con ellos como presupuestos para adelantar las actividades que les han sido asignadas.

Los fundamentos jurídicos del Estado social de derecho se encuentran intrínsecamente ligados con los derechos a la seguridad social y a la vida, toda vez que en estos convergen el desarrollo y la aplicación de los llamados pilares de la organización social. La dignidad humana, el derecho al trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general, necesariamente están relacionados con la protección que el Estado debe brindar a quienes durante su vida productiva contribuyeron para el mantenimiento de unas relaciones económicas, sociales y laborales acordes con las necesidades de armonía y progreso existentes en una comunidad que aspira, según el preámbulo de la Carta, a un orden político, económico y social justo.

Es indudable que el respeto por la dignidad de la persona humana constituyó el motivo para establecer los principios consagrados en el artículo 46 de la Carta Política.

La solidaridad entre las personas que integran la organización social, como la prevalencia del interés general, están presentes cuando se trata de interpretar las normas que reconocen el derecho a la seguridad social, pues a todos interesa por igual la protección actual y posterior de los trabajadores, más aun cuando se piensa que el transcurso del tiempo hará que, en determinado momento, la juventud productiva de hoy comience a hacer parte de la denominada “tercera edad”.⁵

Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hacen parte de la legislación interna, en virtud de la doctrina llamada del “bloque de constitucionalidad” desarrollada por la Corte Constitucional,⁶ de ma-

⁵ Sentencia T-352 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁶ La sentencia C-225 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero, dispone que: “El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios, que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y mandato de la misma, son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*”.

nera que se asume el presupuesto teórico y jurídico de que es posible y aun obligatorio, contar en Colombia con un sistema integral de seguridad social en el marco constitucional vigente.

En estos términos, un sistema integral de seguridad social habría de estructurarse a partir de los siguientes principios básicos, los cuales deberían ser desarrollados por medio de la ley:

- | | |
|--------|---|
| (i) | La seguridad social es un derecho humano fundamental. |
| (ii) | La cobertura del sistema debe ser universal, esto significa que accederán todos los habitantes del territorio, sin discriminación alguna. |
| (iii) | Los sistemas deben garantizar la protección integral necesaria para garantizar una vida digna. |
| (iv) | El sistema debe ser solidario, esto es, se deben desarrollar los instrumentos necesarios para que todas las personas concurren a su financiación, en la medida de sus capacidades económicas. |
| (v) | El sistema debe ser equitativo para garantizar a todas las personas las mismas prestaciones, independientemente de su capacidad económica, en cumplimiento del principio de igualdad. |
| (vi) | El sistema debe ser eficiente, para lo cual debe buscar maximizar el beneficio y limitar los gastos. El sistema debe ser financieramente viable. |
| (vii) | La seguridad social es un bien público, no sujeto a criterios de rentabilidad económica o ganancias. |
| (viii) | El sistema debería ser organizado, dirigido, supervisado y administrado por el Estado. |

Hasta ahora, en Colombia, la seguridad social, en términos jurídico-formales incluye únicamente aspectos relacionados con la seguridad social en salud y pensiones.⁷ En la Constitución Política, la seguridad social se inserta en un variado conjunto normativo. Es así como el artículo 44, al consagrar algunos de los derechos fundamentales de los niños, incluye el derecho a la seguridad social; el artículo 46 dispone que el Estado garantizará los servicios de seguridad social integral a las personas de la

En el mismo sentido, véase la Sentencia C-358 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. *Cfr.* Ramelli (2003: 63-74).

⁷ Para una visión general del derecho a la seguridad social, y en especial del derecho pensional y su institucionalización en Colombia, *cfr.*, Afanador (1999) y Puyana (2001: 245-299).

tercera edad; el artículo 47 impone al Estado la obligación de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; el artículo 48 garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social a todos los habitantes; y el artículo 53, al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe contener el estatuto del trabajo, incluye la garantía a la seguridad social. Adicionalmente, en virtud del precepto del artículo 93, según el cual los convenios y pactos internacionales son fuente de interpretación de los derechos humanos, es posible aplicar la normatividad relativa a la seguridad social, contenida en tales instrumentos.⁸

En las normas internacionales, la seguridad social se contempla como un derecho esencial a la dignidad humana. En el ya citado artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se estipula que “(...) toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”.

Igualmente, en el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, los Estados parte reconocen la universalidad del derecho en cuestión, incluyendo el acceso a un seguro social (art. 9°).⁹ Lue-

⁸ Véase la sentencia C-012 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹ En concordancia con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (artículo 26); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de la OEA, en especial los artículos II (derecho de igualdad ante la ley), XVI (derecho a la seguridad social) y XXIII (derecho de propiedad); la Convención Americana de derechos Humanos, especialmente su artículo 24; además del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 9.1., y el Convenio N° 128 de la OIT, relativo a “Prestaciones de Invalidez, Vejez y Sobrevivientes”. Por su parte, la Comunidad Andina (CAN), en el marco del XVII período extraordinario de sesiones que se llevó a cabo en Lima (Perú) en el mes de febrero de 1977, adoptó la decisión N° 113 y en septiembre de 1979 la N° 148, mediante las cuales fueron aprobados el Instrumento Andino de Seguridad Social y su Reglamento, que no han entrado en vigor. Ambos instrumentos reflejaban, como se lee en sus disposiciones, una genuina vocación a favor de articular los sistemas de seguridad social –y sus expresiones normativas e institucionales (los seguros sociales)–, en el marco de un proceso de integración que, respetando las especificidades propias de cada realidad nacional, permitiera, sin embargo, la armonización de un marco común de protección del derecho a la seguridad social. Esto es, una armonización que fuera consonante con los objetivos del proceso de integración andino. No obstante su inaplicabilidad, estos instrumentos serán sustituidos tomando como referencia normativa el Convenio Multilateral sobre Seguridad Social vigente en Mercosur. En la actualidad se cuenta con un proyecto de texto de articulado del nuevo Instrumento Andino de Seguridad Social, para su consideración por parte del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, instancia decisoria al interior de la Comunidad

go de sus deliberaciones, el V Congreso Iberoamericano de Seguridad Social, realizado en 1972 en la ciudad de Buenos Aires (Argentina), concluyó que el hombre, por el solo hecho de su condición, tiene el derecho a la seguridad social, concebido como la cobertura integral de sus contingencias y la garantía de los medios para el desarrollo pleno de su personalidad y su integración permanente en la comunidad.

En el marco colombiano se observa que, en un plano *jurídico-formal*, la Constitución Política de 1991, en su artículo 48, garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social, definiéndolo como un “servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”.¹⁰

Por su parte, la Ley 100 de 1993 establece que la seguridad social es el “conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida [...]”,¹¹ y está bajo la responsabilidad del Estado y la sociedad. Esta ley adiciona los principios de integralidad, unidad y participación a los tres principios consagrados constitucionalmente.

La plena observancia de todos estos principios regulativos resulta clave para la superación de una concepción individualista del derecho pensional, y para el entendimiento de este derecho como desarrollo de la dignidad humana. En efecto, el derecho a una vida digna como garantía inviolable e irrenunciable abarca la protección de todas aquellas personas que se encuentren amenazadas por alguna enfermedad, sean víctimas de un accidente, estén en situación de desprotección, de desempleo o de abandono, a fin de que puedan ver realizado efectivamente tal derecho y de que puedan cumplir sus cometidos como seres sociales.¹²

Andina. Cfr. Mendoza (2002: 11) anota que este proyecto “tiene como objetivo central adecuar la normativa comunitaria al actual contexto económico y social internacional, y garantizar la situación de los trabajadores migrantes y sus beneficiarios para que, como consecuencia de la migración al interior del espacio comunitario andino, no vean mermados sus derechos sociales”.

¹⁰ Constitución Política de Colombia (1997). Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas, pp. 208-209.

¹¹ Ley 100 de 1993, preámbulo.

¹² Cabe anotar que esta consideración de vida digna no está exenta de debate. En efecto, frente a esta postura de la dignidad como parámetro de valor, se puede observar una visión del derecho a la vida digna restringido a lo prescrito en parámetros legales. Al respecto, cfr. Cifuentes (1994).

CONSAGRACIÓN FORMAL DEL DERECHO PENSIONAL FRENTE A SU REAL APLICACIÓN

Más allá del anterior marco formal que consagra un derecho de seguridad social de carácter universal, y *contrario sensu* a lo expresado por el discurso jurídico, el servicio de seguridad social tiende en la realidad a verse cada vez más restringido. En efecto, como lo señalan Barbeito y Lo Vuolo,

[...] los viejos esquemas del seguro social bismarckiano, que definían la tradición alemana en el área social, se cuestionaron a la luz de los principios de “igualdad de trato” y “derecho universal al uso de servicios” que definían las líneas fundamentales del concepto de “seguridad social” desarrollado en Inglaterra. Desde el esquema alemán se sostenía que la relación laboral salariada era el eje sobre el cual se debía construir la política social y, por lo tanto, los responsables –y beneficiarios– eran los propios trabajadores y sus empleadores, quienes debían aportar el grueso de los fondos para el financiamiento, el esquema anglosajón trasladaba esa responsabilidad al conjunto de la sociedad; por lo tanto, todo ciudadano debía ser beneficiario y a la vez contribuir para financiar la política social. (Barbeito y Lo Vuolo, 1992: 110).

En la actualidad, no hay espacio para el gasto público solidario, pues este es considerado altamente improductivo. Esto es latente, por ejemplo, en la política del “gasto focalizado” hacia los más pobres de los pobres, dispuesta por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (Giraldo, 2003a: 193-204, en esp. 195). De esta forma, la seguridad social está en retirada, para dar pábulo al individualismo y al derecho personalista:

Estamos en tiempos en que algunos parecen querer desandar el camino recorrido a lo largo de este siglo, abandonando la concepción colectiva de la cobertura de los riesgos sociales, para ir hacia una idea radicalmente individualista de la previsión frente a las contingencias sociales. Es una posición fundamentalmente ideológica, por más que se quiera presentar como cuestión económica, y que afecta al contenido solidario frente al riesgo y a la posibilidad redistributiva de un sistema de protección social. (Jiménez, 1999: 40)

El proceso que conlleva la reversión de la seguridad social se contrapone al avance de la protección social universal, que como sistema comprende básicamente dos áreas de cobertura: la asistencial pública, que provee un mínimo necesario para la supervivencia, y la contributiva, que incluye los seguros sociales y, con carácter complementario, las pensiones provistas por los fondos privados o públicos constituidos con tal finalidad.

En efecto, el nivel asistencial que bajo el Estado liberal de Occidente en los siglos XVIII y XIX estuvo a cargo de entidades privadas de beneficencia, en el XX correspondió al Estado social (Estado asistencial, luego, benefactor) y adquirió categoría de derecho social, derecho humanitario y derecho constitucional. Entre tanto, los seguros sociales de génesis bismarckiana se enmarcaron en el derecho laboral y, más recientemente, los fondos privados de pensiones-ahorro, en el derecho comercial (régimen privado de seguros comerciales) (Delgado y Cárdenas, 1993: 22; ATTAC, 1999). La seguridad social en materia pensional es así sustituida por el derecho privado comercial que regula el seguro privado o fondo de capitalización individual, cada uno con sus propias técnicas de cálculo actuarial (de seguro social) y de matemática financiera (de seguro comercial). La gestión del seguro social es de naturaleza pública y la de los fondos de pensiones integradores es generalmente privada. Pero puede ser asimismo pública, ya sea a través de las instituciones del seguro social, de otras entidades del Estado o de entidades privadas sin ánimo de lucro.

TABLA 1

**Población afiliada a la seguridad social en salud y pensiones
Total nacional 1993 y 2000. Siete áreas metropolitanas 1992 y 2000**

	AFILIADOS A SALUD		AFILIADOS A PENSIONES	
	Total nacional		Áreas urbanas	
	(porcentaje población total)		(porcentaje ocupación total)	
	1993	2000	1993	2000
AFILIADOS TOTALES	25.6	52.2	34.7	33.5
Régimen contributivo	-	35.5		
- Afiliados cotizantes	13.5	14.4		
- Afiliados beneficiarios	12.1	21.1		
- No saben	-	0.0		
Régimen subsidiado	-	16.7		
NO AFILIADOS	74.3	47.0	65.3	64.7
No responden	0.1	0.5	0.0	1.9
	Siete áreas metropolitanas		Siete áreas metropolitanas	
	(porcentaje ocupación total)		(porcentaje ocupación total)	
	1992	2000	1992	2000
AFILIADOS TOTALES	49.3	48.4	42.0	35.4

Fuente: "Búsqueda de menores costos, calidad del empleo e informalidad". Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2001.

En este marco puede afirmarse que, al igual que en otros países semiperiféricos en el mundo, en Colombia no ha existido un verdadero servicio de *seguridad social*; en su lugar, lo que se puede encontrar es un sistema de seguro social para el sector formal de la economía laboral. Esto, a pesar de que, como se puede constatar, el sector informal persiste en su crecimiento, mientras que la cobertura relativa al servicio de seguridad social de la población afiliada y beneficiaria, prácticamente ha comenzado a retroceder, tal como se puede ver en la *tabla 1*.

Aunque con anterioridad a la actual fase recesiva se constató una pequeña tasa de aumento concordante con el pausado incremento de la demanda de trabajo asalariado formal, hoy la cobertura de la seguridad social en importantes sectores de la economía es muy baja, y puede comprobarse una disminución en los afiliados activos al sistema de pensiones, al igual que en las contribuciones promedio, como se observa en la *tabla 2*.

Esta problemática situación no es tan reciente ni se presenta tan sólo en Colombia. Ya en 1998, el catedrático de la Universidad de Pittsburg Carmelo Mesa-Lago, en un informe sobre la privatización de los sistemas de pensiones de la seguridad social en América Latina, daba cuenta de que a pesar del supuesto convencional de que una reforma de pensiones basada en la capitalización plena e individual aumenta el ahorro nacional, los

TABLA 2

**Ocupados según posición ocupacional, sector económico y afiliación a la seguridad social en pensiones
Siete áreas metropolitanas. Junio 1992 y 2000**

	AFILIADOS A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES					
	Junio 1992			Junio 2000		
	Total	Sector formal	Sector informal	Total	Sector formal	Sector informal
Trabajadores familiares	3,4	-	3,4	3,0	-	3,0
Asalariados privados	57,6	73,9	29,7	51,6	69,3	23,6
Asalariados públicos	79,7	79,7	-	85,3	85,3	-
Servicio doméstico	15,9	-	15,9	15,5	-	15,5
Cuenta propia	6,2	12,8	5,6	6,9	22,4	5,3
Empleadores	18,8	38,0	15,7	29,6	60,6	25,2
Total ocupados	42,0	71,7	16,6	35,4	68,3	13,5

Fuente: "Búsqueda de menores costos, calidad del empleo e informalidad". Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social, 3. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, septiembre de 2001.

dos estudios realizados en Chile, que abarcan los primeros 14 años de funcionamiento de su sistema, rechazan dicho supuesto. Uno de los estudios prueba que, en cada año fiscal de la reforma, fue superior a la acumulación de capital en el sistema privado y promedió anualmente -2.4% del PIB (Mesa-Lago, 1999: 146).¹³

LOS FONDOS DE PENSIONES (HEDGE FUNDS) Y LA DINÁMICA GLOBAL DEL CAPITALISMO FINANCIERO¹⁴

Las pensiones públicas se ven amenazadas por la oposición al incremento de las contribuciones y por el envejecimiento de la población que lleva a que los trabajadores sostengan cifras cada vez más elevadas de jubilados.¹⁵ Éstos, que durante toda su vida han pagado cotizaciones e impuestos destinados a una pensión más generosa, se encuentran con que sus ingresos caen en picada al jubilarse (en el caso del Reino Unido, la pensión básica es inferior a la quinta parte del salario medio) y que además son considerados como una carga inconveniente para el sistema de salud. Al mismo tiempo, a los trabajadores se les insta a confiar sus ahorros a fondos privados de pensiones, precisamente en un momento en que los mercados mundiales son excepcionalmente frágiles. De hecho, un “espectro gris” se cierne sobre

¹³ En el mismo sentido de lo señalado por Mesa, Ruiz-Tagle (1999) informa para el caso chileno: “El Estado se hace cargo de pagar las jubilaciones y pensiones del sistema antiguo, asumiendo los costos de la transición; de manera que el Estado de Chile ha debido asumir un importante déficit previsional que en el período 1981-1995 alcanzó un 5.5% del PIB. A esto se deben agregar los gastos correspondientes a la garantía estatal para las pensiones mínimas legales”. Este fue el costo público de poner en funcionamiento los fondos privados como negocio financiero en Chile. *Cfr.*, además, Bonilla y Conte-Grand (1999); Jiménez y Cuadros (2003); Müller (2003: 147-179); Hujo et al. (2004) y Mesa-Lago (2004).

¹⁴ Este aparte se basa en el estudio y la propuesta de Blackburn (2000: 21-82).

¹⁵ Para Peter Drucker, el mundo vive un período de transición que tiene un elemento clave, consistente en “los cambios fundamentales en la población de los países desarrollados y en buena parte de los del Tercer Mundo, debido a que su tasa de natalidad es muy baja e insuficiente para mantener la misma población actual. La población anciana está creciendo”. Esto implica “que en este período de transición la sociedad se volverá más importante que la economía. Es la primera vez desde el fin del Imperio Romano que las tasas de natalidad han caído por debajo de los niveles de reproducción, sin que haya de por medio guerras o plagas. Eso quiere decir que en los países desarrollados las personas mayores van a tener que seguir trabajando más allá de los 70 años, porque no hay manera de sostenerlos. No hay suficiente gente joven para financiarlos. En resumen la edad de retiro debe ser ajustada a la esperanza de vida que está cercana a los 80 años en los países desarrollados” (Declaraciones para el semanario *Cambio*, N° 451, Bogotá, 11-18 de febrero de 2002, pp. 38-39).

la propia acumulación capitalista, dado que los fondos de pensiones y de seguros privados han aumentado enormemente su importancia y han contribuido en gran medida a la turbulencia de la economía mundial.

Los fondos de pensiones ayudan a constituir un nuevo patrón de economía política profundamente relacionado con las incertidumbres económicas. Las doctrinas y políticas del neoliberalismo tienen ciertamente una enorme responsabilidad en las tormentas que sacuden al mercado, pero las raíces de ésta se encuentran en las estructuras más recónditas del complejo financiero al que pertenecen los fondos. El simple hecho de conceder más recursos y autoridad al Fondo Monetario Internacional no pondrá freno a las fuerzas del caos competitivo. Y aunque los controles de capital y la regulación económica nacional son parte de la solución, no serán eficaces si las autoridades los imponen desde arriba, sin más, en lugar de estimular una ciudadanía económicamente activa. El actual régimen pensional exige una respuesta específica de las fuerzas progresistas, que tenga en cuenta la nueva realidad y que se base en el reconocimiento de que la cuestión de las pensiones está unida a otros asuntos todavía más amplios, referentes a la forma y dirección del conjunto de la sociedad.

Blackburn define el “capitalismo gris” como un complejo financiero cuyo régimen de acumulación se basa en la importancia de los fondos de pensiones en el Reino Unido y Estados Unidos, un modelo que se ha ido extendiendo a muchos otros países en el curso de los últimos 20 años. Giovanni Arrighi ha señalado que los ciclos de crecimiento capitalistas han terminado habitualmente en excesos especulativos, cuando la acumulación financiera rebosa los límites de la producción y de la productividad (Arrighi, 1999).

La multiplicación de fondos especiales y de “productos” financieros y medios de inversión es un ejemplo de ello. Los gestores de los fondos de pensiones están a la cabeza de quienes “titularizan” activos y auspician los *hedge funds*. El valor de los recursos manejados por empresas de fondos de pensiones y de seguros se ha cuadruplicado en términos reales desde 1980. De hecho, los fondos de pensiones controlan por sí solos activos equivalentes al valor total de las acciones de los tres principales mercados de valores del mundo. En 1994, el valor total de dichos fondos de pensiones en todo el mundo había alcanzado los 10 billones de dólares, y en 1996 los del Reino Unido controlaban activos por valor de 650 mil millones de libras, una cifra que ascendió a los 830 mil millones en 1998.

En 1994, los fondos de pensiones y los fondos de seguros del Reino Unido eran propietarios, respectivamente, del 27,8 y del 21,9% de la totalidad de las acciones, frente al 6,4% y 10% que poseían, respectivamen-

te, en 1963. En 1960, los inversores institucionales de todo tipo sólo eran propietarios del 12,6% del total de las participaciones patrimoniales de Estados Unidos; en 1996 esta proporción había aumentado al 47%, y los fondos de pensiones representaban el 26% de este porcentaje.

Las empresas multinacionales controlan normalmente menos activos que los fondos de pensiones y de seguros y sus gestores, y en aspectos cruciales dependen de ellos. A menudo se da el caso de que un fondo de pensiones de empresa –tal como el gestionado a nombre de los trabajadores de British Telecom– es mayor que el valor del capital de la empresa para las que trabajan.

Sean cuales sean sus puntos fuertes y débiles en contextos nacionales específicos, los defectos más graves del “capitalismo gris” deben buscarse en el plano mundial. Da rienda suelta a las fuerzas competitivas incontroladas, que son parte esencial de la dinámica del capitalismo. Pero con un valor de las transacciones financieras internacionales equivalente al 70% del comercio mundial en 1997, una proporción seis veces mayor que a comienzos de la década de los setenta, el flujo y reflujo espontáneos del capital especulativo es una fuerza globalmente destructiva.

Debido a su adicción a los beneficios elevados, los grandes fondos invirtieron fuertemente en Asia Oriental en 1997, y su disposición a presionar a cambio de pocas garantías exacerbó el consiguiente caos financiero. Unos fondos imitan las estrategias de inversión de otros; esto garantiza que si se cometen errores, los cometan todos, y no se pueda culpar al gestor. Esta es la lógica del conocido “instinto de manada” de los gestores de fondos, que exagera el problema de los ciclos especulativos. Esta enorme masa de capital institucional ayuda a apuntalar el consenso neoliberal que junto con los tipos de cambio flotantes, por su creciente influencia, produce estructuras de competencia e información que favorecen la mentalidad de manada, la volubilidad y la obsesión por el corto plazo.

El ascenso del modelo anglosajón aquí denominado “capitalismo gris” ha sido instigado no sólo por la importancia financiera de los grandes fondos, sino también por los pronunciamientos de peso, como los formulados por el Banco Mundial, cuyo informe de investigación de 1994, *Averting the Old Age Crisis*, alabó los planes de pensiones privatizados y “liberalizados” (Banco Mundial, 1994).¹⁶ El informe insistía en que el siste-

¹⁶

El Banco Mundial ha publicado un nuevo informe en mayo de 2003, titulado *Reforma de las Pensiones en Europa*, que ofrece un sombrío panorama de los sistemas de pensiones europeos y afirma que los países de Europa Occidental no tendrán más

ma de “reparto” para financiar las pensiones a partir de los impuestos actuales debería ser complementado o sustituido cada vez más por planes de pensiones capitalizados. La pensión pública no capitalizada permanecería sólo como una red de seguridad para aquellos que careciesen de fondos de pensiones propios. El informe reiteraba que los fondos de pensiones deberían ser liberados de la interferencia política y ser “liberalizados” –una idea “cuyo tiempo ha llegado”– de restricciones fastidiosas, tales como los controles de capitales. Explica que “La salida fácil del capital ayuda a estimular los flujos de entrada de capital, porque una de las principales preocupaciones de los inversores internacionales es poder abandonar un mercado rápidamente cuando surge esa necesidad” (Banco Mundial, 1994: 192).

remedio que aplicar importantes reformas, incluyendo un aumento de la edad de jubilación, reducción de los beneficios y una privatización parcial. El Banco Mundial ha venido mostrándose particularmente activo a la hora de sugerir y financiar reformas de los sistemas de pensiones que implican una “desarticulación” de los sistemas públicos y la transferencia de las contribuciones hacia fondos de pensiones privatizados en diversos países de América Latina y Europa Central y Oriental. La conveniencia de tales recomendaciones es rebatida enérgicamente por la Confederación Internacional de Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) en su documento “Participación del Banco Mundial en la privatización de los sistemas públicos de pensiones en los países en desarrollo y en transición”, que señala los riesgos de incurrir en costos administrativos extremadamente elevados para los planes de pensiones privatizados, los reducidos beneficios para los jubilados, particularmente las mujeres, con base en las reformas sugeridas por el Banco, y el hecho de que la mayoría de las reformas han sido diseñadas intencionalmente para cubrir un número menor de jubilados, dejando a muchos sin protección alguna. Según el informe “la transición de los sistemas de pensiones públicos a los parcial o totalmente privatizados ha supuesto enormes cargas fiscales a los gobiernos, en ocasiones con consecuencias desastrosas, como quedó patente de forma dramática en Argentina”. Aduce igualmente que las privatizaciones en países en transición, como Polonia o Hungría, fueron impuestos de forma innecesaria. Según el informe, “la crisis inmediata se debió más bien a los cambios ocasionados por la transición que a fallos inherentes en los sistemas [públicos] de pensiones”. Teniendo en cuenta estos defectos en las políticas del Banco Mundial, la CIOSL recomienda que, en lugar de imponer de forma dogmática costosas privatizaciones de las pensiones, el Banco opte por ofrecer y aprovechar su experiencia y los considerables recursos financieros de que dispone, brindando asistencia a los países para que mejoren los programas existentes. En el panorama mundial actual se encuentran países que han seguido las sugerencias del Banco para pasar a un sistema en gran medida privatizado (por ejemplo Colombia y Hungría); otros han rechazado el sistema del Banco Mundial y optado por mantener un amplio sistema público de pensiones (Eslovenia); algunos países han iniciado un debate público sobre el futuro del sistema de pensiones (Brasil), y otros países como Francia, Alemania y Austria viven un enfrentamiento entre el movimiento obrero y las iniciativas gubernamentales inspiradas por el Banco Mundial. Precisamente, del 10° Congreso

El Informe del Banco Mundial establecía que las tendencias demográficas mundiales amenazan el pago público de las pensiones con una penuria cada vez mayor, porque el aumento de la esperanza de vida prolonga el período durante el cual el ciudadano tiene derecho a una pensión, y una tasa de natalidad cada vez menor disminuye el aporte de los jóvenes productores de riqueza. Si se quiere mantener el nivel de las pensiones pagadas a un número creciente de personas mayores de sesenta o sesenta y cinco años, tanto respecto a la inflación como respecto a los ingresos medios, es necesario que las cotizaciones comprometan una parte drásticamente creciente de la renta actual.

El Banco Mundial insiste en que los planes de pensiones personalizados “imperativos” (esto es, obligatorios) harían más aceptables los impuestos sobre la renta resultantes, porque los contribuyentes recibirían directamente el beneficio. También aportarían fondos para los mercados de capitales, mientras que los sistemas de reparto, consideran, desincentivan el ahorro. Los sistemas de reparto son aquellos financiados por las contribuciones; el Banco propone que tales “soluciones imprudentes sean complementadas por la creación de pensiones capitalizadas”.

Pero el Informe del Banco también emplea un argumento igualitario: dado que los ricos viven más tiempo que los pobres, cuanto más elevada sea la pensión universal, más se beneficiarán éstos de la misma. En lo que al Banco Mundial respecta, la única solución a estos problemas (por cierto reales) es exigir a tantos ciudadanos como sea posible que contraten planes de pensiones capitalizados individuales. El sector de los fondos de pensiones goza de concesiones fiscales con la finalidad de incentivar los aportes obligatorios o subsidiarlos por parte del Estado.

Estatutario de la Confederación Europea de Sindicatos (CES), realizado en Praga entre el 26 y el 29 de mayo de 2003, emanó una resolución de urgencia sobre la situación económica europea en la que se declara: “La CES y sus organizaciones afiliadas se comprometen a resistir de forma rigurosa a las tentativas que tratan de utilizar la crisis para dismantlar el Estado de bienestar europeo”. El “Programa de Acción” de la CES estipula en su punto 26: “Garantizar la sostenibilidad de los sistemas de seguridad social y promover la ampliación de la base financiera de la protección social y el desarrollo de la financiación adicional y alternativa, que desplace la incidencia fiscal del trabajo a otros factores de producción, para garantizar una financiación más orientada hacia el empleo y sistemas de seguridad social sostenibles, y para crear nuevos puestos de trabajo”; y el punto 29 propone: “Pedir un marco legal en la UE para los fondos de pensiones profesionales sobre la base de la legislación y/o los convenios colectivos, garantizando la participación de los interlocutores sociales en su gestión, asegurando que respeten los criterios de desarrollo sostenible y éticos, y garantizando la portabilidad de estos derechos de pensión”.

El Informe recomendaba que los fondos pensionales fuesen de carácter individual más que colectivo, a pesar de estar admitido que los gastos administrativos son más elevados; además, que deberían estar administrados por el sector privado, dada su habilidad para vender, su derroche competitivo y su sed de beneficios. El informe cita diversos ejemplos de sistemas públicos capitalizados en los que el valor de los ahorros ha sido socavado por la tendencia de los gobiernos a canalizar contribuciones para las pensiones públicas hacia bonos públicos de baja rentabilidad, utilizando de hecho tales fondos como una adecuada fuente de ingresos para financiar el gasto corriente. Sin embargo, mientras que los fallos de los planes de pensiones privados plantean “cuestiones reguladoras” que deben solucionarse, los fallos de los planes de pensiones capitalizados públicamente hacen que se deba optar por abandonarlos sin más.

El Informe favorecía lo que se denomina sistema “de pilares”, que combina una pensión pública básica, planes de pensiones de empresa y fondos personales, en una mezcla similar a la que en la actualidad se da en el Reino Unido. La objeción práctica de que los sistemas públicos de reparto acumularían los problemas para el futuro se ha unido a la objeción abiertamente ideológica de que los planes de pensiones capitalizados públicamente supondrían una amenaza contra el capitalismo de libre empresa. El informe señaló que si los

fondos de previsión centralizados se invirtiesen en acciones de sociedades, los funcionarios públicos podrían incrementar su control sobre los asuntos empresariales, lo cual significaría que la nacionalización se colaría por la puerta de atrás. (Banco Mundial, 93-96)

Los sindicatos franceses no consideran el sistema de seguridad social como una parte del aparato estatal, sino como una especie de plan de seguro colectivo que cubre a todos los trabajadores asalariados. Desde su perspectiva, la inclusión de elementos no contributivos constituye una infracción del principio asegurador, según el cual debe haber una cierta proporcionalidad entre lo que uno paga al sistema y lo que obtiene. Esta idea del papel de la seguridad social fue la base sobre la que se construyó el sistema en 1945. La gestión de la seguridad social no les fue encomendada a funcionarios públicos, sino a comisiones conjuntas compuestas por representantes de los empresarios y de los trabajadores. Debería señalarse que esta percepción de la seguridad social como algo que pertenece al mundo del trabajo más que al Estado no es una peculiaridad de Francia. Entre los sindicalistas alemanes se ha encontrado una percepción similar (Bonoli, 1997: 118).

Los sistemas de seguridad social se basan en la poderosa idea de que quienes pagan sus contribuciones están asegurándose contra la enfermedad, el desempleo y la penuria en la vejez. El sistema británico de posguerra se basaba en esta idea. Los trabajadores y los empresarios británicos pagan una “cotización a la seguridad social” (*National Insurance Contribution*, NIC), terminología que evoca la noción de un fondo de seguridad social dedicado a estos propósitos, aunque el Estado ha tratado en la práctica tales pagos como parte de la tributación general. De no ser por la idea de seguro que encerraba, la NIC, un impuesto regresivo sobre el empleo, habría sido muy difícil de justificar.¹⁷ Mientras que quienes optan por las pensiones privadas disponen de generosas deducciones fiscales y reducciones en la NIC, los pagos graduales a la NIC y las cotizaciones al sistema público de reparto están, según ha señalado un experto, “plenamente gravados” (Johnson, 1998: 149). El *National Insurance*, el organismo de seguridad social británico, al que cotizan incluso los que reciben un salario bajo, obtiene en la actualidad casi 60 mil millones de libras en el Reino Unido, lo que cubre totalmente el gasto en pensiones –unos 32 mil millones de libras– y en otras prestaciones a los pensionados (Castle, Davies, Land, Townsend, Lynes y Macintyre, 1998: 32-35).

Cuando se establecieron los grandes planes de pensiones nacionales, los erarios públicos, temiendo las reivindicaciones a que darían lugar, favorecieron invariablemente el principio contributivo. En Estados Unidos, la *Social Security Act* [Ley de Seguridad Social] de 1935, con sus disposiciones para una pensión de jubilación contributiva, fue una medida excepcional porque permitió reivindicaciones financieras sobre el Estado federal y estaba financiada por las cotizaciones obligatorias de empresarios y trabajadores. Al igual que el Servicio Nacional de Salud y la legislación sobre prestaciones sociales en el Reino Unido, sólo pudo haberse aprobado en una época de fuertes expectativas y movilizaciones populares.

El sector de los fondos de pensiones privados prosperó gracias a los problemas y la incertidumbre de la provisión de pensiones públicas en la era de Thatcher y Reagan (una era todavía no superada), pero las pensiones privadas están envueltas en gran medida en la inestabilidad, la irresponsabilidad y el derroche de los mercados financieros mundiales. La intensa lucha global entre imperios financieros y bancarios rivales ha estado marcada por una avalancha de fusiones entre entidades europeas y estadounidenses fuertemente implicadas en la gestión de fondos y en la

17

Beveridge era muy consciente de que el lenguaje empleado en un sistema contributivo ayudaría a conseguir el consentimiento popular. Véase Macnicol (1998: 223).

provisión de pensiones. La lógica comercial que hay tras la creación de bancos de inversión cada vez mayores se aparta de cualquier racionalidad económica sustancial. Lo que esta estrategia sí posibilita es la formación de redes mundiales de agentes comerciales, cada uno portador de una marca financiera internacionalmente reconocida. La oportunidad de gestionar fondos de pensiones, o de atraer planes de jubilación privados subvencionados fiscalmente, es un elemento central de esta oleada de rivalidad financiera. Tal régimen sólo tiene una relación extremadamente accidental con los complejos locales y regionales de actividad productiva y cultural, que podrían formar la base para un desarrollo sostenible. Los recursos supuestamente invertidos para bien de los asegurados se esfuman hacia escenarios bastante alejados de ellos.

En lo que a la masa de trabajadores asegurados se refiere, el resultado es una nueva dimensión de la alienación económica. Marx analizó el proceso mediante el cual los trabajadores descubrían que los frutos de su propio trabajo se convertían en una fuerza que se volvía contra ellos. En una nueva fase de la alienación los trabajadores descubren ahora con frecuencia que sus propios ahorros se están utilizando en una especulación hostil al sustento de sus propias comunidades.

El “capitalismo gris” es una especie de capitalismo financiero que concentra la riqueza de una sección de los trabajadores, así como de la clase capitalista, que, por supuesto, no ha desaparecido, aunque su peso relativo haya disminuido en cierta medida. Los gestores financieros han recibido un poder suplementario en relación con la élite empresarial, aunque existen, no obstante, muchas conexiones que entrelazan a ambos.

En el Reino Unido ya se han discutido públicamente propuestas de nuevos incentivos y deducciones fiscales para los fondos con conciencia social, y de sustitución de la gestión privada de los fondos por la de organismos responsables de propiedad pública o cooperativa, ya que la gestión privada de los fondos de pensiones añade un costoso margen de administración y beneficios para los gestores. El debate británico sobre las pensiones refleja el escepticismo acerca del sector privado de las pensiones realmente existente, y cierta apertura a la necesidad de la iniciativa pública.

En la historia de la provisión pública de pensiones, los gobiernos han tendido invariablemente a un planteamiento contributivo, pero al mismo tiempo el hecho de colocar grandes sumas de dinero en manos de organismos públicos y sociales los hace sentir incómodos. De hecho, en el pasado se pensaba que esas posibilidades no eran compatibles con el buen funcionamiento del orden capitalista. Una deuda pública que proporcione

al sector financiero mayor influencia sobre el Estado es una cosa, y un fondo nacional de inversiones que permita al Gobierno influir en el funcionamiento de las empresas es otra muy distinta.

En lo que se refiere a la comunidad financiera, el espectro de unos fondos de pensiones públicamente controlados es quizá aún más espeluznante que el de la nacionalización de ciertas industrias específicas, ya que es más móvil y dinámico.

Un ortodoxo liberal de la talla de Milton Friedman (1999) plantea la siguiente conjetura:

A menudo he pensado que una forma ingeniosa en que un socialista podría alcanzar su objetivo consistiría en persuadir al Congreso [de los Estados Unidos], en nombre de la responsabilidad presupuestaria, para que: (1) capitalice totalmente las obligaciones de la Seguridad Social, y (2) invierta las reservas acumuladas en el mercado de capitales comprando cuotas de participación en corporaciones nacionales. [...] Supongamos que la política propuesta por el presidente se hubiera seguido de la forma más estricta desde el comienzo en 1937, es decir, que todo el superávit de las contribuciones a la Seguridad Social sobre los pagos realizados por ésta [se hubieran invertido en bolsa]. El valor de las propiedades del fondo habría alcanzado a finales de 1997 [...] aproximadamente 7 billones de dólares. ¡En tal caso, el Fondo de Seguridad Social poseería más de la mitad de las empresas del país! Volviendo a mi fantasía, la capitalización completa habría traído desde hace tiempo un socialismo total.

Los defensores del capitalismo popular parecen haber caído en su propia trampa. Se puede afirmar que aparece efectivamente el umbral de un nuevo colectivismo. La amenaza al neoliberalismo no es la pesadilla bosquejada por Friedman, que sólo podría llegar a materializarse, en cualquier caso, al cabo de muchas décadas, sino el hecho de que un fondo federal para pensiones podría utilizarse estratégicamente para promover un crecimiento equilibrado y sostenible en cada Estado (de la federación). Eso no significaría el socialismo de inmediato, pero podría comenzar a contrarrestar los desequilibrios de un capitalismo inestable. La economía estadounidense se ve actualmente amenazada por un mercado de valores sobrevalorado y una tasa de ahorro nula. Una masiva inyección de recursos en el Fondo de la Seguridad Social, junto con una nueva autorización que le permitiera invertir en planes de desarrollo regional, podría proporcionar un tónico muy conveniente en esas circunstancias. Los bonos del

Estado serían más seguros que las acciones, mientras que las líneas de orientación sugeridas al Fondo constituirían un instrumento suplementario de gestión económica.

La propiedad pública o mutualista de los fondos de pensiones contribuye a romper la falsa polaridad entre las pensiones públicas financiadas mediante el sistema de reparto y las capitalizadas privadamente. En principio, las organizadas públicamente pueden ser mantenidas, y lo han sido, por fondos sociales.

Existe una modalidad de fondos de inversión que tienden a aplicar criterios extremadamente modestos y a veces invierten en empresas que simplemente se muestran abiertas a la negociación. Los fondos “éticos” rehuyen empresas comprometidas en prácticas particulares, como la producción de armas, la utilización del trabajo infantil o la degradación del medio ambiente, mientras que los fondos “sociales” adoptan decisiones positivas a favor de empresas que consideran que se comportan como es debido o que se mueven en una dirección positiva. Al igual que los sindicatos, esos fondos “éticos” y “sociales” a veces tratan de cambiar las prácticas de las corporaciones empresariales mediante la presión y la negociación. Evidentemente, conseguirían mayor efectividad si se vieran respaldados por una legislación favorable.

La adopción de criterios modestos y de un talante negociador no es necesariamente errónea, siempre que con el tiempo vaya emergiendo una dirección coherente y progresiva. El mejor modo de asegurar que así suceda, y de conceder desgravaciones fiscales a determinados fondos, consistiría probablemente en la adopción de un sistema públicamente revisado de “reconocimiento de méritos” que clasifique jerárquicamente los fondos que se considere satisfacen los requerimientos de “inversión social”. Se precisarían nuevos criterios y códigos prácticos para administrar los fondos de pensiones, y habrá que concebir nuevas instituciones para regularlos y controlarlos. La elaboración de un registro de fondos sociales debería ir acompañada por medidas de seguimiento y apoyo público.

Algunos autores consideran buenas las actuales instituciones financieras, y no mencionan el posible papel de los fondos de pensiones en el fomento de una economía política más social. Incluso desde un enfoque europeo “armonizado” de la política social podría haber notables diferencias, con tal de que su impacto presupuestario fuera a grandes rasgos similar. Sería conveniente explorar estructuras alternativas y adaptar las instituciones que hayan conseguido un amplio reconocimiento.

Se han propuesto planes “igualitarios” en los que la participación de los ciudadanos es vital. Se trata de fondos de pensiones participativas que cuentan con alguna forma de propiedad colectiva, como las mutuales, las sociedades de socorro mutuo, en las que cada participante cuenta con los mismos derechos, o las organizaciones sociales de propiedad pública. Se trata de mantener a flote la idea del mutualismo basado en la propiedad cooperativa en la que todos los miembros tienen el mismo peso en las votaciones. En la sociedad actual se alienta enérgicamente la conciencia del interés pecuniario individual e inmediato. Pero sigue siendo cierto que las percepciones de interés se construyen socialmente, y que siguen abiertas a definiciones más generosas, más ilustradas y de mayor alcance. El debate político y la legislación también desempeñan un papel vital en la promoción o inhibición de las ideas colectivistas.

El principio de un ingreso mínimo garantizado para los pensionados puede desarrollarse de diversas formas, pero debería primar la simplicidad, la transparencia y la ausencia de otros motivos de exclusión que no sean la renta declarada fiscalmente.

En la medida en que se establezcan fondos de pensiones de propiedad y gestión colectiva, se puede lograr disminuir el impresionante poder antisocial del capital financiero. Los controles de capital, la imposición de la “tasa Tobin” y otras medidas por el estilo tienen un papel que jugar, pero un elemento esencial de cualquier estrategia que pretenda regular las inversiones debe ser un principio de socialización, el único que puede “neutralizar” la carga eléctrica flotante del capital, conectándolo a la “tierra” de la propiedad pública o mutualista, que ya no puede comprarse o venderse. De esa forma, el efecto acumulativo de las propuestas aquí presentadas tendería a lograr una “socialización compleja”.

Los fondos de pensiones de propiedad social y públicamente regulados reducen la vulnerabilidad de una economía frente a las fuerzas de la globalización, apartando del libre juego de los mercados financieros los bienes pertenecientes a esos fondos de pensiones. Al mismo tiempo, a éstos se les puede requerir que realicen una combinación socialmente deseable de las inversiones domésticas. Las empresas siguen manteniendo su libertad para decidir si invierten o no en instalaciones, equipo o formación, pero unos costes de capital ventajosos pueden influir notablemente sobre esas decisiones. De hecho, los fondos de pensiones tienen una influencia tan amplia que han asumido algunas de las funciones directivas que en otro tiempo poseían exclusivamente los ministerios de finanzas públicas y los bancos centrales.

En una época de gran incertidumbre sobre los mercados de valores internacionales, sería una gran equivocación proponer que los ciudadanos depositaran su confianza en fondos que cotizan en bolsa; pero sería igualmente equivocado tratar las bolsas, y su comportamiento de montaña rusa, como hechos de la naturaleza que la política de los gobiernos nunca podrán cambiar. Para muchos millones de suscriptores, ahora más que nunca parecen ser urgentes métodos fiables para vigilar y proteger sus fondos de jubilación. Evidentemente, los mercados inestables pueden todavía proporcionar sustanciosas ganancias, y por eso el *crash* de 1987 no frenó el avance de los fondos de pensiones. Éstos acumulan sus inversiones en ciclos relativamente largos, lo que permite que los individuos se beneficien con décadas de crecimiento. Pero también es precisamente por eso por lo que el régimen a corto plazo del capitalismo gris es tan insensato y arriesgado.

En la actualidad existe incluso un peligro de que las ventas de los fondos de pensiones originen trastornos demográficos en el ciclo económico. Las medidas defendidas aquí tratan de contrarrestar las estructuras especulativas que propician la crisis y el caos. Por encima de todo, tratan de socializar un proceso de acumulación actualmente caótico. Mientras coexista un capitalismo privado sin control, las pensiones serán vulnerables, tanto si las administra el Estado como si lo hacen los fondos privados. El objetivo de un régimen de transición consistiría en atender metódicamente a todas las fuentes de inestabilidad y desigualdad, hasta que se alcance un proceso de acumulación adecuadamente socializado.

El paquete de medidas propuesto por Blackburn, incluida una nueva y radical legislación, se asume como un medio para mutualizar y socializar el sector ahora privado de los fondos de pensiones, creando un sector capitalizado público y mutualista capaz de ejercer una poderosa influencia en el conjunto de la economía. En el límite, estos fondos colectivos podrían unirse al sector público y cooperativo para establecer un nuevo modelo de economía política. La propuesta básica de un nuevo régimen para los fondos de inversión podría proporcionar una ligazón crucial, ahora inexistente, con las propuestas de quienes pretenden concentrar la resistencia social frente al “pensamiento único” neoliberal, exigiendo la semana laboral de 35 horas, o los que desean promover una mayor “democracia asociativa” a escala regional, sin saber cómo anclarla en las nuevas formas de propiedad.

Michel Aglietta ha sugerido que la subordinación de los fondos de pensiones al control social podría proporcionar un ingrediente vital a un nuevo régimen de acumulación:

Si los sindicatos quieren recobrar la posibilidad de influir sobre la redistribución de la renta deben cobrar conciencia de que la batalla que hay que librar y ganar es la de la participación accionaria en las empresas. [...] De hecho, la conversión de los ahorros contractuales en derechos de propiedad sobre las empresas implica un cambio decisivo en la forma en que se dirigen éstas. Las empresas son controladas cada vez menos por su propia organización al estilo del capitalismo de gestión fordista, y cada vez más por los fondos de pensiones. (Aglietta, 1999: 49)¹⁸

En opinión de Aglietta, un nuevo régimen de acumulación basado en fondos de jubilación *responsables* podría alcanzarse esencialmente en el capitalismo. De hecho, tal modificación salvaría al capitalismo de sus propias tendencias destructivas. Pero el ascenso de una reforma concertada en un amplio frente, bajo la presión de movimientos sociales renovados, podría desbordar las constricciones capitalistas. Podría suceder que la lógica de tales medidas condujera a esa “socialización del mercado” más amplia, defendida por Diane Elson, o a incorporar elementos del modelo de “socialismo de mercado” de John Roemer, o a los “fondos de capital rotatorios” de Roberto Unger, de forma que se convirtieran en hitos hacia una progresiva “socialización del capital” (Elson, 1998: 3-44; Roemer, 1997: 33-61 y 1998).

Un aspecto de la argumentación de Blackburn es que unos fondos que operaran de acuerdo con claros criterios sociales y orientados hacia tecnologías sostenibles, ofrecerían ventajas intrínsecas, aunque la “tasa de rendimiento” inmediata fuese baja: “(...) Las reformas que propongo tienden a dar poder a los suscriptores de fondos y al electorado, y a apartar esos fondos del poder de un sistema financiero irresponsable”.

Al modelo de “prioridades sociales” no le resultará fácil superar la opacidad de las relaciones que se dan en una sociedad de mercado entre las decisiones de ahorro, por un lado, y las inversiones que se realizan, por otro. Si los fondos canalizan el dinero en determinada dirección por “razones sociales”, podrían hacer que la tasa de rendimiento tendiera a la baja en ese sector, con el efecto de desanimar a otros a invertir en él. En la medida en que gran parte de la inversión se financia con los beneficios retenidos, no se puede ver sometida a manipulación por parte de los gestores del fondo. Pero la puesta en práctica de tales reformas es muy probable que estimule y refuerce el debate democrático. Pese a las muchas complejidades reales de cualquier economía de mercado, especialmente en el mundo glo-

18

Véase también Aglietta (1998: 34-41).

balizado, cualquier plan “participativo” que abarcara la mayor parte del capital a disposición de los fondos de pensiones tendría gran impacto, especialmente si se viera apoyado por la acción del Gobierno. En efecto, tales instituciones ayudarían por sí mismas a estructurar el mercado, aún más radicalmente de lo que lo ha sido en Alemania y Singapur.

Pero es pertinente aclarar que el sistema de reparto no asegura *per se*, en una sociedad envejecida, que la creciente deuda de las pensiones tanto complementarias como básicas puede atenderse. El capital financiero arroja una pesada carga sobre los años futuros, planteando grandes reclamaciones sobre ingresos futuros –ya se trate de capital o de deuda– y reduciendo los ingresos tanto de los trabajadores como de los pensionados.

La utilización de un cobro de impuestos a las acciones para ayudar a financiar un sistema de pensiones universal, así como el establecimiento de juntas regionales democráticas para administrar las pensiones que pudieran poner en práctica sus propias estrategias económicas constituirían el tipo de medidas capaces de complementar y reforzar medidas antiglobalización, como la tasa Tobin y los presupuestos participativos. La cuestión de las pensiones ofrece el terreno abonado para un encuentro beneficioso entre antiglobalizadores y sindicalistas, gente mayor y nuevos movimientos sociales; entre aquellos cuyos ahorros han sido saqueados y quienes nunca podrán ahorrar Blackburn (2002: 50).

En síntesis, Blackburn enuncia las bases para establecer un sistema de bienestar “participativo”, extraído del contexto del capitalismo gris y subordinado a una socialización compleja, que podría ofrecer a la masa de asalariados la perspectiva de contribuir a la prosperidad de su propia región y también de construir su propio fondo. La redistribución presupuestaria se vería reforzada por la creciente participación de los asalariados y ciudadanos en la economía.

EL “NUEVO SISTEMA PENSIONAL” DE LA LEY 100 DE 1993

En Colombia, al iniciar los noventa, el servicio de seguridad social se encontraba limitado a la cuarta parte de la población (Cárdenas, 1997: 169-218, en esp. p. 170) y su prestación estaba a cargo de múltiples entidades que mantenían cada una el monopolio de manejo sobre grupos poblacionales particulares y, con ello, generaban una fragmentación social en materia de solidaridad, eficiencia y calidad. En 1991, la Constitución (art. 46) determinó que a las personas de la tercera edad “el Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”.

Durante esta época, también se formuló el artículo 48 de la Constitución, en el cual, como ya se anotó, se consagran algunos principios de la seguridad social clásica, tales como la solidaridad y la universalidad; se supera el concepto de asistencia pública y se introducen, además, elementos del pensamiento económico neoliberal, como la búsqueda de la eficiencia –en términos de rentabilidad financiera– y la presencia de la inversión y la administración por parte del sector privado. Con estos fundamentos se establece un “nuevo” sistema pensional, consignado en la Ley 100 de 1993, que forma parte del fenómeno conocido como “la mundialización financiera”,¹⁹ que pone en funcionamiento el negocio financiero de los fondos privados de pensiones en Colombia.

De esa forma, la Ley 100 de 1993 dio origen a un sistema pensional que, aunque no reproduce totalmente el modelo chileno de privatización, trasciende el modelo clásico del seguro social paraestatal, respondiendo con ello a la probada ineficiencia del Instituto de los Seguros Sociales (ISS), para extender la cobertura de los sectores independiente e informal, y su imposibilidad financiera para subsidiar la incorporación de los pobres. Esta incapacidad es explicable por las difíciles circunstancias sociales, económicas y laborales por las que atraviesa el país.

19

Las instituciones financieras más beneficiadas con el paso a las finanzas de mercado, a la liberación y a la desreglamentación han sido los fondos de pensiones. Para el caso de América Latina, véase el estudio de Giraldo y Mora (1998: 1-57). Allí se explica cómo: “El objetivo del capital financiero es penetrar a los países y obtener ganancia. Para ello requiere que se adopten decisiones de política económica que, (1) garanticen un aumento en la generación de plusvalía; (2) que esta plusvalía pueda ser realizada en divisas, (3) absorber las actividades del Estado que producen excedentes económicos, y (4) eliminar las regulaciones que entran la circulación del capital. [...]. Las políticas de privatización se enmarcan dentro de este contexto. Ellas permiten al capital financiero apropiarse de los sectores excedentarios que existen dentro del Estado. Éste es el caso del manejo de las pensiones de las clases altas y medias, que pasan a fondos privados [...]” (pp. 36-37). En este sentido, *cfr.* Salama (1999: 267-271). El papel del Banco Mundial en la orientación de las reformas pensionales que se adelantan a escala mundial puede revisarse en el estudio de Guillén (2000: 6-14). En este trabajo, el autor hace evidente el papel de las recomendaciones del Banco en las reformas pensionales de los “países en desarrollo”, contenidas en el célebre *Adverting the Old Age Crisis* (1994). En Colombia, la influencia de las recomendaciones del BID (sistematizadas en el artículo “Pension Reform” [1996]. In *Economic and Social Progress in Latin America* (pp. 207-232). Washington, D.F.: John Hopkins University Press) pueden revisarse en el estudio de Uribe M. (1999: 83-108). Este estudio contiene un rechazo –inspirado en un humanismo abstracto– al enfoque financiero de la reforma pensional. En efecto, la autora concluye que: “la política social en el tema de la seguridad social tiene que salirse de la discusión de la viabilidad financiera del sistema pensional y pensar en las personas a las que va dirigido” (p. 100).

TABLA 3
Evolución de algunos indicadores de calidad del empleo
Siete áreas metropolitanas. Junio 1992 y 2000

	1992	2000
Tasa de desempleo	11,2	20,4
Tasa de ocupación	55,2	50,8
Tasa de participación	62,1	63,8
Tasa de informalidad	54,0	60,0
Trabajadores temporales		
Total	18,8	29,5
Asalariados privados	20,4	30,9
Asalariados públicos	7,1	15,0
Asalariados con contrato laboral (a):	80,4	57,3
Asalariados privados	82,2	61,9
Servicio doméstico	56,5	16,1
Trabajadores de tiempo parcial involuntario (b):	4,7	10,3
Trabajadores que desean cambiar empleo		47,5
Ingreso laboral mensual promedio de los cuenta propia	78.617	224.488

(a) Datos a junio de 1994 y junio de 2000. En junio de 1994 se trata de contrato laboral verbal o escrito. En junio de 2000 sólo de contrato laboral escrito.

(b) Personas que trabajan menos de 36 horas mensuales y quieren trabajar más o buscan otro trabajo.

Fuente: Elaboraciones del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Externado de Colombia, con base en datos DANE, Encuestas de Hogares.

Esta grave situación social puede constatarse con el hecho de que dos de cada tres colombianos son excluidos de los servicios de seguridad social, sin garantía de sus derechos sociales: la fuerza laboral se encuentra desempleada (20%) o en empleos precarios (28% subempleo y 54% informalidad) (Universidad Externado de Colombia, 2001), la criminalidad sigue siendo la más alta en el mundo (más 30 mil homicidios al año) y el número de desplazados por la violencia se acerca a los dos millones de personas, tal como puede observarse en la *tabla 3*.

Según la Asociación Gremial de los Fondos Pensionales (Asofondos), de un total de 4.565.993 de afiliados, 2.378.190 están inactivos, es decir, más de la mitad de sus afiliados no cotizan hace seis meses.²⁰ De acuer-

²⁰

Véase la página electrónica de Asofondos: <http://www.asofondos.com>.

do con las cifras del DANE, entre 1996 y 1999, el porcentaje de ocupados afiliados a la seguridad social ha disminuido significativamente: el total de ocupados afiliados pasó de 63,9% a 48,4% en ese período. Por categorías económicas de ocupación, los asalariados privados redujeron su afiliación de 73,5% en 1996 a 67,3% en 1999; los empleadores, de 58,5% a 44,1%; los trabajadores por cuenta propia, de 37,8% a 15,5%; en el servicio doméstico, de 36,5% a 29,5%; y en los trabajadores familiares no remunerados desapareció todo vínculo a la seguridad social, mientras que tres años atrás se encontraba afiliado el 35,7%.

Tomando la población ocupada según su posición ocupacional, se advierte una fuerte tendencia hacia la caída de la “salarización” en la economía: en 1996, de cada 100 trabajadores, 54 eran empleados particulares en una empresa privada, mientras en 2000 esa cifra cayó a 47 por cada 100 trabajadores. Se presentó así una importante disminución de la proporción de empleados particulares, mientras el grupo de trabajadores por cuenta propia ganó una mayor importancia dentro de la composición del empleo. Esto indica que grandes flujos de personas que antes eran asalariadas, pasaron a tener empleos como independientes. Con la crisis económica, muchos de ellos se convirtieron en trabajadores informales. En el año 2000 también se destaca la reducción de la proporción de empleados del Gobierno –apoyada en el recorte fiscal que han llevado a cabo los gobiernos recientes– y el aumento de los patrones o empleadores y de los trabajadores domésticos.

Pero lo más grave es que la proporción de personas clasificadas en la categoría de “trabajadores asalariados” se ha venido reduciendo drásticamente durante los últimos años. La recesión económica ha incidido fuertemente en la caída del empleo asalariado: en 1996, de cada 100 personas, 62,5 eran trabajadores asalariados, mientras en 2000, sólo 54,6 lo eran.²¹

En 1999, el número de afiliados al ISS era de 4.633.491; de ellos, el 56% eran inactivos. Luego de la creación de las Administradoras de Fon-

²¹ Ariza y Baquero (2002) explican la baja cobertura del sistema en los siguientes términos: “(...) el sistema de seguridad social colombiano no podrá superar su falta de universalidad hasta que sea replanteada la forma como los ciudadanos se relacionan con el mismo. [...] el hecho de que la seguridad social tenga un marcado énfasis en el aseguramiento de la masa salarial y por el contrario se ocupe en menor medida de los empleados del sector informal, trabajadores independientes, etc., en general todo el grupo de población que no mantiene una relación salarial, no permitirá que crezca el número de afiliados y beneficiarios del sistema, teniendo en cuenta que la tendencia que se observa en el mercado laboral es el incremento del número de personas no asalariadas y de los trabajadores del sector informal” (p. 82).

dos Privados de Pensiones (AFP) y del inicio de sus operaciones en abril de 1994, entre esa fecha y septiembre de 2000 se trasladaron del ISS a los fondos privados 1.650.235 personas y se afiliaron 1.628.585 personas nuevas. Las AFP contaban en su conjunto a julio de 2003 con un portafolio de 18,4 billones de pesos y 5 millones de afiliados, de los cuales 52,3% no cotizan en virtud del fenómeno del desempleo. En conjunto, el 53% de los afiliados a los sistemas de pensiones son inactivos.²²

De otra parte, debe tenerse en cuenta que la regulación del sistema de pensiones se construye en Colombia a partir de la técnica del aseguramiento y tiene como uno de sus parámetros, la protección de quienes cuentan con un contrato de trabajo. De esta manera, el derecho a obtener una pensión presupone la existencia de un vínculo laboral, lo cual resulta problemático si se tienen en cuenta los protuberantes desequilibrios del mercado de trabajo (Nieto, 1993: 35).

La encrucijada del derecho a la seguridad social

Como resulta claro, el régimen pensional colombiano está atravesando por una situación de crisis. Su cobertura no se ha mejorado sensiblemente después de la reforma de 1993 contenida en la Ley 100, no está abarcando a los trabajadores informales y es la más baja del conjunto del sistema de seguridad social. La evasión y la elusión, características de este sistema, se presentan con mayor protuberancia en pensiones; sus recursos no han logrado fortalecer el mercado de capitales, soportando en parte la crisis fiscal del país.

La forma como se construyó el sistema pensional, en que los trabajadores del sector público no hicieron los respectivos aportes; el incumplimiento por parte del Estado del pago de los recursos contemplados en la Ley 90 de 1946 y los procesos de corrupción al interior de las entidades públicas generaron un factor de desajuste en las finanzas públicas. En el contexto territorial, la cancelación de las mesadas de los pensionados se hace

22

Asofondos: <http://www.asofondos.com>. La incapacidad del sistema económico para resolver el problema del empleo se refleja en el hecho de que en el período 1995-2000 la población en edad de trabajar se incrementó en 1.407.000 personas; la población económicamente activa en 1.454.000, la población ocupada en 445.000 y los desempleados en 1.009.000. Estos datos muestran que el número de desempleados aumentó en más del doble de los empleos generados en ese período y que de cerca de un millón y medio de personas que engrosaron el mercado de trabajo durante el período considerado, sólo la tercera parte consiguió algún tipo de empleo. Véase Perea y Bernal (2002: 18).

con cargo al presupuesto general, que se afecta aún más con la expedición de los bonos pensionales, teniendo como consecuencia un aumento en la crisis fiscal.²³

Como resulta obvio, esta crisis afecta sensiblemente a las instituciones encargadas de administrar los fondos de pensiones. Muestra de ello es el debilitamiento del Instituto de Seguros Sociales en torno a las enormes responsabilidades que le representa tener cerca de 4.700.000 afiliados, máxime frente a la tendencia decreciente y acelerada de deterioro en la relación cotizantes/afiliados y cotizantes/pensionados.²⁴

Frente a esta situación se ha propuesto reformar el Instituto de los Seguros Sociales. Los elementos de la reforma propuesta en 1999 conllevaban a: (i) acabar el régimen de transición en pensiones, provocando la salida de más afiliados del ISS hacia los fondos privados; (ii) disminuir el monto de las pensiones para que sean el reflejo matemático de los aportes hechos; (iii) desmontar los derechos alcanzados por la lucha sindical en la negociación colectiva del sindicato del ISS, bajo el argumento de que esta es la razón de la crisis del ISS; (iv) modificar el sistema salarial y prestacional de los trabajadores del ISS, y (v) desmontar y cerrar las clínicas del ISS.

La reforma del ISS se produjo finalmente en uso de las facultades otorgadas al ejecutivo por la Ley N° 790 de 2002 para la reforma del Estado. En efecto, el Decreto N° 1750 del 26 de junio de 2003 conlleva la reconfiguración de un “nuevo ISS”, en el que de los 17.605 trabajadores que tenía, 2.921 permanecerán en las áreas de seguros y administración de pensiones. La escisión del área de salud implica que los 13.879 restantes sean tras-

²³ José Antonio Ocampo se refirió en los siguientes términos a lo que en su momento no dudó en calificar como un “suicidio fiscal”: “(...) Cabe recordar que en el contexto fiscal actual del país se caracteriza por la reducción en los ingresos de aduana, la dificultad para aumentar los otros tributos, la presión sobre los recursos fiscales de la Nación generada por la descentralización y la necesidad de grandes gastos de infraestructura y capital humano. En estas condiciones, la transición propuesta es difícil, aún si se restringe al sector privado. En el caso de incorporar a los trabajadores del sector público, es simple y llanamente un suicidio fiscal. Debe anotarse, sin embargo, que el problema más grave de todos, el pago de las pensiones del sector público, de todas maneras generará presiones fiscales hacia el futuro. [...] Si fuera de ello, se obliga al sector público a cotizar a fondos privados, la situación se torna enteramente inmanejable. Como en este caso virtualmente todos los costos son fiscales (con excepción del 3.5% que efectivamente cotizarían los trabajadores), el doble gasto que genera la transición a un régimen de capitalización cuando no existen reservas es directamente un doble costo fiscal”. Véase Ocampo, (1992b: 36).

²⁴ Véase Espitia y Betancourt, (2001:18-25).

ladados a las nuevas entidades creadas. En adelante, las 37 clínicas y los 207 centros de salud del ISS se reparten en siete Empresas Sociales del Estado (ESE), que funcionan como redes de atención en las diferentes regiones del país y dependen directamente del Ministerio de Protección Social. En el folleto *La verdad sobre el ISS*, del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social (Sintraseguridad Social), dado a conocer el 30 de marzo de 2003, se asume una postura de rechazo de plano a la reforma propuesta sobre la base de considerar inaceptable

la política de privatización del ISS, la disminución de los servicios a los usuarios, la no entrega de los medicamentos, el cierre de centros de atención y clínicas, el despido de trabajadores, todo ello con el socorrido y peregrino argumento de que los costos laborales son muy altos y que por tanto hacen inviables los servicios de salud. (p. 6)

El análisis y la argumentación de las centrales sindicales se encuentra desarrollado en el documento “Las verdaderas causas de la crisis del Seguro Social”, puestas a consideración del Gobierno nacional y de la opinión pública por las centrales CUT, CGTD y CTC, en mayo de 2003.

No sobra anotar que el Gobierno se mostró absolutamente refractario a las propuestas e iniciativas sindicales formuladas en el curso del “Foro Nacional por la Defensa y Fortalecimiento del ISS”, realizado en la Biblioteca Luis Ángel Arango de Bogotá, el 12 de junio de 2003.

Luego de cuatro años de debate público, a mediados de 2002 la Comisión VII del Senado aprobó, con algunas modificaciones, el proyecto de reforma pensional que el gobierno de Pastrana había presentado en diciembre de 2001. El debate en el Congreso permitió avanzar en la cuantificación del pasivo pensional y medir el efecto que podría tener sobre el manejo de las finanzas públicas, se revisaron los diferentes sistemas pensionales vigentes en el mundo, y sacó a flote las diferencias al interior del Gobierno sobre el contenido de la reforma.

El proyecto se guiaba en primer lugar por la decisión de parar el crecimiento de la deuda pensional a cargo de la Nación. Esta deuda crece a lo largo de décadas como consecuencia de beneficios pensionales que matemáticamente superan los aportes hechos durante la vida laboral de los afiliados. Con este enfoque, la forma de evitar que crezca la deuda pensional es asegurar que todo nuevo afiliado al sistema contribuya más, durante más semanas, se retire a una edad acorde con la expectativa de vida y reciba una pensión que corresponda con las contribuciones hechas durante la vida laboral.

En segundo lugar, los subsidios que otorgue el sistema pensional deben ir dirigidos a quienes realmente los necesitan. El sistema debe proveer los recursos necesarios para aquellos que, teniendo la edad y habiendo cumplido el número de semanas necesarias para pensionarse, no han acumulado el ahorro suficiente para recibir una pensión equivalente a un salario mínimo. Por otra parte, debe ayudar temporalmente a completar la cotización de los afiliados de bajos recursos que perdieron su empleo y no tienen ingresos suficientes para aportar al sistema. Finalmente, debe dar un subsidio, en la medida en que los recursos lo permitan, a las personas indigentes de más de 65 años.

El tercer principio sobre el cual se fundamentó el proyecto de reforma pensional en comento es que continuara la competencia entre el sistema de prima media, administrado por el ISS, y el sistema de capitalización individual, administrado por los fondos privados de pensiones.

Desde la perspectiva económico-financiera, la reforma de un sistema pensional significa en esencia cambiar las condiciones que se requieren para obtener una pensión y la cuantía de la pensión que se va a recibir. El proyecto que hacía su curso en el Congreso obligaba a los afiliados a cotizar más para subir de 13,5% a 14,5%, que, previo visto bueno de una comisión de actuarios nombrada por el Gobierno, aumentaría gradualmente, entre los años 2005 y 2008, hasta llegar a 15,5%. Con estos dos puntos de aumento se consideraba que sería posible garantizar en el sistema de prima media y en el de capitalización individual que toda persona afiliada que reúna las condiciones de edad y semanas cotizadas tenga una pensión proporcional a sus aportes y, en el caso de los más necesitados, no inferior a un salario mínimo. Adicionalmente, del total de la cotización ya no irían 3,5 puntos a cubrir costos de administración y de aseguramiento, sino sólo 3 puntos.

Todos aquellos empleados que devengasen cuatro o más salarios mínimos aportarían un punto adicional de su sueldo para ayudar temporalmente a los afiliados de escasos recursos que perdieran su empleo. Por otra parte, los afiliados que ganasen 20 salarios mínimos o más deberían aportar otro punto adicional para que el sistema subsidie a las personas mayores de 65 años en estado de indigencia, grupo que también se beneficiaría por los recursos derivados de un impuesto que se cobraría a las pensiones altas (de más de 10 salarios mínimos).

En cuanto a los beneficios pensionales, el proyecto proponía que para acceder a una pensión se deberían cumplir, simultáneamente, requisitos mínimos de edad y de semanas cotizadas. A las mujeres con más de

44 años se les continuará exigiendo 1.000 semanas cotizadas (cerca de 20 años) y tener 55 años para poder pensionarse. Los hombres mayores de 49 años, por su parte, podrían continuar pensionándose si cotizaron 1.000 semanas y tienen 60 años. Para los cotizantes menores a esas edades, las condiciones cambiarían. A partir del año 2014, los requisitos de semanas cotizadas y de edad aumentarían progresivamente, de forma tal que para pensionarse a partir del año 2020, las mujeres necesitarían 1.250 semanas cotizadas (cerca de 25 años) y 60 años de edad, mientras que a los hombres se les exigirían 1.250 semanas y 65 años como mínimo.

Hasta el año 2013, si se cumplen las condiciones mínimas (edad y 1.000 semanas), el monto de la pensión a recibir en el sistema de prima media será entre el 65% y el 75% del promedio de los ingresos percibidos durante los últimos 10 años. A partir del año 2020, cumplidos los requisitos mínimos (edad y 1.250 semanas), el monto de la pensión en el régimen de prima media será el 65% del promedio de los ingresos devengados durante los últimos 20 años.

Así como existen requisitos mínimos para pensionarse, el sistema da incentivos de permanencia, para que se coticen más semanas de las estrictamente requeridas. Hasta el año 2013, si se cotizan 1.400 semanas (cerca de 28 años), se obtiene una pensión equivalente al 85% del promedio de los ingresos percibidos durante los últimos 10 años. A partir del año 2020, el máximo número de semanas cotizadas será de 1.750 (cerca de 35 años) y la pensión máxima que se obtendrá será del 85% del promedio de los ingresos devengados durante los últimos 20 años.

En el sistema de capitalización individual también existen los requisitos mínimos de edad y número de semanas para pensionarse. Sin embargo, el monto de la pensión depende del valor y de la rentabilidad que los aportes del afiliado hayan tenido durante su vida laboral.

El debate dejó por fuera la reforma a los regímenes pensionales de los militares y los policías, el de los maestros, el de los congresistas y los magistrados de las altas cortes, entre otros.

La deuda pensional se estima en unos 200 billones de pesos, esto es, dos veces el producto anual interno bruto. De ahí el énfasis con que, en el segundo semestre de 2002, el Gobierno, con el apoyo del Congreso y bajo la tutela del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, recortó gastos y subió impuestos, pero además sacó adelante su proyecto de reforma pensional, el cual se consideró como el más importante para la estabilidad financiera del país a largo plazo (Contraloría General de la República, 1999: 8-28).

La deuda pensional es un problema que empezó a gestarse desde el momento mismo en que se creó el sistema de pensiones del Seguro Social en 1967, al que se vincularon los trabajadores del sector privado. Para que éste funcionara se requería que las cotizaciones fueran lo suficientemente altas para acumular las reservas que se necesitarían después para pagar las mesadas.

Los cálculos actuariales de la época indicaban que las cotizaciones deberían subir gradualmente del 6% del salario en 1967 al 22% en 1993. Pero éstas se fijaron en 4,5% al inicio, y sólo habían subido al 8,5% en 1993. Además, en los primeros años del sistema, la cotización era tripartita, aportaban la empresa, el trabajador y el Gobierno, pero este último no cumplió con sus obligaciones.

El problema era aún más grave en el caso de los trabajadores del sector público, pues las diferentes entidades y empresas tenían sus propias cajas, con regímenes distintos. Durante décadas, los administradores que estuvieron a cargo de estas entidades otorgaron beneficios pensionales a los trabajadores. De manera improvidente no se acumularon reservas y a principios de la década de los noventa, durante la administración Gaviria, en 1993 el Seguro Social tenía 265.000 pensionados, cuyas mesadas ascendieron ese año a 400.000 millones de pesos, con reservas de 650.000 millones. En ese contexto se aprobó la Ley 100 de 1993.

Esta reforma subió gradualmente las cotizaciones hasta el 13,5% del salario, aumentó la edad y el número mínimo de semanas requeridas para obtener la pensión y cambió la fórmula para calcular las mesadas, de forma que éstas fueran más bajas, salvo a los militares, el magisterio y Ecopetrol, para los que hubo una excepción explícita en la Ley 100.

La reforma pensional de 1993 sólo se aplicó a los jóvenes y a quienes empezaron su vida laboral después de la promulgación de la ley. Las mujeres que en 1994 tenían al menos 35 años de edad, y los hombres que entonces tenían al menos 40 quedaron incluidos en un régimen de transición, quienes pueden pensionarse según las condiciones del régimen anterior a la Ley 100, que podía ser el sistema común de los trabajadores del sector privado o alguno de los regímenes especiales del sector público.

La Ley 100, al subir las cotizaciones, dio recursos al sistema pensional. El ISS, por ejemplo, pudo incrementar sus reservas de 650.000 millones de pesos en 1993, a 5,1 billones en 2000. Pero el problema financiero del sistema persiste. Mientras que en 1994 el ISS tenía 10 cotizantes por cada pensionado, a mediados de 2002 esta relación había bajado a 4,5, de tal manera que el ISS ha tenido cada vez menores ingresos por cotizacio-

nes y mayores egresos por mesadas, pues el número de pensionados va *in crescendo*. Sus reservas han bajado de 5,1 billones de pesos en 2000 a 3,5 billones en 2002. Cuando se agoten estas reservas, el Gobierno deberá empezar a responder por las mesadas con cargo al presupuesto nacional. Está obligado a ello legalmente. De hecho, viene ocurriendo de tiempo atrás con los regímenes especiales del sector público. A las cajas de retiro de las entidades públicas a las que se les agotó la reserva, el Gobierno paga directamente las mesadas. Mientras que en 1998 la Nación giró 2,7 billones de pesos para pagar mesadas, en 2002 la cifra subió a 5,8 billones, equivalentes a más de 3% del PIB. En 2003, el Gobierno gastará en pensiones corrientes 8,4 billones de pesos, cerca de 4% del PIB. En caso de agotarse las reservas del ISS debería atender también esas mesadas, lo cual implicará un gasto adicional de cerca de 1% del PIB. En las próximas décadas, los giros para todo tipo de pensiones crecerán exponencialmente, lo que en un escenario extremo –pero no descartable– podría llevar a la Nación a la cesación de pagos.

En agosto de 2002, el gobierno posesionado arguyó que para arreglar este problema se requería presentar al Congreso un nuevo proyecto de reforma a las pensiones. El punto de partida de la propuesta era respetar los derechos de quienes ya se pensionaron o están próximos a hacerlo. Pero para los más jóvenes sí habría aumentos en la edad y en el número de semanas cotizadas para obtener la pensión y en la fórmula para calcular las mesadas. El proyecto planteaba además un incremento gradual en las cotizaciones, que pasarían del 13,5% del salario al 15,5% en 2006. No menos importante es la propuesta de desmontar con la mayor prontitud los regímenes especiales de pensiones que a la postre se incluyó como una pregunta en el referendo no aprobado por los ciudadanos en 2003.²⁵

Tal como están las cosas, si el Gobierno quisiera crear un fondo con reservas suficientes para atender hacia el futuro todas las pensiones que debe, tendría que desembolsar 410 billones de pesos, recursos equivalentes al 205% del PIB. Este es el tamaño de la deuda pensional que habrá de pagarse durante los próximos 50 años.

25

De haber entrado en vigencia el referendo, y si los ciudadanos hubieran aprobado la pregunta ocho, ningún funcionario público podría recibir una pensión superior a veinticinco salarios mínimos mensuales. Los regímenes especiales (magisterio, Ecopepetrol, Fuerzas Militares, Policía, magistrados y congresistas) serían desmontados el 31 de diciembre de 2007. El de los presidentes de la República sería eliminado una vez entrara en rigor el referendo.

Los elementos que conformaron la reciente modificación al régimen pensional tenían como objetivo reducir las prestaciones, aumentar los requisitos y fortalecer los fondos privados, para lo cual se propuso: (i) aumentar la edad de jubilación de 55 a 57 años para la mujer y de 60 a 62 para los hombres. Más adelante, la edad se incrementaría hasta los 65 y los 70 años, respectivamente; (ii) incrementar las semanas de cotización de 1.000 a 1.500; (iii) incrementar los aportes, que pasarían del 13,5% del salario, en la actualidad, al 18% con un aumento gradual del 0,25% por año; (iv) disminuir el promedio de la pensión del 85% del promedio de los últimos diez años, al 65% de toda la vida laboral; (v) desmontar las mesas pensionales adicionales de junio y diciembre; (vi) eliminar todos los regímenes especiales de jubilación amparados por otra ley, acto administrativo o convención colectiva, sin excepción alguna; (vii) eliminar el régimen de transición, de tal manera que incluye a los actuales y futuros trabajadores y pensionados, a partir de la entrada en vigencia de la ley.

El proceso de trámite de la reforma a la Ley 100, que culminó en diciembre de 2002 luego de un arduo proceso, se inició en el marco del llamado “Acuerdo Tripartito para la Concertación Social”, suscrito el 14 de agosto de 2000. En virtud de tal acuerdo se adelantó el debate en la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales (creada por la Constitución de 1991), sobre el régimen de seguridad social, la reforma al Instituto de Seguros Sociales y el sistema pensional. La presentación del proyecto de ley del gobierno de Andrés Pastrana se sujetó a una discusión entre el “equipo económico” (Ministerio de Hacienda y Departamento Nacional de Planeación con la asesoría de Asofondos y Fedesarrollo) y el Ministerio de Trabajo, bajo la orientación de Angelino Garzón. Así las cosas, el ministro Garzón presentó una propuesta de creación de un sistema de pilares en el que (i) toda persona económicamente activa con un ingreso igual o inferior a tres salarios mínimos deberá estar afiliado al régimen solidario de prima media; (ii) toda persona económicamente activa con un ingreso superior a tres salarios mínimos deberá afiliarse al régimen de ahorro individual por los ingresos superiores a tres salarios mínimos y hasta 20 salarios mínimos. Las AFP reaccionaron en contra de tal iniciativa, dado que el 80% de sus afiliados devengan hasta tres salarios mínimos y quedarían estructuralmente limitadas sin posibilidades de expansión. El debate se desarrolló hasta llegar a los términos de la propuesta presidencial del 14 de mayo de 2001, para conformar una

Misión donde tengan cabida los principales representantes de los trabajadores, de las empresas, de las fuerzas políticas y del Gobierno, para que entre todos diseñemos, y presentemos luego al

Congreso, una reforma que no sea la reforma de los sindicatos, ni la reforma de los empresarios, ni la reforma de un partido, ni la reforma de un Gobierno,

tal como afirmó el entonces presidente Pastrana. Entre tanto, el senador Carlos Eduardo Corsi Otálora, quien en marzo de 2000 había publicado su estudio *La verdadera reforma en pensiones. Evaluación y proyección del sistema pensional colombiano a partir de la Ley 100 de 1993*, radicó a fines de mayo de 2001 un proyecto de ley (número de radicación 215 de 2001 Senado) para descargar al Estado de la obligación de garantizar la pensión mínima como subvención a los fondos privados de pensiones. A su vez, el representante Luis Javier Castaño Ochoa radicó a principios de agosto de 2001 otro proyecto para crear el Banco de Pensiones. Por su parte, el representante Gustavo Petro propuso un debate de fondo con el ministro de Hacienda, sobre algunos aspectos de la crisis fiscal y financiera del sistema pensional.

Con el inicio del gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez se tramitó un nuevo proyecto que fue discutido en el Congreso Nacional y finalmente aprobado en diciembre de 2002. A fines de junio, el ya designado ministro de Trabajo y Seguridad Social Juan Luis Londoño (lamentablemente fallecido) sentó la siguiente postura con relación al proyecto que el gobierno de Pastrana había dejado aprobado en primer debate:

Hace 10 años, las pensiones costaban menos del 1% del PIB; hoy cuestan 3% y en 10 años costarán 6%. Eso no es necesariamente malo. Lo malo es que no hay modo de pagarlas, porque las reservas no se hicieron y aquellas que se hicieron se gastaron en cosas que no eran. Así que el déficit pensional acumulado vale 13 veces el Presupuesto Nacional de este año [2002], o que en el 2020 todo el recaudo de impuestos se iría en rellenar tamaño hueco. Si añadimos el peso de la deuda, el necesario aumento del gasto militar y la urgencia de más gasto social, resulta que no hay caso: van a tener que bajarse los del puesto de atrás. Y a eso exactamente se reduce el proyecto de reforma pensional que el Congreso dejó medio aprobado. Se trata de que los jóvenes aporten cada vez más y reciban cada vez menos cuando les llegue el turno de jubilarse. Ese apretón le ahorraría al fisco unos 600 millones de dólares anuales –una cifra sin duda respetable–. Pero el ahorro no se vería antes de 10 ó 15 años y tataría apenas un sexto del hueco pensional, que equivale a dos veces el PIB de Colombia. Es más. Dado que los Fondos son negocios privados, el ahorro fiscal depende de que los jóvenes se afilien masivamente al ISS. Y aquí topamos con el pun-

to alegre en las cuentas del Proyecto, porque no es fácil que el ISS recupere su mercado. Primero, porque el ISS es un barril sin fondo, a cuenta de la quiebra en la salud. Y luego porque los Fondos lograron sacar del Proyecto las cláusulas que harían competitivo al ISS. Tampoco es bueno subir las cotizaciones en medio de este mar de desempleo. Su idea es compensar la diferencia con un cambio en las fechas del ajuste. Igualmente crear un seguro de desempleo que reemplace al auxilio de cesantía. Subir las cotizaciones en los dos puntos del Proyecto Santos haría perder entre 95.000 y 200.000 empleos. El seguro de desempleo basado en la cesantía cubriría quizás a uno de cada 10 trabajadores. Y sobre todo: el sistema pensional sólo ampara la cuarta parte más rica de la población. Cuando se tiene en cuenta este detalle, lo absurdo no es que la reforma desmejore a los asegurados, sino que el Estado gaste un peso más en defenderlos. Me explico. Una cosa es el seguro, en el que cada quien cotiza para cubrir su riesgo. Otra cosa es la seguridad social, en la cual los ricos subsidian a los pobres. Pero en Colombia tenemos antiseguridad social, en la que los pobres subsidian a los ricos: subsidio del 75% más pobre al 25% más rico, por un valor equivalente al déficit pensional en favor de los ricos, o sea a dos veces el valor del PIB; subsidio a los cuatro millones de ricos que se trasladaron a los Fondos con un bono por el valor teórico de sus reservas, cuando en realidad habían cotizado menos de la mitad de ese valor; subsidio a los que ganan más dentro del ISS. Una pensión de 20 salarios mínimos le cuesta al fisco 10 veces más que una pensión de dos salarios mínimos; subsidio colectivo a los grupos de presión. Vea usted: la pensión de un maestro equivale a 1,7 veces el promedio del ISS y la de un policía equivale a 1,9 veces. Si usted trabajó en la Caja Agraria recibe 2,3 veces aquel valor y si fue empleado del ISS le dan 3,6 veces. Si pasó por Colpuertos, su mesada es 4,3 veces mayor que la del ISS y si por dicha ha sido congresista o magistrado usted recibe ¡22 veces! más que el –ya dije– afortunado pensionista del ISS. Debo pues concluir que la reforma tiene la virtud y el defecto de estar pensada para aliviar el déficit fiscal. Que el alivio sería menor y menos cierto del que dicen sus autores. Que los cambios sugeridos por el nuevo gobierno suenan bien aunque sean de detalle. Que el gran mérito del Proyecto está en algo que no buscan sus redactores: reducir el subsidio injusto al 25% más rico de la población. Pero sigue pendiente la reforma de la seguridad social que se inspire en la idea de seguridad social.

Efectivamente, el 22 de agosto de 2002, el Gobierno presentó su proyecto orientado hacia el establecimiento de un sistema único y la eliminación de regímenes especiales. Planteó la ampliación en la edad de jubilación, que a partir del año 2009 pasaría de 60 a 65 para los hombres y de 57 y a 62 para las mujeres. También propuso la posibilidad de que las personas de la tercera edad en estado de indigencia tengan derecho a un salario mínimo después de los 65 años, financiado por el fondo de solidaridad. Este trámite concluyó finalmente a la expedición de la Ley N° 797 del 29 de enero de 2003.²⁶

Las modificaciones a la Ley 100 de 1993 fueron un fracaso para el Gobierno, dado que no logró aumentar la edad de jubilación. Con la reforma a los trabajadores les va a tocar trabajar más tiempo por el incremento en el número de semanas de cotización que se requieren para tener derecho a la pensión. Esto último afectará incluso a quienes estaban cobijados por el régimen de transición de la Ley 100. Además, se cambiaron las fórmulas para calcular el monto de las mesadas, de forma que éstas se reduzcan. Cuanto más alto sea el salario, mayor será la reducción en las mesadas.

Estas medidas afectarán a los afiliados al sistema de prima media, es decir, al ISS y las cajas. A quienes están en fondos privados no les cambiarán tanto las condiciones: se pensionarán a cualquier edad, cuando hayan ahorrado un capital suficiente en su cuenta individual y el monto de la pensión seguirá dependiendo de las reservas que hayan acumulado. Lo que sí afectará a los trabajadores de ambos sistemas, y a sus empleadores, es el aumento en las cotizaciones. Actualmente los aportes para pensiones son de 13,5% del salario, pero subirán 2 puntos adicionales en forma gradual entre 2004 y 2006. Las personas que ganen más de 16 salarios mínimos tendrán aumentos adicionales en las cotizaciones.

Los cambios de la reforma pensional afectan a los trabajadores pero son razonables desde la perspectiva económico-financiera. Si bien con

²⁶

Para evaluar los antecedentes, el contenido e impacto económico y social de esta reforma, véanse Clavijo (2002); Avellaneda (2003: 69-73); González Posso (2003: 28-38); Buritica (2003: 39-45); Daza (2003: 36-57). Para un enfoque de tipo formal en lo jurídico y en lo político, consúltense Arenas, Cerón y Herrera (2003); Congreso Visible (2003: 10-11) y González, J. (2003: 234-235). Luego de aprobada la reforma a la Ley 100, el Gobierno retoma de nuevo el problema pensional como instrumento para sanear las finanzas públicas. En su consideración la reforma de 2002 redujo la "bomba pensional" de un 220% a un 160% del PIB. Véase *El Tiempo*, 13 de julio de 2003, pp. 1-14. En efecto, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público anunció la intención de gravar las pensiones y de suprimir la mesada 14. Se pretende así –con el supuesto argumento de favorecer al conjunto de la sociedad– desconocer los derechos adquiridos y empobrecer a los pensionados con contribuciones injustas.

los ajustes el sistema seguirá “desfinanciado”, al reducir las pensiones a cargo del ISS y del Gobierno, las vuelve “pagables” dentro del actual modelo de prevalencia del capital financiero.

Desde la perspectiva jurídico-social, el debate sobre la reforma pensional permitió el análisis de la problemática pensional y de las iniciativas de reforma tanto del gobierno anterior, como de la propuesta del actual gobierno. Las organizaciones de trabajadores y de los sectores sociales intervinieron para mostrar que los fondos privados no aportan valor agregado al crecimiento económico ni garantizan el derecho a la pensión, no obstante manejar cuantiosos recursos de los aportes de los trabajadores, al apropiarse de una parte de la cotización, bajo la forma de gastos de administración.

Los propósitos de la Ley 100 no han logrado su cumplimiento, en cuanto a ampliar la cobertura y fortalecer el régimen de prima media (RPM). Con las modificaciones introducidas a la Ley 100 no se resuelve el problema de la baja cobertura ni de las limitaciones financieras del sistema. Para las centrales sindicales no existe la llamada “bomba pensional” en la dimensión planteada por el Gobierno. Se reconoce que los regímenes especiales están desfinanciados, entre otras razones porque el Gobierno no ha contribuido con las cotizaciones que le corresponden.

Con relación a este problema del “desfinanciamiento”, se debe reivindicar en la fundamentación del sistema pensional la vigencia del Estado social del derecho, el cual debe *garantizar* el derecho a la seguridad social.

En esa línea de argumentación se debe procurar e insistir que es función del sistema pensional procurar la ampliación de la cobertura mediante la afiliación de los trabajadores independientes, con la mira de lograr la universalización de la cobertura de todos los trabajadores. Una ampliación de la cobertura se logra en la medida en que la población laboral tenga posibilidad real de vincularse laboralmente en el sector formal, ya que los trabajadores informales no tienen posibilidad de afiliarse, de permanecer en el sistema y de pensionarse. Para ello es preciso reclamar y propender por un mayor fortalecimiento del RPM de carácter público y administrado por el ISS.

Se requiere un modelo de financiación innovador que obligue a todas las unidades productivas y bajo cualquier modalidad de contratación a cotizar el aporte patronal para las pensiones de los trabajadores.

Los fondos privados en el sistema dual deberían estar limitados a los segmentos de la población de altos ingresos, quienes podrían ahorrar en dichos fondos.

Se debe insistir en reducir la tasa de gastos de administración de los fondos privados, ya que está demostrado que la actual tasa resulta excesivamente alta: 3,5% de la cotización.

Manteniendo la garantía de pensión mínima en ambos regímenes, dicha garantía debe estar a cargo de cada régimen, eliminando las garantías con recursos públicos.

Los sectores sociales intervinieron en el debate con relativo éxito, en cuanto a presionar y procurar que el Gobierno aceptase tocar los privilegios de los fondos privados de pensiones en el marco de la negociación de la reforma.

Efectivamente, con un grupo de trabajo y sectores parlamentarios se presentó al Congreso un proyecto de ley radicado con el N° 44, que dentro de una mirada jurídico-social partía de una serie de consideraciones generales, a saber:

1. La reforma pensional está ligada con la reforma laboral y los puntos del derrotado Referéndum que tocaban materias como los regímenes especiales y la congelación de salarios a los servidores públicos. En tal sentido se propone que la discusión de los regímenes especiales y exceptuados, en especial el de los maestros, debe ser puesta en consideración del Congreso y de los procesos de concertación y negociación con los interesados en el marco de la reforma pensional al sistema general.
2. Una nueva reforma pensional, de ir en la dirección correcta, permitiría ampliar la cobertura efectiva hacia la universalización de la protección social, garantizar el acceso al derecho a una pensión digna, la protección a los adultos mayores en condiciones de pobreza, promover la equidad y solidaridad en el sistema y procurar la sostenibilidad económico-financiera del sistema general de pensiones, con base en contribuciones tanto del trabajo (los trabajadores), como del capital (las empresas) y del Estado (Bonilla, 2001: 308-335).
3. La reforma pensional debe estar orientada al fortalecimiento del régimen de prima media con prestación definida (RPM), para que pueda ser sostenible en competencia con el régimen de ahorro individual (RAI), y de esta manera garantizar la responsabilidad del Estado en la protección social y evitar las presiones sobre el gasto público, por la vía de las garantías de la pensión mínima en el RAI y en el manejo de los bonos pensionales.
4. La reforma pensional debe reconocer seriamente la gravedad de la situación del mercado laboral, de desempleo, subempleo, tem-

poralidad, informalidad y precariedad del empleo existente, que coloca en grave riesgo de desprotección social a los ciudadanos afectados, en particular a los trabajadores en condiciones de contratación flexible y a los millones de pobres que no tendrían esperanzas ciertas de pensionarse ni de una protección social adecuada con el actual modelo.

5. La reforma pensional debe tener una perspectiva de género, en aras de considerar la condición de la mujer trabajadora, en especial la rural y la de trabajo doméstico, pero también promoviendo la equidad entre los géneros.
6. La reforma pensional debe ser el resultado de una amplia y efectiva concertación social y política, que coloque la responsabilidad pública y las acciones institucionales a favor de la seguridad social como política de Estado a largo plazo y sostenible, que evite a su vez el cambio unilateral e inconveniente de las reglas de juego en el reconocimiento de los derechos sociales y económicos de los trabajadores en materia pensional.

En términos de formulación jurídico-formal se propuso el siguiente cuadro argumentativo:

- Respetar y garantizar los derechos adquiridos y otorgados por la ley, y pactados en negociación colectiva.
- Establecer y garantizar la ampliación efectiva de la cobertura de la afiliación en pensiones, orientada hacia la universalización del derecho a la seguridad social, mediante la afiliación obligatoria de todos los trabajadores (incluyendo a los trabajadores independientes) o personas en edad de trabajar, cualquiera sea la condición laboral, la modalidad contractual de su vínculo laboral o la provisión de ingresos y rentas del trabajo. El trabajador, cualquiera sea su condición (dependiente o independiente) y modalidad de contratación o vinculación laboral, sólo será responsable de la contribución equivalente al 25% de la cotización, incluyendo a los que reciben ingresos laborales como honorarios.
- La protección social a los adultos mayores de más de 60 años en condiciones de pobreza, que no estén por ahora cubiertos por cualquiera de los dos regímenes de pensiones, los cuales deben ser beneficiarios directos de un ingreso básico. Se propone que el ingreso-compensación debe estar entre el 50% y el 65% del salario mínimo, si no ha contribuido durante su vida laboral, y de no más de un salario mínimo, si ha cotizado al sistema pensional más

de 500 y hasta 850 semanas. El objetivo de universalidad del sistema pensional debe garantizar la protección y amparo ante las contingencias de la vejez de este grupo poblacional.

- Determinar responsabilidades en la contribución de todas las empresas (privadas y públicas), del Estado, del sector cooperativo y demás entidades, respecto a la financiación de la seguridad social en pensiones. Según se establece que en cualquier condición empresarial y modalidad de contratación laboral o de prestación de servicios laborales, las empresas o el ente contratante deberá efectuar contribuciones para pensiones en el equivalente al 75% de la cotización patronal.
- Fortalecer el RPM con prestación definida, administrado por el ISS, con nuevos afiliados y recursos que consoliden sus reservas. En particular establecer la afiliación obligatoria al RPM de los nuevos servidores públicos que en todos niveles (nacionales y territoriales). Adicionalmente, establecer que los afiliados actuales del RPM no se puedan trasladar al RAI, y los nuevos sólo se puedan trasladar en un periodo de tiempo mayor al establecido por el proyecto.
- Establecer techos a las pensiones: 20 salarios mínimos legales. Reiterar que la pensión mínima debe ser el equivalente al salario mínimo.
- Establecer la obligatoriedad de garantizar la pensión mínima para ambos regímenes. En tal sentido, constituir el Fondo para Garantía a la pensión mínima para el RAI, que en cualquier caso no podrá disponer de recursos del presupuesto general de la nación.
- Disminuir el porcentaje de los gastos de administración y reaseguros (sobrevivencia e invalidez), de las administradoras de fondos de pensiones y aseguradoras, el cual debe ser máximo del 2,5%, teniendo en cuenta la experiencia internacional y las recomendaciones de la OIT. Además, el diferencial (1%) se debe destinar al Fondo de Garantía de Pensión Mínima para el régimen de ahorro individual y el RPM, respectivamente.
- La aplicación de criterios de equidad y progresividad en la tasa de reemplazo, de acuerdo con el nivel de ingresos de los afiliados, lo que significa que a menor ingreso, mayor tasa de reemplazo, y a mayor ingreso, menor tasa, sin superar los 20 salarios mínimos.
- El establecimiento de una estructura reguladora y administradora del sistema general de pensiones, en cabeza del Estado y con

participación del Gobierno, los empleadores, trabajadores, los fondos, el ISS y la ciudadanía (los usuarios).

Adicionalmente se consideró que:

- Del presupuesto general de la nación, el Estado debe destinar un porcentaje adecuado (al menos equivalente a la contribución adicional de los trabajadores de más de cuatro salarios mínimos) para financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y atender, de manera particular, las pensiones solidarias o el ingreso básico para los adultos mayores; igualmente debe contribuir con las cotizaciones de los/las trabajadores/as del servicio doméstico y los/las trabajadores/as rurales, lo cual merece un tratamiento especial por su condición contractual y por las condiciones de trabajo que usualmente tienden a ser más desventajosas en ingresos y en carga de trabajo (horarios y esfuerzo) respecto al trabajador promedio.
- La reforma a los regímenes especiales o exceptuados de los servidores públicos, como el de los maestros y Ecopetrol, debe ser concertada con los interesados, en el marco de la reforma a la Ley 100, y no mediante facultades extraordinarias o por referéndum. Se debe mantener el Fondo de Prestaciones del Magisterio con base en modificaciones apropiadas en los parámetros actuales, los cuales deben ser concertados entre el Gobierno Nacional, el Congreso de la República, Fecode y la CUT.
- No se deben establecer limitaciones a la negociación colectiva, según lo establecen los convenios de la OIT (87 y 98); en cambio, sí podrían considerarse algunos criterios de regulación a la negociación del tema pensional que les permita a empresas y trabajadores pactar con responsabilidad compartida exclusivamente entre ellos y con sostenibilidad económica en materia de pensiones, teniendo como referencia el régimen general de pensiones. Por ejemplo, que los beneficios convencionales adicionales al régimen general de pensiones se pueden otorgar con cargo a la empresa, bajo la modalidad de ahorro voluntario complementario.

Sobre las anteriores consideraciones se sustentaron formulaciones de articulado, como las siguientes:²⁷

27

Artículos provenientes del proyecto de Ley N° 44, de iniciativa parlamentaria con el apoyo técnico de la Mesa de Trabajo "La reforma pensional que Colombia necesita". La sustentación del proyecto "alterno" se hizo sobre la base de una serie de estudios, en especial Asprilla (2002) y Arcos (2002).

Se propone modificar y adicionar el artículo 2º de la Ley 100/93, así:

Artículo 10. Principios generales del Sistema General de Pensiones. El Sistema General de Pensiones, tiene por objeto garantizar a todo ciudadano el derecho fundamental al amparo integral y suficiente contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente Ley, las cuales, en cumplimiento del principio constitucional de universalidad, cubren a toda la población.

En su carácter de parte integrante del derecho irrenunciable a la seguridad social el Sistema General de Pensiones, fundamentado en el principio de la igualdad y el respeto a la dignidad humana es integral, universal, equitativo y solidario.

Como bien público que realiza uno de los fines esenciales del Estado social de derecho y protege un derecho humano fundamental, el sistema general de pensiones, es responsabilidad del Estado que garantiza su suficiencia y estabilidad financiera, su eficacia y eficiencia, con prevalencia sobre cualquier criterio de índole comercial, financiero o de acumulación de capital o ganancia o rentabilidad económica particular o privada.

En virtud del principio de integralidad del derecho a la seguridad social, el Sistema General de Pensiones, operará en concurrencia con los demás sistemas de protección social de la salud, la maternidad, la familia y la prestación de desempleo y los sistemas especiales de protección a la salud del trabajador.

Artículo 2. Principio de Universalidad. En aplicación del principio de universalidad, el Estado garantiza el acceso de todos los habitantes del territorio nacional a la seguridad social, como derecho fundamental y la plena cobertura del sistema general de pensiones, sin distinción de ingresos, capacidad de pago, sexo, raza o condición económica o social.

La protección pensional comprende la protección a las personas, cuando sobrevengan condiciones de invalidez, vejez o muerte.

Artículo 3. Principio de Integralidad. La protección de invalidez, vejez y muerte debe contar con la suficiencia e integralidad frente a estados de contingencia, en condiciones de calidad y cantidad, para que se garantice el ingreso mínimo vital.

Artículo 4. Principio de Solidaridad. En cumplimiento del principio de solidaridad, el sistema pensional colombiano integrará los

esfuerzos contributivos de todos y cada uno de los miembros de la sociedad según sus rentas de trabajo y/o capital, para que de igual manera reciban las prestaciones que cubran sus necesidades.

El Estado promoverá, la solidaridad intergeneracional, económica, intersectorial e interregional para garantizar los mecanismos de protección social a todos los colombianos.

Se ha procurado así evitar una profundización de la reforma pensional orientada a la privatización del sistema, mediante el monopolio de los fondos privados, y la desaparición del régimen de prima media representado en el ISS. De esta manera, una reforma pensional debería orientarse más bien a los

objetivos de política social que estarían más ligados a la lucha contra la exclusión social, a la ampliación de la cobertura, a la protección de la tercera edad, a la calidad y el acceso a los servicios y a los problemas de equidad que tiene el conjunto del sistema de seguridad social (Rodríguez, 2001: 6-7).²⁸

En concreto, la idea de fortalecer el mercado financiero con el ahorro de las pensiones desvirtúa la puesta en práctica del Estado social de derecho, el cual garantiza los derechos sociales y económicos de los ciudadanos.

En ese contexto neoliberal, las instituciones de asistencia social, así como aquellas que ejecutan las políticas públicas, se resquebrajan por problemas de financiamiento, de ineficiencia administrativa, de corrupción y de abandono de las responsabilidades constitucionales por parte del Estado (Sarmiento, 2000: 27-38).²⁹ En efecto, al finalizar el siglo XX, la mayoría de estas instituciones y programas quebraron por carecer de recursos para cubrir sus necesidades, situación ésta agravada por las crisis financieras, el empobrecimiento fiscal del Estado, las cargas prestacionales y por las reformas administrativas en el sector social, que exigen su autofinanciamiento, y privilegian las soluciones de mercado, el individualismo y la rentabilidad privada.

Por último, cabe tener en cuenta que las políticas macroeconómicas e institucionales de la última década del siglo XX, que continúan vi-

²⁸ Para un desarrollo y actualización de estos planteamientos, *cfr.* Rodríguez (2002: 101-111).

²⁹ Para profundizar en el conocimiento de la crisis social colombiana, *consúltese* Sarmiento (1999).

gentes, reforzadas por medidas de contracción monetaria, profundizaron la tendencia burocrática, especulativa y rentista de la economía colombiana. A su vez, este manejo económico impulsado desencadenó el deterioro del sector productivo, incrementó el desempleo y aumentó el nivel de pobreza.

En efecto, en el año 2004, el Gobierno desembolsará 9 billones de pesos para pensiones, de los cuales 1,7 billones serán para el ISS. El resto corresponde a la carga pensional del orden nacional y departamental que atiende el Fondo de Pensiones Territoriales (Fonpet). En 2005, la cifra crecerá a 13,8 billones, de los cuales cerca de 4,2 corresponden al ISS, cuya nómina crece un promedio de 30.000 pensionados cada año. Las reservas del ISS soportan el pago de 5,4 billones anuales para 550.000 pensionados en la actualidad. Los cotizantes que en 1995 eran 3,1 millones se redujeron a 2 millones en 2003. En los últimos diez años la relación afiliados a pensionados bajó de diez a uno hasta menos de cuatro a uno, al tiempo que los egresos del ISS aumentaban con relación a ingresos hasta agotar las reservas. La fórmula para remediar tan grave problema de las finanzas públicas que establece el Acuerdo *Stand-By*, suscrito por el Gobierno colombiano con el Fondo Monetario Internacional el pasado 24 de diciembre de 2003 dispone dos puntos: el primero concluye que “En 2004, se contendrá el incremento del gasto gracias a la reorientación de las transferencias territoriales para financiar el Fondo de Pensiones Territoriales (Fonpet)”, y el segundo dice lo siguiente:

Reforma pensional. En noviembre de 2003 el Gobierno presentó al Congreso normas encaminadas a corregir las preocupaciones que manifestara la Corte Constitucional con respecto a la reforma pensional aprobada en diciembre de 2002. Para marzo de 2004 el Gobierno presentará al Congreso una reforma constitucional relacionada con los temas planteados en el referendo en lo concerniente a los regímenes especiales de pensiones. El Gobierno evaluará la situación de las personas registradas como contribuyentes de los regímenes público y privado (multiafiliados), y se devolverán al ISS las contribuciones a los fondos privados de quienes no eran elegibles para salir del sistema público.

En cumplimiento de su compromiso con el FMI, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público preparó un proyecto de Acto Legislativo que revive dos puntos que no pasaron en el referendo: la eliminación de los regímenes pensionales “privilegiados” y un tope de 25 salarios mínimos a las pensiones de más de \$8.9 millones. El proyecto propondrá la eliminación de la mesada 14 para los nuevos pensionados del ISS y de Cajanal, eliminará la posibilidad de negociar cláusulas superiores a las generales a

través de la negociación colectiva y garantiza que la pensión mínima equivaldrá al salario mínimo. Si a fines de 2005 se aprueba el Acto Legislativo, el Gobierno presentaría en 2006 una nueva reforma pensional para aumentar las edades de jubilación y reducir el monto de las pensiones con el argumento del aumento en la expectativa de vida que se estima para la década de los noventa en 73 años y para 2025 en 76 años. El problema lo explica con precisión el economista Eduardo Sarmiento:

La Ley 100 pasará a la historia como uno de los grandes errores inducidos por la moda y por el desconocimiento de la realidad colombiana. El expediente dejó los pensionados en el Seguro Social y se llevó los afiliados a los fondos privados. El sistema colapsó. El Seguro ha quedado condenado a un proceso creciente de los egresos en relación con los ingresos. Por su parte, la operación de los fondos, dentro de la modalidad de capitalización, no permite cubrir más de la mitad del ingreso cotizado. En un principio, se buscó corregir la incoherencia elevando las cotizaciones, aumentando los años de jubilación y reduciendo beneficios, y ahora se pretende hacerlo gravando las pensiones y estableciendo pensiones por debajo del salario mínimo. Tal como ocurrió en el pasado en forma reiterada, el desequilibrio del Seguro Social seguirá su marcha y la tercera edad entrará a engrosar la pobreza extrema. (*El Espectador*, 11 de julio de 2004, p. 2B).

En consecuencia, Sarmiento Palacio se opone radicalmente a la iniciativa gubernamental y hace su contrapropuesta en los siguientes términos:

Si la Ley 100 no se hubiera adoptado, el sistema de seguridad social sería superavitario y el déficit fiscal de la nación mucho menor. Frente a esta realidad, las medidas propuestas distan mucho de resolver el problema. Mientras que la relación de afiliados sea menor de 4 a 1, no hay cotización, ni edad de jubilación, ni impuestos a las pensiones que equilibren el sistema. Las soluciones verdaderas tienen que empezar por reformar la Ley 100. La receta consistiría en movilizar los excedentes de los FPP al ISS mediante una inversión forzosa, y aumentar los afiliados del ISS, lo cual no es difícil si se tiene en cuenta que el 75% de la fuerza laboral está por fuera del sistema de seguridad social. (*El Espectador*, 4 de julio de 2004, p. 3B).

Por su lado, el profesor de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia Ricardo Bonilla asevera que:

Las reservas del ISS se acabaron porque los últimos gobiernos así lo quisieron y no le buscaron solución; mientras tanto, ni los le-

gisladores ni el Ejecutivo hicieron algo por reducir las cargas onerosas del pequeño grupo de colombianos con pensiones exorbitantes, pagadas directamente por el Estado, donde el ISS no tiene nada que ver. (2004: 8).

EL PROCESO DE DESESTRUCTURACIÓN DEL SISTEMA DE LOS DERECHOS SOCIALES

El desmonte del derecho a la seguridad social, en términos de universalidad y solidaridad, responde a la tendencia que avanza ineluctable hacia la desestructuración del sistema de los derechos *sociales*. La desestructuración del régimen pensional se expresa en el contenido de las propuestas de ajuste que como bien lo anotara Germán Fernández: “[...] Lejos de acatar los postulados constitucionales de ampliación de cobertura y de beneficios, por el contrario, los torna más restrictivos e inalcanzables para amplios sectores de la población” (2000: 109).

De esta forma, resulta claro un proceso regresivo en materia de protección de los derechos sociales, y específicamente del derecho pensional, puesto que se incrementan los costos fiscales, favoreciendo a los fondos privados con ánimo de lucro, y se debilita financieramente el régimen de prima media con prestación definida, todo esto en evidente perjuicio de la solidaridad.

La política económica apunta a una contracción de la demanda, como instrumento de control monetario, que se limita a controlar la inflación. Los economistas argumentan que solo la creación de un clima favorable a los inversionistas que garantice altas ganancias, sobre la base del desmonte de la legislación laboral y la conversión de los mecanismos de ahorro forzoso del seguro social, es un ariete para elevar recursos al sector financiero. Así, se deja atrás el principio de la solidaridad como eje del contrato social.³⁰

³⁰ Para una discusión sobre el problema de la idea liberal de “contrato social”, consúltese Santos (2001a). Sobre la necesidad de formular “un nuevo contrato social en Colombia”, véase Garay (1999). En declaraciones aparecidas en el diario *El Tiempo*, 13 de diciembre de 1999, p. 2-A, este economista afirmó que: “Para transitar hacia una nueva sociedad, se tienen que instituir valores éticos funcionales propios de una sociedad moderna. Ante la pérdida de sentido de pertenencia y de legitimidad del Estado se requiere instituir el sentido social y la responsabilidad frente a la ley y la justicia. La propuesta es crear una cultura ciudadana donde la justicia en derecho sea el principio rector de todos los comportamientos”. El desarrollo de estas propuestas está contenido en Garay (2002a). Para un enfoque ético de lo económico, véase Cuevas (1998: 19-20). En un aparte de este importante libro se anota que: “En la esfera del

En este contexto resulta claro, como lo advierte Boaventura de Sousa Santos, que el Estado-nación se presenta en grandes dificultades para ser el garante del contrato social en medio de la globalización contemporánea:

Con la transnacionalización de la economía, el Estado en algunos casos parece haberse convertido en una obsoleta unidad de análisis o haber perdido la capacidad y voluntad política de regular la producción y la reproducción social. Al debilitarse en el exterior y tornarse ineficiente en el interior, el Estado se vuelve paradójicamente más autoritario. De igual forma, resulta dependiente de una miríada de burocracias mal integradas, cada una de las cuales ejerce su propio microdespotismo frente a la pérdida de poder político de ciudadanos incompetentes. (Santos, 1995: 253)³¹

Y agrega:

Estas tendencias (de repliegue del Estado) no indican necesariamente el final del estatismo o una crisis final del Estado de bienestar; por el contrario, ellas transforman el debate político de tal manera que dan lugar a un Estado de bienestar más inteligente y específico o, mejor, a una renovada articulación entre el Estado de bienestar y lo que podemos llamar la sociedad de bienestar, es decir, una nueva y más polifónica conciencia comunitaria. (p. 261)

Este fenómeno de la desestructuración de los derechos sociales se plasma en los acuerdos firmados con el Fondo Monetario Internacional a

mercado, la racionalización aristotélica y tomista sobre el lucro como encarnación de injusticia dio lugar a las significativas discusiones sobre el justo precio y la usura. Con relación al primero, son casi célebres las casuísticas y pastosas discusiones de los doctores escolásticos, indagando sobre las sutiles diferencias entre el precio legal, el medio, el ínfimo y el justo; sobre las tenuous líneas que distinguen el arte de vender en dolo; sobre la licitud de la especulación en el tiempo y en el espacio; sobre la licitud de remunerar el riesgo y el lucro cesante o sobre la precedencia de descuentos y recargos por la oportunidad del pago. Y también resulta usual, desde la perspectiva de un pretencioso rigor científicista, sonreír ante ese extremado celo por la justicia, porque ésta, como elemento 'normativo', sería ajena al estricto campo positivo de 'la ciencia'. *Consúltese, además, Flórez (2000:469-487) y Vargas (2001: 293-103).* Esta obra intenta una visión distinta a la idea *establecida* de renovar o reconstruir un pacto, procura más bien indagar por la realidad histórica de las relaciones sociales cuya existencia precisamente se justifica por un supuesto pacto o contrato. De particular importancia para sustentar una propuesta basada en la persistente idea de una modernización capitalista bajo la hegemonía cultural de una inencontrable burguesía decente y civilizada, *cfr. Garay (2002b: 146-170).*

31

En el mismo sentido, *cfr. Santos (1998: 80-85).*

finés de 1999, en los cuales el Gobierno colombiano se obligó a tramitar una reforma laboral, afectando los derechos económicos de los trabajadores y superponiendo los intereses financieros sobre los intereses del bienestar social. La reforma laboral aprobada a fines de 2002 (Ley N° 789) contiene los siguientes puntos: (i) disminuir los costos de los despidos, (ii) salario mínimo integral para jóvenes, (iii) reducir los impuestos parafiscales al SENA, ICBF y cajas de compensación, (iv) bajar los costos de las remuneraciones por dominicales y festivos, (v) flexibilizar el trabajo por horas sin seguridad social, (vi) desmontar la retroactividad en las cesantías de los regímenes especiales, (vii) condicionar las políticas salariales de los empleados públicos a las disponibilidades presupuestales, según criterio del Confis.³²

De otro lado, debe señalarse que la política social busca transferir a la sociedad las responsabilidades del Estado, y esto se ve agravado por la ausencia de propuestas para aumentar las coberturas o disminuir la inequidad en el acceso a los bienes y servicios. De este modo, una vez más se coloca la rentabilidad financiera y el fortalecimiento del sector privado por encima de los derechos sociales, económicos y culturales de la población colombiana. De esta manera, la pugna entre intervención social y regulación neoliberal del Estado se resuelve a favor de esta última.

De esta manera se evidencia que, de un lado, las urgencias de la guerra desplazan la prioridad del gasto social y, de otro, el carácter expansivo de los intereses económicos –multiplicados por las posibilidades derivadas de la tecnología– han hecho que los valores de justicia pierdan terreno en el actual manejo económico. En ese sentido, la teoría jurídica que fundamenta el concepto de Estado social de derecho constituye una expectativa tan difícil como remota de realizar en Colombia.

Desde los años noventa del siglo XX, la pugna y las incoherencias han sido continuas entre el modelo económico y los derechos sociales, económicos y culturales. Las incompatibilidades no quedaron allí, continúan avanzando: actualmente, el modelo de acumulación y de control social, que rigió en épocas anteriores, ha empezado a colapsar. Ante este fenómeno, los sectores dominantes del país acuden ante el Fondo Monetario Internacional y ante los gobiernos de los Estados Unidos y de la Unión Europea para obtener

32

En el debate sobre la reforma laboral se demostró que, en términos económicos, el contenido de la reforma aprobada significa para la clase trabajadora una pérdida laboral de \$ 8,2 billones, suma que equivale al 8,3% de los ingresos salariales del PIB de 2002. Cfr. Bernal (2002). El impacto adverso de la reforma laboral para la clase trabajadora mereció un pronunciamiento del diario *Portafolio* en su editorial del 9 de diciembre de 2002, dada su incidencia en la inelasticidad de la demanda.

su ayuda en el proyecto de reconstrucción del orden tradicional, a cambio de entregar riquezas y compartir el control político y económico.

La coexistencia problemática entre los distintos sectores que conforman la sociedad en Colombia hace imperativo tomar partido respecto a las funciones y finalidades del derecho, en aras de ponerlo en acción como mecanismo idóneo para la superación del conflicto interno. En este punto, el uso alternativo del derecho, cuya propuesta aquí se comparte, debe orientarse en la búsqueda de la opción que más satisfaga las necesidades del hombre, en el marco de su bienestar general.³³

Incidencia de la política laboral en la crisis pensional

La tecnocracia gubernamental ha señalado reiteradamente que entre las razones por las cuales hubo pérdida de dinamismo en la economía está el no haber profundizado en las reformas estructurales e institucionales (Cfr. Asesina, 2001; Kalmanovitz, 2001, y Ocampo, 2001), como sí lo hicieron algunos países vecinos, en los que los ajustes macroeconómicos fueron exitosos, gracias a que estuvieron acompañados de ese proceso de profundización. En Colombia, lo que se vive es la lógica de un sistema tecnocrático (Ocampo, 1992), que tiene como principales medidas (i) alcanzar una mayor flexibilización del mercado laboral, (ii) avanzar en la reforma al sistema de seguridad social, (iii) ahondar en el proceso de descentralización, y (iv) consolidar el modelo de apertura, mediante un incremento de la oferta productiva doméstica, así como su expansión y permanencia en el mercado internacional.

Bajo estas circunstancias, la profundización de las reformas estructurales e institucionales, en particular las que hacen referencia a la flexibilización del mercado de trabajo y a la seguridad social, pueden conducir a que la “exclusión social” se profundice en el escenario laboral colombiano y a que se fortalezca la concentración del ingreso.

La política sobre nuevas contrataciones, que autoriza a los empresarios a contratar jóvenes sin experiencia laboral y con una remuneración inferior al mínimo, y la de extender el salario integral a jóvenes que se

33

El enfoque del *uso alternativo del derecho* ha tenido en nuestro medio muy poco estudio en el ámbito de la teoría crítica del derecho, y su divulgación y debate académico aún se encuentra en ciernes, razón por la cual su aplicación ha sido prácticamente nula. Más bien, ha servido de “discurso” o postura en algunos círculos que, desde los años ochenta y noventa, desarrollaron actividades a través de grupos de trabajo y organizaciones de la sociedad civil, hasta llegar al estado de postración actual. En contraste con la experiencia colombiana, véase Santos (2001).

vinculen por primera vez al mercado, incidirá en una caída del salario mínimo, lo que a su vez redundará en que un mayor porcentaje de trabajadores quede comprendido en los tramos inferiores de ingreso, así como en el incremento en la temporalidad del empleo, en un deterioro del mercado laboral y un mayor grado de informalidad (Universidad Externado de Colombia, 2000 y 2001).

Esta situación tiene profundas repercusiones en el sistema de seguridad social y podría extender los problemas de evasión y elusión que este tiene. Los estudios sobre el mercado laboral muestran que después de la reforma laboral de 1990, la mayor flexibilidad en la contratación directa ha llevado al aumento de los trabajadores temporales, lo que a su vez profundiza el fenómeno de alta rotación laboral (Universidad Externado de Colombia, 2001). En este marco, no es posible desconocer las incidencias que la reforma laboral tiene para el conjunto del sistema de seguridad social:

Ante una mayor flexibilización del mercado de trabajo y una caída de los ingresos, los ajustes propuestos desde los entes gubernamentales conducirían a que las condiciones de vida de la tercera edad se deterioren y que la pensión para aquellos que tengan la fortuna de disfrutarla sea cercana al salario mínimo o a la mitad del ingreso cuando llegue al momento del retiro. (Rodríguez, 2001: 6)³⁴

Como se ha señalado en diferentes oportunidades, la tecnocracia neoliberal ha manifestado su voluntad de continuar en el proceso de cambios estructurales, que se iniciaron en los años noventa del siglo pasado. En especial, existen dos ámbitos a los cuales la burocracia estatal y los organismos de crédito internacional le encuentran gran relevancia: el régimen laboral y la seguridad social. Esta especial atención a estas dos esferas obedece a la concepción teórica de que para salir de la crisis económica, reducir la tasa de desempleo, disminuir el déficit fiscal y aminorar la exclusión social, el camino idóneo es el de profundizar estas reformas, liberalizando el mercado de trabajo y privatizando el sistema de seguridad social.

Empero, vale recordar la contradicción implícita en la Constitución que hace igualmente posible y constitucional una intervención social o una regulación neoliberal.³⁵ Así, desde el enfoque neoliberal se proclama una gran flexibilización laboral, tal como se introdujo con la Ley 50 de

³⁴ Del mismo autor, *consúltese* (1999b).

³⁵ La tensión entre Constitución normativa y Constitución real expresa esta contradicción, que es característica del derecho sustancial *in genere*. Al respecto, véase Kennedy (1997).

1990, incentivando la temporalidad en el empleo y el deterioro en el mercado de trabajo. Como consecuencia, las transformaciones que tenga el mercado de trabajo afectarán de manera directa el sistema de seguridad social y, por ende, el ejercicio de los derechos sociales puede quedar vulnerado.

Sumado a la flexibilización laboral, los aumentos en la temporalidad en el empleo y la alta rotación de los trabajadores han conducido a que cada día tengan mayor presencia los afiliados inactivos, es decir quienes tienen más de seis meses sin cotizar, lo que representa para los fondos privados de pensiones más del 50% del total de la afiliación.³⁶ Así las cosas, el funcionamiento del mercado laboral conduce a que sólo dos de cada diez personas mayores de 60 años tengan derecho a una pensión.

La importancia social y política del manejo de una proporción significativa del ahorro nacional, representado en las reservas del régimen pensional, ha llevado a que, en diversas oportunidades, se elabore información para sustentar proyectos que asumen el régimen pensional como un instrumento financiero, ajeno a la política social del Estado. Por ejemplo, para la expedición de la Ley 100 de 1993 se vaticinó un colapso del sistema de prima media escalonada, a cargo del ISS. Estas cifras fueron rebatidas por la OIT en un informe de marzo de 1998, y difieren de manera substancial de las proyecciones financieras utilizadas en la exposición de motivos de esta ley.³⁷

La experiencia internacional de los fondos privados de pensiones señala la concentración, como una característica inherente a su funcionamiento, tal como aconteció en el caso chileno. En la situación colombiana, los grandes grupos económicos controlan más del 60% del mercado y, por medio de las redes sociales que han instituido, se monopoliza aún más la economía, generando un proceso no transparente para el ejercicio de la democracia.³⁸ De contera, el descenso en la rentabilidad sufrido por estos

³⁶ Consúltese www.Asofondos.

³⁷ Véase la exposición de motivos del proyecto presentada por el Gobierno, publicada por el Ministerio de Trabajo en septiembre de 1992. Los antecedentes y motivos de la reforma se encuentran en Ayala (1992). Los estudios financieros fueron elaborados por Fedesarrollo, como puede constatarse en Lora y Helmsdorff (1992). Una visión retrospectiva puede consultarse en Acosta (2001) y Rodríguez (2002).

³⁸ Las AFP contaban hasta el mes de julio de 2003 con un portafolio que alcanzaba la suma de 18,4 billones de pesos. Los movimientos de capital financiero internacional han permitido la consolidación de cuatro grandes grupos de inversionistas en el mercado pensional colombiano: (i) el BBVA, que fusionó AFP Horizonte y Colpatria, con el 18,5% del valor total de los fondos; (ii) el Grupo Santander, que fusionó las AFP

fondos privados de pensiones ha generado una brecha pensional, que conjetura una jubilación con un ingreso equivalente al 60% del promedio salarial, habiendo cotizado durante 32 años.

Tanto la flexibilización laboral como el ávido interés por privatizar la seguridad social en pensiones responden al proceso de *financiarización*³⁹ en que se encuentra sumida la economía, que se manifiesta por un ambiente de especulación financiera. Su consolidación opera cuando se pre-

Davivir y Colmena, con el 12,7% del total de los fondos; (iii) El grupo colombiano Aval, que controla la AFP Porvenir, con el 27,2% del valor total de los fondos, y (iv) el Grupo Empresarial Antioqueño, que controla la AFP Protección, con el 23,2% del total de los fondos. La AFP Colfondos, con el 15,4% del total de los fondos, está bajo el control del grupo estadounidense Citybank, propietaria del 80%. La Caja de Compensación Familiar (Cafam) posee el otro 20%. Al respecto, *cfr.* Ahumada (2002: 92-95).

39

La financiarización se define como “el proceso mediante el cual las empresas industriales destinan una porción cada vez mayor de sus recursos a actividades financieras en detrimento de la actividad principal [...]. Este proceso ha tenido en la libre movilidad internacional de capitales, en la desregulación financiera interna, y en la recomposición del sector privado colombiano en contra de los gremios y a favor de la consolidación de los grupos económico-financieros, todas las posibilidades de prosperar. Este proceso ha reducido esas mismas posibilidades a la economía colombiana. La financiarización se ha extendido entonces a las finanzas públicas y a la seguridad social. La financiarización de las finanzas públicas no es otra cosa que la búsqueda de mayores recaudos tributarios para el pago cada vez mayor de los rendimientos de los acreedores de los títulos de deuda pública, en detrimento de la inversión del Estado en infraestructura física y social. La financiarización de la seguridad social significa el desplazamiento de la actividad principal de prestación de servicios sociales, hacia actividades de carácter financiero, alimentadas con los recursos provenientes de la intermediación privada de los dineros del público y del gobierno destinados a lo social”. *Cfr.* Uribe L. (2003: 95-126). Véase, además, Unión Nacional de Empleados Bancarios (UNEB) (2003: 23-24), donde se explica que: “El ajuste de las economías latinoamericanas durante los años 80 se constituyó en una etapa de transición encaminada a crear las condiciones para avanzar en el proceso de financiarización de las economías. En efecto, desde finales de dicha década hasta hoy, es muy marcada la amplia difusión de los productos derivados, dando lugar a una enorme liquidez en manos privadas frente a mayores niveles de sobreendeudamiento. La desregulación financiera y el libre flujo de capitales se convierten en la palanca fundamental, lo cual permite altos rendimientos financieros de los activos en poder de los fondos de inversión, entidades éstas que entran a rediseñar el mercado y a capturar rentas financieras de diversas partes del mundo. La sofisticación de los instrumentos financieros agudiza la competencia entre los intermediarios financieros acelerándose los procesos de internacionalización, en un caldeado ambiente de quiebras, fusiones, adquisiciones y reconfiguraciones de emporios económicos internacionales”. Para una ampliación y profundización de estos planteamientos, *cfr.* Giraldo (2003b).

senta un diferencial de rentabilidad entre el sector productivo y el sector financiero, lo cual induce a que las empresas disminuyan sus inversiones en la actividad industrial para incrementar las inversiones financieras; esto se traduce en un crecimiento insuficiente de las inversiones productivas en la mayoría de las economías latinoamericanas. El control de las reservas pensionales se convierte en una estrategia para el apalancamiento del capital financiero.⁴⁰

40

Como lo explica González (2001), “los propietarios de las administradoras de los fondos de pensiones pueden argumentar que la alta rentabilidad que paga el Gobierno termina favoreciendo a los pensionados. Es cierto que el patrimonio de las AFP se fortalece cuando los rendimientos de las inversiones son altos, pero los beneficios de los fondos lucran a los propietarios antes que a los pensionados. Las AFP tiene que responder por unos rendimientos mínimos. Y a partir de esta base, los recursos adicionales van a los dueños”.

El derecho pensional en la jurisprudencia constitucional colombiana

4

EL LENGUAJE JURÍDICO¹ SOBRE EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO: SU SIGNIFICADO PARA EL DESARROLLO Y APLICACIÓN DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La doctrina constitucional colombiana, bajo el supuesto de un Estado social de derecho, asume la dignidad humana y la solidaridad social como los principios rectores para el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social. El discurso jurídico considera que la expedición de la Constitución de 1991 es un hito histórico a partir del cual la sociedad, representada en la Asamblea Nacional Constituyente, decidió y adoptó un cambio de paradigma que sirvió para fundamentar una nueva

¹ El *lenguaje jurídico* es el instrumento para realizar *actos jurídicos*. En la medida en que las personas realizan permanentemente este tipo de actos, el lenguaje jurídico viene a ser una forma de lenguaje corriente/natural. No obstante, algunas “zonas” del lenguaje jurídico son técnicas, pero sin el manejo del lenguaje jurídico se tendrían serias dificultades para desenvolverse en la cotidianidad de la vida social. Se habla de los derechos como si fueran reales. El negar un derecho ocasiona un comportamiento reactivo. Pero en verdad el mundo de los derechos no pertenece al mundo de lo sensible, al mundo de los hechos. Para Olivecrona: “El derecho vincula efectos jurídicos con sucesos llamados hechos operativos. Cuando sabemos que se ha realizado un hecho operativo, nos sentimos autorizados a inferir que el efecto también se ha producido, siempre que otra circunstancia no lo haya impedido” (1968). Por su parte, Bastida (2000: 40-42), en una perspectiva materialista hace las siguientes precisiones: (i) “la anglofilia analítica ha convertido el lenguaje en un universo lógico y cerra-

estructura y una nueva forma de organización jurídica y política, que trasciende el Estado de derecho para dar paso al Estado social de derecho.²

Esta nueva concepción planteó que una crisis profunda originada en un modelo de organización -que se sustentaba en los principios de un individualismo extremo y un marcado abstencionismo del Estado frente a la problemática de orden social- ha sido superada con

la construcción de un nuevo ordenamiento superior, que reivindica como epicentro del Estado al individuo mismo, en cuanto ser único, singular y diferente, el cual encuentra en la garantía de efectividad de los principios de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, la posibilidad real de desarrollarse como tal y contribuir, a través del ejercicio de su autonomía, a la consolidación de la sociedad de la cual no sólo hace parte sino es protagonista. (Morón, 2000: 665)

Ese “nuevo ordenamiento” implica la implementación de un paradigma ético, en el cual se reivindica un individuo cuya condición esencial es la *dignidad*, condición que encuentra espacio propicio para su realización en un sistema social que garantice la efectividad de aquellos principios que viabilizan su propio desarrollo integral, en tanto sujeto autó-

do”; (ii) “[...] Los filósofos analíticos convierten al lenguaje en un ídolo cuando, olvidando su origen humano, se encuentran con él y caen rendidos en pasmo, reverencia y adoración”; (iii) “[...] un enunciado no es sólo un acto lingüístico gramatical, sino también un acto cognitivo. La filosofía analítica no ha sabido diferenciar lo que se dice de lo que se comunica”; (iv) “[...] sólo lo simbolizable es real y todo lo simbolizable responde a una realidad bien definida y fijada para siempre”; (v) “Existen ámbitos de la realidad Bel derecho es uno de ellosB que no pueden apartarse de la complejidad del mundo real y que sólo son accesibles a una comprensión contextualizada”; y, (vi) “Las palabras no transportan significados, sólo las personas los poseen”.

² Para una visión escéptica del impacto de la Constitución Política de 1991 y del proceso que la antecedió y la sucedió, véase Cárdenas (1996: 93). Al respecto, véase también Palacios (1996), quien considera que: “*Más que la requerida profundización del concepto de ciudadanía, como estatus legal y como deber moral del hombre en sociedad, los juicios de tutela quizás nos señalen la prelación que se da al yo que antepone su reconstruida identidad en el seno de una sociedad conflictiva y dividida*” (p. 21); finaliza este sugerente ensayo anotando de manera perentoria que: “los preceptos sociales, civiles y políticos de los textos constitucionales y legales se convierten en fuente de alienación política y de frustración social. Ante la paulatina erosión del liderazgo político y ante la falta de auténticas y socialmente prestigiosas instancias representativas, cunde la apatía. Miles y miles de colombianos no ven por qué deban sentirse responsables de su contrato de ciudadanos” (pp. 22-23).

nomo dotado de razón, principios que el Estado social de derecho consagra como esenciales a su propia filosofía: la igualdad en la diferencia, la convivencia armónica a partir de la tolerancia, el respeto a la heterogeneidad como condición básica para impulsar procesos de cohesión social y el pluralismo, como presupuesto esencial para el desarrollo de una sociedad que se fortalece en la diversidad.

Para este modelo de Estado, la realización efectiva del principio fundamental de dignidad implica la obligación de garantizar la integridad del ser humano, pues éste constituye la razón de ser, principio y fin último de su organización estatal.

Este lenguaje jurídico considera que en el Estado social de derecho la dignidad se refiere en esencia a la calidad de vida de las personas, las cuales, para ejercer su autonomía y participar activamente en el desarrollo de la sociedad, requieren un contexto en el que se les garanticen ciertas condiciones inherentes a su propia naturaleza. Sobre el particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado en el sentido de que:

Ahora la Carta no sólo propende por la persona sino que a su materialidad ontológica le agrega una cualidad indisoluble: la dignidad. Se trata pues de defender la vida pero también una cierta calidad de vida. En el término “dignidad” predicado de lo “humano”, está encerrada una calidad de vida, que es un criterio cualitativo. Luego para la Carta no basta que la persona exista; es necesario aun que exista en un marco de condiciones materiales y espirituales que le permitan vivir con dignidad.³

En esa perspectiva, el principio fundamental de la dignidad humana –para la Corte Constitucional– no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades, según lo establece el artículo 11 de la Constitución Política:

Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como “vida plena”. La integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social.⁴

³ Sentencia C-575 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁴ Sentencia T- 499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

El individuo es el centro y el fin de las acciones del Estado, y reclama el respeto y la promoción de los derechos inherentes a su condición y naturaleza, esto es de sus derechos fundamentales.

La realización de esos derechos está estrechamente ligada a la satisfacción de ciertas necesidades básicas, a las que, como en el caso de la seguridad social *per se*, no se les reconoce la categoría de derechos fundamentales. Sobre los derechos sociales, económicos y culturales consagrados en el Título II, capítulo 21 de la Constitución Política (C. P.), algunos sostienen que disponen de fuerza normativa, constituyendo plenos derechos constitucionales, mientras otros consideran que se trata de enunciados programáticos que adquieren condición de normas jurídicas sólo cuando el legislador los ha desarrollado.

En esta controversia, la Corte ha adoptado una posición intermedia, manifestando que estos derechos implican una prestación por parte del Estado y, por ende, una erogación económica que por lo general depende de una decisión política. Por ello:

es necesario advertir que los derechos económicos, sociales y culturales, promovidos en el ámbito constitucional durante las primeras décadas del siglo XX y conocidos como la segunda generación de derechos humanos, no han sido incorporados al ordenamiento jurídico de las democracias constitucionales simplemente por ser considerados como un elemento adicional de protección. *La razón de ser de tales derechos está en el hecho de que su mínima satisfacción es una condición indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos.* Dicho de otra forma: sin la satisfacción de unas condiciones mínimas de existencia, o en términos del artículo primero de la Constitución, sin el respeto –de la dignidad humana– en cuanto a sus condiciones materiales de existencia, toda pretensión de efectividad de los derechos clásicos de libertad e igualdad formal consagrados en el capítulo primero del título segundo de la Carta, se reducirá a un mero e inocuo formalismo, irónicamente descrito por Anatole France cuando señalaba que todos los franceses tenían el mismo derecho de dormir bajo los puentes. Sin la efectividad de los derechos civiles y políticos, los derechos económicos, sociales y culturales son insignificantes (*cf.* Gross Espiell, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, 1986). (Morón, 2000: 667). (Las cursivas no son del texto).

¿Qué sucede si el órgano legislativo no desarrolla los derechos prescacionales consagrados en la Constitución Política? ¿Debe el juez permanecer inerte y a la espera de que se produzca el desarrollo efectivo

correspondiente y, mientras tanto, considerar los textos que consagran los mismos como carentes de fuerza normativa? O, más bien, ¿debe el juez entrar a definir el alcance de ellos, anticipándose al legislador a través de una aplicación directa de la Constitución Política?

Al respecto, la doctrina ha desarrollado el concepto de los “medios idóneos” en virtud del cual

Ante este dilema el juez debe actuar con prudencia y firmeza a la vez. En primer lugar, la intervención judicial en el caso de un derecho económico, social o cultural es necesaria cuando ella sea indispensable para hacer respetar un principio constitucional o un derecho fundamental. En estas circunstancias, el juez actúa bajo condiciones similares a aquellas que se presentan cuando debe resolver un problema relacionado con un vacío o una incoherencia de la ley. Es claro que en todos estos casos el juez decide algo que en principio le corresponde al legislador. Sin embargo, en estas precisas condiciones, la falta de solución proveniente del órgano que tiene la facultad de decidir, implica la posibilidad de que otro órgano, en este caso el judicial, decida, para un caso específico, con la única pretensión de garantizar la validez y efectividad de la norma constitucional.

La solución opuesta Bes decir la que supone la no intervención judicial- desconoce los valores y principios constitucionales que consagran la efectividad de los derechos (art. 2: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados...”; art. 5: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables...”; art. 13 inc. 2: “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva...”) y desconoce la prevalencia del derecho sustancial sobre los procedimientos, consagrada en el artículo 228. Pero quizás lo más grave de la solución que se comenta consiste en el desconocimiento del artículo cuarto de la Constitución, en el cual se afirma que “La Constitución es norma de normas. En todo caso la incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Este artículo no sólo plantea un asunto relacionado con la validez de las normas constitucionales, también prescribe una clara definición en cuanto a su efectividad.

Con independencia de la *función programática-finalista* y de la *función simbólica* que sin duda ocupan un lugar importante en los

preceptos sobre fines y valores, *la Constitución es una norma jurídica del presente* y debe ser aplicada y respetada de inmediato. Por esta razón, sostener que los derechos sociales, económicos y culturales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, es no sólo una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución. *Si la responsabilidad de la eficacia de los derechos mencionados estuviese sólo en manos del legislador, la norma constitucional no tendría ningún valor y la validez de la voluntad constituyente quedaría supeditada a la voluntad legislativa.* Es más razonable pensar que el constituyente quiso otorgarle verdadero carácter normativo a los textos del capítulo segundo título segundo, entregándole al legislador la prerrogativa de discrecionalidad política en la materia pero facultando al juez para ejercer dicha discrecionalidad, limitada a casos concretos, en ausencia de ley. De esa manera se logra el respeto de las prioridades en materia de delimitación política de los textos fundamentales y el respeto a la superioridad jurídica de la Constitución sobre la ley. De esta manera se logra que las leyes valgan en el ámbito de los derechos fundamentales en lugar de que los derechos fundamentales sólo valgan en el ámbito de la ley (cfr. Herbert Kruger, *Grundgesetz und Kartellgesetzgebung*, 1950: 12).⁵ (Las cursivas no son del texto)

La doctrina se inclina entonces hacia un tipo de fundamentabilidad por conexión, según la cual *sería viable el instrumento constitucional de la acción de tutela para la protección de los derechos prestacionales únicamente cuando se presente amenaza o vulneración de un derecho fundamen-*

5

Morón (2000: 668-669). La Foodfirst International Action Network (FIAN) ha propuesto la superación del absolutismo económico mediante la operacionalización de los derechos económicos "tal como fueron operacionalizados los derechos civiles al final del absolutismo político. De lo contrario, perderemos enteramente los derechos humanos en dictaduras que promueven la ley y el orden en un mundo futuro de horribles desigualdades y recursos naturales extremadamente limitados. [...] Como otros derechos humanos, los derechos económicos son una expresión directa de la dignidad humana propia de todos los seres humanos. Como es de esperar respecto de la indivisibilidad de los derechos humanos, los conceptos de derechos económicos son básicamente los mismos que los otros derechos humanos. Sin embargo, ha habido numerosos malentendidos y equívocos relacionados con los derechos económicos. Los derechos económicos y sociales continúan confundidos con necesidades básicas, con el llamado a la limosna pública o con vagas declaraciones programáticas" (Cfr. FIAN (1995: 5-6). *Consúltese* www.fian.org)

tal. Entonces sólo en ese caso podría el juez, ante la falta de intervención legislativa, pronunciarse sobre el sentido y *alcance de la norma para el caso concreto* y si fuere menester pedir la intervención de las autoridades correspondientes, para que se brinde efectivamente la prestación por parte del Estado.

Derecho social a la seguridad social

Planteada la cuestión, la seguridad social se asume en la doctrina como un “concepto amplio” sin carácter restrictivo que, como lo ha señalado la Corte Constitucional:

[...] es un derecho constitucional desarrollado en la ley, que en principio no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirse esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.⁶

La seguridad social es entonces un derecho reconocido a las personas y a la vez un servicio público contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, para cuya realización requiere la activación del principio constitucional de la solidaridad, cuyo alcance definió la Corte en el siguiente sentido:

[en el Estado social de derecho] [...] velar por el bienestar de los asociados implica [...] asumir una posición activa en torno a lo que sucede en la sociedad, persiguiendo contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.⁷

Lo que se persigue es asegurar unas condiciones materiales mínimas de existencia, por lo que el Estado debe intervenir de manera decidida en la búsqueda de ese fin.

Pero también del Estado social de derecho se derivan obligaciones constitucionales tanto para el Congreso como para el resto del Estado y la sociedad. Para el Estado, en cuanto a la adopción de las *medidas indispensables* para la construcción de un orden político, económico y social justo, como lo contempla el Preámbulo de la Constitución. Para la sociedad, en

⁶ Sentencia T- 491 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ SU-747 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cuanto de manera conjunta –atendiendo principios de dignidad humana y solidaridad– contribuya a garantizar a las personas un mínimo vital para una existencia en condiciones dignas. Como lo manifiesta la Corte Constitucional con una postura intermedia:

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el déficit social. El derecho a un mínimo vital, no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado. Aunque de los deberes sociales del Estado (C.P. art. 2) se desprende la realización futura de esta garantía, mientras históricamente ello no sea posible, el Estado está obligado a promover la igualdad real y efectiva frente a la distribución inequitativa de recursos económicos y a la escasez de oportunidades.

Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (C. P. arts. 324, 334, 350, 357, 366). *El carácter programático de las disposiciones económicas no es óbice para que el Estado desatienda sus deberes sociales* cuando las necesidades básicas ya han sido cubiertas mediante el desarrollo de la infraestructura económica y social y, por lo tanto, se encuentre materialmente en capacidad de satisfacerlas, ya de manera general o particular. En estas circunstancias se concretiza la existencia de un derecho prestacional del sujeto para exigir del Estado el cumplimiento y la garantía efectiva de sus derechos sociales, económicos y culturales.⁸ (Las cursivas no son del texto)

En estos términos, la Corte Constitucional reitera el elemento doctrinal de la conexión para dejar definida de manera precisa y contundente una concepción programática según la cual el derecho a la seguridad social no está consagrado expresamente en la Constitución como un derecho fundamental.

No obstante, este derecho establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución adquiere el carácter de fundamental cuando -

⁸

Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

según las circunstancias del caso y como recién se reseñó- su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, o el libre desarrollo de la personalidad.

En cuanto al legislador, según lo anterior, su actividad en materia de seguridad social deberá estar regida y sustentada en los principios fundamentales de dignidad de la persona humana, y en el principio de solidaridad, que en el texto constitucional se erige como principio fundante del Estado.

Conflicto norma-realidad: restricción presupuestal ¿una excusa?

Ahora bien, ¿qué pasa con la realización de este derecho, en un país de escasos recursos, altos niveles de pobreza y crecientes necesidades en materia de seguridad social?, esto es, ¿cuál es el papel del Estado en materia asistencial cuando las posibilidades financieras son restringidas?:

El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. A la luz de esta finalidad, no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales. Por esta vía, *el excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal. En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con una capacidad real de autodeterminación.* Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.

El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del *principio de igualdad* y en su consecuencia obligada: los derechos *sociales y económicos* y en la *prestación de los servicios públicos*. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de

poder dentro de la comunidad. La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público. *En particular, corresponde al Congreso definir en cada momento histórico, dentro del marco de la Constitución, la política social del Estado y asignar cuando a ello haya lugar los recursos necesarios para su debida implementación.* El cumplimiento de prestaciones sociales y económicas a cargo del Estado y la asunción de servicios públicos, requieren del desarrollo de esquemas organizativos y demandan la generación de gasto público, y todo esto normalmente se financia con la imposición de contribuciones fiscales o parafiscales. En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático. (Morón, 2000: 671-672)

La doctrina constitucional considera que la realización del principio constitucional de solidaridad está ligada al concepto de efectividad de los derechos fundamentales:

El principio de solidaridad permite que el derecho a la seguridad social se realice, si es necesario, a través de la exigencia de una prestación adicional por parte de entidades que han cumplido con todas las obligaciones previstas en la legislación competente. El principio aludido impone un compromiso sustancial del Estado y de los empleadores, en la protección efectiva de los derechos fundamentales de los trabajadores y sus familiares.⁹

En el Estado social de derecho no es admisible que las organizaciones, públicas o privadas, encargadas de la administración y prestación de servicios propios de la seguridad social, se muestren

(...) insensibles a las necesidades de los ciudadanos, pues ello no se compadece con sus fines esenciales, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundamentales del paradigma de organización jurídico-política por la cual optó el Constituyente.¹⁰

⁹ Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁰ Al respecto, véase de nuevo, y entre otras, la Sentencia T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La solidaridad como deber, de que trata el artículo 95.2 de la Carta, tiene como contrapartida el concepto de la solidaridad como derecho, que se expresa en la seguridad social. Se advierte (del art. 48 C. P.) en primer lugar que fue intención del constituyente consagrar una *definición amplia de la seguridad social*, como se manifiesta al consultar los antecedentes de la norma en las actas de las deliberaciones de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, cuando se afirmó que:

Nuestra concepción de la Finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas; tal vez no haya instrumento más eficaz para el cumplimiento de la Finalidad Social del Estado. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional.

La seguridad y la previsión social tienen por objeto la protección de la población contra las contingencias que menoscaban la salud y la capacidad económica. La seguridad social ha dejado de ser una noción abstracta para convertirse en un derecho concreto reconocido internacionalmente. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 22 dice: “Toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social ...”.

Desde el punto de vista de la cobertura de la Seguridad Social una concepción amplia permite el derecho a toda la población; una más estrecha (*sic*) únicamente a los trabajadores. Con respecto a las contingencias previstas, la concepción amplia involucra aspectos como recreación, vivienda, desempleo y otros derechos indispensables a la dignidad del ser humano [...].¹¹

En resumen, el mínimo vital al que se ha hecho referencia supone un derecho constitucional fundamental a la vida, no entendido como la mera subsistencia, sino como la realización de un proyecto de vida digna, contando con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de que puede gozar la persona humana; además, supone un derecho a la integridad personal en todo el sentido de la expresión que, como prolongación y manifestación directa del principio

11

Gaceta Constitucional del 21 de mayo de 1991. Informe Ponencia para Primer Debate en Plenaria, p. 2, *cit.* por Morón (2000: 674-675). Sobre la seguridad social en las discusiones de la Asamblea Constituyente, véase Dueñas (2003: 45-48).

de la dignidad humana, impone el respeto por la no violencia física y moral, el derecho al máximo trato razonable y la mínima disminución posible del cuerpo y del espíritu.

En tal sentido el diseño y la aplicación de la legislación en materia de seguridad social, en el Estado social de derecho, implica la incorporación y respeto a los principios rectores de la dignidad humana y la solidaridad, dado que el objetivo último que se persigue con su prestación es garantizar a los individuos la realización plena de sus derechos fundamentales, principalmente de los derechos *a la vida y a la integridad*, lo que implica que desde el derecho se asuma (¿se solucione?) el problema económico en el ámbito de la restricción presupuestal. La laguna que queda es la siguiente ¿por qué la jurisprudencia plantea el problema pero no es consecuente con una respuesta?

LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN LA PERSPECTIVA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Del artículo 48 de la Constitución se desprenden los *tres principios que rigen la seguridad social* en Colombia: la eficiencia, la solidaridad y la universalidad. Se denotará cómo partiendo de ellos es posible llegar a resultados disímiles.

La *eficiencia* es un principio que tiene como destinatario a los propios organismos responsables de la prestación del servicio público de la seguridad social –el Estado y los particulares–. Ella es reiterada por el artículo 209 de la Constitución como principio rector de la gestión administrativa. Así mismo, la eficacia implica la realización del control de resultados del servicio.

Pero más significativos son los principios de *solidaridad y universalidad*, porque ellos se dirigen tanto a los responsables como a los beneficiarios de la seguridad social.

En cuanto a la solidaridad, como principio que aspira a realizar el valor justicia, se basa en la dignidad humana. Un ejemplo de ello se encuentra en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando afirma que: “el subsidio familiar es, desde otro punto de vista, un mecanismo para la redistribución de los ingresos, fundamentado en principios universales de bienestar y solidaridad”.¹²

¹²

Sentencia del 19 de marzo de 1987 de la Corte Suprema de Justicia, M. P. Fabio Morón Díaz, expediente N1 1530, demanda contra la Ley 21 de 1982.

Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la seguridad social: todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas personas gocen de vida digna y otras no. Las calidades esenciales de la existencia no sabrían ser contingentes. Simplemente, si son esenciales, se predicen de todas las personas. Es por ello que la seguridad social es un requisito de la dignidad y la dignidad es un atributo esencial de la persona.

Por otra parte, el artículo 48 de la C. P. hace alusión en el inciso tercero a la facultad del legislador para ampliar progresivamente la *cobertura* de la seguridad social, bajo la dirección del Estado y con la participación de los particulares.

Esta facultad del legislador es concordante con el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución, por el cual se *atribuye al Congreso la competencia para regular la prestación de los servicios públicos*. Recuérdese a este respecto que el artículo 48 define la seguridad social como un servicio público. La aplicación estricta y exegética de los reglamentos del régimen de seguridad social, en algunos casos conlleva la negación de la finalidad del mismo y la vulneración de derechos fundamentales.

La doctrina constitucional también acepta la acción de tutela en los eventos en que la violación del derecho fundamental es autónoma con relación a las exigencias legales que regulan el servicio público. En el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente incoarse la acción de tutela para exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública. En este enfoque, la doctrina parte de la consideración según la cual el principio de la dignidad humana origina pretensiones subjetivas a un mínimo vital –que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad.

En esos casos, la acción de tutela, dadas sus características, se ha constituido en un instrumento eficaz para reivindicar la condición de dignidad de los individuos respecto a la aplicación literal y fría de las normas para dar cumplimiento a los objetivos propios del Estado social de derecho. Dado que la integridad del individuo es responsabilidad de sí mismo, de la sociedad y del Estado, a través de esta acción, el juez constitucional reconoce la superioridad del ser humano sobre el ordenamiento legal.

En el caso de la acción de constitucionalidad, la función del juez constitucional trasciende la mera confrontación entre el contenido material de la norma acusada y el precepto superior que se alega transgredido;

su ejercicio debe extenderse a confrontar la norma impugnada con el paradigma mismo que se consagra en la Constitución; en consecuencia, el análisis ha de propender por garantizar no sólo que la norma no contraríe el texto de la Carta Fundamental, sino que su mandato contribuya efectivamente a la realización de los fines y objetivos que caracterizan el Estado social de derecho.

En todos los casos no procede la inaplicabilidad de las disposiciones legales o reglamentarias en materia de seguridad social, pues no siempre su contenido contiene una vulneración de derechos constitucionales fundamentales, y tampoco procede una inaplicación automática:

Naturalmente, los derechos económicos, sociales y culturales, disponen, además, de otras vías de garantía y protección constitucional. La acción de inconstitucionalidad puede ser el medio más apto para poner coto a las acciones y omisiones del legislador que se aparten de los mandatos generales y específicos del Estado social de derecho, particularmente del principio de igualdad.

De otro lado, corresponde a las leyes organizar y regular los servicios y prestaciones económicas y sociales a cargo del Estado y, para el efecto, disponer los procedimientos que sean necesarios para acceder a los mismos y para defender los derechos de los titulares. Dentro de cada ámbito prestacional, independientemente de su naturaleza y forma de funcionamiento, la ley debe desarrollar mecanismos de participación de los ciudadanos dirigidos a su control y fiscalización por parte de los ciudadanos.

Sin necesidad de agotar los instrumentos genéricos diseñados por el Constituyente para asegurar la efectividad de la cláusula del Estado social, baste señalar que es principalmente a través del *presupuesto y del proceso de planificación*, a los cuales son inherentes diversos mecanismos de participación, como progresivamente puede hacerse realidad dicho ideario. Ciertamente *todos los derechos constitucionales presuponen, en mayor o en menor grado, prestaciones a cargo del Estado y se proyectan en el plano de los principios objetivos del ordenamiento desde el cual las autoridades y los miembros de la comunidad reciben sus orientaciones de sentido más fundamentales y vinculantes. Sin embargo, los derechos tentativamente llamados económicos, sociales y culturales, tienen un contenido prestacional más acusado y permanentemente están necesitados de soporte presupuestal -en los distintos niveles territoriales y funcionales del Estado-, extremo éste que se gobierna por las reglas del principio democrático y que no puede quedar librado a la discrecionalidad judicial.*

La defensa y protección de los derechos constitucionales no es idéntica en todos los casos. Derechos *para cuya efectividad se precisa del ineludible agotamiento de un trámite democrático y presupuestal, no pueden, en los aspectos íntimamente vinculados con éste, ser objeto de amparo a través de la acción de tutela*. Ya se han mencionado los mecanismos judiciales, administrativos y políticos, a los cuales cabe apelar a fin de buscar la protección y promoción de estos derechos. A éstos se agrega la acción de tutela contra sentencias y providencias judiciales que tengan las características de vía de hecho. Si los procedimientos judiciales ordinarios dispuestos por la ley para ventilar asuntos o pretensiones relacionadas con prestaciones a cargo del Estado -por acciones u omisiones arbitrarias de los jueces competentes- se revelan incapaces de ofrecer a los ciudadanos una tutela judicial efectiva, éste será siempre un motivo suficiente para que la acción de tutela pueda ser instaurada.¹³ (Cursivas fuera del texto).

En este marco de interpretación constitucional del derecho pensional, en torno a los principios de dignidad humana y del Estado social de derecho, no sobra reiterar los mencionados principios rectores de *solidaridad, equidad e igualdad*, como vitales en la jurisprudencia que al respecto ha desarrollado la Corte Constitucional.

El principio de solidaridad

En la base de la estructura del ordenamiento jurídico colombiano, el constituyente de 1991 fundó el principio de solidaridad social como una forma de cumplir con los fines estatales y asegurar el reconocimiento de los derechos de todos los miembros de la comunidad. Se trata de un principio que, sin duda, recuerda la vocación humana de vivir en sociedad y resalta la necesidad de la cooperación mutua para alcanzar el bienestar y la tranquilidad.

[El principio de solidaridad] tiene el sentido de un deber, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo.¹⁴

El principio de solidaridad -rector en materia pensional- prescribe que toda la población debe tener acceso a los servicios de seguridad so-

¹³ Sentencias T-328 y T-329 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Sentencia T-550 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

cial, aun cuando no cuente con capacidad económica suficiente. Su desarrollo se lleva a cabo a través de diversas clasificaciones, entre las cuales se pueden citar las de solidaridad intergeneracional, interpersonal, intercolectiva e interterritorial (Jiménez, 1999: 45-47).

La solidaridad interpersonal hace referencia a la detracción de cotizaciones según el ingreso de cada ciudadano, para constituir una garantía a quienes puedan sufrir contingencias, con la finalidad de producir una redistribución de las riquezas. En virtud de la solidaridad intergeneracional, los que trabajan financian las pensiones de quienes ya se encuentran pensionados, dando forma a un “contrato entre generaciones”. La solidaridad intercolectiva se refiere a la posibilidad de que grupos con menor riesgo profesional apoyen a los de mayor riesgo profesional, o bien a la posibilidad de que sectores económicos pudientes transfieran recursos a los sectores más deprimidos e inestables. Finalmente, la solidaridad interterritorial hace referencia a la solidaridad entre los territorios desiguales económicamente.

Actuando en estos diversos niveles, el principio de solidaridad se erige como un mandato esencial en lo que toca al derecho pensional, tanto para garantizar que la prestación del servicio se haga en forma universal, como para que el sistema de pensiones sea sostenible. En palabras de la Corte Constitucional:

En materia de seguridad social, el principio de solidaridad implica que todos los partícipes de este sistema deben contribuir a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no sólo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto.¹⁵

La doctrina constitucional redonda en el reconocimiento de la prioridad que para los derechos fundamentales observa la solidaridad: “la solidaridad es un principio inescindible del concepto de efectividad de los derechos fundamentales”.¹⁶

Esta relación entre el principio de solidaridad y los derechos fundamentales hace que la solidaridad como postulado constitucional obre en aquellas circunstancias en las cuales el entramado normativo resulta disfuncional o poco eficaz con relación a la protección de los derechos funda-

¹⁵ Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁶ Véase otra vez la Sentencia T-005 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mentales de los ciudadanos. Así las cosas, al aplicar una prescripción legal no es aceptable asumirla como si esta fuese independiente o estuviese aislada de la normatividad concordante; esto es, la falta de integralidad en la interpretación jurídica, usualmente conduce a tornar inalcanzables los objetivos propuestos por el sistema que intenta conformar el Estado social de derecho, pues para éste no basta con que las normas se cumplan, siendo necesario además que el cumplimiento de las mismas coincida con la realización de los principios y los valores consagrados en la Constitución.¹⁷ La importancia que para superar el individualismo y alcanzar la satisfacción de la vida colectiva en condiciones dignas, tiene la función de guía interpretativa de los principios en materia pensional, se presenta de manera esencial respecto al principio de solidaridad. En tal sentido debe subrayarse que aunque este postulado parezca meramente ideal, dada su prácticamente nula correspondencia con la realidad, no puede por ello ser desconocido, o pasado por alto, en la labor de regulación legal y judicial del derecho a la seguridad social.

De otro lado, debe recordarse que en términos funcionales, esto es, administrativos, el texto constitucional consagra la seguridad social como un servicio público regulado por el Estado, y por ello, tal como lo expone la Corte Constitucional:

La seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es un derecho irrenunciable de todas las personas [...] y de otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.¹⁸

En tal sentido, es deber del Estado dirigir las actividades *necesarias* para la prestación del servicio de seguridad social, al igual que coordinar su suficiencia, operatividad y eficacia, como garantía para que cada ser humano, como ciudadano, tenga todos los medios suficientes a su alcance para la satisfacción de sus necesidades mínimas, cuando requiera la prestación de este particular servicio público. Desde este punto de vista, la

¹⁷ En este punto debe recordarse que la Corte Constitucional en la Sentencia T-406 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, estableció que los principios constitucionales suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, por ende, restringen el espacio de interpretación de los jueces.

¹⁸ Sentencia C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Otra referencia puede encontrarse en la ya anotada Sentencia T-491 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

seguridad social *no es un privilegio exclusivo de la clase trabajadora o asalariada*, sino que se trata de un derecho que pertenece a toda persona dentro del Estado colombiano. Alcanzar esta universalidad en el mencionado derecho, implica que su desarrollo y aplicación sean acordes con la solidaridad.

Dado que la solidaridad es uno de los *topos* recurrentes de la retórica constitucional, es valedero insistir en la forma como ha merecido extensa reflexión por parte de la Corte, que la cataloga como “principio básico de la seguridad social”.¹⁹

Tal tribunal constitucional ha afirmado en torno al contenido de la solidaridad que este principio,

hace referencia al deber que tienen las personas, por el solo hecho de hacer parte de una determinada comunidad humana, de contribuir con sus esfuerzos a tareas comunes, en beneficio o apoyo de los demás asociados o del interés colectivo,²⁰ [...] constituye tanto un deber exigible a las personas, en ciertas situaciones (C. P. art. 95 ord. 21), como un principio que gobierna el funcionamiento de determinadas instituciones en el Estado social (C. P. arts. 11 y 48).²¹

Recalcando la importancia de este principio, también se halla que la Corte sostiene que la solidaridad “constituye un criterio hermenéutico útil para especificar el alcance y sentido de ciertas disposiciones y situaciones fácticas”.²²

Este principio ha iluminado –o fundamentado– en muchas ocasiones la jurisprudencia de la Corte. Así puede verse, por ejemplo, en el siguiente aparte:

Al limitar el monto máximo de la mesada pensional, [...] el legislador emplea una justificación objetiva, clara y razonable: dar especial protección a aquellos pensionados que devengan una pensión inferior a 15 salarios mínimos; ello en virtud a que el derecho a la seguridad social se ve desarrollado a través del principio de solidaridad, para proteger la pérdida del poder adquisitivo de las pensiones y mantener el uso racional de los recursos económicos esencialmente limitados.²³

¹⁹ Véase de nuevo la Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ Sentencia C-155 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

En este caso, la Corte dio aplicación a la ya aludida solidaridad interpersonal, y que hace referencia a la aplicación de este principio entre las personas de una misma generación, con condiciones materiales o ingresos diversos. En una sentencia anterior se encuentra también referencia a esta clase de solidaridad:

Es evidente que ese tratamiento distinto ante situaciones iguales, a la luz de los cánones constitucionales, tiene una justificación clara y razonable, cual es la de dar especial protección a aquellos pensionados que por devengar una pensión mínima se encuentran, por razones económicas, en situación de debilidad manifiesta frente a los demás.²⁴

La Corte se remitió posteriormente a la solidaridad para sustentar constitucionalmente la diferenciación de aportes al sistema de pensiones entre los trabajadores y los pensionados:

La ley puede, dentro de determinados límites, estructurar la forma como los distintos agentes deben cumplir con su deber de solidaridad. Por consiguiente, bien puede la ley establecer que el pensionado debe cancelar en su integridad la cotización en salud. [...] En esa medida, en principio parece razonable el argumento del Ministerio Público y de los intervinientes, según el cual, si el patrono asume, por mandato legal, dos tercios de la cotización en salud, mientras que el empleado sólo contribuye con un tercio, entonces una vez pensionado el trabajador, puede la ley ordenarle que entre a cancelar la totalidad de la cotización, por cuanto la obligación patronal cesa.²⁵

En esta ocasión, la Corte hace referencia a la solidaridad intergeneracional. En efecto, señala que la diferenciación en los aportes que deben realizar los trabajadores y los jubilados resulta razonable en tanto que

en la actualidad, gran parte de la viabilidad financiera del sistema de seguridad social, tanto en el ámbito de pensiones como de salud, reposa en los trabajadores activos, en la medida en que, en las últimas décadas, ha disminuido el número de trabajadores activos por pensionado.²⁶

24 Sentencia C-387 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

25 Véase otra vez la Sentencia C-126 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

26 *Ibidem*.

El principio de igualdad

Por su parte, el principio de igualdad también ha sido ampliamente consagrado y desarrollado en la jurisprudencia de la Corte en torno al derecho pensional. Causa de esto son, por ejemplo, las diferencias de regímenes pensionales, las diferencias en los requisitos para obtener esta prestación y la necesidad de equiparar los derechos de sustitución pensional entre cónyuges y compañeros permanentes, al igual que entre hijos matrimoniales, extramaritales y adoptivos.

Acerca de la igualdad de derechos de sustitución pensional de cónyuges y compañeros permanentes, de un lado, y de hijos matrimoniales, extramaritales y adoptivos, de otro, la Corte se ha pronunciado de la siguiente forma:

Respecto del derecho a la sustitución pensional rige el principio de igualdad entre cónyuges supérstites y compañero(as) permanentes porque, siendo la familia el interés jurídico a proteger, no es jurídicamente admisible privilegiar un tipo de vínculo específico al momento de definir quién tiene derecho a este beneficio.²⁷

La Corte no encuentra ninguna razón que justifique que el Legislador no haya tomado en cuenta a los hijos adoptivos o procreados artificialmente, por cuanto en tales casos opera la misma razón que con los hijos procreados naturalmente, esto es, que su existencia permite presumir la solidez de los lazos entre el fallecido y el compañero o cónyuge supérstite. La expresión será entonces declarada exequible, en el entendido de que se aplica también a los casos de adopción de uno o más hijos con el pensionado fallecido.²⁸

De igual manera, en una sentencia posterior la Corte afirmó que

[la] convivencia efectiva, al momento de la muerte del titular de la pensión, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y que, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por la cónyuge como por la compañera permanente del titular de la prestación social.²⁹

Por otra parte, ante la existencia del sistema dual de pensiones y de regímenes especiales, el tribunal constitucional colombiano ha debido

²⁷ Sentencia T-190 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁸ Sentencia C-389 de 1996, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁹ Sentencia T-842 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.

en varias oportunidades estudiar su constitucionalidad, en el marco del principio de igualdad. Los resultados respecto a la constitucionalidad del sistema dual pueden concretarse así:

No se requiere que ambos sistemas [régimen de prima media con prestación definida y régimen de ahorro individual con solidaridad] sean exactamente iguales, para que respondan a la finalidad de asegurar la pensión mínima, lo relevante es que el conjunto de las características y condiciones propias y que operan en cada uno de ellos, guarden la necesaria justificación objetiva y razonable, y constituyan medios que guarden proporcionalidad con la consecución del fin propuesto, o sea, la de asegurar una pensión mínima.³⁰

Por su parte, el estudio de constitucionalidad de los regímenes especiales arrojó los siguientes resultados, frente al principio de igualdad:

[Cuando] consagren [los regímenes especiales] para sus destinatarios un tratamiento inequitativo frente al que se otorga a la generalidad de los trabajadores cobijados por el régimen previsto en la Ley 100 de 1993, estas regulaciones deberán ser descalificadas en cuanto quebrantan el principio constitucional de la igualdad.³¹

A este argumento responde el estudio de constitucionalidad presente en la sentencia C-126 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara:

En cuanto al literal d) del artículo 259 [de la Ley 100 de 1993] acusado, según el cual se faculta al Consejo Nacional de Política Social (*sic*) para establecer causales adicionales por las cuales se pierde la prestación especial por vejez, estima la Corte que ella desconoce el ordenamiento constitucional, ya que quien está habilitado para señalar dichas causales es el legislador, y no como lo señala el literal impugnado, el Consejo Nacional de Política Social.

Igualmente se observa en la sentencia C-168 de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte sostiene que

[el] aparte final del inciso tercero del artículo 36 [...] consagra una discriminación, que la Corte encuentra irrazonable e injustificada, para efectos de la liquidación de la pensión de vejez entre los trabajadores del sector privado, y los del sector público, pues mien-

³⁰ Sentencia C-538 de 1996, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

³¹ Sentencia C-1050 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

tras para los primeros se toma como base el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años de servicios, para los segundos, tal promedio se calcula solamente sobre lo devengado en el último año, desigualdad que contraría el artículo 13 del Estatuto Superior.

Para dar continuidad al desarrollo del principio de igualdad en materia pensional, el tribunal constitucional ha sustentado en forma muy prolíja la diferencia de requisitos de edad y semanas de cotización para obtener el derecho de pensión, en hombres y mujeres:

La previsión de una edad diferente, menor en la mujer, para acceder a la pensión de vejez y a la pensión sanción, así como para otros efectos pensionales, es una medida que precisamente, toma en consideración fenómenos sociales anómalos con un indudable propósito corrector o compensador que se acomoda muy bien a la normativa constitucional que lejos de ser contrariada resulta realizada.³²

En palabras de la Corte, y partiendo de que la igualdad hace referencia al trato igual entre iguales y desigual entre desiguales, esta discriminación se encuentra justificada y es proporcional:

La realización de labores productivas secundarias y mal remuneradas; el monopolio del trabajo doméstico, asumido con exclusividad y sin el apoyo indispensable; la escasa valoración social y el desconocimiento de las labores del ama de casa que no es considerada trabajo, la inexistencia de tiempo libre ligada a una jornada laboral larga y el impacto negativo de estos factores sobre la salud física y mental de la mujer, son elementos de juicio que explican por qué los papeles que la tradición ha asignado a cada uno de los sexos se erigen en el obstáculo de mayor peso que las mujeres encuentran en el camino hacia la igualdad sustancial y ayudan a comprender que a más de las diferencias biológicas inmutables entre los miembros de uno y otro sexo, en especial la relativa a la maternidad que es un proceso natural, existen otras de índole social que configuran discriminaciones basadas en el sexo; en conclusión, mujeres y hombres conforman grupos cuya condición es distinta, pues es un hecho incontrovertible que nuestra sociedad deslinda con claridad los papeles y funciones que cumplen unas y otros.³³

³² Véase otra vez la Sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

³³ Sentencia C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Posteriormente, y en esta misma línea, la Corte se pronunció para reafirmar la constitucionalidad de la mencionada diferencia de trato entre el hombre y la mujer:

[El] trato diferenciado [...] entre los hombres y las mujeres –en materia de edad– para acceder a la pensión de jubilación, está objetiva y razonablemente justificado, [...] dada la situación de desventaja e inferioridad en que se encuentra la mujer frente al hombre. [...] [Nada] se opone a que el legislador reconozca que entre uno y otro grupo de personas (los hombres y las mujeres) existen razones y fundamentos para establecer diversas formas de regulación normativa, y consagrar entonces, distintas hipótesis normativas asignándoles diferentes consecuencias jurídicas, siempre y cuando guarden, como así ocurre en el caso materia de examen, proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa y los fines que ésta persigue.³⁴

En una perspectiva contraria –y nada solidaria ni equitativa–, la Corte da muestra del carácter retórico de la jerga constitucional y la facilidad para llegar a conclusiones disonantes con la orientación general basada en la idea de justicia social que marca el sentido común de la jurisprudencia. En este caso, la Corte se remite al principio de igualdad para sustentar constitucionalmente el régimen especial de pensión a los ex presidentes:

[La] posibilidad concedida a los ex presidentes para pensionarse sin el cumplimiento de los requisitos de tiempo de cotización y de edad comúnmente exigidos, [...] persigue una finalidad, cual es la ya mencionada de retribuir al ex presidente y proveer a su subsistencia *digna*, y dichas finalidades se ajustan a la Carta, pues la axiología que la informa indica que es cometido del Estado realizar la justicia. Es justo que el erario público retribuya excepcionalmente a los ciudadanos que le han prestado servicios también excepcionales, y que lo haga en forma proporcionada a sus necesidades de *decoro personal*. Si la justicia consiste en dar a cada cual lo que merece, la normatividad demandada justamente realiza esta noción.³⁵ (Las cursivas no son del texto)

Sobra decir que la asunción que en este fallo se hace de la subsistencia en condiciones dignas es supremamente cuestionable y contrasta enormemente con la noción de mínimo vital antes desarrollada. La Corte

³⁴ Sentencia C-623 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

³⁵ Sentencia C-989 de 1999, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

introduce en esta ocasión un criterio diferenciador criticable, en virtud del cual la dignidad de una persona parece ser susceptible de graduación, dependiendo de la calidad particular en cada caso.

Otra sentencia en esta perspectiva “nada solidaria ni equitativa” es la C-608 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, por medio de la cual una sala de conjueces de la Corte Constitucional estudió una ponencia apoyada por el magistrado Eduardo Cifuentes y siete conjueces que reemplazaron a los magistrados titulares que se declararon impedidos para conocer del asunto. Con este fallo la Corte Constitucional (i) preserva el privilegio de la pensión “especial” y (ii) pone límite a las pensiones a las que pueden aspirar los congresistas, así como los magistrados de las altas cortes, el fiscal, el procurador y el contralor.

Según la *ratio* de esta sentencia, de la propia Carta surge un régimen de características especiales, relacionadas con la típica actividad encomendada a los miembros del Congreso. Tanto el legislador, al expedir las pautas generales y los criterios en los cuales está fundado dicho régimen, como el Presidente de la República, al desarrollar esas directrices, deben procurar la integración de un sistema normativo armónico y coherente que en su conjunto promueva los valores de la igualdad, la solidaridad y la responsabilidad, y que sea económicamente viable, relacionadas las distintas variables que inciden en la carga pensional que, respecto a los congresistas, habrá de asumir el Estado.

El fallo de la Corte Constitucional decidió mantener los privilegios del Decreto N° 1293 de 1994, en el sentido de permitir a los altos funcionarios ganar sumas superiores a 20 salarios mínimos. Según la Corte Constitucional se justifica que los congresistas y los demás altos funcionarios tengan un régimen especial de jubilación pues sus cargos implican responsabilidades distintas a las del resto de los colombianos. La Corte señala que los beneficios de la jubilación habrán de ser razonables y por tanto para el cálculo de la pensión sólo habrán de tenerse en cuenta los rubros relacionados directamente con el salario de los congresistas, tales como el sueldo, los gastos de representación y las primas –y no los viáticos, los pasajes aéreos ni los gastos de celular o de transporte–. La decisión también restringe, sin eliminar, la opción de los “suplentes” para posesionarse unos meses antes de su jubilación y aplicar el régimen de liquidación de privilegio de los congresistas, obligando al ventajista a que labore en el Congreso al menos un año.

La crítica y la contraargumentación tienen que ver con que la Sentencia C-608 de 1999 es ciertamente una *decisión en causa propia* que desdice de la ecuanimidad y seriedad de esta corporación, pues cobijada bajo

el argumento de pertenecer a una *élite* conformada por “los altos funcionarios del Estado”, se abrogan un privilegio que les otorga pensiones desproporcionadas e inequitativas respecto al conjunto de los colombianos, al birlar el tope de los veinte salarios mínimos.³⁶

El principio de equidad

Respecto a la observancia del principio de equidad por parte de la jurisprudencia de la Corte en torno al derecho pensional, y en forma relacionada al principio de igualdad, se pueden resaltar dos sentencias: la T-608 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, que consagra el pago con prelación por antigüedad, y la T-278 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, en la cual se otorga una protección diferente a los peticionarios, en atención a la condición de indefensión de algunos de ellos. Así se pronuncia la Corte en el primero de los fallos referidos:

Al proceder a cancelar lo adeudado se confiere prelación a los más antiguos, atendiendo al momento en que accedieron al derecho y a la edad, sin que ello pueda entenderse contrario a la igualdad, debido a que, ponderados los aludidos factores, es claro que por no hallarse todos los pensionados en la misma situación se justifica la diferencia de trato, que, además, viene impuesta por la necesidad de brindar especial protección a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.³⁷

Por su parte, el segundo de los pronunciamientos señalados dispone que:

En la entidad accionada existen pensionados a los 39 años de edad, y aunque en estos casos se presume que se trata de personas con plena capacidad laboral, no obstante, por existir la necesidad por parte de estos jubilados de recibir la mesada, tal como consta en los expedientes de tutela, la Sala protegerá los derechos fundamentales alegados, ordenándose se pague sólo respecto al valor mínimo vital de la pensión como mecanismo transitorio a quienes tengan 69 años o menos, pues cuentan con otro medio de defensa judicial, jurisdicción laboral, para cobrar el excedente de la mesada. [...] En cuanto a los accionantes de 70 años o más, se concede la

³⁶ Una defensa del régimen especial que cobija a los “altos funcionarios del Estado” se encuentra en Dueñas (2003: 405-407).

³⁷ Sentencia T-608 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

mesada pensional completa por ser consideradas estas personas, como lo ha reconocido esta Corte, de la tercera edad, y no están en las condiciones de soportar el trámite de un proceso ordinario. Estas personas merecen una especial protección puesto que no están en capacidad de obtener otro trabajo, de tal forma que la mesada pensional constituye la única fuente de manutención posible.³⁸

En estos fallos, como puede verse, el tribunal constitucional en mención ha dado una amplia cabida al criterio de equidad, en aras de obtener la solución *más justa para el caso concreto*. En esta misma línea se encuentra la siguiente consideración:

En el evento de que el empleador no cumpla con su obligación de cancelar los aportes obrero-patronales al seguro social, sobre él recae la obligación originaria de cubrir las respectivas prestaciones sociales, derivadas por ley de la relación laboral. [...] La causa de la disminución de las mesadas pensionales no es imputable al trabajador sino a la mora de la empresa, por lo que la conducta omisiva de ésta no puede afectar sus derechos.³⁹

En este caso, la Corte, además de dar cabida al principio de equidad, tiene en cuenta el requerimiento de eficacia jurídica-material. El principio de eficacia, que también se erige como parámetro de interpretación y aplicación del derecho pensional, debe entenderse de la mano del principio del Estado social de derecho, pues este presupone la protección de los derechos sociales y la garantía de unas mínimas condiciones materiales para todo individuo.

La Corte, abordando el principio de eficacia en materia pensional, tempranamente ha reconocido la necesidad de hacer efectivo el derecho pensional. Así puede evidenciarse en distintos desarrollos jurisprudenciales del mencionado derecho:

El simple reconocimiento de las pensiones no implica que el derecho haya sido satisfecho en debida forma. Para ello es indispensable

³⁸ Sentencia T-278 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁹ Sentencia T-287 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz. De manera similar, se puede ver la Sentencia T-075 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, por la cual la Corte afirma que "cuando por negligencia del patrono en el pago de las cotizaciones que inciden en la pensión de jubilación, la entidad de seguridad social correspondiente no la cancela, aquél está obligado a asumirla, ya que el trabajador no debe correr con las consecuencias de la indolencia patronal".

ble en aras de darle *eficacia material*, que efectivamente al pensionado se le cancelen cumplidamente las mesadas futuras y atrasadas, y que se le reconozca en aquellos casos que así se solicite, obviamente si se dan los presupuestos legales, la reliquidación o reajuste de la pensión a que tiene derecho.⁴⁰ (Las cursivas no son del texto)

En el mismo sentido se pronuncia en sentencia posterior,

Con el propósito de lograr la eficaz y completa protección de los derechos fundamentales comprometidos con la falta de pago, es menester que la orden de reconocimiento que imparte el juez de tutela se extienda a la totalidad de las sumas adeudadas al momento de presentar la demanda, tratándose, como en los casos que se analizan, de personas cuyo mínimo vital depende de su salario, y que se garantice la oportuna cancelación de las contraprestaciones futuras que correspondan al mínimo vital.⁴¹

Entonces, un fallo de tutela podrá, en aras de procurar la efectividad del derecho pensional, extenderse no sólo a la orden del pago de las mesadas pensionales adeudadas, sino también a la orden de que los pagos sean realizados oportunamente en el futuro. Así, esto representa la posibilidad de proteger preventivamente el derecho a la pensión y significa un “medio idóneo” para el juez constitucional, en beneficio de la efectividad de los derechos. El amparo preventivo en esta materia es también constatable en el fallo de tutela 339 de 1997:

La protección al derecho prestacional, [...] se extiende a aquellas situaciones en las cuales la falta de una organización y un procedimiento adecuados para la continuación en la prestación del servicio pudieran venir a afectar el goce del derecho, en este caso la protección es más de prevención, cuestión que también está admitida en la tutela.⁴²

En igual sentido se enmarcan los pronunciamientos de la Corte tendientes a negar validez a diversos argumentos, especialmente de tipo económico, que pretenden excusar el desconocimiento del derecho pensional y que atentan contra la efectividad de este derecho:

40 Sentencia T-516 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

41 Sentencia T-001 de 2001, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

42 Sentencia T-339 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El proceso concursal no es óbice para que el empleador pueda sufragar los gastos de administración, dentro de los cuales se encuentra el pago de las mesadas pensionales causadas durante su trámite.⁴³

[...] La crisis económica y presupuestal por la que atraviesa el Municipio o la entidad encargada de cumplir con el pago de las mesadas pensionales, no es excusa para el desconocimiento de los derechos fundamentales.⁴⁴

[...] Las empresas sean públicas o privadas, que han asumido en forma directa la carga pensional de sus ex trabajadores, violan los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de dichos pensionados, cuando alegan dificultades económicas o financieras para suspender de manera indefinida el pago de las mesadas pensionales.⁴⁵

Así, el tribunal constitucional, enfrentando la tensión entre los fines económicos y los sociales, ha planteado la superioridad de estos últimos.

No obstante el amparo que la Corte Constitucional ha brindado al derecho pensional, la efectividad real de este derecho, como lo constatan los índices de cobertura, es poco alentadora. Esto da al traste con las limitaciones del sistema judicial, y en general del derecho, para satisfacer los requerimientos sociales y materiales de la población, a la par que con su incapacidad para lograr cambios estructurales.⁴⁶

43 Sentencia T-323 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

44 Sentencia T-018 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

45 Sentencia T-024 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

46 Este es el caso de los pensionados de la Empresa Colombiana de Curtidos S.A., en liquidación obligatoria, que no paga a sus jubilados desde 1997. De los pensionados afectados quedan 181 y otros ya han muerto en medio de una dramática situación económica en la que la categoría doctrinal del "mínimo vital" se evapora en la realidad. La misma situación aqueja a los pensionados de los departamentos del Chocó, Valle, Córdoba, Vichada y Santander. La Defensoría del Pueblo, mediante Resolución Defensorial N° 08 de 2001, ha repetido la doctrina constitucional en la materia en el sentido de que "adquieren esta condición por conexión con el derecho a la vida, la digna subsistencia o la igualdad, en el evento en que estos dependan del reconocimiento y pago de la pensión". Agrega que: "La protección constitucional del derecho al pago oportuno de la pensión encuentra su fundamento, entre otras, en las siguientes consideraciones: la dificultad de las personas de la tercera edad para encontrar un trabajo compitiendo en condiciones desiguales frente a un mercado laboral de por sí adverso y el carácter de justa contraprestación a favor de quienes han contribuido con su trabajo a la construcción y desarro-

Esta situación es incluso aceptada por la misma Corte, en la sentencia de constitucionalidad 1187 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz, en la cual este tribunal reconoce la gravedad de la situación del país en materia pensional, y conmina al Ejecutivo a tomar medidas para dar solución a tal estado de cosas:

[...] En virtud de la grave crisis fiscal en materia pensional que viven las entidades territoriales, es claro, para la Corporación, que dicha problemática no puede ser abordada únicamente con una óptica reductora que no supere los problemas exclusivamente locales, pues el problema pensional es de tal dimensión que, basta recordar, que el valor de la deuda pensional frente al Producto Interno Bruto, es de aproximadamente el 39% de éste [...]. Por lo tanto, la Corte no puede ignorar que tal cifra comporta una grave

llo de la sociedad. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional el pago de las mesadas pensionales debe ser completo y oportuno. El mismo debe regirse por los principios de continuidad y regularidad". Según la Corte Constitucional, la pensión de jubilación es un derecho fundamental cuando se predica de las personas de la tercera edad. En la Sentencia C-177 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, manifestó que "es deber de las autoridades, y en especial de la Superintendencia Bancaria y de la Superintendencia de Sociedades, según el caso, actuar de inmediato para evitar que las dificultades económicas de las entidades previsionales del sector privado y de las empresas que reconocen y pagan pensiones puedan afectar el derecho de los trabajadores a acumular las semanas y los períodos laborales ante distintos patronos". No obstante la tutela 014 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero, la realidad social no se modifica en el actual entorno económico; mediante esta sentencia la Corte Constitucional "ordena" a "Colcultivos S.A. que aunque esté en curso un proceso de liquidación y haya garantía fiduciaria adicional, pague en forma oportuna las mesadas pensionales a que tienen derecho los actores hasta cuando opere la conmutación pensional y/o finalice el proceso de liquidación obligatoria de Colcultivos". En el mismo sentido, véase la T-1010 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

Un informe de la Superintendencia de Sociedades da cuenta del riesgo de por lo menos 4.999 pensiones, cuya provisión cuesta \$502.746 millones. Se trata del pasivo pensional de 531 sociedades, el cual asciende a \$2,5 billones para un total de 32.132 jubilados. De las 531 empresas analizadas, pertenecientes al sector de los productos químicos, alimenticio, comercio al por mayor, metalmeccánico, textil y editorial, 71 entraron en liquidación; de éstas, 38 contabilizaron el pasivo pertinente pero no cuentan con los activos para hacer los traslados contables al Instituto de Seguros Sociales, a una administradora de fondos privados o a una compañía de seguros, para garantizar el pago de la mesada (véase "En riesgo, unas 5.000 pensiones". *El Tiempo*, 28 de marzo de 2003, pp. 1-13). Como se puede colegir, mientras algunas personas gozan de "megapensiones", como los ex parlamentarios otras "gozan" de pensiones sin mesadas.

crisis futura de carácter macroeconómico, y que por lo mismo la Nación debe tomar las medidas para superar la crisis que padecen departamentos y municipios en esta materia, quienes no cuentan con los recursos para resolver la problemática fiscal del caso.⁴⁷

Este último estudio de constitucionalidad constituye una clara ilustración de la precaria situación actual del sistema de pensiones y la inaplicabilidad material o real del principio de universalidad. Se encuentra, entonces, un notorio retroceso: en un primer momento las dificultades no son excusa, para pasar a un segundo momento en el que, ante una situación crítica, la universalidad debe ser mermada.

Esta sentencia se encuentra precedida—como se reseñó— de un reconocimiento jurisprudencial del derecho pensional, de lo cual se podría extraer que la estrategia jurídica, si bien puede configurarse como un óptimo instrumento en la meta emancipatoria, no la satisface ni la agota para alcanzar resultados emancipatorios. Es entonces vital la actividad de los movimientos sociales y políticos, la presión de la sociedad y de los grupos civiles con capacidad de relieve político.

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

En Colombia, el desarrollo de la doctrina constitucional ha tenido un formidable acicate en el ejercicio del recurso de la tutela.⁴⁸ El no reconocimiento de las pensiones o el no pago de las mesadas ha dado lugar a que una cuarta parte de tutelas resuelvan reclamaciones relativas al tema pensional, y no podía ser de otra manera si se tiene en cuenta la predominancia de una postura encaminada a poner en cuestión el derecho de las personas a la pensión, apelando a argumentos de carácter económico-financiero.

⁴⁷ Sentencia C-1187 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁸ En los primeros diez años de ejercicio de la acción de tutela se tramitaron más de 250.000 acciones por reclamaciones relacionadas con la salud y las pensiones. En el año 2000, según datos del Consejo Superior de la Judicatura, se radicaron en todos los juzgados del país (sin incluir datos de la Fiscalía) 1.618.771 nuevos procesos civiles, penales, administrativos, de familia y de tutela; de ellos 88.709 en los juzgados laborales sobre aspectos de la relación laboral (que incluyen algunos casos de seguridad social) y se instauraron 131.764 tutelas (la mitad de ellas corresponden a salud y pensiones); esto significa que los reclamos en materia de la seguridad social superan a los laborales en cuanto al acceso de las personas ante la justicia. Llama la atención este comportamiento jurídico de inspiración democrática, en medio de la ausencia de una cultura política de la seguridad social.

La Corte Constitucional ha estudiado diversos tópicos del derecho pensional: cotizaciones, derechos adquiridos, derechos subjetivos, régimen de transición, regímenes especiales, buena fe, respeto al acto propio, bonos pensionales, vías de hecho, debido proceso, derecho de petición, reajustes, mínimo vital, pensiones provenientes de convenciones colectivas, orden de pago de mesadas causadas.

También ha analizado la parafiscalidad y el propio equilibrio financiero del sistema de la seguridad social. El financiamiento de los sistemas requiere buscar el equilibrio entre la viabilidad financiera y los principios de solidaridad y orden justo, respetándose la dignidad de la persona.⁴⁹

Según la doctrina, la *ratio* del equilibrio financiero es el ser humano y no el sistema financiero. *Ergo*, una reforma a la seguridad social que se efectúa con base en el criterio de la viabilidad financiera, omitiendo lo que la doctrina constitucional plantea sobre los derechos inherentes a la persona humana, puede conllevar soluciones socialmente peligrosas, inconstitucionales y antijurídicas (Dueñas, 2002: 151). Sin embargo, ¿con qué tanta coherencia se mantiene su postura?

La discusión es si la seguridad social es un derecho prestacional tutelable por conexión con el principio doctrinario del “mínimo vital” o es un derecho fundamental *per se*. A continuación se reseña la discusión:

La seguridad social como derecho prestacional tutelable por conexión con el “mínimo vital”

Cuando en 1994 se demandó la Ley 100 con base en la consideración según la cual la seguridad social es un derecho fundamental y por consiguiente debería regularse mediante una ley estatutaria (artículo 152 C. P.), la Corte consideró que la seguridad social es un derecho de segunda generación y, por ende, no es fundamental.⁵⁰ Reiteradamente la jurisprudencia ha acudido a la consideración de que la seguridad social no es un derecho fundamental, pero que se protege por su conexión con derechos que sí tienen esta connotación. La Corte Constitucional ha precisado cuándo se pro-

⁴⁹ El equilibrio financiero ha sido estudiado en las sentencias U-480 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y U-508 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta última sentencia se hizo la siguiente precisión: “el equilibrio financiero tiene como objetivo garantizar la viabilidad del sistema y por lo tanto su permanencia en el tiempo a efectos de que se pueda seguir manteniendo el fin primordial: cobertura de las necesidades sociales a las que está expuesta la población protegida”.

⁵⁰ Sentencia C-408 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz.

tegen los “derechos prestacionales” mediante el ejercicio de la acción de tutela.⁵¹

La Corte se refiere a los derechos constitucionales de contenido prestacional en los siguientes términos:

La doctrina ha denominado a las obligaciones públicas del Estado *Aprestaciones constitucionales*, una de cuyas manifestaciones principales son los derechos fundamentales de prestación.

Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del Capítulo 2º, Título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad pueden tener un contenido prestacional.

En general, el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar, derivada del mismo texto constitucional. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional”; mientras que si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional.⁵²

De otra parte, otros elementos integrantes de los derechos sociales prestacionales les imprimen un carácter asistencial, relacionados con las funciones del Estado social de derecho, cuando éste adquiere un carácter de “Estado de prestaciones y de redistribución con fines de asistencia social obligatoria”. Se producen importantes repercusiones en la relación Estado-ciudadano, fortaleciendo la condición de este último frente al primero, por cuanto su reconocimiento impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público.

Como consecuencia del principio del reconocimiento de la dignidad humana y del Estado social de derecho surge la necesidad de realizar prestaciones positivas en materia social y *la configuración del derecho a un*

⁵¹ Véanse las sentencias T-597 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y T-162 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. Esta última expresa que: “[...] en principio esos derechos no pueden ser protegidos a través de la acción de tutela; sin embargo, su vulneración puede ser tutelable en ciertos casos en los que se prueba el nexo de causalidad entre la violación de un derecho fundamental, como la vida, la salud o la dignidad humana, y la omisión en la prestación de un derecho de carácter prestacional”.

⁵² Sentencia T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

mínimo vital o a un mínimo de condiciones para su seguridad material en la regulación de los derechos económicos, sociales y culturales, y la realización de las prestaciones sociales para poder vivir en forma digna, como lo ha expresado reiteradamente la Corte Constitucional, conforme lo establece el artículo 53 de la Carta Política.⁵³

Desde luego que, como lo ha reconocido la misma jurisprudencia constitucional, no todos los derechos sociales implican prestaciones positivas del Estado,⁵⁴ pero en aquellos casos en que el Estado no asegura en forma eficaz el mínimo vital y los derechos mínimos de subsistencia, se quebrantan las obligaciones internacionales⁵⁵ y los derechos fundamentales constitucionales, susceptibles de la acción de tutela, por constituir una violación de los derechos económicos, sociales y culturales.

Tales derechos, consagrados en el Título II, Capítulo 2º de la Constitución Política, implican una prestación por parte del Estado y una erogación económica con relación a la satisfacción de derechos fundamentales que tiene como soporte igualmente el reconocimiento de la igualdad de la persona humana y por tanto requieren la protección permanente para que tengan plena vigencia. Por ello se considera que *el Estado social de derecho no se debe limitar a proclamar los derechos, sino que tiene que tomar las medidas conducentes para hacerlos efectivos*, más aún tratándose de derechos sociales que son de aplicación inmediata, como los contenidos en los principios fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución.

¿Cuál es el alcance de la justiciabilidad/tutelabilidad de los derechos sociales?

⁵³ La categoría “dignidad humana”, como fundamento constitucional, ha sido ampliamente desarrollada por la Corte Constitucional. Véanse las sentencias T-401 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-402 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y la ya citada T-499 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-124 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-542 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía; T-479 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-123 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-149 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-309 de 1995, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-377 de 1995, M. P. Fabio Morón Díaz; C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-521 de 1998, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y T-796 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

⁵⁴ Sentencia C-025 de 1997, M. P. Jorge Arango Mejía.

⁵⁵ En la doctrina internacional, los derechos sociales prestacionales tienen un contenido esencial, este es precisamente el alcance de la noción de “mínimo vital” que acoge la doctrina constitucional colombiana, *cfr.* sentencias C-109 de 1995 y C-251 de 1997, ambas del M. P. Alejandro Martínez Caballero.

En sentencia U-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Sala Plena de la Corte Constitucional expresó que:

La Corte, con arreglo a la Constitución, ha restringido el alcance procesal de la acción de tutela a la protección de los derechos fundamentales. Excepcionalmente ha considerado que los derechos económicos, sociales y culturales, tienen conexión con pretensiones amparables a través de la acción de tutela. Ello se presenta cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer, ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia. En estas situaciones, comprendidas bajo el concepto de mínimo vital, la abstención o la negligencia del Estado se ha identificado como la causante de una lesión directa a los derechos fundamentales que amerita la puesta en acción de las garantías constitucionales.

Por fuera del principio a la dignidad humana que origina prestaciones subjetivas a un mínimo vital -que impide la completa cosificación de la persona por causa de su absoluta menesterosidad-, la acción de tutela, en el marco de los servicios y prestaciones a cargo del Estado, puede correctamente enderezarse a exigir el cumplimiento del derecho a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, entre otros derechos que pueden violarse con ocasión de la actividad pública desplegada en este campo.

La conclusión a la que se llega es que se tutela cuando el mínimo vital se encuentra afectado, es decir,

[...] cuando se comprueba un atentado grave contra la dignidad humana de personas pertenecientes a sectores vulnerables de la población y el Estado, pudiéndolo hacer ha dejado de concurrir a prestar el apoyo material mínimo sin el cual la persona indefensa sucumbe ante su propia impotencia.

Por ello, la abstención o negligencia del Estado es la causante de la lesión de los derechos fundamentales, que da lugar a la protección del mínimo vital, como una garantía constitucional consagrada en el artículo 53 de la C. P. y en beneficio del imperio de la dignidad humana.

La tutela es entonces el mecanismo judicial útil para hacer efectivo el pago de pretensiones subjetivas derivadas del reconocimiento del mínimo vital y que exigen el cumplimiento del mismo y de los derechos a la igualdad de oportunidades y al debido proceso, que pueden verse afectados

por la acción u omisión del Estado, en las circunstancias anotadas o de los particulares que coloquen a una persona en estado de subordinación o indefensión.

Para ciertas situaciones se ha reconocido que algunas prestaciones y derechos debidos a personas de la tercera edad, cuando están íntimamente vinculadas con su propia subsistencia en condiciones dignas, al involucrar el derecho al mínimo vital, a la salud o la vida, son susceptibles de la protección por el mecanismo de la acción de tutela. Es lo que ha ocurrido con el derecho al pago oportuno de las pensiones de jubilación y al reajuste periódico de las pensiones legales, cuya garantía está consagrada en el artículo 53 de la Constitución Política, a quienes, no obstante haberseles decretado el reconocimiento pensional, no se les ha incluido en nómina, con el pretexto de no existir disponibilidad presupuestal, circunstancia que no es óbice para hacer nugatorio el cumplimiento inmediato y eficaz del derecho prestacional al pago cumplido y en el monto reconocido de la mesada pensional (Herrera, 2001:300).

De manera positiva, la jurisprudencia ha establecido que no puede oponerse la inexistencia de apropiaciones presupuestales para los casos indicados, en relación con el reconocimiento de derechos prestacionales, de manera que el juez de tutela puede ordenar a la administración que se inicien las diligencias necesarias para que se proyecte el gasto y se logre la protección razonable y efectiva de los mismos.⁵⁶

Del mismo modo se ha admitido la procedencia de la acción de tutela contra empresas que han dejado de pagar las mesadas pensionales, con los argumentos de haber iniciado el trámite concordatario preventivo obligatorio ante la Superintendencia de Sociedades y la circunstancia de la aguda crisis por la que atraviesa el país, y que manifiestan que sólo reanudarán los pagos, una vez tengan recursos disponibles para ello.

Ha sido copiosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional según la cual el derecho a la seguridad social, y en especial el derecho prestacional a la pensión de jubilación o vejez, constituye un derecho de aplicación inmediata en los eventos en que está destinado a suplir el mínimo vital de las personas de la tercera edad y ha señalado que la garantía de este derecho corresponde tanto a los empleadores públicos como a los privados, sin que el trámite concordatario pueda impedir la reanudación de los pagos pensionales y la elaboración de un programa para la cancelación de los pasivos laborales para el pago oportuno de las prestaciones de jubilación.

⁵⁶

Sentencia T-185 de 1993, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

En estas circunstancias cabe afirmar que el Estado social de derecho, como principio fundamental de carácter constitucional, se encuentra íntimamente vinculado con el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas, y con el reconocimiento de la dignidad humana, lo que vincula un amparo de los llamados derechos prestacionales de segunda generación.

La definición y regulación de los derechos prestacionales no provienen de la Carta Fundamental, sino que corresponden al legislador, atendiendo a criterios jurídicos, políticos y presupuestales que pueden ser sujetos de control constitucional en aquellos casos en que la ley que los consagra establezca un trato discriminatorio o quebrante los mandatos constitucionales, como fue admitido por la Corte Constitucional, al declarar inexecutable un precepto legal que restringía el pago de la mesada adicional del mes de junio de cada año a quienes se hubiesen pensionado únicamente a partir de determinada fecha, configurándose un trato discriminatorio y una vulneración al derecho a la igualdad, en relación con pensionados jubilados con anterioridad a la misma.

En tal sentido la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que:

los derechos prestacionales generan en determinadas circunstancias un derecho subjetivo que puede ser exigible a través de los mecanismos judiciales, pero en otras ocasiones tales derechos tienen un contenido programático no susceptible de ser reclamado mediante el ejercicio de la acción correspondiente, por tratarse más bien de principios orientadores de la función pública o simples retos de la gestión empresarial, que tan solo contienen un programa de acción estatal o una intención institucional.⁵⁷

Así pues, aunque el estado inicial de un derecho prestacional tiene un contenido programático, que para su aplicación requiere la adopción de las partidas presupuestales correspondientes para el arbitrio de los recursos indispensables, aquél tiende a transformarse en un derecho subjetivo (Arango, 2002), que al adquirir tal calidad puede ser exigido mediante el ejercicio de la acción de tutela, para que pueda tener plena eficacia, al configurarse la violación de un derecho fundamental de carácter constitucional, siempre y cuando no se trate de derechos litigiosos o controversias que surjan de la interpretación de la norma; en estos casos, frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, no es procedente la acción de tutela, la cual no fue instituida para sustituir o reemplazar a las jurisdic-

⁵⁷

Sentencia T-207 de 1995, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

ciones competentes en el conocimiento y la definición de los respectivos conflictos laborales de orden prestacional (art. 86 C. P) (Herrera, 2001: 293).⁵⁸

De ahí que, como lo sostuvo la Corte:

Cuando los derechos prestacionales, genéricamente consagrados, son asumidos por el Estado en forma directa, y se ha definido legal y reglamentariamente como destinatario de una prestación específica a un grupo de personas determinadas, tales derechos se truecan en subjetivos y, en consecuencia, pueden ser exigidos en forma inmediata por sus titulares, a través de la vía judicial prevista para el caso por el legislador.⁵⁹

De esta manera, es posible que la procedencia de la acción de tutela en relación con los derechos prestacionales dependa de la capacidad de exigir el derecho particular fundamental de orden constitucional, con el carácter imperativo y de inmediato cumplimiento que deben tener las normas que los consagran, pues si aquellos reflejan tan solo un postulado programático o versan sobre controversias relacionadas con la interpretación de la norma constitutiva de un derecho litigioso, no podrán reclamarse, en estos casos, incoando la acción de tutela.

En cuanto a los llamados “medios idóneos” para la realización de los derechos, la doctrina ha señalado que no sólo las disposiciones legales o las medidas administrativas son idóneas para el cumplimiento oportuno de los derechos prestacionales, ya que además existen controles a través de las decisiones judiciales para hacer efectiva la realización y protección de los mismos, mediante el ejercicio de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, de los procesos ordinarios y de tutela, de acuerdo con el grado de competencia señalados en la Constitución o en la ley.

Lo anterior se encuentra en concordancia con el criterio de la Corte Constitucional, según el cual, las decisiones judiciales deben incluirse dentro de los medios jurídicos idóneos para la realización de los derechos sociales prestacionales, expresado en los siguientes apartes contenidos en la ya mencionada sentencia C-109 de 1995:

⁵⁸ La racionalización del mecanismo de la tutela tiende a reducir la capacidad de realización de los derechos sociales bajo el enfoque pragmático de que lo viable es “lo normado dentro de una concepción de la prestación de servicios como un mero relacionamiento contractual”. *Contrario sensu*, no se trata de enfrentar los conceptos de derecho fundamental con el de derecho prestacional sino entender este último como parte del primero.

⁵⁹ Sentencia T-042 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Entre las medidas de “otro carácter” deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces como medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces como medidas de otro carácter diferentes a las leyes, deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos.

Siendo la acción de tutela el instrumento institucional de protección de los derechos fundamentales, se ha planteado en diversas oportunidades la inquietud acerca de si el incumplimiento del pago de obligaciones prestacionales hace procedente el ejercicio de la misma, frente a la existencia de otros mecanismos judiciales como el proceso ejecutivo laboral regulado por los artículos 100 y subsiguientes del Código Procesal del Trabajo, modificado por la Ley 712 de 2001.

En suma, la postura que no reconoce como fundamental el derecho a la seguridad social, reiterando que la Corte Constitucional ha retomado la tesis del “mínimo vital” en relación con la viabilidad de la acción de tutela ante la urgencia de la protección inmediata y la necesidad de satisfacer un mínimo de recursos para la subsistencia en condiciones dignas del trabajador activo o en retiro.

El derecho a la seguridad social como derecho fundamental *per se*

La postura según la cual el derecho a la seguridad social no es un derecho fundamental ha ido perdiendo certeza y consistencia. Algunos autores consideran que la distinción entre derechos de primera generación (derechos civiles reconocidos por las revoluciones burguesas) y derechos de segunda generación (sociales, económicos y culturales) es una diferenciación perversa.⁶⁰ Como ya se anotó en la sección inmediatamente anterior, la

⁶⁰

El Código Iberoamericano de la Seguridad Social (junio de 1992), adoptado por la legislación interna por la Ley N° 516 de 1999, “reconoce a la Seguridad Social como un derecho inalienable del ser humano”. Véase Dueñas (2003: 38). La 890 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, realizada en Ginebra del 5 al 21 de junio de 2001, trató un punto inscrito por el Consejo de Administración consistente

Constitución colombiana consagra en su artículo 1° el respeto a la dignidad humana como el fundamento del Estado social de derecho. La alusión a la dignidad humana es clave porque ella es precisamente el fundamento de los derechos humanos. Se ha hablado de derechos humanos de primera generación, de segunda generación, de tercera y hasta de cuarta generación, y la mejor manera de entender esas distintas generaciones de derechos es interpretándolas como diversos paradigmas de la dignidad humana que se han dado en diferentes épocas históricas.⁶¹

Se puede afirmar que en 1789, cuando se produce la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, surgen los derechos de primera generación, y un primer paradigma de la dignidad humana. El conjunto de derechos que se proclaman como producto de la revolución burguesa son fundamentalmente las libertades públicas, lo que también se conoce como la libertad negativa, en el sentido de que el Estado no puede interferir en determinadas órbitas, o lo que también se denomina libertad/seguridad porque la persona, el ciudadano tiene la certeza de que en esa área no va a intervenir la acción del Estado: se trata del derecho a la igualdad (todos nacen libres e iguales), el derecho a la libertad de conciencia, a la libertad religiosa, a la libertad de movimiento, se trata de derechos no prestacionales, que corresponden a un primer paradigma de dignidad humana.⁶²

en una discusión general sobre “Seguridad Social: temas, retos y perspectivas”, con base en el Informe VI elaborado por la OIT. La Comisión de Seguridad Social, integrada por 229 miembros, representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores asumió el reto de “definir la visión de la seguridad social que guiaría la labor de la Organización en los años venideros” y produjo una Resolución cuyo punto 2 enuncia que la seguridad social “es un derecho humano fundamental”. En esa materia, el Consejo de la Unión Europea tiene la misma postura de reconocer la fundamentabilidad del derecho a la seguridad social.

⁶¹ Es necesario desmitificar la noción de generaciones para los derechos humanos. Esta periodización ha perjudicado la adecuada comprensión de la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, haciéndolos dotar de procesos complejos dentro de los cuales se hace imposible la exigencia del Estado o la aplicación inmediata.

⁶² Este primer paradigma de la dignidad humana toma como referencia la concepción de Kant sobre lo que es la dignidad: ¿qué es lo que significa que el hombre es digno? La primera formulación del imperativo categórico de Kant dice: *obra de tal modo que tu conducta pueda erigirse en norma de comportamiento universal*, y la segunda: *trata a los demás como fines y no como medios*, lo que se puede expresar de la siguiente manera: no uses al otro, el hombre no es manipulable, allí radica su dignidad: el hombre es un fin en sí mismo y no un medio para un fin.

Cuando la Constitución de un Estado afirma que su fundamento es el respeto de la dignidad humana, esta afirmación ética tiene fuertes connotaciones políticas; la primera connotación política es que, dentro de este Estado, la persona no es un medio, la persona es un fin, el medio es el Estado que va a contribuir a que la persona se realice como tal. Ese es el primer paradigma de la dignidad humana, y se puede afirmar que concebir al hombre como un fin en sí mismo es concebirlo con libertad de acción, libertad de movimiento, libertad de conciencia, en un plano de igualdad con los demás.⁶³

Para que esas libertades no sean letra muerta, no sean meras libertades formales, es necesario que existan ciertas condiciones materiales-económicas para que la persona pueda realizarse. No hay duda de que las libertades consagradas en un texto constitucional y en una ley son hueras, son vanas, si las personas no se encuentran en una situación económica que les permita ser titulares de esos derechos, de nada vale que a una persona se le reconozca que tiene libertad de expresión si no tiene manera de expresarse, o libertad de movimiento, si no tiene manera de moverse. De manera que este segundo paradigma apunta a que existan condiciones materiales que permitan a la persona afirmarse realmente como titular de esos derechos.⁶⁴

Surgen entonces los derechos de segunda generación, los derechos sociales, económicos, que se denominan derechos prestacionales, porque ya

⁶³ La Sentencia T-248 de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, al tratar la vida humana en los términos de la garantía constitucional de su preservación, explica que la vida no consiste solamente en la supervivencia biológica sino que, tratándose justamente de la que corresponde al ser humano, requiere desenvolverse dentro de unas condiciones mínimas de dignidad. La persona conforma un todo integral y completo, que incorpora tanto los aspectos puramente materiales, físicos y biológicos como los de orden espiritual, mental y psíquico. Su vida, para corresponder verdaderamente a la dignidad humana, exige la confluencia de todos esos factores como esenciales en cuanto contribuyen a configurar el conjunto del individuo.

⁶⁴ Según la ya citada T-571 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein, los criterios para determinar el carácter fundamental de un derecho “sobrepasan la consagración expresa y dependen de la existencia de un consenso y de una voluntad colectiva en cuanto a la naturaleza determinada de un derecho, con las implicaciones relativas al contenido esencial (el ámbito necesario de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma o de las modalidades en que se manifieste. Es así mismo el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión), a la conexión con los principios y a la eficacia directa, según la cual para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesaria una intermediación normativa”.

no se trata simplemente de una acción negativa del Estado, que el Estado no interfiera, ahora se requiere que el Estado actúe, que el Estado suministre prestaciones, por eso esos derechos se denominan también derechos presenciales.⁶⁵

Sobre la base de estos dos paradigmas surgen los llamados derechos de tercera generación, los derechos a la cultura, los derechos a la recreación, y también los derechos de cuarta generación, como el derecho al medio ambiente. El hilo de los derechos humanos conduce hacia una misma finalidad: la plenitud de la persona. ¿Cómo se puede considerar que la persona en realidad se afirma como digna? y ¿cuáles son las condiciones que permiten afirmar que la persona vive en un medio a tono con lo que su dignidad reclama?

Las anteriores consideraciones tienen relación con la manera como esos derechos se protegen. No existen mecanismos idénticos para proteger los derechos de primera, de segunda, de tercera generación. Los derechos de primera generación son derechos inmediatamente reclamables de parte del Estado, son los derechos inmediatamente tutelables. Los derechos de segunda generación como derechos presenciales requieren un instrumento que no es tan sencillo.

Los teóricos del derecho llaman a los derechos de primera generación derechos propiamente. En términos de Dworkin son *rights*, mientras los de segunda generación son *policy*, es decir, la orientación de una política que el Estado traza en un determinado sentido, pero que requiere una mediación en el plano del proceso técnico-administrativo (Dworkin, 1978: 1308-1310).⁶⁶ No son derechos directamente exigibles, son derechos que

⁶⁵ En la actualidad, la formulación de derechos universales en virtud de la racionalidad, derechos *a priori*, está en crisis, dado que no sólo estos derechos son producto de circunstancias históricas, sino también de la visión que del hombre se tenga, la cual es eminentemente histórica.

⁶⁶ Con respecto al comportamiento del juez cuando hace ley precisa, Dworkin dice: "(...) judges must sometimes make new law, either covertly or explicitly. But when they do, they should act as deputy to the appropriate legislature, enacting the law that they suppose the legislative would enact if seized of the problem", (...) "arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right". ["Los jueces algunas veces hacen nuevas normas, ya sea de manera encubierta o explícita. Pero cuando lo hacen deben actuar como delegados de la legislatura apropiada, promulgando la norma que ellos suponen el legislativo hubiera hecho ante la misma situación", [...]. "argumentos sobre cierta *policy* (de contenido político,

requieren una regulación, una legislación que establezca claramente bajo qué condiciones son exigibles.⁶⁷ En esa línea de pensamiento no es posible la protección de los derechos prestacionales, mientras no se establezca una política de Estado para el logro del objetivo de su realización, y por tanto resulta más compleja, más problemática, dado que está mediatizada de una manera que no es de su naturaleza, la protección tutelar, como la que corresponde a los derechos de la primera generación, de los derechos-libertades.

Es preciso diferenciar entonces lo que son propiamente los derechos *in genere*, de los derechos fundamentales, de los derechos prestacionales, de las políticas de Estado. La doctrina de la Corte Constitucional plantea que aun en casos en que todavía el legislador no ha establecido claramente esas condiciones, es posible que el juez, ante una situación apremiante, ordene directamente el amparo.

La Corte Constitucional, especialmente a partir de la SU-430 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, ha indicado, en el tema de pensiones, que éstas *pueden adquirir el carácter de fundamental*,⁶⁸ y ha reconocido que los derechos sociales son derechos humanos. Por consiguiente, hay que tener

por supuesto) se justifican al mostrar que la decisión avanza o protege *cierta meta colectiva* de la comunidad como un todo. Los argumentos en torno a cierto *principio* justifican una decisión política al mostrar que la decisión respeta o protege cierto derecho individual o de un grupo específico"]. En ese sentido afirma que los *principios* son superiores o determinantes frente a los *políticas*. Para el desarrollo de estos puntos véase Dworkin (1985: 72-104).

⁶⁷ En la Sentencia T-116 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara, se explica cómo el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos, y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o de dar, derivada del mismo texto constitucional. Sobre la realización progresiva de los derechos sociales véase la mencionada Sentencia C-251 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁶⁸ Anota la mencionada sentencia de unificación que: "estando debidamente probada la vulneración del derecho a la seguridad social por conexión con los derechos a la igualdad y a la subsistencia digna, el dejar de tutelarlos efectivamente sería contrariar la doctrina constitucional que ha indicado que '... la seguridad social puede ser un derecho fundamental por conexión con otros derechos de rango fundamental, cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral o el libre desarrollo de la personalidad de las personas de la tercera edad. (C. P. art. 46). Incluso, en la misma jurisprudencia la Corte manifestó que '... en determinados casos, el derecho a la pensión puede adquirir carácter de fundamental en conexión con la violación a la igualdad o al debido proceso, conforme a la doctrina constitucional elaborada por esta corporación en la Sentencia SU-111 de 1997'".

sumo cuidado, *sindéresis*, porque una cuestión es diseñar el sistema (cuestión propia del legislador según la Constitución) y otra muy diferente afectar derechos que han asumido el carácter de fundamentales porque se puede poner en peligro, *v. gr.*, la dignidad humana, la vida, el libre desarrollo de la personalidad o derechos de las personas de la tercera edad.

Para fortalecer su postura, la Corte indica que el bloque de constitucionalidad⁶⁹ se integra de acuerdo con el aparte final del artículo 93 de la C. P. que dispone: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La concepción de la seguridad social que trae la Constitución de 1991 recoge la tendencia normativa universal, expresada en el Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, cuyo artículo 9º dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”.

La doctrina ha afirmado igualmente desde 1942 que la seguridad social:

trata de combatir los “cinco grandes malignos”: la necesidad, por falta de medios de subsistencia; la enfermedad, que con frecuencia deriva de aquella necesidad; la ignorancia, que ninguna democracia debe permitir entre sus ciudadanos; la miseria, inadmisibles en países civilizados y entre laboriosos capaces; y la ociosidad, por los peligros sociales que implica este pésimo ejemplo [...].⁷⁰

El Protocolo de San Salvador, artículo 9º, establece el derecho a la seguridad social. El mismo Protocolo (adoptado por la Ley 319 de 1996), en su artículo 1º, consagra la progresividad que obliga a destinar el máximo de los recursos disponibles para efectividad de los derechos. Por lo tanto, la argumentación de la C-408 de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz, tambalea argumentativamente. No sobra agregar que en la C-1064 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa,⁷¹ se sostiene que aunque el Congreso goza

⁶⁹ Véase nota 178 *supra*.

⁷⁰ *Informe Beveridge* (1942), Inglaterra, *cit.* por Morón (2000: 675).

⁷¹ Vale recordar que mediante Sentencia U-1052 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte Constitucional había resuelto denegar las acciones de tutela al considerar la improcedencia de las mismas, en relación con el reajuste de salarios y pensiones estatales para el año 2000, argumentando que: “Al juez constitucional no le corresponde interferir, por vía de tutela en las decisiones generales abstractas e impersona-

de la facultad de configuración legislativa, las fuerzas políticas del momento no pueden afectar “*el principio de inmunidad de los derechos*”, y al referirse a las pensiones, la sentencia resalta la garantía a la seguridad social. Esto armoniza con el *principio de irregresividad*, especialmente aplicable a los derechos provenientes de la seguridad social.

El Tribunal Europeo de los derechos Humanos considera que las personas tienen derecho de propiedad sobre la seguridad social, luego no se trata solamente de proteger a quien ha adquirido el estatus de jubilado. La Corte Constitucional en la Sentencia T-1752 de 2000, M. P. Cristina Pardo Schlesinger, considera que la pensión es *un derecho subjetivo*, que por supuesto se desprende de la norma constitucional (artículo 48 en general y artículo 53 tratándose de trabajadores dependientes) y de unos *límites legítimos* que no pueden ser alterados porque están protegidos en cada caso concreto.⁷² De ahí la importancia del régimen de transición.⁷³

Como precedente, es necesario referirse a la jurisprudencia constitucional consignada en la sentencia del 28 de febrero de 1946 de la Corte Suprema de Justicia, que dio a la pensión la connotación de derecho *adquirido* y planteó el estatus de jubilado. Esta jurisprudencia se explicó con mayor precisión en el fallo del 15 de marzo de 1968 por el cual se desató la acción de inconstitucionalidad que declaró exequible la pensión de los ex presidentes de la República. La Corte Constitucional también ha defendido la pensión como derecho adquirido.⁷⁴

La doctrina constitucional ha logrado esclarecer que el sistema colombiano de seguridad social integral es un sistema mixto que recoge elementos de los modelos clásicos (tanto continental como atlántico); es un

les confiadas por la Constitución Política a otras autoridades estatales, aunque si podría, en defensa de aquellas situaciones concretas y particulares que le competen, ordenar que se adopten medidas excepcionales con el propósito de salvaguardar los derechos de aquellos que, por quedar cubiertos en una decisión general, resultan discriminados y por tanto desprotegidos. [...] Por consiguiente, la Corte estima que en el presente asunto la tutela no puede concederse como mecanismo transitorio, en razón a que deben ser las instancias correspondientes las que decidan si los actos generales que se controvierten, vulneran el derecho a la igualdad y al trabajo de los servidores públicos; y, como ha quedado expuesto, ninguno de los accionantes adujo ni probó un perjuicio irremediable que amerite la protección transitoria”.

⁷² Véase la Sentencia T-1279 de 2001, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷³ Para un análisis sobre el régimen de transición y sus facetas, véase Dueñas (2003: 333-357).

⁷⁴ V. gr., la ya citada Sentencia SU-430 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

sistema público que tiende a la universalidad, causalista, de financiación diversa; cobija prestaciones económicas y prestaciones de servicios y permite regímenes plurales.⁷⁵

La Constitución de 1991 dio rango constitucional a la seguridad social y le otorgó al legislador la facultad de indicar cómo quedaría establecida. Los artículos 46, 47, 48, 49 y 50 de la Constitución Política son los que tratan el tema de la seguridad social en armonía con los artículos 11 y 21 y el Preámbulo. La Ley 100 (con las modificaciones consignadas en la Ley 797), con más de dos centenares de decretos que la desarrollan, conforma el marco legal.

La Constitución Política consagra el derecho a la seguridad social y permite que se establezca el sistema, remitiendo esta facultad al legislador. La Ley 100 de 1993 “crea el sistema de seguridad social integral” (la cursiva no es del texto).

75

Este punto merece una explicación: no existe ningún país con un único régimen de seguridad social, luego puede haber muchos regímenes especiales, aunque la tendencia sea a reducirlos. Técnicamente se considera que la denominación *sistema* general de seguridad social incluye varios mecanismos o *regímenes*, varios operadores y conceptos: entidades públicas y privadas encargadas de la prestación del servicio y las normas y los procedimientos. No se puede confundir *sistema* con *régimen*. Para entender la diferenciación hay que hacer un breve recuento histórico: Bismarck, el 17 de noviembre de 1881, leyó un mensaje en el cual propuso normas para una seguridad social basada en los aportes de los empleadores y los trabajadores con el objetivo político de evitar el ingreso masivo de los trabajadores al partido socialista alemán. A este modelo se le llamó “contributivo” o “continental”. El sistema de seguridad social surgió el 20 de noviembre de 1942, durante la Segunda Guerra Mundial, cuando el gobierno británico hizo público el Informe Beveridge, que plantea un sistema de seguridad social basado en recursos provenientes del presupuesto general del Estado, para aumentar la cobertura a los no trabajadores, sistema que se va a conocer como “atlántico” o “universalista”. El objetivo fue atraer a toda la población para solucionar las secuelas de fenómenos como la gran depresión de 1929, que se consideró como causa principal para el crecimiento del fascismo y de la confrontación bélica de 1939 a 1945. Actualmente no se aplica ninguno de estos modelos (de Bismarck y Beveridge) de manera pura, se entremezclan sus componentes. El sistema de la seguridad social en pensiones puede tener distintos *regímenes*, por ejemplo el universal, el asistencial y el de seguro social. Este último cuenta con mecanismos internos, tales como la edad, el tiempo trabajado y las cotizaciones. De ahí que pueda haber regímenes de transición y multiplicidad, esto es, diversidad de exigencias en cuanto a la edad o a la cuantificación. En conclusión: el sistema es una política y el régimen es un mecanismo. Confundirlos dificulta una correcta interpretación jurídica.

Los principios rectores son los que se han mencionado *supra*: eficiencia, universalidad y solidaridad. Existen dos aspectos adicionales, el de la seguridad social como servicio público (artículos 365, 366 C. P., artículo 21 Ley 100) y el de la seguridad social como principio fundante del derecho al trabajo (artículo 53 C. P.)

¿Es entonces la seguridad social es un derecho fundamental? La respuesta que se dé a esta pregunta tiene profunda repercusión en la práctica y en la política. Dentro de un esquema de contenido liberal ha calado la idea de que la seguridad social, en sí misma, no es un derecho fundamental. No se trata de una idea aceptada por el sentido común y la jurisprudencia ha sido oscilante. En efecto, este derecho a la seguridad social está establecido en forma genérica en el artículo 48 de la Constitución, y de manera específica respecto de las personas de la tercera edad (C. P artículo 46, inciso 21) y de los niños (artículo 44 *ibídem*). Estas tres normas que aparecen dentro del capítulo “Derechos Sociales, Económicos y Culturales”, en el caso específico de los niños, tanto la seguridad social como la salud, se reseñan como derechos fundamentales.

La jurisprudencia no duda en reconocer, por ejemplo, la jusfundamentalidad del derecho a la educación, de la asociación sindical y en ocasiones del derecho al trabajo, que son típicos derechos prestacionales, e incluso en la Corte expresó que existe “el derecho fundamental de toda persona a la integridad primaria y primacía de la Constitución”,⁷⁶ lo cual incluye la cláusula del Estado social de derecho y dentro de ella por supuesto la seguridad social (si en la sentencia T-111 de 1994, M. P. Antonio Barrera Carbonell, se consideró como derecho fundamental el derecho a la seguridad social respecto de los ancianos, y si en la sentencia T-568 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se catalogaron los derechos sociales como derechos humanos, con la proyección práctica de ubicarlos dentro del bloque de constitucionalidad de derechos fundamentales, y por ende objeto de protección tutelar como en efecto ocurrió), entonces no hay explicación alguna para que tajantemente se considere que la seguridad social no es un derecho fundamental.

Pero la posición ecléctica persiste y convive con otra jurisprudencia. Esta se encuentra en las sentencias T-426 y T-516 de 1993, ambas del M. P. Hernando Herrera Vergara, T-068 de 1994, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero. En ellas la jurisprudencia plantea que se adquiere el carácter de fundamental cuando, según las circunstancias del caso, su no reconocimiento tiene la

⁷⁶

Sentencia T- 06 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

potencialidad de poner en peligro otros derechos y principios fundamentales como la vida (C. P. artículo 11), la dignidad humana (C. P. artículo 11), la integridad física y moral (C. P. artículo 12) o el libre desarrollo de la personalidad (C. P. artículo 16), o derechos de las personas de la tercera edad (C. P. artículo 46). Esta es una posición evidentemente distinta a la de únicamente conectar el derecho a la seguridad social con el derecho a la vida digna en términos del principio doctrinario del mínimo vital.

Pese a la dureza de la Ley 100 y a su esquema alrededor de las cotizaciones, no se puede olvidar que la pensión no es una dádiva,⁷⁷ que es un derecho adquirido por quienes cumplen los requisitos exigidos para tener el estatus de jubilado. Estos requisitos “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”.⁷⁸

La posición de la Corte Constitucional se halla en numerosas sentencias, desde la T-181 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara. En la T-1016 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero, se contemplaron numerosos tópicos que tienen que ver con el derecho a la seguridad social en pensiones y se recordaron jurisprudencias anteriores, luego se trata de una sentencia-tipo.⁷⁹

⁷⁷ Tampoco la razón de ser de la pensión es el ahorro, este apenas es uno de sus elementos. El derecho a la pensión es el reconocimiento de una vida al servicio de la conformación de una sociedad y una nación, es el respeto a la ancianidad o la invalidez que impiden laborar, es la erosión del estado físico y psíquico de la persona, que obligan al retiro y al derecho al descanso y es el derecho que toda persona tiene a una digna finalización de la vida. Como lo señala la sentencia C-247 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz: “La pensión constituye un salario diferido del trabajador, fruto del ahorro forzoso que realizó durante toda una vida de trabajo, que le debe ser devuelto cuando ya ha perdido o ve disminuida su capacidad laboral como efecto del envejecimiento natural. En otras palabras, el pago de una pensión no es una dádiva de la Nación ni del empleador, sino el simple reintegro que del ahorro constante de largos años, es debido al trabajador. La no devolución de ese ahorro coactivo y vitalicio denominado –pensión– equivale, ni más ni menos en este caso, a un comiso de características especialísimas, puesto que el bien decomisado no tiene relación alguna con el presunto delito que se le imputa al pensionado, y la privación del mismo se efectúa sin intervención de funcionario judicial alguno, y sin posibilidad de que el afectado pueda ejercer el derecho de defensa que le asiste para defender su patrimonio”.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 20 de abril de 1968.

⁷⁹ Se entiende por sentencia-tipo la que constituye el punto de partida para la jurisprudencia posterior, sentando doctrina de esa manera.

La protección mediante tutela a la pensión surge no sólo de la seguridad social sino de la relación laboral. Luego incluye los principios de la seguridad social ya señalados y que aparecen en la propia Constitución: eficiencia, universalidad, solidaridad, también tratándose de los trabajadores dependientes, los principios generales del derecho al trabajo que la doctrina ha establecido y que en Colombia adquieren rango constitucional en el artículo 53 de la C. P. con las siguientes expresiones:

Primacía de la realidad: “primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales”.

Irrenunciabilidad: “irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales”, “facultades para transigir y conciliar únicamente sobre derechos inciertos y discutibles”.

Favorabilidad, condición más beneficiosa y principio pro operario: “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”.

Justicia social: “garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer; a la maternidad y al trabajador menor de edad”.

Intangibilidad de la remuneración: “pago oportuno y el reajuste periódico de las pensiones legales”, “remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad y calidad de trabajo”; “remuneración legal y apropiada que le aseguren al pensionado la debida mesada” (T-1016 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero); este es un principio clave en el sistema de seguridad social en pensiones.

Buena fe: en el artículo 83 de la C. P. se indica: “las actuaciones de los particulares y las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe” (Dueñas, 2001: 46).

Un fenómeno de tensión de estos principios se presenta en los regímenes de transición. Cuando se propone una reforma –dado que el sistema de la seguridad social muestra falencias–, hay que tener sumo cuidado para no afectar derechos adquiridos y subjetivos, menos aún el *principio de irregresividad* de los derechos en vía de adquisición. Esto implica la necesidad de un adecuado régimen de transición.⁸⁰

80

La legislación comparada trae numerosos ejemplos de prudencia en los procesos de ajuste y reforma del régimen. En Estados Unidos y Japón se incrementó en dos años la edad de jubilación y en Italia en cinco años y en los tres casos se ha fijado un período de aplicación progresiva de veinte años. Otro ejemplo, referente a la base reguladora: en Alemania es el 70% del salario neto; la reforma de 2001 lo redujo al 68%, pero a partir de 2011.

En materia de pensiones hay regímenes especiales y de transición que deben respetarse porque constituyen derechos adquiridos,⁸¹ en virtud de lo expuesto.

La transición se compagina con la *favorabilidad* (artículo 11 de la Ley 100), que consiste en respetar y mantener la vigencia de los derechos adquiridos y subjetivos, que han tenido su origen no solo en leyes, sino en decretos e incluso en pactos y convenciones colectivas de trabajo.⁸²

La Ley 100 de 1993 fue respetuosa en cuanto al régimen de transición. Lo consagró en el artículo 36 que ha sido demandado en varias ocasiones y la Corte siempre lo ha considerado constitucional.⁸³

El régimen de transición tiene por objetivo no truncar derechos en vía de adquisición. El trabajador que lo invoca se ampara en el principio de favorabilidad del derecho laboral constitucionalmente reconocido en el artículo 53 C. P., que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor.⁸⁴ Y aun así su diseño no ha permitido eliminar el punto de quiebre que a todas luces es discriminante y problemático.

⁸¹ El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos implica reforzar el criterio de las legislaciones nacionales y de la jurisprudencia de que la seguridad social es un derecho subjetivo, es un derecho adquirido, que adquiere connotación internacional. Ese derecho a la seguridad social, al ser reconocido por la Constitución, como ocurrió en Colombia a partir de 1991, tiene tal fuerza que cualquier interpretación debe ceñirse a determinados principios, indicados *supra*. Además, en el caso colombiano, la seguridad social no puede desligarse del derecho a la igualdad, cuestión que no se podía plantear antes de 1991 por la sencilla razón de que la Constitución de 1886 no consignó el derecho de igualdad. Pero el punto a resaltar es que no se puede confundir el derecho con el sistema, ni mucho menos supeditar el derecho al sistema. Si una norma jurídica reconoce un derecho, no es justo soslayar su contenido material por razones simplemente financieras del sistema.

⁸² Sentencia C-27 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸³ La transición es una figura con fuerte respaldo constitucional; véanse las sentencias C-410 de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz; C-027 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-126 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara; C-596 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-058 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C-146 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. La C-596 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, hace énfasis en que se debería estar afiliado el 11 de abril de 1994 para invocar el régimen de transición; concepto muy discutible porque confunde, de cierta forma, régimen con sistema.

⁸⁴ Durante el debate sobre la reforma a la Ley 100 causó alarma que el sector empresarial, en sus observaciones al proyecto de reforma pensional, afirmase que el período de transición contemplado en la ley se catalogara como una simple expectativa. Por su lado, el Gobierno opinaba, y así lo expresó en documentos presentados en las

Este principio de la favorabilidad está de acuerdo con el régimen de transición. En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 establece una excepción a la aplicación universal del sistema. Esa excepción corresponde a quienes el 11 de abril de 1994 hayan tenido 35 años, si son mujeres, o 40, si son hombres, o 15 años o más de servicios o de tiempo cotizado; a ellos se les aplicará lo establecido en el régimen anterior a la Ley 100, en cuanto al tiempo de servicio, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión. Los únicos que quedarían por fuera de este régimen de transición serían quienes voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad o quienes estando en éste se cambien al de prima media con prestación definida.

El interesado en el régimen de transición puede acogerse a él no solamente porque el artículo 36 de la Ley 100⁸⁵ es muy claro, sino porque se trata de un principio del derecho laboral, reconocido constitucionalmente en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor y, además, porque en la Ley 100 (artículo 11) se establece la favorabilidad, como se anotó.

En cuanto a los regímenes especiales la Corte indicó:

Ha sostenido esta Corte que el legislador, mientras no desconozca postulados o disposiciones constitucionales, goza de atribuciones suficientes para estructurar regímenes generales y especiales en materia salarial y prestacional (Cfr. por ejemplo, la sentencia C-129 del 11 de abril de 1998, M. P. José Gregorio Hernández Galin-

reuniones de la Comisión de Reforma, que el régimen de transición hacía parte de los regímenes especiales. No obstante ser un punto muy discutible, funcionarios del Ministerio de Hacienda opinaron que los regímenes especiales deberían finalizar en el año 2014, aunque se conocieron posturas que propugnaban por su desmonte *ipso facto*. En efecto, un juicioso examen a la luz de la jurisprudencia constitucional del régimen de transición, consignado en el artículo 18 de la Ley 797 de 2003, por el cual se modificó el régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitió que fuese declarado inexecutable por la Sentencia C-1056 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra. Igual suerte corrió el artículo 4° de la Ley 860 de 2003, declarado inexecutable por medio de la Sentencia C-754 de 2004, M. P. Álvaro Tafur Galvis. Para resolver el problema, el Gobierno de Álvaro Uribe presentó al Congreso un proyecto de reforma constitucional para dejar claro “que las expectativas no constituyen un derecho adquirido”, el cual seguramente tendrá el mismo destino por reñir con el concepto jurisprudencial de “derecho adquirido” y con el principio constitucional de favorabilidad.

85

Los artículos 36 y 52 de la Ley 100 fueron reglamentados por el Decreto N° 2527 de 2000.

do). Y puede, por supuesto, sin estar impedido para hacerlo puesto que la misma Constitución Política prevé las reglas generales de su propio régimen (art. 150, numeral 19, literal e., C. P.), siempre que no invada la órbita concreta que al Gobierno corresponde.⁸⁶

No sobra repetir que a lo anterior habría que agregar la favorabilidad para los pensionados que se hallan en la tercera edad.⁸⁷ La jurisprudencia constitucional ha sido *garantista* cuando se trata de personas que han superado la edad de vida probable o que por su delicado estado de salud es de presumir que no podrían esperar vivos a que controversias jurídicas ordinarias que generalmente son falladas muchos años después de presentada la correspondiente demanda. Últimamente se permite estar en el umbral de ese límite de la edad de vida probable, siempre y cuando las pruebas indiquen que la salud del peticionario está deteriorada. Lo concreto es que en estas situaciones se dan órdenes prontas para que los funcionarios administrativos revoquen o adecuen decisiones que han afectado a esas personas de la tercera edad, siempre y cuando se les hayan violado derechos fundamentales. También se puede, mediante tutela, dejar sin efecto una resolución que no concedió una pensión, si la determinación afecta el principio de favorabilidad. En una sentencia de reiteración de jurisprudencia se dispuso:

Sin embargo, dada la avanzada edad del demandante, su precario estado de salud, la protección especial que merecen las personas de la tercera edad y por supuesto los derechos fundamentales como la salud y la vida, altamente comprometidos en este asunto, se solicitará a la Caja Nacional de Previsión Social, que mientras se decide el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho iniciado por el demandante, revise nuevamente⁸⁸ la situación del actor y tenga en consideración los tiempos debidamente trabajados y cotizados a todas las entidades en donde éste laboró. Para ello, deberá tenerse en cuenta el principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de las normas laborales que sean propias al caso en controversia.⁸⁹

⁸⁶ Véase la citada Sentencia C-608 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁷ Véase la varias veces citada Sentencia T-456 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁸ En el mismo sentido, véanse las sentencias T-334 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, T-799 y T-808, ambas de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, y T-827 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

⁸⁹ Sentencia T-408 de 2000, M. P. Álvaro Tafur Galvis. En la sentencia ya citada T-168

Reitera así la Corte la jurisprudencia constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta *requiere el amparo urgente de sus derechos dada la gravedad del perjuicio que atraviesa*.⁹⁰ Como se aprecia, el juez no decreta la pensión pero sí ordena que se retrotraiga el procedimiento administrativo y que se tenga en cuenta no solo la prueba sino el principio de favorabilidad.⁹¹ En esa medida parece que la Corte como guardiana de los derechos tiene mucho que ofrecer como institución emancipadora. ¿Hasta qué punto lo logra?

EL DEBATE SOBRE LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO PENSIONAL: LAS VISIONES PROGRAMÁTICA Y FUNDAMENTALISTA

A riesgo de redundar en este aparte, se retoman puntos ya esbozados con la intención de avanzar en un balance político sobre el estado del debate en

de 1995, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se consideró que: "(...) la condición más beneficiosa para el trabajador se encuentra plenamente garantizada mediante la aplicación del principio de favorabilidad que se consagra en materia laboral, no solo a nivel constitucional sino también legal, y a quien corresponde determinar en cada caso concreto cuál norma es más ventajosa o benéfica para el trabajador a quien ha de aplicarla o interpretarla".

⁹⁰ Véanse las sentencias T-417 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell, T-143 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, y T-762 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero, entre otras. La Sentencia T-235 de 2002, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, dispone que: "Los trámites administrativos no pueden entorpecer el reconocimiento de una pensión. [...] La gestión exige una atención personalizada en torno a los derechos y necesidades de los usuarios y una sensibilidad social para que el beneficiario no quede aprisionado en un laberinto burocrático. (...) En un Estado social de derecho debe haber pronta resolución a las peticiones, y dentro de ellas ocupa lugar preponderante la de reconocimiento de las pensiones. No hacerlo sería afectar el principio de igualdad material. Este fallo advierte dentro de un enfoque programático que: Así la seguridad social, en un caso concreto, está conectada con otros derechos que no admiten duda sobre su jusfundamentalidad, se impone el amparo del derecho a la seguridad social en conexión con determinados derechos fundamentales. Tal ocurre cuando el no reconocimiento del derecho a la seguridad social en pensiones tiene la potencialidad de poner en peligro derechos como la vida, la igualdad, el debido proceso, la dignidad humana, la integridad física o el mínimo vital de las personas de la tercera edad".

⁹¹ Para profundizar en un enfoque crítico sobre la doctrina constitucional en materia de derecho pensional, véase Dueñas (2002: 145-161). En este estudio Dueñas señala que: "(...) la jurisprudencia [...] no puede ser omitida en una reforma legal. A no ser que se quiera hacer todo lo contrario para dejar sin piso el precedente jurisprudencial, que en el caso de Colombia, no parece ser lo prudente porque en seguridad

la Corte Constitucional; se trata de cotejar este debate como una posible lucha política con incidencia en el progreso social. La discusión tiene como núcleo la necesidad de superar la abstracción que ostentan los derechos sociales como derechos programáticos; esta abstracción conlleva la interpretación de las normas y leyes que los consignan de conformidad con los preceptos de la Constitución, reglas que muchas veces contienen cláusulas dotadas de un alto grado de indeterminación.⁹² Este hecho proporciona al juez constitucional, intérprete-aplicador por excelencia de las normas, un amplio margen a la hora de colegir el sentido de los derechos constitucionales.⁹³

Aunque esta función otorgada *de facto* al juez constitucional no siempre es vista como positiva dentro de un marco democrático, no puede desconocerse que el derecho constitucional, aunque cuenta hoy con cierto cuerpo dado principalmente por la doctrina constitucional, aún se encuentra en obra. Esto hará que para algunos no sea nada desdeñable la labor de creación jurídica que desempeña la jurisprudencia, especialmente la de la Corte Constitucional.

El derecho a la seguridad social ha gozado de gran respaldo por parte de la Corte Constitucional, incluso desde sus inicios. La jurisprudencia de este tribunal se ha movido en torno a la matriz del derecho nacional y del fundamento de la organización política, social y económica: *el Estado social de derecho*. Esta forma de Estado parte del reconocimiento de la pluralidad, y se funda en el respeto a la dignidad humana:

social la jurisprudencia es garantista [...]” (p. 151). El sustento teórico de este enfoque se puede consultar en Dueñas (2000).

⁹² Es necesario precisar que los derechos no sociales también son indeterminados, por ende, la indeterminación no es una diferencia radical entre unos y otros.

⁹³ Al respecto cabe señalar que el aserto “amplio margen” también es cuestionable, pues hay factores que restringen esa posible amplitud de los derechos sociales, por ejemplo, los precedentes, las posiciones políticas de los jueces, la misma concepción de Estado que se tenga, las posibilidades económicas, etc. Como lo precisa el profesor César Rodríguez: “Con el fin de subrayar la influencia de lo político en la decisión judicial, Kennedy desarrolla tres tópicos fundamentales. En primer lugar, sostiene que lo político incide en la adjudicación a través de la presencia permanente de la ideología en la aplicación judicial del derecho. En segundo lugar, afirma que el vehículo concreto que introduce constantemente la ideología política en la adjudicación es la utilización cotidiana de argumentos de conveniencia pública en las decisiones de los jueces. En tercer lugar, señala que el juez tiene experiencias cotidianas de la existencia tanto de la libertad como de restricción en su intento de proferir la sentencia que desea en un caso concreto”. Cfr. Rodríguez, C. (1999: 63).

El Estado social de derecho exige esforzarse en la construcción de las condiciones indispensables para asegurar a todos los habitantes del país una vida digna dentro de las posibilidades económicas que estén a su alcance.⁹⁴ El fin de potenciar las capacidades de la persona requiere de las autoridades actuar efectivamente para mantener o mejorar el nivel de vida, el cual incluye la alimentación, la vivienda, la seguridad social y los escasos medios dineros para desenvolverse en sociedad.⁹⁵

Como queda claro en este fragmento de la Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte parte, de un lado, de la necesidad de satisfacer unas mínimas condiciones materiales para la vida digna de la persona y, de otro, de tal satisfacción como responsabilidad estatal.⁹⁶ De ahí su doble naturaleza como derecho y obligación. Todo derecho positivo trae correlativamente una obligación, ya sea de un particular o del Estado:

En nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexión, –en la medida en que con su vulneración resultan comprometidos otros derechos que participan de esa naturaleza–. Y de otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.⁹⁷

Retomando la obligación del Estado de prever y proporcionar los mecanismos para efectivizar el derecho a la seguridad social, la Corte agregó en una posterior sentencia del mismo año que,

⁹⁴ Recuérdese la observación hecha arriba sobre la indeterminación, la cual es fácilmente demostrable en la mencionada sentencia U-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁵ Sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁹⁶ Es de resaltar que la Corte, bajo la influencia de la doctrina alemana, estipula que en atención al derecho de toda persona a un mínimo vital, debe considerarse la posibilidad –necesidad– de implementar en el régimen pensional un subsidio de desempleo: “Este derecho [derecho al mínimo vital] constituye el fundamento constitucional del futuro desarrollo legislativo del llamado ‘subsidio de desempleo’, en favor de aquellas personas en capacidad de trabajar pero que por la estrechez del aparato económico del país se ven excluidos de los beneficios de una vinculación laboral que les garantice un mínimo de condiciones materiales para una existencia digna” (sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

⁹⁷ Sentencia C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

[...] la seguridad social adquiere carácter de institución y es considerada como derecho público subjetivo exigible del Estado, cuando se consagra para éste la obligación de realizar planes y programas para remediar los males sociales y brindarles medios de subsistencia a las personas que no están en capacidad de proporcionárselos por sí mismas.⁹⁸

En este punto, es importante señalar que esta responsabilidad del Estado es concurrente con la de la sociedad y la familia de quien se encuentra desprotegido; pero, sin embargo, sigue siendo el Estado el primer obligado.⁹⁹

La obligación del Estado en la prestación de los servicios de seguridad social se toca con el carácter programático de los derechos sociales y problematiza la ejecutabilidad del derecho a la seguridad social pues, como ya se hizo referencia, de esta forma su materialización está condicionada por la actuación positiva del Estado. Frente a esta problemática, la Corte Constitucional se ha visto en la necesidad de conciliar entre una visión de los derechos sociales *programática* y una visión *fundamentalista*.

En efecto, se puede dar cuenta de esta “conciliación” de las visiones *programática* y *fundamentalista* en diversos pronunciamientos de la Corte. Respecto al carácter programático de la seguridad social, la Corte se ha pronunciado de esta forma:

El texto que consagra la Seguridad Social indica que se trata de una *norma programática de desarrollo progresivo* y obligatorio por parte del legislador, que constituye *promesa* para los gobernados de que el Estado como guardián de la colectividad, deberá diseñar políticas de acuerdo con esos postulados fundamentales para cubrir las prestaciones que surjan de las contingencias de enfermedad, invalidez o senectud, a fin de que la Seguridad Social sea una realidad.¹⁰⁰ (Las cursivas no son del texto)

Esta consideración aún ilumina profundamente la jurisprudencia de la Corte, como puede constatarse en algunos fallos de tutela:

⁹⁸ Sentencia T-453 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

⁹⁹ Debe tenerse en cuenta que esta obligación surge de su función como Estado. Sería un error lógico considerar que esta obligación social se desprende de la forma del Estado; en verdad, se desprende de la misma naturaleza esencial del Estado. La forma de Estado como república unitaria y descentralizada, que adopta para el caso colombiano, simplemente define el esquema de su funcionalidad para efectos del cumplimiento de sus fines y obligaciones.

¹⁰⁰ Sentencia T-453 de 1992, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein.

El derecho constitucional a la seguridad social es de aquellos que la doctrina ha considerado como derechos humanos de la segunda generación, en tanto que *su eficacia depende de una decisión política y de factores como el económico*, pues tiene un carácter eminentemente prestacional. [La] intervención del legislador, [...] es definitiva para la eficacia de los derechos sociales, económicos y culturales.¹⁰¹ (Las cursivas no son del texto)

Posteriormente, en otro fallo de tutela dice la Corte:

Es claro entonces, que se trata de un derecho social [el derecho a la seguridad social], cuya realización está mediada por la actividad del legislador, *lo que lo desvirtúa como derecho fundamental [...]*.¹⁰² (Las cursivas no son del texto)

Reiterando esta postura, se encuentra también en otro pronunciamiento que:

Tanto el derecho a la seguridad social en salud como el relativo al régimen pensional, se caracterizan por ser de naturaleza programática y de desarrollo progresivo por parte del legislador, razón por la cual, forman parte de programas estatales que implican prestaciones de orden económico y social, es decir, derechos prestacionales a cargo del Estado y a favor de todas las personas, para cuya efectividad requieren de desarrollo legal, el arbitrio de los recursos y la elaboración de planes y programas que los incluyan. [...] [De este] modo, [los derechos sociales], más que derechos configuran objetivos de la gestión estatal.¹⁰³

Como puede observarse en estas sentencias, el tribunal constitucional afirma la limitación de los derechos sociales, en torno a su desarrollo por parte del Ejecutivo, y plantea que sólo mediante su actuación positiva pueden hacerse efectivos tales derechos.

La Corte ha afirmado que la naturaleza programática de los derechos sociales

se deriva del esfuerzo presupuestal y de planificación que debe desplegar el Estado. [...] Así... sólo en la medida en que se elaboren los respectivos planes y se obtengan los recursos para desarro-

¹⁰¹ Sentencia T-357 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰² Sentencia T-999 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹⁰³ Sentencia T-118 de 2001, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

llarlos, se crearían las condiciones de eficacia que permitan exigir dichas prestaciones como derechos subjetivos.¹⁰⁴

En este marco, la efectividad de estos derechos queda en entredicho y siempre se requerirá una decisión política para su desarrollo.

Desde una perspectiva “contraria”, se encuentra que la Corte considera en gran medida la *fundamentabilidad* del derecho a la seguridad social. En esta perspectiva pueden ubicarse dos líneas: de un lado, la Corte ha afirmado en algunas ocasiones que la sola vulneración al derecho a la seguridad social presupone un desconocimiento de los derechos fundamentales y, en consecuencia, hace directamente procedente su amparo a través de la acción de tutela.

De otro, la Corte –en la mayoría de los casos– ha sostenido la necesidad de demostrar la condición de fundamentabilidad del derecho a la seguridad social, comprobando que su afectación trae conexas la vulneración a un derecho fundamental. En esta línea, la fundamentabilidad de la seguridad social no depende de su naturaleza, sino de la situación concreta:

la seguridad social es un derecho constitucional desarrollado en la ley que, en principio, no ostenta el rango de fundamental, salvo que las circunstancias concretas permitan atribuirle esta connotación por su importancia imprescindible para la vigencia de otros derechos fundamentales.¹⁰⁵

Dentro del primer enfoque de esta perspectiva *fundamentalista* se pueden enmarcar las siguientes consideraciones:

Las conductas omisivas de las entidades encargadas de la seguridad social [...] en atender y cumplir debida y prontamente con sus obligaciones frente a los pensionados atentan contra el principio fundamental que rige nuestro Estado social de derecho y que constituye uno de sus fines esenciales, consistente en la eficacia real y no formal de los derechos fundamentales de los asociados.¹⁰⁶

El atraso en el pago de las mesadas de la pensión de jubilación debidamente solicitadas, a los cuales sí se refiere de manera expresa el artículo 48 de la Carta, en concordancia, con el artículo 53

104 *Ibidem.*

105 Sentencia T-491 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

106 Sentencia T-181 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara.

inciso 3º del mismo estatuto, en el cual establece que “el Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales“, como sucede con la pensión de jubilación obtenida con el lleno de los requisitos exigidos por la ley, en principio vulnera los derechos fundamentales de las personas de la tercera edad.¹⁰⁷

[E]s posible intentar la acción de tutela para que se cancelen las mesadas pensionales dejadas de percibir por una persona de la tercera edad en circunstancias apremiantes y siendo ese su único ingreso (Cfr. sentencias T-426 del 24 de junio de 1992, T-147 del 4 de abril de 1995, T-244 del 1 de junio de 1995, T-212 del 14 de mayo de 1996 y T- 608 del 13 de noviembre de 1996); que cuando la entidad obligada al pago de la pensión revoca unilateralmente su reconocimiento, procede la tutela para restablecer el derecho del afectado (Cfr. Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996).¹⁰⁸

[L]a cesación prolongada e indefinida de pagos de las mesadas pensionales *hace presumir la vulneración del mínimo vital del pensionado y de quienes de él dependen*.¹⁰⁹ (Las cursivas no son del texto)

Por su parte, la segunda visión que asume la fundamentabilidad por conexión, se ha visto desarrollada en los siguientes términos:

Para exigir el pago de las pensiones que han sido reconocidas por el empleador, existe en la jurisdicción laboral el denominado proceso ejecutivo laboral. Sin embargo, *cuando se afecta el mínimo vital básico*, la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una mayor eficacia a la tutela para lograr una protección inmediata y efectiva del derecho fundamental afectado. En efecto, *ante la inminencia de un perjuicio irremediable* causado por el retraso en el pago de las mesadas pensionales, lo cual afecta la normal atención de las necesidades básicas, representadas en los derechos y obligaciones adquiridos por el pensionado, es necesario que la autoridad judicial respectiva, produzca una decisión ágil y oportuna para conjurar el incumplimiento.¹¹⁰ (Las cursivas no son del texto)

¹⁰⁷ Sentencia T-156 de 1995, M. P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁰⁸ Sentencia T-01 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁰⁹ Sentencia T-205 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, véase la sentencia T-018 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹⁰ Sentencia T-278 de 1997, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido, véanse entre otras las sentencias T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-011

La adopción de una de estas dos visiones (fundamentabilidad *per se* o por conexión) adquiere gran relevancia para la procedencia inmediata de la acción de tutela por la vulneración al derecho a la seguridad social. En efecto, en el marco de la primera visión *fundamentalista*, la mencionada acción constitucional procederá de plano, presumiendo la afectación conexa de los derechos fundamentales de la persona. Por el contrario, bajo la segunda visión se parte de la no procedencia de la tutela para proteger el derecho a la seguridad social, y su amparo excepcional en los casos en que se demuestre la simultánea vulneración a un derecho fundamental como la vida o la integridad personal. Así, la protección en tales casos no pretende

sustituir por la tutela el medio judicial ordinario sino impedir que el interesado, pese a su apremiante circunstancia, quede sometido a esperar una sentencia judicial que puede demorar excesivamente y producirse cuando ya el daño ocasionado a su digna subsistencia resulte irreversible.¹¹¹

En este punto debe tenerse en cuenta que la Corte actualmente sostiene que en todo caso la seguridad social, tratándose de personas de la tercera edad, sustenta un rasgo de fundamentabilidad:

[...] en el caso de las personas de la tercera edad, el derecho a la seguridad social, que se hace efectivo a través del pago de las correspondientes mesadas pensionales y la prestación de los servicios médico-asistenciales, adquiere el carácter de derecho fundamental, como quiera que el mínimo vital de los ancianos, quienes se encuentran excluidos del mercado laboral o hallan serias dificultades para acceder a un empleo, depende por entero de los recursos que perciben por concepto de las pensiones.¹¹²

de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero; T-568 de 1994, M. P. Hernando Herrera Vergara; T-133a de 1995, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-123 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-193 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-169 de 1998, M. P. Fabio Morón Díaz; T-508 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-1006 de 1999, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; C-125 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-127 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-001 de 2001, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, y T-071 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz. Todas estas sentencias coinciden en que la seguridad social se constituye como fundamental, cuando su vulneración paralelamente afecta o amenaza un derecho fundamental. Debe recordarse que se trata de una presunción legal que admite prueba en contrario.

¹¹¹ Sentencia T-333 de 1997, M. P. José Gregorio Hernández Galindo. Si bien en ambos casos se presenta la conexión, no se altera la naturaleza del derecho prestacional, sólo que en una se presume *de facto* la conexión y en la otra no, pero esto no altera la esencia del derecho social.

¹¹² Sentencia T-299 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Igualmente, cuando el desconocimiento del derecho en cuestión tiene como sujeto pasivo a un menor, este derecho es siempre considerado fundamental por conexión:

En este orden, el derecho a la seguridad social [...] puede llegar a configurarse como un derecho fundamental [...] cuando con su desconocimiento se vulneran o se amenazan derechos que sí lo son, como [...] los derechos de los niños o de las personas de la tercera edad.¹¹³

Más allá de estas dos excepciones, que en realidad se dan en virtud del principio de discriminación positiva que protege a sectores débiles como ancianos y niños, la perspectiva imperante es la de la *fundamentabilidad por conexión demostrada*.¹¹⁴ Así, los elementos requeridos para dar procedencia en forma excepcional a la acción de tutela en materia de seguridad social son: (i) que la afectación de ese derecho interfiera con un derecho fundamental de aplicación inmediata, y (ii) que la persona se encuentre ante un perjuicio irremediable, de forma que sea conducente la tutela como mecanismo transitorio.

Como regla se ha establecido que la mencionada vulneración por conexión se presenta respecto al mínimo vital, o mínimo de condiciones materiales para la seguridad material de toda persona.¹¹⁵ Por esto, determinar el contenido de tal vulneración resulta importante en este punto. La misma Corte Constitucional, partiendo de la correspondencia de este derecho con los principios de dignidad y de Estado social de derecho, se ha encargado de la definición de mínimo vital en los siguientes términos:

En relación con el concepto de mínimo vital, esta Corporación en varios de sus fallos, lo ha definido como los ingresos mínimos necesarios e insustituibles que requiere una persona para suplir sus necesidades básicas y poder mantener así una subsistencia en condiciones de dignidad y justicia, tanto de él como de su familia.¹¹⁶

¹¹³ Sentencia T-118 de 2001, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

¹¹⁴ No obstante esta mayoría de la tesis de la fundamentabilidad del derecho a la seguridad social por conexión demostrada, puede constatarse una mayor aceptación de la línea que presume esta conexión, como lo evidencian las sentencias T-127 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo; T-205 de 2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell, y T-018 de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

¹¹⁵ Véase la sentencia T-426 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

¹¹⁶ Sentencia T-071 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz. En torno a la definición de mínimo vital, véanse también las sentencias del magistrado Alejandro Martínez Caballero T-

Respecto al perjuicio irremediable, el tribunal constitucional ha dicho que éste se presenta siempre que concurren diversos elementos: (i) la inminencia, que exige medidas inmediatas; (ii) la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y (iii) la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales.¹¹⁷

No obstante, debe en este orden subrayarse que, de la mano de la antes referida tendencia a presumir la conexión del derecho a la seguridad social con el mínimo vital, surge una presunción de la existencia de perjuicio irremediable siempre que se desconoce el derecho pensional:

[S]e está ante un perjuicio irremediable cuando un empleador se sustrae de su obligación de pagar de manera oportuna las mesadas pensionales de sus ex trabajadores, quienes, por lo general, no cuentan con ninguna fuente de ingresos adicionales que le permitan cubrir sus necesidades básicas y las de su familia.¹¹⁸

De esta forma, la presunción de fundamentabilidad por conexión, de un lado, y la presunción de existencia de perjuicio irremediable siempre que se desconoce el derecho pensional, de otro, hace que el margen de procedencia de la tutela para casos de vulneración al derecho a la seguridad social, y específicamente al derecho pensional, se extienda considerablemente, de forma que casi puede pensarse que la regla tiende a ser la procedencia del amparo tutelar para este derecho.

¿ES “EMANCIPATORIA” LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHO PENSIONAL?

Como se ha podido constatar, la concepción del derecho pensional en la Corte ha sufrido diversos cambios y aún genera controversias.¹¹⁹ Puesto

072 de 1998, T-365 de 1999 y T-827 de 2000.

¹¹⁷ Véase la Sentencia T-071 de 2001, M. P. Fabio Morón Díaz.

¹¹⁸ Sentencia T-024 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹¹⁹ La estructura (en boga) del análisis jurisprudencial consiste en una aplicación rigurosa del método de seguimiento cronológico de las líneas jurisprudenciales que proceden a buscar *ex nunc* y *ex tunc* las sentencias para hallar el precedente y precisar en la decisum el *obiter dictum* y la *ratio decidendi*. Aquí se considera que seguir la línea jurisprudencial, como lo sugiere el método, hace perder independencia crítica frente al sentido político de la jurisprudencia. Es un punto sobre el que se propone abrir una discusión, no en el sentido de menospreciar la pulcritud y la utilidad del ejercicio

que en ese proceso de dar cuerpo al derecho, la Corte ha dado lugar a una doctrina cada vez más nivelatoria o igualitaria,¹²⁰ suele pensarse que su jurisprudencia en materia pensional es emancipatoria. Esto nos remite a un cuestionamiento por el uso que se le otorga al adjetivo “emancipatorio” y si éste corresponde realmente con los fallos de la Corte.

Emancipación, según el significado tradicional y generalizado, es liberarse de alguna sujeción.¹²¹ En este sentido, un fallo que se enmarca dentro del campo legal, esto es, que da cuenta de una interpretación del derecho existente, no es un fallo emancipatorio. De ahí que pueda concluirse que cuando una Corte interpreta, no está emancipando; está aplicando el derecho, y el que tal interpretación sea vista con buenos ojos por sus impactos sociales, no quiere decir, en sentido estricto, que sea emancipatoria.

Emancipatoria sería por el contrario, una jurisprudencia que se saltara ese marco legal, liberándose del yugo de la ley y de paso, del yugo de quienes se benefician de esa ley. Pero eso no es precisamente lo que compete a la jurisprudencia constitucional en Colombia ni en ningún otro país. En sentido estricto, la producción de jurisprudencia al tener como marco una determinada Constitución no puede crear derecho en términos emancipatorios.

La producción del derecho con contenido emancipatorio requiere como *conditio sine qua non* una transformación política radical, resultado de un ascenso de la clase trabajadora sumida en un estatus subalterno en la actual correlación de fuerzas, esto es, resultado de un proceso de *emancipación social*.¹²² No se le puede pedir a la jurisprudencia lo que es tarea histórica de la política y de la fuerza transformadora de la clase trabajadora.

académico sino en la perspectiva de priorizar el análisis político de la jurisprudencia. Cfr. López (2000:104-129). Cfr., además, Lamprea (2003: 19-44) y Julio (2003: 45-62).

¹²⁰ Por jurisprudencia nivelatoria o igualitaria se entiende aquella que toca aspectos de las condiciones sociales del país en cuanto a la estructura económica y tiene que ver con la garantía de unas condiciones mínimas de existencia material de las personas. Nivelatorios son los fallos como el de la UPAC, el mínimo vital, seguridad social, etc.

¹²¹ Para profundizar en el sentido y significado de los conceptos alienación, enajenación y emancipación, cfr. Abbagnano (1996: 402-403), Gómez (1999: 246), Bobbio (1988: 85-88), Elster (1992: 44-62) e Israel (1988).

¹²² Ya en 1845, Marx y Engels explican con precisión la razón social del fenómeno social del poder, en los siguientes términos: “Precisamente porque los individuos sólo buscan su interés particular, que para ellos no coincide con su interés común, y porque lo general es siempre la forma ilusoria de la comunidad, se hace valer esto (el poder político) ante su representación como algo ‘ajeno’ a ellos e ‘independiente’ de ellos, como un interés ‘general’ a su vez y peculiar, o ellos mismos tienen necesaria

Una nueva institucionalidad hará posible el ejercicio de los derechos colectivos mediante la expedición de una genuina legislación social, que impida la especulación financiera con los recursos públicos requeridos por el proceso de realización de los derechos sociales, esto es, un cambio en la organización social y en el sistema jurídico-político que posibilite que el derecho oriente la economía, y no al revés como actualmente sucede. Se trata de dar curso a una asociación de individuos libres e iguales que regulan ellos mismos su convivencia por vía de una formación democrática de la voluntad colectiva (Habermas, 1996: 30).

mente que enfrentarse en esta escisión, como en la democracia. Por otra parte, la lucha práctica de estos intereses particulares que constantemente y de un modo real se enfrentan a los intereses comunes o que ilusoriamente se creen tales, impone como algo necesario la interposición práctica y el refrenamiento por el interés 'general' ilusorio bajo la forma del Estado. El poder social, es decir, la fuerza de producción multiplicada, que nace por obra de la cooperación de los diferentes individuos bajo la acción de la división del trabajo, se le aparece a estos individuos, por no tratarse de una cooperación voluntaria, sino natural, no como un poder propio, asociado, sino como un poder ajeno, situado al margen de ellos, que no saben de dónde procede ni a dónde se dirige y que, por tanto, no pueden ya dominar, sino que recorre, por el contrario, una serie de fases y etapas de desarrollo peculiar e independiente de la voluntad y de los actos de los hombres y que incluso dirige esta voluntad y estos actos. Con esta 'enajenación', para expresarnos en términos comprensibles para los filósofos, partiendo de dos premisas prácticas. Para que se convierta en un poder 'insoportable', es decir, en un poder contra el que hay que sublevarse, es necesario que engendre a una masa de la humanidad como absolutamente 'desposeída' y, a la par con ello, en contradicción con un mundo existente de riquezas y de cultura, lo que presupone en ambos casos, un gran incremento de la fuerza productiva, un alto grado de su desarrollo; y, de otra parte, este desarrollo de las fuerzas productivas (que entraña ya, al mismo tiempo, una existencia empírica dada en un plano histórico-universal, y no en la vida puramente local de los hombres) constituye también una premisa práctica absolutamente necesaria, porque con ella se generalizaría la escasez y, por tanto, con la pobreza, comenzaría de nuevo, a la par, la lucha por lo indispensable y se recaería necesariamente en toda la inmundicia anterior; y, además, porque sólo este desarrollo universal de las fuerzas productivas lleva consigo un intercambio universal de los hombres, en virtud de lo cual, por una parte, el fenómeno de la masa 'desposeída' se produce simultáneamente en todos los pueblos (competencia general), haciendo que cada uno de ellos dependa de las conmoviciones de los otros y, por último, instituye a individuos histórico-universales, empíricamente mundiales, en vez de individuos locales. Sin esto, 1) el comunismo sólo llegaría a existir como fenómeno local; 2) las mismas potencias del intercambio no podrían desarrollarse como potencias universales y, por tanto, insoportables, sino que seguirían siendo simples 'circunstancias' supersticiosas de puertas adentro, y 3) toda ampliación del intercambio acabaría con el comunismo local" (Marx y Engels, 1966: 35-37).

En materia pensional no es muy adecuado el uso del término emancipatorio, cuando la Corte obliga a los fondos de pensiones a realizar el pago oportuno de esta prestación, pues existen leyes y una Constitución que así lo ordena. En consecuencia, la Corte no está inventando nada, ni está otorgando derechos que no existan. Y si algo inventa, eso no puede ser visto como algo verdaderamente emancipatorio. Aquí no se desconoce la capacidad de los jueces constitucionales para crear derecho, pero esa capacidad no basta para resolver la iniquidad que genera el capitalismo como propósito emancipatorio.

Como se mostró, el derecho al aparecer como “emancipatorio” en el capitalismo apacigua la eclosión que precede un cambio revolucionario. La desorientación incluye el señalamiento de los jueces como enemigos de la racionalidad económica, y la acusación de causantes del desequilibrio fiscal y de la quiebra de las finanzas públicas. De esa manera, la política pública en materia social no cambia. En términos de debate jurídico, el problema más significativo es que los casos de tutela resueltos favorablemente no resuelven la crisis estructural que sufre la sociedad en el capitalismo.¹²³

Ahora bien, puede que el término emancipatorio sea utilizado para denotar que ahora los jueces interpretan el derecho a favor de las clases sociales marginadas y más débiles, como no sucedió antes.¹²⁴ Pero esto tampoco es emancipatorio, es simplemente un cambio en las posturas teóricas y políticas de los jueces, cambios que, dada su fragmentación y rela-

¹²³ “Marx había pensado que toda civilización que se somete en conjunto a los imperativos de autorrealización del capital lleva en sí el germen de la destrucción porque ha de tomarse ciega frente a todas aquellas relevancias que no pueden expresarse en precios” (Cfr. Habermas, 1996: 15-16).

¹²⁴ La ilusión que se desvanece puede ser captada en la tesis de grado como abogada de Jiménez (2001), en la que se concluye que la Corte está “desprovista de poderes propios de implementación para concretar con éxito los proyectos emancipatorios emprendidos” y que se encuentra “sumergida en la lógica de lo irreversible”. Cataloga a la Corte “como un actor político solidario” que “a pesar de haber previsto todo un complejo institucional para la superación del oprobio de las condiciones materiales en que se desarrollan los derechos, la complejidad de la situación misma desbordó los buenos deseos de la Corte y prosiguió dentro de un cauce determinado décadas atrás. La sentencia se redujo entonces a un esfuerzo de denuncia” (p. 176). Con desazón e inteligencia, termina su trabajo con el siguiente llamamiento: Cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia progresista, una causa emancipatoria incursiona con mayor o menor fuerza, dentro del juego político institucional. Su concreción en la realidad implica superar la brecha entre el texto constitucional y la realidad. Y en esa ardua tarea aun restará todo por hacer” (p. 178).

tiva inestabilidad,¹²⁵ resultan cuestionables en torno a su potencial de repercusión en las condiciones sociales y económicas de la población. En suma, puede sostenerse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia pensional no se configura como emancipatoria y, por lo mismo, deviene incapaz de superar las limitaciones que el propio derecho impone para la superación de la iniquidad social mediante un ideal de solidaridad (López, 2000).¹²⁶

¹²⁵ Las decisiones judiciales se consideran inestables y fragmentadas, dado que los cambios de posturas por parte de los jueces Baun teniendo en cuenta la técnica del precedente jurisprudencial- se hacen, mediante la práctica argumentativa, relativamente fáciles. Adicionalmente, deben tenerse en cuenta dos factores que aumentan la inestabilidad de la jurisprudencia en la Corte Constitucional: de un lado, el proceso de decisión de este tribunal y, de otro, la temporalidad de sus miembros. En efecto, las decisiones en la Corte se toman por mayoría simple, y esto posibilita que en muchas ocasiones los fallos no representen una postura unificada y estable. En el mismo sentido, el que los miembros de la Corte se renueven temporalmente, hace posible que se presenten cambios jurisprudenciales, incluso totalmente radicales y contrarios a los precedentes institucionalizados.

¹²⁶ El profesor López reconoce el problema aquí expuesto y tercia en el debate sobre el problema emancipatorio de la jurisprudencia en los siguientes términos: “El argumento radical se plantea así: luego de observar los resultados políticos concretos que la Corte Constitucional obtuvo con posterioridad a su época de mayor energía constitucional (una energía que probablemente no se vuelva a producir en el inmediato futuro) se puede concluir que sus fallos, aunque ampulosos en retórica de cambio, han producido poco impacto neto sobre las redes sociales y políticas de desigualdad y disciplina social. Por el contrario, si algo, sus sentencias parecen haber perdido con el tiempo, y salvo algunas pocas excepciones, cierta agudeza y valentía que pareció caracterizar la fase temprana del ‘nuevo derecho’. De hecho, la línea jurisprudencial concerniente a los niveles de protección de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, ha mostrado, con el tiempo, un desplazamiento hacia su polo más conservador” (pp. 200-201).

Conclusiones finales

1. Las relaciones entre el derecho y la economía en una sociedad capitalista han sido motivo de enconados e incontables debates y es un tema polémico que no ha dejado de tener un impacto en la actualidad. El debate se enmarca hoy en la creciente ola de economía de libre mercado, que enfrenta por igual a economistas, juristas y políticos, pues son temas que se entrecruzan en uno solo: el grado de intervención del Estado a través del derecho en las relaciones económicas o, en otras palabras, la recíproca influencia entre la forma jurídica y las relaciones económicas.

En los inicios de la polémica, Marx tomó la relación de la economía con el derecho en términos de estructura y superestructura. Ahora, las discusiones, un poco alejadas de una hermenéutica ortodoxa marxista, se centran en el intervencionismo y la eficacia de ciertos derechos, a la luz del sistema capitalista, con lo cual se rescata la tradición crítica iniciada por los trabajos de Marx; una crítica que se enmarca en medio de un capitalismo que se expande inclemente alrededor del globo.¹ También se discute la

¹ En su obra, Ost y Van de Kerchove (2001: 88) anotan que: “[...] la negación de toda forma de autonomía del derecho podría repercutir en la concepción que se puede tener de su especificidad, como lo ilustra cierta corriente tradicional del pensamiento marxista, cuya ‘interpretación economicista suplanta la economía y destruye paralelamente la existencia real de todas las otras instancias’, cosa que tiene como consecuencia que ‘el sistema jurídico se vuelve un marco del que sólo nos importa el contenido económico. Sin embargo, no es menos cierto que los dos problemas son distintos y que el reconocimiento de la autonomía, aunque sea ‘relativa’, del fenóme-

pretendida independencia del derecho, ya no solamente con la moral, sino con otras disciplinas como la economía, pues, desde lo judicial hasta lo legislativo, muchas de las leyes y decisiones tienen la primacía de los intereses económicos de ciertos sectores de la sociedad como criterios de adopción.

Una de las mayores críticas a la administración de justicia apunta a descalificar la intervención de los jueces en decisiones aparentemente exclusivas de la esfera económica. Entre los cuestionamientos se destacan, en primer lugar, los que afirman que tales decisiones afectan el crecimiento económico del país y disminuyen la libertad económica.² En segundo lugar, se atacan las decisiones de la Corte Constitucional porque no producen el efecto inicialmente pretendido, esto es, en lugar de corregir problemas como la inequitativa distribución de recursos y de reivindicar a los sectores más desprotegidos económicamente, se preserva la iniquidad y el beneficio para los sectores más ricos de la sociedad colombiana. Por último, la crítica más conocida y trajinada es la que acusa a los jueces constitucionales de intervenir en asuntos que no son de su competencia, de usurpación

no jurídico que se deduce de otra corriente más reciente del pensamiento marxista justifica, *a fortiori*, el interés por caracterizar su especificidad". Este mismo problema es abordado por Correas (1998), quien explica que "durante algún tiempo se tuvo como 'marxista', una concepción según la cual el derecho es el *producto de la voluntad de la clase dominante*, que era una definición del jurista oficial del stalinismo, Vishinsky. La dificultad de esta definición, estribaba en que la voluntad parece ser un fenómeno de la conciencia individual, mientras que las —clases sociales— es un concepto aplicable a un conjunto de individuos. Y así como no parece plausible hablar de la 'voluntad' del Estado, tampoco lo parece respecto de este sujeto colectivo. La definición de Vishinsky era, por lo demás, coincidente, al menos en apariencia, con la idea de Marx, según la cual el derecho no puede explicarse por la voluntad sino por las relaciones sociales. Pero [...] todo depende de las preguntas, e incluso el propio Marx estudió las leyes inglesas que permitieron el despegue del capitalismo en ese país, mostrando claramente que, cuando la pregunta es por hechos, no hay inconveniente en hablar de la voluntad de los miembros del gobierno, de sus intenciones, de su insensibilidad, es decir, de hechos de carácter psicológico.

"En el estado actual del pensamiento marxista respecto del derecho, no parece haber inconvenientes en que sean aceptados los dos criterios: el basado en la pregunta por las relaciones sociales, donde la voluntad sería un elemento poco explicatorio, y el basado en la pregunta por los hechos, en donde parece evidente lo contrario. La definición de Vishinsky, por tanto, ha quedado anticuada, en tanto las clases sociales no tienen 'voluntad', si esta es una palabra aplicable a fenómenos psicológicos, mientras sí resulta plausible hablar de la voluntad como causa del derecho, en la medida en que se trata de la pregunta por los hechos" (p. 125).

2

Desde el punto de vista de la teoría de la justicia de John Rawls, la libertad económica se asume como una de las libertades básicas primordiales y justas.

de poderes, ya que el Congreso es la esfera por excelencia para discutir los asuntos económicos.³

Los jueces han sido tradicionalmente partícipes de la justicia retributiva y no de la distributiva, por considerarse que esta última es una cuestión política.⁴ Pero en el Estado social,

la juridificación del bienestar social abrió el camino hacia nuevos campos de litigio en los dominios laboral, civil, administrativo y

³ Este es el enfoque que inspira un anteproyecto de reforma a la justicia elaborado por el Ministerio del Interior y la Justicia que ha sido radicalmente rechazado por la Corte Constitucional. El proyecto pretende (i) restringir la tutela a los derechos fundamentales (libertad, expresión, creencias religiosas, debido proceso, intimidad y vida); (ii) excluir la tutelabilidad de los derechos económicos y sociales (salud, seguridad social, vivienda y educación), del derecho al acceso a la administración de justicia, del derecho de los periodistas a reservar sus fuentes; (iii) negar la posibilidad de incoar la tutela por violación de derechos humanos; (iv) prohibir la tutela contra las sentencias judiciales; (v) impedir al ciudadano demandar por inconstitucionalidad las leyes expedidas entre 1886 y 2003, y a partir de 2004 debe demandarse dentro del año siguiente a su promulgación, so pena de que las violaciones a la Constitución queden saneadas por extemporaneidad; (vi) eliminar el control jurídico de la Corte Constitucional al decreto de conmoción interior; (vii) ordenar que la inexecutable de un acto legislativo proceda por mayoría calificada de las dos terceras partes. Este proyecto ha sido calificado como un exabrupto. El presidente de la Corte Constitucional declaró que la intención del anteproyecto es que: “[...] Ciertos actos del Estado quedarían fuera del control de la tutela y todas las actuaciones de los jueces de la República. El Ministro vuelve la tutela inoperante. Su reforma dice: ‘Solo se puede ordenar tutela cuando el Estado tenga condiciones materiales de hacer efectivo el derecho’, lo que significa que la tutela se vuelve simbólica. El Ministro parte de la concepción retórica de los derechos. Él cree que los derechos fundamentales deben estar en la Constitución, pero sin herramientas para hacerlos efectivos. Y que lo que hay que proteger y mantener es la inoperancia del Estado [...]”, y aseveró que: “El Ministro quiere una monarquía. Quiere un sistema autoritario, quiere un Estado sin controles reales” (Cfr. *El Tiempo*, 3 de agosto de 2003, pp. 1-21).

⁴ Véase Lopera (1999: 18). Allí se aborda la discusión en los siguientes términos: “[...] si todos son iguales ante la ley y no todos son iguales frente al mercado, al menos no sin la intervención del Estado-providencia, cabría preguntarse entonces ¿quién debe pagar los costos de la acción estatal cuando busca la justicia distributiva? [...] desde un enfoque contractualista [...] la acción redistributiva del Estado la financian sólo quienes pagan impuestos, es decir, sólo unos pocos ciudadanos, quienes no necesariamente son los mismos que reciben los beneficios. Ahora, si los que pagan al Estado y los que recibe sus beneficios no son los mismos agentes, ocurre que se fragmentan los intereses y se hace imposible la aceptación unánime de la política económica; así, aunque alcance el ideal de igualdad política el pacto social se resquebraja por motivos económicos”.

de la seguridad social, lo que en unos países más que en otros se tradujo en el aumento exponencial de la demanda judicial y en la acostumbrada explosión de litigiosidad. (Santos (2001b: 93).

Sin embargo, esta lucha judicial por derechos sociales cuenta con sus no muy desacertados críticos. Autores pertenecientes al movimiento de Estudios Críticos del Derecho o Critical Legal Studies (CLS), escépticos a las leyes, como Tushnet (2000: 111-159), denuncian que la indeterminación fundamental de los derechos (por su contenido sumamente abstracto) muestra cómo la gente del común percibe los derechos de forma abstracta, sin discutir sobre su contenido. Esta indeterminación fundamental ocurre porque los derechos tienen un contexto social de aplicación. Este contexto exige que para gozar de sus derechos, los individuos cuenten con recursos materiales y psicológicos, a fin de hacerlos efectivos. De lo contrario, el reconocimiento político o legal es una mera estratagema para obstruir el cambio social. En consecuencia, la posibilidad de emancipación a través de la acción política es socavada en razón de que los individuos centran sus expectativas en el reconocimiento y aplicación de los derechos, ya que la racionalidad capitalista va en contravía con la materialización de los derechos sociales.

En medio de las posiciones a favor y en contra de la intervención de los jueces en las decisiones económicas, existe una profunda lucha política coadyuvada por los mitos en los que se funda todo el sistema jurídico, como el del “imperio de la ley“. Un ejemplo claro de desmitificación del dogma del “imperio de la ley“ y de la inevitable intervención de los jueces en la economía es la teoría del “estado de cosas inconstitucional“.⁵

5

El “estado de cosas inconstitucional“ es una teoría novedosa creada por la Corte Constitucional a partir de cuatro fallos de tutela. Su principal virtud conceptual radica en su creación netamente doctrinal y jurisprudencial, sin haber sido obtenida de una aplicación clara e indiscutible de normas constitucionales o legales. Los elementos, consecuencias y finalidades concebidas para dicha declaratoria surgieron del análisis especial de los hechos, realizado por la Corte Constitucional y de una fuerza política al interior de la misma, capaz de establecer soluciones eficaces a la violación masiva y reiterada de derechos fundamentales. A diferencia de otros fallos de tutela, la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional“, además de contener una orden, es una declaración “predicable respecto de aquellas situaciones en las que se presenta una repetida violación de derechos fundamentales a muchas personas, lo cual no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales“ (cfr. Quinche, 2001: 24). En consecuencia, la solución adoptada en la decisión consiste en una orden plural que involucra a diversas autoridades públicas directamente relacionadas con la situación fáctica de la vulneración, con el

Todo este marco conceptual, que ha optado por revelar las hostilidades prácticas y teóricas del dogma del “imperio de la ley” y la inevitable función política de los jueces, aunado a la capacidad de influencia y modificación de la administración de justicia en todos los campos sociales, en especial el económico, asegura la inaplazable necesidad de implementar un plan investigativo con el fin de que la confrontación política sobre el sentido y alcance de la administración de justicia cuente con otro espacio propicio para encauzar reivindicaciones hasta ahora apabulladas por los detentores del poder económico, social y político en el país.

2. La globalización –o más bien las globalizaciones en curso–⁶ parece dejar atrás la posibilidad de un sistema de seguridad social fuerte y vigoroso que coadyuve al desarrollo nacional, y que se sustente a su vez en una estructura económica que garantice un empleo remunerado, estable y productivo. Por tanto, al tratar sobre las reformas de la seguridad social en materia pensional no se puede dejar a un lado el tema de la política salarial, ya que sin adecuados niveles de remuneración no hay capacidad de ahorro, ni el de una política laboral que garantice la estabilidad, pues sin ésta no hay fidelidad al sistema.

Este enfoque socialdemócrata ha sido rebasado en su aplicabilidad por la nueva realidad global, pues como lo aclara Santos,

(i) la exclusión social es un eufemismo para designar los efectos predatorios de la globalización económica neoliberal,⁷ y

(ii) el capitalismo inflige un daño sistemático a la mayor parte de las poblaciones del mundo, así como a la naturaleza y al medio

fin de obtener una solución estructural al problema. Antes del primer fallo en 1997, era claro que se daban situaciones en las cuales, bien pudo la Corte declarar el “estado de cosas inconstitucional”, pero hasta ese momento, utilizaba dos instrumentos procesales como la acumulación de procesos y las sentencias de reiteración de jurisprudencia. La doctrina del “estado de cosas inconstitucional” nace como respuesta a la insuficiencia de estos dos mecanismos, ya que las consecuencias de estos fallos involucraban únicamente a quienes habían iniciado y tramitado sus respectivas acciones de tutela.

⁶ Acerca de “los procesos de globalización”, véase Santos (2003: 167-242).

⁷ Esta crítica también se encuentra formulada por Bourdieu y Wacquant (2001: 41-42) en los siguientes términos: “El concepto emparentado de exclusión se emplea comúnmente, en Francia y en otros muchos países europeos (por influencia de la Comisión Europea sobre todo), en la frontera de los ámbitos político, periodístico y científico con funciones similares de deshistorización y despolitización. Lo que da una idea de la inanidad del esfuerzo consistente en retraducir una noción existente por otra más que dudosa”.

ambiente. Sólo una oposición unificada al capitalismo global puede reducir, si no eliminar, tal daño. (Santos, 2001c: 192 y 198)

No puede ignorarse que la ampliación de la cobertura del conjunto del sistema de seguridad social es un requisito *sine qua non* para disminuir las tensiones sociales. Esta ampliación no puede alcanzarse mediante la simple estrategia jurídica, puesto que el derecho no se presenta independiente de la economía y las fuerzas del mercado (Dezalay y Garth, 2002). En efecto, la vía jurídica de reconocimiento de derechos sociales encuentra un límite pragmático infranqueable: en forma independiente a lo que establezca el ordenamiento positivo, los derechos sociales se limitan materialmente a su viabilidad en términos económicos. De ahí que no se pueda asumir que el camino eficaz hacia la justicia social es el jurídico; no es posible saltarse el problema de la equidad ocasionado por el mercado y el de la justa distribución de los recursos.

3. La equidad no puede codificarse como un sistema de reglas, máxime si se tiene en cuenta la gran brecha que existe entre la regla y su conversión/aplicación en ley. En el mismo sentido, la idea de alcanzar la solidaridad por medio de un sistema de derechos resulta criticable en este marco: la solidaridad no se resuelve por vía *formal*, se requiere un acto efectivo suprajurídico (de contenido *ético*), en el plano del *comportamiento* económico-social, consistente en ceder los intereses propios en beneficio de un tercero con una determinada intencionalidad social.

En la sociedad posliberal, el debilitamiento del Estado de bienestar (Jessop, 1999: 100-134) se acompaña de (i) un declive en el contenido cierto de la norma y de la fuerza de la ley en su *rol* de regular/cohesionar; (ii) el fortalecimiento de una modalidad de Estado corporativo y el ataque a lo público y a la ley positiva; y (iii) el retroceso de la legalidad, pero también de la formalidad como instrumento de equidad y solidaridad. Este es el punto clave de *la formalidad en la ley*, con relación a las *ideas* de igualdad y solidaridad.

Aquí se encuentra la tensión entre la solidaridad como valor moral y la cuestión social como problema real. O también la tensión entre el derecho como ciencia social con una función histórica,⁸ esto es la búsqueda

⁸ Leal (2000: 9) advierte desde una postura de incertidumbre “científica” —mezcla de positivismo con posmodernismo— que: “en contraste con este novedoso panorama de indagación teórica y metodológica de las ciencias sociales [se refiere a “la costumbre multidisciplinar en ascenso de la de-construcción de los discursos”], ocurre que mientras no pierda dinámica la transición por la que atraviesa el mundo y no se decanten tendencias claras en términos de patrones alternativos que correspondan a nuevas formas de organización social, las ciencias sociales tendrán que apoyarse en

da del paradigma emancipatorio, y la economía “en sus variantes economía social *versus* economía financiera”. La noción de solidaridad da fundamento a la intervención del Estado, que junto a la técnica del derecho social como modalidad de esta intervención permite la intersección de lo civil con lo político. Esta situación se ejemplifica en el desarrollo histórico de la seguridad social, de sus avances y retrocesos, como resultado de los avatares del proceso social y político.

Este principio de solidaridad tiene sus orígenes en el movimiento obrero de ayuda mutua y en el naciente sindicalismo de la segunda mitad del siglo XIX. A finales del siglo XIX aparecen en Europa las bases de lo que se ha denominado el derecho social: leyes relativas a las condiciones de trabajo, y a la protección del trabajador en las diversas ocasiones en las que él pierde su capacidad de trabajar; como son los accidentes de trabajo, las enfermedades y la vejez (Rodríguez, 1999a: 197-224). Donzelot considera que “a nombre de este derecho social se hace una intervención creciente del poder público en las esferas de las relaciones civiles y privadas [...] el derecho social se presenta como la aplicación práctica de la teoría de la solidaridad” (Rodríguez, 1999a: 206).

La técnica capaz de garantizar la realización de este principio de solidaridad es el aseguramiento; sobre él se erige el manejo de la cuestión social. Como lo anota Pierre Rosanvallon

la aplicación del seguro a los problemas sociales permitiría salir de esas dificultades. Al pasar de la noción subjetiva de comporta-

parte en las antiguas teorías y en parte en las emergentes que han servido para identificar y explicar en los últimos lustros las tendencias de una transición que ha mostrado profundidad y persistencia. Sin duda, este navegar en aguas poco claras traerá fiascos y frustraciones, que no pueden ser muy diferentes a las que produjeron entusiasmos desmedidos con teorías que se creyeron providenciales en su capacidad de explicar todo lo divino y lo humano, como fue el caso de los neomarxismos”. Una postura que reconoce a la ciencia su capacidad comprensiva/transformativa de la sociedad se encuentra en Maturana (1997). Este autor sostiene que “la cuestión central que la humanidad enfrenta hoy en día es la pregunta acerca de lo que es la realidad. Y sostengo que esto es así, independientemente de si estamos enterados o no de ello, porque cada una de las cosas que hacemos como seres humanos modernos, como individuos, como entidades sociales o como miembros de alguna comunidad humana, supone una respuesta a tal cuestión como la fundación de un argumento racional que usamos para justificar nuestras acciones” (p. 14). Y se pregunta: “¿No es acaso el propósito último de una convivencia democrática, el de recuperar a la sabiduría como fuente de acción en un vivir cotidiano centrado en el mutuo respeto y la colaboración en la construcción de un mundo humano deseable en lo estético, lo material y espiritual para todos?” (148).

miento y de responsabilidad individual, a la noción objetiva de riesgo, el seguro invitaba a mirar lo social de manera diferente [...]. El enfoque en términos de riesgo, en efecto, remite en primer lugar a una dimensión probabilística y estadística de lo social (el riesgo es calculable) que permite relegar a segundo plano el juicio sobre los individuos. (Rodríguez, 1999a: 206-207)

A diferencia de la asistencia, el seguro social representa la ejecución de un contrato en el cual los ciudadanos y el Estado están igualmente implicados. Para este autor la universalidad del seguro y su carácter obligatorio lo convierte en social y

cumple entonces el papel de una especie de transformador moral y social. El seguro social funciona como una mano invisible que produce seguridad y solidaridad sin que intervenga la buena voluntad de los hombres. Por construcción, el seguro atañe a las poblaciones: al hacer de cada uno la parte de un todo, hace así interdependiente a los individuos. (Rodríguez, 1999a: 207)

Este paradigma asegurador se convertirá más tarde en una de las bases sobre las cuales se erigieron los Estado(s) de bienestar; la seguridad social integral se ocupará de los seguros de salud, económicos y se extenderá paulatinamente al desempleo. En esta perspectiva, la protección social hace parte de las nociones fundamentales de los Estado(s) social(es) de derecho y su evasión conduce a generar un clima de tensión social y de rompimiento de los acuerdos sociales.

La normatividad jurídica colombiana se ha inclinado a considerar que la financiación de la seguridad social, más que un impuesto a la nómina, es una manera de dar cumplimiento al artículo 11 de la Constitución, que dispone:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Bajo estas circunstancias, la profundización de las reformas estructurales y en particular las que hacen referencia a la flexibilización del mercado de trabajo y a la seguridad social, pueden conducir a que la 'exclusión' presente en el escenario laboral colombiano tienda a profundizarse.

De la mano de este salto entre la institucionalización de los derechos y las ideas de igualdad material y solidaridad, se presenta la existen-

cia de los derechos constitucionales como *letra muerta*. Respecto a los derechos sociales, esto parece acrecentarse debido a la inexistencia de las condiciones socioeconómicas (presupuestales) para garantizar su efectividad, como es el caso del derecho pensional.

En últimas, esto da al traste con la eficacia del derecho pensional como derecho social⁹ y pone en entredicho la capacidad del derecho de alcanzar cambios estructurales. A la par, esta incapacidad del derecho va de la mano con la incapacidad del régimen (y sus gobiernos) de tratar en términos políticos los grandes problemas nacionales –como la injusticia social– y su intento por compensar esta falencia mediante la juridización del mundo de la vida.¹⁰ La clase dominante y quienes tienen relevancia en el ejercicio del poder han optado por coexistir con los problemas antes que combatirlos a fondo, pues es más *funcional* convivir con los conflictos estructurales que intentar derrumbarlos (Palacios, 1995).

En este marco, “el fetichismo jurídico puede y debe combatirse [...]. La crítica del derecho conduce –debe conducir–, a desnudar su carácter fetichista, y a combatir la ideología jurídica desmitificadora” (Correas, 1998a, 173).

Entonces, una lucha contrahegemónica encaminada a transformaciones económicas no se ve agotada mediante la estrategia jurídica, y requiere además actuar en las dimensiones política y social. El fin emancipatorio –entendiendo por emancipación la superación del derecho positivo– no se puede alcanzar a través del derecho formal, y éste debe pensarse como instrumento para los movimientos sociales.¹¹

⁹ La eficacia alude pero no se limita a la mera intencionalidad del legislador. Para el caso del derecho pensional, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia será eficaz, si se evidencia una mayor y eficiente cobertura de la seguridad social.

¹⁰ En este marco, la excesiva juridización o colonización del derecho da cuenta de un escape político por parte del Estado, a la par que evidencia la instrumentalización del derecho por parte de aquél para legitimarse y *responder* a las diferentes demandas sociales, mediante su uso simbólico. Véase Santos (2001b: 85-150).

¹¹ Véase Uprimny y García Villegas (2002: 330). Este texto es el resultado de una investigación respecto al potencial emancipatorio del tribunal constitucional en este país, y da cuenta de que: “una mayor efectividad emancipatoria de las decisiones progresistas de la Corte se consigue cuando se combinan los siguientes factores: decisiones judiciales –remediales–, preferentemente de no hacer (prohibiciones), recibidas en contextos o auditorios consensuales, apropiadas políticamente por movimientos bien sea dispersos o bien sea comunitarios, los cuales adoptan la estrategia jurídica como parte constitutiva de su lucha política y de su identidad como movimiento y cuentan con vínculos internacionales de apoyo”. ¿Qué tan posible es que la Corte Constitucional sea una corporación del Estado capaz de promover la emanci-

La pregunta que se formula es la siguiente: ¿el activismo judicial, además de capaz, es el mecanismo adecuado para suplir esta falencia democrática colombiana? Aquí se insiste en los efectos contraproducentes de la creencia en la capacidad emancipadora del derecho pues éste se asume y presenta como una verdadera herramienta de emancipación social, cuando su poder de emancipación es restringido. El activismo judicial debe estar entonces apoyado por un respaldo político, encargado de producir cambios significativos y perdurables. El activismo judicial obtiene cambios.¹² Pero estos devienen en obsoletos cuando no están complementados con una lucha política emancipadora efectiva. No se puede dejar de lado que este sueño activista constitucional puede algún día tornarse en una verdadera pesadilla, cuando llegue el día –que parece estar llegando– en el que una mayoría de magistrados conservadores o –si por causa de un activismo bien intencionado pero desmedido y no estratégico– una mayoría opositora clausurase la instancia de la Corte a través de una reforma constitucional.

pación social utilizando al derecho, generalmente tratado como herramienta de la dominación hegemónica? Son varios los casos que perfilan una esperanza al trabajo activista de la Corte: la jurisprudencia sobre indígenas, derechos de los homosexuales, movimientos sindicales y algunos fallos sobre situaciones económicas, como la de los deudores de préstamos de vivienda empeñados al sector financiero en el caso de la UPAC. En relación con los dos últimos temas, las controversias y renuencias han sido varias por diversos sectores sociales. No se comentará aquí el contenido de estos fallos pero sí se cuestionará la posibilidad que este activismo logre cambios significativos que perduren. En algunos casos se puede aceptar que los fallos progresistas desestabilizan el sistema y provocan situaciones menos desfavorables que las previas. ¿Acaso el problema de la UPAC fue solucionado al ser sustituido por el sistema UVR?

En el trabajo de los profesores Uprimny y Villegas se propone que el escenario político en Colombia no ha facilitado la lucha a favor de los intereses sociales, tomando como ejemplos críticos el exterminio de los miembros de partidos políticos de la izquierda: “Al desarraigo social de la política que caracteriza la totalidad del subcontinente, se suman tres elementos agravantes íntimamente conectados: 1) el relativo fracaso de los intentos gubernamentales de profundización de la democracia social, tanto por la vía de la reforma agraria como por la vía de los derechos sociales; 2) la desvalorización del sistema democrático como consecuencia de su militarización a través del estado de excepción y su carácter político fuertemente excluyente y clientelista, y 3) la estrecha relación que existe en Colombia entre el desarraigo del discurso político y violencia a través de la historia política nacional” (pp. 303-304). De igual forma, véase Escobar (1992).

12

Dueñas (2003: 81) anota que: “el enfrentamiento del derecho a la seguridad social versus el sistema de la seguridad social, ha permitido el activismo judicial. Existe un acumulado importante de jurisprudencia garantista, que no se puede dejar de lado”.

Esto presupone además la construcción de sujeto político y una esfera de democracia y discusión para la solución de los conflictos sociales, derrocando así la superficialidad de la actual democracia (Habermas, 1998: 340-361) y la creciente tecnocracia.

El problema *sociojurídico* consiste entonces en cómo lograr una atmósfera política para que la justicia sustantiva legitime el orden social y contribuya a la transformación del Estado.¹³ Con el desplome del Estado de bienestar y el avance de lo *cosmopolita* se produce un impacto en el papel del derecho y en la interpretación y aplicación de la ley; en este marco es imperativa la construcción de organizaciones políticas fuertes que en un contexto democrático faciliten el trámite de proyectos como el pensional (Ossa, 2001). Esto, para superar así los sesgados enfoques económicos que

suelen esconder determinadas ideologías basadas en el individualismo a ultranza, e implican una decisión de organización política de la sociedad, que solamente a ésta, democráticamente, compete tomar sin determinismos falsamente técnicos. (Jiménez, 1999: 82)

Y en esta labor, el consenso representa un fin irrenunciable, pues sólo su búsqueda puede superar la fragmentación social hoy existente (Habermas, 1998: 105-146), dando predominio a la sensatez, la solidaridad y la justicia social. Se requiere un consenso para definir los contenidos de los cambios: hay que determinar la forma de proceder, los mecanismos que se van a aplicar y la capacidad de afectados y beneficiarios para adaptarse a los cambios propuestos. Las propuestas van a recibir presión para minimizar el número de perdedores y maximizar el número de ganadores. Es allí donde se edifica el consenso.

El debate muestra que es imposible desprenderse de la ideología. El esfuerzo debe tender, más bien, a no perder, desde las distintas posturas ideológicas, una noción de realidad y de sentido práctico para precisar aquello que *argumentativamente* es viable por la vía de la concertación y el diálogo.

¹³ Cárdenas (1993: 257) anota que: "El criterio de justicia social asume como función propia la satisfacción plena de las necesidades humanas. La alternativa de desarrollo integral no es otra que la generación de desarrollo sostenible que involucre el componente económico y el componente social. Esto es, la generación –de manera paralela e integrada– de un proyecto político que democratice la sociedad, con un proyecto económico que asegure las condiciones de crecimiento que permitan garantizar la generación de excedentes adecuados, canalizados a través del sistema tributario, para la realización de la política social, entendida como el instrumento para garantizar un 'orden político, económico y social justo'".

En Europa, la presencia de los fondos privados en el régimen pensional es simplemente complementaria. Sin embargo, en Latinoamérica y en los países del antiguo “bloque soviético” ha proliferado el enfoque de las privatizaciones, con la disculpa de racionalizar el sistema, bajo el pretexto de hacer retroceder la presencia del Estado.

Si ese propósito neoliberal no puede ser neutralizado por el Estado de bienestar que ha hecho de la seguridad social su bandera, entonces la conclusión es elemental: por más de que lo diga la Constitución Política, la verdad es que el Estado social de derecho no logró una configuración real. Y ante esta realidad queda abierto el debate sobre la posibilidad del socialismo como antídoto al capitalismo salvaje (Bobbio, 1987; Singer y Machado, 2000; Herrera, 2002). Por consiguiente, en aras de avanzar hacia la construcción del Estado social de derecho, cualquier reforma a la seguridad social debe sacarla de la camisa de fuerza del mercado y ponerla al servicio del hombre y su dignidad.

4. Aquí se explica y reconoce la incapacidad del régimen social capitalista, establecido en Colombia para atender las reivindicaciones sociales y sobre todo para concretar los derechos humanos. Se considera que por su misma naturaleza, el régimen está en total imposibilidad de realizar de manera efectiva los derechos fundamentales y los derechos humanos. Es más: algo consustancial a este régimen es la violación sistemática de los derechos humanos. En verdad, al régimen no se le puede pedir sino lo que vive Colombia. Se requiere construir *otro* régimen para lograr la plena realización de los derechos humanos fundamentales.

El profesor Boaventura de Sousa Santos afirma que Colombia padece cinco conflictos estructurales,¹⁴ a saber:

¹⁴ Santos (2001c, pp. 199-201) precisa que “los conflictos estructurales son los lugares sociales del daño sistemático generado directa o indirectamente por el capitalismo global en su interacción con sociedades locales, regionales o nacionales”. La creencia en el derecho por parte del profesor De Souza Santos le amilana su vocación poscapitalista (obsérvese el cuidado de no utilizar el término anticapitalista y cómo denomina “disputas” al fenómeno de la lucha de clases): “Cuando las condiciones políticas y económicas son tales que los conflictos estructurales suprimen en lugar de provocar disputas judiciales, el acceso al derecho y a la justicia (...) implica la promoción activa de las disputas. En otras palabras, debe dirigirse a la demanda reprimida de justicia. En este caso, un sistema judicial posliberal debe ser construido socialmente tanto como un mecanismo de solución de disputas como de creación de las mismas”.

Al respecto, véase Bastida (2000, pp. 134-135), donde se explica que:

(i) El conflicto de la tierra que involucra a los terratenientes y a los campesinos pobres y desposeídos. ¿Ese conflicto estructural puede ser resuelto por este régimen?

(ii) El conflicto capital-trabajo que involucra a los trabajadores y empleadores rurales y urbanos. ¿Qué capacidad tiene el régimen para resolver este problema? O ¿este régimen puede obviar el impacto de la economía global que tiende a agudizar el conflicto entre el capital y el trabajo?

(iii) El conflicto en torno a la biodiversidad y a los recursos naturales que involucra al Estado, a las corporaciones multinacionales y a las comunidades campesinas, indígenas y negras. ¿Cuál ha sido la capacidad de las autoridades ambientales para atacar este problema?, ¿cuál es el manejo de los químicos para la deforestación en el marco de la política antinarcóticos?

(iv) El conflicto en torno a la diversidad cultural que involucra al Estado, a las personas de descendencia europea y a sus organizaciones y a las comunidades indígenas y negras.

(v) El conflicto sobre el monopolio de la violencia que hace décadas opone al Estado con los opositores políticos armados que en general se pueden designar como para-Estado.

Frente a estos cinco problemas estructurales de Colombia, ¿está el actual régimen en la posibilidad de darles una salida civilizada?

Es inocultable que hay tensiones importantes entre el capitalismo neoliberal y la democracia liberal, en especial cuando el primero genera

el poder jurídico, como todo poder, comienza siempre por la ilegitimidad. Alguien asume el mando y afronta una tarea perentoria sin ofrecer título alguno que le permita obrar según lo hace. En esto existe una indistinción absoluta entre el derecho y la pura fuerza. Sólo cuando la fuerza se institucionaliza mediante la estabilización de las personas que ejercen la autoridad puede empezar a hablarse de auténtico derecho. Claro que hay que tener en cuenta que las razones que explican la transición del primer al segundo paso son absolutamente irracionales. La tradición, el rito y la sacralización son los factores que alumbran la transformación de lo fáctico en normativo. Y agrega, para mayor claridad, que: “la violencia se halla en el origen mismo del poder y es, por tanto, el punto de partida de todos los regímenes. Lo que ocurre es que los regímenes establecidos han dejado ya detrás, a sus espaldas, la violencia primaria, elemental, desnuda; tan lejos que han podido arreglárselas para olvidarla. Más aún: han conseguido transmutarla en su opósito. Naturalmente, siguen apelando a la violencia que no se reconoce como tal porque se ha institucionalizado y autojustificado por la Ley”.

distribuciones altamente inequitativas de bienes y de ingresos, y abruptos desplazamientos sociales. En conclusión, la forma como se expresa el capitalismo global en Colombia es la causa fundamental de esta crisis y, por tanto, es necesario pensar en formas emancipatorias “poscapitalistas” que permitan resolver estos problemas estructurales.

5. La investigación adelantada acerca del impacto de la globalización financiera en un sistema pensional nacional muestra que la competencia mercantil tiende a impedir la aplicación del principio de solidaridad. El plan de trabajo ejecutado sobre el tema propuesto evidenció que el reconocimiento formal del principio de solidaridad como una categoría social se encuentra en conflicto con el derecho privado comercial en el contexto de la dinámica especulativa del capitalismo monopolista financiero internacional.

En la realidad socioeconómica se presenta un conflicto entre (i) la aplicación del principio de solidaridad y (ii) el derecho comercial, toda vez que éste se encuentra sujeto al manejo global de la economía de libre mercado, que prioriza el negocio financiero regulado por la *lex mercatoria*,¹⁵ sobre el derecho pensional como expresión del derecho social inspirado en la idea moral de solidaridad.

¿Por qué razón el principio de solidaridad como expresión constitucional de los derechos sociales pierde eficacia en el ejercicio del derecho pensional en el contexto de una economía global financiarizada?¹⁶

¹⁵ Consúltese Santos (1998: 104-105) para una explicación sobre el significado de la *lex mercatoria*.

¹⁶ Santos y García (2001a) explican en el marco de su concepción del “fascismo social” que: “la quinta forma de fascismo social es el *fascismo financiero*. Esta es quizás la forma más virulenta de sociabilidad fascista y merece, por ello, una referencia más detallada. Es el fascismo imperante en los mercados financieros de valores y de divisas, y de la especulación financiera. Es todo un conjunto que hoy se designa como ‘economía de casino’. Esta forma de fascismo social es la más pluralista en la medida en que los movimientos financieros son el producto de decisiones de inversores individuales o institucionales esparcidos por todo el mundo y además, sin nada en común fuera de su deseo de rentabilizar sus activos. Por ser el más pluralista es también el fascismo más virulento debido a que su espacio-tiempo es el más refractario a cualquier intervención democrática” (pp. 32-33), y aclaran que: “El fascismo financiero en sus varias formas y ámbitos es ejercido por empresas privadas cuya acción está legitimada por las instituciones financieras internacionales y por los Estados hegemónicos. Son un fenómeno híbrido para-estatal o supra-estatal con un gran potencial destructivo: lanzar a países enteros al estado de naturaleza, o sea, de exclusión sin remedio” (p. 35), para precisar que: “Desde mediados de la década de los ochenta hasta 1996, la economía colombiana fortaleció el sector financiero, la especulación y la llamada –economía de casino–, todo ello en detrimento de los llama-

La solución de este problema toma como trasfondo la relación entre la ética, la economía, la sociedad y el derecho, y el papel de mediación objetiva que cumple *lo político* en este complejo entramado.¹⁷ A partir del reconocimiento de la forma en que las tendencias económicas predominantes favorecen el capital financiero se analizó su expresión en el ámbito jurídico para percibir un fenómeno en virtud del cual se produce un realindamiento a favor del derecho comercial de seguros *versus* el derecho al seguro social, en este caso, en materia pensional.

En la perspectiva de la teoría moral fue posible constatar un avance del individualismo y la pérdida de influencia de la idea regulativa de la solidaridad y de la igualdad. Para tal efecto se apeló a la teoría crítica del derecho para sustentar que no es posible sustituir la movilización social y la organización política para cumplir el propósito de realización de los derechos sociales.

dos sectores reales de la economía" (p. 46).

17

Para diferenciar "lo político" de "la política", véase Châtelet *et al.* (1977: 17-18), donde se explica que "lo político –en cuanto escenario y en cuanto terreno– suele quedar –olvidado– por los filósofos, los teóricos políticos y hasta por los agentes políticos. La razón de ese olvido es una confusión (introducida –consciente o inconscientemente– por quienes de ella se benefician) entre lo político y la política. En verdad, la eminencia de lo político está reprimida, si bien invocando una instancia privilegiada, tanto desde el punto de vista teórico como del práctico, [por] la política. Y la política equivale aquí al Estado (o su expresión, el poder). A todo gobierno efectivo –y todos rápidamente, se rodean de la garantías de la ley– le interesa, en la medida en que ejerce un poder de clase, negar la idea de que la existencia de cada cual es, de parte a parte, política, y que no hay terrenos reservados: para éste, el económico; para aquél, el político; para ese otro, el ideológico [...]. Por el hecho de estar omnipresente, lo político no tiene lugar propio. Siempre está desplazado –como objeto de reprobación, de represión o de contención– para quienes se han arrogado el derecho a juzgar, con "competencia", las justas conductas colectivas. Debido a su gran fuerza, lo político es lo que han impuesto como instancia militante los marxistas decididos, cualesquiera que hayan sido sus contradicciones y sus divergencias estratégicas. [...] el marxismo se apoya al principio en una crítica de la política. Y ello, no sólo en cuanto el Estado (burgués) es el lugar y el instrumento, en todos los terrenos –desde la familia y la educación a la organización del trabajo–, de la represión ejercida por la clase dominante, sino asimismo en cuanto viene impuesto como realidad exterior y superior, como *trascendencia*, como fetiche. En realidad, la actividad política es una operación general de fetichización: instala –como si fuesen unos procesos normales de regulación– unas "realidades" dotadas de poderes misteriosos y, en especial, con la capacidad de definir o de expresar el interés general [...]. Esas realidades no existen: las impone un sistema, y las ejercen hombres de carne y hueso, estrechamente ligados con este sistema. Esta crítica de la política –falsedad real y activa– en nombre de *lo político*, es constitutiva del marxismo".

6. El enfoque jurídico-formal tradicional no contempla la relación entre la economía y el derecho. *Contrario sensu* del enfoque jurídico-formal puede encontrarse otro económico-financiero que, a su vez, tampoco tiene en cuenta la dimensión jurídico-social. Es preciso advertir la necesaria consideración acerca de la forma de organización socioeconómica que puede dar sustento efectivo al derecho a la seguridad social. El tipo de literatura jurídica que circula en Colombia poco aporte hace a la crítica de la institucionalidad capitalista vigente que, como se sabe, hace nugatorio el reconocimiento *formal* universal de los derechos sociales.¹⁸

La respuesta que aquí se sustenta es que las transformaciones que tenga el mercado de trabajo, por efecto de la economía globalizada, afectan de manera directa el sistema de seguridad social y el ejercicio del derecho pensional, lo cual no hace posible la *construcción* de un real principio de solidaridad.

Esta respuesta se apoya en el siguiente razonamiento: la regulación de este sistema se construye en Colombia a partir de la técnica del aseguramiento, que si bien tiene como sustento el principio de solidaridad, protege sólo a quienes se vinculen a la economía laboral mediante un contrato de trabajo. Esta es la base del actual régimen contributivo, diseñado

¹⁸

Una postura en el marco de un Estado liberal en pro de la universalización de los derechos sociales se encuentra en Botero (2003: 10-119). El profesor Botero considera que: "Sin una efectiva protección social de los derechos económicos, sociales y culturales, la colectividad, representada por el Estado, no se encuentra legitimada para exigir nada a quienes nada ofrece. Al no ser capaz de garantizar dicha protección, el contrato social que supuestamente funda la convivencia en sociedad mediante una carta de derechos y deberes se concreta en la práctica sólo en exigencia de deberes en una sola vía, pues el Estado no se dota de los medios para garantizar a sus asociados ese mínimo sin el cual no es posible ser ciudadano, y apenas ser humano"; y agrega: "Una efectiva protección social tiene como condición *sine qua non* que la sociedad sea lo suficientemente eficiente en su economía para financiarla, pero los diagnósticos muestran que dicha eficiencia económica no se puede lograr sin una extensión masiva de la protección social". Para ello recoge la propuesta "de un sistema social innovador que comienza por acentuar el carácter universalista y solidario de la cobertura social, organizando en su base un zócalo de derechos mínimos garantizados sin condición, es decir, independientes y desconectados del empleo. Y para garantizarlo se piensa en la posibilidad de un ingreso acordado a todos los ciudadanos". En el mismo sentido, *cfr.* Uribe López (2002: 19), quien plantea que: "La principal política social es una política económica favorable a la producción y a la inclusión mediante el empleo y las garantías de ingresos. Sin generación de valor agregado nacional y de empleo masivo, es prácticamente inviable la refundación de un sistema de seguridad social que tienda hacia la equidad y la universalidad" (p. 19).

tanto para salud como para las pensiones, y regula la cobertura de riesgos profesionales. De este último sistema ha quedado excluido el sector informal; con el aumento de los microempresarios y los trabajadores por cuenta propia, la afiliación a las administradoras de riesgos profesionales se ha estancado.

Por su parte, el régimen pensional colombiano está atravesando por una situación de crisis. Su cobertura no se ha mejorado sensiblemente después de la expedición de la Ley 100 y es la más baja del conjunto del sistema de seguridad social; la evasión y la elusión, características de este sistema, se presentan con mayor protuberancia en pensiones; sus recursos no han logrado fortalecer el mercado de capitales, soportando en parte la crisis fiscal. Este régimen no está llegando a los trabajadores informales que constituyen el 60% de la población económicamente activa, pese a los limitados esfuerzos que en tal sentido realiza el fondo de solidaridad.

Aparte de la herencia de la forma como se construyó el sistema pensional, en el cual los trabajadores del sector público no hicieron los respectivos aportes, el incumplimiento del Estado con los recursos contemplados en la Ley 90 de 1946 –los procesos de corrupción están generando un desajuste en las finanzas públicas–, en el entorno territorial una buena parte del presupuesto se destina a cancelar las mesadas a los pensionados y la expedición de los bonos pensionales –que surgen de convertir una deuda social en privada– va a aumentar la crisis fiscal.

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991, la seguridad social no es un privilegio de la clase trabajadora o asalariada sino que este derecho es inherente a toda persona dentro del Estado colombiano, porque la norma fundamental señala la universalidad respecto a todos los habitantes, estén o no trabajando. En las normas internacionales, la seguridad social se contempla como un derecho esencial a la dignidad humana. La Corte Constitucional a través de su doctrina ha efectuado un reconocimiento al principio de solidaridad como un elemento esencial del sistema de pensiones, que se asume como un servicio público a cargo del Estado. Si la sociedad y la familia no concurren a la prestación de este servicio, son el Estado y sus instituciones sociales los que deben cumplir con este fin social.

La flexibilización laboral, los aumentos en la temporalidad en el empleo y la alta rotación de los trabajadores han conducido a que cada día tengan mayor presencia los afiliados inactivos, es decir, quienes tienen más de seis meses sin cotizar, que para los fondos privados de pensiones representa más de la mitad del total de la afiliación. El funcionamiento del

mercado laboral conduce a que menos de una quinta parte de las personas de la tercera edad tengan derecho a una pensión.

El manejo de una proporción significativa del ahorro nacional, representado en las reservas del régimen pensional, es un asunto de alta sensibilidad social y política. La historia de la seguridad social muestra cómo en diversas oportunidades se ha construido información para avalar proyectos que no siempre toman este régimen como parte de la política social. A propósito de la expedición de la Ley 100 de 1993 se vaticinaba el fracaso inmediato del sistema de reparto; otros estudios, como el realizado por la OIT en marzo de 1998, difieren sustancialmente de las proyecciones financieras evocadas ante el Congreso y la opinión nacional para sustentar una reforma pensional, que se asume más como una reforma de corte financiero que una en el ámbito de lo social.¹⁹

En general, estas reformas se reclaman del progreso técnico, dictadas por la razón o el sentido común (siempre se hace mención a los estudios técnicos) y en últimas en lo que se está pensando es en la reestructuración de las formas de trabajo propias de un capitalismo salvaje. Estos cambios se hacen en nombre de la eficiencia del mercado o en nombre de los más pobres, pero sus resultados finales son el incremento de la pobreza, los aumentos de las desigualdades y la protección a un capital especulativo que tiene ahogada la economía nacional.

La experiencia internacional señala la concentración como una característica inherente a los fondos privados de pensiones. En la situación colombiana, los grandes grupos económicos controlan más de las dos terceras partes del mercado, y por medio de las redes sociales que han instituido se monopoliza aún más la economía, generando un proceso no transparente para el ejercicio de la democracia. De contera, la tendencia al descenso en la rentabilidad de estas instituciones financieras ha generado una brecha pensional que conjetura una jubilación con un ingreso equivalente al 60% de su salario, después de haber cotizado durante 32 años.

Tanto la flexibilización laboral como el ávido interés por privatizar la seguridad social en pensiones responden al proceso de financiarización en que se encuentra sumida la economía, que en un primer momento se manifiesta por un ambiente de especulación financiera. Su consolida-

¹⁹

Dueñas (2003: 173) considera que: "La llamada crisis pensional obedece entre otras causas a aspectos financieros, pero de ahí no se deduce que se deban afectar los derechos de las personas. Tratar de dar soluciones mirando solamente en sentido económico, desconoce el carácter humano y jurídico de las pensiones".

ción opera cuando se presenta un diferencial de rentabilidad entre el sector productivo y el sector financiero, lo cual induce a que las empresas disminuyan sus inversiones en la actividad principal para incrementar las inversiones financieras; esto se traduce en crecimiento insuficiente de las inversiones en la mayoría de las economías latinoamericanas. El control de las reservas se convierte en una estrategia para apalancamiento del capital financiero.

En un enfoque estrictamente demoliberal, el acceso a la seguridad social es un pivote para el ejercicio de los derechos sociales garantizados por la Constitución de 1991, que junto con los derechos políticos y civiles constituye el nuevo concepto de ciudadanía social. Este contenido jurídico tiene desencuentros con la práctica y la cultura política propias de la realidad en América Latina, donde el dominio de lo público se confunde frecuentemente con lo privado; la asistencia social, como forma de gestión de la política social, favorece el desarrollo del clientelismo, el cual se ha convertido en un rasgo protuberante del régimen subsidiado.

La ampliación de la cobertura del conjunto del sistema de seguridad social es un prerrequisito *sine qua non* para disminuir las tensiones sociales; la evasión y la elusión deberían tener un tratamiento similar al impuesto actualmente por la administración de impuestos a quienes con subterfugios no los cancelan. En esta perspectiva, la financiación del sistema toma el sendero de las transferencias sociales, el cual estaría ligado a un “nuevo contrato social” que se impondrá en Colombia en un proceso en el que la búsqueda de la equidad es considerada una de las bases en el loable propósito de lograr la paz sin injusticia social.

El plan de investigación que aquí concluye se orientó a explicar por qué razón el principio de solidaridad como expresión constitucional de los derechos sociales pierde eficacia en el ejercicio del derecho pensional en el contexto de una economía financiera globalizada.

El estudio realizado ubica el principio de solidaridad como basamento y a la vez expresión de los derechos sociales en la institucionalidad propia de un Estado liberal. Los alcances y límites en el Estado colombiano se observaron en el detalle, a partir de la interpretación y la doctrina en materia de seguridad social por parte de la Corte Constitucional. Se profundizó en la noción de los derechos sociales, en la naturaleza jurídica y en los componentes y características de los derechos sociales fundamentales.

Se efectuó un análisis del derecho pensional respecto a las transformaciones del mercado laboral, así como del objeto del sistema pensional y sus características para precisar la realidad del derecho pensional en

el ejercicio de la globalización financiera y la influencia de las tendencias mercantilizantes, intentando formular una propuesta para una solución estructural.

7. El sistema pensional en Colombia es un caso único en el mundo porque contempla el esquema de capitalización individual, que resta de modo excluyente los afiliados a la seguridad social y traslada al sector privado las contribuciones que vienen haciendo los empleados y trabajadores al seguro social que decidan trasladarse a los fondos. En otras palabras, las contribuciones forzosas no se pueden efectuar en apoyo de ambos esquemas y los asegurados individualmente deben seleccionar uno de ellos. Así, dos sistemas que en los países avanzados funcionan como complementarios, en Colombia deben operar con carácter competitivo.

El que la contribución forzosa de empleadores y trabajadores deba constreñirse a un esquema con exclusión del otro, en el ámbito individual, elimina la posibilidad de pertenecer paralelamente a los dos esquemas que en el mundo no son excluyentes sino complementarios. Pero, sobre todo, resulta inequitativo el hecho de que las contribuciones antes impuestas para el financiamiento de la seguridad social sean transferidas a los aseguradores privados en una proporción que fractura la estabilidad del sistema de seguridad social, al dejarla huérfana de afiliados, con el señuelo de los intereses devengados capitalizados en cuentas de ahorro individuales. Así se reducen las potencialidades de la solidaridad intergeneracional, y la solidaridad intrageneracional es casi simbólica.

Los esquemas pensionales de fondos administrados por los empresarios o por sociedades privadas con ánimo de lucro, que generan retornos reales a los ahorradores individuales, en la actual coyuntura están siendo objeto de una buena acogida dondequiera, no sólo por parte de éstos sino de los empresarios privados y de las élites políticas. Estos planes complementarios actualmente gozan de popularidad en los países ricos, donde están en auge, no obstante los descalabros de los años setenta. En ellos prácticamente toda la población asalariada disfruta de la pensión básica del seguro social.

El servicio del sistema de seguridad social en Colombia, en materia pensional, se ha visto afectado por varios hechos: la baja participación comunitaria, la carencia de políticas estatales en materia de seguridad social y el tímido impulso que la sociedad civil le ha dado al control ciudadano en relación con los servicios de salud y al fondo de solidaridad pensional, así como los planes gubernamentales para la generación de empleo, fenómenos que han redundado en la configuración de una insípida y endeble democracia económica.

8. Así planteada la eficacia de los derechos sociales en Colombia, se puede concluir que la Constitución Política de 1991 consagró una carta de derechos sociales, económicos y culturales que se caracteriza por su amplitud y generosidad, así como por la creación de mecanismos judiciales para su protección. Sin embargo, esta judicialización de derechos sociales no es obligatoria en todos los eventos: a diferencia de la Constitución de 1886, que simplemente consideraba los derechos sociales como normas programáticas,²⁰ la Constitución de 1991 consagró el carácter normativo de tales derechos. No obstante, su efectividad sólo se predica en ciertas circunstancias, definidas por la jurisdicción constitucional, en las cuales se presenta una conexión entre éstos y los derechos clásicos de libertad.

La jurisdicción constitucional determina que en estos casos existe conexión entre derechos sociales y derechos de libertad (civiles de primera generación). En esta delimitación conceptual intervienen elementos políticos, morales y económicos de difícil sistematización. Los criterios económicos juegan un papel determinante para restringir la efectividad de los derechos sociales prestacionales. La disponibilidad presupuestal es casi siempre una razón definitiva para negar la efectividad de tales derechos.

Los textos constitucionales sobre derechos sociales prestacionales se refieren esencialmente a políticas públicas, no a derechos subjetivos (De Lima, 1994). En otros términos: la suerte de los usuarios depende más de la disponibilidad de recursos y de la dinámica política entre el Ejecutivo y el Legislativo, que de la posibilidad que estos tienen de acudir a una autoridad pública para exigir sus derechos. En Colombia “como en buena parte de América Latina”, las cartas de derechos en materia social consagran esencialmente expectativas, no derechos subjetivos.

Las acciones judiciales para proteger derechos sociales prestacionales son eficaces para ciertos sectores de la población que se encuentran dentro de una relación prestacional dada e ineficaces para obtener una determinada prestación del Estado a partir de la carencia. En otros términos: la tutela judicial funciona efectivamente en relaciones de prestación de servicios y tiene un efecto mínimo para la población más pobre o excluida de los canales de prestación de tales servicios.

La jurisprudencia constitucional es muy generosa, por ejemplo en materia de educación, cuando se trata de asuntos disciplinarios o morales (relaciones profesor-alumno), pero es muy restrictiva en materia de salud

20

Derechos programáticos son aquellos que requieren un desarrollo legislativo para ser efectivos. Mientras el legislador no los desarrolle legalmente, no tienen carácter obligatorio.

o trabajo, cuando se trata de desempleados o de personas que carecen de servicio médico.

Los derechos sociales prestacionales no han servido para mejorar las condiciones de la población que más los necesita: aproximadamente 24 millones de habitantes en situación de “pobreza”, “marginalidad” o “exclusión” social. De acuerdo con los datos sobre el perfil del demandante contenidos en una investigación sobre tutela, esta insuficiencia se explica por dos razones: (i) la tutela no es utilizada por este sector de la población: la “exclusión” también incluye el uso del derecho como medio de protección, y (ii) la jurisprudencia es muy restrictiva cuando se trata de obtener una prestación a partir de la carencia total. La investigación referida muestra cómo la tutela es un mecanismo judicial *útil* para resolver los problemas de prestación de servicios públicos y privados que tienen usuarios de clase media y media baja (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996: 99 y ss.; García, 1996).²¹

La Corte ha sido progresista cuando aplica aquellos artículos de la Carta de Derechos que consagran los principios culturales y morales propios de una sociedad pluralista y tolerante. Estas normas han tenido un amplio desarrollo a través del principio de la igualdad (C. P., art. 13) y han producido cambios drásticos en numerosas autoridades públicas y privadas que tradicionalmente imponían tratos discriminatorios y abusivos.

Los derechos sociales prestacionales, en cambio, debido a su especial afectación de las competencias entre los poderes públicos, sólo han tenido una eficacia limitada y marginal. La Corte hace efectivos los principios y derechos sociales sólo en aquellos casos extremos, en los cuales el principio opuesto de estabilidad institucional derivado de las competencias entre los poderes públicos no aparece considerablemente afectado.

En términos generales, la Corte es más progresista cuando decide sobre la constitucionalidad de una ley sobre derecho social prestacional, que cuando resuelve un caso de tutela sobre un derecho social prestacional (García y Rodríguez (2001: 105). Esto se explica por el hecho de que mientras el control de constitucionalidad es objeto de una amplia aceptación en el derecho colombiano, la posibilidad de que un juez ordene una prestación económica específica, de tal manera que resulte afectado directamente un presupuesto o una decisión legislativa, es completamente ajena a la tradición colombiana y es vista como un elemento perturbador del sistema.

21

Un desarrollo y actualización de los estudios pioneros del Cijus sobre la tutela se encuentra en García y Rodríguez (2001: 423-454).

9. El propósito del constitucionalismo es administrar la polémica materia de la vida cotidiana, a fin de imponerle un orden racional, un esquema normativo que despliega principios y procedimientos de asignación de recursos y de solución de conflictos a través de múltiples niveles y sectores de la sociedad. Las cartas constitucionales o leyes fundamentales bien pueden ser obras de la razón, y su lenguaje aparece con frecuencia como el ejemplo arquetípico del discurso racional que describe las cosas como deben ser y no como son. Pero su dinamismo central, su energía es el conflicto civil, la batalla social mucho más que el contrato social.

El derecho mismo, a causa de su textura abierta (Hart, 1961: 21), debe ser visto en lo sucesivo dentro de una perspectiva estratégica opuesta a los enfoques contractualistas y funcionalistas aún dominantes en el reino de lo jurídico. De lo contrario, no es posible dar cuenta del carácter complejo, heterogéneo, rebelde de las relaciones sociales que el derecho pretende concertar. Tan sólo mediante una nueva concepción del derecho y del constitucionalismo, que se abre paso con lentitud en el mundo de las ciencias humanas, aparece factible captar la naturaleza intrínsecamente estratégica, es decir, posicional y relacional de lo social (Valencia, 1997: 19-20).

Contra la creencia subyacente de muchas escuelas de pensamiento jurídico, el derecho no es la paz sino la guerra, la guerra ritual. Y el dominio del derecho es el dominio de un saber polémico, una retórica estratégica, una gramática de y para la guerra civil que es la vida cotidiana. El culto al orden, al apelar sin tregua y sin pausa al círculo vicioso del reformismo constitucional y bloquear así el acceso del pueblo y de terceras fuerzas al Estado, ha transformado a Colombia en una sociedad violenta, que recurre una y otra vez a la guerra política (lucha bipartidista, bandidismo popular, guerrilla ideológica), en busca de participación en la distribución de poder, recursos, oportunidades y responsabilidades para todos.

Sin embargo, esta dinámica ayuda a comprender por qué el país no ha tenido una tradición significativa de caudillismo y militarismo, a diferencia del resto de Hispanoamérica, a menos que se acepte que el formalismo jurídico es tan sólo una forma sublimada de caudillismo (Valencia, 1997: 170-173).

En una sociedad como la colombiana, la Constitución suministra una serie de pistas indispensables para armar el rompecabezas del poder político. En ella los legisladores, que no han sido sino las voces y las manos de unos hechos, un pensamiento y una voluntad de sometimiento, han escrito los principios básicos con los que buscan dar legitimidad a un poder nacido de la usurpación y la degradación.

En Colombia, la necesaria ruptura entre la realidad y los principios de la democracia burguesa llevó a consagrar los artículos constitucionales y las normas que permiten vivir en un régimen de excepción, como los pilares de la vida jurídica. Por consiguiente, la Constitución no logró su vigencia política efectiva. En su reemplazo, la sinrazón militar impuso su particular código para resolver los conflictos de poder durante las guerras civiles, o para responder a la protesta popular a partir del Frente Nacional.

Esta situación obliga a los movimientos populares a conocer la Constitución y las leyes para poder avanzar, no porque en ellas encuentren su realización, sino porque integran uno de los puntos que por su ambigüedad forma el Talón de Aquiles del poder político dominante en Colombia.

La imposibilidad de cumplir su propia Constitución y de respetar las conquistas populares que ha asimilado y neutralizado, reduciéndolas a la categoría de norma, coloca al régimen ante la inevitable pérdida de legitimidad. Es un desgaste que tiene importantes repercusiones políticas, pues ayuda a desnudar la verdadera naturaleza de la opresión y favorece el fortalecimiento de una alternativa popular. En Colombia se sigue teniendo una Constitución que no se cumple, que no se puede cumplir, pero que si se cumpliera, lo único que lograría sería solidificar una sociedad sin perspectivas para los que actualmente no las tienen. A pesar de ello y como una paradoja, el hecho de su incumplimiento abre un terreno de lucha, al enfrentar el poder con sus propias incongruencias (Múnera *et al.*, 1986).

El espejismo constitucional tiende a desconocer la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido, a intentar birlar la tensión permanente entre las fuerzas transformadoras de la sociedad que no se dejan reducir a las normas, la reglamentación o los pactos, y las instituciones que emergen como un principio necesario para la convivencia y la estabilidad (Múnera., 2002).²² El proceso de 1991 –como los anteriores procesos constituyentes– relega a un segundo plano, ignora y excluye las fuerzas transformadoras de la sociedad. En consecuencia, el procedimiento de la representación política o de la participación institucional es necesariamente limitado e incapaz de cumplir su propia promesa: la construcción de un pacto general para la sociedad.²³

²² El profesor Múnera advierte que: “Ese híbrido jurídico que es la Constitución nacional [...] invita a no ignorar el escenario institucional como elemento de los conflictos sociales sin caer en la simple juridización de los mismos” (pp. 284 y 286).

²³ Rubio (1999: 35) explica que: “El término y el concepto de enajenación aparecen en

la literatura alemana con la importación de las teorías pactistas anglofrancesas. Al realizar el contrato social los hombres crean un poder que los domina, de tal modo que si toda sociedad es obra humana, las instituciones sociales, políticas, etc., se convierten necesariamente en poderes ajenos a los individuos. El hombre no puede vivir fuera de la sociedad organizada, pero constituyéndola hace nacer potencias que escapan ya a su control; se trata, pues, de un proceso necesario y la vida humana es, necesariamente, vida enajenada”.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTOS

- ABBAGNANO, Nicola (1996). *Diccionario de filosofía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- ABRAMOVIC, Víctor y COURTIS, Christian (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta.
- ACOSTA, Olga Lucía y AYALA, Ulpiano (2001). *Reformas pensionales y costos fiscales en Colombia*. Santiago de Chile: Cepal.
- AFANADOR NÚÑEZ, Fernando (1999). *El sistema pensional colombiano*. Bogotá: Legis.
- AGLIETTA, Michel (1998). "Le capitalisme de demain". *Notes de la Fondation Saint-Simon*, 101, pp. 34-41.
- (1999). "Capitalism at the Turn of the Century". *New Left Review*, 232, p. 49.
- AHUMADA, Consuelo (2002). *Cuatro años a bordo de sí mismo*. Bogotá: El Áncora Editores.
- ALESINA, Alberto (2001). *Reformas institucionales en Colombia*. Colección Libros de Cambio. Bogotá: Alfaomega.
- ALEXI, Robert (1997). *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- AMAYA, José Antonio y FORERO RESTREPO, Olga (eds.) (1999). *Ciencia y representación*. Bogotá: CES/Universidad Nacional de Colombia.
- AMIN, Samir (1993). *Capitalismo y sistema mundo*. Barcelona: Ediciones Lafarga.

- (1999). *Miradas a un medio siglo*. La Paz: Plural Editores/Iepala-CID.
- ARANGO, Rodolfo (2001a). “Protección nacional e internacional de los derechos humanos sociales”. En: Alonso, Manuel Alberto Alonso y Giraldo Ramírez, Jorge. *Ciudadanía y derechos humanos sociales*. Medellín: ENS.
- (2001b). “La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales”. En: *Revista de Derecho Público*, 12. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- (2002). “Promoción de los derechos constitucionales por vía de protección judicial”. En: *El Otro Derecho*, 28. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 103-122.
- ARCOS PALMA, Oscar (2002). “Universalización del sistema de pensiones”. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol) (mimeo).
- ARENAS MONSALVE, Gerardo, CERÓN CORAL, Jaime y HERRERA VERGARA, José Roberto (2003). *Comentarios a la reforma laboral y de seguridad social. Ley 776 de 2002. Ley 789 de 2002. Ley 797 de 2003*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- ARIZA, Natalia y BAQUERO, Jairo (2002). “Estructura sociolaboral colombiana y su relación con el sistema pensional”. En: *La reforma pensional que Colombia necesita*. Bogotá: Mesa de Trabajo de la Sociedad Civil sobre Reforma Pensional, pp. 71-118.
- ARRIGHI, G. (1999). *El largo siglo XX*. Madrid: Akal.
- ASPRILLA CORONADO, Guillermo (2002). “Bases para la construcción social de políticas públicas en Colombia”. Bogotá: Friedrich Ebert Stiftung en Colombia (Fescol), (mimeo).
- ATTAC (1999, 3 de abril). *El mundo financiero contra las jubilaciones*. Disponible En: <http://attac.org/>
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, J. (1993). *Marxismo y filosofía del derecho*. México: Fontamara.
- AVELLANEDA, Luis Carlos (2003). “La Ley 797/2003 convirtió la pensión de jubilación en ... pensión *post-mortem*”. En: *Una política popular contra el Referendo*. Bogotá: Partido Unidad Democrática, pp. 69-73.
- AYALA, Ulpiano (1992). “Un sistema pensional de capitalización individual para Colombia”. En: Uthoff, A. y Szalachman, R. (eds.). *Sistemas de pensiones en América Latina*, vol. 2. Santiago de Chile: Cepal/PNUD.
- BALDASSARE, Antonio (2001). *Los derechos sociales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 20. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BANCO MUNDIAL (1994). *Averting the Old Age Crisis. Policies to Protect the Old and Promote Growth*. Oxford: Oxford University Press.
- BARBEITO, Alberto y Lo VUOLO, Rubén (1992). *La modernización excluyente*. Buenos Aires: Unicef/Losada.

- BARCELONA, Pietro, HART, Dieter y MUCKENBERGER, Ulrich (1993). *La formación del jurista. Capitalismo monopolístico y cultura jurídica*. Madrid: Editorial Civitas.
- BARCELONA, Pietro (1996). *El individualismo propietario*. Madrid: Editorial Trotta.
- BASTIDA FREIXEDO, Xacobe (2000). *El derecho como creencia. Una concepción de la filosofía del derecho*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho 16. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERGALLI, Roberto y SILVEIRA GORSKI, Héctor Claudio (2001). "Pietro Barcellona y sus compromisos: de la política del derecho a la democracia como forma de vida". En: García Amado, Juan Antonio. *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati-Dykinson, pp. 437-467.
- BERMAN, Harold (1996). *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. México: Fondo de Cultura económica, p. 36.
- BERNAL AMOROCHO, Jesús (2002). "Pérdidas legales y económicas por la reforma laboral". Bogotá: Comisión 7ª del Senado de la República (mimeo).
- BLACKBURN, Robin (2000). "El nuevo colectivismo: reforma de las pensiones, capitalismo gris y socialismo complejo". En: *New Left Review*, 2, mayo/junio. Madrid: Akal Ediciones, pp. 21-82.
- (2002). "La debacle de Enrom y la crisis de los fondos de pensiones". En: *New Left Review*, 14. Madrid: Akal Ediciones, pp. 25-50.
- BOBBIO, Norberto (1987). *La democracia socialista*. Santiago de Chile: Ediciones Documentas.
- *et al.* (1988). *Diccionario de política* (suplemento). México: Siglo XXI Editores.
- (1990). "La Revolución Francesa". En: *Revista Foro*, 12. Bogotá: Ediciones Foro Nacional por Colombia, pp. 58-69.
- BONILLA GARCÍA, Alejandro y CONTE-GRAND, Alfredo (comps.) (1999). *Pensiones en América Latina. Dos décadas de Reforma*. Lima: Organización Internacional de Trabajo (OIT), 20 edición.
- BONILLA GONZÁLEZ, Ricardo (2001). "Pensiones: en busca de la equidad". En: *Revista Cuadernos de Economía* N° 34. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo BCIDB, Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia, pp. 308-335.
- (2004). "¿Qué los pobres paguen los errores del estado?". En: *UN Periódico*, 60, p. 8.
- BONOLI, Giuliano (1997). "Pension Politics in France: Patternes of Cooperation and Conflict in Two Recent Refor ms". En: *West European Politics*, 20(4), p. 118.

- BORON, Atilio (2003). "Justicia sin capitalismo, capitalismo sin justicia. Una reflexión acerca de las teorías de John Rawls". En: *Análisis político*, 49. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales / Universidad Nacional de Colombia, pp. 48-62.
- BOROWSKY, Martín (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 25. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOTERO, Juan José (2003). "Derecho al *trabajo* o derecho al *empleo*". En: *UN Periódico*, 47. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 10-11.
- BOTTOMORE, Tom (dir.) (1984). *Diccionario del pensamiento marxista*. Madrid: Editorial Tecnos S.A.
- BOURDIEU, Pierre y WACQUANT, Loïc J.D. (1992). *An invitation to reflexive sociology*. Chicago: University of Chicago.
- (2001). *Las argucias de la razón imperialista*. Barcelona: Paidós.
- BOYD WHITE, James (1998). "Economics and law: two cultures in tension". In: Kenneth G., Dau-Schmidt and Thomas S., Ulen. *Law and Economics Anthology*. Ohio: Anderson Publishing Co.
- BOYLE, James (1992). *Critical Legal Studies*. Aldershot: Dartmouth.
- BURGOS SILVA, Germán (2000). "El Banco Mundial y su análisis del derecho y el poder judicial. ¿De qué Estado de derecho nos habla el Banco Mundial? 1992-1998". En: *El Otro Derecho*, 24. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 47-95.
- (2002). "Derecho y desarrollo económico: de la teoría de la modernización a la nueva economía institucional". En: *Revista de Economía Institucional*, 7. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 174-199.
- BURITICÁ CÉSPEDES, Patricia (2003). "Con la reforma laboral y pensional aumenta el déficit democrático y crece la deuda social con las mujeres". En: *Cultura & Trabajo*, 60. Medellín: Escuela Nacional Sindical (ENS), pp. 39-45.
- CANTE MALDONADO, Freddy (2001). "Los derechos individuales examinados a través de interacción estratégica y transformaciones de preferencias". Investigaciones en curso N° 14. Bogotá: Doctorado de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Colombia (mimeo).
- CÁRDENAS RIVERA, Miguel Eduardo (1993). "Los trabajadores frente a los derechos económicos y sociales de la Constitución de 1991". En: Sarmiento Anzola, Libardo (coord). *Los derechos sociales económicos y culturales en Colombia. Balance y perspectivas*. Bogotá: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD)/Consejería Presidencial para la Política Social, pp. 229-266.

- (1996). “Colombia: crisis dentro de la crisis”. En: *Revista Foro*, 30. Bogotá: Ediciones Foro Nacional por Colombia.
- (1997). “La reforma de la seguridad social colombiana”. En: Ensignia, Jaime y Díaz, Rolando. *La seguridad social en América Latina: ¿reforma o liquidación?* Caracas: Editorial Nueva Sociedad, pp. 169-218.
- (2003). “Acerca del vínculo entre el Derecho, el Estado y la Democracia. A propósito de Habermas y su aporte a la metodología de la interpretación y aplicación del derecho”. En: *Utopía y Praxis Latinoamericana. Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, 20. Maracaibo: Universidad del Zulia, pp. 81-104.
- CASTLE, Barbara, DAVIES, Bryn, LAND, Hilary, TOWNSEND, Peter, LYNES, Tony, and MacINTYRE, Ken (1998). *Fair Shares for Pensioners: Our Evidence to the Pensions Review Body, Security in Retirement for Everyone*, pp. 32-35.
- CHÂTELET, François et al. (1977). *Los marxistas y la política*, t. I. Madrid: Taurus Ediciones.
- CIFUENTES (1994). “El constitucionalismo de la pobreza”. En: *Lecturas Constitucionales Andinas*, 3. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- CLAVIJO, Sergio (1998). *El nuevo régimen pensional colombiano y sus efectos fiscales: de las “joyas” de la corona a los faltantes de tesorería*. Bogotá: CEDE-Universidad de los Andes.
- (2002). “Monto del impuesto puro en la seguridad social colombiana”. Bogotá: Banco de la República (mimeo).
- CONDES SALGADO, Remigio (1989). *Pashukanis y la teoría marxista del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Congreso de la República (2001). *Gaceta del Congreso*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia (1 junio).
- Congreso Visible (2003). “La reforma del sistema general de pensiones”. En: *Congreso Visible. Observatorio Legislativo*, 12 y 13. Bogotá: Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política, pp. 10-11.
- Constitución Política de Colombia (1997). Bogotá: Comisión Colombiana de Juristas.
- Contraloría General de la República (1999). “Pasivo pensional: una bomba de tiempo”. En: *Revista Gestión Fiscal*, 12. Bogotá: Contraloría General de la República, pp. 8-28.
- CORREAS, Óscar (1993). *Introducción a la crítica del derecho moderno (esbozo)*. México: Triana.
- (1998a). *Sociología del derecho y crítica jurídica*. México, D.F.: Fontamara.
- (1998b). *Introducción a la sociología jurídica*. México, D.F.: Fontamara.

- CORSI OTÁLORA, Carlos Eduardo (2000). *La verdadera reforma en pensiones. Evaluación y proyección del sistema pensional colombiano a partir de la Ley 100/93*. Bogotá: Laicos por Colombia.
- CORTÉS, Mónica, ARCOS, Oscar y ASPRILLA, Guillermo (2003). "Impacto de la deuda externa en el derecho a la salud". En: Betancourt, Soledad *et al.* *En deuda con los derechos. Impacto de la deuda externa en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Asociación de Trabajo Interdisciplinario (ATI), pp. 165-166.
- CORTÉS RODAS, Francisco (2002). "Globalización y derechos sociales". En: Sierra Mejía, Rubén y Gómez Müller, Alfredo (eds.). *La filosofía y la crisis colombiana*. Bogotá: Taurus, Sociedad Colombiana de Filosofía, Universidad Nacional de Colombia, pp. 55-87.
- COTARELLO GARCÍA, Ramón (1988). "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar". En: Corcuera Atienza, Javier (ed.). *Derecho y economía en el Estado Social*. Madrid: Tecnos.
- CUEVAS, Homero (1998). *Proceso político y bienestar social*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DAHRENDORF, Ralph (1970). *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*. Madrid: Rialp.
- (1995). "El Estado Nacional". En: *Leviatán*, 61. Madrid, pp. 27-37.
- DAZA GAMBA, Enrique (2003). "La reforma pensional: fortalecer el capital financiero y pauperizar a los trabajadores". En: *Deslinde*, 32. Bogotá: Cedetrabajo, pp. 36-57.
- DELGADO, O. y CÁRDENAS, M. (1993). *La política social en Colombia: los casos de salud y pensiones*. Bogotá: Fescol, p. 22.
- De LIMA LOPES, José Reinaldo (1994). "Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema o judiciario no estado social de direito". En: Faria, J. Eduardo. *Direitos humaos, direitos sociais e justicia*. Sao Pablo: Malheiros.
- DEZALAY Ives y GARTH, Bryant (2002). *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. Colección En Clave de Sur. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA) / Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- DÍAZ GAMBOA, Luis Bernardo (2001). *Constitucionalismo social. Hacia un nuevo Estado social, democrático de derecho*. Bogotá: Instituto María Cano (Isaac).
- DUEÑASRUIZ, Oscar José (2000). *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- (2001). "La seguridad social". En: *Revista Trabajo y Derecho*, 37. Bogotá: Asociación de Abogados Laboralistas de Trabajadores, pp. 37-49.

- (2002). “Diez reflexiones sobre la reforma pensional”. En: *La reforma pensional que necesita Colombia*. Bogotá: Mesa de Trabajo sobre Reforma Pensional, pp. 145-161.
- (2003). *Las pensiones. Teoría, normas y jurisprudencia*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- DWORKIN, Ronald (1978). *Taking Rights Seriously*. Cit. Freeman, Mda. (1994). *Introduction to Jurisprudence*. Sweet and Maxwell.
- (1985). *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press.
- EAGLETON, Terry (1999). *Marx y la libertad*. Bogotá: Editorial Norma.
- ELSTER, Jon (1992). *Una introducción a Karl Marx*. México: Siglo XXI Editores, 2ª edición.
- ELSON, Diane (1998). “Socialization of the Market”, *NLR* 172, pp. 3-44.
- ESCOBAR, Arturo (1992). “Culture, Economics, and Politics in Latin American Social Movements Theory and Research”. In: Escobar, Arturo and Álvarez, Sonia (eds.). *Boulder the making of social movements in Latin America: identity, strategy and democracy*. Colorado: Westview Press.
- ESCUELA NACIONAL SINDICAL (ENS) (2001). *Reforma pensional*. En: *Revista Cultura y Trabajo*, 54. Medellín.
- ESPITIA, Jorge y BETANCOURT, Carlos (2001). “Equidad y manejo responsable de los recursos: no sólo de largo plazo se compone el problema pensional”. En: *Economía Colombiana y Coyuntura Política*. Bogotá: Contraloría General de la República, pp. 18-25.
- ESTÉVEZ, José Antonio (1994). *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta.
- FARÍA, Eduardo (2000). “Economía y derecho: en el cruce de dos épocas”. En: *Revista El Otro Derecho*, 24. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 11-45.
- FERNÁNDEZ CABRERA, Germán (2000). *¡Defendamos las pensiones! La verdad sobre la crisis. Conceptos y análisis sobre la reforma al sistema pensional*. Bogotá: Editorial El Globo S.A.
- FIORAVANTI, Eduardo (1976). *El capital monopolista internacional*. Barcelona: Ediciones Península.
- FISCHER, Stanley (2001). “Los retos de la globalización”. En: *El Espectador*. Bogotá, 24 de junio de 2001, pp. 2A-2B.
- FLÓREZ GARZÓN, Blanca Liliana (2000). “La inseguridad de la seguridad social en Colombia” En: Amaya Pulido, Pedro José (director del Proyecto). *Colombia un país por construir*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 469-487.

- Foodfirst International Action Network (1995). *Derechos humanos económicos. Su tiempo ha llegado*. Heidelberg: FIAN.
- FOUCAULT, Michel (1984). "What is Enlightenment?" In: *The Foucault Reader*. New York: Pantheon Book.
- (1992). *Microfísica del Poder*. Madrid: La Piqueta Editores.
- (1995). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- (1998a). *Vigilar y castigar*. México: Siglo XXI Editores.
- (1998b). *La genealogía del racismo*. Madrid: La Piqueta Editores.
- FRESNEDA Oscar, CÁRDENAS, Miguel Eduardo, SARMIENTO Libardo y GONZÁLEZ, Jorge Iván (1997). "Reducción de la pobreza en Colombia". En: Zevallos, José Vicente (ed.). *Estrategias para reducir la pobreza en América Latina y el Caribe*. Quito: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, pp. 255-319.
- FRIEDMAN, Milton (1999). "Social Security Socialism". In: *The Wall Street Journal*.
- GARAY SALAMANCA, Luis Jorge (1999). *Construcción de una nueva sociedad*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- (coord.) (2002a). *Repensar a Colombia. Hacia un nuevo contrato social*. Bogotá: Agencia Colombiana para la Cooperación Internacional/PNUD.
- (director académico) (2002b). *Colombia: entre la exclusión y el desarrollo. Propuestas para la transición al Estado social de derecho*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1997). *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (coord.) (2001). *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*. Madrid: Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati/Dykinson.
- GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (1993). *La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- (dir.) (1996). *Justicia constitucional y acción de tutela*. Estudios Ocasionales Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIJUS). Bogotá: Facultad de Derecho/Universidad de los Andes.
- (ed.) (2001). *Sociología Jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos*. Colección Teoría y Justicia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- y RODRÍGUEZ, César (2001). "La acción de tutela". En: Santos, Boaventura de Sousa y Mauricio García Villegas (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Bogotá: Colciencias, Ediciones Uniandes,

- Universidad de Coimbra-CES, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, pp. 423-454.
- (eds.) (2003). *Derecho y sociedad en América Latina. Un debate sobre estudios jurídicos críticos*. Colección En Clave de Sur. Bogotá: Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA)/Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia.
- GARGARELLA, Roberto (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Barcelona: Paidós.
- y OVEJERO, Félix (comps.) (2001). *Razones para el socialismo*. Barcelona: Paidós.
- GARZÓN Valdés, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.) (1996). *El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, t. 11. Madrid: Trotta
- GIRALDO, César y MORA, Oliver (1998). "Hegemonía del capital financiero internacional y política económica en América Latina". En: Giraldo, César, Salama, Pierre, González, Jorge Iván y Mora, Óliver (eds.). *Crisis fiscal y financiera en América Latina*. Bogotá: Tercer Mundo / ESAP.
- GIRALDO, César (2003a). "Neoliberalismo: negación de lo público". En: Restrepo Botero, Darío I. (ed). *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp.193-204.
- (comp.) (2003b). *Rescate de lo público. Poder financiero y derechos sociales*. Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas/Ediciones Desde Abajo/Centro de Estudios Escuela para el Desarrollo (Cesde).
- GÓMEZ de SILVA, Guido (1999). *Breve diccionario etimológico de la lengua española*. México: El Colegio de México/FCE.
- GONZÁLEZ, Jorge Iván (2001). "Déficit fiscal y deuda pública" (mimeo).
- (2003). "Juan Luis Londoño: ideas para la acción". En: *Revista de Economía Institucional*, 8. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 223-239.
- GONZÁLEZ POSSO, Camilo (2003). "Las reformas al sistema de pensiones en Colombia". En: *Cultura & Trabajo*, 60. Medellín: Escuela Nacional Sindical (ENS), pp. 28-38.
- GUILLEN ROMO, Héctor (2000). "Hacia la homogeneidad de los sistemas de jubilación". En: *Revista comercio exterior*, 50(1), México: Banco Nacional de Comercio Exterior.
- HABERMAS, Jürgen (1973). "Concepto de participación política". En: *Capital monopolista y sociedad autoritaria*. Barcelona: Fontanella.
- (1996). *La necesidad de revisión de la izquierda*. Madrid: Tecnos, 20 edición.

- (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- HACKER, P.M.S. (1998). *Wittgenstein*. Bogotá: Editorial Norma.
- HART, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, p. 121.
- HELLER, Agnes (1996). *Una revisión de la teoría de las necesidades*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- HERRERA, Carlos Miguel (2002). *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, 24. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HERRERA VERGARA, Hernando (2001). “Acción de tutela y derechos prestacionales”. En: *Jurisdicción constitucional colombiana. La Corte Constitucional 1992-2000. Realidades y perspectivas*. Bogotá: Corte Constitucional/ Consejo Superior de la Judicatura/Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla/Konrad Adenauer Stiftung, pp. 291-302.
- HIERRO, Liborio (1996). “Realismo jurídico”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta J., Francisco (eds.). *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, t. 11. Madrid: Trotta, pp. 77-86.
- HUJO, Katja, MESA-LAGO, Carmelo, NITSCH, Manfred (editores). (2004). *¿Públicos o privados? Los sistemas de pensiones en América Latina después de dos décadas de reformas*. Caracas: Editorial Nueva Sociedad.
- ISRAEL, Joachim (1988). *La enajenación: de Marx a la sociología moderna. Un análisis macrosociológico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- JESSOP, Bob (1999). *Crisis del Estado de bienestar. Hacia una nueva teoría del Estado y sus consecuencias sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Facultad de Derecho y Ciencias Políticas/Facultad de Ciencias Económicas/Universidad Nacional de Colombia.
- JIMÉNEZ, Adolfo (1999). *Las pensiones amenazadas*. Barcelona: Galaxia Gutenberg y Círculo de Lectores.
- JIMÉNEZ, Luis Felipe y CUADROS, Jessica (2003). *Evaluación de las reformas a los sistemas de pensiones: cuatro aspectos críticos y sugerencias de políticas*. Santiago de Chile: Cepal.
- JIMÉNEZ JARA, Paola Fernanda (2001). *Derecho y cambio social: estudio de tres casos de jurisprudencia constitucional progresista en Colombia*. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia (mimeo).
- JOHNSON, Paul (1998). “The Economics of Pensions”. *New Economy*, 5(3), p. 149.
- JULIO ESTRADA, Alexei (2002). “Economía y ordenamiento constitucional”. En: Cuevas, Homero (dir.). *Teorías jurídicas y económicas del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 171-199.

- (2003). “El precedente constitucional. Un breve estudio del estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional durante el año 2001”. En: Montealegre Lynett, Eduardo. *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 45-62.
- KALMANOVITZ, Salomón (2000). “La Corte Constitucional y la capitalización de intereses” (mimeo).
- (2001). *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Colección Libros de Cambio. Bogotá: Alfaomega
- KENNEDY, Duncan (1992). *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*. En: *Doxa*, 11.
- (1997). *A Critique of Adjudication*. Cambridge: Harvard University Press.
- (1999). *Libertad y constricción de la decisión judicial*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo (2003). “El test de razonabilidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el año 2001”. En: Montealegre Lynett, Eduardo. *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 19-44.
- LASALLE, Ferdinand (1997). *¿Qué es una Constitución?* Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 50 edición.
- LEAL BUITRAGO, Francisco (2000). “Vicisitudes de la profesionalización de las ciencias sociales en Colombia”. En: Leal Buitrago, Francisco y Rey, Germán (eds.). *Discurso y razón. Una historia de las ciencias sociales en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes/Facultad de Ciencias Sociales/Fundación Social/Tercer Mundo Editores, pp. 1-13.
- Le Monde Diplomatique* (junio 2000, 19-24). “La clase obrera del año 2000”.
- LOPERA CHAVES, María Teresa (1999). *Justicia distributiva. ¿Legitimidad o consenso?*. Medellín: Editorial Universidad de Antioquia.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2000). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional. Análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales. Teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- LÓPEZ RESTREPO, Andrés (1994). “El cambio de modelo de desarrollo en la economía colombiana”. En: *Revista Análisis Político*, 21. Bogotá: Iepri - Universidad Nacional de Colombia.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (1996). “Las funciones del derecho”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta J., Francisco (eds.). *El derecho y la justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, t. 11. Madrid: Trotta.

- LORA Eduardo y HELMSDORFF, Loredana (1992). "Viabilidad económica y financiera de un sistema de pensiones privado". *Coyuntura Económica*. Bogotá: Fedesarrollo.
- LOTT, John, Jr. (1998). *More Guns, Less Crime*. Chicago: University of Chicago Press.
- MACNICOL, John (1998). *The Politics of Retirement in Britain: 1878-1948*. Cambridge, p. 223.
- MACPHERSON, C.B. (1970). *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*. Barcelona: Editorial Fontanella.
- MAO, Tse-Tung (1971). "Sobre la contradicción". En: *Obras escogidas de Mao Tse-Tung* t. I. Pekin: Ediciones en Lenguas Extranjeras.
- MARX, Carlos (1972). *El Capital. Crítica de la Economía Política*, t. 1. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1989). *Elementos fundamentales para la crítica de la economía política (1957-1858) (Grundrisse)*, t. 2. México: Siglo XXI Editores.
- (1997). *Contribución a la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI Editores, 50 edición.
- (1998). *Manifiesto comunista*. Barcelona: Grijalbo Mondadori.
- y ENGELS, Federico (1966). *La ideología alemana*. Montevideo: Ediciones Pueblos Unidos.
- MATURANA, Humberto (1997). *La objetividad. Un argumento para obligar*. Santiago de Chile: Dolmen Ediciones.
- MAX-NEEF, Manfred (1998). "Economía, humanismo y neoliberalismo". En: Fals Borda, Orlando (comp.). *Participación popular: retos del futuro*. Bogotá: Icfes / Iepri / Colciencias.
- MENDOZA FANTINATO, Guido (2002). "El instrumento andino de seguridad social". En: *Integración y Trabajo*, 4. Boletín informativo del Consejo Consultivo Laboral Andino. Lima: Programa Laboral de Desarrollo (Plades), pp. 10-11.
- MESA-LAGO, Carmelo (1999). "La privatización de los sistemas de pensiones de la seguridad social en América Latina: un balance al final del siglo". En: *Anuario Social y Político de América Latina y el Caribe 1998*, año 2. Caracas: Flacso/Nueva Sociedad, pp. 136-148.
- (2004). *Las reformas de pensiones en América Latina y su impacto en los principios de la seguridad social*. Santiago de Chile: Cepal, Serie financiamiento del desarrollo, N° 144.
- Mesa Sectorial de Salud (2001). *Caracterización del sector de la seguridad social en salud en Colombia*. Bogotá: Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), p. 11.

- MILIBAND, Ralph (1997). *Socialismo para una época de escépticos*. México: Siglo XXI Editores.
- MINDA, Gary (1995). *Posmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at Century's End*. New York: NYU.
- Ministerio de Justicia y del Derecho (1996). *Incidencia social de la acción de tutela*. Bogotá: Ministerio de Justicia y del derecho/CijusUniversidad de los Andes.
- MONCAYO CRUZ, Víctor Manuel (1975). "Sobre el derecho en las formaciones sociales capitalistas". En: Revista *Ideología y sociedad*, 12. Bogotá: Centro de Investigaciones sobre la Sociedad Colombiana (Ciscol), pp. 51-74.
- MONEREO, José Luis (1996). *Público y privado en el sistema de pensiones*. Madrid: Tecnos.
- MONEREO, Manuel y CHÁVES, Pedro (coords.) (1999). *Para que el socialismo tenga futuro*. Madrid: El Viejo Topo.
- MORÓN DÍAZ, Fabio (2000). "La dignidad y la solidaridad como principios rectores del diseño y aplicación en materia de seguridad social". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2000*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung/Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano (Ciedla).
- MÚNERA RUIZ, Leopoldo et al. (1986). *Cien años de la Constitución. Sigue la Regeneración* Bogotá: Cepecs-Colombia Hoy.
- (2002). "Relatoría general del evento". En: Varios autores. *El debate a la Constitución*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia/ILSA, pp. 283-287.
- MÜLLER, Katharina "Las reformas de pensiones en América Latina y Europa Oriental. Contexto, conceptos, experiencias prácticas y enseñanzas". En: Bodemer, Klaus (editor). (2003). *Políticas públicas, inclusión social y ciudadanía. Caracas: Red de Cooperación Eurolatinoamericana -Recal/ Instituto de Estudios Iberoamericanos -IIK-/Editorial Nueva Sociedad*, pp. 147-179.
- NAVARRO, Vicenç (2000). *Globalización económica, poder político y Estado del bienestar*. Barcelona: Editorial Ariel.
- NEGRI, Antonio y HARDT, Michael (2001). *Imperio*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.
- NIETO, Emmanuel (1993). *El debate sobre la seguridad social en Colombia. Elementos de discusión*. Medellín: Escuela Nacional Sindical-Antioquia.
- NINO, Carlos Santiago (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Barcelona: Ariel.
- NOZICK, R. (1990). *Anarquía, Estado y utopía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- NÚÑEZ TRUJILLO, Antonio José (2000). "Antecedentes y principios fundamentales del análisis económico de la ley". En: *Colección de Derecho Económico*

- mico. II Homenaje a Enrique Low Murtra*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp.63-123.
- OCAMPO, José Antonio. (1992) "La propuesta gubernamental de reforma al régimen pensional". En: *Debates de coyuntura económica*, N° 26. Bogotá: Fedesarrollo-Fescol, p. 36.
- (1992a). "Reforma del Estado y desarrollo económico y social en Colombia". En: *Revista Derechos Humanos*, 15. Bogotá: Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos.
- (1992b). "La propuesta gubernamental de reforma al régimen pensional". En: *Debates de Coyuntura Económica*, 26, Bogotá: Fedesarrollo-Fescol.
- (2001). *Un futuro económico para Colombia*. Colección Libros de Cambio. Bogotá: Alfaomega.
- OFFE, Claus (1994). *Contradicciones en el Estado del bienestar*. Madrid: Alianza Editorial.
- OLSON, Mancur (2000). *Power and Prosperity*. New York: Basic Books.
- OLIVECRONA, Karl (1968). *Lenguaje jurídico y realidad*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina.
- OSSA ESCOBAR, Carlos (2001). "Buscando soluciones para el problema pensional". En: *Revista economía colombiana y coyuntura política*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- OST, François y VAN de KERCHOVE, Michel (2001). *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Colección Teoría y Justicia. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales/Universidad Nacional de Colombia.
- PALACIOS, Marco (1995). *Entre la legitimidad y la violencia. Colombia 1875-1994*. Bogotá: Norma.
- (1996). "La gobernabilidad en Colombia: aspectos históricos". En: *Revista Análisis Político*, 29. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales - Universidad Nacional de Colombia
- (1997). "Diez acotaciones a la política colombiana". En: *Revista Análisis Político*, 30. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales - Universidad Nacional de Colombia.
- PASHUKANIS, Eugeny (1976). *La teoría general del derecho y el marxismo*. Medellín: Editorial La Pulga.
- PEÑA AYAZO, Jairo Iván (1994). *Wittgenstein y la crítica a la racionalidad*. Bogotá: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia/ECOE Ediciones.

- (1996). “Lógica y razonamiento jurídico”. En: *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia - Consejo Superior de la Judicatura, pp. 88-116.
- PEREA JIMÉNEZ, Diana y BERNAL ESCOBAR, Alejandro (2002). *Crecimiento económico y bienestar social en Colombia 2002*. Bogotá: Confederación General de Trabajadores Democráticos (CGTD).
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A. (1996a). *El Movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos.
- (1996b). “Teorías críticas del derecho”. En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta J., Francisco (eds.). *El Derecho y la Justicia*. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, t. 11. Madrid: Trotta, pp. 87-102.
- PORTELLI, Hugues (1987). *Gramsci y el bloque histórico*. México: Siglo XXI Editores.
- POSNER, Richard (1996). *Aging and Old Age*. Chicago: University of Chicago Press.
- Proyecto Observatorio de Coyuntura Socioeconómica (OCSE) (2001). “Pensiones. En busca de la equidad”. En: *Revista Observatorio de Coyuntura Socioeconómica*, 8. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Unicef Colombia.
- PUYANA, Alfredo (2001). “El derecho a la seguridad social. El artículo 48 de la Constitución y la Ley 100 de 1993”. En: Caicedo, Eduardo, Sabogal, Ana Rocío, Ortiz, Pedro Antonio, López Díaz, Ligia, Puyana, Alfredo y Herrera, Miguel Ángel (eds.). *Régimen de las entidades territoriales*, t. II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- QUESADA, Fernando (1992). “C. B. Macpherson. De la teoría política del individualismo posesivo a la democracia participativa”. En: González, José M. y Quesada, Fernando (coords.). *Teorías de la democracia*. Barcelona: Anthopos/Universidad Autónoma Metropolitana, pp. 267-310.
- QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando (2001). *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Grupo Editorial Huella de Ley.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro (2003). “Sistema de fuentes del derecho Internacional Público y ‘bloque de constitucionalidad’: recientes desarrollos jurisprudenciales”. En: Montealegre Lynett, Eduardo. *Anuario de Derecho Constitucional. Análisis de Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 63-74.
- RAWLS, John (1993). *El liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica.
- (1998). *La teoría de la justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- REICH, Norbert (1985). *Mercado y derecho*. Barcelona: Ariel.

- RODRÍGUEZ, César (1998). "Teoría del derecho y decisión judicial". En: *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- (1999). "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial". En: Kennedy, Duncan. *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Universidad de los Andes, Instituto Pensar - Pontificia Universidad Javeriana, Siglo del Hombre Editores.
- RODRÍGUEZ, Eduardo (1996). "Las transformaciones de las relaciones laborales dentro del capitalismo contemporáneo". En: *Revista Pensamiento Jurídico*, 6. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- RODRÍGUEZ SALAZAR, Oscar (1999a). "Exclusión y seguridad social". En: *Revista Cuadernos de Economía*, 30. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 197-224.
- (1999b). "Reforma laboral y seguridad social en Colombia". Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID) / Universidad Nacional de Colombia (mimeo).
- (2001). "Primero, los derechos sociales". En: *U.N. Periódico*, 23. Junio 17. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. (2003).
- (2002). "Reformas promercado y seguridad social". En: *Hacia una reforma del Sistema de Seguridad Social*. Bogotá: Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Universidad Nacional de Colombia, pp. 11-122, en esp. 101-111.
- (2003). "El liberalismo radical y la reforma al sistema de pensiones". En: Restrepo Botero, Darío Indalecio. *La falacia neoliberal. Crítica y alternativas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 323-346.
- ROEMER, John E. (1995). *Un futuro para el socialismo*. Barcelona: Crítica.
- (1997). *The Future of Socialism*. London: Verso, pp. 33-61.
- (1998). *Democracy Realized*. London.
- ROSANVALLON, Pierre (1985). *La nueva cuestión social*. Buenos Aires: Manantial.
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1999). "Introducción". En: Marx, Carlos. *Manuscritos: economía y filosofía*. Madrid: Alianza Editorial.
- RUIZ-TAGLE, Jaime (1999). "Reformas a los sistemas de pensiones en los países del Mercosur y Chile". En: *Revista Análisis Laboral*, 9. Santiago de Chile: Fundación Friedrich Ebert.
- SÁBATO, Ernesto (1988). *Hombres y engranajes*. Madrid: Alianza Editorial.
- SALAMA, Pierre (1999). *La fragilidad de las nuevas políticas económicas. Riqueza y pobreza en América Latina*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.

- SANTOS, Boaventura de Sousa (1995). "La transición posmoderna: derecho y política". En: Motta, Cristina (comp.). *Ética y conflicto. Lecturas para una transición democrática*. Bogotá: Tercer Mundo/ Uniandes.
- (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- (2001a). "Colombia: El revés del contrato social de la modernidad". En: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Bogotá: Colciencias, Unian-des, Universidad de Coimbra-CES, Instituto Colombiano de Antropolo-gía e Historia, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, pp. 11-83.
- (2001b). "Los paisajes de la justicia en las sociedades contemporáneas". En: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Bogotá: Colciencias, Unian-des, Universidad de Coimbra-CES, Instituto Colombiano de Antropolo-gía e Historia, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, pp. 85-150.
- (2001c). "Derecho y democracia: la reforma global de la justicia". En: Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, t. I. Bogotá: Colciencias, Unian-des, Universidad de Coimbra-CES, Instituto Colombiano de Antropolo-gía e Historia, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, pp. 151-207.
- (2001d). "Cuatro lecciones de Reunión del G-8 sobre globalización en Geno-va". En: *La Revista, El Espectador* (61), 16 de septiembre de 2001, pp. 48-49.
- (2001e). "Las tensiones de la modernidad". En: Monereo, Manuel y Riera, Miguel (eds.) (2001). *Porto Alegre. Otro mundo es posible*. Barcelona: El Viejo Topo, pp. 163-189.
- (2003). *La caída del Angelus Novus: ensayos para una nueva teoría so-cial y una nueva práctica política*. Colección En Clave de Sur. Bogotá: Ins-tituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA)/Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia.
- , BENTO, María, GONELHA, Maldonado y BRUTO da COSTA, Alfredo (1998). *Uma visão solidária da Reforma da Segurança Social*. Lisboa: União das Mutualidades Portuguesas/Centro de Estudos Sociais da Faculta-de de Economia da Universidade de Coimbra.
- SARMIENTO ANZOLA, Libardo (1999). *Exclusión, conflicto y desarrollo societal*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.

- (2000). “Debate del Estado social”. En: *Síntesis 2000. Anuario social, político y económico de Colombia*. Bogotá: Iepri - Universidad Nacional de Colombia / Fundación Social.
- SAUQUILLO GONZÁLEZ, Julián (1989). *Michel Foucault: una filosofía de la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SCHMITT, Carl (1982). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial.
- SINGER, Paul y MACHADO, João (2000). *Economía socialista*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo.
- SMITH, Adam (1996). *La riqueza de las naciones*. Barcelona: Editorial Folio.
- SORMAN, Guy (1995). “Cómo el capitalismo edifica una sociedad moral a partir de comportamientos inmorales”. En: *Problèmes Économiques*, 2444-2445. Paris: La Documentation Française.
- SOUZA, María de Lourdes (2001). *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*. Bogotá: ILSA / Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- SWEEZY, Paul (1972). *La transición del feudalismo al capitalismo*. Bogotá: Editorial Latina y Ediciones Estrategia.
- TALLADA, José M. (1933/1996). *Prólogo de la traducción de José Alonso Ortiz en 1794 a La riqueza de las naciones de Adam Smith*. Barcelona: Editorial Folio.
- TEITELBAUM, Alejandro (2001). *La crisis actual del derecho al desarrollo*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- THOREZ, Ducloz, PERI, Politzer (1968). *La revolución francesa*. México: Editorial Grijalbo.
- TORRES CORREDOR, Hernando (ed.) (1996). *Corte Constitucional y seguridad social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Postgrado en Instituciones Jurídico - Laborales, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Unidad de Formación e Información.
- (2002). “La Corte Constitucional entre la economía y el derecho” (mimeo).
- TUSHNET, Mark (2001). *Ensayo sobre los derechos*. En: García Villegas, Mauricio (ed.). *Sociología jurídica. Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Colección Teoría y Justicia. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. (Original publicado en 1984).
- UNGER, Roberto Mangabeira (1986). *The Critical Studies Movement*. Harvard University Press.
- UNIÓN NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS (UNEB) (2003). *Especulación financiera. La burbuja que hundió a Colombia. Globalización, privatización de la emisión monetaria y fin de la banca de fomento*. Bogotá: Ediciones UNEB.

- Universidad Externado De Colombia (2000). "Competitividad en la Industria y Seguimiento al Sistema General de Pensiones". En: *Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social*, 2. Bogotá.
- (2001). "Búsqueda de menores costos, calidad del empleo e informalidad". En: *Boletín del Observatorio del Mercado de Trabajo y la Seguridad Social*, 3. Bogotá.
- UPRIMNY, Rodrigo (1990). *La dialéctica de los derechos humanos en Colombia*. Bogotá: FUAC.
- (1997). "Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica". En: Varios autores. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- (2000). "Justicia constitucional, derechos sociales y economía: un análisis teórico y una discusión de las sentencias de la UPAC (1º Parte)". En: *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del derecho y Análisis Jurídico*, 13. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 149-176.
- y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2002). "Tribunal Constitucional e emancipação social na Colômbia". Na: Santos, Boaventura (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, t. 1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. Coleção "Reinventar a emancipação social: Para Novos Manifestos", pp. 297-339.
- y RODRÍGUEZ, Andrés (2003). "Revolución, Independencia y Constitución en Estados Unidos". En: *Teoría Constitucional*. Lecturas, vol. I. Bogotá: Magister en Derecho, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia (mimeo).
- URIBE LÓPEZ, Mauricio. (2002). "La reforma a las jubilaciones y la propuesta del ingreso de ciudadanía". En: *La reforma pensional que Colombia necesita*. Bogotá: Mesa de Trabajo de la Sociedad Civil sobre Reforma Pensional, pp. 11-22.
- (2003). "Más deuda y menos empleo. Notas sobre la deuda pública y el derecho al trabajo en Colombia". En: Betancourt, Soledad et al. *En deuda con los derechos. Impacto de la deuda externa en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Asociación de Trabajo Interdisciplinario (ATI), pp. 95-126.
- (2002) "La reforma a las jubilaciones y la propuesta del ingreso de ciudadanía". En *La reforma pensional que Colombia necesita*. Bogotá: Mesa de Trabajo de la Sociedad Civil sobre Reforma Pensional.
- URIBE MUÑOZ, Alirio (2003). "La ilegitimidad de la deuda externa a la luz del derecho internacional". En: Betancourt, Soledad et al. *En deuda con los derechos. Impacto de la deuda externa en el cumplimiento de los derechos*

- económicos, sociales y culturales*. Bogotá: Asociación de Trabajo Interdisciplinario (ATI), pp.193-234.
- (1997). “Estado social de derecho y decisión judicial correcta: un intento de recapitulación de los grandes modelos de interpretación jurídica” En: Varios autores. *Hermenéutica jurídica*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- (2000). “Justicia constitucional, derechos sociales y economía: Un análisis teórico y una discusión de las sentencias de UPAC (1º Parte)”. En: *Revista Pensamiento Jurídico*, 13. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- URIBE MALLARINO, Consuelo (1999). “Alcances de la seguridad social en Colombia”. En: *Revista Papel Político*, 9-10. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.
- VALENCIA VILLA, Hernando (1987). *El anticonstitucional. Introducción a la crítica de la constitución política*. Bogotá: Ediciones Uniandes.
- (1997). *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. 20 edición aumentada. Bogotá: Cerec.
- Varios autores (1999). *Construyendo democracia*. Bogotá: Mesa de Promoción y Defensa de la Constitución de 1991.
- VAN PARIJS, Phillipe (1988). “Una vía capitalista al comunismo”. En: *Revista Zona Abierta*, 46-47, pp. 19-174.
- VARGAS VELÁSQUEZ, Alejo (2001). “¿Hacia un nuevo pacto social?”. En: Varios autores. *Hacia un nuevo pacto social*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 293-103.
- VIGNOLO, Pablo (1999). *Del mercado al supermercado. Reflexiones sobre el surgimiento, el apogeo y la decadencia de una metáfora cosmológica en la teoría económica*. En: Amaya, José Antonio y Restrepo Forero, Olga. *Ciencia y representación*. Bogotá: Centro de Estudios Sociales (CES), Universidad Nacional de Colombia, pp. 78-119.
- VILAR, Pierre (1983). *Economía, derecho, historia. Conceptos y realidades*. Barcelona: Editorial Ariel.
- VOLTAIRE (1985). *Cándido o el optimismo*. Madrid: Ediciones Cátedra.
- VON HAYEK, Friederich (1996). *La desnacionalización del dinero*. Barcelona: Folio.
- WEAVER, Carolyn L. (1996). “Seguridad social”. En: *Biblioteca de Economía*. Barcelona: Ediciones Folio.

PUBLICACIONES SERIADAS**REVISTAS**

ANÁLISIS LABORAL. Santiago de Chile: Fundación Friedrich Ebert.

ANÁLISIS POLÍTICO. Bogotá: Iepri - Universidad Nacional de Colombia.

ANUARIO SOCIAL Y POLÍTICO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. Caracas: Flacso/ Nueva Sociedad.

BOLETÍN DEL OBSERVATORIO DEL MERCADO DE TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

CAMBIO. Bogotá.

COMERCIO EXTERIOR. México.

CONGRESO VISIBLE. Bogotá: Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política.

COYUNTURA SOCIAL. Bogotá: Fedesarrollo.

CUADERNOS de Economía. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

CULTURA & TRABAJO. Medellín: Escuela Nacional Sindical (ENS).

DERECHO DEL ESTADO. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

DERECHOS HUMANOS. Bogotá: Consejería Presidencial para la Defensa, Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

DESLINDE. Bogotá: Cedetrabajo.

DOXA. <http://www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/>

ECONOMÍA COLOMBIANA Y COYUNTURA POLÍTICA. Bogotá: Contraloría General de la República.

EL OTRO DERECHO. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.

GACETA DEL CONGRESO. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

GESTIÓN Fiscal. Bogotá: Contraloría General de la República.

NEW LEFT REVIEW. Madrid: Akal Ediciones.

OBSERVATORIO DE COYUNTURA SOCIOECONÓMICA. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Económicas, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, Unicef Colombia.

PAPEL POLÍTICO. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales.

PENSAMIENTO JURÍDICO. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

REVISTA DE ECONOMÍA INSTITUCIONAL. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

REVISTA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo (OIT).

PERIÓDICOS

El Tiempo. Bogotá.

El Espectador. Bogotá.

Le Monde Diplomatique. París.

Portafolio. Bogotá.

U.N. Periódico. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

SENTENCIAS

- Sentencia *Marbury* contra Madison del 24 de febrero de 1803, Corte Suprema de los Estados Unidos.
- Sentencia del 28 de febrero de 1946, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia del 15 de marzo de 1968, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia del 20 de abril de 1968, Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia del 19 de marzo de 1987, Corte Suprema de Justicia, M. P. Fabio Morón Díaz, Expediente 1530, demanda contra la Ley 21 de 1982.
- Sentencia T-06/92, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-401/92, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-402/92, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-406/92, Corte Constitucional, M. P. Ciro Angarita Barón**.
- Sentencia T-426/92, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz *****.
- Sentencia T-453/92, Corte Constitucional, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein**.
- Sentencia T-491/92, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz***.
- Sentencia T-499/92, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz***.

- Sentencia C-546/92, Corte Constitucional, M. P. Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C-571/92, Corte Constitucional, M. P. Jaime Sanín Greiffenstein**.
- Sentencia C-575/92, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-011/93, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez.
- Sentencia T-116/93, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-124/93, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-181/93, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara**.
- Sentencia T-185/93, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-190/93, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-426/93, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-479/93, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-516/93, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara**.
- Sentencia C-542/93, Corte Constitucional, M. P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia T-597/93, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-012/94, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-068/94, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-111/94, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-123/94, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-387/94, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-408/94, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz**.
- Sentencia C-410/94, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz**.
- Sentencia T-456/94, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero*****.

- Sentencia T-550/94, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-568/94, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-005/95, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz**.
- Sentencia C-027/95, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz**.
- Sentencia C-109/95, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero**.
- Sentencia C-126/95, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara**.
- Sentencia T-133a/95, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-147/95, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-149/95, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-156/95, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia C-168/95, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz**.
- Sentencia T-207/95, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-225/95, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-287/95, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-309/95, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-377/95, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-037/96, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-042/96, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia T-162/96, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-183/96, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández.

- Sentencia T-212/96, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-246/96, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-323/96, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-352/96, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-358/96, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-389/96, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-538/96, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-608/96, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz**.
- Sentencia T-001/97, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-025/97, Corte Constitucional, M. P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia U-111/97, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz***.
- Sentencia T-123/97, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-155/97, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-155/97, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-193/97, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-251/97, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero**.
- Sentencia T-278/97, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa**.
- Sentencia T-299/97, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-333/97, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández.
- Sentencia T-334/97, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

- Sentencia T-339/97, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-417/97, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia U-480/97, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-596/97, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-058/98, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T-072/98, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez.
- Sentencia T-075/98, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-129/98, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-143/98, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-146/98, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-169/98, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-177/98, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-248/98, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-328/98, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz**.
- Sentencia T-329/98, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-357/98, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia U-430/98, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa**.
- Sentencia T-508/98, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-521/98, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-623/98, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia U-747/98, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

- Sentencia T-762/98, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-796/98, Corte Constitucional, M. P. Hernando Herrera Vergara.
- Sentencia T-014/99, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-365/99, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-568/99, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-608/99, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo**.
- Sentencia T-799/99, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia T-808/99, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia T-827/99, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-842/99, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-989/99, Corte Constitucional, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia T-1006/99, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández.
- Sentencia T-1010/99, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-125/00, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz****.
- Sentencia C-126/00, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero****.
- Sentencia T-127/00, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández Galindo**.
- Sentencia T-205/00, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell**.
- Sentencia T-408/00, Corte Constitucional, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T-827/00, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T-999/00, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-1016/00, Corte Constitucional, M. P. Alejandro Martínez Caballero**.
- Sentencia C-1050/00, Corte Constitucional, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

- Sentencia U-1052/00, Corte Constitucional, M. P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-1187/00, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-1489/00, Corte Constitucional. M. P. Alejandro Martínez.
- Sentencia T-1752/00, Corte Constitucional, M. P. Cristina Pardo Schlesinger.
- Sentencia T-001/01, Corte Constitucional, M. P. José Gregorio Hernández**.
- Sentencia T-018/01, Corte Constitucional, M. P. Alfredo Beltrán Sierra***.
- Sentencia T-024/01, Corte Constitucional, M. P. Eduardo Montealegre Lynett**.
- Sentencia T-071/01, Corte Constitucional, M. P. Fabio Morón Díaz***.
- Sentencia T-118/01, Corte Constitucional, M. P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez**.
- Sentencia C-247/01, Corte Constitucional, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia U-508/01, Corte Constitucional, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-1064/01, Corte Constitucional, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T-1279/01, Corte Constitucional, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T-235/02, Corte Constitucional, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C-1056/03, Corte Constitucional, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-754/04, Corte Constitucional, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

Nota: Los asteriscos marcan cuando se referencia más de una vez.