

# Conclusiones finales

**1. Las relaciones entre el derecho y la economía en una sociedad capitalista han sido motivo de enconados e incontables debates y es un tema polémico que no ha dejado de tener un impacto en la actualidad. El debate se enmarca hoy en la creciente ola de economía de libre mercado, que enfrenta por igual a economistas, juristas y políticos, pues son temas que se entrecruzan en uno solo: el grado de intervención del Estado a través del derecho en las relaciones económicas o, en otras palabras, la recíproca influencia entre la forma jurídica y las relaciones económicas.**

En los inicios de la polémica, Marx tomó la relación de la economía con el derecho en términos de estructura y superestructura. Ahora, las discusiones, un poco alejadas de una hermenéutica ortodoxa marxista, se centran en el intervencionismo y la eficacia de ciertos derechos, a la luz del sistema capitalista, con lo cual se rescata la tradición crítica iniciada por los trabajos de Marx; una crítica que se enmarca en medio de un capitalismo que se expande inclemente alrededor del globo.<sup>1</sup> También se discute la

---

<sup>1</sup> En su obra, Ost y Van de Kerchove (2001: 88) anotan que: “[...] la negación de toda forma de autonomía del derecho podría repercutir en la concepción que se puede tener de su especificidad, como lo ilustra cierta corriente tradicional del pensamiento marxista, cuya ‘interpretación economicista suplanta la economía y destruye paralelamente la existencia real de todas las otras instancias’, cosa que tiene como consecuencia que ‘el sistema jurídico se vuelve un marco del que sólo nos importa el contenido económico. Sin embargo, no es menos cierto que los dos problemas son distintos y que el reconocimiento de la autonomía, aunque sea ‘relativa’, del fenómeno-

pretendida independencia del derecho, ya no solamente con la moral, sino con otras disciplinas como la economía, pues, desde lo judicial hasta lo legislativo, muchas de las leyes y decisiones tienen la primacía de los intereses económicos de ciertos sectores de la sociedad como criterios de adopción.

Una de las mayores críticas a la administración de justicia apunta a descalificar la intervención de los jueces en decisiones aparentemente exclusivas de la esfera económica. Entre los cuestionamientos se destacan, en primer lugar, los que afirman que tales decisiones afectan el crecimiento económico del país y disminuyen la libertad económica.<sup>2</sup> En segundo lugar, se atacan las decisiones de la Corte Constitucional porque no producen el efecto inicialmente pretendido, esto es, en lugar de corregir problemas como la inequitativa distribución de recursos y de reivindicar a los sectores más desprotegidos económicamente, se preserva la iniquidad y el beneficio para los sectores más ricos de la sociedad colombiana. Por último, la crítica más conocida y trajinada es la que acusa a los jueces constitucionales de intervenir en asuntos que no son de su competencia, de usurpación

---

no jurídico que se deduce de otra corriente más reciente del pensamiento marxista justifica, *a fortiori*, el interés por caracterizar su especificidad". Este mismo problema es abordado por Correas (1998), quien explica que "durante algún tiempo se tuvo como 'marxista', una concepción según la cual el derecho es el *producto de la voluntad de la clase dominante*, que era una definición del jurista oficial del stalinismo, Vishinsky. La dificultad de esta definición, estribaba en que la voluntad parece ser un fenómeno de la conciencia individual, mientras que las —clases sociales— es un concepto aplicable a un conjunto de individuos. Y así como no parece plausible hablar de la 'voluntad' del Estado, tampoco lo parece respecto de este sujeto colectivo. La definición de Vishinsky era, por lo demás, coincidente, al menos en apariencia, con la idea de Marx, según la cual el derecho no puede explicarse por la voluntad sino por las relaciones sociales. Pero [...] todo depende de las preguntas, e incluso el propio Marx estudió las leyes inglesas que permitieron el despegue del capitalismo en ese país, mostrando claramente que, cuando la pregunta es por hechos, no hay inconveniente en hablar de la voluntad de los miembros del gobierno, de sus intenciones, de su insensibilidad, es decir, de hechos de carácter psicológico.

"En el estado actual del pensamiento marxista respecto del derecho, no parece haber inconvenientes en que sean aceptados los dos criterios: el basado en la pregunta por las relaciones sociales, donde la voluntad sería un elemento poco explicatorio, y el basado en la pregunta por los hechos, en donde parece evidente lo contrario. La definición de Vishinsky, por tanto, ha quedado anticuada, en tanto las clases sociales no tienen 'voluntad', si esta es una palabra aplicable a fenómenos psicológicos, mientras sí resulta plausible hablar de la voluntad como causa del derecho, en la medida en que se trata de la pregunta por los hechos" (p. 125).

<sup>2</sup> Desde el punto de vista de la teoría de la justicia de John Rawls, la libertad económica se asume como una de las libertades básicas primordiales y justas.

de poderes, ya que el Congreso es la esfera por excelencia para discutir los asuntos económicos.<sup>3</sup>

Los jueces han sido tradicionalmente partícipes de la justicia retributiva y no de la distributiva, por considerarse que esta última es una cuestión política.<sup>4</sup> Pero en el Estado social,

la juridificación del bienestar social abrió el camino hacia nuevos campos de litigio en los dominios laboral, civil, administrativo y

<sup>3</sup> Este es el enfoque que inspira un anteproyecto de reforma a la justicia elaborado por el Ministerio del Interior y la Justicia que ha sido radicalmente rechazado por la Corte Constitucional. El proyecto pretende (i) restringir la tutela a los derechos fundamentales (libertad, expresión, creencias religiosas, debido proceso, intimidad y vida); (ii) excluir la tutelabilidad de los derechos económicos y sociales (salud, seguridad social, vivienda y educación), del derecho al acceso a la administración de justicia, del derecho de los periodistas a reservar sus fuentes; (iii) negar la posibilidad de incoar la tutela por violación de derechos humanos; (iv) prohibir la tutela contra las sentencias judiciales; (v) impedir al ciudadano demandar por inconstitucionalidad las leyes expedidas entre 1886 y 2003, y a partir de 2004 debe demandarse dentro del año siguiente a su promulgación, so pena de que las violaciones a la Constitución queden saneadas por extemporaneidad; (vi) eliminar el control jurídico de la Corte Constitucional al decreto de conmoción interior; (vii) ordenar que la inexecutable de un acto legislativo proceda por mayoría calificada de las dos terceras partes. Este proyecto ha sido calificado como un exabrupto. El presidente de la Corte Constitucional declaró que la intención del anteproyecto es que: “[...] Ciertos actos del Estado quedarían fuera del control de la tutela y todas las actuaciones de los jueces de la República. El Ministro vuelve la tutela inoperante. Su reforma dice: ‘Solo se puede ordenar tutela cuando el Estado tenga condiciones materiales de hacer efectivo el derecho’, lo que significa que la tutela se vuelve simbólica. El Ministro parte de la concepción retórica de los derechos. Él cree que los derechos fundamentales deben estar en la Constitución, pero sin herramientas para hacerlos efectivos. Y que lo que hay que proteger y mantener es la inoperancia del Estado [...]”, y aseveró que: “El Ministro quiere una monarquía. Quiere un sistema autoritario, quiere un Estado sin controles reales” (Cfr. *El Tiempo*, 3 de agosto de 2003, pp. 1-21).

<sup>4</sup> Véase Lopera (1999: 18). Allí se aborda la discusión en los siguientes términos: “[...] si todos son iguales ante la ley y no todos son iguales frente al mercado, al menos no sin la intervención del Estado-providencia, cabría preguntarse entonces ¿quién debe pagar los costos de la acción estatal cuando busca la justicia distributiva? [...] desde un enfoque contractualista [...] la acción redistributiva del Estado la financian sólo quienes pagan impuestos, es decir, sólo unos pocos ciudadanos, quienes no necesariamente son los mismos que reciben los beneficios. Ahora, si los que pagan al Estado y los que recibe sus beneficios no son los mismos agentes, ocurre que se fragmentan los intereses y se hace imposible la aceptación unánime de la política económica; así, aunque alcance el ideal de igualdad política el pacto social se resquebraja por motivos económicos”.

de la seguridad social, lo que en unos países más que en otros se tradujo en el aumento exponencial de la demanda judicial y en la acostumbrada explosión de litigiosidad. (Santos (2001b: 93).

Sin embargo, esta lucha judicial por derechos sociales cuenta con sus no muy desacertados críticos. Autores pertenecientes al movimiento de Estudios Críticos del Derecho o Critical Legal Studies (CLS), escépticos a las leyes, como Tushnet (2000: 111-159), denuncian que la indeterminación fundamental de los derechos (por su contenido sumamente abstracto) muestra cómo la gente del común percibe los derechos de forma abstracta, sin discutir sobre su contenido. Esta indeterminación fundamental ocurre porque los derechos tienen un contexto social de aplicación. Este contexto exige que para gozar de sus derechos, los individuos cuenten con recursos materiales y psicológicos, a fin de hacerlos efectivos. De lo contrario, el reconocimiento político o legal es una mera estratagema para obstruir el cambio social. En consecuencia, la posibilidad de emancipación a través de la acción política es socavada en razón de que los individuos centran sus expectativas en el reconocimiento y aplicación de los derechos, ya que la racionalidad capitalista va en contravía con la materialización de los derechos sociales.

En medio de las posiciones a favor y en contra de la intervención de los jueces en las decisiones económicas, existe una profunda lucha política coadyuvada por los mitos en los que se funda todo el sistema jurídico, como el del “imperio de la ley“. Un ejemplo claro de desmitificación del dogma del “imperio de la ley“ y de la inevitable intervención de los jueces en la economía es la teoría del “estado de cosas inconstitucional“.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> El “estado de cosas inconstitucional“ es una teoría novedosa creada por la Corte Constitucional a partir de cuatro fallos de tutela. Su principal virtud conceptual radica en su creación netamente doctrinal y jurisprudencial, sin haber sido obtenida de una aplicación clara e indiscutible de normas constitucionales o legales. Los elementos, consecuencias y finalidades concebidas para dicha declaratoria surgieron del análisis especial de los hechos, realizado por la Corte Constitucional y de una fuerza política al interior de la misma, capaz de establecer soluciones eficaces a la violación masiva y reiterada de derechos fundamentales. A diferencia de otros fallos de tutela, la declaratoria del “estado de cosas inconstitucional“, además de contener una orden, es una declaración “predicable respecto de aquellas situaciones en las que se presenta una repetida violación de derechos fundamentales a muchas personas, lo cual no es imputable únicamente a la autoridad demandada, sino que reposa en factores estructurales“ (cfr. Quinche, 2001: 24). En consecuencia, la solución adoptada en la decisión consiste en una orden plural que involucra a diversas autoridades públicas directamente relacionadas con la situación fáctica de la vulneración, con el

Todo este marco conceptual, que ha optado por revelar las hostilidades prácticas y teóricas del dogma del “imperio de la ley” y la inevitable función política de los jueces, aunado a la capacidad de influencia y modificación de la administración de justicia en todos los campos sociales, en especial el económico, asegura la inaplazable necesidad de implementar un plan investigativo con el fin de que la confrontación política sobre el sentido y alcance de la administración de justicia cuente con otro espacio propicio para encauzar reivindicaciones hasta ahora apabulladas por los detentores del poder económico, social y político en el país.

**2.** La globalización –o más bien las globalizaciones en curso–<sup>6</sup> parece dejar atrás la posibilidad de un sistema de seguridad social fuerte y vigoroso que coadyuve al desarrollo nacional, y que se sustente a su vez en una estructura económica que garantice un empleo remunerado, estable y productivo. Por tanto, al tratar sobre las reformas de la seguridad social en materia pensional no se puede dejar a un lado el tema de la política salarial, ya que sin adecuados niveles de remuneración no hay capacidad de ahorro, ni el de una política laboral que garantice la estabilidad, pues sin ésta no hay fidelidad al sistema.

Este enfoque socialdemócrata ha sido rebasado en su aplicabilidad por la nueva realidad global, pues como lo aclara Santos,

(i) la exclusión social es un eufemismo para designar los efectos predatorios de la globalización económica neoliberal,<sup>7</sup> y

(ii) el capitalismo inflige un daño sistemático a la mayor parte de las poblaciones del mundo, así como a la naturaleza y al medio

fin de obtener una solución estructural al problema. Antes del primer fallo en 1997, era claro que se daban situaciones en las cuales, bien pudo la Corte declarar el “estado de cosas inconstitucional”, pero hasta ese momento, utilizaba dos instrumentos procesales como la acumulación de procesos y las sentencias de reiteración de jurisprudencia. La doctrina del “estado de cosas inconstitucional” nace como respuesta a la insuficiencia de estos dos mecanismos, ya que las consecuencias de estos fallos involucraban únicamente a quienes habían iniciado y tramitado sus respectivas acciones de tutela.

<sup>6</sup> Acerca de “los procesos de globalización”, véase Santos (2003: 167-242).

<sup>7</sup> Esta crítica también se encuentra formulada por Bourdieu y Wacquant (2001: 41-42) en los siguientes términos: “El concepto emparentado de exclusión se emplea comúnmente, en Francia y en otros muchos países europeos (por influencia de la Comisión Europea sobre todo), en la frontera de los ámbitos político, periodístico y científico con funciones similares de deshistorización y despolitización. Lo que da una idea de la inanidad del esfuerzo consistente en retraducir una noción existente por otra más que dudosa”.

ambiente. Sólo una oposición unificada al capitalismo global puede reducir, si no eliminar, tal daño. (Santos, 2001c: 192 y 198)

No puede ignorarse que la ampliación de la cobertura del conjunto del sistema de seguridad social es un requisito *sine qua non* para disminuir las tensiones sociales. Esta ampliación no puede alcanzarse mediante la simple estrategia jurídica, puesto que el derecho no se presenta independiente de la economía y las fuerzas del mercado (Dezalay y Garth, 2002). En efecto, la vía jurídica de reconocimiento de derechos sociales encuentra un límite pragmático infranqueable: en forma independiente a lo que establezca el ordenamiento positivo, los derechos sociales se limitan materialmente a su viabilidad en términos económicos. De ahí que no se pueda asumir que el camino eficaz hacia la justicia social es el jurídico; no es posible saltarse el problema de la equidad ocasionado por el mercado y el de la justa distribución de los recursos.

**3.** La equidad no puede codificarse como un sistema de reglas, máxime si se tiene en cuenta la gran brecha que existe entre la regla y su conversión/aplicación en ley. En el mismo sentido, la idea de alcanzar la solidaridad por medio de un sistema de derechos resulta criticable en este marco: la solidaridad no se resuelve por vía *formal*, se requiere un acto efectivo suprajurídico (de contenido *ético*), en el plano del *comportamiento* económico-social, consistente en ceder los intereses propios en beneficio de un tercero con una determinada intencionalidad social.

En la sociedad posliberal, el debilitamiento del Estado de bienestar (Jessop, 1999: 100-134) se acompaña de (i) un declive en el contenido cierto de la norma y de la fuerza de la ley en su *rol* de regular/cohesionar; (ii) el fortalecimiento de una modalidad de Estado corporativo y el ataque a lo público y a la ley positiva; y (iii) el retroceso de la legalidad, pero también de la formalidad como instrumento de equidad y solidaridad. Este es el punto clave de *la formalidad en la ley*, con relación a las *ideas* de igualdad y solidaridad.

Aquí se encuentra la tensión entre la solidaridad como valor moral y la cuestión social como problema real. O también la tensión entre el derecho como ciencia social con una función histórica,<sup>8</sup> esto es la búsqueda

---

<sup>8</sup> Leal (2000: 9) advierte desde una postura de incertidumbre “científica” —mezcla de positivismo con posmodernismo— que: “en contraste con este novedoso panorama de indagación teórica y metodológica de las ciencias sociales [se refiere a “la costumbre multidisciplinar en ascenso de la de-construcción de los discursos”], ocurre que mientras no pierda dinámica la transición por la que atraviesa el mundo y no se decanten tendencias claras en términos de patrones alternativos que correspondan a nuevas formas de organización social, las ciencias sociales tendrán que apoyarse en

da del paradigma emancipatorio, y la economía “en sus variantes economía social *versus* economía financiera”. La noción de solidaridad da fundamento a la intervención del Estado, que junto a la técnica del derecho social como modalidad de esta intervención permite la intersección de lo civil con lo político. Esta situación se ejemplifica en el desarrollo histórico de la seguridad social, de sus avances y retrocesos, como resultado de los avatares del proceso social y político.

Este principio de solidaridad tiene sus orígenes en el movimiento obrero de ayuda mutua y en el naciente sindicalismo de la segunda mitad del siglo XIX. A finales del siglo XIX aparecen en Europa las bases de lo que se ha denominado el derecho social: leyes relativas a las condiciones de trabajo, y a la protección del trabajador en las diversas ocasiones en las que él pierde su capacidad de trabajar; como son los accidentes de trabajo, las enfermedades y la vejez (Rodríguez, 1999a: 197-224). Donzelot considera que “a nombre de este derecho social se hace una intervención creciente del poder público en las esferas de las relaciones civiles y privadas [...] el derecho social se presenta como la aplicación práctica de la teoría de la solidaridad” (Rodríguez, 1999a: 206).

La técnica capaz de garantizar la realización de este principio de solidaridad es el aseguramiento; sobre él se erige el manejo de la cuestión social. Como lo anota Pierre Rosanvallon

la aplicación del seguro a los problemas sociales permitiría salir de esas dificultades. Al pasar de la noción subjetiva de comporta-

---

parte en las antiguas teorías y en parte en las emergentes que han servido para identificar y explicar en los últimos lustros las tendencias de una transición que ha mostrado profundidad y persistencia. Sin duda, este navegar en aguas poco claras traerá fiascos y frustraciones, que no pueden ser muy diferentes a las que produjeron entusiasmos desmedidos con teorías que se creyeron providenciales en su capacidad de explicar todo lo divino y lo humano, como fue el caso de los neomarxismos”. Una postura que reconoce a la ciencia su capacidad comprensiva/transformativa de la sociedad se encuentra en Maturana (1997). Este autor sostiene que “la cuestión central que la humanidad enfrenta hoy en día es la pregunta acerca de lo que es la realidad. Y sostengo que esto es así, independientemente de si estamos enterados o no de ello, porque cada una de las cosas que hacemos como seres humanos modernos, como individuos, como entidades sociales o como miembros de alguna comunidad humana, supone una respuesta a tal cuestión como la fundación de un argumento racional que usamos para justificar nuestras acciones” (p. 14). Y se pregunta: “¿No es acaso el propósito último de una convivencia democrática, el de recuperar a la sabiduría como fuente de acción en un vivir cotidiano centrado en el mutuo respeto y la colaboración en la construcción de un mundo humano deseable en lo estético, lo material y espiritual para todos?” (148).

miento y de responsabilidad individual, a la noción objetiva de riesgo, el seguro invitaba a mirar lo social de manera diferente [...]. El enfoque en términos de riesgo, en efecto, remite en primer lugar a una dimensión probabilística y estadística de lo social (el riesgo es calculable) que permite relegar a segundo plano el juicio sobre los individuos. (Rodríguez, 1999a: 206-207)

A diferencia de la asistencia, el seguro social representa la ejecución de un contrato en el cual los ciudadanos y el Estado están igualmente implicados. Para este autor la universalidad del seguro y su carácter obligatorio lo convierte en social y

cumple entonces el papel de una especie de transformador moral y social. El seguro social funciona como una mano invisible que produce seguridad y solidaridad sin que intervenga la buena voluntad de los hombres. Por construcción, el seguro atañe a las poblaciones: al hacer de cada uno la parte de un todo, hace así interdependiente a los individuos. (Rodríguez, 1999a: 207)

Este paradigma asegurador se convertirá más tarde en una de las bases sobre las cuales se erigieron los Estado(s) de bienestar; la seguridad social integral se ocupará de los seguros de salud, económicos y se extenderá paulatinamente al desempleo. En esta perspectiva, la protección social hace parte de las nociones fundamentales de los Estado(s) social(es) de derecho y su evasión conduce a generar un clima de tensión social y de rompimiento de los acuerdos sociales.

La normatividad jurídica colombiana se ha inclinado a considerar que la financiación de la seguridad social, más que un impuesto a la nómina, es una manera de dar cumplimiento al artículo 11 de la Constitución, que dispone:

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Bajo estas circunstancias, la profundización de las reformas estructurales y en particular las que hacen referencia a la flexibilización del mercado de trabajo y a la seguridad social, pueden conducir a que la 'exclusión' presente en el escenario laboral colombiano tienda a profundizarse.

De la mano de este salto entre la institucionalización de los derechos y las ideas de igualdad material y solidaridad, se presenta la existen-



cia de los derechos constitucionales como *letra muerta*. Respecto a los derechos sociales, esto parece acrecentarse debido a la inexistencia de las condiciones socioeconómicas (presupuestales) para garantizar su efectividad, como es el caso del derecho pensional.

En últimas, esto da al traste con la eficacia del derecho pensional como derecho social<sup>9</sup> y pone en entredicho la capacidad del derecho de alcanzar cambios estructurales. A la par, esta incapacidad del derecho va de la mano con la incapacidad del régimen (y sus gobiernos) de tratar en términos políticos los grandes problemas nacionales –como la injusticia social– y su intento por compensar esta falencia mediante la juridización del mundo de la vida.<sup>10</sup> La clase dominante y quienes tienen relevancia en el ejercicio del poder han optado por coexistir con los problemas antes que combatirlos a fondo, pues es más *funcional* convivir con los conflictos estructurales que intentar derrumbarlos (Palacios, 1995).

En este marco, “el fetichismo jurídico puede y debe combatirse [...]. La crítica del derecho conduce –debe conducir–, a desnudar su carácter fetichista, y a combatir la ideología jurídica desmitificadora” (Correas, 1998a, 173).

Entonces, una lucha contrahegemónica encaminada a transformaciones económicas no se ve agotada mediante la estrategia jurídica, y requiere además actuar en las dimensiones política y social. El fin emancipatorio –entendiendo por emancipación la superación del derecho positivo– no se puede alcanzar a través del derecho formal, y éste debe pensarse como instrumento para los movimientos sociales.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> La eficacia alude pero no se limita a la mera intencionalidad del legislador. Para el caso del derecho pensional, el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia será eficaz, si se evidencia una mayor y eficiente cobertura de la seguridad social.

<sup>10</sup> En este marco, la excesiva juridización o colonización del derecho da cuenta de un escape político por parte del Estado, a la par que evidencia la instrumentalización del derecho por parte de aquél para legitimarse y *responder* a las diferentes demandas sociales, mediante su uso simbólico. Véase Santos (2001b: 85-150).

<sup>11</sup> Véase Uprimny y García Villegas (2002: 330). Este texto es el resultado de una investigación respecto al potencial emancipatorio del tribunal constitucional en este país, y da cuenta de que: “una mayor efectividad emancipatoria de las decisiones progresistas de la Corte se consigue cuando se combinan los siguientes factores: decisiones judiciales –remediales–, preferentemente de no hacer (prohibiciones), recibidas en contextos o auditorios consensuales, apropiadas políticamente por movimientos bien sea dispersos o bien sea comunitarios, los cuales adoptan la estrategia jurídica como parte constitutiva de su lucha política y de su identidad como movimiento y cuentan con vínculos internacionales de apoyo”. ¿Qué tan posible es que la Corte Constitucional sea una corporación del Estado capaz de promover la emanci-

La pregunta que se formula es la siguiente: ¿el activismo judicial, además de capaz, es el mecanismo adecuado para suplir esta falencia democrática colombiana? Aquí se insiste en los efectos contraproducentes de la creencia en la capacidad emancipadora del derecho pues éste se asume y presenta como una verdadera herramienta de emancipación social, cuando su poder de emancipación es restringido. El activismo judicial debe estar entonces apoyado por un respaldo político, encargado de producir cambios significativos y perdurables. El activismo judicial obtiene cambios.<sup>12</sup> Pero estos devienen en obsoletos cuando no están complementados con una lucha política emancipadora efectiva. No se puede dejar de lado que este sueño activista constitucional puede algún día tornarse en una verdadera pesadilla, cuando llegue el día –que parece estar llegando– en el que una mayoría de magistrados conservadores o –si por causa de un activismo bien intencionado pero desmedido y no estratégico– una mayoría opositora clausurase la instancia de la Corte a través de una reforma constitucional.

---

pación social utilizando al derecho, generalmente tratado como herramienta de la dominación hegemónica? Son varios los casos que perfilan una esperanza al trabajo activista de la Corte: la jurisprudencia sobre indígenas, derechos de los homosexuales, movimientos sindicales y algunos fallos sobre situaciones económicas, como la de los deudores de préstamos de vivienda empeñados al sector financiero en el caso de la UPAC. En relación con los dos últimos temas, las controversias y renuencias han sido varias por diversos sectores sociales. No se comentará aquí el contenido de estos fallos pero sí se cuestionará la posibilidad que este activismo logre cambios significativos que perduren. En algunos casos se puede aceptar que los fallos progresistas desestabilizan el sistema y provocan situaciones menos desfavorables que las previas. ¿Acaso el problema de la UPAC fue solucionado al ser sustituido por el sistema UVR?

En el trabajo de los profesores Uprimny y Villegas se propone que el escenario político en Colombia no ha facilitado la lucha a favor de los intereses sociales, tomando como ejemplos críticos el exterminio de los miembros de partidos políticos de la izquierda: “Al desarraigo social de la política que caracteriza la totalidad del subcontinente, se suman tres elementos agravantes íntimamente conectados: 1) el relativo fracaso de los intentos gubernamentales de profundización de la democracia social, tanto por la vía de la reforma agraria como por la vía de los derechos sociales; 2) la desvalorización del sistema democrático como consecuencia de su militarización a través del estado de excepción y su carácter político fuertemente excluyente y clientelista, y 3) la estrecha relación que existe en Colombia entre el desarraigo del discurso político y violencia a través de la historia política nacional” (pp. 303-304). De igual forma, véase Escobar (1992).

<sup>12</sup> Dueñas (2003: 81) anota que: “el enfrentamiento del derecho a la seguridad social versus el sistema de la seguridad social, ha permitido el activismo judicial. Existe un acumulado importante de jurisprudencia garantista, que no se puede dejar de lado”.

Esto presupone además la construcción de sujeto político y una esfera de democracia y discusión para la solución de los conflictos sociales, derrocando así la superficialidad de la actual democracia (Habermas, 1998: 340-361) y la creciente tecnocracia.

El problema *sociojurídico* consiste entonces en cómo lograr una atmósfera política para que la justicia sustantiva legitime el orden social y contribuya a la transformación del Estado.<sup>13</sup> Con el desplome del Estado de bienestar y el avance de lo *cosmopolita* se produce un impacto en el papel del derecho y en la interpretación y aplicación de la ley; en este marco es imperativa la construcción de organizaciones políticas fuertes que en un contexto democrático faciliten el trámite de proyectos como el pensional (Ossa, 2001). Esto, para superar así los sesgados enfoques económicos que

suelen esconder determinadas ideologías basadas en el individualismo a ultranza, e implican una decisión de organización política de la sociedad, que solamente a ésta, democráticamente, compete tomar sin determinismos falsamente técnicos. (Jiménez, 1999: 82)

Y en esta labor, el consenso representa un fin irrenunciable, pues sólo su búsqueda puede superar la fragmentación social hoy existente (Habermas, 1998: 105-146), dando predominio a la sensatez, la solidaridad y la justicia social. Se requiere un consenso para definir los contenidos de los cambios: hay que determinar la forma de proceder, los mecanismos que se van a aplicar y la capacidad de afectados y beneficiarios para adaptarse a los cambios propuestos. Las propuestas van a recibir presión para minimizar el número de perdedores y maximizar el número de ganadores. Es allí donde se edifica el consenso.

El debate muestra que es imposible desprenderse de la ideología. El esfuerzo debe tender, más bien, a no perder, desde las distintas posturas ideológicas, una noción de realidad y de sentido práctico para precisar aquello que *argumentativamente* es viable por la vía de la concertación y el diálogo.

---

<sup>13</sup> Cárdenas (1993: 257) anota que: "El criterio de justicia social asume como función propia la satisfacción plena de las necesidades humanas. La alternativa de desarrollo integral no es otra que la generación de desarrollo sostenible que involucre el componente económico y el componente social. Esto es, la generación –de manera paralela e integrada– de un proyecto político que democratice la sociedad, con un proyecto económico que asegure las condiciones de crecimiento que permitan garantizar la generación de excedentes adecuados, canalizados a través del sistema tributario, para la realización de la política social, entendida como el instrumento para garantizar un 'orden político, económico y social justo'".

En Europa, la presencia de los fondos privados en el régimen pensional es simplemente complementaria. Sin embargo, en Latinoamérica y en los países del antiguo “bloque soviético” ha proliferado el enfoque de las privatizaciones, con la disculpa de racionalizar el sistema, bajo el pretexto de hacer retroceder la presencia del Estado.

Si ese propósito neoliberal no puede ser neutralizado por el Estado de bienestar que ha hecho de la seguridad social su bandera, entonces la conclusión es elemental: por más de que lo diga la Constitución Política, la verdad es que el Estado social de derecho no logró una configuración real. Y ante esta realidad queda abierto el debate sobre la posibilidad del socialismo como antídoto al capitalismo salvaje (Bobbio, 1987; Singer y Machado, 2000; Herrera, 2002). Por consiguiente, en aras de avanzar hacia la construcción del Estado social de derecho, cualquier reforma a la seguridad social debe sacarla de la camisa de fuerza del mercado y ponerla al servicio del hombre y su dignidad.

**4.** Aquí se explica y reconoce la incapacidad del régimen social capitalista, establecido en Colombia para atender las reivindicaciones sociales y sobre todo para concretar los derechos humanos. Se considera que por su misma naturaleza, el régimen está en total imposibilidad de realizar de manera efectiva los derechos fundamentales y los derechos humanos. Es más: algo consustancial a este régimen es la violación sistemática de los derechos humanos. En verdad, al régimen no se le puede pedir sino lo que vive Colombia. Se requiere construir *otro* régimen para lograr la plena realización de los derechos humanos fundamentales.

El profesor Boaventura de Sousa Santos afirma que Colombia padece cinco conflictos estructurales,<sup>14</sup> a saber:

---

<sup>14</sup> Santos (2001c, pp. 199-201) precisa que “los conflictos estructurales son los lugares sociales del daño sistemático generado directa o indirectamente por el capitalismo global en su interacción con sociedades locales, regionales o nacionales”. La creencia en el derecho por parte del profesor De Souza Santos le amilana su vocación poscapitalista (obsérvese el cuidado de no utilizar el término anticapitalista y cómo denomina “disputas” al fenómeno de la lucha de clases): “Cuando las condiciones políticas y económicas son tales que los conflictos estructurales suprimen en lugar de provocar disputas judiciales, el acceso al derecho y a la justicia (...) implica la promoción activa de las disputas. En otras palabras, debe dirigirse a la demanda reprimida de justicia. En este caso, un sistema judicial posliberal debe ser construido socialmente tanto como un mecanismo de solución de disputas como de creación de las mismas”.

Al respecto, véase Bastida (2000, pp. 134-135), donde se explica que:

(i) El conflicto de la tierra que involucra a los terratenientes y a los campesinos pobres y desposeídos. ¿Ese conflicto estructural puede ser resuelto por este régimen?

(ii) El conflicto capital-trabajo que involucra a los trabajadores y empleadores rurales y urbanos. ¿Qué capacidad tiene el régimen para resolver este problema? O ¿este régimen puede obviar el impacto de la economía global que tiende a agudizar el conflicto entre el capital y el trabajo?

(iii) El conflicto en torno a la biodiversidad y a los recursos naturales que involucra al Estado, a las corporaciones multinacionales y a las comunidades campesinas, indígenas y negras. ¿Cuál ha sido la capacidad de las autoridades ambientales para atacar este problema?, ¿cuál es el manejo de los químicos para la deforestación en el marco de la política antinarcóticos?

(iv) El conflicto en torno a la diversidad cultural que involucra al Estado, a las personas de descendencia europea y a sus organizaciones y a las comunidades indígenas y negras.

(v) El conflicto sobre el monopolio de la violencia que hace décadas opone al Estado con los opositores políticos armados que en general se pueden designar como para-Estado.

Frente a estos cinco problemas estructurales de Colombia, ¿está el actual régimen en la posibilidad de darles una salida civilizada?

Es inocultable que hay tensiones importantes entre el capitalismo neoliberal y la democracia liberal, en especial cuando el primero genera

el poder jurídico, como todo poder, comienza siempre por la ilegitimidad. Alguien asume el mando y afronta una tarea perentoria sin ofrecer título alguno que le permita obrar según lo hace. En esto existe una indistinción absoluta entre el derecho y la pura fuerza. Sólo cuando la fuerza se institucionaliza mediante la estabilización de las personas que ejercen la autoridad puede empezar a hablarse de auténtico derecho. Claro que hay que tener en cuenta que las razones que explican la transición del primer al segundo paso son absolutamente irracionales. La tradición, el rito y la sacralización son los factores que alumbran la transformación de lo fáctico en normativo. Y agrega, para mayor claridad, que: “la violencia se halla en el origen mismo del poder y es, por tanto, el punto de partida de todos los regímenes. Lo que ocurre es que los regímenes establecidos han dejado ya detrás, a sus espaldas, la violencia primaria, elemental, desnuda; tan lejos que han podido arreglárselas para olvidarla. Más aún: han conseguido transmutarla en su opósito. Naturalmente, siguen apelando a la violencia que no se reconoce como tal porque se ha institucionalizado y autojustificado por la Ley”.

distribuciones altamente inequitativas de bienes y de ingresos, y abruptos desplazamientos sociales. En conclusión, la forma como se expresa el capitalismo global en Colombia es la causa fundamental de esta crisis y, por tanto, es necesario pensar en formas emancipatorias “poscapitalistas” que permitan resolver estos problemas estructurales.

5. La investigación adelantada acerca del impacto de la globalización financiera en un sistema pensional nacional muestra que la competencia mercantil tiende a impedir la aplicación del principio de solidaridad. El plan de trabajo ejecutado sobre el tema propuesto evidenció que el reconocimiento formal del principio de solidaridad como una categoría social se encuentra en conflicto con el derecho privado comercial en el contexto de la dinámica especulativa del capitalismo monopolista financiero internacional.

En la realidad socioeconómica se presenta un conflicto entre (i) la aplicación del principio de solidaridad y (ii) el derecho comercial, toda vez que éste se encuentra sujeto al manejo global de la economía de libre mercado, que prioriza el negocio financiero regulado por la *lex mercatoria*,<sup>15</sup> sobre el derecho pensional como expresión del derecho social inspirado en la idea moral de solidaridad.

¿Por qué razón el principio de solidaridad como expresión constitucional de los derechos sociales pierde eficacia en el ejercicio del derecho pensional en el contexto de una economía global financiarizada?<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Consúltese Santos (1998: 104-105) para una explicación sobre el significado de la *lex mercatoria*.

<sup>16</sup> Santos y García (2001a) explican en el marco de su concepción del “fascismo social” que: “la quinta forma de fascismo social es el *fascismo financiero*. Esta es quizás la forma más virulenta de sociabilidad fascista y merece, por ello, una referencia más detallada. Es el fascismo imperante en los mercados financieros de valores y de divisas, y de la especulación financiera. Es todo un conjunto que hoy se designa como ‘economía de casino’. Esta forma de fascismo social es la más pluralista en la medida en que los movimientos financieros son el producto de decisiones de inversores individuales o institucionales esparcidos por todo el mundo y además, sin nada en común fuera de su deseo de rentabilizar sus activos. Por ser el más pluralista es también el fascismo más virulento debido a que su espacio-tiempo es el más refractario a cualquier intervención democrática” (pp. 32-33), y aclaran que: “El fascismo financiero en sus varias formas y ámbitos es ejercido por empresas privadas cuya acción está legitimada por las instituciones financieras internacionales y por los Estados hegemónicos. Son un fenómeno híbrido para-estatal o supra-estatal con un gran potencial destructivo: lanzar a países enteros al estado de naturaleza, o sea, de exclusión sin remedio” (p. 35), para precisar que: “Desde mediados de la década de los ochenta hasta 1996, la economía colombiana fortaleció el sector financiero, la especulación y la llamada –economía de casino–, todo ello en detrimento de los llama-

La solución de este problema toma como trasfondo la relación entre la ética, la economía, la sociedad y el derecho, y el papel de mediación objetiva que cumple *lo político* en este complejo entramado.<sup>17</sup> A partir del reconocimiento de la forma en que las tendencias económicas predominantes favorecen el capital financiero se analizó su expresión en el ámbito jurídico para percibir un fenómeno en virtud del cual se produce un realindamiento a favor del derecho comercial de seguros *versus* el derecho al seguro social, en este caso, en materia pensional.

En la perspectiva de la teoría moral fue posible constatar un avance del individualismo y la pérdida de influencia de la idea regulativa de la solidaridad y de la igualdad. Para tal efecto se apeló a la teoría crítica del derecho para sustentar que no es posible sustituir la movilización social y la organización política para cumplir el propósito de realización de los derechos sociales.

---

dos sectores reales de la economía" (p. 46).

17

Para diferenciar "lo político" de "la política", véase Châtelet *et al.* (1977: 17-18), donde se explica que "lo político –en cuanto escenario y en cuanto terreno– suele quedar –olvidado– por los filósofos, los teóricos políticos y hasta por los agentes políticos. La razón de ese olvido es una confusión (introducida –consciente o inconscientemente– por quienes de ella se benefician) entre lo político y la política. En verdad, la eminencia de lo político está reprimida, si bien invocando una instancia privilegiada, tanto desde el punto de vista teórico como del práctico, [por] la política. Y la política equivale aquí al Estado (o su expresión, el poder). A todo gobierno efectivo –y todos rápidamente, se rodean de la garantías de la ley– le interesa, en la medida en que ejerce un poder de clase, negar la idea de que la existencia de cada cual es, de parte a parte, política, y que no hay terrenos reservados: para éste, el económico; para aquél, el político; para ese otro, el ideológico [...]. Por el hecho de estar omnipresente, lo político no tiene lugar propio. Siempre está desplazado –como objeto de reprobación, de represión o de contención– para quienes se han arrogado el derecho a juzgar, con "competencia", las justas conductas colectivas. Debido a su gran fuerza, lo político es lo que han impuesto como instancia militante los marxistas decididos, cualesquiera que hayan sido sus contradicciones y sus divergencias estratégicas. [...] el marxismo se apoya al principio en una crítica de la política. Y ello, no sólo en cuanto el Estado (burgués) es el lugar y el instrumento, en todos los terrenos –desde la familia y la educación a la organización del trabajo–, de la represión ejercida por la clase dominante, sino asimismo en cuanto viene impuesto como realidad exterior y superior, como *trascendencia*, como fetiche. En realidad, la actividad política es una operación general de fetichización: instala –como si fuesen unos procesos normales de regulación– unas "realidades" dotadas de poderes misteriosos y, en especial, con la capacidad de definir o de expresar el interés general [...]. Esas realidades no existen: las impone un sistema, y las ejercen hombres de carne y hueso, estrechamente ligados con este sistema. Esta crítica de la política –falsedad real y activa– en nombre de *lo político*, es constitutiva del marxismo".

**6. El enfoque jurídico-formal tradicional no contempla la relación entre la economía y el derecho. *Contrario sensu* del enfoque jurídico-formal puede encontrarse otro económico-financiero que, a su vez, tampoco tiene en cuenta la dimensión jurídico-social. Es preciso advertir la necesaria consideración acerca de la forma de organización socioeconómica que puede dar sustento efectivo al derecho a la seguridad social. El tipo de literatura jurídica que circula en Colombia poco aporte hace a la crítica de la institucionalidad capitalista vigente que, como se sabe, hace nugatorio el reconocimiento *formal* universal de los derechos sociales.<sup>18</sup>**

La respuesta que aquí se sustenta es que las transformaciones que tenga el mercado de trabajo, por efecto de la economía globalizada, afectan de manera directa el sistema de seguridad social y el ejercicio del derecho pensional, lo cual no hace posible la *construcción* de un real principio de solidaridad.

Esta respuesta se apoya en el siguiente razonamiento: la regulación de este sistema se construye en Colombia a partir de la técnica del aseguramiento, que si bien tiene como sustento el principio de solidaridad, protege sólo a quienes se vinculen a la economía laboral mediante un contrato de trabajo. Esta es la base del actual régimen contributivo, diseñado

18

Una postura en el marco de un Estado liberal en pro de la universalización de los derechos sociales se encuentra en Botero (2003: 10-119). El profesor Botero considera que: "Sin una efectiva protección social de los derechos económicos, sociales y culturales, la colectividad, representada por el Estado, no se encuentra legitimada para exigir nada a quienes nada ofrece. Al no ser capaz de garantizar dicha protección, el contrato social que supuestamente funda la convivencia en sociedad mediante una carta de derechos y deberes se concreta en la práctica sólo en exigencia de deberes en una sola vía, pues el Estado no se dota de los medios para garantizar a sus asociados ese mínimo sin el cual no es posible ser ciudadano, y apenas ser humano"; y agrega: "Una efectiva protección social tiene como condición *sine qua non* que la sociedad sea lo suficientemente eficiente en su economía para financiarla, pero los diagnósticos muestran que dicha eficiencia económica no se puede lograr sin una extensión masiva de la protección social". Para ello recoge la propuesta "de un sistema social innovador que comienza por acentuar el carácter universalista y solidario de la cobertura social, organizando en su base un zócalo de derechos mínimos garantizados sin condición, es decir, independientes y desconectados del empleo. Y para garantizarlo se piensa en la posibilidad de un ingreso acordado a todos los ciudadanos". En el mismo sentido, *cfr.* Uribe López (2002: 19), quien plantea que: "La principal política social es una política económica favorable a la producción y a la inclusión mediante el empleo y las garantías de ingresos. Sin generación de valor agregado nacional y de empleo masivo, es prácticamente inviable la refundación de un sistema de seguridad social que tienda hacia la equidad y la universalidad" (p. 19).



tanto para salud como para las pensiones, y regula la cobertura de riesgos profesionales. De este último sistema ha quedado excluido el sector informal; con el aumento de los microempresarios y los trabajadores por cuenta propia, la afiliación a las administradoras de riesgos profesionales se ha estancado.

Por su parte, el régimen pensional colombiano está atravesando por una situación de crisis. Su cobertura no se ha mejorado sensiblemente después de la expedición de la Ley 100 y es la más baja del conjunto del sistema de seguridad social; la evasión y la elusión, características de este sistema, se presentan con mayor protuberancia en pensiones; sus recursos no han logrado fortalecer el mercado de capitales, soportando en parte la crisis fiscal. Este régimen no está llegando a los trabajadores informales que constituyen el 60% de la población económicamente activa, pese a los limitados esfuerzos que en tal sentido realiza el fondo de solidaridad.

Aparte de la herencia de la forma como se construyó el sistema pensional, en el cual los trabajadores del sector público no hicieron los respectivos aportes, el incumplimiento del Estado con los recursos contemplados en la Ley 90 de 1946 –los procesos de corrupción están generando un desajuste en las finanzas públicas–, en el entorno territorial una buena parte del presupuesto se destina a cancelar las mesadas a los pensionados y la expedición de los bonos pensionales –que surgen de convertir una deuda social en privada– va a aumentar la crisis fiscal.

A partir de la promulgación de la Constitución de 1991, la seguridad social no es un privilegio de la clase trabajadora o asalariada sino que este derecho es inherente a toda persona dentro del Estado colombiano, porque la norma fundamental señala la universalidad respecto a todos los habitantes, estén o no trabajando. En las normas internacionales, la seguridad social se contempla como un derecho esencial a la dignidad humana. La Corte Constitucional a través de su doctrina ha efectuado un reconocimiento al principio de solidaridad como un elemento esencial del sistema de pensiones, que se asume como un servicio público a cargo del Estado. Si la sociedad y la familia no concurren a la prestación de este servicio, son el Estado y sus instituciones sociales los que deben cumplir con este fin social.

La flexibilización laboral, los aumentos en la temporalidad en el empleo y la alta rotación de los trabajadores han conducido a que cada día tengan mayor presencia los afiliados inactivos, es decir, quienes tienen más de seis meses sin cotizar, que para los fondos privados de pensiones representa más de la mitad del total de la afiliación. El funcionamiento del

mercado laboral conduce a que menos de una quinta parte de las personas de la tercera edad tengan derecho a una pensión.

El manejo de una proporción significativa del ahorro nacional, representado en las reservas del régimen pensional, es un asunto de alta sensibilidad social y política. La historia de la seguridad social muestra cómo en diversas oportunidades se ha construido información para avalar proyectos que no siempre toman este régimen como parte de la política social. A propósito de la expedición de la Ley 100 de 1993 se vaticinaba el fracaso inmediato del sistema de reparto; otros estudios, como el realizado por la OIT en marzo de 1998, difieren sustancialmente de las proyecciones financieras evocadas ante el Congreso y la opinión nacional para sustentar una reforma pensional, que se asume más como una reforma de corte financiero que una en el ámbito de lo social.<sup>19</sup>

En general, estas reformas se reclaman del progreso técnico, dictadas por la razón o el sentido común (siempre se hace mención a los estudios técnicos) y en últimas en lo que se está pensando es en la reestructuración de las formas de trabajo propias de un capitalismo salvaje. Estos cambios se hacen en nombre de la eficiencia del mercado o en nombre de los más pobres, pero sus resultados finales son el incremento de la pobreza, los aumentos de las desigualdades y la protección a un capital especulativo que tiene ahogada la economía nacional.

La experiencia internacional señala la concentración como una característica inherente a los fondos privados de pensiones. En la situación colombiana, los grandes grupos económicos controlan más de las dos terceras partes del mercado, y por medio de las redes sociales que han instituido se monopoliza aún más la economía, generando un proceso no transparente para el ejercicio de la democracia. De contera, la tendencia al descenso en la rentabilidad de estas instituciones financieras ha generado una brecha pensional que conjetura una jubilación con un ingreso equivalente al 60% de su salario, después de haber cotizado durante 32 años.

Tanto la flexibilización laboral como el ávido interés por privatizar la seguridad social en pensiones responden al proceso de financiarización en que se encuentra sumida la economía, que en un primer momento se manifiesta por un ambiente de especulación financiera. Su consolida-

---

<sup>19</sup> Dueñas (2003: 173) considera que: "La llamada crisis pensional obedece entre otras causas a aspectos financieros, pero de ahí no se deduce que se deban afectar los derechos de las personas. Tratar de dar soluciones mirando solamente en sentido económico, desconoce el carácter humano y jurídico de las pensiones".

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

En un enfoque estrictamente demoliberal, el acceso a la seguridad social es un pivote para el ejercicio de los derechos sociales garantizados por la Constitución de 1991, que junto con los derechos políticos y civiles constituye el nuevo concepto de ciudadanía social. Este contenido jurídico tiene desencuentros con la práctica y la cultura política propias de la realidad en América Latina, donde el dominio de lo público se confunde frecuentemente con lo privado; la asistencia social, como forma de gestión de la política social, favorece el desarrollo del clientelismo, el cual se ha convertido en un rasgo protuberante del régimen subsidiado.

La ampliación de la cobertura del conjunto del sistema de seguridad social es un prerrequisito *sine qua non* para disminuir las tensiones sociales; la evasión y la elusión deberían tener un tratamiento similar al impuesto actualmente por la administración de impuestos a quienes con subterfugios no los cancelan. En esta perspectiva, la financiación del sistema toma el sendero de las transferencias sociales, el cual estaría ligado a un “nuevo contrato social” que se impondrá en Colombia en un proceso en el que la búsqueda de la equidad es considerada una de las bases en el loable propósito de lograr la paz sin injusticia social.

El plan de investigación que aquí concluye se orientó a explicar por qué razón el principio de solidaridad como expresión constitucional de los derechos sociales pierde eficacia en el ejercicio del derecho pensional en el contexto de una economía financiera globalizada.

El estudio realizado ubica el principio de solidaridad como basamento y a la vez expresión de los derechos sociales en la institucionalidad propia de un Estado liberal. Los alcances y límites en el Estado colombiano se observaron en el detalle, a partir de la interpretación y la doctrina en materia de seguridad social por parte de la Corte Constitucional. Se profundizó en la noción de los derechos sociales, en la naturaleza jurídica y en los componentes y características de los derechos sociales fundamentales.

Se efectuó un análisis del derecho pensional respecto a las transformaciones del mercado laboral, así como del objeto del sistema pensional y sus características para precisar la realidad del derecho pensional en

el ejercicio de la globalización financiera y la influencia de las tendencias mercantilizantes, intentando formular una propuesta para una solución estructural.

7. El sistema pensional en Colombia es un caso único en el mundo porque contempla el esquema de capitalización individual, que resta de modo excluyente los afiliados a la seguridad social y traslada al sector privado las contribuciones que vienen haciendo los empleados y trabajadores al seguro social que decidan trasladarse a los fondos. En otras palabras, las contribuciones forzosas no se pueden efectuar en apoyo de ambos esquemas y los asegurados individualmente deben seleccionar uno de ellos. Así, dos sistemas que en los países avanzados funcionan como complementarios, en Colombia deben operar con carácter competitivo.

El que la contribución forzosa de empleadores y trabajadores deba constreñirse a un esquema con exclusión del otro, en el ámbito individual, elimina la posibilidad de pertenecer paralelamente a los dos esquemas que en el mundo no son excluyentes sino complementarios. Pero, sobre todo, resulta inequitativo el hecho de que las contribuciones antes impuestas para el financiamiento de la seguridad social sean transferidas a los aseguradores privados en una proporción que fractura la estabilidad del sistema de seguridad social, al dejarla huérfana de afiliados, con el señuelo de los intereses devengados capitalizados en cuentas de ahorro individuales. Así se reducen las potencialidades de la solidaridad intergeneracional, y la solidaridad intrageneracional es casi simbólica.

Los esquemas pensionales de fondos administrados por los empresarios o por sociedades privadas con ánimo de lucro, que generan retornos reales a los ahorradores individuales, en la actual coyuntura están siendo objeto de una buena acogida dondequiera, no sólo por parte de éstos sino de los empresarios privados y de las élites políticas. Estos planes complementarios actualmente gozan de popularidad en los países ricos, donde están en auge, no obstante los descalabros de los años setenta. En ellos prácticamente toda la población asalariada disfruta de la pensión básica del seguro social.

El servicio del sistema de seguridad social en Colombia, en materia pensional, se ha visto afectado por varios hechos: la baja participación comunitaria, la carencia de políticas estatales en materia de seguridad social y el tímido impulso que la sociedad civil le ha dado al control ciudadano en relación con los servicios de salud y al fondo de solidaridad pensional, así como los planes gubernamentales para la generación de empleo, fenómenos que han redundado en la configuración de una insípida y endeble democracia económica.

**8.** Así planteada la eficacia de los derechos sociales en Colombia, se puede concluir que la Constitución Política de 1991 consagró una carta de derechos sociales, económicos y culturales que se caracteriza por su amplitud y generosidad, así como por la creación de mecanismos judiciales para su protección. Sin embargo, esta judicialización de derechos sociales no es obligatoria en todos los eventos: a diferencia de la Constitución de 1886, que simplemente consideraba los derechos sociales como normas programáticas,<sup>20</sup> la Constitución de 1991 consagró el carácter normativo de tales derechos. No obstante, su efectividad sólo se predica en ciertas circunstancias, definidas por la jurisdicción constitucional, en las cuales se presenta una conexión entre éstos y los derechos clásicos de libertad.

La jurisdicción constitucional determina que en estos casos existe conexión entre derechos sociales y derechos de libertad (civiles de primera generación). En esta delimitación conceptual intervienen elementos políticos, morales y económicos de difícil sistematización. Los criterios económicos juegan un papel determinante para restringir la efectividad de los derechos sociales prestacionales. La disponibilidad presupuestal es casi siempre una razón definitiva para negar la efectividad de tales derechos.

Los textos constitucionales sobre derechos sociales prestacionales se refieren esencialmente a políticas públicas, no a derechos subjetivos (De Lima, 1994). En otros términos: la suerte de los usuarios depende más de la disponibilidad de recursos y de la dinámica política entre el Ejecutivo y el Legislativo, que de la posibilidad que estos tienen de acudir a una autoridad pública para exigir sus derechos. En Colombia “como en buena parte de América Latina”, las cartas de derechos en materia social consagran esencialmente expectativas, no derechos subjetivos.

Las acciones judiciales para proteger derechos sociales prestacionales son eficaces para ciertos sectores de la población que se encuentran dentro de una relación prestacional dada e ineficaces para obtener una determinada prestación del Estado a partir de la carencia. En otros términos: la tutela judicial funciona efectivamente en relaciones de prestación de servicios y tiene un efecto mínimo para la población más pobre o excluida de los canales de prestación de tales servicios.

La jurisprudencia constitucional es muy generosa, por ejemplo en materia de educación, cuando se trata de asuntos disciplinarios o morales (relaciones profesor-alumno), pero es muy restrictiva en materia de salud

---

<sup>20</sup> Derechos programáticos son aquellos que requieren un desarrollo legislativo para ser efectivos. Mientras el legislador no los desarrolle legalmente, no tienen carácter obligatorio.

o trabajo, cuando se trata de desempleados o de personas que carecen de servicio médico.

Los derechos sociales prestacionales no han servido para mejorar las condiciones de la población que más los necesita: aproximadamente 24 millones de habitantes en situación de “pobreza”, “marginalidad” o “exclusión” social. De acuerdo con los datos sobre el perfil del demandante contenidos en una investigación sobre tutela, esta insuficiencia se explica por dos razones: (i) la tutela no es utilizada por este sector de la población: la “exclusión” también incluye el uso del derecho como medio de protección, y (ii) la jurisprudencia es muy restrictiva cuando se trata de obtener una prestación a partir de la carencia total. La investigación referida muestra cómo la tutela es un mecanismo judicial *útil* para resolver los problemas de prestación de servicios públicos y privados que tienen usuarios de clase media y media baja (Ministerio de Justicia y del Derecho, 1996: 99 y ss.; García, 1996).<sup>21</sup>

La Corte ha sido progresista cuando aplica aquellos artículos de la Carta de Derechos que consagran los principios culturales y morales propios de una sociedad pluralista y tolerante. Estas normas han tenido un amplio desarrollo a través del principio de la igualdad (C. P., art. 13) y han producido cambios drásticos en numerosas autoridades públicas y privadas que tradicionalmente imponían tratos discriminatorios y abusivos.

Los derechos sociales prestacionales, en cambio, debido a su especial afectación de las competencias entre los poderes públicos, sólo han tenido una eficacia limitada y marginal. La Corte hace efectivos los principios y derechos sociales sólo en aquellos casos extremos, en los cuales el principio opuesto de estabilidad institucional derivado de las competencias entre los poderes públicos no aparece considerablemente afectado.

En términos generales, la Corte es más progresista cuando decide sobre la constitucionalidad de una ley sobre derecho social prestacional, que cuando resuelve un caso de tutela sobre un derecho social prestacional (García y Rodríguez (2001: 105). Esto se explica por el hecho de que mientras el control de constitucionalidad es objeto de una amplia aceptación en el derecho colombiano, la posibilidad de que un juez ordene una prestación económica específica, de tal manera que resulte afectado directamente un presupuesto o una decisión legislativa, es completamente ajena a la tradición colombiana y es vista como un elemento perturbador del sistema.

---

<sup>21</sup> Un desarrollo y actualización de los estudios pioneros del Cijus sobre la tutela se encuentra en García y Rodríguez (2001: 423-454).

**9.** El propósito del constitucionalismo es administrar la polémica materia de la vida cotidiana, a fin de imponerle un orden racional, un esquema normativo que despliega principios y procedimientos de asignación de recursos y de solución de conflictos a través de múltiples niveles y sectores de la sociedad. Las cartas constitucionales o leyes fundamentales bien pueden ser obras de la razón, y su lenguaje aparece con frecuencia como el ejemplo arquetípico del discurso racional que describe las cosas como deben ser y no como son. Pero su dinamismo central, su energía es el conflicto civil, la batalla social mucho más que el contrato social.

El derecho mismo, a causa de su textura abierta (Hart, 1961: 21), debe ser visto en lo sucesivo dentro de una perspectiva estratégica opuesta a los enfoques contractualistas y funcionalistas aún dominantes en el reino de lo jurídico. De lo contrario, no es posible dar cuenta del carácter complejo, heterogéneo, rebelde de las relaciones sociales que el derecho pretende concertar. Tan sólo mediante una nueva concepción del derecho y del constitucionalismo, que se abre paso con lentitud en el mundo de las ciencias humanas, aparece factible captar la naturaleza intrínsecamente estratégica, es decir, posicional y relacional de lo social (Valencia, 1997: 19-20).

Contra la creencia subyacente de muchas escuelas de pensamiento jurídico, el derecho no es la paz sino la guerra, la guerra ritual. Y el dominio del derecho es el dominio de un saber polémico, una retórica estratégica, una gramática de y para la guerra civil que es la vida cotidiana. El culto al orden, al apelar sin tregua y sin pausa al círculo vicioso del reformismo constitucional y bloquear así el acceso del pueblo y de terceras fuerzas al Estado, ha transformado a Colombia en una sociedad violenta, que recurre una y otra vez a la guerra política (lucha bipartidista, bandidismo popular, guerrilla ideológica), en busca de participación en la distribución de poder, recursos, oportunidades y responsabilidades para todos.

Sin embargo, esta dinámica ayuda a comprender por qué el país no ha tenido una tradición significativa de caudillismo y militarismo, a diferencia del resto de Hispanoamérica, a menos que se acepte que el formalismo jurídico es tan sólo una forma sublimada de caudillismo (Valencia, 1997: 170-173).

En una sociedad como la colombiana, la Constitución suministra una serie de pistas indispensables para armar el rompecabezas del poder político. En ella los legisladores, que no han sido sino las voces y las manos de unos hechos, un pensamiento y una voluntad de sometimiento, han escrito los principios básicos con los que buscan dar legitimidad a un poder nacido de la usurpación y la degradación.

En Colombia, la necesaria ruptura entre la realidad y los principios de la democracia burguesa llevó a consagrar los artículos constitucionales y las normas que permiten vivir en un régimen de excepción, como los pilares de la vida jurídica. Por consiguiente, la Constitución no logró su vigencia política efectiva. En su reemplazo, la sinrazón militar impuso su particular código para resolver los conflictos de poder durante las guerras civiles, o para responder a la protesta popular a partir del Frente Nacional.

Esta situación obliga a los movimientos populares a conocer la Constitución y las leyes para poder avanzar, no porque en ellas encuentren su realización, sino porque integran uno de los puntos que por su ambigüedad forma el Talón de Aquiles del poder político dominante en Colombia.

La imposibilidad de cumplir su propia Constitución y de respetar las conquistas populares que ha asimilado y neutralizado, reduciéndolas a la categoría de norma, coloca al régimen ante la inevitable pérdida de legitimidad. Es un desgaste que tiene importantes repercusiones políticas, pues ayuda a desnudar la verdadera naturaleza de la opresión y favorece el fortalecimiento de una alternativa popular. En Colombia se sigue teniendo una Constitución que no se cumple, que no se puede cumplir, pero que si se cumpliera, lo único que lograría sería solidificar una sociedad sin perspectivas para los que actualmente no las tienen. A pesar de ello y como una paradoja, el hecho de su incumplimiento abre un terreno de lucha, al enfrentar el poder con sus propias incongruencias (Múnera *et al.*, 1986).

El espejismo constitucional tiende a desconocer la diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido, a intentar birlar la tensión permanente entre las fuerzas transformadoras de la sociedad que no se dejan reducir a las normas, la reglamentación o los pactos, y las instituciones que emergen como un principio necesario para la convivencia y la estabilidad (Múnera., 2002).<sup>22</sup> El proceso de 1991 –como los anteriores procesos constituyentes– relega a un segundo plano, ignora y excluye las fuerzas transformadoras de la sociedad. En consecuencia, el procedimiento de la representación política o de la participación institucional es necesariamente limitado e incapaz de cumplir su propia promesa: la construcción de un pacto general para la sociedad.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> El profesor Múnera advierte que: “Ese híbrido jurídico que es la Constitución nacional [...] invita a no ignorar el escenario institucional como elemento de los conflictos sociales sin caer en la simple juridización de los mismos” (pp. 284 y 286).

<sup>23</sup> Rubio (1999: 35) explica que: “El término y el concepto de enajenación aparecen en



---

la literatura alemana con la importación de las teorías pactistas anglofrancesas. Al realizar el contrato social los hombres crean un poder que los domina, de tal modo que si toda sociedad es obra humana, las instituciones sociales, políticas, etc., se convierten necesariamente en poderes ajenos a los individuos. El hombre no puede vivir fuera de la sociedad organizada, pero constituyéndola hace nacer potencias que escapan ya a su control; se trata, pues, de un proceso necesario y la vida humana es, necesariamente, vida enajenada”.