



*Acerca del contenido económico
del derecho*

RESEÑA DE JORGE IVÁN BULA

Miguel Eduardo Cárdenas Rivera (2004) *Justicia pensional y neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía*. Bogotá, ILSA, Ediciones Ántropos, Textos de aquí y de ahora, 278 páginas.

El trabajo de Cárdenas aborda un tema complejo y a la vez polémico tanto en el ámbito académico como en la esfera política, como es la relación entre las decisiones que se toman con sujeción al derecho, o a ciertos imperativos de orden legal y jurídico e incluso los de tipo ético, y aquellas que se toman bajo los criterios de racionalidad económica y de eficiencia en la asignación de recursos. Este tema ha dado lugar a una enconada discusión entre economistas y especialistas del derecho en relación con las decisiones tomadas por la Corte Constitucional por ejemplo, referente a la preservación y garantía de ciertos derechos considerados fundamentales en contravía de las decisiones adoptadas por las autoridades económicas. Con base en el análisis de una situación que muchos han calificado como una “bomba” latente, que es la del pasivo pensional del país y de las reformas que se han implementado hasta la fecha –incluyendo las propuestas preliminares que han enmarcado el actual proyecto legislativo en discusión en el Congreso para la legislatura de 2005– Cárdenas plantea los dilemas que derivan al juzgar en derecho un asunto que está estrechamente ligado a la dignidad humana, frente a la necesidad de reducir el costo y el impacto económico que habría

supuesto para la sociedad colombiana dicho pasivo pensional y sus efectos en los procesos de acumulación de capital.

Aunque el propósito de Cárdenas va más allá de esta discusión, su intención es plantear los límites y alcances de la esfera jurídica como espacio a través del cual es posible conducir transformaciones estructurales de la sociedad, es decir, de las relaciones económicas dominantes del actual sistema económico. Situado desde una visión marxista –y podría señalarse de un tipo de neomarxismo– Cárdenas plantea el dilema entre lo que él mismo denomina las posiciones optimistas y pesimistas de la perspectiva de los derechos o del derecho, tomando explícitamente partido por esta última. La primera posición, más afecta a pensadores de corte liberal (Dworkin, Rawls), vería en el derecho un instrumento capaz de generar transformaciones sociales significativas en la medida en que sus contenidos se puedan desarrollar a cabalidad. La segunda, por el contrario, sitúa al derecho en la dinámica del devenir social y, en ese sentido es un componente más del orden social, y no ‘una variable independiente’. Pero el situarse en esta segunda perspectiva no supone adoptar una posición llamémosla –en gracia de discusión– contestataria o en oposición al sistema. El autor llama la atención sobre dos enfoques teóricos que se ubican en este campo y que paradójicamente son opuestos en su ideología. Uno que se sitúa –y Cárdenas lo señala sin ambages– en la izquierda que es la corriente de los críticos, y otro que es de derecha y que responde al enfoque teórico del *Law and Economics*. Curiosamente, en la obra se acentúa la disputa conceptual entre estos dos enfoques, toda vez que en este último parecieran situarse las posiciones más obstinadas del neoliberalismo, mientras que por el otro lado, en el sector de los optimistas, es posible encontrar pensadores de corte marxista que le otorgan al derecho una capacidad movilizadora importante frente al orden establecido (*v. gr.* Boaventura de Sousa Santos). La tesis fundamental del autor comprende una visión escéptica del papel del derecho, en cuanto las decisiones que en esta materia se hacen serían de orden político y responderían en consecuencia a intereses específicos, materiales y económicos, de unas determinadas clases sociales o grupos de poder. Desde esta perspectiva, las decisiones que se toman en el orden jurídico, incluso en defensa de los derechos sociales, responden a unos intereses dominantes en lo económico.

El trabajo inicia con esta toma de posición que sin duda llama la atención por una osadía que hoy pareciera inadmisibile después de lo que algunos han llamado la crisis de las ideologías: plantear el debate en un terreno

en el que la ideología no es ajena a la discusión. Hecha esta aclaración, el autor comienza con un análisis de la relación entre Economía y Derecho. Saliéndose del esquema tradicional del marxismo ortodoxo que veía al derecho como una expresión de la llamada superestructura, la que a su vez se veía condicionada, cuando no determinada, por la estructura o base económica, el autor busca complejizar mucho más esta relación, e indagar en las sutiles interacciones que existen entre estos dos aspectos. Y es en este terreno donde adquiere importancia la discusión con la corriente del *Law and Economics* que en buena medida bebe sus fuentes de la llamada Nueva Economía Institucional (NEI). Para esta última, las instituciones –normas, costumbres y acuerdos formales o informales que prevalecen en la sociedad– pueden conllevar importantes costos de transacción para los contratos entre particulares en el intercambio de bienes y servicios, principalmente en ausencia de una clara definición de derechos de propiedad. Puesto en otros términos, unas leyes claras, el imperio de la ley, del Estado de Derecho, se constituye en una condición *sine qua non* para lograr reducir los costos de transacción y generar un espacio más propicio para el adecuado funcionamiento de las fuerzas del mercado.

Pero la discusión del autor se extiende igualmente hacia aquéllos que desde la otra orilla ven en el derecho un instrumento de transformación de las relaciones sociales vigentes. Cárdenas busca mostrar los límites que el derecho tiene en sus posibilidades de conducir una transformación significativa de las condiciones que la economía impone sobre la vida de las personas. Así el derecho pretenda resolver problemas esenciales de la dignidad humana, la pregunta que a su juicio está por responder es de qué sirve tener unas normas que finalmente terminan rebasadas por la realidad económica. Desde esta perspectiva, la evolución de los Derechos Humanos hacia la inclusión de derechos económicos, sociales y culturales se ve sencillamente condicionada por las condiciones reales que una sociedad tiene para satisfacer el cumplimiento de tales derechos.

En ese sentido, paradójicamente Cárdenas reconoce, como lo hacen sus contradictores, que el problema de los derechos tiene un alto contenido económico y sin duda político, además que un país como el nuestro que, siguiendo por caso fallos de la Corte Constitucional en esa dirección, pretendiese prioritariamente satisfacer tales derechos, correría con el riesgo de conducir al Estado a una situación de quiebra. Pero al admitir esta condición, el autor es claro en señalar que tales limitaciones derivan de la lógica del sistema económico mundial, a diferencia de sus

contradictorios que verían las limitaciones de una economía como la colombiana para insertarse en la economía mundial, de llegar a invertir el orden de prioridades.

El ejercicio y aplicación de los derechos, y en particular de los derechos económicos, sociales y culturales, supondría contar con las bases materiales necesarias adecuadas y con una determinada justicia social que, sin embargo, el autor no define con precisión. Como lo señala el profesor Sen, existen distintos espacios desde los cuales se puede pensar el problema de la equidad y de la justicia. Si bien por su opción teórica uno supondría que en Cárdenas la justicia responde a la clásica visión marxista de la distribución de los medios de producción, en cuanto él reconoce que por la evolución que ha tenido la organización social, la clase trabajadora habría dejado de existir, una definición del concepto de justicia social debería encontrar una nueva formulación bajo esta perspectiva teórica.

Al introducir la dimensión de la política, cuya mayor cristalización se da en la forma del Estado, situándose en la perspectiva del llamado realismo jurídico, y en particular siguiendo el trabajo de Mark Tushnet, Cárdenas subraya aún más su posición escéptica frente a los derechos y al derecho como factor transformador de la realidad social. El argumento principal consiste en señalar el carácter desmovilizador de los derechos. La razón de ello derivaría de una existencia 'en abstracto' de los derechos, cuyo cumplimiento es de difícil realización en el marco del sistema capitalista vigente, generando una idea común de un sistema justo que tarde o temprano haría reconocimiento de los derechos. La verdadera posibilidad de transformación de las relaciones sociales vigentes, que el autor reconoce mantienen una mutua influencia con la esfera del derecho, sólo la podría dar la movilización social más no así el derecho. Lo que no aparece claro en el argumento es cuál es la razón de la movilización social, es decir, cuál es su móvil. Pareciera tratarse también de una movilización en abstracto que no posee objeto en sí, como no sea la transformación de las relaciones de producción vigentes. Pero cabe preguntarse si detrás de todo intento de transformación social no subyace precisamente el avanzar en una conquista de un espectro mayor de derechos. Heller (1986) señala que la transición a una sociedad poscapitalista la constituye la satisfacción de las necesidades radicales, creadas por el propio sistema capitalista, y sobre las cuales se construye, pero cuya satisfacción supondría minar las bases sobre las que este sistema se sustenta, a saber, las necesidades fundamentadas en la alineación. Si las

necesidades subyacen a los derechos, y uno fundamental es el de la no alineación, la separación entre movilización social y derechos no parece, a mi juicio, procedente, pues de lo contrario estaríamos hablando de una movilización en el vacío. Sin duda es cada vez más evidente la aparente incompatibilidad entre la realización de los derechos como ellos se han venido construyendo socialmente a través de la historia, y la lógica sobre la cual opera la sociedad capitalista para lograr satisfacerlos, pero otra muy distinta es sustraer los derechos como una causa esencial de la movilización social. Por el contrario, parafraseando al propio Marx, se podría afirmar justamente que la lucha por los derechos ha sido la partera de la historia. Y este sería el resultado lógico, en una perspectiva similar a la de Heller, de la afirmación del autor cuando señala: "... si se valiesen todos esos derechos, el sistema capitalista se desplomaría, su lógica interna paradójicamente se enterraría" (p. 81).

Ahora bien, es cierto que en la transformación del Estado de Bienestar hacia las nuevas formas de estado, dentro de las cuales aparece el estado social y democrático de derecho, resulta una serie de antinomias en cuanto este último responde a tres concepciones de estado: el liberal, el democrático y el social. Dentro de estas antinomias aparece, como bien lo señala el autor, la tensión entre los fines sociales del derecho y los fines del mercado capitalista por los cuales también ha de velar, y en el ámbito de las pensiones, como derecho social, este termina supeditado a la lógica del derecho comercial, conllevando a una ruptura con el fundamento solidario que inspiró el nacimiento del sistema pensional en el mundo para basarse en una concepción más individualista acorde con los requerimientos del sistema financiero en particular.

Es en este análisis en el que se adentra el autor para señalar cuáles han sido los principios sobre los cuales se ha construido la seguridad social, y cuáles las transformaciones que se han producido muy a pesar del derecho y en particular, del derecho social. Como el título de la obra lo subraya, es a través de esta evolución del análisis de los sistemas pensionales que Cárdenas precisa mostrar las complejas relaciones entre derecho y economía. Pero en el ejercicio introduce una discusión interesante: qué tanto en esta pugna entre eficiencia económica –racionalidad económica– y la garantía de unos derechos sociales –derechos humanos– no entran en juego fuertes valoraciones de carácter ideológico. Principios de universalidad, solidaridad e igualdad de beneficios, por ejemplo, resultan de la construcción de un consenso ético, y si entendemos por ética "la producción de normas de regulación de los comportamientos colectivos"

(Houtart 1984), ello significa que son el producto de representaciones de las relaciones sociales o en términos habermasianos, sobre el mundo vivido. La cuestión derivada es, si al considerar el gasto público solidario (*v. gr.* el sistema de reparto de prima media) altamente improductivo (p. 110), esto es el resultado de una decisión de racionalidad económica o, por el contrario, de una postura ideológica que privilegia una visión individualista de la seguridad social frente a una de carácter colectivo.

No hay una respuesta definitiva a esta cuestión toda vez que el autor reconoce los dilemas existentes sobre la llamada bomba pensional –*v. gr.* las posibles inequidades y la carga presupuestal existente– una cosa sí pareciera dejar en claro, las transformaciones que conducen cada vez más a abandonar el carácter solidario del sistema de seguridad social, responden efectivamente a los requerimientos de la lógica de la acumulación del capital en esa dinámica que algunos autores han denominado el proceso de financiarización, donde se espera que los fondos de pensiones privados contribuyan al desarrollo del mercado de capitales y financiero. Es lo que Cárdenas, siguiendo la apelación dada por Blackburn, denomina el “capitalismo gris” entendido como “el complejo financiero cuyo régimen de acumulación se basa en la importancia de los fondos de pensiones” (p. 114). Y Colombia no es, claro está, la excepción. El autor muestra cómo el proceso de la reforma pensional ha conducido a una mayor concentración de dichos recursos en los operadores privados y los riesgos vigentes para la supervivencia del régimen de prima media. Con base en un análisis del comportamiento del empleo, y de lo que él denomina la caída de la “salarización” en el país, señala los riesgos de mantener un esquema pensional que no sólo no garantiza el traslado de subsidios a los más pobres, sino que además no logra las coberturas esperadas en pensión habida cuenta de la reducción en los niveles de empleo que incluso en los operadores privados mantiene inactivos a más de la mitad de sus afiliados. Pero al señalar estos riesgos señala también un factor que valdría la pena profundizar en esta discusión en la relación entre derecho y economía, y es el problema del imperio de la ley. En efecto, una de las razones señaladas en el Libro como origen del problema pensional colombiano radica en buena medida en el incumplimiento del Gobierno en responder con su parte en los aportes al fondo pensional, aspecto que ha sido ampliamente documentado en otros trabajos (Bonilla 2001 y 2004). Una violación de quien se supone es el guardián del contrato social y quien rompe el acuerdo tripartito de hacer del sistema de protección un sistema universal y solidario. Valdría la pena analizar si precisamente la ausencia de una efectiva sociedad salarial –más que una supuesta caída de algo que quizás no ha existido en pro-

piedad— que es la que permite consolidar un poder de negociación mayor a los sectores del trabajo, está en la base de lo que podríamos denominar un tipo de impunidad social en el país, en el que el imperio de la ley es fácilmente transgredido. No es sólo la tensión existente en el estado social de derecho entre las exigencias para satisfacer los derechos sociales y los recursos disponibles para ello, sino incluso la incapacidad del estado de derecho que fundamentó los orígenes de la república, para hacer valer los pactos y consensos sociales establecidos por las partes.

El estudio termina planteando la discusión entre economía y derecho en el contexto de lo que han sido las reformas del régimen de seguridad social en Colombia y su aplicación, y las sentencias de la Corte Constitucional sobre los derechos fundamentales de las personas. El trabajo abunda en referenciar sentencias de la Corte Constitucional donde ésta fija su posición en cuanto a los límites de las decisiones que “en derecho” (*v. gr.* Ley 100/93) puede tomar el Estado en relación con las medidas económicas y legislativas referentes a los derechos sociales en general, y a la seguridad social en particular. Dos dimensiones importantes para resaltar en el marco de la hipótesis de trabajo de Cárdenas, por un lado, el carácter de las sentencias dictadas por la Corte en respuesta a las tutelas entabladas como mecanismo para garantizar derechos fundamentales y en particular el ‘mínimo vital’, y por otro, el alcance del derecho como factor emancipador en la sociedad actual.

En cuanto a lo primero, se evidencia una tensión no sólo entre las decisiones económicas que afectan derechos fundamentales, sino entre estos últimos y el derecho positivo. En el debate entre los economistas que toman decisiones y las sentencias de la Corte en las que los primeros ven una indebida intromisión en asuntos sobre los cuales la Corte no tendría competencias ni legales ni técnicas, ésta termina por subrayar el imperativo ético de la dignidad humana, es decir, el principio moral de la solidaridad que contrario al sentido de la teoría del *public choice* sería producto de ese consenso ético, de esa elección social, que subyace al estado social de derecho para garantizarla. Esto conduce a otra antinomia entre los tres principios rectores que la Constitución Nacional señala para la seguridad social: la eficiencia, la solidaridad y la universalidad que de alguna manera expresa el dilema que ha prevalecido entre los economistas entre eficiencia y equidad, donde darle preeminencia al primero puede afectar los dos últimos y viceversa. El segundo nivel de tensión emerge de la orilla optimista donde según el derecho positivo se esperaría que la sola existencia de la norma fuera condición suficiente para su aplicación.

En este punto, Cárdenas parecería encontrar otra razón para su escepticismo, pues de seguir este razonamiento se toparía con la situación de que no todos los derechos sociales son sujetos de acciones positivas por parte del Estado, sino que están condicionados a las posibilidades económicas de las arcas públicas, situación que acontece con las prestaciones a la pensión a menos que constituyan una amenaza al ‘mínimo vital’ de la persona en cuyo caso podrían ser sujeto de reclamo, muy posiblemente por la vía de la tutela, no por la acción positiva. Por esta tensión el autor sostiene el segundo aspecto arriba mencionado, como es que el derecho positivo está en la imposibilidad de constituirse en un factor emancipador, y en el mejor de los casos, cuando el que prevalece por vía de interpretación es un tipo de derecho normativo como los derechos sociales, cuando más lo que se logra es un impacto social positivo, mas no un hecho emancipador en sí mismo.

Sin embargo esta disertación podría constituir una verdad a medias. En efecto, la garantía de unos derechos sociales como imperativo moral correspondería en términos rawlsianos a ese conjunto de bienes sociales primarios que ‘una sociedad bien ordenada’, debería poder garantizar a cada uno de los miembros de la sociedad, y este sin duda es un principio liberal¹ ante los cuales Marx y Engels de paso no eran ajenos,² pero desestimar los derechos por su carácter indeterminado para constituirse como elementos movilizados podría desconocer lo que Jessop (1990) denomina el dilema estratégico de aquellos factores que contribuyen a la construcción de hegemonía. Desde la perspectiva de este sociólogo británico los derechos se podrían considerar como un espacio de construcción de contrahegemonía si los derechos son capitalizados a favor de un proyecto de sociedad y de una visión de Estado alternativo. El dilema estratégico reside precisamente en la capacidad de movilización que un sector social pueda tener para generar el consenso necesario en torno a dicho proyecto. Dentro de este marco se entendería mejor la propuesta de Cárdenas de establecer un proceso de lo que él denomina una “socialización compleja” donde el sector asalariado pudiese tener una mayor participación en el sistema de pensiones sobre la base de fondos de pensiones de “propiedad y gestión colectivas” (p. 123). Y lo que la

1 Ver Macpherson (1964).

2 Ver el prólogo a la primera edición del *Capital* y el texto de Engels sobre las condiciones de la clase obrera en Inglaterra.

historia reciente del siglo XX mostraría precisamente, es que en materia de lo que Sen llama la libertad de bienestar, los trabajadores que gozaron de los favores del estado de bienestar habrían conquistado más que aquellos que vivían bajo el paraguas de los llamados estados del socialismo real y que si bien en ambos casos es difícil poder ser concluyentes en materia de progresos en cuanto a libertad de agencia, o de un proceso de desalienación, para ninguno de los dos regímenes que coexistieron en el siglo XX, lo que quizás sí se puede inferir es que en ocasiones las transformaciones de más largo aliento pueden conllevar mutaciones más enraizadas, en tanto que aquéllas de las que se espera un mayor y pronto impacto pueden, por el contrario, conducir a retrocesos o estancamientos en otros aspectos de la vida social. Si bien el autor no cierra las puertas a considerar el derecho en esta perspectiva al admitir que se podría usar como instrumento de lucha contrahegemónica (p. 233), la idea de que la economía condiciona los límites de acción del derecho —no sin fundamento cuando se mira la creciente incompatibilidad existente entre un marco de derechos que se abre por la legislación internacional y un proceso global de la economía que busca ignorarlos— marginaría un espacio, sin duda no el único disponible, en el que es factible acumular poder de negociación. Pero así avance aquello que algunos sociólogos llaman el proceso de individuación, y que el autor señala como la perspectiva predominante de las reformas de los regímenes pensionales y de la seguridad social, el Estado es la instancia donde los individuos pueden llevar su vida colectiva “en idea”, de manera quimérica como lo diría Cornu (Labica 1985) pues el derecho, como bien concluye el autor, es la esfera de expresión de la guerra y del conflicto social, y no justamente el de la paz. Y es por esa misma razón que la búsqueda del consenso se impone, pero quien dice consenso dice también disenso, entendido como esas zonas de desacuerdo que no solamente son socialmente aceptadas pero además son igualmente valorizadas (Remy *et al.* 1980). En suma, queda abierta la cuestión sobre las relaciones del derecho y la economía, o si se prefiere entre la esfera jurídica y la económica en el marco de las discusiones sobre la equidad y la eficiencia, que incluso en el ámbito de las llamadas ciencias jurídicas desde donde se sitúa este trabajo, pareciera ver trasladado de alguna manera el teorema de la imposibilidad de Arrow donde la elección social podría incluir además como una de las opciones la de una sociedad poscapitalista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bonilla, Ricardo (2001) Pensiones: en busca de la equidad. *Cuadernos de Economía*, XX(34): 307-335. Universidad Nacional de Colombia.

Bonilla, Ricardo (2004) ¿Qué los pobres paguen los errores del Estado? *UN Periódico*, n. 60. Universidad Nacional de Colombia.

Heller, Agnes (1986) *Teoría de las necesidades en Marx*. Ediciones Península.

Houtart, F. (1984) Religion et éthique: une approche marxiste. *Social Compass*, XXXI(2-3).

Jessop, B. (1990) *State Theory: Putting Capitalist States in their Place*. Cambridge Polity Press.

Labica, G. (1985) *Dictionnaire critique du marxisme*. Presses Universitaires de France.

Macpherson, C. B. (1964) *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*. Oxford University Press.

Remy, J., Voyé, L., Servais, E. (1980) *Produire ou reproduire ? Une sociologie de la vie quotidienne*. Editions Vie Ouvrière.