

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.