

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".