

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).